QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

36

(2007)

Principio di legalità e diritto penale

(*per Mario Sbriccoli*)

TOMO I

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIETRO COSTA

PAGINA INTRODUTTIVA (IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ: UN CAMPO DI TENSIONE NELLA MODERNITÀ PENALE)

1. Premessa. — 2. Il tema di riferimento: il nesso 'individuo-Stato-controllo sociale'. — 3. Il momento delle origini: fra Sette e Ottocento. — 4. Dallo Stato liberale alla democrazia costituzionale: i campi di tensione. — 4.1. L'ambivalenza della legge. — 4.2 Il momento dell'interpretazione. — 4.3. Il 'governo' dei soggetti. — 5. Il secondo Novecento: discontinuità e persistenze.

1. *Premessa*.

Un volume dedicato al principio di legalità nel diritto penale non ha bisogno di particolari illustrazioni e giustificazioni, dal momento che il senso e la pregnanza del tema non possono non apparire evidenti al giurista come allo storico e al filosofo del diritto. I numerosi e densi testi di cui si compone il 'Quaderno' possono quindi esser messi a disposizione del lettore senza 'filtri' o 'istruzioni per l'uso', nella convinzione che essi parlino da soli e offrano una messe importante di riflessioni, di informazioni, di suggestioni.

È appena il caso di avvertire che l'obiettivo perseguito non è (né avrebbe potuto essere) la composizione di un quadro storiograficamente completo degli autori e degli istituti coinvolti nello sviluppo del principio di legalità: per raggiungere questo scopo sarebbe stato necessario riscrivere l'intera storia del diritto penale nell'età moderna. Il 'Quaderno' si propone piuttosto di mostrare lo spessore storico-teorico del problema e la contingente molteplicità delle sue impostazioni e delle sue soluzioni.

Data la ricchezza e la varietà dei contributi che compongono il volume, proporne una sintesi o imporre a essi un unico filo conduttore darebbe un'idea impoverita e falsante dei risultati conseguiti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mi limiterò quindi a richiamare l'attenzione sull'orizzonte problematico entro il quale, a mio avviso, i diversi saggi si collocano.

2. *Il tema di riferimento: il nesso 'individuo-Stato-controllo sociale'.*

Potremmo dare per acquisiti tanto i tratti caratteristici del principio di legalità nel diritto penale quanto le principali scansioni della sua parabola storica (1). Sono le istanze riformatrici del secolo dei lumi a fare proprio del diritto e del processo penale un settore privilegiato di intervento e a fissare una tavola di principî che verranno precisandosi ed esplicitandosi nel corso del tempo senza però che il quadro originario venga sovvertito.

Il processo di secolarizzazione, ormai impetuoso nel secolo XVIII, accentua la distinzione fra foro interno e foro esterno, separa il peccato dal reato e induce a ripensare i fondamenti del diritto di punire non meno delle sue modalità di realizzazione (2). Al centro di un'auspicata, radicale trasformazione del penale viene collocata la legge. È la legge, espressione di una sovranità illuminata dalla luce della ragione, lo strumento capace di disegnare con tassativa precisione la mappa del lecito e del proibito e di attribuire con altrettanto rigore a ciascun reato la pena corrispondente. Alla legge, e solo alla legge, sembra possibile chiedere il raggiungimento di due obiettivi fondamentali: ridisegnare secondo 'ragione' l'area del penale (introducendo una disciplina chiara, sistematica, sorretta da pochi e fondamentali principî) e offrire ai cittadini (grazie ai caratteri della

(1) È fondamentale, non solo per un'analisi teorica, ma anche per una ricostruzione storiografica del principio di legalità, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

(2) È un indispensabile punto di riferimento G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, vol. I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976. Imprescindibili sono anche le numerose opere dedicate alla storia della filosofia penale da M.A. Cattaneo, quali M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1966; ID., *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, Ed. di Comunità, 1970; ID., *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, De Salvia, 1978; ID., *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1988; ID., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1990; ID., *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli, E.S.I., 2000. Un nitido quadro del problema in G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, Utet, 1994, pp. 282-329.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scrittura, della chiarezza e della pubblicità che la legge deve possedere) una conoscenza previa e certa delle conseguenze delle loro azioni.

Per essere in grado di raggiungere questi obiettivi, la legge deve essere applicata, piuttosto che interpretata. Un giudice 'creativo' renderebbe di nuovo incerto e imprevedibile il rapporto fra l'azione (del cittadino) e la sanzione: potrebbe estendere l'ambito di applicazione di una norma ad azioni antecedenti alla sua enunciazione così come potrebbe elaborare nuove figure di reato. Il primato della legge implica quindi la formulazione di due tassativi divieti: il divieto di una sua applicazione retroattiva, il divieto dell'interpretazione analogica (assunta come il più pericoloso strumento a disposizione dell''arbitrio' giurisprudenziale).

Nullum crimen sine lege; *nulla poena sine lege*; divieto di retroattività della legge penale; divieto di interpretazione analogica: se queste sono alcune delle principali articolazioni del principio di legalità penale, esse appaiono sostanzialmente confermate (in modo ora implicito, ora esplicito) dai saggi pubblicati nel nostro 'Quaderno'. Ciò che apprendiamo da essi va però molto al di là di una semplice convalida o verifica puntuale di uno dei grandi principî giuridici della modernità. I saggi ci forniscono, indubbiamente, anche una conoscenza *maggiore* del principio di legalità penale (attraverso un'analisi ravvicinata degli autori e dei contesti che ne hanno reso possibile la formulazione); essi però soprattutto ci offrono una conoscenza *diversa*: sollecitano a uscire dalla dimensione (pur essenziale) delle definizioni concettuali per avventurarsi nel mondo più opaco e incerto della fenomenologia storica, invitano a diffidare delle verità acquisite e degli automatismi dei 'principî', impediscono insomma di cadere nella trappola delle semplificazioni ideologiche e delle scorciatoie apparenti.

Mi limito a sottolineare due profili. In primo luogo, il carattere essenzialmente moderno del principio di legalità penale. L'inerenza di questo principio alla moderna civiltà occidentale è un dato che viene confermato, ma cessa di essere presentato come un'evidenza (o un luogo comune) per essere colto in tutta la sua problematicità. È ragionevole individuare nell'illuminismo (soprattutto per l'Europa continentale) una cesura (nei confronti del penale pre-moderno) e un punto di origine, una matrice della modernità penale (e, in essa,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del principio di legalità). Ciò però non autorizza a ignorare possibili 'prolungamenti' del pre-moderno nel moderno (anche senza arrivare a sostenerne la 'persistenza' fino alla prima guerra mondiale ([3])) né dispensa dal prendere sul serio la complessità del moderno: che non è un monolite di cui venire a capo mettendo in fila qualche 'degnità' filosofica (e fra queste per l'appunto anche il principio di legalità), ma è un pluriverso in movimento, attraversato da incompatibili e conflittuali visioni antropologiche e politico-giuridiche. È appunto la consapevolezza della varietà dei contesti e delle strategie a far apparire ormai abissalmente lontana un'immagine (classicamente liberale o *whig*) della storia come di un processo di progressivo inveramento di alcuni grandi principî che la civiltà (per definizione, 'moderna') avrebbe acquisito una volta per tutte.

Dall'insieme dei saggi pubblicati nel 'Quaderno' emerge in secondo luogo il ruolo 'strategico' del principio di legalità: un principio non già collocato nel salone di rappresentanza del palazzo penale per essere fatto oggetto di retorici e rituali omaggi, ma presentato piuttosto come una struttura portante, strettamente collegata con le parti vitali dell'edificio. Assunto ad oggetto di ricostruzione storica, il principio di legalità penale finisce quindi per essere, più che un autosufficiente oggetto di analisi, un momento di collegamento fra temi diversi e tuttavia concorrenti nell'attribuire all'area del penale la sua specifica configurazione.

Mi sembra che il plesso tematico evocato dal principio di legalità penale sia il seguente. È imprescindibile un profilo antropologico: l'esigenza di rappresentare l'individuo mettendone a fuoco i caratteri e le prerogative essenziali. Il fuoco del discorso non è però l'individuo come tale: l'individuo è il momento di un processo che ha, a un suo estremo, la costruzione dello Stato e, all'altro estremo, il conseguimento del controllo sociale, la realizzazione di una società disciplinata. È sullo sfondo del nesso 'individuo-Stato-disciplinamento sociale' che si sviluppa la dogmatica penalistica otto-novecentesca, si delineano le diverse strategie penali, emerge in tutta la sua portata (tendenzialmente aporetica) la tensione fra 'oggettivi-

([3]) È la tesi di A. MAYER, *Il potere dell'Ancien Régime fino alla prima guerra mondiale*, Bari, Laterza, 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

smo' e 'soggettivismo' (4): fra la costruzione 'dogmatico-giuridica' del reato e l'analisi 'socio-antropologica' del criminale. Sono questi, mi sembra, i principali nuclei tematici della rete tessuta intorno al principio di legalità penale e ricostruita (in modi diversi e da differenti angolature prospettiche) dai saggi pubblicati nel 'Quaderno'.

3. *Il momento delle origini: fra Sette e Ottocento.*

Già *in statu nascenti*, nel quadro del riformismo illuministico, il principio di legalità penale non è separabile da un'antropologia e da una politica che proprio nel Settecento vengono ridefinendosi in stretta sinergia.

Siamo di fronte a una vicenda singolarmente complessa. Un primo aspetto che occorre tenere presente è che sta giungendo a maturazione un plurisecolare e faticoso processo di concentrazione del potere nel vertice sovrano. Da questo processo l'area del penale era stata precocemente investita: se il sovrano si accredita come la condizione indispensabile dell'ordine, un'efficace repressione dei *delicta* sembra reclamare il ricorso a un potere forte e centralizzato. Ci si allontana gradualmente dalla giustizia negoziata e comunitaria della prima esperienza medievale per approdare a un'organizzazione burocratica e gerarchica della funzione giurisdizionale (5).

Il principio di legalità penale viene formandosi in stretta connessione con l'instaurazione di una nuova (possiamo dire moderna) sovranità (6). Non a caso una precoce e limpida formulazione del divieto di retroattività della legge penale è dovuta al più lucido

(4) Sulla dialettica fra 'oggettivismo' e 'soggettivismo' cfr., nel dibattito attuale, le importanti riflessioni di M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 2004; Id., *Il diritto penale di fronte al nemico*, in « Cassazione penale », XLVI, 2006, 2, pp. 735-777; Id., *'Fatto' e 'autore' nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, Giuffrè, 2006, vol. II, pp. 1525-1543 e di A. Manna, *La giustizia penale tra Otto e Novecento. La disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in « L'indice penale », Nuova Serie, IX, 2006, 2, pp. 509-555.

(5) Cfr. M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 163-205.

(6) Cfr. i saggi di Clara Àlvarez Alonso e di Giorgia Alessi, *infra*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teorico dell'assolutezza del potere: Thomas Hobbes. La repressione del crimine presuppone per Hobbes un rigoroso sistema di norme positive, irretroattive, scritte e adeguatamente pubblicizzate: « infatti premesso che, in assenza della legge, non c'è alcuna trasgressione della legge medesima, e che la punizione presuppone che l'azione sia stata giudicata trasgressione della legge, segue che un male inferto prima dell'emanazione di una legge non è una punizione ma un atto di ostilità » (7).

Assolutezza del potere e razionalizzazione del sistema normativo sono aspetti, in Hobbes, complementari perché entrambi funzionali a uno scopo decisivo: la creazione di un ordine artificiale (l'unico ordine possibile) capace di garantire all'individuo il bene primario della sicurezza.

Si scorge in filigrana nelle pagine di Hobbes il nesso destinato a continue conferme (e a continue variazioni) entro il discorso penale della modernità: il nesso fra sovranità, individuo e principio di legalità. E si ravvisa altresì il carattere non già formale ed estrinseco, ma sostantivo e decisivo (per la sorte dei soggetti) della legalità penale.

Certo, la sicurezza del soggetto è, per Hobbes, procurata, e non minacciata, dal sovrano. La legge è funzionale alla sicurezza dei sudditi in quanto, vincolandoli all'obbedienza, impedisce il conflitto. La legge introduce non già la libertà, ma la soggezione (la libertà dei sudditi inizia, per Hobbes, dove finisce l'impero della legge) e proprio per questo rende possibile la sicurezza.

Perché non solo la sicurezza, ma anche la libertà appaia garantita dalla legge devono intervenire la visione antropologico-politica di Locke e la riflessione politico-giuridica di Montesquieu. Cade il nesso disgiuntivo (tipicamente hobbesiano) fra libertà e legge. Per Montesquieu la libertà è agire nell'orbita della legge: è questa che rende al contempo lecita e sicura (protetta, garantita) l'azione individuale (8). La libertà-sicurezza non è però un effetto automatico della legge: le « leggi particolari », e in particolare le leggi penali,

(7) Th. HOBBES, *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, Laterza 1974, II, 28, p. 256. Rinvio in proposito al saggio di Giorgia ALESSI, *infra*.

(8) Ch.-L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino, UTET, 1952, XII, 1, p. 320.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possono mettere a repentaglio la sicurezza individuale operando come strumenti di oppressione anziché di garanzia. « È dunque dalla bontà delle leggi penali che dipende principalmente la libertà del cittadino » (9).

La libertà-sicurezza dipende dalla legge del sovrano, ma la legge non è automaticamente 'buona'. Non basta ottenere dal sovrano la sicurezza derivante dall'eliminazione del conflitto; occorre coinvolgerlo in una profonda trasformazione dell'ordine sociale e giuridico in nome delle esigenze 'assolute' (dei diritti naturali) dei soggetti. La crescente affermazione del centro sovrano deve misurarsi con le agguerrite pretese di un nuovo soggetto. È in questo campo di tensione che viene attratto il principio di legalità penale: esso presuppone il costituirsi di una moderna ('hobbesiana') sovranità, ma non può esaurirsi nella celebrazione della legge perché è sensibile alle ragioni del soggetto; di un soggetto che ha bisogno del sovrano, ma nutre al contempo ambizioni che vanno oltre la mera protezione dal conflitto.

Non basta celebrare la legge: occorre riformarla per renderla congruente con un ordine politico-sociale costruito intorno alla libertà-proprietà del soggetto. L'ordine fondato sulla differenziazione dei soggetti e sulla loro disposizione gerarchica cessa di apparire l'unico ordine possibile. Si diffonde per mille rivoli nella cultura settecentesca la convinzione di poter immaginare un'alternativa: non già un immaginario mondo impossibile (un non-luogo, una u-topia utile soltanto per guardare in controluce la realtà), bensì un assetto diverso ma realizzabile, progettato alla luce di alcuni semplici principî costruttivi (10).

La critica dell'esistente e la progettazione di un ordine alternativo si sorreggono a vicenda. L'ordine dei ceti, dei corpi, delle gerarchie deve cedere il posto all'ordine dei soggetti (giuridicamente) eguali. Certo, le proposte riformatrici che investono il sistema giuridico sono le più diverse, ma il loro senso complessivo è inseparabile dall'immagine e dal progetto di un ordine nuovo. Il rifiuto del diritto giurisprudenziale non è una scelta accademica: è una strategia di attacco a un ordine gerarchico-cetuale che aveva

(9) Ivi, XII, 2, p. 321.

(10) Cfr. il saggio di Aurelio CERNIGLIARO, *infra*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trovato nella discrezionalità dell'interpretazione giudiziale e nel recondito sapere del giurista uno specchio nel quale riflettersi e un sostegno del quale avvalersi. Attaccare il diritto giurisprudenziale è una mossa di una partita la cui posta in gioco è una profonda trasformazione degli esistenti equilibri di potere; una trasformazione di cui la legge è insieme oggetto e strumento. *Lex* contro *ius* (11): la legge come l'espressione e il baluardo dell'eguaglianza dei soggetti di contro a un diritto giurisprudenziale intimamente collegato alla logica oligarchica dei ceti privilegiati.

Da ciò due conseguenze. In primo luogo, la legge ha un ruolo non finale, ma strumentale. Non vale in quanto tale: è legittima nella misura in cui promuove, difende, garantisce i diritti naturali dei soggetti. Sono i diritti e non lo Stato e la sua legge l'epicentro dell'ordine nuovo. In secondo luogo, la legge, perché svolga la funzione che ad essa compete, deve essere essa stessa 'riformata': per un verso, deve essere 'razionalizzata', deve essere chiara, comprensibile, accessibile a chiunque; per un altro verso, deve essere plasmata in funzione della libertà, proprietà e sicurezza dei soggetti. Solo a questo patto essa può essere assunta come una componente indispensabile di un ordine nuovo.

Caratteristica del riformismo settecentesco non è l'immagine di uno Stato autosufficiente o di una legge comunque 'buona'. È vero semmai che è ancora diffuso un notevole ottimismo nei confronti della sovranità: è ampiamente condivisa la convinzione (che possiamo far risalire alle guerre di religione e alle soluzioni raccomandate dai *politiques*) che la sovranità (se fondata sul consenso e illuminata dalla ragione) è la migliore alleata del soggetto, l'indispensabile custode della sua incolumità. Il risultato è che la legge appare nel discorso dei riformatori come una realtà sfaccettata: come espressione di una nuova (anti-oligarchica) politica del diritto; come garanzia e regola di svolgimento della libertà-proprietà dei soggetti; come tramite della sicurezza che il sovrano deve assicurare ai cittadini.

È in questa prospettiva che prima Montesquieu e poi Beccaria

(11) Per usare l'icastica contrapposizione impiegata da A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 74 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sottolineano l'urgenza di una riforma della legge penale imponendo questo tema all'attenzione dell'intera cultura europea.

Con particolare evidenza in Beccaria, grazie all'impiego congiunto del paradigma contrattualistico e dell'etica utilitaristica, l'individuo si pone come il centro dell'ordine, il fondamento e il fine della sovranità. L'ordine nasce da una decisione dei soggetti; la decisione di perdere qualcosa della totale libertà originaria per ottenere in cambio dal sovrano la sicurezza: « la somma di tutte queste porzioni di libertà, sacrificate al bene di ciascheduno, forma la sovranità di una nazione [...] » (12). È un razionale calcolo dell'utile che presiede alla fondazione della sovranità: lo svantaggio (la quota di libertà perduta) deve essere rigorosamente proporzionale al vantaggio (la quota di sicurezza acquisita). Il potere del sovrano (e quindi anche la sua più incisiva estrinsecazione, il diritto di punire) è limitato funzionalmente: « le pene che oltrepassano la necessità di conservare il deposito della salute pubblica, sono ingiuste di lor natura [...] » (13).

Se la sicurezza dei soggetti è il fondamento del diritto di punire, la riforma della legislazione penale deve risolversi in una sistematica riduzione della violenza non necessaria: tanto della violenza repressiva dello Stato quanto della violenza aggressiva dei criminali. Alla violenza inutile dello Stato si opporrà il principio della mitezza della pena; alle tendenze criminali dei soggetti si risponderà rendendo certa la pena e impossibile l'impunità.

Dalla combinazione della mitezza delle pene con la rigorosa certezza della loro applicazione Beccaria si attende il conseguimento della sicurezza. È in vista di questo risultato che il sovrano è legittimato a punire: non *quia peccatum est*, ma *ne peccetur*.

La prevenzione indica la destinazione di senso dell'intervento punitivo del sovrano, anche se il presupposto della condanna è ovviamente la violazione di una legge, previamente nota e precisa nel prospettare divieti e sanzioni. Per Beccaria la punizione viene inferta *poiché* una legge è stata trasgredita e *affinché* simili trasgressioni non si ripetano. Il calcolo utilitario interviene non già nel momento della

(12) C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. D. Pisapia, Milano, Giuffrè, 1973, II, p. 11.

(13) Ivi, pp. 12-13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

condanna (e in funzione di essa), ma *prima* di essa (guidando il legislatore nella redazione delle norme penali) e *dopo* di essa, inducendo a sperare negli effetti socialmente dissuasivi della punizione (sembra quindi sfocata l'accusa rivolta a Beccaria — su cui si è insistito a partire dal diffondersi delle teorie retribuzioniste — di una riduzione dell'essere umano da fine a mezzo).

Non è peraltro una novità fare affidamento sull'efficacia preventiva della sanzione penale. La convinzione che le pene dovessero essere 'esemplari' e proprio per questo capaci di frenare gli istinti criminali dei consociati era presente nella penalistica 'tradizionale' . Certo, l'impostazione utilitaristica di cui si fa promotore Beccaria introduce uno scarto rispetto alla tradizione. La vera discontinuità sta però altrove: sta nel distacco (lucidamente analizzato da Foucault (14)) da una rappresentazione ridondante, scenografica ed 'eccessiva' della pena, nella rinuncia a celebrarla come una 'festa' pubblica', e nel tentativo di realizzare una 'riduzione del penale nei limiti della ragione', al fine di controllare il *quantum* di violenza indispensabile.

La centralità della legge, la condanna dell'arbitrio dei giudici, la riforma del diritto penale nascono insieme, come momenti complementari di un progetto riformatore strettamente legato a una nuova antropologia filosofica. Il principio di legalità penale non è separabile da una complessiva visione del reato e della pena ed entrambi dipendono da una precisa idea di soggetto: un soggetto libero e proprietario, capace di controllare se stesso, di proiettarsi verso il futuro, di distinguere fra un vantaggio immediato ma effimero e un beneficio differito ma solido. È questo l'individuo pienamente libero e compiutamente razionale che Beccaria presuppone nel momento in cui collega alla certezza delle norme e delle pene un'efficacia dissuasiva capace di frenare le spinte aggressive dei soggetti: un individuo (lockianamente) capace di controllare se stesso e di investire oculatamente le sue energie e perciò in grado di essere proprietario non solo (come tutti) del proprio corpo, ma anche di beni 'esterni'; un individuo capace di prevedere e valutare razionalmente le conseguenze delle sue azioni.

Non è diversa l'antropologia che costituisce il presupposto della

(14) M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teoria giuridica benthamiana. Per Bentham il diritto coincide con la legge del sovrano. È difficile trovare, fra Sette e Ottocento, una più lucida e coerente celebrazione della legge (che si accompagna a uno sferzante attacco al carattere iniziatico, misterioso, 'sacerdotale', dell'antica sapienza giuridica come della tradizione giurisprudenziale inglese). E tuttavia nemmeno Bentham valorizza la legge come tale. Non gli basta che una legge sia legge: occorre che essa (e a maggior ragione il codice in quanto coerente e completo sistema normativo) sia funzionale alla felicità del maggior numero.

Lo scopo della legge è la felicità (cioè la valorizzazione della libertà-proprietà) dei soggetti. Quando di legge penale si tratti, essa dovrà infliggere la minore sofferenza compatibile con il conseguimento della sicurezza e con la prevenzione della criminalità: anche per Bentham, la legittimità e il funzionamento della legge penale riposano sull'ipotesi di un soggetto perfettamente razionale, capace di controllare se stesso e di calcolare le conseguenze della sua azione. Solo presupponendo un soggetto capace di anteporre il vantaggio differito ma superiore al vantaggio immediato ma inferiore è possibile fare affidamento sulla funzione preventiva della legge penale.

Bentham introduce però anche una complicazione del quadro. Se è vero che la legge penale è pensata su misura di un individuo pienamente razionale e questi a sua volta coincide con l'individuo proprietario (secondo una tesi che Bentham raccoglie da una lunga tradizione e riformula nel quadro delle sue coordinate teoriche), per la maggioranza dei soggetti l'effetto deterrente della sanzione rischia di restare lettera morta. Occorre fare i conti con una moltitudine di soggetti non proprietari, dominati dall'immediatezza dei bisogni, tendenzialmente irrazionali, incapaci di autonomia: di essi il potere pubblico deve occuparsi attivamente; deve *governarli*. Governare i soggetti significa anche venire incontro (con interventi assistenziali pubblici e privati) alle loro necessità vitali (15). Resta comunque alto

(15) Un importante contributo alle molteplici valenze del 'governo' dei soggetti è offerto dalle riflessioni foucaultiane sulla 'governamentalità'. Cfr. M. FOUCAULT, *La 'governamentalità'*, in « Aut Aut », 167-168, 1978, pp. 12-29; G. BURCHELL, C. GORDON, P. MILLER (a cura di), *Studies in Governamentality, with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, London, Harvester Wheatsheaf, 1991; M. FOUCAULT, *Biopolitica e liberalismo*, a cura di O. Marzocca, Milano, Medusa, 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per essi (per i membri di quelle classi che l'Ottocento continuerà a chiamare *dangereuses*) il rischio di compiere azioni trasgressive. Non basta allora minacciarli (*ante delictum*) e punirli (*post delictum*): occorre neutralizzare la loro pericolosità, controllarli, disciplinarli; occorre riformare non solo la legge penale ma anche la concreta organizzazione della pena utilizzando la detenzione carceraria come un sapiente strumento di 'disciplinamento' del trasgressore (16).

Il passaggio dal regime 'antico' al nuovo regime (un passaggio che in tempi diversi e modalità differenti coinvolge l'intera Europa (17)) include, certo, la ridefinizione del soggetto e dei suoi diritti e un nuovo tipo di rapporto fra il soggetto e il potere (fra la società e lo Stato), ma implica anche la tematizzazione (lucidamente esplicitata da Bentham) di una sorta di sdoppiamento del soggetto: accanto alla classe dei cittadini compiutamente razionali e autonomi esiste la classe degli individui eteronomi e pericolosi e ciascuna di queste classi intrattiene un rapporto diverso con il potere pubblico.

È vero quindi che è in funzione di un nuovo soggetto che il principio di legalità viene affermandosi. Al contempo però esso non può non fare i conti (implicitamente o esplicitamente) con il carattere complesso e solo apparentemente unitario di quella soggettività che costituisce il suo obbligato punto di riferimento.

4. *Dallo Stato liberale alla democrazia costituzionale: i campi di tensione.*

Emergono nella fase della genesi e della prima formulazione del principio di legalità le caratteristiche che fanno di quel principio non un dogma, un concetto inerte e immobile, ma l'epicentro di una strategia che si misura con tre diversi aspetti della dinamica politico-

(16) Cfr. Cfr. D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario, 16.-19. secolo*, Bologna, Il Mulino, 1979; M. IGNATIEFF, *Le origini del penitenziario: sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese, 1750-1850*, Milano, A. Mondadori, 1982; M. PAVARINI, *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociologia della pena*, Bologna, Martina,19962; E. SANTORO, *Carcere e società*, Torino, Giappichelli, 2004^2.

(17) Non fa eccezione nemmeno lo Stato della Chiesa. Cfr. il saggio di Maria Rosa DI SIMONE, *infra*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridica: in primo luogo, con la sovranità e con le sue trasformazioni (teoriche e istituzionali); in secondo luogo, con la strumentazione normativa dell'ordinamento e in particolare con il rapporto fra l'enunciazione delle norme e la loro interpretazione-applicazione; in terzo luogo, con i soggetti, che sono comunque il presupposto e il fine ultimo dell'intero processo.

Sono questi i temi coinvolti dal principio di legalità, nel corso del suo sviluppo otto-novecentesco: uno sviluppo che appare non già il pacifico e indolore svolgimento di alcune premesse ormai acquisite, ma il prodotto di tensioni che tendono a riproporsi pur producendo risultati volta a volta diversi.

4.1. *L'ambivalenza della legge.*

Per quanto riguarda il primo tema — il nesso sovranità-legalità — conviene tener presente la lunga ombra proiettata dall'immagine hobbesiana della sovranità sulla cultura giuridica della modernità; una cultura che (nel secondo Ottocento) elabora l'idea dello Stato come persona giuridica sovrana e presenta la legge come l'espressione più alta della sua irresistibile volontà.

La trionfante sovranità statuale deve però fare i conti con un'esigenza che, a partire dalle rivoluzioni di fine Settecento, trova anch'essa una sua originale legittimità e una sua moderna incarnazione: l'esigenza di porre limiti al dispiegarsi del potere; l'esigenza di contrapporre all'arbitrarietà del potere la regolarità e la prevedibilità del diritto.

La legge racchiude in se stessa una doppia valenza: traduce nella forma del diritto l'onnipotenza del sovrano, ma al contempo ambisce a proporsi come il binario obbligato lungo il quale l'azione dello Stato deve svolgersi o addirittura come una regola cui anche lo Stato deve inchinarsi. È con il duplice volto della legge che si misura la teoria ottocentesca dello Stato di diritto: la teoria — jheringhiana e jellinekiana — della 'autolimitazione' dello Stato si accredita appunto come il più brillante tentativo di conciliare l'idea di uno Stato

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sub lege con l'assioma irrinunciabile della centralità e onnipotenza statuale (18).

È questo il campo di tensione che riverbera i suoi effetti sul principio di legalità penale: che da un lato, facendo leva sulla centralità e 'maestà' della legge, si presenta come garanzia di razionalità e di buon governo, mentre dall'altro lato, in ragione della sua portata meramente formale, si presta ad essere attratto, se non assorbito, dal vortice assolutistico della sovranità. Con apparente paradosso, è proprio lo spessore giuridico-formale del principio di legalità che, per un verso, scoraggia l'individuazione di limiti sostantivi giuridicamente opponibili al sovrano, ma, per un altro verso, costituisce anche uno sbarramento nei confronti delle tendenze espansionistiche del potere 'puro'.

È su questo fragile equilibrio che il gioco della legalità viene condotto lungo tutta la parabola del *Rechtsstaat* liberale: un equilibrio risultante dall'urto di tendenze contrapposte, che da un lato spingono verso la liberazione del potere dagli impacci e dai limiti che lo frenano, mentre dall'altro lato reclamano il primato della norma, della 'regolarità', del rispetto dei vincoli formali.

Si pensi al tema (fondamentale sul doppio fronte costituzionale e penale) della legislazione di emergenza. Quando Mario Sbriccoli vuole individuare i « tratti permanenti » — come egli li chiama — della storia penale dell'Italia unita (in un lungo arco di tempo compreso fra il 1860 e il 1990) (19) non esita a indicare, primo fra questi, il ricorrente impiego di una legislazione penale eccezionale giustificata alla luce del 'principio di necessità' (20). La sospensione del principio di legalità appare quindi, in tutta la storia italiana, una 'eccezione ricorrente' (come potremmo dire con un pregnante ossimoro).

---

(18) Mi permetto di rinviare a P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 89-170.

(19) M. SBRICCOLI, *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.

(20) Cfr. sulle applicazioni di questo principio C. LATINI, *Governare l'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 95 ss. Cfr. anche le suggestive considerazioni di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Torino, Bollati Borighieri, 2003.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La permanenza dell'eccezione non risulta peraltro un tratto caratteristico soltanto dello Stato italiano: possiamo agevolmente trovare significative convergenze in numerosi ordinamenti coevi, oltre che nella storia degli Stati italiani pre-unitari (21). Siamo di fronte non già a scelte casuali e contingenti, ma alle obbligate epifanie di tensioni interne alla dinamica politico-giuridica dell'Europa moderna fino dalle sue prime manifestazioni: basti pensare alla Francia rivoluzionaria, quando la Costituente dà vita a un codice penale esemplarmente ispirato a un principio di stretta legalità, che però viene rapidamente affiancato da provvedimenti penali speciali (per usare le espressioni di Roberto Martucci) « di portata squisitamente intimidatrice », tanto da dar luogo a una sorta di « regola annichilita dall'eccezione » (22).

In tutto l'arco della civiltà liberale (dai suoi esordi fino alla crisi novecentesca) il principio di legalità penale è, sì, un indispensabile punto di riferimento, ma è al contempo il polo di un campo di tensione che ha all'altro estremo la fatale attrazione del potere per la logica dell'eccezione. È appunto su questo fragile gioco di equilibrio, su questa improbabile armonizzazione dei contrari che la civiltà liberale si regge.

È comunque opportuno ricordare che un siffatto gioco di equilibrio è rigorosamente limitato allo spazio europeo e occidentale. Fuori d'Europa, nei paesi colonizzati dalla trionfante e plurisecolare espansione dei principali Stati europei, il potere assoggetta gli individui senza dover fare i conti con quei principî e con quei meccanismi politico-costituzionali (dalla divisione dei poteri alla rappresentanza politica, al protagonismo del soggetto, al principio di legalità) che nella metropoli sono il fiore all'occhiello della modernità giuridica (23).

Lo scenario cambia anche in Europa (almeno per alcuni paesi) quando il liberalismo giuridico cade travolto dai nuovi regimi 'totalitari'. Il sofisticato meccanismo che lo faceva funzionare si rompe: il

(21) Cfr. il saggio di Gian Savino Pene Vidari, *infra*.

(22) Cfr. il saggio di Roberto Martucci, *infra*, p. 194.

(23) Su questo punto posso rinviare in blocco al volume 33-34 (2004-2005) dei « Quaderni Fiorentini », dedicato a *L'Europa e gli 'altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potere si dispiega in tutta la sua nuda radicalità e la politica diviene 'assoluta' (24), dimostrando (*a contrario*) che i vincoli, ancorché formali, con il quale il potere nel secolo precedente aveva dovuto fare i conti non erano lustrini o *flatus vocis*, ma avevano reso possibile un equilibrio dal quale scaturivano effetti di libertà e garanzia.

Certo, il collasso della legalità penale si esprime in forme sensibilmente diverse in Italia, in Germania, in Unione Sovietica (sappiamo quanto sia problematico ricorrere a un modello unitario — il totalitarismo — per cogliere convergenze strutturali fra regimi per tanti aspetti diversi). In Germania la liquidazione delle garanzie formali assume una peculiare radicalità. Non viene semplicemente esautorato il formalismo giuridico a vantaggio della componente 'hobbesiana' della tradizione moderna. Non ci si limita a optare per l'uno o per l'altro estremo (per la legge come espressione della decisione sovrana piuttosto che per la legge come vincolo formale al dispiegarsi della volontà statuale): si compie un passo decisivo *oltre* il campo di tensione entro il quale si svolgeva il principio di legalità nella sua vicenda ottocentesca per far emergere il potere allo stato puro e fluido, antecedente e superiore a qualsiasi precipitazione istituzionale. È da questa scelta di fondo che dipendono la riduzione dello Stato a mero strumento, la centralità del partito, la personalizzazione estrema del potere.

La scelta del regime fascista è (in qualche misura) diversa. Resta al fondo la convinzione che è la politica (nella sua strutturazione burocratico-carismatica, come vorrei dire ricorrendo a un apparente ossimoro) ad avere l'ultima parola (ed è una convinzione conclamata soprattutto da quegli intellettuali e giuristi 'militanti' che insistono sull'anima rivoluzionaria del fascismo). Il primato della politica tuttavia tende a tradursi e a stemperarsi in una (assai più tradizionale) celebrazione dell'onnipotenza dello Stato. Non viene quindi espunto dalla retorica del regime (come accade, dopo un rapido

(24) Cfr. A. PIZZORNO, *Le radici della politica assoluta*, Milano, Feltrinelli, 1993, pp. 43 ss. Ho mutuato da Pizzorno l'espressione 'politica assoluta' impiegandola in *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 4., L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 360 ss. per mettere a fuoco, per un verso, l'annullamento della dialettica fra diritto e politica, e, per un altro verso, la manipolazione illimitata dei soggetti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dibattito, in Germania) il frasario dello Stato di diritto e non viene bandito il principio di legalità: si preferisce piuttosto bloccarne il moto pendolare sul polo dell'autorità, anziché su quello della garanzia.

Piegata la legalità a valere come semplice conferma dell'onnipotenza statuale, quel 'tratto permanente' (per usare ancora l'espressione di Mario Sbriccoli) della storia italiana — la strategia dell'eccezione (e quindi la compressione delle regole e la moltiplicazione e la differenziazione degli interventi repressivi) — trova numerose e impressionanti conferme nel ventennio fascista (25).

Ancora diversa sembra essere la sorte del principio di legalità nel regime sovietico. Il punto di partenza è pur sempre l'idea di una 'politica assoluta', di una politicizzazione integrale capace di modellare l'intera società a partire da un centro di potere diverso e superiore all'apparato statale, ma l'approdo è l'idea di una legalità 'socialista', introdotta nella convinzione di poter combinare il decisionismo del potere con la solidità istituzionale dell'organizzazione burocratica.

Se i totalitarismi spezzano (ciascuno a suo modo) l'equilibrio che l'età liberale aveva instaurato fra i due volti della legge, i regimi costituzionali instaurati nel secondo dopoguerra nell'Europa occidentale non intendono varare un meccanico 'ritorno all'indietro', una mera restaurazione della legalità ottocentesca. Al contrario, nasce, all'interno del nuovo costituzionalismo, un'inedita immagine della legalità. Gli ordini giuridici creati sulle ceneri dei totalitarismi sconfitti trovano il loro fondamento non tanto nello Stato e nella sua sovranità, quanto nella persona e nei suoi diritti. Lungi dal dipendere dallo Stato, i diritti fondamentali ne costituiscono il supporto strutturale e il criterio di legittimità. Cessa allora l'ottocentesco moto pendolare del principio di legalità, oscillante fra le opposte idee di legge-potenza e di legge-garanzia; cessa perché non ci si limita a privilegiare la seconda sulla prima. Al contrario, il circolo si spezza dal momento che si dispone ormai di un approdo meta-legislativo e meta-statuale (ma non metapositivo) — i diritti fondamentali enunciati dalla costituzione — al quale ricondurre (e dal quale far dipendere) l'intero 'discorso della legalità'.

(25) Cfr. il saggio di Guido Neppi Modona, *infra*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4.2. *Il momento dell'interpretazione.*

L'orizzonte entro il quale si viene sviluppando il principio di legalità nel corso dell'Ottocento è l'ambivalenza della legge; una legge che si presenta, al contempo, come simbolo della sovranità dello Stato e come baluardo della libertà dei cittadini.

Pur nella sua continua oscillazione fra questi estremi, il principio di legalità incide comunque a fondo sul sistema delle fonti del diritto. Introdurre un'inedita 'gerarchia delle fonti' è un obiettivo dichiarato dei riformatori settecenteschi, convinti che solo attraverso una radicale ristrutturazione dell'ordinamento fosse possibile la creazione di una società diversa. La celebrazione della legge, la polemica contro il protagonismo degli organi giusdicenti e la condanna di un'interpretazione 'creativa' erano gli strumenti di una precisa *politica* riformatrice e non il frutto di un'astratta scelta dottrinaria.

La tesi ampiamente condivisa dai riformatori settecenteschi secondo la quale la libertà-sicurezza dei soggetti dipende in buona misura dalla certezza della pena (dalla rigorosa, chiara, previa determinazione dei reati e delle sanzioni e della loro precisa, non discrezionale applicazione) resta al fondo del liberalismo giuridico ottocentesco, che però tende a concentrare la sua attenzione sul ruolo centrale dello Stato, presentato come determinante non solo per l'ordine ma anche per la libertà dei soggetti. Lo Stato nazionale (con la sua struttura rappresentativa e burocratica) diviene il principale punto di riferimento delle classi (politicamente e socialmente) dirigenti e del ceto giuridico a esse organicamente collegato (così come l'assetto gerarchico-cetuale della società di antico regime si era rispecchiato fedelmente nella sofocrazia dei giuristi e dei giudici).

Alla centralità del nuovo Stato nazionale corrispondono la formazione e la diffusione di una teoria giuspositivistica dell'ordinamento e dell'interpretazione-applicazione del diritto; una teoria che, da un lato, riconduce il diritto alla legge e, dall'altro lato, presenta l'interpretazione come una semplice esplicitazione del significato proprio (e univocamente accertabile) del testo normativo e riduce l'attività giurisprudenziale a un'operazione 'sillogistica', che dalle premesse (la norma e il fatto) ricava ('deduce') con meccanico rigore la norma del caso singolo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questo contesto è tassativo il divieto del ricorso all'analogia nell'interpretazione-applicazione giurisprudenziale della legge: il procedimento analogico sembra essere la finestra dalla quale potrebbe rientrare l'arbitrio giudiziale messo in fuga dal principio di legalità. Le conseguenze giuridiche delle azioni cesserebbero di essere prevedibili e verrebbe quindi compromessa la possibilità di una decisione libera perché informata.

Il divieto di analogia costituisce una delle più significative espressioni del principio di legalità penale, sullo sfondo del *Rechtsstaat* liberale. Non è quindi sorprendente che quel divieto venga revocato nelle due esperienze totalitarie che della tradizione dello Stato di diritto costituiscono la più radicale sconfessione: nella Germania nazionalsocialista e nella Russia sovietica.

Ancora una volta, non siamo di fronte a una scelta dottrinaria o tecnico-giuridica: non è in questione la comparazione dei meriti e demeriti attribuibili al diritto legislativo e al diritto giurisprudenziale. L'obiettivo, in Germania come in Russia, è moltiplicare gli strumenti capaci di accogliere e trasmettere, senza mediazioni e senza filtri, le decisioni dell'élite. Lungi dal potenziare il ruolo del giudice, l'allargamento dei suoi poteri discrezionali va di pari passo con la sua indiscriminata soggezione alle direttive del vertice 'carismatico-burocratico'. Il protagonismo apparente del giudice cela la sua reale subalternità, la sua soggezione a una politica priva di freni e di vincoli normativi.

Là dove il quadro giuridico-istituzionale mantiene invece un ruolo più consistente e una parvenza di autonomia, come avviene con il fascismo (con il suo totalitarismo 'imperfetto' o 'attenuato'), il divieto dell'analogia resta in piedi e per il conseguimento dei suoi obiettivi il regime fa affidamento, per un verso, sul doppio binario della 'norma' e della 'eccezione' (della giurisdizione ordinaria e del Tribunale speciale) e, per un altro verso, sulla fascistizzazione (che mira ad essere integrale) dei funzionari e dei giudici.

Le sfere della politica e del diritto conservano dunque (nella 'normalità' del quotidiano) una loro (ancorché indebolita) differenziazione e in questo quadro il mantenimento del divieto di analogia può valere anche come un elemento di rassicurazione delle componenti 'tradizionalistiche' del regime. E tuttavia non mancano le voci — la più chiara è quella di Maggiore — che raccomandano l'abbat-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

timento delle ultime barriere garantistiche (tacciate di illuminismo, individualismo e conseguente incompatibilità con la vocazione totalitaria del regime) (26). Prevale nel complesso la difesa del principio di legalità: a patto però di depurarlo dalle ambiguità ottocentesche identificandolo con il polo della legge-potenza (per Petrocelli la legalità è benvenuta proprio perché può risolversi nella glorificazione dell'onnipotenza statuale). Era inoltre operante, sullo sfondo, la convinzione che una magistratura rigidamente gerarchizzata al suo interno e ingessata negli schemi del 'sillogismo giudiziale' fosse la migliore garanzia di una società 'ordinata'.

Sembra dunque possibile sostenere, in termini generali, che il principio di legalità (nel lungo periodo compreso fra le rivoluzioni settecentesche e i totalitarismi novecenteschi) ha suggerito di introdurre una rigida gerarchia delle fonti, un'idea 'sillogistica' dell'interpretazione giudiziale e il divieto del ricorso all'analogia nell'interpretazione-applicazione della legge penale, nel quadro di una visione politico-costituzionale che collegava strettamente lo Stato e l'individuo, la legge e la libertà. E proprio i totalitarismi, che per esercitare un dominio illimitato sui soggetti, si sono sbarazzati dei vincoli normativi e istituzionali della tradizione liberale, sembrano confermare, *a contrario*, l'esistenza di un nesso obbligato fra il principio di legalità, il divieto di analogia e la libertà individuale. In nessun caso comunque siamo di fronte a scelte meramente 'tecniche': il gioco appare guidato, più che dall'una o dall'altra 'disinteressata' teoria giuridica, da soggiacenti scelte etico-politiche e politico-costituzionali che dettano le modalità tanto dell'impiego quanto del rifiuto del principio di legalità.

Sono queste, mi sembra, le linee-guida della vicenda ricostruita dai saggi che compongono il nostro 'Quaderno'. Non mancano però sfumature e dettagli che complicano il quadro. La tesi che la certezza del diritto (e con essa la libertà individuale) sia compromessa (soprattutto nella delicata area del penale) da un'eccessiva 'creatività' giurisprudenziale è, sì, ampiamente diffusa nei paesi dell'Europa continentale, ma non universalmente condivisa: valga l'esempio, per la Spagna, di Dorado Montero, convinto che l'arbitrio giudiziale, pericoloso nel quadro costituzionale dell'antico regime,

(26) Cfr. il saggio di Ernesto DE CRISTOFARO, *infra*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cessi di esserlo nell'ambito di una società ormai votata al progresso e al trionfo della ragione scientifica (27); oppure, per l'Italia, la lezione anticonformista di Mortara, pronto a spezzare una lancia a favore dell'interpretazione evolutiva (28). Non sembra allora temerario ipotizzare che il nesso tra principio di legalità ed ermeneutica giuspositivistica nel quadro della civiltà giuridica (*lato sensu*) liberale, pur confermato in termini generali, sia meno rigido e perentorio di quanto saremmo inclini a ritenere.

La storia dei paesi di *common law* offre peraltro un'illuminante conferma della molteplicità delle strade percorribili per raggiungere il medesimo obiettivo. La creazione di una società fondata sulla libertà-proprietà dei soggetti, che sul continente passa attraverso il mito e la realtà della codificazione, in Inghilterra si avvale di una tradizione giuridica imperniata sul protagonismo del giudice. La differenza non potrebbe essere più netta; e tuttavia, non appena si guardi in controluce alle due vicende, emerge una doppia convergenza: un crescente ricorso al momento legislativo (alla 'certezza' della norma 'scritta') nei paesi di *common law*, ma anche l'affiorare di un'insopprimibile 'creatività' giurisprudenziale nei paesi dell'Europa continentale, a dispetto dell'omaggio ritualmente tributato ai dogmi dell'ermeneutica giuspositivistica (29).

Ancora una volta, le strategie giuridiche si sviluppano e assumono il loro senso storicamente specifico nel vivo della dinamica politico-sociale. Né fa eccezione il principio di legalità, che lungi dall'essere un principio a-temporale, sempre e comunque produttivo dei medesimi effetti, incide sulla strutturazione dell'ordine in modo sensibilmente diverso a seconda dei contesti storico-istituzionali nei quali viene enunciato e attuato (30).

4.3. *Il 'governo' dei soggetti.*

Il principio di legalità, apparentemente semplice e univoco nella sua enunciazione generale, appare invece, quando lo si collochi nel

(27) Cfr. il saggio di Sebastián MARTÍN, *infra*.
(28) Cfr. il saggio di Massimo MECCARELLI, *infra*.
(29) Cfr. il saggio di Alberto CADOPPI, *infra*.
(30) Cfr. i saggi di Nicola LACEY e di Marco MILETTI, *infra*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vivo della storia europea otto-novecentesca, l'epicentro di rilevanti tensioni (se non di radicali dicotomie): la celebrazione della legge, da un lato, dà luogo alla ricorrente tensione fra legge-dominio e legge-garanzia (con la conseguente tendenza alla 'stabilizzazione dell'eccezione'), mentre, dall'altro lato, si scontra con la difficoltà di costringere (in teoria e/o in pratica) la giurisprudenza a un ruolo subalterno e passivo.

Un'ambivalenza ulteriore nasce infine da un diverso profilo del principio di legalità: dalla sua originaria vocazione (se così posso dire) 'oggettivistica'. Separare il peccato dal reato e il reato dalla considerazione della *qualitas personarum*: erano queste le 'decisioni' di fondo che informavano un penale che si voleva 'moderno' in quanto 'secolarizzato' ed 'eguale', capace di individuare fattispecie criminose punibili solo perché 'oggettivamente' incompatibili con la sicurezza dei cittadini. Un penale ridefinito alla luce della ragione e riformato in vista della sicurezza dei soggetti coincide con un rigoroso sistema di delitti e di pene (esattamente commisurate alla gravità del reato) che 'non guarda in faccia a nessuno' e cancella i privilegi del regime 'antico' in nome dell'eguaglianza. Il principio della legge eguale (insieme all'irrilevanza penale del 'foro interno') sembra invitare a distogliere lo sguardo dai soggetti e dalle loro differenze.

In realtà, i soggetti non scompaiono dall'area del penale riformato (o riformando), ma (come ho già ricordato) continuano ad esserne il presupposto e il fine soggiacente. È il soggetto libero, proprietario, razionale, capace di calcolo e di autocontrollo l'indispensabile fondamento antropologico del nuovo diritto penale. Il soggetto con cui il diritto penale ha a che fare è però una figura non già unitaria, ma duale, destinata a scomporsi in due classi di individui socialmente incompatibili: cittadini (pienamente) razionali, da un lato, e, dall'altro lato, esseri umani (parzialmente) irrazionali, (tendenzialmente) trasgressivi, 'pericolosi'.

Del nesso genetico e funzionale del penale con il soggetto, non meno dello sdoppiamento di quest'ultimo in due 'classi' distinte, Bentham era stato lucidamente consapevole, tanto da tematizzare l'esigenza di un intervento 'disciplinante' nei confronti dei soggetti pericolosi, sostanzialmente diverso e ulteriore rispetto alla semplice (chiara, sistematica, razionale) redazione di un codice penale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nelle pagine di Bentham appare in filigrana una tensione destinata a segnare in profondità la riflessione e la prassi penale ottonovecentesca: da un lato, il principio di legalità suggerisce di esaurire il penale nella previsione normativa dei delitti e delle pene e nella loro eguale applicazione giurisprudenziale, mettendo in parentesi (in ragione di un approccio rigorosamente giuridico-normativo) tanto il presupposto antropologico (l'idea di soggetto) quanto le differenziazioni sociali e 'caratteriali' degli individui concretamente operanti; dall'altro lato, però, il momento 'soggettivo' (l'attenzione al soggetto come presupposto del sistema penale e ai soggetti come ai destinatari dell'intervento punitivo dello Stato) continua a premere sulla cultura e sulla prassi con l'insistenza indiscreta di una realtà 'rimossa'.

Una siffatta tensione incide a fondo sulla cultura penalistica otto-novecentesca. Certo, l'utilitarismo beccariano e benthamiano ha ceduto il passo a filosofie diverse e a differenti rappresentazioni del soggetto (31). Pur rivestito di mantelli diversi (kantiani e poi idealistici), è però pur sempre il soggetto compiutamente razionale — il soggetto che trova nella libertà, nella responsabilità, nella proprietà il compimento della sua piena umanità — il supporto antropologico della penalistica del primo e del maturo Ottocento. La stessa concezione 'retribuzionista' della pena è, sì, la più netta sconfessione dell'utilitarismo beccariano e benthamiano, ma presuppone comunque un riferimento (non necessariamente esplicito) al soggetto 'moderno' (autonomo, proprietario, razionale). Non è un caso che la più nitida illustrazione del retribuzionismo — quale quella offerta dalla riflessione hegeliana — proceda di pari passo con la consacrazione della libertà e della proprietà del soggetto (32).

---

(31) Cfr. A. M. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, cit. Cfr. anche F. CAVALLA, *La pena come problema*, Padova, Cedam, 1979; « Archives de philosophie du droit », 28 (*Philosophie pénale*), 1983; M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, Giappichelli, 1996; F. ZANUSO, S. FUSELLI (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Padova, Cedam, 2004.

(32) Sul retribuzionismo di Hegel cfr. S. MOCCIA, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W. F. Hegel*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 27, 1984, pp. 131 ss.; K. SEELMANN, *Le filosofia della pena di Hegel*, a cura di P. Becchi, Napoli, Guerini e Associati, 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il momento soggettivo non è però soltanto un'immagine filosofica, la *humus* antropologica dalla quale la teoria penale ottocentesca trae i suoi succhi vitali. I soggetti entrano in gioco anche come concreti attori sociali le cui aspettative, paure e conflittualità finiscono inevitabilmente per scalfire la levigata superficie della dogmatica giuridico-penale.

Feuerbach stesso, che attribuisce allo Stato lo scopo di difendere il diritto impedendone la violazione e tende a far coincidere il conseguimento della sicurezza con la semplice applicazione della legge, aggiunge alla pura e rigorosa *Strafgesetzlichkeit* l'idea, più ambigua, di una *zweckmäßige Strafgesetzlichkeit*, che apre il varco a una possibile dilatazione (o inquinamento) del principio di legalità: lascia presagire la possibilità di impiegare la legge 'per qualcosa' o 'contro' qualcuno, di usarla come uno strumento funzionale al 'governo' dei soggetti (33). È attraverso il concetto di scopo che la purezza oggettivistica del principio di legalità scende a patti (o entra in tensione) con il mondo dei soggetti: è quanto avviene con il passaggio dal primo al secondo Liszt, che introduce il concetto di scopo fin nel titolo della sua celebre opera (34). Siamo però di fronte non tanto a una svolta radicale e inopinata, quanto alla riformulazione di un tema caratteristico del penale moderno: il tema della sicurezza. Certo, è la legge che, in quanto chiara, certa e rigorosamente applicata basta a rendere sicura la vita dei soggetti. A complicare le cose interviene però, come sappiamo, la convinzione (meta-giuridica), l'immagine socialmente accreditata, dello 'sdoppiamento' del soggetto: la constatazione che accanto a una classe di individui razionali-affidabili esiste una classe (più numerosa) di individui irrazionali-pericolosi. La sicurezza allora stenta ad apparire un effetto automatico della legge e sembra richiedere un intervento e uno sforzo supplementare.

I soggetti entrano in scena come portatori di un pericolo che occorre neutralizzare. Nelle prime filosofie (secolarizzate e moderne) del diritto penale, da Hobbes a Locke, a Rousseau, a Fichte, questo problema è presente e sottolineato e la strategia spesso raccoman-

(33) Cfr. il saggio di Wolfgang NAUCKE, *infra*.

(34) F. von LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di A.A. Calvi, Milano, Giuffrè, 1962.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

data per risolverlo si ispira apertamente alla logica dell'espulsione. Il criminale deve essere 'gettato fuori' dalla società: avendone violate le regole, egli cessa di esserne un membro per divenire un corpo estraneo di cui sbarazzarsi.

Ciò che muta nel corso del tempo è non tanto la percezione del problema quanto la predisposizione degli strumenti idonei a fronteggiarlo. Aumenta la fiducia nelle capacità disciplinanti dello Stato e appare meno perentoria l'esigenza di espellere o eliminare il trasgressore: il criminale deve essere, piuttosto che soppresso, controllato, disciplinato, trasformato (anche se l'istanza 'espulsiva' non scompare affatto — e continua a esprimersi emblematicamente nella pena di morte — e semmai si intreccia variamente con le strategie disciplinanti). Trionfa, in questa prospettiva, la pena carceraria, apparendo essa non solo come una sanzione facilmente quantificabile (e quindi rispettosa del nesso di proporzionalità fra reato e pena), ma anche come uno strumento efficace per disciplinare (controllare, plasmare, 'emendare') i soggetti.

L'esigenza di tenere a freno i soggetti pericolosi e neutralizzare i trasgressori non è dunque una novità tardo-ottocentesca, ma attraversa l'intera parabola della modernità penale (anche se cambiano la percezione del problema e la messa a punto delle strategie di reazione). Certo, la penalistica fedele a una scelta rigorosamente 'oggettivistica' sembrava ignorare (e in qualche misura effettivamente ignorava) qualsiasi preoccupazione disciplinante, continuando a identificare il proprio compito con il rispetto dei postulati della stretta legalità. È però anche vero che questi postulati non dominavano l'intera area del penale, ma occupavano soltanto il suo piano nobile. Lo sdoppiamento dei soggetti si rifletteva in quel doppio livello di legalità brillantemente analizzato da Mario Sbriccoli ([35]): dando luogo, per un verso, alla tensione fra 'legge' ed 'eccezione', e, per un altro verso, sostanziandosi nel fenomeno della 'giustizia dei galantuomini' ([36]).

Se per i 'galantuomini' (per i soggetti razionali, autonomi, proprietari) il principio di stretta legalità era ritenuto compatibile

([35]) Cfr. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., pp. 489 ss.

([36]) Cfr. L. Lacché, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con la sicurezza, per le classi subalterne sembrava inevitabile un intervento disciplinante libero da troppi impacci formali e affidato all'intervento discrezionale degli organi di polizia. Allo sdoppiamento del soggetto corrispondeva la duplicazione dei livelli di legalità: il livello 'alto' era funzionale al mondo valoriale e socio-economico dell'élite; « quanto aos outros, aos que não participavam nesta elite social — que eram muitos: mulheres, rústicos, pobres, nativos das colónias — […] se resolvia as suas situações penais a um 'nível infra-jurídico', que podia ir desde o 'tratamento' na esquadra de polícia, à disciplina doméstica ou a medidas administrativas, frequentes, por exemplo, no espaço colonial » (37).

Siamo posti così di fronte a una situazione apparentemente paradossale. Il principio di legalità continua a produrre effetti operando come il principale strumento di tutela della libertà dei cittadini, memore dell'alleanza, sancita dal riformismo illuministico, fra la legge del sovrano e i diritti del soggetto. È ancora questa l'ispirazione di fondo che pervade, nel corso dell'Ottocento, la 'penalistica civile' valorizzata da Sbriccoli (38). Valga l'esempio del liberalismo giuridico di Carrara: un « *liberalismo del soggetto* » che è al contempo un « *liberalismo della regola* », come scrive efficacemente Luigi Lacché (39). Né si tratta di una stagione effimera e inconcludente: la vocazione 'civile' della penalistica resta a lungo viva e vitale e continua a dare il meglio di sé, nel corso del secolo, nella difesa della stretta legalità contro le ricorrenti tentazioni dei regimi 'eccezionali', sostenuta dalla consapevolezza che erano in gioco le libertà fondamentali dei cittadini (40).

Al contempo però l'esigenza di un efficace controllo sociale continuava a manifestarsi nel quotidiano 'governo' dei soggetti, in quella bassa cucina del penale dalla quale la dogmatica 'alta' tendeva a distogliere lo sguardo. Le élites politico-sociali avevano insomma un urgente bisogno (lo ricorda ancora Sbriccoli) di reprimere il conflitto e proteggere la proprietà; proprio per questo conveniva che

(37) Cfr. il saggio di Antonio Manuel Hespanha, *infra*, p. 452.

(38) Cfr. M. Sbriccoli, *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.

(39) Cfr. il saggio di Luigi Lacchè, *infra*.

(40) Cfr. il saggio di Floriana Colao, *infra*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all''oggettivo' sistema dei delitti e delle pene venissero affiancate strategie capillari e incisive capaci di disciplinare i soggetti a costo di relegare dietro le quinte i diritti (a partire dalla fase 'esecutiva' della pena) (41).

Questa singolare compresenza di opposti (o, per meglio dire, questa funzionale differenziazione dei compiti entro un'area del 'penale' assai più vasta del territorio coltivato dalla pura dogmatica) va incontro a un notevole rimescolamento fra Otto e Novecento, con il graduale manifestarsi di nuove tendenze e di nuove sensibilità.

In primo luogo, anche la penalistica, come ogni altra disciplina giuridica, subisce l'attrazione del polo statuale, mentre i diritti dei soggetti perdono rapidamente il ruolo (originariamente giusnaturalistico) di fondamento autosufficiente dell'ordine. L'ordine non gravita intorno ai diritti dei soggetti (42), ma assume una consistenza autonoma e un valore assoluto e finisce per coincidere con la dimensione statuale.

In secondo luogo, il tema della pericolosità dei soggetti e l'esigenza di controllarli e disciplinarli emergono in una luce nuova e vengono impiegati come una leva capace di mutare a fondo il metodo e i contenuti della penalistica: è quanto avviene con la cosiddetta Scuola positiva, che non solo incide sul dibattito italiano, ma influenza anche la cultura giuridica europea e nordamericana e trova echi addirittura nella Russia sovietica.

Dei protagonisti e delle caratteristiche di questa vicenda giuridico-culturale e del suo impatto sul problema della legalità penale i saggi pubblicati nel nostro 'Quaderno' offrono ampie e documentate ricostruzioni, preziose per tenerci lontani da indebite semplificazioni.

Siamo di fronte a una svolta che non deve essere sottovalutata. Muta l'antropologia filosofica sottesa alla riflessione penalistica: viene meno l'idea di un soggetto libero e responsabile, sostituita dalla rappresentazione di un individuo biologicamente (o social-

(41) Fondamentali, per comprendere le strategie penali a partire dall'analisi dell'esecuzione della pena, sono gli scritti di Massimo Pavarini. Cfr. in particolare M. PAVARINI, *Il 'grottesco' della penologia contemporanea*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, pp. 255-303.

(42) Qualche segnale in questo senso già in Carrara, secondo il saggio di Giovannangelo DE FRANCESCO, *infra*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente) determinato; e cade di conseguenza la possibilità di fondare il potere punitivo dello Stato sul presupposto della razionalità del soggetto (quella razionalità che, pur diversamente interpretata da Hegel o da Bentham, rendeva possibile tanto il retribuzionismo del primo quanto il calcolo utilitario del secondo).

Cambia altresì il punto focale della riflessione penalistica: non più l'oggettiva strutturazione dei reati e delle pene, ma i comportamenti soggettivi, la loro illustrazione e classificazione sulla base del determinante criterio della pericolosità. La visione illuministica — la matrice del moderno principio di legalità — sembra perfettamente rovesciata: in quella prospettiva, il primato della legge, la determinazione previa, rigida e tassativa dei delitti e delle pene e l'irrilevanza delle differenze soggettive si implicavano a vicenda garantendo la sicurezza-libertà dei cittadini, mentre nel nuovo scenario proprio l'esasperazione delle differenze soggettive e la graduazione della diversa pericolosità dei cittadini sono il punto di Archimede grazie al quale ripensare il fondamento e l'estrinsecazione del diritto di punire.

Certo, i segni di discontinuità non autorizzano a cadere nella *fable convenue* delle Scuole contrapposte, creata (come ha dimostrato Mario Sbriccoli) polemicamente e artificiosamente da Ferri e accolta passivamente, per troppo tempo, dalla penalistica successiva (e dalla storiografia). Gli storici hanno il compito di districare l'aggrovigliata matassa delle innovazioni e delle permanenze; e anche nel nostro caso le innegabili discontinuità (il mutamento dell'antropologia filosofica soggiacente; il passaggio da un approccio 'oggettivistico' a un approccio 'soggettivistico') non possono essere assolutizzate, ma devono essere commisurate a profili e temi già presenti nella vicenda penale sette-ottocentesca.

È vero dunque che la penalistica positivistica si concentra sui soggetti e sulla loro 'pericolosità' e si dà come obiettivo la messa a punto di strategie capaci di neutralizzarli. Anche in passato però l'esigenza di disciplinare i soggetti si era fatta sentire ed era stata soddisfatta ricorrendo a una sapiente distribuzione delle parti. L'edificio penale era stato costruito in modo da accentuare la distinzione fra il piano alto e nobile del palazzo e le sue cantine oscure e maleodoranti (ma non mancavano peraltro le scale di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

servizio — le 'zone di confine', come le chiama Michele Pifferi (43) — che mettevano in contatto i diversi piani senza appartenere interamente a nessuno di essi). Nel tardo Ottocento, questa costruzione è ancora in piedi; e sembra formulabile l'ipotesi che molti architetti si accingano, più che alla costruzione di un immobile interamente nuovo, a una radicale ristrutturazione dell'edificio esistente, mossi dalla convinzione che la sua ala più importante debba essere occupata non dal salotto buono ma dai locali di servizio.

Fuor di metafora: un tema (il controllo e il disciplinamento dei soggetti pericolosi), che per la tradizione precedente occupava una zona residuale ed era oggetto di una sorta di 'rimozione', viene promosso a struttura portante dell'intera area del penale. Si tratta certo di un'impresa innovativa. La novità però consiste non già nell'inventare dal nulla un nuovo oggetto e un nuovo metodo, ma nel suggerire una strategia diversa, anzi opposta, entro un campo problematico da tempo esistente.

Il principio di legalità, fin dal suo esordio illuministico, si presenta non come uno schema semplice ed univoco, ma come il polo di un campo di tensione; un campo di tensione dove la celebrazione della legge, della sua enunciazione certa e della sua applicazione 'automatica' ed eguale, deve misurarsi con la ricorrente esigenza di controllare i soggetti; un campo di tensione dove il *diritto* penale (e il corrispondente sapere) domina la scena, ma deve anche tener presente sullo sfondo le preoccupazioni della *politica* criminale (44).

È ancora entro questo medesimo campo di tensione che ci si muove a fine Ottocento: la penalistica positivistica lo presuppone nel momento in cui fa leva sul polo opposto a quello prescelto dal liberalismo penale del primo Ottocento; lo presuppone nel momento in cui privilegia i soggetti piuttosto che l'oggettivo sistema dei delitti e delle pene, le differenze socio-antropologiche piuttosto che l'eguaglianza giuridica, la politica criminale piuttosto che il diritto penale.

Rilevanti mutamenti culturali (il diffondersi dei nuovi saperi

(43) Cfr. il saggio di Michele Pifferi, *infra*.

(44) Il problema trova risposte 'locali' ma ha una valenza 'globale' (in Europa come negli Stati Uniti d'America). Cfr. il saggio di Carlos Petit, *infra*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

antropologici, di ispirazione evoluzionistica e biologistica) e importanti trasformazioni politico-sociali (l'impegno crescente dello Stato nell'integrazione — e non solo nella repressione — delle classi subalterne) invitano a ripensare a fondo l'intervento punitivo dello Stato. La conseguenza però, più che una secca dismissione del principio di legalità, è un rovesciamento dei punti di partenza: la pericolosità dei soggetti domina ora la scena, mentre la maestà della legge retrocede sullo sfondo, così come l'eguaglianza cede il posto alla tematizzazione delle differenze.

Il punto di partenza è rovesciato, rispetto alla penalistica sette-ottocentesca, ma ciò non impedisce un incontro a metà strada. In quella tradizione infatti i soggetti eguali (egualmente liberi, razionali, proprietari), occupano, sì, il centro della scena, ma generano (per così dire dal loro interno, per sottrazione di alcune essenziali qualità antropologiche) una seconda categoria di soggetti, i soggetti pericolosi, collocati alla periferia del sistema. Nel positivismo tardo-ottocentesco sono questi ultimi l'oggetto privilegiato dell'attenzione, separati da uno stigma antropologico dalla più rassicurante classe dei soggetti (non tanto 'eguali' quanto) 'normali' e 'innocui'.

In entrambi i casi, dunque, l'area del penale è attraversata da una profonda dicotomia con la quale il principio di legalità deve fare i conti: una dicotomia che divide i soggetti in due classi e attribuisce a una di esse (pur sulla base di rappresentazioni socio-antropologiche profondamente diverse) una patente di affidabilità civica e sociale che non può essere riconosciuta alla seconda. È la tenace persistenza delle due classi, l'ostinato sdoppiamento del soggetto, la struttura di fondo che sollecita comunque l'intervento 'governante' del potere, la presa in consegna del corpo e dell'anima dei soggetti pericolosi. È, ancora, la lunga durata di questa dicotomia a rendere sempre di nuovo attuali, nel cuore della modernità, le antiche metafore chirurgiche, che associano l'eliminazione del criminale con l'amputazione dell'arto infetto.

Tutto ciò non basta ancora a far saltare il campo di tensione togliendo ogni capacità attrattiva al principio di legalità, che continua ad esser uno degli architravi della società liberale. Sono sottoposte però a un attacco concentrico le principali valenze di quel principio: l'autonomia del soggetto e la centralità dei diritti. A indebolirle concorrono, per un verso, lo statocentrismo imperante,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e, per un altro verso, la richiesta di un controllo sociale il più possibile capillare e incisivo. Il senso delle strategie raccomandate dalla penalistica positivistica coincide in fondo con l'invito a trasfondere, nell'area del penale, il crescente impegno 'governamentale' (in senso foucaultiano) dei poteri pubblici.

Perché intervenga un'irreversibile frattura con la tradizione ottocentesca — e la fine del campo di tensione che la aveva dominata — è indispensabile quella profonda trasformazione del sistema politico provocata dai totalitarismi del Novecento. Certo, le discontinuità storiche non sono mai 'assolute'. Potremmo sostenere che i totalitarismi sono la fase terminale di un processo iniziato in tempi non sospetti: un processo nel quale il centro focale della riflessione penalistica slitta gradualmente dall'analisi della norma al controllo dei soggetti, dalla tassonomia dei reati alla tipizzazione dei criminali. Allo stesso modo, giocando sul concetto di 'governamentalità' potremmo indicare elementi di continuità fra regimi lontani od opposti (quali l'incipiente 'welfarismo' degli Stati europei di fine Ottocento e la politica sociale della Germania nazionalsocialista).

In realtà, il quadro è più complicato e occorre commisurare il radicamento storico dei totalitarismi con le radicali novità da essi introdotte. Le continuità certo non mancano e assumono una particolare evidenza nel fascismo, che raccoglie dalla tradizione ottocentesca e impiega contro l'autonomia e i diritti dell'individuo tanto la retorica della legge-potenza quanto gli strumenti di controllo informale e capillare dei soggetti. La frattura però (macroscopica nel nazionalsocialismo e nel comunismo sovietico) è provocata comunque dall'interruzione del tradizionale moto oscillatorio fra 'oggettività' e 'soggettività', fra garanzia e controllo, nel quadro (prima ricordato) di quella 'assolutizzazione della politica' che cancella la differenziazione delle funzioni statuali e azzera l'autonomia del giudiziario. Un indice interessante di un siffatto salto di qualità è offerto proprio dal 'non possumus' che la penalistica italiana di ispirazione positivistica oppone all'attacco sovietico al divieto di analogia, nonostante le reciproche convergenze sul terreno del controllo del comportamento criminale (45).

Interrotto il campo di tensione innescato dal principio di lega-

(45) Cfr. il saggio di Marco COSSUTTA, *infra*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lità, il diritto penale totalitario, per un verso, esaspera le strategie di espulsione e di cancellazione dei 'devianti' in nome dell'assoluta omogeneità ed unità dei 'veri' cittadini, per un altro verso (con apparente paradosso) assottiglia la parete divisoria fra normali e criminali moltiplicando le possibilità di una facile 'criminalizzazione' di ciascun soggetto, sempre esposto ad essere subitaneamente trasformato da cittadino a nemico. Pericolosa non è più soltanto una specifica classe di soggetti: è la soggettività come tale ad essere pericolosa e l'eguale pericolosità di tutti può essere tenuta a freno solo da una strategia che renda totale (capillare e illimitato) il controllo (46).

I totalitarismi abrogano (o svuotano del suo senso) il principio di legalità. Non si pensi però che l'opposizione ad essi finisca per coincidere con la difesa di quest'ultimo. Certo, contro l'assolutizzazione della politica anche l'elogio del diritto, della sua certezza e del suo rigore formale può apparire (valga l'esempio, in Italia, di Lopez de Oñate e di Calamandrei) una strategia plausibile. In realtà, la cultura anti-totalitaria destinata a influenzare, nel secondo dopoguerra, la formazione e lo sviluppo dei nuovi ordinamenti costituzionali non si limita a invocare una semplice 'restaurazione' degli antichi equilibri. Il ritorno all'indietro è reso impossibile proprio dalle ambivalenze caratteristiche dell'intera parabola ottocentesca del principio di legalità, sempre oscillante fra legge-garanzia e legge-potenza, fra difesa del diritto e controllo sociale.

Non basta proclamare il primato ottocentesco dello Stato e della legge. Al contrario, è proprio il giuspositivismo ottocentesco chiamato sul banco degli imputati con l'accusa di aver favorito un'acritica obbedienza al potere in nome di una concezione meramente formale della validità della legge. Occorre quindi individuare parametri metalegislativi di validità, che impediscano la resa all'assolutezza al potere statuale e un impiego 'dispotico' della legge (47).

---

(46) Cfr. il saggio di Hinrich RÜPING, *infra*.

(47) È a questa esigenza di fondo che deve ricondursi il fiorire di molteplici neogiusnaturalismi e il peculiare sviluppo (non la palinodia) che l'ultimo Radbruch imprime al suo pensiero (su cui cfr. l'importante libro di G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei 'delitti di Stato' nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001). Mostra ancora tracce di questo clima il dibattito fra Hart e Fuller (cui accenna il saggio di Nicola LACEY, *infra*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'esigenza di appellarsi a criteri normativi superiori alla legge dello Stato è così forte da condurre, nell'esperimento cruciale offerto dal processo di Norimberga, a un esito in qualche modo paradossale: a mettere in questione il nesso, infrangibile in tutta la tradizione ottocentesca, fra principio di legalità, legge e irretroattività della legge penale. Almeno due profili delicati, proprio dal punto di vista del rispetto della legalità penale, si presentano in quel processo. Da un lato, sembra compromesso il principio della terzietà del giudice, dal momento che sono i vincitori a giudicare i vinti. Dall'altro lato, i reati contestati ai gerarchi del passato regime non erano tali per le leggi penali allora vigenti. Non si tratta di obiezioni di poco conto (puntualmente fatte valere da Carl Schmitt), cui è possibile rispondere (come fanno Radbruch e in modo parzialmente diverso Kelsen) soltanto spostando la definizione del principio di legalità su un piano estraneo alla tradizione ottocentesca: appellandosi — questa è la tesi di Radbruch — a un diritto *in fieri* non più riconducibile ai singoli Stati ma riposante sul concetto di umanità e sul connesso ordine internazionale (48).

È questo il clima in cui vedono la luce i nuovi ordinamenti costituzionali europei e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; è questo il contesto in cui il principio di legalità si sottrae alla stretta soffocante dello statalismo ottocentesco movendosi in tre direzioni: in primo luogo, riscoprendo la sua originaria destinazione di senso, quel legame funzionale con i diritti del soggetto che i riformatori settecenteschi (ancora sensibili ai richiami giusnaturalistici) enunciavano con chiarezza ma affidavano alle cure di un provvidenziale (e improbabile) legislatore; in secondo luogo, riorganizzandosi alla luce di una (kelseniana) *Stufenbautheorie* che fa della costituzione la norma gerarchicamente superiore; in terzo luogo, riposando sull'assunto che i diritti positivizzati dalla costituzione sono la struttura portante del nuovo ordinamento.

(48) Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Un diritto giusto? Giusnaturalismo e democrazia nel secondo dopoguerra*, in, *Direito natural, justiça e política*, a cura di P. Ferreira da Cunha, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 213-44; ivi indicazioni bibl.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. *Il secondo Novecento: discontinuità e persistenze.*

Con il secondo dopoguerra le ambivalenze della tradizione ottocentesca appaiono risolte e il principio di legalità risulta ormai saldamente collegato con il primato della persona e con l'intangibilità dei suoi diritti. Certo, la costituzione non produce effetti per virtù propria, ma deve fare i conti con una cultura giuridica che stenta a cogliere e a sviluppare le novità introdotte dal nuovo testo normativo (49). Si apre la fase, che avrà una durata pluriennale, dell'attuazione della costituzione (o della sua mancata attuazione, secondo la denuncia di Piero Calamandrei).

Non sarà semplice per la cultura giuridica prendere sul serio la costituzione tanto da assumerne i principî fondamentali come i criteri cui ispirarsi per ripensare le singole discipline positive. Sul terreno del diritto penale, un siffatto programma si è tradotto nel « tentativo, ambizioso quanto affascinante, di costruire una legalità penale di livello costituzionale — a cominciare da una selezione dei beni giuridici penalmente tutelabili circoscritta al novero dei beni di rilevanza costituzionale (esplicita o implicita) — » (50).

È l'esigenza di rifondare il sapere giuridico alla luce dei principî fondamentali della costituzione (51) a far risorgere dalle ceneri la penalistica 'civile' (per usare ancora l'espressione di Mario Sbriccoli), la cui attenzione alle libertà e all'incivilimento (nel senso romagnosiano del termine) si era gradualmente appannata a favore di scelte apertamente o cripticamente autoritarie.

Sarebbe però vano attendersi dallo slancio riformatore degli anni Settanta una soluzione 'definitiva' delle tensioni che avevano coinvolto l'area del penale nel corso della sua parabola moderna. Sembra piuttosto emergere una rinnovata problematicità del prin-

---

(49) Cfr. M. GREGORIO, *Quale costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in « Quaderni Fiorentini », 35, 2006, pp. 849-913.

(50) Cfr. il saggio di Giovanni FIANDACA, *infra*, p. 1263.

(51) Il riferimento d'obbligo è a Franco Bricola e al gruppo degli studiosi a lui vicini. Sul ruolo dei diritti nella costruzione di un nuovo diritto penale cfr. A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limiti della legge penale*, in « Dei delitti e delle pene », III, 1985, pp. 443-73; E. RESTA, *La dismisura dei sistemi penali*, in « Dei delitti e delle pene », III, 1985, pp. 475-495; L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in « Dei delitti e delle pene », III, 1985, pp. 493-524.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cipio di legalità, in un contesto politico-sociale (non solo italiano, ma europeo e internazionale) dove aspettative, timori e conflitti vecchi e nuovi si affollano mettendo ancora una volta in questione prospettive che sembravano acquisite.

Appare oggi più debole il fondamento politico-costituzionale del principio di legalità penale. Questo principio infatti, che nel quadro costituzionale del secondo dopoguerra traeva forza dalla logica della democrazia parlamentare, non può non subire i contraccolpi della crisi che investe il funzionamento del meccanismo rappresentativo (52).

Indebolito nel suo fondamento di legittimità, il principio di legalità penale continua certo a svolgere una funzione importante sul fronte delle garanzie, nella misura in cui resta in vigore il suo collegamento funzionale con i diritti del soggetto. È però anche vero che quel principio deve fare i conti con un ambiente istituzionale e culturale ormai profondamente mutato; un ambiente dove le fonti del diritto si diversificano, si moltiplicano, si intrecciano ben oltre il quadro 'classico' di una nitida 'gerarchia', mentre, sul terreno dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto, il divieto di analogia non può più contare sullo schema del 'sillogismo giudiziale' e deve essere ripensato alla luce di un'ermeneutica ormai estranea alla tradizione del giuspositivismo ottocentesco (53). In questo contesto, dunque, il principio di legalità penale non può essere semplicemente confermato, ma deve essere ripensato e adattato a una cultura e a una società sensibilmente mutate (54).

Possiamo però affermare che almeno la destinazione di senso del principio di legalità penale (se non la sua strumentazione 'tradizionale') regge intatta, nonostante il cinquantennio trascorso dal secondo dopoguerra a oggi? In realtà, non mancano indizi per ipotizzare un quadro diverso: un quadro nel quale, smorzatosi l'entusiasmo 'neo-costituzionalistico' (se non neo-giusnaturalistico) per i diritti fondamentali, il principio di legalità penale (ad essi

(52) Cfr. i saggi di Giovanni FIANDACA e di Francesco PALAZZO, *infra*.

(53) Cfr. il saggio di Francesco PALAZZO, *infra*.

(54) Cfr. in questo senso anche M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., con le considerazioni di P. GROSSI, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in « Quaderni fiorentini », 35, 2006, pp. 1043-1057.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

funzionalmente collegato) non esce certamente di scena, ma entra di nuovo in tensione con strategie diversamente orientate.

Queste strategie sono nuove (nel senso che adottano forme espressive inseparabili dall'odierna dinamica socio-culturale), ma non sono improvvisate e inedite, non nascono dal nulla in un mondo privo di passato, bensì conservano e riformulano, in una situazione mutata, orientamenti già sperimentati. Sono strategie che di nuovo mettono in scena i soggetti e li assumono, prima che come titolari di diritti, come portatori di pericolo; sono strategie che di nuovo pongono al centro la sicurezza e in nome di essa mirano a dilatare lo spettro della repressione penale, a formulare in modo vago l'idea di bene giuridico, a impiegare concetti indeterminati come la difesa del mercato o la tutela della *Volksgesundheit*, insomma a impiegare il diritto penale come « ein Instrument im Kontext sozialer Kontrolle » (55).

Il principio di legalità non scompare, ma torna a essere attratto entro un campo di tensione che l'ottimismo costituente tendeva a consegnare al passato. Se da un lato il principio di legalità richiede il dominio incontrastato della regola e la sua applicazione 'eguale', dall'altro lato il principio di necessità e la logica dell'eccezione, già teorizzati dai giuristi di antico regime, ereditati e riformulati dal terrore giacobino, apparentemente dormienti ma reiteratamente risvegliati, quando necessario, nell'Europa liberale, tornano a essere vivi e vitali nei paesi democratici del nostro presente, che si appellano alla *Risikogesellschaft* e all'emergenza del terrorismo globale.

Non è peraltro solo la dialettica fra legge ed eccezione che viene a porsi al centro dell'odierna fenomenologia penale; la tensione investe la principale destinazione di senso del principio di legalità: la visione del soggetto, l'atteggiamento del potere pubblico nei suoi confronti, la garanzia dei suoi diritti fondamentali.

Un episodio rivelatore del diapason cui la tensione fra sicurezza e garanzia sta giungendo è il recente dibattito sulla tortura (56): sulla tortura come 'diritto' (come momento di un legittimo potere di intervento dello Stato sui soggetti), non sulla tortura come prassi (largamente adottata in molti paesi, ma finora giuridicamente illecita e fatta anzi oggetto del 'monitoraggio' di organi internazionali). Se

(55) Cfr. il saggio di Winfried HASSEMER, *infra*. p. 1233.
(56) Cfr. il saggio di Massimo LA TORRE, *infra*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quindi, per un verso, il nesso legalità-diritti induce ancora a vedere nella tortura l'intollerabile residuo di un potere sfrenato, per un altro verso, al polo opposto del medesimo campo di tensione, l'antico argomento della *salus reipublicae* svaluta l'intangibilità del soggetto ed entra in rotta di collisione con quel principio di legalità che aveva trovato la sua destinazione prioritaria nella difesa dei diritti fondamentali.

L'argomento della *salus populi* è antico, ma può trovare una sua formulazione moderna, sintonizzata sulla lunghezza d'onda della democrazia. Non si può infatti escludere che il popolo e i suoi rappresentanti scelgano di considerare (nell'imminenza di un pericolo, non importa se effettivo o immaginato) come reciprocamente incompatibili sicurezza e legalità-libertà e preferiscano la prima alla seconda. In questo caso, è la stessa logica democratica, assunta in origine come la naturale fonte di legittimazione del principio di legalità, a comprometterne la tenuta, a riprova della rinnovata (o mai realmente risolta) problematicità di quel principio (57).

Tornano al centro della scena i soggetti pericolosi e appare pressante l'esigenza di neutralizzarli. Cambia la topografia dei soggetti e la rappresentazione della pericolosità e cambiano le tecniche raccomandate per rispondere alla sfida della sicurezza. Sembra perdere attrattiva l'obiettivo tardo-ottocentesco dell'integrazione, mentre tornano a farsi sentire le più antiche tendenze a espellere, a eliminare, comunque a mettere fuori gioco i criminali. Cade di conseguenza la visione ottocentesca del carcere come strumento di disciplinamento e trasformazione comportamentale del deviante e la realistica constatazione del fallimento dell'utopia integrazionistica rafforza la tendenza a fare del carcere un semplice strumento di neutralizzazione e confinamento dei soggetti pericolosi (una tendenza peraltro già presente anche in passato, e variamente intrecciata con la teoria dell'‘emenda') (58).

---

(57) Si vedano le considerazioni svolte (a commento delle tesi coraggiosamente garantistiche del giudice israeliano Barak) da F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 231 ss.

(58) Cfr. Cfr. L. Wacquant, *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Milano, Feltrinelli, 2000; A. De Giorgi, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, DeriveApprodi, 2000; A. De Giorgi, *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Verona, Ombre Corte, 2002 (ivi D. Melossi, *Discussione a mo' di*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sono oggi numerosi gli ordinamenti che varano una legislazione di emergenza che esaspera le sanzioni, enfatizza i meri atti preparatori, impiega formulazioni normative largamente indeterminate, riduce le garanzie in nome dell'obiettivo prioritario della sicurezza (59). È in nome della sicurezza che si reclama una dilatazione del penale che non soltanto incide sulla dialettica fra norma ed eccezione, ma accentua la valenza (durkheimianamente) simbolica della pena, valorizzandola come strumento di rafforzamento della coesione sociale. È in questo orizzonte che conviene collocare il successo delle teorie neo-retribuzioniste (60): tramontata ormai da lungo tempo quell'antropologia filosofica che ne aveva reso possibile il successo ottocentesco (l'idea del soggetto libero, razionale, responsabile) (61), il fascino del retribuzionismo sembra ormai risiedere nella capacità di fornire una compensazione simbolica dell'insicurezza (62).

Le strategie di rassicurazione prevedono l'edificazione di argini e steccati, la creazione di differenze, l'irrigidimento del 'dentro' e del 'fuori', la contrapposizione fra i (buoni) cittadini e i soggetti pericolosi e (a qualche titolo) estranei. Il diritto penale del nemico e il diritto penale del cittadino (63) sono una recente traduzione ed

---

prefazione: carcere, postfordismo e ciclo di produzione della 'canaglia' , pp. 7-24). Cfr. anche J. YOUNG, *Demonization and the Creation of Monstrosity: Late Modernity and the Dynamics of Social Exclusion*, in A. DE GIORGI (a cura di), *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Lecce, Pensa Multimedia, 2002, pp. 593-611.

(59) Cfr. F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in « L'indice penale », IX, 2006, 1, pp. 210 ss.

(60) Un esempio in V. MATHIEU, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, Rusconi, 1978. Fra i tanti contributi odierni alla discussione del problema cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1985; L. EUSEBI, *La pena 'in crisi'. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Padova, Morcelliana, 1989; L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, Giuffrè, 1989; F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1989; A. ACERBI, L. EUSEBI (a cura di), *Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale*, Milano, Vita e Pensiero, 1998; M. PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004; K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Milano, Giuffrè, 2005.

(61) Cfr. M. CACCIARI, *Due passi all'inferno. Brevi note sul mito della pena*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, cit., pp. 243-53.

(62) Cfr. M. PAVARINI, *Il 'grottesco' della penologia contemporanea*, cit., pp. 281-82.

(63) Cfr. G. JACOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JACOBS, M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esplicitazione giuridica di un immaginario socio-antropologico di 'lunga durata', che ha segnato in profondità l'area del penale moderno (e pre-moderno).

Non è peraltro sorprendente la persistenza (e al contempo la sempre nuova formulazione e funzionalizzazione) di strategie e immagini consolidate. Rimarrebbe stupito (e deluso) solo chi coltivasse una visione lineare e 'provvidenziale' della storia e scambiasse una soglia di discontinuità (quale quella introdotta dalla formulazione settecentesca del principio di legalità penale) con l'avvento dei nuovi cieli e delle nuove terre. Il principio di legalità non ha creato (d'improvviso e una volta per tutte) un 'altro' diritto penale. Non ha reso irrilevanti le differenze. Non ha azzerato gli effetti della stratificazione sociale. Non ha eliminato la contrapposizione fra il 'dentro' e il 'fuori'. Non ha interrotto l'antica fascinazione della vittima sostitutiva. Il principio di legalità ha semplicemente complicato le regole del gioco nella dinamica dei conflitti politico-sociali. Non ha impedito al potere di 'governare' i soggetti; ma ha offerto ai soggetti uno strumento (o un argomento) per opporre resistenza.

***

Il 'Quaderno' 37 è dedicato a Mario Sbriccoli. In effetti quando, non molto tempo fa, cominciavamo a progettare il numero monografico del 2007, proprio a Mario Sbriccoli pensavamo: ma non come al dedicatario, bensì come al naturale animatore di un volume che volevamo destinare alla storia del diritto penale. La sua prematura scomparsa ci ha costretti a un ruolo che non avremmo mai immaginato di dovere svolgere e ha reso il nostro compito particolarmente doloroso. Nel 'Quaderno' Mario Sbriccoli è comunque presente: ogni contributo contiene tracce della sua opera, ogni saggio offre testimonianze della straordinaria rilevanza della sua ricerca. La dedica non è dunque soltanto un tributo di affetto; è l'espressione di un dialogo che continua.

2003, pp. 19-56. Cfr. *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1027-1053 (in particolare i saggi di E. Demetrio Crespo, M. L. Maqueda Abreu, G. Portilla Contreras, J. A. Ramos Vázquez). Cfr. anche l'interessante dissertazione dottorale di Federica Resta (F. Resta, *Reus, inimicus, hostis. Diritto penale e logiche dell'ostilità*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il momento fondativo: fra Sette e Ottocento

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIORGIA ALESSI

TRA RITO E NORMA. LA LEGALITÀ PRIMA DELLA LEGGE

1. « Nulla poena sine judicio ». I paradigmi della legalità medievale. — 2. « Ex causa licet jura transgredi ». Arbitrio giudiziario e prerogativa regia. — 3. Struttura delle norme e tutela dei diritti: Habeas Corpus Act.

1. *« Nulla poena sine judicio ». I paradigmi della legalità medievale.*

L'Europa si apre all'età medievale tutt'altro che immemore delle massime di legalità custodite nel ricco deposito della tradizione classica, biblica, patristica. Isole di cultura « immerse in un mare di linguaggi » (1) monasteri, *scriptoria*, scuole vescovili e di corte, opere enciclopediche, le custodirono gelosamente, offrendole alla sete di legittimazione delle nuove figure di potere. Quelle massime accompagnarono la trasformazione dei capi militari 'barbari' in cristianissimi re, pronti a governare attraverso leggi alle quali essi per primi giurarono fedeltà. Lungo questi percorsi il concetto di *lex*, comando imperativo tendenzialmente fornito di sanzione, è ben presente nell'esperienza politica altomedievale. Le raccolte normative dei Visigoti, dei Burgundi, dei Franchi, richiamarono giudici e funzionari al rispetto della legge, sanzionando talora gravi pene per coloro che osassero fondare sull'arbitrio le proprie decisioni. Tuttavia il senso complessivo della legalità non è riconducibile, ancora per l'intero medioevo, al rispetto delle norme emanate da un pur legittimo potere, o alla corrispondenza tra condotte pubbliche e private e regole fissate da leggi scritte.

Basti pensare alla centralità della consuetudine, ed all'uso talora

(1) È l'espressione particolarmente felice usata da M. Oldoni in *Culture: dotta, popolare, orale*, in *Storia medievale*, Roma, Donzelli, 1998, p. 390.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indistinto dei termini legge e consuetudine (2), che denunciano, tra l'altro, la possibilità di connotare con la parola *lex* una norma non scritta (3). Di più, nessun complesso di norme positive, pur emanate da un potere legittimo e riconosciuto, esaurisce l'orizzonte dell'esperienza giuridica, segnato da molti e diversi riferimenti: dal diritto naturale, alla scrittura, alle norme conciliari, sino alle consuetudini feudali e comunitarie. In questo quadro, la *lex* deve necessariamente collocarsi, come una più limitata specie, nella più ampia categoria dello *jus*, all'interno di una relazione che segue linee assai diverse da quelle presenti nei lunghi percorsi del diritto romano.

Qui, a partire dalla legislazione delle XII tavole, la parola *lex* acquista un significato più vicino al greco *nomos* e, come quest'ultimo, si carica di precisi significati ideologici e politici designando, insieme, un comando che prende le distanze dalla sfera del 'sacro' (4) e che si avvale della scrittura come mezzo di comunicazione politica. Attraverso questo passaggio si sarebbe formato « un trinomio inscindibile — legge, scrittura, laicità — in grado di opporre la certezza della conoscibilità e della stabilità all'arbitrio di una regola religiosa o consuetudinaria, manipolabile a piacimento dai detentori del potere » (5). A differenza di quanto era accaduto nell'esperienza delle democrazie greche, questa forma avrebbe sempre trovato dinanzi a sé la resistenza dello *jus*, munito di altrettanta capacità di disciplinamento sociale, e capace di evoluzione rispetto alle proprie origini sacerdotali.

Nell'esperienza medievale, i due campi non rappresentano più sfere alternative e paritarie, ma si dispongono, secondo i moduli ob-

---

(2) Vedi sul punto A. PADOA SCHIOPPA, *Aspetti della giustizia altomedievale in Italia ed Europa nella storia del diritto*, in ID., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 72.

(3) Sul punto, e sulla polisemia della parola 'lex' cfr. J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Conception de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, particolarmente pp. 265-267.

(4) In questi termini A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, p. 77.

(5) *Ibidem.* Nel medesimo passaggio si chiariscono le implicazioni del distanziamento che la forma scritta della legge apporta rispetto alla fonte di provenienza: « l'escarnazione » del precetto attraverso la sua rappresentazione grafica presupponeva, infatti, la disintegrazione della figura del re sacerdote, garante e fondatore mistico, attraverso la sua persona, di ogni regola sociale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bliganti di quella cultura, entro uno schema gerarchico nel quale il comando politico deve necessariamente autorappresentarsi come traduzione concreta, ma fedele, di un più generale ordine naturale e religioso. In uno scenario dominato da molti ed eterointegrabili complessi normativi, i limiti del potere di punire e di indagare, e gli spazi di garanzia, vanno collegati, piuttosto che alla sfera della legislazione, a quello della *jurisdictio*, ossia del potere/dovere di mantenere la pace in un certo 'distretto' dichiarando i diritti e le norme (6). Dalla 'misura' di tale potere discende la quantità di forza coercitiva necessaria per l'assolvimento di questi compiti. Massima in caso del potere sovrano, non delegato (*merum imperium* (7)*)*, proporzionalmente dosata nel caso di giurisdizioni/poteri minori, non originari, ma delegati (8). Perciò, la prima condizione della legalità di una pena è la titolarità del potere di giurisdizione da parte di chi l'infligge; la seconda è il rispetto delle procedure e solennità (sui tempi, le convocazioni, la pubblicità, la benedizione religiosa delle sessioni giudiziarie) fissate nelle consuetudini del territorio o nelle norme ufficiali.

In questo senso la definizione di Mario Sbriccoli, che fonda sulla ritualità un ampliamento della categoria 'giustizia' — « risultato accettato di un rito, qualsiasi esso sia, che ha lo scopo di 'rendere ragione' […] oppure irrogare una pena, o più semplicemente dare seguito ad una previsione normativa attraverso un procedimento

(6) Sul carattere giurisdizionale della stessa potestà normativa, e sulla coattività come elemento non inerente al concetto di *lex*, ma di *imperium*, cfr. VALLEJO, *Ruda equidad*, cit., p. 269.

(7) *Ibidem*. Sul nesso *jurisdictio/imperium*, e sul *merum imperium* (che identifica anche la potestà legislativa) in Bartolo cfr. P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 2002 (1969), rispettivamente pp. 111-117, p. 161 ss.

(8) L'orizzonte della legittimità, ossia della titolarità del potere, è assai più pertinente rispetto a quello della legalità, ossia conformità al contenuto preciso di una norma, per avvicinarsi alla percezione medievale della giustizia. D'altra parte, nell'Inghilterra medievale, secondo la classica ricostruzione di McIlwain, « Le *leges* nel senso ristretto della parola, le *constitutiones* e le *assisae* non sono niente più che ordini amministrativi, e perciò sono parte dell'azione di governo e non rientrano nella sfera dei diritti e libertà intoccabili, come le consuetudini immemorabili, "approvate dal consenso di coloro che le usano, e confermate dal giuramento dei re" ». Cfr. C. H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990 (1947), p. 102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regolato » (9) — coglie bene una percezione diffusa e socialmente trasversale, particolarmente valida nell'esperienza giuridica medievale (10).

Se non è facile indicare regole tassative — e sanzionate — dell'esercizio della giurisdizione, è viceversa possibile indicarne i peccati capitali, che marcano un sicuro sconfinamento dal perimetro condiviso della legalità/giustizia: il rifiuto di rendere ritualmente giustizia; la violazione di consuetudini a lungo condivise o ufficialmente inserite nelle raccolte di *leges*. La giustizia denegata priva di senso la disimmetria (tra poteri territoriali e soggetti) che è alla base della relazione comando/obbedienza, legittimazione/protezione, mentre l'inerzia e la negligenza dei giusdicenti costituisce un capo d'accusa di lunga durata, che lascia presupporre dissolutezza o corruzione. Se i meccanismi sanzionatori e le conseguenze istituzionali sono assai deboli nel primo caso, riducendosi sovente alla riprovazione morale o alla stigmatizzazione dei peccati dei grandi e piccoli poteri, il controllo sull'interessata inattività dei titolari di giurisdizione in via 'delegata', dei giudici minori o dei signori locali, appare progetto consapevole delle monarchie a più forte strutturazione istituzionale. I capitolari carolingi ne offrono un esempio 'inesorabile' e singolare. Le misure di Carlo sembrano aderire al quadro desolante tracciato dal vescovo Teodulfo a seguito della missione ispettiva nella valle del Rodano ed in Provenza: l'inerzia dei giudici ubriachi, corrotti, che negano ogni udienza alle pressanti

(9) M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica, Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. BELLABARBA, G. SCHWERHOFF, A. ZORZI, *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra medioevo ed età moderna. Kriminalität und Justiz im Deutschland und Italien. Rechtspratiker und gerichtliche Disckurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit*, Bologna, Il Mulino, Berlin, Dunker & Humblot, 2001, p. 355; l'indicazione di un paradigma o modello generalissimo della giustizia aveva dichiarate implicazioni polemiche contro la moltiplicazione delle fattispecie che indicavano cause e conflitti sfuggiti al trattamento di apparato: a proposito di tali 'sottocategorie' della giustizia cfr. B. GARNOT, *Justice, infrajustice, parajustice et extrajustice dans la France d'Ancien Régime*, in « Crime, Histoire & Sociétés. Crime, History & Societies », IV, 2000, 1, pp. 103-120.

(10) La forte risistemazione del quadro normativo penale espressa dalle grandi ordinanze del '500, rende più difficile, da quel momento, adottare una definizione di giustizia che, mettendo tra parentesi il quadro normativo, sottolinei viceversa i caratteri di ritualità e consenso.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

richieste degli abitanti viene denunziata dall'impazienza della folla che attende l'arrivo dei *missi*, dei grandi giudici inviati dal re per avere finalmente ascolto. Il rimedio adottato è certo assai efficace ai fini della strategia del consenso, anche se naturalmente rimangono forti interrogativi sulla sua praticabilità nel tempo. La norma disponeva infatti che, se un signore avesse rifiutato di rendere giustizia, il conte e l'inviato regio avrebbero dovuto insediarsi nella sua casa e, vivendo delle sue sostanze, esaurire le richieste inevase di giustizia. L'autorappresentazione dei re medievali come implacabili castigatori dei giudici inattivi e corrotti, costituì un formidabile discorso di legittimazione, che includeva precocemente ritualità e garanzie del giudizio quali momenti centrali della contrattazione politica.

Da questo versante, della contrattazione e del 'ricorso', emerse lentamente la prospettiva costituzionale del rito (assai più e assai prima che della norma) penale, come terreno privilegiato di verifica del carattere arbitrario o fondato del potere. In Francia, in Inghilterra, nella curia pontificia, il rafforzamento del potere del principe derivò anche dalla capacità di mettere a punto una procedura molto più sofisticata rispetto a quella delle corti locali e feudali. Ancora una volta fu la presunzione di denegata o irrituale giustizia a giustificare l'avocazione diretta o la possibilità di ricorso in via d'appello alle *curiae regis* ed a definire, per questa via, la gravità dei reati. L'esempio inglese dei *writs*, cioè dei rimedi giudiziali concessi dalla curia regia agli uomini liberi d'Inghilterra, ossia le forme fortemente tipizzate d'azione, è assolutamente emblematico, in relazione al paradigma della legalità medievale. Harold Berman lo ha spiegato assai bene nel suo libro su *Diritto e rivoluzione*, facendo riferimento al trattato di Glanvill:

« l'enfasi sulla procedura rileva non solo quale espressione del potere regio, ma anche come limite al potere stesso. Il re aveva grandemente ampliato la propria giurisdizione a spese delle corti di giustizia sia feudali sia ecclesiastiche; tuttavia, le condizioni della sua affermazione di giurisdizione regia, in quanto espresse, sarebbero servite come limiti. La riduzione in categorie dei tipi di rimedi, così come l'affermazione delle procedure per richiederli, definivano la giurisdizione regia […]. Glanvill, nel definire la giurisdizione regia in termini di tipi di breve, la limitava: per usare le parole di Maitland, il governo dei *writs* è il governo delle leggi. Senza dubbio, non si poteva

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impedire che il re usurpasse il potere al di là dei limiti che esso stesso si era imposto; tuttavia, fare ciò avrebbe significato indebolire la fede pubblica nella legalità, fede sulla quale si fondava la sua legittimità, pertanto sarebbe equivalso ad aumentare la probabilità di dover ricorrere ad una forza inefficiente per aumentare il proprio potere » (11).

Questa prospettiva non apparteneva soltanto ai ceti alti o ai personaggi che sedevano nelle *curiae*, nei parlamenti, nelle diete ma, in un contesto in cui il linguaggio giuridico-teologico — dunque il linguaggio della colpa e della pena, dell'offesa e del perdono — era largamente condiviso, attraversava tutti i livelli della comunicazione sociale.

Nelle suppliche alla clemenza del re, nelle carte contrattate dei diritti, nelle rivendicazioni delle antiche consuetudini, nelle rivolte contadine della prima età moderna, la protesta delle violazione delle forme dovute in giudizio non si traduce in generica lamentela o contumelia, ma denunzia la segretezza delle testimonianze, l'arbitrarietà degli arresti, il diniego ingiustificato di concedere cauzioni. Tenta, inoltre, di contrastare il moltiplicarsi delle procedure d'ufficio, per inchiesta: « nadie responda sin querelloso », ammoniscono le carte della libertà del medioevo spagnolo, per ricordare la necessità, nel giudizio penale, di un accusatore responsabile.

In contesti nei quali il carattere aperto, mai completamente definibile del diritto e della legge rese costante lo slittamento discorsivo dalla riflessione sulla legalità alle retoriche della giustizia, la messa a fuoco della percezione dell'illegalità fissata da documenti di carattere 'costituzionale', dalle cronache e dalle memorie, costituisce forse una chiave d'accesso più diretta delle raffinate costruzioni teoriche dei giuristi. In questo senso la *Magna Carta libertatum* del 1215, e le sue conferme risalenti al regno di Edoardo I (1297), nonostante l'inequivoco carattere 'cetuale', esprimono due massime tra le più significative della legalità medievale: « nulla poena sine legale judicio »; « nullum talliagium sine assensu ».

Assai più appagante può apparire, dal punto di vista teorico, la traccia segnata, nella concezione occidentale della legalità, dalla

(11) H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, il Mulino, 1998 (1983), p. 462 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recezione del diritto romano a partire dai decenni del rinascimento giuridico, e dal suo trionfo nelle nascenti università europee.

La *lectura* dei testi autentici del *Corpus juris* riconsegnò infatti massime e concetti sulla giustizia nella versione colta dei giuristi classici: la triade fortunata che, sulla scorta del famoso passo di Ulpiano individuava nel *suum cuique tribuere*, *neminem laedere*, *honeste vivere* precetti suggestivi, condivisi — e di evanescente contenuto normativo — attraversa da allora e per secoli la riflessione occidentale sul diritto, permettendo ai giuristi di fornire ai fruitori della giustizia un quadro pacificante e semplificato delle relazioni sociali, in cui conflitto e sanzione originano dalla violazione di precetti chiarissimi e difficilmente confutabili. Hans Kelsen, nella sua formidabile decostruzione di ogni possibile, tradizionale definizione dei contenuti di giustizia, ha mostrato perfettamente la debolezza logica e la funzione storicamente conservatrice del *suum cuique*.

« Presupponendo infatti, necessariamente, la validità di un ordinamento normativo che determini cos'è il *suum*, […], [questa norma] significa che qualsiasi ordinamento, qualunque siano i diritti e i doveri che statuisce, ed in particolare ogni ordinamento giuridico positivo, è conforme alla norma di giustizia del *suum cuique* e può essere ritenuto giusto. Il suo significato storico consiste in questa funzione conservatrice » (12).

Se quelle massime incrociavano tuttavia, nel loro senso profondo, la percezione che sino ad oggi scandisce l'etica popolare comune della giustizia — come riparazione delle perdite, dei torti, delle sofferenze (13) — assai meno univoco appariva il discorso relativo alla legittimazione del potere e della legge: qui, il deposito

(12) H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, a cura di M. G. Losano, Torino, Einaudi, 1975, p. 18.

(13) Questa percezione è stata assunta da Federico Stella come punto di partenza che eviti ogni discorso retorico sulla giustizia e dimostri, al contempo, l'impossibilità di raggiungere queste finalità in ogni ipotesi di ingiustizia assoluta — il riferimento è all'olocausto ed alle immani tragedie del '900 — che rende impossibile appunto riparare i torti e risarcire le sofferenze. Ma la riflessione, intelligente e provocatoria, del giurista recentemente scomparso intende più ampiamente denunciare la crisi irreversibile dei moderni modelli di diritto penale: cfr. F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, Il Mulino, 2006.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prestigioso del diritto romano additava una pluralità di soluzioni, e dunque schiudeva diverse possibilità di discorsi legittimanti (14). Dalla designazione dal basso fondata sulla *lex regia*, alla formula inquietante e discussissima secondo la quale « quod principi placet legis habet vigorem », sino alla più rassicurante investitura dell'oligarchia: nella specie, l'acclamazione senatoriale, segno di funzioni di controllo esercitate dai saggi, dagli anziani.

La forte ripresa della tradizione retorica che indicava nella giustizia una virtù indispensabile per il 'principe', consegnando alla riprovazione morale ed alla dannazione i potenti che l'avessero calpestata, aveva implicazioni assai importanti, rispetto allo statuto 'debole' del costituzionalismo medievale. Da una parte, questa sorta di interiorizzazione delle massime della giustizia introduceva una prospettiva diversa rispetto a quella tradizione 'giurisdizionale' che, pur all'interno di un ordine normativo plurale e complesso, additava tuttavia ai poteri territoriali i binari concreti e obbliganti della ritualità e del rispetto delle consuetudini; dall'altra apriva, nella lunga durata dell'Occidente, vie d'uscita meramente discorsive al problema fondamentale dell'effettività, dei meccanismi di sanzione e controllo sull'applicazione di regole e principi solennemente proclamati. La consapevolezza, vivissima nella cultura medievale, dei limiti da opporre al 'principe legislatore' per la violazione dei diritti e delle libertà, lasciava aperto il problema capitale « cioè se e in quali modi essi si potessero rendere effettivi, anche se, del caso, mediante rimedi, azioni e ricorsi, da parte delle persone gravate per aver il principe varcato quei limiti (a prescindere dal rimedio consistente nel cosiddetto diritto di ribellione alla 'tirannide') » (15).

In realtà, quando le massime contenute nel *Corpus juris* vennero riproposte dai dottori giuristi come diritto comune a tutti i membri dell'Impero, persero ovviamente, fuori dal contesto istituzionale in cui erano state prodotte, quel carattere rimediale, quel loro strettissimo collegamento con un sistema preciso di azioni, che ne aveva

(14) Sul punto R. AJELLO, *L'esperienza critica del diritto. Lineamenti storici I, Le radici medievali dell'attualità*, Napoli, Jovene, 1999, pp. 334-341.

(15) D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino, 2004, la citazione riprende un passo di Gino Gorla, p. 53.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituito, sino all'età imperiale, il senso più profondo. Norme e procedure pensate in funzione del giudizio vennero assunte come principi e concetti di carattere generale, e riattraversate con esigenze definitorie che erano loro estranee. Nello spazio medievale, il diritto romano s'impose come linguaggio dei giuristi — dalle formidabili capacità comunicative — ma perse (e non avrebbe potuto essere diversamente) il suo carattere di 'disciplina' delle relazioni sociali e di preciso rimedio giudiziale per la tutela dei diritti (16). Certo, a fronte del carattere casistico, congiunturale degli interventi statutari o principeschi sul terreno del 'penale', la consapevolezza dei giuristi colti che riprendeva le categorie generali — colpa, dolo, recidiva, diritto all'appello — intervenne a correggere il dettato ottusamente repressivo di norme che inseguivano puntigliosamente particolari fattispecie criminose, fuori da ogni quadro generale di riferimento. Anche il corpo in costruzione del diritto canonico, con l'accentuazione della centralità dell'*aequitas* e la diffidenza verso la definitività del giudizio umano, poté intervenire a correggere l'inesorabilità del comando penale. Tuttavia, quel gigantesco corpo sapienziale fondato sulla corrispondenza tra sapere e diritto, e sulla mediazione ineliminabile di una *interpretatio* assai creativa, se pur interveniva a porre distanze di sicurezza tra la parzialità della singola norma positiva — o la brutalità del comando — e la tradizione giuridica complessiva, non riusciva poi, proprio per le sue pretese generalizzanti, a creare un raccordo preciso tra norme e diritti.

Nel ricostruire i peculiari spazi del 'garantismo' delle società premoderne, recenti interpretazioni storiografiche prendono le distanze tanto dal paradigma delle libertà contrattate che da quello per così dire sapienziale, sottolineando invece gli spazi di libertà assicurati proprio dal pluralismo dei fori, dei poteri, delle norme, in un

(16) Sulle necessarie avvertenze e cautele con cui è necessario osservare il cammino del diritto romano durante il medioevo, in cui esso è « presenza non formale ma viva per quanto attiene alla ammirevole attrezzatura tecnica e al linguaggio decantatissimo che offre. Il progetto giuridico tuttavia, soprattutto dove tocca i punti più vitali della disciplina della famiglia, dei diritti reali e delle obbligazioni, della repressione criminale e del processo trova nel diritto romano solamente un'occasione di discorso ». Cfr. P. Grossi, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica. (A proposito della rinnovata e definitiva « introduzione allo studio del diritto romano » di Riccardo Orestano)*, in « Quaderni fiorentini », XVII, 1988, p. 548.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

universo lontano dalla pretesa del diritto positivo di « normare tutta la vita sociale, permeando tutti gli aspetti della vita umana e togliendo alla società quel respiro che le è necessario per la sua sopravvivenza » (17). Una simile prospettiva, che attraversa con profondità il tema affascinante del rapporto tra la coscienza e le leggi, tende però a porre tra parentesi la compattezza dei valori di riferimento (religiosi, morali, cetuali), che salda l'apparente pluralismo (particolarismo) delle giurisdizioni e dei poteri, e rende problematica la tolleranza, nonché la grande forza disciplinante e repressiva di questa univocità. In modo del tutto diverso, il pluralismo della contemporaneità oppone, con esiti di profonda frammentazione, sistemi animati da logiche e valori contrastanti, che sottraggono sempre più al sistema giuridico la sua tradizionale capacità di monopolio delle norme, e consentono l'adozione, non sanzionata, di condotte e valori diversamente orientati.

Paradossi di lunghissima durata accompagnarono anche la costruzione del processo romano-canonico. La formula nasconde in realtà una delle più intriganti e irrisolte contraddizioni del processo medievale e moderno: quella tra le radici classiche e le più recenti norme canonistiche, dettate in larga misura sotto la pressione dell'emergenza eretica. La vicenda è complicata, ma fondamentale per comprendere il carattere 'offensivo' della procedura inquisitoria (che non è identificabile con la mera apertura d'ufficio del procedimento), e l'applicazione, ad ogni ipotesi di reato, grave, dei paradigmi dell'eresia: nemico/guerra, delitto/contagio. Tra XII e XIII secolo, la ripresa dello schema dell'*ordo judiciarius* secondo i lineamenti formali tramandati dal diritto romano, sembrò annunciare la sostituzione di una precisa e tipizzata sequenza di atti — il processo — alle più immediate ed atecniche cadenze del giudizio altomedievale o del *placitum* feudale. Riapparvero, a scandire i giudizi, il libello introduttivo; l'*actio* e l'*exceptio*; la *litis contestatio*, che fissava

(17) Così P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 10. In una diversa prospettiva, questo vuoto legislativo, questa positiva assenza di un Leviatano legislatore, sta al centro della ricostruzione dell'*ordine* medievale disegnato da P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i termini esatti della contesa; la *sententia* di cui erano fissati con precisione i requisiti di validità.

Certo il paradigma degli *ordines* sembrava ritagliato assai più per il giudizio civile che per il penale: e tuttavia l'idea della tipicità dell'attività del giudice e delle parti s'imponeva, attraverso la produzione letteraria destinata a chiarire tempi e modi del processo, all'intero campo della giurisdizione. Sembrava soprattutto farsi largo, attraverso questo tipo di riflessione dottrinaria, la consapevolezza del carattere formale del processo e delle conseguenti inevitabili nullità derivanti dal mancato rispetto delle regole. L'*ordo judiciarius* del canonista Tancredi indicava, quali motivi di nullità della sentenza, non solo la mancanza di giurisdizione, ma anche l'assenza della forma scritta, la violazione dello *jus scriptum* e, in via generale, il mancato rispetto delle regole dell'*ordo*. Lo stesso testo insisteva, ripetendo una massima accreditata, sulla maggiore chiarezza delle prove necessarie per il giudizio penale, rispetto a quello civile. La concezione degli *ordines* sembrava così prospettare, nello spazio del giudizio, quella strettissima relazione tra regola formale e tutela dei diritti che costituisce l'essenza del principio di legalità.

Alla fine del XIII secolo, la tradizione degli *ordines* fu autorevolmente ripresa dall'opera prestigiosa del giurista Guglielmo Durante, che ripropone il carattere invalidante — per la sentenza — del mancato rispetto delle forme procedurali, ed esalta le origini 'paradisiache' dell'*ordo*, il cui archetipo sarebbe stato rappresentato dal contraddittorio tra Dio e Adamo, in merito alla fatale disobbedienza. Ma il recupero del carattere formale ed isonomico del giudizio non ebbe, nel campo del penale, lunga vita. Lo *Speculum judiciale* di Durante venne pubblicato alla fine del XIII secolo: nel 1252, il papa Innocenzo IV, con la bolla *Ad extirpanda,* autorizzava l'uso generalizzato della tortura nella repressione dell'eresia, ordinando nel contempo che la bolla fosse inserita negli statuti comunali. Il provvedimento ed il suo contesto indicavano chiaramente la futura torsione inquisitoria delle procedure relative ai 'malefici' e, in via più generale, la netta affermazione di una dimensione sostanzialistica nell'intera sfera del penale. Tuttavia, la pienezza di un modello inquisitorio 'a parti intere' troverà piena applicazione soltanto nella recezione secolare delle grandi ordinanze cinquecentesche e nella pratica dei tribunali del s. Uffizio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ancora per molti decenni, all'interno di pratiche — almeno nella realtà comunale italiana — contraddittorie ma non immemori delle formalità degli *ordines* e del modello accusatorio classico, non soltanto le diverse forme di apertura del processo — denunzia, accusa, inquisizione — occuperanno il campo, spesso convivendo come brani od episodi diversi all'interno della stessa vicenda processuale. Inoltre, ed è questa la notazione più importante, perché l'estensione della logica antiereticale a tutto il campo dei malefici (secondo la terminologia adottata dagli statuti per designare le magistrature destinate alla repressione dei delitti), e l'equiparazione reo/nemico — con tutte le sue pesanti conseguenze antigarantiste — avvenne assai gradatamente, e fu circondata da una grande consapevolezza, da parte dei giuristi dottori, della pericolosità e della discutibilità teorica di un processo senza accusatore, e con l'utilizzazione di strumenti d'indagine di natura afflittiva. I canonisti, in particolare, ripeteranno ancora a lungo che, nel caso di procedura d'ufficio, le sanzioni comminate agli ecclesiastici inquisiti dovevano essere minori rispetto a quelle comminabili attraverso una 'regolare' procedura accusatoria.

Non potendo contestare apertamente il formidabile meccanismo repressivo in costruzione, i dottori, soprattutto canonisti, mettono in atto singolari *escamotages* compensatori, che rispecchiano perfettamente aporie e risorse della cultura giuridica medievale: elaborare meccanismi raffinati e teorici di limitazione del potere del giudice, indicandone, al tempo stesso, i possibili antidoti. Espressione perfetta di questo complicato equilibrio il sistema delle prove legali, di invenzione prevalentemente dottrinaria, dove il termine 'legale' sta ad indicare la presenza di una regola, e non l'intervento di una legge positiva. L'intento dei giuristi è facilmente ricostruibile: a controbilanciare il potere inquisitorio del giudice, si disegna una precisa gerarchia dei mezzi di prova, che faccia da argine ad ogni conseguente, possibile arbitrio e che stabilisca preventive e precise corrispondenze tra tipo di prova, provvedimenti adottabili nel processo, quantità di pena.

La conseguenza finale del lungo processo sin qui troppo sinteticamente descritto sarà, ancora una volta, la svalutazione della norma penale scritta, e delle pene edittali: non in funzione del 'normale' adeguamento della pena alle circostanze oggettive e soggettive del delitto, ma della assai più singolare corrispondenza tra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quantità della pena e quantità della prova. Anche per questa via la pena straordinaria, comminata ad arbitrio del giudice diverrà, nel corso dell'età moderna, una costante via d'uscita dalle asperità ed incertezze del giudizio penale.

2. *« Ex causa licet jura transgredi ». Arbitrio giudiziario e prerogativa regia.*

Intorno alla metà del '500, le grandi ordinanze criminali intervennero a regolare minutamente l'amministrazione della giustizia civile e penale, indicando ai giudici norme precise relativamente ai criteri di incriminazione ed alle regole procedurali, distinguendo più nettamente le cause civili dalle penali, e prevedendo, nel caso francese, forme per così dire 'normali' (più vicine al giudizio civile) e forme eccezionali (con assai più ridotte possibilità di difesa) per la punizione dei delitti più gravi. Ispirate al modello romano-canonico, la *Constitutio criminalis carolina,* promulgata dall'imperatore Carlo V nel 1532; l'*Ordonnance sur le fait de la justice* di Francesco I, dell'agosto 1539, l' *Ordonnance criminelle* imposta da Filippo II e dal duca d'Alba ai paesi bassi spagnoli nel 1570, promossero, sia pur con accenti diversi, un processo di forte razionalizzazione al campo della giustizia penale, limitando al massimo forme e figure della giustizia comunitaria tardomedievale, e intervenendo con forza per stroncare vendetta e pace privata. Dal punto di vista sostanziale, pur in assenza di definizioni generali del reato, v'è però una chiara descrizione delle singole ipotesi delittuose, delle pene relative, della competenza. Il riferimento alla *lex* sembrerebbe dunque acquistare una maggiore determinatezza, e disegnare figure di giusdicenti legati, soprattutto nel giudizio, a regole e controlli precisi.

Tuttavia la lunga riflessione storiografica sul perdurante carattere medievale, corporativo, contrattualistico, dello 'Stato' d'antico regime, persino nella versione dell'assolutismo, ci ha messo da tempo sull'avviso, rispetto alla compiutezza di questo progetto repressivo, rivelandone l'inefficenza e la frammentarietà, certo attraversata da crudelissime attestazioni di esemplarità. Sappiamo anche che lo scambio costante tra grazia e rigore, pietà ed intransigenza appartenne alla rappresentazione obbligata della sovranità. Di fatto, il pluralismo delle giurisdizioni, le perduranti pratiche transattive

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della giustizia penale, la stessa inadeguatezza delle istituzioni di polizia, resero faticoso e tutt'altro che inarrestabile il progetto di governo della giustizia. Senza scambiare quindi le solenni dichiarazioni d'intenti che precedono questi interventi normativi, con una precoce e vincente egemonia 'statale' della violenza — secondo il modello weberiano — bisogna certo considerare se e come questi apparati normativi 'precodificatori' modificassero il sistema aperto del tardo diritto comune, introducendo elementi di tassatività nella predeterminazione del reato e di maggiore prevedibilità nella misura delle pene.

Vale la pena intanto di ricordare che le implicazioni sottese a questa imponente e contrastata riscrittura delle norme penali non fu percepita solo dalla cerchia degli esperti — giuristi, politici, navigati funzionari delle cancellerie —, ma ebbe un impatto immediato sulla società cinquecentesca: nei dibattiti che precedettero le ordinanze, come pure nelle proteste violente che ne accompagnarono, come nel caso fiammingo, l'imposizione forzata, può essere registrato un coinvolgimento di componenti sociali assai diverse, che mostrarono precisa consapevolezza del carattere non meramente tecnico delle nuove sistemazioni, e cercarono di imporre, di volta in volta, la conservazione di antichi privilegi, il rispetto delle consuetudini, la limitazione di nuove figure di reato sino allora sconosciute, la resistenza alla travolgente avanzata del processo romano-canonico e dei suoi tecnici. In Germania, la resistenza appare più orientata verso il passato tardomedievale, come rivela la tenace difesa di antiche pratiche comunitarie o dei privilegi aristocratici in materia di esercizio della giurisdizione. Solo pochi decenni prima, voci importanti della rivoluzione contadina avevano mostrato piena conoscenza delle garanzie connesse alla configurazione 'tecnica' delle procedure, all'accesso facilitato all'appello, alla possibilità di cauzioni.

In Francia, l'opposizione nobiliare all'ordinanza punta lucidamente, e difensivamente, al ruolo centrale attribuito ai Parlamenti nella geografia istituzionale del paese. Aspetti di carattere più generale denuncia subito la voce colta e vibrante del giurista Pierre Ayrault (18), che esprime pregiudizialmente la propria ostilità verso

(18) Pierre Ayrault, figura interessante di giurista ed alto magistrato di formazione 'culta', deciso sostenitore del gallicanesimo, visse tra il 1526 ed il 1601; il titolo completo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il 'responsabile' dell'ordinanza francese — il cancelliere Guillaume Poyet — e rifiuta polemicamente di entrare nei singoli passaggi tecnici. La strategia critica di Ayrault è diversa: utilizzare retoricamente e 'faziosamente' le testimonianze della Roma classica per contrapporvi il quadro desolante a cui legislatori e *praticiens* francesi hanno condotto la giustizia penale. A dimostrarlo in modo inequivocabile, il tramonto del processo accusatorio, l'inopportuno ricorso a deterrenti di carattere religioso, l'abuso della custodia preventiva. Se il richiamo alla classicità serve a costruire il parametro della 'caduta', a dar misura della distanza da ogni ideale di giustizia, il rimedio proposto fa ancora riferimento alle correzioni equitative ed all'interpretazione, cioè alla mediazione dei giuristi: « Toutefois l'Ordonnance du Roy François premier, et l'usage sont au contraire [rispetto al modello classico]. Il faut donc de nécessité suyre ce qui est prescript. Mais parce qu' il est contre les droits anciens, contre l'equité et l'humanité naturelle: il faut selon les occurrences y apporter toutes les moderations et interpretations douces qu' il est possible » (19). La resistenza alla tecnicizzazione della giustizia ed alla recezione della procedura inquisitoria era destinata alla sconfitta: dietro la filigrana delle ordinanze cinquecentesche si staglia con chiarezza il protagonismo dei grandi tribunali, i veri 'affidatari' del progetto di modernizzazione del penale. Il riferimento frequente a *nos cours souveraines*, nell'ordinanza francese, il richiamo costante ai poteri di supervisione degli *Oberrichter* nella Carolina (per esempio in materia di tortura e pene mutilative), rinviano ai privilegiati compiti di mediazione giuridico/politica ormai assunti dai tribunali supremi — o Rote, Parlamenti, Consigli, Senati — e la distanza qualitativa, rispetto ai poteri discrezionali, che li separa dalle corti locali, e dai tribunali di rango inferiore.

Questa crescente divaricazione impone aggiustamenti rispetto alle tradizionali definizioni di *jurisdictio.* L'autorevolissima costruzione di Bartolo, che aveva disposto lungo un'armonica e degradante gerarchia poteri e giurisdizione, necessariamente e spontaneamente

---

dell'opera è P. Ayrault, *L'Ordre, formalité et instruction judiciaire, dont les anciens Grecs et Romains ont usé ses accusations publiques (si non qu' ils ayent commencè à l'execution) conferé au stil et usage de nostre France*, Paris, 1576.

(19) Ivi, libro III, p. II, § 47, p. 512.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

commisurati (20); la massima che Guglielmo Durante aveva tracciato nello *Speculum judiciale* (« plena jurisdictio in solo principe consistit » (21)); la stessa più recente e 'classica' concettualizzazione di Doneau (« jurisdictio quam in judicibus quaerimus, est potestas de re cogniscendi cum judicati exequendi potestate coniuncta ») (22) non sembravano aderire alle nuove geografie istituzionali, alla assai diversa libertà, rispetto alla regola penale, ora rivendicata dai grandi giudici rispetto alla generalità dei giusdicenti. Altre configurazioni andavano cercate, per dar forma alla convinzione accreditata presso le supreme magistrature, di non dover limitare il proprio potere giurisdizionale entro le angustie della giustizia commutativa, costretta a dosare secondo regole e misure certe il dare e l'avere, ma di condividere con il sovrano l'ampiezza della giustizia distributiva, libera di valutare discrezionalmente pene e castighi, senza i pesi e le misure obbligate della bilancia. Soprattutto, di essere, in ultima analisi, supervisori e giudici della legalità dell'intero sistema: per questo motivo, lo spartiacque fondamentale, in materia di *jurisdictio* — e della commisurata potestà coercitiva — è quello che separa i titolari della sovranità — re e corti supreme — da tutti gli altri giusdicenti.

Naturalmente, nella legittimazione dell'*arbitrium* delle alte corti — e più ancora nelle ammonizioni contro l'uso del potere discrezionale da parte dei giudici inferiori — i giuristi riprendevano tutta la tradizione discorsiva medievale, che ne segnava i limiti riconducendolo alla sfera del discernimento, della *conscientia*, dell'*aequitas*, o che ne indicavano il presupposto di legittimità nell'esistenza di una causa (23), ma l'ossequio alle *auctoritates* medievali si rivelava mera-

(20) Cfr. sul punto COSTA, *Iurisdictio*, cit., pp. 161-163: « la 'misurabilità del processo di potere 'iurisdictio', il suo disporsi in una linea verticale, in una gerarchia di situazioni di potere, va di pari passo con la misurabilità, la gradualità della 'potestas statuendi' » (p. 162).

(21) G. DURANTE, *Speculum judiciale*, Basel, 1574 (rist. Aalen 1975), I, *de jurisdictione omnium judicum*, *rubrica*, 1.

(22) H. DONEAU, *Commentaria de jure civili*, lib. XVII, 6, in *Opera omnia*, IV, Lucae 1764.

(23) Su tale tradizione, che non giunse mai ad una — impossibile — definizione di carattere generale cfr. M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, cap. I.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente retorico, rispetto a nuovi contesti. In particolare, la giustificazione delle pene arbitrarie con l'argomento della lacuna legislativa si rivelava improbabile e lasciava piuttosto trasparire le modalità tipiche di quella repressione differenziata che contrassegnava la giustizia d'antico regime. Allo stesso modo, il continuo riferimento alla causa, che aveva espresso, nella tradizione medievale, l'esigenza di riportare al campo della *ratio* le espressioni imperative dell' *auctoritas*, produceva una serie infinita, e sempre aperta, di possibilità. Lungi così dall'esprimere il necessario, fisiologico adeguamento della pena alla norma ed alle circostanze, l'*arbitrium judicis* governava ormai il sistema delle pene, e trovava la soluzione più funzionale alle proprie strategie nell'uso abnorme della pena straordinaria: « È questo il punto d'arrivo: la generalizzazione della discrezionalità del giudice a tutto il campo delle sanzioni e la sua concentrazione sui profili d'intensità più che sul terreno della tipologia. Si attiva con la pena straordinaria una tendenza alla unificazione della tipologia sanzionatoria » (24).

I grandi giudici utilizzavano così un potere discrezionale che era, insieme, farmaco e veleno. La rivendicazione di una sorta di controllo di legittimità sulle norme del 'principe', sia pur alimentate talora da precisi interessi corporativi, interveniva a moltiplicare i poli della dialettica politica (25), rompendo con ciò stesso l'assolutezza del potere. Nello stesso tempo, questa 'resistenza', e soprattutto la pretesa di attribuire forza di legge alle proprie decisioni, si poneva in aperta contraddizione con le funzioni di accentramento e unificazione del diritto per la quale i grandi apparati giudiziari erano stati progettati. L'attività creativa, inoltre, se poteva avere funzioni di correzione e di innovazione rispetto alle strettoie della legislazione penale, si risolveva più spesso in un continuo arbitramento delle norme che toglieva ogni carattere di prevedibilità all'incrimazione ed alla pena.

Il segno più evidente della distanza che i giudici supremi

(24) Ivi, p. 219.

(25) Su questi aspetti, fondamentali le pagine di R. AJELLO in *Arcana juris*, *Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976, particolarmente le pp. 315-342; sull'ambiguità dei Grandi Tribunali cfr. ora, anche per le puntualizzazioni critiche, I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 85-95.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intendevano porre tra sé stessi ed il dettato pressante della norma scritta è il rifiuto a motivare la sentenza, soprattutto penale. Le formule insignificanti adottate dal Parlamento parigino sin dal XIV secolo — 'facta inquesta', 'auditis partibus' — come quella altrettanto vuota che recitava « pour le cas résultant du procés », o, nelle corti d'area italiana 'lecta lata', esprimevano il più deciso rifiuto a render conto del proprio operato e, più ancora, di esporre la sentenza — ed il suo giudice — all'offesa insopportabile della critica o del ricorso. Il carattere non meramente tecnico, ma politico di tale rifiuto fu, ancora una volta, immediatamente percepito: per due volte — nel 1560 e nel 1614 — gli stati generali, su sollecitazione dei nobili francesi, avanzarono la richiesta che i Parlamenti esponessero motivi e fonti delle proprie decisioni: lo stesso consiglio del re ribadì che, in materia così delicata, era opportuno rimettersi *à la religion des juges*.

Nella graduazione delle pene, l'*arbitrium judicis* funzionava nei due sensi: introduceva criteri di correzione e mitigazione ma, nei casi esemplari, e nelle emergenze che sembravano profilare l'avanzata epidemica e minacciosa del reo nemico — regicida, ribelle, sacrilego, congiuratore, falsificatore di monete — richiamava in tutto il loro vigore, dai più vari e compositi depositi normativi e dottrinali, le antiche massime che rendevano legittimo *jura transgredi* e autorizzavano il giudice a discostarsi da ogni regola formale, secondo il brocardo che recitava: *ordo est ordinem non serbare* (26) . L'inserimento di una fattispecie delittuosa entro la lista dei delitti *atrocia*, incideva quindi non solo nelle forme efferate di esecuzione della pena, e persino nell'incrudelimento sui cadaveri dei rei, ma sull'osservanza delle forme, pur inquisitorie, del processo. Per questo motivo la fissazione di questi elenchi — affidata talora all'indicazione delle grandi corti — era così importante e trovava specifica collocazione nei trattati della criminalistica. Sollecitato da Filippo II, il Senato di Milano fornì un elenco di delitti atroci che indicava, al primo posto, i delitti di ribellione, lesa maestà, omicidio premedi-

(26) Su queste formule cfr. L. LACCHÉ, *« Ordo non servatus ». Anomalie processuali, giustizia militare e « specialia » in antico regime*, in « Studi storici », XXIX, 1988, 2, pp. 361-384; e G. COZZI, *Ordo est ordinem non servare. Considerazioni sulla procedura penale di un detenuto dal consiglio dei X*, ivi, pp. 309-320.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tato, ed a cui l'approvazione sovrana conferì forza di legge (27). È ancora una volta significativo, rispetto alla presa di distanza del giudice dalla legge penale, che il giurista Giulio Claro, che di quel Senato aveva fatto parte e che riporta l'episodio, suggerisse un criterio alternativo, fondato sulle modalità della pena: sarebbero stati delitti atroci tutti quelli che prevedessero pena di morte o confisca, atrocissimi quelli colpiti dalla pena capitale con supplizio. In questo secondo caso le regole relative a tempi e modi della difesa, idoneità dei testi, possibilità di torturare il reo sui nomi dei complici, potevano essere violate, e il giudice 'godeva' di regole speciali, che gli consentivano di procedere « summarie, et de plano, sola facti veritate inspecta, et sine strepitu, et figura judicii ». Non solo: agli autori di delitti smisurati venne negato il diritto all'appello, e nel caso della massima devianza, quella relativa al delitto di lesa maestà, venne prevista l'imprescrittibilità e la perdita di beni anche per i figli.

Per ciò che concerne i profili soggettivi del reato, la consapevolezza della criminalistica sulla necessità del dolo per la configurazione del delitto, conviveva con soluzioni giurisprudenziali assai ibride che, all'insegna di criteri equitativi, comportavano il disinvolto tradimento di una più rigorosa tradizione dottrinale.

Consapevole dei passi del *Corpus juris* che sancivano « In maleficiis voluntas spectatur, non eventus », e dalla tradizione patristica che escludeva la possibilità di peccati non intenzionali, la dottrina aveva sempre riaffermato, lungo l'età medievale e moderna, il nesso indissolubile tra dolo e reato. Dal *Tractatus* di Alberto da Gandino, testo fondamentale per la costruzione del diritto penale pubblico, alla fine del XIII secolo (28), la massima secondo cui

(27) L'elenco continuava con l'indicazione della falsità in moneta, omicidio reiterato per la terza volta, ferita proditoria con schioppo rotato, terza tosatura o riduzione di moneta, ratto di ragazza vergine, atto venereo con monaca stante in convento, sodomia, grassazione in cammino di famosi ladroni, falsificazione del sigillo del sovrano o del senato: l'elenco, ed il racconto di Claro, in A. Marongiu, voce *Delitti (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 12.

(28) Sul punto, e sulla collocazione del *Tractatus* in questa fase di passaggio dall'accertamento del danno all'indagine sulla violazione della norma cfr. M. Sbriccoli, *Vidi communiter observari. L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in « Quaderni fiorentini », XXVII, 1998, pp. 231-267.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delicta non ex animo […] *nec dicantur delicta* (29) era stata recepita, con i consueti distinguo d'impronta tardo scolastica, dalle più tarde *practicae criminales* e proclamato a gran voce dai giuristi di formazione 'culta'.

La massima contrastava le norme statutarie che si limitavano a prevedere e punire i meri 'fatti', nella loro materialità, senza far cenno agli elementi intenzionali, ed aveva conseguenze importanti sull'applicazione delle pene capitali, dal momento che era affermazione largamente condivisa quella secondo la quale la pena di morte, pur nel silenzio della legge, potesse irrogarsi solo in caso di delitti dolosi.

A complicare il quadro interveniva però la suddivisione gradualistica del dolo ed il problema fondamentale della sua prova in giudizio. Risaliva a Bartolo la distinzione, poi largamente recepita, tra *dolus verus* o *culpa latissima* e *dolus praesumptus* o *culpa latior.* Nel primo caso la volontà di delinquere era provata da segni evidentissimi, ed era resa autoevidente dalle stesse modalità dell'azione. Nel secondo, gli indizi erano più deboli, e la commissione materiale del fatto non escludeva l'assenza della volontà. Esempi tipici della prima ipotesi i casi di adulterio, spergiuro, falso, laddove l'omicidio non comportava, di per sé, l'intenzionalità. All'interno del processo inquisitorio del Cinquecento, che contraddiceva apertamente il principio dell'onere della prova, e assumeva una concezione probabilistica e quantitativa della verità giudiziaria — prove parziali o semipiene potevano avere effetti pesanti quali l'inflizione della tortura e di una pena arbitraria — la configurazione del dolo presunto aveva conseguenze singolari.

Anche in questa ipotesi valeva infatti il principio che ad una semiprova non corrispondeva, da parte del giudice, la constatazione del mancato raggiungimento della prova, e dunque dell'impossibilità di condanna, ma la necessità di una condanna più mite rispetto a quella prevista. Perciò, nel caso di dolo presunto, cioè provato con indizi insufficienti, si poteva procedere all'irrogazione di una pena più mite rispetto a quella edittale, che escludesse in ogni caso morte

(29) Sulla catena di citazioni, nel *Tractatus*, che esibisce ben ventidue testi tratti dal *Corpus juris* cfr. F. CORDERO, *Criminalia: nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1985, p. 256.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e mutilazione. La soluzione, apparentemente equitativa, lacerava in realtà la configurazione necessariamente dolosa dei delitti, proclamata in teoria, consentendo la punizione in mancanza della piena dimostrazione della volontà, e dunque anche di condotte meramente colpose (30).

Il tema del dolo costituiva un privilegiato campo di sperimentazione di un altro formidabile strumento di manipolazione delle norme, ossia la categoria onnivalente della 'causa', di centrale importanza nella tradizione scolastica. Il continuo richiamo a tale elemento, pur se retoricamente giustificato con l'esigenza di riportare la norma penale a criteri di razionale equità, veniva in realtà utilizzato in direzioni opposte. Un intento possibile era infatti quello di elaborare una serie di motivi o *causae* che, rendendo incerto l'elemento del dolo (alla luce della complessa e ibrida costruzione del diritto comune), consentissero al giudice di sottrarre il reo alla pena capitale, infliggendone eventualmente una minore, arbitraria. Da ciò la diffusione della massima « Quaelibet causa, etiam injusta, excusat a dolo », talora in formulazioni più estese ed estreme, come quelle che recitavano « Causa quaelibet, etiam iniusta et bestialis delinquentem a proposito doloso et a poena ordinaria excusat » oppure « Causa quaelibet, seu credulitas iniusta fatua et bestialis excusat a dolo et delicto […] et a poena ordinaria eximit delinquentem, ut est communis opinio » (31). Si riteneva tuttavia comunemente che una tale estensione fosse possibile soltanto nei casi di dolo presunto, cioè non chiarissimamente attestato dalle stesse modalità del fatto o da evidenti indizi. In questa seconda ipotesi, ove si trattasse cioè di dolo vero, la possibilità di scusa doveva essere drasticamente limitata. Questa apertissima rete di 'causae' aveva conseguenze particolarmente importanti anche sulla questione intrigante, in un sistema normativo complesso e aperto, dell'ignoranza o errore di diritto. Poteva il reo, convocato in giudizio, eccepire a propria scusa questi elementi? Ancora una volta, la risposta passava per la svalutazione della norma penale positiva: l'ignoranza, oppo-

(30) Sul punto, e sulla vischiosità delle dottrine in tema di dolo presunto, ivi, p. 266 ss.

(31) Su queste formule rinvio a G. Alessi, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno,* Napoli, Jovene, 1979.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nibile in tutti i casi in cui il divieto penalmente sancito derivasse da una precisa legge, non lo era nelle ipotesi configurate come reato già dal diritto comune o dal diritto naturale. L'argomentazione fondata sulla 'causa', che nell'ipotesi del dolo e dell'ignoranza di diritto aveva indubbie valenze equitative, rispetto al dettato inesorabile delle leggi, funzionava, ovviamente, in senso opposto, giustificando la violazione delle sia pur deboli garanzie processuali accordate o aggravamento (esasperazione) della pena, specie rispetto alle modalità di esecuzione.

L'abnorme estensione della categoria della causa, e la sua utilizzabilità nelle direzioni più diverse, è benissimo testimoniata da un'opera composta da Andrè Tiraqueau (32) nella prima metà del XVI secolo, e dedicata a *De poenis legum ac consuetudinum, statutorumque temperandis* (33). Il titolo è importante, perché prelude ed annunzia il progressivo spostamento della criminalistica dal piano della colpevolezza e della norma, a quello della graduazione delle sanzioni. Il possesso di una tecnica sicura nella modulazione della pena appare qui il primo requisito nella formazione del penalista. Ad apertura della lunga prefazione, — una sorta di introduzione generale ai poteri del giudice *in puniendo* — alcune affermazioni nette, che sembrano tracciare criteri precisi nel rapporto tra giudice e ordinamento. Prima di tutto, l'impossibilità, per il giudice, di emanare condanne a morte in assenza di una precisa previsione normativa o di discorstarsi dal chiaro dettato di legge e consuetudine « Nam ubi est certa poena a lege, vel consuetudine statuta, non eam potest iudex remittere, aut minuere, sive augere, aut aliter mutari, et arbitrari » (34). Poco più avanti la stigmatizzazione del peccato capitale del giudice, ossia la sottrazione del rito: « iudex, qui causa

(32) Giurista culto, attento al *droit coutumier*, Andrè Tiraqueau visse tra il 1448 ed il 1558: sul suo contributo alle dottrine penali del Rinascimento cfr. F. SCHAFFSTEIN, *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, Göttingen, 1954, pp. 22 ss.; sull'importanza del diritto romano nella sua opera cfr. V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia*, Milano, Giuffrè, 1962.

(33) Cfr. A. TIRAQUELLUS, *De poenis legum, ac consuetudinum, statutorumque temperandis, aut etiam remittendis…*, Venetiis, Ex Officina Francisci Laurentini, 1565: l'opera venne pubblicata nel 1559, postuma.

(34) Ivi, *Praefatio*, § 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non discussa morti aliquem adiudicat, homicida est » (35). Tuttavia, la lunga, puntigliosa citazione delle dottrine medievali che segue è interamente diretta a dimostrare che tale asserita adesione del giudice alla norma può valere solo in assenza di *aliqua causa*, valida anche nel caso in cui il magistrato abbia giurato di osservare gli statuti cittadini « quia juramentum magistratus debet reduci ad aequitatem, nec debet intelligi praecise » (36). In questa parte iniziale, la discrezionalità *ex causa* è prevalentemente configurata come condizione di addolcimento delle pene. In altro luogo, però, la *causa* viene esaminata come condizione della possibilità opposta, ossia di inasprimento di esse. Una massima diffusa dalla tradizione canonistica, ed accettata da giuristi illustri come l'Ostiense e Guglielmo Durante, insegnava che « propter immanitatem, atrocitatem, gravitatem (la reiterazione è d'obbligo), licitum sit leges transgredi » (37) e lo stesso Baldo aveva molto lodato gli assessori che violavano il dettato degli statuti per la difesa del bene pubblico. V'era però una distinzione prudenziale, che Tiraqueau si sforza in ogni modo di aggirare: qualche giurista indicava infatti la necessità, in tali casi, di chiedere consiglio al superiore. Il giurista limita questa via d'uscita ai casi in cui il ricorso al magistrato superiore fosse facile; in tutti gli altri casi il giudice avrebbe potuto, *eo inconsulto*, trasgredire le leggi. Le quali peraltro, notava il giurista, avevano introdotto regole eccezionali per i delitti atroci: dalla sottrazione dell'appello; all'eseguibilità della sentenza entro dieci giorni; alla sottoposizione del *clericus* alla giurisdizione secolare.

Quest'impiego duttile, in direzioni opposte, dell'*arbitrium judicis*, che consentiva, per usare le parole di Mario Sbriccoli, di « valorizzare la *lex* o vanificarla, darle seguito o girarle intorno », aveva certo esiti di grande incertezza, e si muoveva all'interno di un universo teorico e discorsivo lontanissimo dai criteri di mera o di stretta legalità: tuttavia il sistema possedeva una sia pur scricchiolante coerenza, e dava forma, nella sua gestione quotidiana, fuor dai momenti di efferata esemplarità, alla condivisa legittimazione delle gerarchie sociali, sessuali, religiose alle quali il tardo diritto comune

(35) Ivi, § 19.
(36) Ivi, § 23.
(37) Ivi, *causa* 49, § 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guardava ancora come espressione di un ordine non contraddicibile. Per questo motivo l'uso abile di una repressione differenziata, segno certo di volta in volta di ignoranza, corruzione, sete di potere, adesione alla congiuntura politica, era in realtà condizione ineliminabile dell'equilibrio del sistema. Distinguere nettamente regole procedurali (prime tra tutte quelle relative all'inflizione della tortura), quantità e qualità delle pene (si pensi alla condanna al remo) a seconda del tipo di delitto, della classe sociale dei rei e delle vittime — e delle loro risorse relazionali —, del grado del tribunale giudicante, significava aderire ad un ordine sociale in cui le diseguaglianze esprimevano un sicuro, seppur talora difficile da decifrare, disegno provvidenziale. Una strategia siffatta assicurava una duplice esigenza: riaffermare per la generalità dei sudditi — e dei giudici minori — l'imperatività delle norme e conservare, attraverso il ricorso alla 'distinctio' alle 'causae' agli 'amplia' e 'limita', come pure alla clemenza ed al rigore del sovrano, la possibilità di mutamento, correzione, inasprimento repressivo da parte del 'principe' e delle alte magistrature. Questa chiave di lettura è indispensabile per decifrare tanto le forme di amministrazione della giustizia penale, quanto la trattatistica d'impianto tardo scolastico.

Così come la legge positiva non esauriva il paradigma della legalità, la giustizia delegata, sia pure quella delle magistrature sovrane, non occupava l'intero spazio della giurisdizione. I poteri 'originari' del sovrano giustificavano le corti e le forme eccezionali della prerogativa regia, sottratte alle regole dello *jus commune* — e del *common law* in Inghilterra —, ed espressione della giustizia ritenuta e della pienezza dell'*imperium*, cioè di un potere di coercizione non legato ad alcuna delega e non 'misurato' secondo l'ampiezza dei poteri conferiti. Anche in questo caso, clemenza e rigore, arbitrio e intervento correttivo davano forma alla strutturale, necessaria duttilità della giustizia penale d'antico regime. Se gli aspetti arbitrari ed immotivati esprimevano l'aspetto più odioso ed impopolare della giustizia di prerogativa, altri interventi, diretti certo a manifestare la grazia del sovrano, e quindi a rafforzarne il carisma, ponevano anche riparo all' assente previsione normativa delle esimenti. È il caso delle lettere di remissione dei sovrani francesi nei casi di omicidio commesso per legittima difesa. A rigore, infatti, il colpevole avrebbe dovuto subire la pena dovuta per l'omicidio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

volontario. Per evitare ciò, nel corso di un processo criminale in cui emergesse con chiarezza la prova della legittima difesa, i giudici sospendevano la procedura per dar modo all'accusato di richiedere alla corte una lettera di remissione che lo 'graziasse' dalla pena. In Inghilterra, in questi casi, il perdono regio divenne automatico.

Alle riflessioni sin qui condotte potrebbe opporsi la sottovalutazione delle dottrine penalistiche, in particolare il livello di astrazione e di teorizzazione raggiunto da alcune voci della criminalistica cinquecentesca, che si pronunziarono senza equivoci sulla predeterminazione normativa dei delitti, e della presenza del dolo, quale condizione della loro stessa configurabilità. Il riferimento obbligato è al *Tractatus criminalis*, composto intorno agli anni settanta, e pubblicato postumo, nel 1590, di Tiberio Deciani, esponente insigne di una scienza che rivendicava proprio in quei decenni una propria autonoma collocazione accademica (38). Anche gli studiosi che prendono le distanze da troppo anacronistici *precorrimenti* (39), riconoscono all'opera una forte capacità di riorganizzazione sistematica, pur all'interno della tradizione delle *practicae* tardo medievali, alle quali per molti versi il trattato si ricollega. Per due ragioni almeno: l'utilizzazione di schemi esplicativi tardo aristotelici, la trattazione della parte processuale (accusa e giudizio) nella medesima opera, la polisemia della parola *lex*. Entro questa trama va letta la definizione felicissima ed apparentemente univoca, di *delictum* « Delictum est factum hominis vel dictum aut scriptum dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest » (40). La sintesi viene più analiticamente scomposta

(38) Contributi recenti hanno apportato notevoli approfondimenti sulla figura del giurista udinese e sul senso complessivo della sua opera: cfr. *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, a cura di M. Cavina, Udine, Forum, 2004; M. Pifferi, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la 'parte generale' di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006.

(39) Così Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., pp. 263-264, discostandosi tanto dalla sopravalutazione del ruolo della legge scritta nel *Tractatus*, sostenuta nel classico saggio di Schaffstein, sia dall'interpretazione eccessivamente modernizzante di Marongiou; un forte richiamo a ricondurre il giurista al suo contesto anche in M. Sbriccoli, *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in Cavina, *Tiberio Deciani*, cit., pp. 91-119.

(40) T. Deciani, *Tractatus criminalis utriusque censurae*, Venetiis 1614, II, cap. 3, 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attraverso lo schema scolastico delle *causae*: causa formale, cioè principio di individuazione, la legge; causa materiale la libera volontà dell'uomo; causa efficiente l'azione del suo corpo, delle sue membra; causa finale, infine, la soddisfazione di particolari necessità, passioni o interessi. Diversi elementi controbilanciano tuttavia l'apparente 'legalismo' della sistemazione decianea. La legge di cui parla il giurista non si identifica per nulla con un preciso complesso normativo 'positivo' ma, all'interno di un uso promiscuo di legge e diritto, fa riferimento al consueto, plurale 'ordine normativo': diritto naturale e delle genti, *jus civile* (41). La *lex* identifica ancora il diritto romano, abilmente interpretabile ed opportunamente utilizzato, come di consueto nell'età del diritto comune, come filtro rispetto al dettato non convincente della norma statutaria o statale: per questa via, nonostante la progressiva, contrastata avanzata del penale pubblico, il giudice giurista conserva ancora « un *arbitrium* sostitutivo dell'*ordo*, esercitando il quale egli può valorizzare la *lex* o vanificarla, darle seguito o girarle intorno » (42). Fuori dal *Tractatus*, è la difesa appassionata degli spazi di mediazione del consulente, che il giurista oppone alle accuse di Alciato, a falsificare ogni interpretazione 'positivista' della sua immagine della norma penale (43).

Inoltre, secondo una tradizione di lunghissima durata, è la configurazione della parte speciale, l'ammissibilità di delitti eccettuati, la riproposizione del paradigma di assoluta eccezionalità del *crimenlese,* che riconsegna pienamente il giurista al suo tempo. L'enfatizzazione del ruolo della legge sarebbe funzionale, piuttosto che ad un'improbabile principio di legalità/garanzia, all'esaltazione del potere normativo pubblico, nella fase della sua riorganizzazione assolutistica. Nel contesto del tardo diritto comune, grandi ordinanze e riorganizzazioni dottrinarie rimangono lontanissime da quella saldatura — teorica — tra legalità e garanzie che rimane estranea all'orizzonte dell'antico regime, e che solo nell'esperienza inglese post-rivoluzionaria conosce alcune importanti affermazioni.

---

(41) Faccio riferimento alle convincenti notazioni di BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., p. 264.

(42) SBRICCOLI, *Lex delictum facit* cit., p. 109.

(43) Vedi, sul punto, le pagine convincenti di E. SPAGNESI, *Tiberio Deciani e il diritto giurisprudenziale. Per l'interpretazione dell'apologia*, in CAVINA, *Tiberio Deciani*, cit., pp. 315-331.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come ha sottolineato efficacemente Mario Sbriccoli (44), « principio di legalità e moderna garanzia sono storicamente inseparabili. Il principio di legalità non è che l'originaria e massima forma di garanzia del penale liberale, dalla quale discendono quasi tutte le altre (prime fra tutte il divieto di analogia e la irretroattività delle norme, che di quel principio sono coerenti espressioni). Fuori dell'ordine di idee della moderna garanzia la (moderna) legalità non ha senso ».

3. *Struttura delle norme e tutela dei diritti: Habeas Corpus Act.*

Assai prima che gli umori antigiurispudenziali dei *philosophes* si traducessero nell'assalto dissacrante agli *arcana juris* d'antico regime, *arbitrium* giudiziario e prerogativa regia furono al centro della crisi degli assetti costituzionali e sociali che scandì i decenni centrali del XVII secolo. Ambedue questi temi infiammavano un fronte assai confuso (45) che incrociava protesta popolare, *revanches* nobiliari, richiesta di nuovi spazi politici da parte di gruppi sociali non adeguatamente rappresentati.

Le tumultuose rivolte del '600, assai spesso originate da proteste di natura fiscale, si allargarono costantemente al tema dei diritti e della legge, coinvolgendo un'opinione pubblica composita dal punto di vista cetuale ma sensibilissima alle rappresentazioni della giustizia e dei suoi nemici. Le parole d'ordine che le attraversano, specie nella fase iniziale, sono dirette, più che all'instaurazione di un nuovo ordine, alla restaurazione del vecchio, al richiamo dell'antica costituzione tradita, delle sue garanzie e libertà — specie in campo penale e fiscale — recentemente calpestate dall'esercizio 'stravolto' del potere.

All'interno della smisurata produzione di *pamphlets* che caratterizzò gli anni delle 'fronde' parlamentare ed aristocratica contro la politica di Mazzarino, nella Francia di metà secolo, si esprime, con toni tragici, una sorta di diffuso disorientamento normativo: « Si

(44) Sbriccoli, *Lex delictum facit*, cit., p. 105, nt. 37.

(45) All'interno del quale identità ed alleanze cambiano nel corso degli eventi: cfr. sul tema F. Benigno, *Specchi della rivoluzione. Conflitto e identità politica nell'Europa moderna*, Roma, Donzelli, 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cercano come a tentoni le leggi: non si trovano più; ci si sgomenta, si grida, si richiedono; e, in questa agitazione, le domande che le spiegazioni facevano nascere, da oscure che erano e venerabili per la loro oscurità diventano problematiche; e di conseguenza, per metà della gente, odiose » (46). Creava vasto consenso intorno ai giudici del Parlamento parigino, il richiamo, da essi continuamente ribadito, della necessaria subordinazione del sovrano « all'*état de justice*, e la delineazione perciò della prospettiva di un *princeps legibus alligatus* » (47). A Napoli, gli alti magistrati agitano un programma di restaurazione costituzionale (48) che si rivela carico di potenzialità sovversive, e che suscita un'enorme coinvolgimento dei ceti popolari.

Negli anni violenti dello scontro tra Camera dei comuni e corona, l'*impeachment* votato dalla prima contro William Laud, arcivescovo di Canterbury, puntava su un fondamentale argomento d'accusa: cioè di « aver tentato di sovvertire a tradimento le leggi fondamentali e il governo di questo regno; e inoltre di introdurre un governo tirannico e arbitrario contro il diritto » (49). Queste tensioni, che mettevano in gioco anche la capacità del *common law* di difendere davvero le acquisite, antiche libertà degli inglesi, suscitavano enorme interesse, e provocavano un'intensissima partecipazione popolare. Di fronte alla carcerazione degli esponenti più in vista dei *Levellers*, nel 1649, nella torre di Londra, una petizione firmata da oltre 10000 londinesi invocava che fossero sottoposti ad un giusto processo, presso una corte ordinaria di *common law* (50).

Negli orizzonti in cui lo scontro politico e sociale fu tanto violento

(46) Ivi, p. 145.

(47) Ivi, p. 141.

(48) Sul protagonismo dei togati e sulle strategie di esautorazione della nobiltà cfr. i numerosi lavori di R. AJELLO, e segnatamente *Una società anomala. Il programma e la sconfitta della nobiltà napoletana in due memoriali cinquecenteschi*, Napoli, Jovene, 1996; sul carattere di 'rivoluzione costituzionale' cfr. P. L. ROVITO, *La rivoluzione costituzionale di Napoli (1647-1648)*, in « Rivista storica italiana », XCVIII, 1986, pp. 367-462. Una riflessione critica sulle diverse interpretazioni dei moti masanelliani in BENIGNO, *Specchi della rivoluzione*, cit.

(49) La citazione in A. DE BENEDICTIS, *Politica, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 189.

(50) Cfr. *Putney. Alle radici della democrazia moderna. Il dibattito tra i protagonisti della 'Rivoluzione inglese'*, a cura di M. Revelli, Milano, Baldini e Castoldi, 1997, p. 295.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da meritare, nell'odierna storiografia, la sicura definizione di rivoluzione — Olanda, Inghilterra — intellettuali vicini all'orizzonte del giusnaturalismo ponevano a se stessi ed ai propri interlocutori un quesito divenuto ineludibile: quale fonte e quale forma devono avere le norme — in particolare quelle penali — per essere obbliganti, e porre la convivenza sociale al riparo dalla violenza distruttiva e dall'irragionevole dispotismo? Le risposte intendevano fissare, ad un tempo, i confini sicuri dell'obbedienza 'civica' e gli spazi intoccabili della libertà. Il carattere giurisprudenziale di ambedue i diritti comuni, la fattispecie onnivora della lesa maestà, i confini labili — nonostante alcune lucide distinzioni della scienza — tra reato e peccato, sembravano porre continuamente a repentaglio questi valori. Anche in Inghilterra, dove l'antico, consolidato patrimonio di azioni utilizzabili e la combattività della Camera dei comuni sembravano assicurare alcuni spazi di garanzia, il *common law* si rivelava una trincea nobile, ma inadeguata, di fronte al carattere assai cruento dello scontro confessionale e politico. Incalzato dal filosofo, l'insigne studioso di diritto del dialogo hobbesiano (51) deve ammettere di non ricordare « di aver mai trovato in un testo legislativo la definizione di 'diritto' » (52). Più avanti è costretto ad arrendersi dinanzi all'inconsistenza di una definizione di 'suum' che non derivi da un preliminare, preciso intervento legislativo (53).

La vaghezza del linguaggio, l'approssimazione nella messa a fuoco di snodi pur essenziali del discorso giuridico — equità, giustizia (54), legge, crimine — è tema per nulla secondario dell'em-

(51) T. Hobbes, *Dialogo tra un filosofo e uno studioso del diritto comune in Inghilterra*, in *Opere politiche di Thomas Hobbes*, a cura di N. Bobbio, Torino, Unione Tipografico-editrice, 1959^2 (rist. 1971), vol. I.

(52) Ivi, p. 420.

(53) Ivi, p. 421: « Né voi potete negare che i legislatori dovettero esistere prima delle leggi, e quindi prima di ogni forma di giustizia (parlo della giustizia umana); ed altresì che i legislatori dovettero esistere prima di quello che voi chiamate *suum*, ossia della proprietà di tasse e di beni, distinta in *meum, tuum, alienum* ».

(54) Sull'analisi scientifica della giustizia in Hobbes, e sull'accusa di genericità che egli rivolge al linguaggio giuridico comune nell'uso dei termini 'giusto' e 'ingiusto', che andavano rigorosamente riportati alla *violation of covenant* cfr. Q. Skinner, *Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 309 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pirismo analitico di Thomas Hobbes (55). Per conferire rigore al linguaggio giuridico-politico era necessario ripartire da zero, falsificando racconti e metafore che erano state « espressione di quella tradizione aristotelica e tomistica cui l'antropologia hobbesiana intendeva opporsi »: come quella, antica, che vedeva nell'ordine spontaneo dell'alveare e nella virtù delle api industriose un modello applicabile alla società umana, anch'essa naturalmente organizzata secondo il principio di gerarchia (56). Non v'è nulla di naturale nell'ordine degli umani, non v'è convivenza civile che non parta da una costruzione artificiale, da una decisione dura e condivisa. Per queste ragioni v'è, nel *Leviatano*, una continua, martellante decostruzione delle tramandate categorie della tradizione giuridica e una ridefinizione di esse su basi nuove. Attraverso previ e continui 'disboscamenti', Hobbes giunge alla definizione di leggi penali, di crimine, di scusanti ed attenuanti ed in pagine famose enuncia i principi di legalità, irretroattività, necessaria pubblicità delle leggi penali. Crimine è infatti un « peccato, consistente nel compiere (con parole o fatti) ciò che la legge proibisce, o nell'omettere ciò che comanda » (57). E poiché la pena deve essere inflitta da un'autorità pubblica a seguito della trasgressione di una legge ed in vista del bene futuro di una società vi sono, nonostante l'assolutezza conferita al potere sovrano, criteri e misure delle pene, senza le quali esse si traducono in meri atti di ostilità: così andrebbe definita una pena senza una precedente udienza pubblica, o quelle che non hanno alcun rapporto con la prevenzione di altri delitti, o quella che viene inflitta in misura maggiore rispetto alla precisa fissazione della legge. Allo stesso modo, « un male inflitto per un'azione compiuta prima

(55) Sull'importanza, in Hobbes, del linguaggio quale strutturazione dell'esperienza cfr. U. SCARPELLI, *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali. Il tempo e la pena*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 7 ma *passim*; ivi pure (p. 25) sottolineando la passione civile di Hobbes, una coinvolta interpretazione del positivismo giuridico, non come proposta e difesa di una macchina logica disumanante il diritto, bensì come proposta e difesa di una tecnica per la disciplina sociale, da usare virtuosamente, che possono darsi ed accettare uomini di 'virtù civili'.

(56) Cfr., sul punto, P. COSTA, *Le api e l'alveare. Immagini dell'ordine tra 'antico' e 'moderno'*, in *Ordo juris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 273-409 (ivi, a p. 396, la citazione del testo).

(57) T. HOBBES, *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, Laterza 1974, II, 27, p. 239.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che ci fosse una legge che la proibisse non è punizione ma atto di ostilità. Infatti premesso che, in assenza della legge, non c'è alcuna trasgressione della legge medesima, e che la punizione presuppone che l'azione sia stata giudicata trasgressione della legge, segue che un male inferto prima dell'emanazione di una legge non è una punizione ma un atto di ostilità » (58).

La ricerca di una definizione precisa, inequivocabile della legge, è ben presente anche nel *De jure naturae et gentium* di Samuel Pufendorf: anche qui la legge, comando sanzionato con cui un superiore obbliga un soggetto a regolare le sue azioni secondo il proprio precetto, è la condizione che permette di parlare di crimine e di pena legittima. Inoltre, tutto ciò che non è esplicitamente vietato dal diritto costituisce la sfera di libertà dei soggetti, e le condotte non esplicitamente sanzionate, se pur moralmente riprovevoli, vanno considerate giuridicamente lecite; non vi può essere pena che per le azioni esterne, perché solo queste sono in grado di produrre danno a terzi (59).

Dagli influssi della scuola culta olandese emergono le limpide architetture del commento ai *libri terribiles* dei *Digesta* (60) di Anthon Matthes, professore a Utrecht, membro di una famiglia insigne di giuristi, espressione di un prudente giusnaturalismo. Nell'opera, i materiali del diritto romano vengono ripensati entro un'esposizione di carattere generale ormai lontana dal metodo tardo scolastico, dal suo uso abnorme di *causae* e *distinctiones*. Dalla tradizione classica vengono riproposti, in modo netto, alcuni punti centrali: la necessità del dolo (61) per la configurazione del crimine; il principio dell'onere della prova e la sua indivisibilità; l'inaccetta-

(58) Ivi, 28, p. 256.

(59) Così nella ricostruzione di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 106 ss. Per gli aspetti di 'garantismo penale' presenti nell'opera di Pufendorf e Thomasius cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, p. 483 e *passim*.

(60) A. MATTHAEUS, *Commentarius ad Lib. XLVII. et XLVIII. De Criminibus*, Coloniae, Sumptibus J. Mincenii, 1715. L'opera fu edita per la prima volta ad Amsterdam nel 1644.

(61) E del carattere esteriore dell'azione delittuosa: « Dolo contrahi crimen diximus: per dolum autem factum dolosum intelligimus: nuda cogitatio crimen non est, nec quisquam poenam ejus patitur » (ivi, *Prolegomena*, 5, p. 4).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bilità della distinzione tra dolo vero e dolo presunto. Su quest'ultimo punto, origine di continue contaminazioni tra piano sostanziale e piano probatorio, la critica del giurista alla *communis schola* è particolarmente tagliente: inammissibile la duplicazione, per questa via, di ogni fattispecie (62). Non poteva esistere che un unico tipo di dolo, provato il quale il reato poteva dirsi dimostrato; in ogni altro caso, fatta *tabula rasa* dell'incerta categoria del dolo presunto, non restava che una responsabilità per *culpa* o *casus*. Assai discutibili, poi, alcune soluzioni attraverso cui la giurisprudenza aggirava il problema della piena dimostrazione del reato: il ricorso a pene arbitrarie in caso di insufficiente prova legale, o l'adozione di formule assolutorie non definitive, che lasciavano sempre aperta la possibilità di riapertura del processo. La concezione implicita in tali formule era che il reo dovesse dare prova positiva della propria innocenza per ottenere un'assoluzione definitiva. Le lucide prese di posizione di Matthes rivelano però anche i limiti di un tentativo di correzione degli abusi della giurisprudenza attraverso l'utilizzo critico, per quanto raffinato, del modello classico. Il giurista sembra esserne consapevole, e l'amarezza traspare da qualche significativo, rassegnato passaggio. Rispetto ad una più rigorosa concezione dell'onere della prova deve infatti ammettere: « eo jure nos uti, ut qui judicio oblatus fuerit, non aliter a crimine absolvatur, nisi innocentiam demonstraverit » (63), confessando così l'impossibilità, per il giurista colto, di sciogliere l'alleanza fatale tra dottrine tardo scolastiche e prassi giudiziaria.

Il commento segna la restituzione alla scienza del diritto penale, divenuta una tecnica di graduazione delle pene e dell'arbitrio giudiziario, del tema centrale della responsabilità, i cui quesiti sono risolti sulla base di precise scelte 'qualitative' fuori da ogni gradualismo compromissorio, e dal gioco continuo di regola ed eccezione. Fondamentale in questo senso, la riproposizione del nesso inscindibile tra rigorosa applicazione del principio dell'onere della prova e

(62) Per questa via si sarebbe potuti arrivare a conseguenze assurde anche in campo civile, ove « vera servitus, verae nuptiae, tutelae, dominium, possessio, quae necessariis argumentis probantur; praesunta, quae contingentibus ». Ivi, tit. XVIII *de poenis*, IV, *de officio judicis*, 10.

(63) Ivi, tit. XVI *de quaestionibus*, IV, *de modo torturae et ejus effectu*, 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legalità del giudizio, liberato delle incrostazioni relative alla prova del dolo ed alle sua dubbie, tramandate duplicazioni.

Il commento di Matthes venne pubblicato per la prima volta ad Amsterdam nel 1644: in Inghilterra, la guerra civile era esplosa, da due anni, con violenza. Le vicende degli anni precedenti avevano dimostrato, tra l'altro, come potesse divenire incandescente il corto circuito prodotto dall'intreccio tra abusiva tassazione e abusiva carcerazione. Tra i molti errori e congiunture che avrebbero condotto Carlo I alla decapitazione, nel 1649, questo ripetuto, smisurato esercizio della prerogativa regia aveva avuto tutto il suo peso, saldando, come sempre, fronti compositi. La storia, assai nota, va richiamata per chiarire il complicato cammino dell'*Habeas Corpus Act*. Per aggirare il necessario consenso del Parlamento all'imposizione di nuove tasse, Carlo era ricorso all'imposizione di prestiti forzosi; dinanzi alla protesta o al rifiuto di pagare, da parte degli 'intimati' ne aveva, attraverso il *Privy Council*, ordinato l'arresto. Nel 1627, il *Darnel's case*, dal nome di uno dei personaggi che aveva rifiutato l'imposizione come estorsiva, ed era stato per questo incarcerato dagli agenti regi, aveva suscitato grandissimo clamore. L'anno dopo, l'articolo V della Petizione del diritto approvata dal parlamento denunciava a chiare lettere l'esperienza amara dei sudditi inglesi: « Considerando tuttavia che, nonostante questi statuti ed altri statuti e buone leggi aventi il medesimo oggetto, parecchi dei vostri soggetti sono stati recentemente imprigionati senza che ne sia stata indicata la causa; e che, quando furono condotti davanti ai vostri giudici, conformemente ai *bills* di V.M. sull'*habeas corpus*, per subirne o ricevere ciò che la corte stabilirà […] furono in seguito restituiti nelle loro differenti prigioni, senza che fosse portato contro essi un capo d'accusa dal quale essi potessero discolparsi conformemente alla legge » (64).

Ancora più scandalo — ed un'appassionata partecipazione popolare al processo svoltosi nel 1637 — aveva suscitato il caso del gentiluomo John Hampden, che, nel 1635, aveva preferito il carcere, il processo ed infine la condanna, piuttosto che pagare la *Shipmoney*, tassa imposta dal re senza il consenso del Parlamento e per

(64) Il testo in *Le carte dei diritti (dalla Magna Charta alla Carta del lavoro)*, a cura di F. Battaglia, Firenze, Sansoni, 1934, p. 21 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di più estesa a tutto il territorio, anche fuori dalle zone costiere, la cui difesa ne costituiva, all'origine, la motivazione (65). Tutto ciò aveva suggerito al Parlamento di riprendere, estendendoli ad ogni ipotesi di arresto, antichi rimedi contro gli imprigionamenti arbitrari. Sotto la dinastia Tudor, il rimedio contro gli arresti arbitrari era costituito dai *writs of habeas corpus*, rilasciati in forme specifiche da ciascuna corte, anche in considerazione dello *status* del detenuto. Nella versione elaborata dalla corte di Cancelleria (corte anch'essa di prerogativa), denominata *corpus cum causa*, il *writ* serviva ad assicurare il controllo delle giurisdizioni inferiori, ma anche a contestare gli arresti eseguiti senza un legittimo ordine (66). Nel 1640, contestualmente alla serie di provvedimenti che intervennero sulla giurisdizione delle corti di prerogativa (e che condussero, nel 1641, all'abolizione della *Star Chamber*, la terribile corte che giudicava della 'lesa maestà'), venne emanato un *Habeas Corpus Act* che assicurava ai detenuti, entro breve tempo, un controllo, da parte del giudice, sulla legalità dell'arresto e sulla fondatezza del rifiuto del rilascio su cauzione. Il quadro politico esplosivo, ormai attraversato dall'aperta guerra civile tra le 'teste rotonde' ed i fautori di Carlo I, impedirono una piena normalità nell'amministrazione della giustizia, e resero l'atto largamente inapplicato (67); soltanto nel 1679, l'*Habeas Corpus Act*, assai preciso nelle sue inderogabili e sanzionate prescrizioni, venne approvato nella sua forma definitiva. A differenza degli omonimi *writs* dell'età tardo-medievale e Tudor, che avevano avuto versioni e applicazioni diverse per ogni singola corte, l'atto riguardava tutti gli imputati sotto detenzione e tutte le corti. Ad ogni arrestato era infatti garantita la possibilità di ottenere da una corte di giustizia l'ordine (*writ*), che imponeva all'ufficiale o carceriere che l'aveva in custodia di consegnargli entro sei ore copia del provvedimento d'arresto debitamente motivato, e di trasferirlo entro tre giorni davanti al giudice che aveva emesso l'ordine, perché questi potesse

(65) Sul caso Hampden, cfr. DE BENEDICTIS, *Politica, governo e istituzioni*, cit., p. 186 ss.

(66) Sul punto J. H. BAKER, *The Oxford History of the Laws of England*, vol. VI, *1483-1558*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 92; R. J. SHARPE, *The law of Habeas Corpus*, Oxford, Clarendon Press, 1976.

(67) Cfr. sul punto ivi, p. 15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

controllare la fondatezza dell'arresto, anche rispetto al possibile rilascio su cauzione. Queste prime disposizioni non riguardavano dunque il giudizio di merito, ma le protezioni di fronte ad un'ingiusta detenzione. Successivi articoli riguardavano invece i tempi entro cui il soggetto andava sottoposto a processo: non oltre la successiva sessione delle *Assizes* (nel caso dei delitti più gravi), o delle *Quarter Sessions*. Nel caso di impossibilità di celebrare il processo entro due sessioni, l'imputato andava prosciolto.

Ciò che colpisce, non è tanto l'indubbio contenuto garantista dell'atto, ma la modulazione 'petulante' e la minuziosa fissazione dei tempi, che sembra consapevolmente non voler lasciar nulla alla discrezionalità dei giudici, e che sanziona con precise multe anche i doveri dei 'custodi'. L'affidamento alla mediazione equitativa del magistrato ha lasciato qui il posto ad una strutturazione puntuale della norma, nella quale la legalità del giudizio è anche strettamente legata al tempo.

La parola 'illegal' entrerà con inesorabile insistenza anche nella costituzione che, un decennio dopo, Guglielmo e Maria d'Orange, dovranno accettare per insediarsi sul trono inglese: il *Bill of Rights* del 1689, deciso a consegnare al passato la smisurata insindacabilità della prerogativa regia, le innalza intorno regole precise che riguardano il rapporto tra sovrano e leggi positive e sanziona perciò come illegale « il preteso potere regio di sospendere le leggi o l'esecuzione delle leggi » (art. 1), le esazioni in denaro senza il consenso del Parlamento (art. 6), la pretesa di intralciare o mettere in discussione in sedi diverse da quella parlamentare « the freedom of speech, and debates or proceedings » (art. 9) ([68]). La lunga esperienza degli arresti arbitrari sotto gli Stuart detta la formula dell'articolo 5: « Che è un diritto dei sudditi presentare delle petizioni al re, e che gli imprigionamenti e processi a causa di queste petizioni sono illegali ».

Nella esplicitazione del principio di legalità, la proposta di costituzione, il Patto del popolo, presentato dai *Levellers* nel 1647 era andato oltre, formulando le norme in modo più analitico, e immaginandole come limite del possibile arbitrio non solo del monarca d'antico regime, ma del 'sovrano' incarnato dal corpo dei rappresentanti del popolo. Ad essi è rivolto il chiarissimo dettato

([68]) Il testo, da cui è tratta la citazione in inglese, *Le carte dei diritti*, cit., p. 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'articolo XIV: « Non diamo loro il potere di emettere sentenze su persone o beni ove non sia stata fatta prima una legge, né di attribuire questa autorità ad altra corte o giurisdizione, perché dove non v'è legge non v'è trasgressione che gli uomini o i magistrati abbiano competenza a giudicare; e neppure li autorizziamo a interferire nell'esecuzione di qualsiasi legge ». Il progetto di radicale semplificazione della giustizia, dei suoi ragionevoli tempi — per usare il linguaggio di un nostro articolo costituzionale recentemente rivisitato — si esprime nell'utopia dell'articolo XVII (che fissa in sei mesi il tempo massimo di una causa) e che mette sul tappeto il nesso tra lingua e 'garanzia' nel processo: « né potrà continuare (il Parlamento) a servirsi di leggi o di procedure in una lingua (69) che non sia l'inglese, né impedire a chi sia di sostenere da solo la propria difesa in giudizio, o d'incaricarne chi gli piace » (70).

Anche sulla sponda continentale, i montanti umori antigiurisprudenziali, evidenti sin dalla fase del preilluminismo, porranno sotto accusa l'intricato latino che la pomposità dei togati frapponeva, come barriera invalicabile, tra gli spazi della giustizia e le richieste dei suoi interlocutori.

Da questa stagione costituzionale, alla quale il Settecento riformatore guarderà sovente come ad un modello, prende avvio l'accidentato percorso della legalità contemporanea, nel suo costante riferimento alla leggi, ordinarie e costituzionali. Su questo obbligato richiamo le angustie del positivismo dell'Ottocento, stretto tra il processo di costruzione dello Stato e la diffidenza verso ogni 'costituzione', hanno talora proiettato un cono d'ombra. Tuttavia bisogna avere molta prudenza e molta fantasia democratica per indicare alternative possibili a questo — ormai antico — percorso; molte trappole si annidano infatti dietro le vibranti richieste di superamento dell'orizzonte chiuso della norma positiva. A ricordarcelo è, ancora una volta, la prosa inesorabile di Franco Cordero: « Nel nostro millennio la tipicità penale, a lungo eclissata dall'*arbitrium judicis*, poi riemersa, alla fine diventa canone assoluto: "[…] nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in

(69) Qui il bersaglio è il *law french*, l'oscura lingua dei giuristi, che rifletteva le origini normanne del *common law*.

(70) Cfr. REVELLI, *Putney*, cit., p. 193 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vigore prima del fatto commesso". A qualcuno ripugna tale circuito deontico chiuso: sotto vario titolo lo diffamano marxisti 'puri', scuola naziste, giusnaturalisti militanti, sanfedisti demaistriani […]. Ma siccome *nomina criminis* tassativi e *Analogienverbot* sono un antidoto, l'unico possibile, all'*imperium* demonico, rendono pessimi servizi alla civiltà del diritto quanti li contestano usando parole talismano […]: consapevoli o no, reggono la coda a Behemoth e Leviathan » (71).

(71) CORDERO, *Criminalia*, cit., p. 135 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

¿NEOCLÁSICOS O PRERROMÁNTICOS? LA ILUSTRACIÓN PENAL ESPAÑOLA ENTRE LA 'BARROCA PROHIBICIÓN' DE INTERPRETAR LAS LEYES Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 'REVOLUCIONARIO'

1. Planteamiento. — 2. El poder. — 3. El poder uno e indivisible. La ética de la Ilustración. — 4. Grandeza y miserias de la nueva cultura. La naturaleza del discurso jurídico ilustrado. — 5. El efugio: de la crisis a la planificación. — 6. *Leges illae optimae quae arbitrio iudicis pauca relinquunt.* La cultura jurídica ilustrada entre la *crítica-cuestión* de la interpretación y la apoteosis de la ley del príncipe. — 7. « Obrar como físicos y razonar como geómetras »: la planificación legisladora y la constitución histórica. — 8. Y la doctrina. Tres instantes de la penalística ilustrada española: prototipo, transición e indecisión.

1. *Planteamiento.*

Este trabajo está, en buena parte, suscitado por las sugerencias originadas por algunas proposiciones adelantadas por la reflexión de determinadas corrientes penalistas en la actualidad (1). Y es que ahí,

(1) Se trata del enfrentamiento entre normativistas y finalistas que tiene sus orígenes en Alemania. Allí, en efecto, el normativismo parece ir ganando terreno al ontologismo finalista de Welzel — a quien se critica por introducir consideraciones que van más allá del Derecho y no son propias del « carácter normativo de los elementos del concepto de delito » — y de Maurach. Ambas corrientes no conforman ciertamente posiciones monolíticas ni entre los finalistas, como ponen de manifiesto las diferencias notables que distinguen a ambos juristas, ni, sobre todo, entre los normativistas, donde la distancia entre Roxin y Jacobs es más sustancial, pues en tanto que éste excluye cualquier valoración externa al derecho positivo, Roxin admite límites procedentes de la realidad empírica, siendo esta una de las principales divergencias con el normativismo positivista que arranca del XIX y tiene uno de sus máximos exponentes en K. Binding. Partiendo de que el fin supremo del derecho penal era la seguridad, tal corriente defendía como un absoluto el imperio de la ley, esto es, el principio de legalidad en sentido estricto, en tanto que el actual normativismo sostiene la libertad de elección del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en efecto, los más implicados cultivadores de las ciencias penales parecen sumergidos en una polémica cuyos aspectos más novedosos

---

legislador y también una dogmática penal cuyo fundamento lo conforman decisiones político-criminales pero no presupuestos ontológicos.

De la polémica, en la que se deja sentir la poderosa influencia de Habermas y Luhmann — la del último, claro es, entre los normativistas — se hicieron eco los penalistas de otros medios académicos. Entre nosotros sobresale Mir Puig, cuya visión ha sido calificada como funcionalismo psicoanalista. Para este jurista, en efecto, es una necesidad tomar en consideración « lo fáctico » y lo normativo, pero entendiendo que « lo fáctico no se entiende limitado a lo naturalístico, sino que se extiende a lo social ». De esta manera, a partir de la aceptación de la realidad social — construida según los parámetros que Searle (*La construcción de la realidad social*, 1999) había contrapuesto a los que Berger y Luckman exponían en su libro de homónimo título — y que parte de los « hechos institucionales », es decir, de los hechos sociales más característicos de una cultura, llega a la conclusión de lo incorrecto de estimar lo normativo con independencia de de lo empírico y, en consecuencia, de ignorar « como puede la realidad condicionar lo empírico […] (pues) […] todos los hechos institucionales son hechos sociales y todos los hechos sociales tienen alguna base física, pero no al revés ». Desde esta perspectiva, entiende que la función del Derecho penal es « « *influir en la realidad existente más allá del propio Derecho penal y de sus normas* » (cursiva del autor), lo que implica que el « Derecho no es un sistema normativo cuyo sentido se agota en el mantenimiento de sus propias normas, sino un sistema al servicio de los seres humanos, como un sistema normativo al servicio de los sistemas biológicos representados por los individuos ». Puesto que « lo normativo está condicionado por lo real » se establece así una relación fáctico-normativa que es de naturaleza causal y no lógica, pues está condicionada por los valores existentes. De este modo, las características propias de la naturaleza humana, mediatizadas por la cultura, se erigen como la auténtica piedra angular — de carácter « genético », insiste- de todos los principios sobre los que se construye la teoría del delito, desde el de legalidad al de culpabilidad, pasando por el de lesividad.

En resumen, la tesis, como explícitamente declara, es que la teoría del delito « no es una descripción de realidades naturalísticas, pero tampoco es una pura creación normativa, sino que es un conjunto de exigencias derivadas de principios normativos cuya realización requiere tener en cuenta las posibilidades que ofrece la realidad ». Es precisamente esta aspiración la que recuerda la posición de algunos penalistas ilustrados españoles, los cuales, no obstante defender el valor supremo y exclusivo de la legalidad, recordaban al monarca la necesidad de tener en cuenta las características sociales y otros, como Forner, pretendían subsanar las deficiencias de la ley del príncipe defendiendo una participación activa de los jueces. S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2ª edic. Montevideo-Buenos Aires, 2002; del mismo, *Valoraciones, normas y antijuridicidad penal*, en J.L DÍEZ RIPOLLÉS (coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro-Homenaje a Cerezo Mir*, Madrid, 2002 y, del mismo, *Límites del normativismo en Derecho penal* (*vid. infra* última nota), de donde están tomadas las citas entrecomilladas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sólo tienen, ciertamente, una duración de varias décadas, aunque su esencia, sobre todo si se tiene en cuenta que los temas estrella continúan siendo los fundamentos y la finalidad de este derecho, es mucho más antigua, pues se remonta hasta el nacimiento del moderno derecho penal y, en consecuencia, están sustancialmente vinculados a temas relacionados con el así llamado principio de legalidad. Un hecho que parece indudable, tanto si se acepta que la *finalidad principal* de la ley penal consiste en conseguir un 'ideal de vida' común mediante la influencia y fiscalización de la conducta de los integrantes de la sociedad prohibiendo a éstos la realización de determinados actos o, lo que parece si cabe más obvio en la época que aquí interesa, en llevar a cabo la organización estructural de la sociedad a través de la proscripción de actuaciones tipificadas como delitos (2).

Debe quedar claro, en todo caso, que no se trata en absoluto de la aplicación de una 'dogmática retrospectiva', sino más bien de la comprobación, realizada desde una perspectiva histórico-jurídica, de que uno de los aspectos más sorprendentes de esta situación, rica por otra parte por la profundidad de las propuestas, es que en más de un sentido nos retrotrae a la situación — material y, en algunos supuestos, también formal — existente durante la Ilustración, o sea, al contexto en el que se sentaron científicamente las bases del derecho penal llamado clásico. Porque no sólo las alternativas más novedosas que se plantean al presente difieren de aquellas por las que optaron entonces los grandes teóricos — y, por supuesto, su más directos herederos, los revolucionarios y positivistas decimonónicos —, sino que, en ciertos aspectos, y en particular en algunas soluciones y el punto de partida, no dejan de recordar las prácticas que los iluministas tanto combatieron.

Un derecho penal, el defendido por los ilustrados, cuyo conocimiento poseemos en un grado más elevado que el de otras ramas del ordenamiento, en gran medida porque ha sido 'revisitado' frecuentemente por los historiadores del derecho e, incluso, por los

(2) A. Ross, *La finalidad del castigo*, en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Rioja*, Buenos Aires, 1976, pp. 151 ss. Las frases en cursiva y entrecomilladas en pp. 168 y 166 respectivamente. El texto de Ross es en especial interesante porque analiza y critica las posiciones defendidas desde la teoría kantiana al respecto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mismos penalistas, que así vienen a completar la visión más típicamente historiográfica. Y es que, de entre todos los juristas que profesionalmente se dedican al derecho vigente, los penalistas son, con seguridad, quienes con más intensidad se han ocupado — y preocupado — por averiguar sus precedentes históricos quizá para encontrar las razones, y en su caso justificar, el 'terrible poder punitivo' que representa el aspecto represivo connatural a este derecho, o lo que es lo mismo, « la legitimidad del Estado para castigar a sus ciudadanos bajo ciertas condiciones » (3).

Así pues, en un momento como el actual, en el que los más directos involucrados — esto es, los penalistas —, parecen volver a los orígenes para revisar el planteamiento contractualista al que tan vinculado aparece el nacimiento del moderno derecho penal para reivindicarlo como un instrumento de paz social; cuando hasta se critica y se pone en tela de juicio el en su día muy rupturista 'nuevo garantismo' acuñado, en plena situación de estado de emergencia, por la teoría y la jurisprudencia italiana desde la década de los setenta con el fin de determinar los contenidos de un derecho penal mínimo que contradecía el garantismo ilustrado — como se sabe, identificado desde Beccaria como uno de los principales fundamentos del llamado derecho penal máximo — y que, frente al positivismo de raigambre decimonónica, reclamaba una mayor limitación no sólo de la interpretación judicial sino del mismo legislador, alegando al efecto la visión política que recogía la parte dogmática de las constituciones (4), la primera pregunta que sobreviene de una manera inmediata es si, desde el punto de vista estrictamente jurídico, los penalistas ilustrados y sus inmediatos seguidores supieron resolver de una tan manera racionalista y racional como se afirma la situación que denunciaban con tanta vehemencia. Una interrogante, en todo caso, cuya pertinencia se deriva del hecho de la presencia de diversidad de planteamientos y soluciones que, en algunos casos, proponen opciones disímiles a las defendidas por los *philosophes*, mostrando de este modo la existencia de una realidad

(3) E. BORJA JIMÉNEZ, *Derecho penal y paz social. Ensayo sobre una aparente contradicción*, en *www.cienciaspenales.org*., p. 1.

(4) L. FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal.* Prologo de N. Bobbio, Madrid, 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

muy distinta a la unidad teórica que aquellos representaban y que, a diferencia de lo que hoy acontece, no lo era tanto en la práctica.

En los últimos trescientos años se han acuñado conceptos iuspunitivos que, apoyándose en la visión contractualista de la sociedad, tenían el único propósito de defender el derecho penal como garante de la seguridad necesaria para el pleno desarrollo de la libertad, considerada, no obstante las diferentes acepciones de la misma, como uno de los principales derechos. Y todos, en general, comparten como punto de referencia obligado e incuestionable el derecho legal, haciendo, en consecuencia, del principio de legalidad un requisito incuestionable de su propia validez.

Y es que, defendiendo que la pena es un elemento irrenunciable y condición *sine qua non* para el mantenimiento y conservación de la sociedad surgida de ese pacto — pues las infracciones de éste se tipificaban como delitos a través del mecanismo que expresaba la voluntad, primero, del príncipe, y, con posterioridad, la general, esto es, la ley —, no sólo se conseguía vincular el *ius puniendi* con el ejercicio del poder sino, lo que acaso es tan importante, se forjaron teorías que buscaron con pertinacia la legitimación y justificación de la potestad sancionadora.

A este respecto, es conveniente tener en cuenta que, como nos recuerdan algunos sociólogos del conocimiento, « la función de la legitimación consiste en lograr que las objetivaciones de « primer orden » — como ocurre en el caso que aquí interesa, es decir, las llevadas a cabo por el derecho penal de la Ilustración a través, precisamente, de la ley — ya institucionalizadas lleguen a ser objetivamente disponibles y subjetivamente plausibles » (5).

De esta manera, y puesto que « el modelo de legitimación por el contrato sigue estando vigente en cierta medida » (6), en los tres siglos precedentes se ha podido comprobar el esfuerzo de los penalistas para justificar la tipificación, naturalmente legal, de las infracciones del mismo a través de diversas teorías que van desde el bien jurídico protegido, las finalistas, en sus diversas versiones, hasta las más modernas del funcionalismo psicoanalítico. Pero en todas

(5) P. L. BERGER y Th. LUCKMANN, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, 2001, pp. 120-21.

(6) BORJA JIMÉNEZ, *Derecho penal*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ellas, además de ponerse de manifiesto cuales eran las conductas susceptibles de ser contempladas por el « ordenamiento jurídico-punitivo », quedaba también reflejado el análisis de las causas de la antijuridicidad a partir de parámetros forjados por los ilustrados, como son la proporcionalidad o el humanitarismo y, con posterioridad, pero siempre con antecedentes en esa época, la lesividad o la igualdad, entre otros. Y, sobre todo, reflejaban asimismo las causas por las que se tipifican algunas conductas y se dejan fuera otras que, en principio, tampoco aceptan las reglas vigentes en la sociedad.

Es, precisamente, en este último aspecto donde se advierten con más claridad dos circunstancias que parecen sobresalir especialmente; dos cuestiones característicamente vinculadas con el tema que aquí interesa. La una es la propia concepción del poder y, la otra, el valor de la moral.

2. *El poder.*

Se trata, ante todo, del poder político. El mismo que Luhmann ha calificado como « factor universal para la existencia societal » y que, según este mismo autor, puede conservarse en forma de ley, no obstante « la molesta distinción entre la ley privada y la pública » (7) de la que, naturalmente, forma parte integrante la penal.

Aunque no comparto en su totalidad la teoría luhmanniana a causa de su consideración del derecho como un sistema cerrado y auterreferencial, si me parece acertada su opinión acerca del Estado moderno, al que estima « basado en el monopolio de la toma de decisiones sobre el uso de la violencia física y su inflación a un grado de complejidad que difícilmente puede controlarse » (8), sobre todo porque, como afirma, « la violencia física funciona como una base de poder en el nivel societal ». Es, a mi parecer, digna de consideración por hacer hincapié, justamente, en el *monopolio estatal* de la toma de decisiones sobre el uso de la violencia y no, estrictamente, sobre el *uso* de la misma. A la postre, tal es la posición que se percibe de una manera más acusada durante la época ilustrada en la obra de los juristas y su concepción de la ley penal, que se presenta como

(7) N. LUHMANN, *Poder*, Anthropos, 1995, pp. 127 y 133.
(8) *Ibi*, p. 95.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

corolario de aquel proceso que ya en su día A. M. Hespanha denominara el paso de la *Iustitia* a la Disciplina (9).

En el marco de la cultura e historia más genuinamente europeas, es cierto que como *lex poenalis* aparece con anterioridad, vinculada primero a aquel *ius gladii* propio del *merum imperium* del príncipe medieval. Y, desde luego, de una manera más evidente — y también técnicamente más acabada — durante la alta modernidad donde, como se nos recordaba recientemente, el derecho criminal del príncipe « se va haciendo cada vez más invasor, interviniendo para regular una serie cada vez más extensa de comportamientos y situaciones » (10). Pero esta circunstancia, que tanto contribuyó a sentar los cimientos de una ciencia penal y que fue totalmente respaldada por quienes ostentaban el poder, resultaba en la práctica difícil debido a conflictos instrumentales y, en especial, a la carencia de una *auctoritas* suficiente para desbancar una práctica muy vinculada a la interpretación judicial y doctrinal.

Con todo, parece incuestionable que es precisamente ahí cuando se inicia esa « centralidad sistemática de la ley » y no es entonces sorprendente que, desde tiempo, se haya venido insistiendo (11) que es exactamente ese el momento en el que tiene su origen el famoso brocardo *nullum crimen*, *nulla poena sine lege* y, con él, la aparición de principio de legalidad. Una opinión que, a pesar de su momentáneo éxito y de continuar siendo respaldada por algunos sectores, es sin embargo manifiestamente errónea y no tanto por la ausencia de garantías — según el significado que, justamente desde la Ilustración, se concedió a este concepto y que, en términos generales, se identificaba con la ley —, pues también durante esa

(9) *Vid.* las dos interesantes aportaciones sobre este tema que A. M. HESPANHA tiene en F. TOMÁS Y VALIENTE y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, 1990.

(10) M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la « Parte Generale » di diritto penale*, Milano, 2006, p. 9.

(11) Como hacía entre nosotros a principios de Siglo XX E. BULLÓN Y FERNÁNDEZ, *Alfonso de Castro y la ciencia penal*, Madrid, 1909, pp. 23 ss. y 117 ss. Para este autor, no sólo el principio de legalidad se percibe en la obra de Alfonso de Castro, sino que las críticas al arbitrio judicial y los fines y proporcionalidad de la pena, así como la abolición del tormento, se encontraban en los escritos de los más renombrados miembros de la Segunda Escolástica y otros juristas españoles del XVII, como Orozco o Pradilla.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

época, al menos en algunos espacios políticos, y desde luego en la Monarquía hispánica, el respeto a los *iura quaesita* conforma una ley fundamental. Lo es, sobre todo por el hecho (12) de la permanencia formal y material de un marco constitucional de raigambre medieval que condiciona la propia existencia de un príncipe legislador, por más que éste cuente con un sólido apoyo doctrinal al respecto.

Desde esta perspectiva, la situación es sensiblemente diferente a la que se pretende desde mediados del XVII, ya que con anterioridad a este siglo, las fuentes de producción normativa y la misma práctica implican un factor de diversidad muy notorio. De hecho, lo fue hasta el extremo de que, no obstante la lógica autoritaria que una parte relevante de la doctrina reclama para el príncipe, éste, al fin, no tendrá más que una preeminencia sobre los poderes locales y periféricos que, en mayor o menor medida, se siguen manteniendo.

Se trata éste de un acontecimiento notable por diferentes motivos. Y es que si, por un lado, esta circunstancia hacía cabalmente ineludible sostener tanto la centralidad de los juristas como elemento de coordinación como la interpretación del juez — tanto más necesaria cuanto en algunos territorios, como en la Corona de Castilla, no existía la obligación de fundamentar en derecho las sentencias —, también es verdad que, por el otro, se iba consolidando una esfera pública en la que la *lex scripta* era cada vez más — y así se reclamaba con mayor insistencia si cabe en el ámbito de lo penal — una expresión de la *publica potestas* (13), algo que los grandes penalistas del XVI tienen completamente asumido.

Plenamente decididos y combativos en la defensa de un príncipe capacitado para crear normas que tiene su correspondencia en el *iudex repraesentans personam principis vel reipublicae*, definieron la función de éste último como un aplicador de su *voluntas* a través del respeto a las disposiciones dictadas por aquél (14). Teóricamente es una construcción de considerable envergadura que supone claramente un avance con relación a la herencia medieval en la que, sin embargo, tiene su origen. Pero ¿cómo hacerla posible en un medio constitucional de signo manifiestamente distinto y en unos territo-

(12) Ya señalado por el mismo PIFFERI, *Generalia delictorum*, p. 263.
(13) *Ibi*, pp. 267 ss.
(14) *Ibi*, p. 271.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rios en los que no existía la obligación de fundamentar sentencias? En la práctica, fue precisamente esta situación la que, en conjunción con los instrumentos que tradicionalmente se reconocían a los jueces — como, por ejemplo, fallar a favor de la parte amiga — facilitaban el libre arbitrio del juez, hasta el extremo de que la interpretación judicial y doctrinal permanecería vigente durante largo tiempo, apoyadas ambas por una literatura jurídica poco simpatizante de las innovaciones.

Con todo, contempladas desde la actual perspectiva, tales innovaciones no sólo se van afianzando, sino que tienen un altísimo valor. En especial, porque contribuyeron de una manera determinante a legitimar el poder del príncipe en una época singularmente importante desde el punto de vista político-constitucional por muy diferentes motivos, de los que aquí se quiere resaltar la importancia de, sobre todo, dos: la formulación de la soberanía como *plena potestas* y los efectos de la Reforma primero y la Contrarreforma después.

No es conveniente olvidar al respecto la función de primer orden que desempeña la legitimación doctrinal de lo que puede concebirse como un cambio — que no ruptura — espistémico que, aunque sólo se consumará en el periodo post-westfaliano a partir de la segunda mitad del Siglo XVII, tiene en esa época su punto de partida. Una legitimación, en todo caso, en la que, desde luego, desempeña un protagonismo de excepcional importancia la ciencia penal, elevada desde entonces a la categoría de 'subuniverso' cuyo 'significado relativamente autónomo' viene dado por la capacidad demostrada por los penalistas coetáneos para crear problemas específicos que afectaban tanto al orden institucional en su conjunto como a instituciones determinadas (15).

Problema, y no pequeño por cierto, fue para los juristas de la

(15) « Cuando un cuerpo de conocimiento se ha elevado a un nivel de un subuniverso de significado relativamente autónomo, tiene la capacidad de volver a actuar sobre la colectividad que lo produjo ». Sin embargo, surgen entonces problemas especiales, como consecuencia del « retraso cultural », que dificultan « tanto la legitimación total del orden institucional como las legitimaciones específicas » de instituciones y subuniversos. BERGER y LUCKMANN, *La construcción social*, pp. 113 y 115. Esta es la situación que, a mi parecer, se plantea desde el Siglo XVI, y particular en el XVIII, en especial en relación al tema que se está tratando.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alta modernidad legitimar (16) la figura del príncipe creador de disposiciones normativas, sin duda uno de los principales inconvenientes de los penalistas renacentistas. De hecho, no se puede decir en rigor que lo resolvieran del todo, pues si bien es cierto que lograron dotar a algunas de las viejas instituciones — como es en este supuesto el *princeps* — de un significado integrador en cierta medida de las instituciones preexistentes, no parece que el resultado obtenido fuera plenamente satisfactorio, ni siquiera por los más dispuestos a aceptarlo. En buena parte no pudo ser de otra manera porque en el tiempo de Decio o Alfonso de Castro se carecía aún de unos requisitos básicos.

Puesto que la legitimación está primordialmente destinada a explicar y justificar el orden institucional a través de la validez de los significados otorgados a las normas que regulan hechos objetivos, es obvio que la aspiración anterior no llegó a consumarse en ese momento, aunque también es evidente que se dieron los primeros pasos hacia una experiencia nueva por obra de unos penalistas que ya habían iniciado un proceso de *reificación* — entendida según los términos que se expondrán más adelante.

Condicionados por un marco constitucional que, material y formalmente, limitaba sus proposiciones, los juristas en general no pudieron — o no quisieron — crear una teoría del poder acorde a los requerimientos del *princeps* legislador. Y es que, en lo que a este asunto concierne, la concepción de la soberanía en los términos bodinianos no resolvía, ni siquiera teóricamente, el problema porque la plena *potestas*, el *pouvoir souverain*, por más que reclame el poder legislativo del monarca, no dejó de generar las interpretaciones más diversas. La traducción castellana del concepto por 'autoridad superior' que apenas unos años después de la primera edición francesa de *Los seis libros de la República* figura en la versión castellana que

(16) No uso aquí el concepto jurídico del término, sobre todo en el sentido atribuido por C. SCHMITT, sino con el significado que los sociólogos de las ideas han elaborado, a partir de la primitiva formulación weberiana, en consideración a la función que representa y que « consiste en lograr que las objetivaciones de « primer orden » ya institucionalizadas lleguen a ser aceptadas subjetivamente y objetivamente meritorias ». BERGER y LUCKMANN, *La construcción*, p. 120-21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

llevó a cabo Añastro, es un elocuente testimonio al respecto (17). Lo es, porque incluso entre los círculos más próximos al monarca, a finales del siglo XVI aun se sitúa al rey en ese lugar de preeminencia que la situación constitucional le otorgaba y, en consecuencia, muy distante de la exclusividad que exige la creación de la ley.

Pero lejos de ser un fracaso o una experiencia frustrada, la opción de los penalistas fue, por el contrario, un primer y relevantísimo paso de la puesta en marcha de un proceso que alcanzaría su cenit en la etapa postrevolucionaria. Además del probado incremento de la intervención del príncipe en todas las esferas sociales que se puede percibir durante la alta modernidad, mostrada por esa confrontación rey-reino destinada a conseguir una mayor concentración de poder en manos del primero, se produjeron asimismo otros logros merecedores de atención.

Está, en primer lugar, esa exitosa diferenciación — teórica, pero con honda incidencia en la práctica — entre *ius fori* y *ius poli*. Ambos conceptos son determinantes en la construcción de la esfera de lo público porque permitieron, en un momento en el que continúan vigentes las reglas aristotélicas de la oicoeconomía, que la *lex* del príncipe se constituyera como su emblema por antonomasia. Calificados, con razón, recientemente como « momento político » y « momento ético » (18) respectivamente, conforman el primer esbozo del escenario posterior porque ya se hallan ahí perfiladas las líneas maestras de la separación entre lo estrictamente jurídico y lo más propiamente político. Pero es evidente que, al mismo tiempo, también se originaron algunas notables paradojas.

La Reforma, primero, situó en primera línea la importancia de la libertad de interpretación, que tanto contribuiría a esa sustitución tan ilustrada de certeza por verdad. Clara herencia, una vez más, medieval — en particular de la llamada *via agustianiana nova* —, esta opción, tan exitosa entre los autores protestantes, tuvo asimismo su correspondencia en los católicos, en particular en el voluntarismo que, sin ir más lejos, practicaron algunos miembros de la Segunda Escolástica y expresan algunas de sus más señaladas consecuciones.

---

(17) Juan Bodino, *Los seis libros de la República traducidos de la lengua francesa y enmendados católicamente por Gaspar de Añastro Isunza*, Turín, 1590, *passim.*

(18) Pifferi, *Generalia*, p. 267.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En materia penal, sin embargo, al menos en algunos de sus aspectos más destacados y al menos en ciertos países no reformados, los resultados no fueron aparentemente tan inmediatos, como pone de relieve la permanencia de la dualidad delito-pecado que atestigua la permanencia de la Religión como fuente — y no, por cierto, secundaria — de legitimación desde la Monarquía hispánica a la España constitucional (19). De hecho, el Código penal de 1848 y su reforma en 1850 todavía conservarán un título dedicado a los « Delitos contra la Religión », que sólo desaparece con la constitución de 1869 y el Código de 1870.

Con todo, esta circunstancia, que no sólo es debida al arraigo social y a costumbres ancestrales sino, de una manera muy particular, a necesidades de naturaleza constitucional para legitimar la Monarquía primero, y, con posterioridad, la construcción de la Nación como sujeto político, no impide la progresiva e irrevocable aparición de una ética fundamentada en el *ius gentium* y la *lex naturalis*. Es decir, de uno los principales apoyos de una *lex scripta*, que ahora también será pública por su finalidad — conservar la seguridad pública, el orden público, castigando a los infractores — convirtiéndose así en una manifestación-emanación de la *publica potestas* (20).

3. *El poder uno e indivisible. La ética de la Ilustración.*

Desde esta perspectiva, los principales requisitos — *lex scripta*, *publica potestas*, correspondencia *lex*-delito — estaban ya plenamente formulados por los teóricos de la alta modernidad. Pero lo cierto es que ni siquiera formalmente existe ahí un principio de legalidad, básicamente porque el *princeps* aún carece de la plena *potestas* o exclusividad del poder, incluso entre sus máximos defensores quienes, como de una manera explícita hace entre nosotros

(19) *Vid.* F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (S. XVI-XVIII)*, Madrid, 1992; F. TOMÁS Y VALIENTE y otros, *Sexo Barroco y otras transgresiones premodernas*; A. MASFERRER DOMINGO, *Contribución de la Teología y ciencian canónica al Derecho penal europeo moderno. Materiales y breves notas para su estudio*, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*. Buenos Aires, 1958.

(20) PIFFERI, pp. 270 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Suárez, todavía continúan moviéndose en el contexto *universitas sive populus sive respublica*.

La definitiva vuelta de tuerca a este respecto viene sin duda dada por la definición puffendorffiana de la soberanía como poder único e indivisible. Una definición extraordinariamente oportuna, emitida además en una época también extraordinariamente significativa y que, como tal, ha de tenerse en cuenta: la era post-westfaliana, que marca, en efecto, un punto de inflexión en la cultura jurídica europea por tan diversos y estudiados motivos.

Pero el hobbesiano Puffendorf es un iusnaturalista y, hablando en rigor, también el primero de los ilustrados. Por esta razón, su concepción de la indivisibilidad y unidad del poder soberano no puede desmembrarse de su pensamiento pactista y, en consecuencia, de la ética consustancial al *ius naturae et gentium*. De hecho, conforma uno de los presupuestos cardinales, porque la idea de un orden moral para regular las relaciones, en primer término políticas, que se establecen entre los individuos, es consustancial a los fundamentos contractualistas de la sociedad. Y es, en todo caso, un orden moral que no sólo serviría de justificación de la revolución sino que, desde su misma aparición y precisamente a causa de sus vinculaciones con el derecho natural, proveyó a los juristas de un bagaje lingüístico procedente de ese mismo derecho que éstos utilizaron para proceder a la legitimación de aquellos cambios que ocasionarían lo que, ya en su día, Habermas denominó « la transformación estructural de la esfera de lo público ».

Se trata de una transformación en el que uno de sus principios primordiales consistía en el rechazo de la tradicional fuente de legitimación, esto es, la religión, y que encontró un insuperable vehículo de transmisión en la ley. Y es que, por sus intrínsecas características de generalidad y abstracción, la ley se adecuaba a la perfección a la doble expansión que, como se apuntaba recientemente (21), dicho orden demanda: la extensión, porque « más gente vive de acuerdo con él y se ha convertido en dominante » y la intensidad, porque necesita una cada vez mayor ramificación.

Desde esta perspectiva, no está demás recordar dos cuestiones

(21) Ch. TAYLOR, *Modern Social Imaginaries*, Duke University Press, 3ª edic., 2005, pp. 4-5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de no escasa relevancia. La primera, que se convertirá en una constante en los últimos siglos, pero que revistió especial intensidad desde mediados del XVII al último tercio del XIX, es la disociación, perceptible incluso en las corrientes más oficialistas, entre la teoría y la praxis. Y es que, en tanto que entre los apologetas de la nueva alternativa se defendía que el nuevo orden ya no se basaba en principios unitarios, tal y como expresaba magistralmente la formulación humeana de una moral adecuada a las características de cada formación política y cada sociedad, en la práctica, los gobernantes parecen ir por el camino contrario. De hecho, el difundido pensamiento de que la tolerancia religiosa era una 'idea y una realidad práctica' basada en presupuestos racionalistas, no sólo se desmiente en el plano real a lo largo de todo el XVIII en la mayor parte de las formaciones políticas europeas, las cuales fueron confesionales y contemplaban esta materia como una cuestión estrictamente política, sino que, lo que no deja de ser revelador, esos fundamentos racionales fueron vivamente contestados por quienes, como el mismo Hume o Rousseau, reclamaban un trato igualitario para la razón y las « pasiones » humanas (22).

Existen, entonces, unos ciertos rasgos de continuidad no sólo evidentes en la práctica sino incluso en la teoría. Tales rasgos, sin embargo, no desmerecen ni desvirtúan la crucialidad de un momento en el que, en el marco de la cultura jurídica europea, se están acabando de perfilar asimismo las bases conformadoras de una esfera pública en la que el derecho legal, por múltiples motivos, entre los que destacan la ya aludida redefinición de la soberanía y la definición de pacto social desde presupuestos iusnaturalistas, ocupa, desde luego, un lugar central, pero en la que no se producen cambios radicales. Éstos, en efecto, sólo se alcanzarían en una época más tardía, cuando aparezca perfectamente conformada una conciencia burguesa que se reconoce a sí misma a partir de las irrenunciables bases capitalistas (23).

En este sentido, la formulación leibniziana *more mathematico* de

(22) S. J. BARNETT, *The Enlightenment and Religión. The Myths of Modernity*, Manchester U. P., Manchester and New Cork, 2003, pp. 1 ss., pp. 4-5.

(23) J. HABERMAS, *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into Category of Bourgeois Society*, Cambridge, 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una norma abstracta por parte del soberano — es decir, de una norma legal —, provocó, a través de la directa relación que presuponía entre el soberano y el súbdito, una indudable subjetivización — y, con seguridad, en algo más que en fase embrionaria la separación entre lo público y lo privado, más cercana a la etapa burguesa que a la renacentista —, pero es asimismo verdad que no llevó hasta sus últimas consecuencias la individualización. Considerada ésta por algunos, y no sin razón, como el elemento más determinante de la cultura europea en los últimos cuatro siglos (en este sentido, Thomas Nipperdey), sus postulados se divulgaron en la época mediante programas educacionales que permitieron que un público más amplio tuviera una mayor accesibilidad a los denominados 'bienes culturales'. Y de ellos participaron abiertamente los juristas ilustrados, que llegaron a hacer de la individualización todo un lema.

No obstante la emergencia paralela de los tres axiomas fundamentales con los que Q. Skinner (24) identifica los tres siglos a partir del XVII incluido — es decir, la política independiente de la economía, un poder político cuya *auctoritas* es independiente de poderes supranacionales y el monopolio en la creación del derecho, y en consecuencia la aparición del derecho legal, por parte de ese poder, que comienza a producirse a mediados del XVII y es una actitud general en el siguiente en las formaciones políticas europeas —, quizá el hecho más representativo es esa íntima relación que se establece entre el poder de la cultura y la cultura del poder. Llevada a cabo a través de eficaces medios propagandísticos, en ella la legislación emanada de un monarca que ya es soberano en título y ejercicio, fue un factor de primer orden, ya que vehiculó la introducción de cambios notables (25).

4. *Grandeza y miserias de la nueva cultura. La naturaleza del discurso jurídico ilustrado.*

La defensa a ultranza de la ley como modo de producción del

(24) Q. Skinner, *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, F.C.E., 1993.

(25) T. C. W. Blanning, *The Culture of Power and the Power of Culture Old Regime Europe 1660-1789*, Oxford U. P., 2002, pp. 190-91, y 470 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derecho por parte de los juristas, no obstante la autoinmolación que esta decisión suponía, es un tema que ha sido reiteradamente analizado por los estudiosos y, en consecuencia, conocido de tiempo (26). Contemplada desde la perspectiva que acaba de señalarse resulta, sin embargo, muy oportuno prestar atención a este extremo. Sobre todo si se tiene en cuenta que, al menos desde una posición divulgativa, e incluso propagandística, fueron ante todo las leyes penales — a través de los códigos y proyectos de códigos criminales — las que, precisamente, aparecen como el buque insignia de la legislación y doctrina ilustrada.

A este respecto, es conveniente señalar que, en lo que afecta a esta materia en particular, si bien es verdad que los juristas profundizaron y avanzaron en las consecuciones de sus predecesores, también lo es que sus aportaciones, aun cuando fueron adoptadas y plenamente respaldadas por el poder político, no tuvieron una inmediata aceptación social, dando lugar así a esa tan característica separación entre la teoría — y política — y la práctica real. Una separación que se nos muestra como el primer síntoma de un fenómeno que no será extravagante desde entonces: el de « reificación de la realidad social ». Es decir, de un proceso que requiere la objetivación de dicha realidad y el propio orden institucional, de tal manera que las relaciones del hombre y su mundo aparecen vinculadas a — y se contemplan desde — la función que se le atribuye, disfrutando así de un « status ontológico independiente de la actividad y significación humanas » (27), que es justamente lo que persigue la voluntad del legislador.

Desde su propio subuniverso, los juristas iluministas contribuyeron en el seno de la cultura ilustrada, de toda la cultura ilustrada, de una manera decisiva a la cristalización de un universo simbólico construido a partir de la objetivación, la sedimentación y la acumulación del conocimiento (28). Si la primera y la segunda, esto es, la objetivación y la acumulación, se habían iniciado en el siglo XVI, la tercera, y sobre todo la conclusión del proceso, es obra fundamen-

(26) Es suficiente recordar los escritos de P. GROSSI. *Vid*, como más reciente, *Prima Lezione di diritto*, Torino, 2003.

(27) BERGER y LUCKMANN, *La construcción*, pp. 116-19.

(28) *Ibi*, p. 128.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

talmente suya a través de los diferentes niveles de legitimación y, singularmente, por el lenguaje, mediante la creación de un vocabulario que estaba destinado a dar significado y validez al nuevo orden institucional que aparecía en el horizonte.

En otras palabras, se construye toda una teoría dotada de un completo aparato conceptual que constituye y define una realidad de un modo diferente a la existente, con la consiguiente consecuencia de un alejamiento entre ciencia y sociedad.

Se puede comprobar con nitidez durante la Ilustración, cuando los expertos conforman voluntariamente un sector que se identifica por su conocimiento específico en el marco de la propia comunidad cultural. Un hecho éste de notable relevancia, en particular por lo resultados que producirá en el futuro más inmediato. Y es que si, por un lado, será la causa directa de una diferenciación que se agranda con el tiempo por la especialización en la que encuentran su propia justificación frente a los demás miembros de la comunidad científica, por el otro, no obstante las tan generalizadas ofertas divulgativas y promesas educativas, los alejó de la sociedad en general, que no se reconocía en modelo.

La penalística ilustrada es, en cierto modo, el más elocuente ejemplo al respecto. En primer lugar, porque su labor más importante consistió en aportar unos valores a un conocimiento previo que había sufrido una profunda remodelación en la época precedente en la obra de los Decio, Alfonso De Castro, Julio Claro e incluso Carpzov, no sólo por sus contribuciones más propiamente dogmáticas — muchas de las cuales procedían del derecho canónico e incluso de la teología —, sino, fundamentalmente, por la centralidad, otorgada a la *lex poenalis* emanada del *princeps*.

Tales valores, entre los que se han resaltado hasta la saciedad el humanitarismo y el principio de proporcionalidad, incluían asimismo la necesaria, y por tanto incuestionable, bondad de un príncipe que es legislador en virtud de su soberanía, de la que el es el único depositario. Un príncipe para el que, con singular insistencia para los asuntos criminales, desde todos los frentes — y, no por casualidad, de modo muy especial por la literatura y las bellas artes — se reclama la imagen del buen pastor y se adorna con la virtud de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la clemencia (29). De tal forma que, como nos ha hecho saber A. M. Hespanha, su función capital de gobierno sobre los súbditos, cuyas infracciones se castigaban mediante las disposiciones penales que él dictaba, se veía reforzada por el perdón de un rey clemente que atemperaba el rigor de sus propias normas a través de la interrupción de la pena que él, en su condición de soberano, podía desde luego efectuar. El perdón, como quintaesencia de la virtud de la clemencia que debía adornar al soberano, quedaba así en manos del príncipe en virtud de su soberanía y no por requerimientos y directrices de naturaleza, sobre todo, religiosa.

Sin embargo, debe recordarse a este respecto que tales valores no incluían entre ellos la verdad, la cual todavía era un referente en el siglo XVI, en especial en aquellas formaciones políticas donde, como ocurre con la Monarquía española, la religión alcanza un rango constitutivo. Se trata de una circunstancia cuya importancia es considerable a estos efectos, ya que da lugar a la sorprendente paradoja de que, en una época de dominio de la razón, no se produzca en el discurso de los juristas una reflexión acerca de si sus propuestas son o no verdaderas, quizá porque las proposiciones verdaderas se asumen *per se* y no plantean problemas de aceptación.

Su lugar, desde luego medular, fue ocupado por la idea de certeza y de justicia moral, más adecuada a su « concepto semántico del mundo », basado en unos hechos que dependen del leguaje y que, a la postre, implica la imposición de una forma de ver el mismo sobre todas las posibles. Pero ocurre que, frente a la verdad que se contempla como coherencia, la justicia moral exige el contraste de la validez y ésta depende de que los destinatarios, de una manera libre e intersubjetiva, acepten tal validez (30).

Y esto es lo que, justamente, faltó en aquel momento. A pesar de la abundancia y pluralidad de razonamientos destinados a justificar

(29) Una aproximación inteligente sobre el valor de estos y otros símbolos y metáforas en la época en J. M. IÑURRITEGUI, « El panteón imaginario: nación y héroes literarios » y J. ÁLVAREZ DE BARRIENTOS, « Monarquía y « Nación Española » en el *Sistema de adornos del Palacio Real de Madrid* de Martín Sarmiento », ambos en P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO (ed.), *Fénix de España. Modernidad y cultura propia en la España del Siglo XVIII (1737-1766)*, Madrid, 2006, pp. 161 ss. y 191 ss.

(30) J. HABERMAS, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Barcelona, 2003, pp. 78-9 y 87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el nuevo modelo que orbitaba en torno a la centralidad de la ley, se produjo una profunda escisión entre la sociedad y el poder monopolizador de la creación del derecho. Y se hizo con la plena aquiesciencia de los juristas, que rechazaron con vehemencia cualquier tipo de comportamiento que, como la interpretación, era una amenaza implícita contra este modelo asentado sobre la certeza.

Tal escisión, que perdurará más allá de la época postrevolucionaria, no es una cuestión de inercia promovida por la probada permanencia de una organización corporativa sino, muy básicamente, la manifestación palmaria de la inexistencia de un autoreconocimiento de la sociedad con el nuevo derecho. Como han podido demostrar Hespanha o Bourdieu, entre otros, se plantea ahí un problema no sólo de eficiencia, sino, sobre todo, de eficacia que, en muchos aspectos, todavía nos alcanza: la confrontación entre una sociedad que arbitra mecanismos extraoficiales mucho más poderosos materialmente que las rigurosas leyes penales dictadas por un soberano y un poder político que había acogido con extremada complacencia, hasta el extremo de hacer de las leyes penales uno de sus principales instrumentos, las propuestas ilustradas. La dualidad, y desafío, teoría-práxis, es uno de los resultados más inmediatos.

5. *El efugio: de la crisis a la planificación.*

Son ya unos cuantos los años que han transcurrido desde que R. Kosselleck (31) incluía cuatro conceptos con los que se puede ejemplificar el periodo inaugurado por la Ilustración y que, a mi parecer, son particularmente pertinentes para identificar la cultura europea de los últimos siglos: crítica, crisis, planificación y revolución.

Desde el punto de vista jurídico-político, es bien sabido que el multisecular orden europeo — del que la alta modernidad, no obstante las incuestionables aportaciones novedosas que aportó, es en muchos aspectos su postrer aliento — sufrió su última y más profunda crisis interna a lo largo de la primera mitad del siglo XVII, crisis que llegó a la exasperación en las décadas centrales, en particular durante los años cuarenta, de esa centuria. Fue entonces,

(31) R. KOSSELLECK, *Crítica y crisis del mundo burgués*, Rialp, 1965.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en efecto, cuando, tras los acontecimientos singularmente virulentos que habían hostigado a toda Europa, se tomó conciencia de que los pilares sobre los que aquel orden se sustentaba, y que en no pocas materias eran ampliamente compartidos por reformados y no reformados, no sólo vacilaban, sino que se tambaleaban y amenazaban la ruina del edificio político-social.

La reestructuración europea postwesfaliana fue el escenario más adecuado para la aplicación de la teoría puffendorfiana de la soberanía y la lockiana de la sociedad — por citar dos de los nombres más representativos —, tan determinantes a todos los efectos y, en consecuencia, al que aquí principalmente interesa. Una teoría que parte o presupone una crítica a lo preexistente, por más que sus aportaciones sean deudoras en no poca medida de lo anterior, sobre todo en el ámbito penal. Pero si « el crítico deja ver que sabe lo que está mal » (32), no siempre sus críticas son atinadas y, desde luego, compartidas.

De hecho, tal es lo que sucede en la época, cuando desde una percepción estrictamente subjetiva, pero eso sí, presentada bajo la enseña de la objetividad que procedía de sus apelaciones a la razón, se denostó extremosamente lo existente para dar paso a una opción secularizada que, sin embargo, no consiguió hacer desaparecer la influencia de la religión, ni siquiera entre los mayores censores de la misma.

Fue, ante todo, una obra de reflexión semántica que pasaba inicialmente por la creación de nuevos términos. Y es interesante recordar ahora que, también aquí, la artificialidad de las construcciones iusnaturalistas — pues estos fueron al fin los mejores forjadores — revistió esas características de naturaleza, *techné* y *ars* que acabarían por desencadenar « una mezcla tornadiza de aversión religiosa y aversión profana (33): pero fue también una operación consistente en rellenar los conceptos tradicionales de un nuevo contenido, lo que, por sí misma, implicaba un cierto respeto a las reglas semánticas multiseculares que, unida a lo anterior, sirvió a los juristas para proceder a realizar una construcción propia con vocación de realizarse, esto es, de hacerse real. Como se ha recordado

(32) N. LUHMANN, *El arte de la sociedad*, Méjico, 2005, p. 168.
(33) *Ibi*, *El arte*, p. 47.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con insistencia (34), la extraordinaria confianza en esta finalidad performativa y el éxito de la misma se basaba casi exclusivamente en las ideas de abstracción y simplicidad, a través de las cuales se esperaba llegar primero y, después, convencer a ese particular destinatario que era la completa sociedad.

A lo largo del, relativamente, corto periodo de tiempo que es el escaso siglo y medio que representa el inicio de la era postwesfaliana hasta las revoluciones, no sólo se construyó la conciencia ilustrada y terminó de diseñarse un sistema social (35) a través de la crítica, sino que se consuma la planificación, pues mediante la condena consustancial a la primera — dirigida en este caso a la reprobación de lo preexistente — se abría paso de una manera automática la segunda.

Se trata de un análisis que, aplicado con éxito a otros sectores, puede utilizarse con resultado similar en el ámbito jurídico. La generalizada aceptación de las tesis, como las de los autores citados, Puffendorf o Locke, en los planos politológico o filosófico, no debe hacer olvidar el contenido esencialmente jurídico de su obra, hasta el extremo de llegar a representar en muchos aspectos el prototipo de jurista ilustrado.

A este respecto, y por centrar la cuestión en el ámbito espacial de este trabajo, cabe decir que hace tiempo ya (36) que, de una manera sintética, la ilustración jurídica española quedó perfectamente perfilada en torno a tres tópicos: el antirromanismo, el discurso del método y el derecho natural, todos ellos relacionados con el omnipresente código. De esta manera, la naturaleza y *techné*, *locus communis* de la crítica ilustrada, quedaban así no sólo representados sino perfectamente asumidos. Y con ellos, también las propias contradicciones internas y sus paradojas.

---

(34) P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milán, 1998 y *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Barcelona, 1996; P. GROSSI viene insistiendo desde tiempo en el fenómeno, acuñando al respecto el afortunado concepto de *absolutismo jurídico*, con la que se refiere a la hegemónica exclusividad de la ley. Entre sus más recientes aportaciones, *Mitologia jurídica de la modernidad*, Madrid, 2003.

(35) N. LUHMANN, *Poder*, p. 41.

(36) B. CLAVERO, *El código y el fuero: de la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. Leges illae optimae quae arbitrio iudicis pauca relinquunt. *La cultura jurídica ilustrada entre la crítica-cuestión de la interpretación y la apoteosis de la ley del príncipe.*

Si la crítica se desarrolla, fundamentalmente, desde el segundo tercio del XVIII, su apogeo coincide con las décadas centrales del siglo, abriendo paso inmediatamente a la etapa de la planificación, a partir de los años ochenta de la centuria. Es entonces cuando se producen los proyectos más relevantes y, en lo que afecta al derecho penal, por tantos motivos el buque insignia de las reformas jurídicas iluministas, coincide no sólo con las aportaciones más notables sino también con el primer proyecto de código — no por casualidad, el criminal — de la historia española.

Al igual que sus coetáneos europeos, los penalistas españoles de la época comparten plenamente — si bien desde una posición muy determinada sobre la que se volverá más adelante — las características con que los interesados revistieron al derecho penal, llamado clásico por sus colegas del siglo XX. Un derecho penal concebido como « el escudo del ciudadano que protege a éste contra el desencadenamiento arbitrario de la fuerza » y que, en palabras, desde luego no recientes, de un penalista contemporáneo, se resume en tres « místicas »: legalidad, utilidad, libertad (37).

Puesto que aquí se trata principalmente de proceder al análisis de de la primera — por más que en aquél tiempo apareciera inseparablemente unida a los otros dos conceptos —, es obligatorio comenzar por prestar atención a Juan Francisco de Castro, autor que pasa por ser el que planteó los aspectos relativos a esta materia con una mayor penetración y agudeza, hecho que lo convierte en excepcional testimonio de las peculiaridades propias de la ilustración jurídica española.

Desde la primera línea de su obra, de aclaratorio y muy categórico título (38) por demás, publicada en 1769, aparecen ahí rotundamente determinadas las características básicas que otros

(37) R. Merle, « Confrontación del Derecho Penal Clásico con la defensa social », en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XVIII, pp. 157 ss, p. 158.

(38) Juan Francisco de Castro, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes en que se demuestra la incertidumbre de éstos, y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho para la recta administración de la justicia*. Uso aquí, por considerarla más

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

juristas posteriores, y muy en concreto los penalistas, darán ya por demostradas y que incluso pervivirán en la época postrevolucionaria. Básicamente, consisten en aunar la tradición con las corrientes más renovadoras. La propia definición de derecho que encabeza el libro — « toda operación que tiene por guía la luz de la razón » — para afirmar acto seguido que esta « regla y este primer deber del hombre es lo que constituye y se llama ley natural » (39), es un ejemplo elocuente al respecto.

A partir de este enunciado, y con las habituales referencias al derecho de gentes y al nacimiento pacticio de las sociedades (40), Castro construye su teoría. Pero sus autoridades son tradicionales — comenzando por esa temprana referencia a la Epístola a los Romanos de Pablo de Tarso, seguida por las citas al cardenal de Luca y concluyendo por los juristas, hispánicos o no, más representativos del denostado *ius commune*, que, desde luego, acredita conocer en profundidad. Y, lo que acaso es aún más significativo, su lenguaje todavía continúa siendo corporativo cuando penetra en aspectos sustanciales. Ahí está, como confirmación, la misma concepción de la sociedad, cuya conformación, expone, « pide un orden que la perfeccione de tal modo que, siendo una multitud, no parezca más que un cuerpo compuesto por varios miembros » para concluir que « lo que necesariamente pide es que en la sociedad haya quien mande y quien obedezca en utilidad común » (41). El mando, como es obvio, se lleva a efecto a través de disposiciones y mandatos del gobernante ya que « la determinación […] de las leyes que convengan a cada sociedad pertenece al gobierno, y constituye la parte

---

apropiada, la segunda edición en dos tomos, publicada en Madrid, Imprenta de E. Aguado, 1829.

(39) « Todo lo que se desvía de esta regla, y conductora antorcha, torciéndose á algun lado, se dice injusticia; y con mucha propiedad en nuestro antiguo español se llama tuerto, porque no se ajusta en rectitud, y sin tortura, a la regla de la razon ». *Discursos*, L. I, D. 1, p. 1.

(40) Es conveniente recordar con Habermas a este respecto que « La idea del contrato social es el intento de reconstruir conceptualmente el surgimiento del Estado como forma organizada de dominación legítima ». J. Habermas, *El Occidente escindido*, Madrid, 2006, p. 128.

(41) *Discursos*, L. I, D. I, p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esencial de su ocupación » (42). Sin embargo, a pesar de su insistencia en que el suyo no es un análisis escolástico sino « histórico », la presencia del escolasticismo y una muy clara visión voluntarista se manifiestan en la misma justificación de la obligatoriedad del « derecho positivo », cuyo origen, explica, no es otro que « la voluntad del legislador » (43).

Tales requisitos y características deben tenerse en cuenta para una correcta comprensión de lo que en España significó la recepción y arraigo, al menos doctrinal, del principio de legalidad, cuyo triunfo comenzó a forjarse en un proceso que comenzaba, aquí como en otras formaciones políticas, con el enfrentamiento contra los derechos todavía vigentes. Y también aquí como en esos medios, el argumento básico consistió en apelar al recurso de la incertidumbre, es decir, la falta de certeza que, como ocurre con todos los ilustrados, se refiere esencialmente a carencia de seguridad, la cual, no obstante su vinculación con el derecho de seguridad personal, los hechos se encargarían de demostrar que era, ante todo y en primer término, la de las gentes del foro.

Desde esta perspectiva, y acudiendo a la recurrente imagen del « prudente padre de familias », el derecho estatutario sólo podría quedar reducido a la regulación de las « circunstancias de un gobierno económico » que se acomode, sí, a las necesidades específicas de cada sociedad, pero absteniéndose de tocar « cosa alguna del gobierno general », competencia exclusiva del soberano legislador y de la que el pueblo debe quedar absolutamente excluido (44). Razonamientos si cabe más contundentes fundamentan su posición ante la costumbre o *Ius non scriptum*. Aunque afirma que las exigencias requeridas para su validez — esto es, la viabilidad y « la

(42) *Ibi*, pp. 5-6.

(43) *Ibi*, pp. 6, 1, 7.

(44) Se trata, dice, de un requisito irrenunciable, pues dado que « (l)a inteligencia de los estatutos abre otra puerta a nuevas dificultades… (la solución consiste en reducir) la extensión de los estatutos a las circunstancias de un gobierno económico, según las que particularizan a cada sociedad, sin tocar en cosa alguna al gobierno general, a que todos los particulares, como miembros de este gran cuerpo, deben estar sujetos, a imitación de un prudente padre de familias que, sin eximirse del gobierno civil, dispone entre sus domésticos sabias ordenanzas para el gobierno de la casa ». *Discursos*, L. II, D. IV, p. 104.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

observancia y consentimiento del pueblo » — no son sino un signo que confirma la autoridad del soberano, el principal problema que suscita radica, precisamente, en las vacilaciones derivadas de la interpretación de la misma.

Y es que, frente a las dudas sustanciales o formales generadas por su contenido o por la potestad del creador, e incluso por las « tenebrosas incertidumbres » provocadas por sus requisitos, las leyes escritas presentan un horizonte muy distinto. No se trata tanto de que desaparezcan las controversias relativas a la interpretación, sino más bien de que aquí los conflictos se resuelven porque siempre acaba imponiéndose la letra de la ley por ser esta la que realmente decide el significado. Todo se reduce, en suma, a una cuestión de observancia: en tanto que la fuerza de la costumbre radica, precisamente, en su observancia, y ésta debe ser probada (45), en la ley « ninguno piensa en substraerse » a la misma (46).

Para Castro, en cualquier caso, la costumbre es un hecho absolutamente negativo — en particular el « tenebroso laberinto de las costumbres particulares » (47) —, cuyo destierro reclama vivamente en beneficio, dice, del sosiego público, en especial cuando deroga la ley, puesto que la costumbre introducida por el pueblo, escribe, sólo puede deberse a tres causas: la mala fe, ir contra la ley y falta de obediencia a ésta. En todos los casos conforman faltas gravísimas, pero esta gravedad, añade, es especialmente peligrosa en el último supuesto, pues entonces consiste ni más ni menos que en « disfrutar con el príncipe de la autoridad soberana » (48).

He aquí una, sino la principal clave de sus *Discursos*: la soberanía y, como consecuencia, la absoluta primacía de la ley del

(45) « Como la costumbre es un derecho no escrito, esto es, de que no hay ley expresa, el que pretende valerse de ella, debe probarla », « la costumbre es *quid facti* cossa de hecho que debe probarse ». *Discursos*, L. II, D. V, pp 114 y 116.

(46) *Ibi*, p. 105.

(47) « En el tenebroso laberinto de costumbres particulares, esto es, que no hacen propiamente las veces de ley universal, sino solo de estatuto, también debe observarse la suma confusión que envuelve su práctica ». *Ibi*, p. 117. Tanto en éste párrafo como en el incluido en la nota anterior, Castro denuncia la maldad intrínseca de la costumbre ante la ley contraponiendo dos de los requisitos ilustrados de la misma: derecho no escrito frente a la ley expresa y particularidad frente a la generalidad-universalidad.

(48) *Ibi*, p. 119.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

príncipe. En defensa de la misma, la inteligente disposición de la obra castriana no se detiene en demostrar la maldad intrínseca de unos derechos en los que, precisamente, su multisecular vigencia es la nota negativa por excelencia, sino que su crítica más intensa se dirige contra la jurisprudencia judicial y la interpretación doctrinal. En este sentido, sus vigorosos ataques tienen como único propósito abatir las bases sobre las que ambas se sustentaban: la verdad, la equidad y el arbitrio, o lo que él elocuentemente denomina « leyes tácitas » (49).

Abogado en ejercicio, su exposición parece adoptar la forma de una actuación forense, acomodando su razonamiento a las normas retóricas en uso pero de innegable eficacia. De esta manera, a una presentación encomiástica de las « virtudes », sigue una conclusión demoledora de las mismas.

Así ocurre, en primer lugar, con la equidad — ley « ni propiamente escrita, ni costumbre » (50) —. Aunque inicialmente « buena » por su carácter moderador del *rigor legis* (51), se convierte inmediatamente en una de las más terribles plagas, no sólo fuente de « delirios y turbación de juicios », sino, lo que era más frecuente y comprometido, en causa directa de injusticias (52). En cualquier caso, es perfectamente prescindible tomada como argumento autónomo pues, o ya está prevista en las propias leyes — « equidad escrita » —, o no lo está, tratándose entonces de la « equidad cerebrina », la cual, al carecer de fundamentos legales o racionales, debe ser desechada por la vulneración de la justicia que, tal y como afirma la doctrina, supone (53).

Castro sostiene una posición similar en relación con la verdad, auténtica piedra de toque del pensamiento ilustrado. Con el argumento de que « la verdad no es un tesoro que al instante se manifiesta al que la busca » (54), el jurista no procede a su abierto rechazo pero, al igual que había ocurrido con la equidad, la utiliza para sus propios fines falseando su significado. Resulta así que si,

(49) *Discursos*, L. II, D. VII.
(50) *Ibi*, p. 179.
(51) *Ibi*, p. 189.
(52) *Ibi*, p. 183.
(53) *Ibi*, pp. 186-87.
(54) *Ibi*, p. 189.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

como expone, las leyes únicamente tienen dos finalidades, esto es, « descubrir la verdad en los hechos » o decidir « una vez que se haya descubierto en los casos » (55), la conclusión va de suyo: ésta, la verdad, sólo podía hallarse en las leyes (56). Corolario tanto más obvio cuanto las leyes « según verdad », estaban destinadas a la conservación del orden público, indicando las competencias de todos y cada uno y señalando penas a quienes perturbaren « la pública armonía » (57).

Tan contundente desenlace no podía más que exigir la condena más absoluta del arbitrio e interpretación judicial y doctrinal. Si el primero, que tenía en la equidad uno de sus pilares principales, se basaba en la insuficiencia de « capacidad, prudencia, estudio y experiencia » de los jueces — lo que, en efecto, sucedía, hasta el extremo de ser la ignorancia judicial uno de los males más constantes denunciados por los grandes prácticos durante todo el Antiguo Régimen (58) —, la segunda no es menos censurada, pero por el argumento exactamente contrario: la complejidad científica. Resulta significativo, sin embargo, que, no obstante la crítica, existe un conveniente recurso a la doctrina cuando la ocasión lo requería para fundar sus propuestas.

Desde esta perspectiva, no puede sorprender su admonición interesada al soberano, incluida precisamente en el *Discurso sobre la*

(55) *Ibi.*

(56) « Es pues fin de las leyes en todo hallar la verdad; este fue el trabajo, y á este fin se redujeron las vigilias de todos los sabios legisladores del mundo ». *Ibi*, p. 190.

(57) *Ibi.*

(58) « Es una mayores plagas de incertidumbre que puede venir sobre las leyes, pues los jueces, que no son raros, en quienes no se encuentran las suficientes dotes capacidad »; en consecuencia « ¿Cuánto mejor les fuera a éstos ceñirse a la ley y trabajar con los doctores sobre su verdadero sentido y aplicación al caso, que meterse en otros conceptos y arbitrios que la falta de literatura y experiencia, y a veces la propia pasión no les pone en estado de hacer? Pero esto es trabajoso », concluye amargamente, en un párrafo en el que la invocación a los doctores — cuya interpretación es rechazada con contundencia a continuación —, le vale sólo para denunciar la mayor perversión de la judicial, por las causas señaladas y que él, en su condición de abogado, sufría diariamente en el ejercicio de la profesión. *Ibi*, 180-81, y las críticas a la doctrina jurídica en pp. ss. La ignorancia de los jueces, por otra parte, se ha puesto de manifiesto por la historiografía: como más reciente, Sainz Guerra, *La evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaén, 2004.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costumbre, y que es importante reproducir: « Ya se conoce cuan astutos deben ser los legisladores, teniendo que tratar con unos intérpretes de tan fino entendimiento, entre cuyos sutiles discursos suelen quedar las leyes sepultadas sin vigor alguno, y la intención del legislador frustrada ».

Gérmenes de incerteza — « una de las mayores plagas de incertidumbre » — el remedio no puede ser otro que « hacer leyes precisas y decisivas sobre las cosas » ([59]), basadas en principios ciertos y siguiendo un método que permita extraer las reglas incontrovertibles aplicadas a cada caso y, en primer lugar y sobre todo, la definitiva aceptación de que el juez debe estar sujeto a la ley y no la ley al juez. Desde una posición no muy lejana a los juristas hispánicos que, desde principios del Siglo XVII en vano abogaban, ante la pertinaz resistencia de la universidades que perdurará hasta finales de la siguiente centuria, por la introducción del derecho regio en las mismas, Castro llega a una conclusión similar a la otros colegas que, en otros medios, defendían un iusracionalismo y un iusnaturalismo que, por convención, llamaremos secularizado.

Los ataques a la jurisprudencia doctrinal y judicial, el rechazo frontal a la interpretación, y a la equidad como fuente de la misma, o la sustitución de verdad por esa certeza identificada con la seguridad de las gentes del foro, son, con esa decidida reivindicación del orden público, algunas de las notas características que lo sitúan, a pesar de sus peculiaridades, en esa misma línea, tanto más cuanto todo, en definitiva, está en función de la prioridad absoluta y exclusiva de la ley. Fue así como el principio de legalidad, paradójicamente surgido de las fuentes tradicionales, acabaría imponiéndose sobre cualquier otra manifestación del derecho y se hace terminante.

Castro pudo alcanzar esta finalidad porque, a diferencia de sus predecesores, que se desenvolvían en el marco de una Monarquía caracterizada por el cuño decididamente judicial que le habían conferido los Austrias, el suyo es ya un soberano pufendorffiano, es decir, el rey que ostenta la titularidad y ejercicio de la soberanía, precisamente, porque ésta es única e indivisible. Legislador único, juez supremo, jefe de los ejércitos, ornado por una benéfica aureola

([59]) *Discursos*, L. II, D. V, pp. 109 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

paternalista, el rigor de sus leyes, antes que ajustarse a las reglas de la equidad, viene atemperado por la virtud de la clemencia, como corresponde a esa imagen de buen pastor preocupado por el bienestar de hasta el último de sus súbditos.

Teóricamente quedaba, pues, claro que el príncipe era la única fuente del derecho y, en consecuencia, el principio de legalidad adquiere una hegemonía indiscutible.

7. *« Obrar como físicos y razonar como geómetras »* (60)*: la planificación legisladora y la constitución histórica.*

Pero aún antes de que juristas como Castro hubieran articulado doctrinalmente su posición, los reyes habían asumido funciones legisladoras. Proverbial a estos efectos es la así denominada legislación borbónica que, desde los decretos de Nueva Planta, adoptó a lo largo del siglo las diversas formas de pragmáticas, reales provisiones, reales cédulas o autos acordados. En la práctica, sin embargo, todo ello no fue más que « una inmensa galería legal », según la calificación de un jurista contemporáneo quien, de esta gráfica manera, denunciaba la escasa o nula incidencia real de las mismas (61). Por más que el rey y los juristas reivindicasen esa potestad, a la postre siempre acaba colisionando con la arraigada constitución factual, todavía dominada por la impronta corporativa, dando origen así a esa característica distorsión del XVIII entre un macroabsolutismo en la cúspide y un microabsolutismo en la base social.

Es ésta la situación donde el derecho penal, cuyas posibilidades no escaparon ni a legisladores ni a juristas, va representar una función capital. De hecho, casi en los inicios del cambio dinástico, exactamente en 1722, uno de los colaboradores más sobresalientes del nuevo monarca, Macanaz, elevaba un *Memorial* en este sentido con en explícito título *Auxilios para el buen gobierno* de la Monarquía Católica. Ahí, en efecto, se reclamaba abiertamente la formación de un código « que únicamente servirá de pauta y regla a los

(60) V. de Foronda, *Cartas sobre las Leyes criminales* (27 de agosto de 1788), p. 155. *Vid. infra* nota 91.

(61) *Cit.* B. Clavero, *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, 1984.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Jueces y Letrados », cuya finalidad no era otra que precisar al príncipe como supremo legislador y, lo que es más relevante, único intérprete (62). Se trataba de la primera manifestación acerca del código de las que se sucederían a lo largo del siglo, procedentes de estamentos oficiales (Marqués de la Ensenada en 1751) o no.

Rondando en torno a esta idea de código — concebido como un cuerpo legislativo unitario y, lo que resulta interesante en extremo, adecuado a la propia constitución, como explícitamente declaraba Macanaz — radicalmente contraria al arbitrio y la interpretación, tales intentos, a la postre frustrados, convivieron con anterioridad a la década de los Ochenta con pragmáticas especialmente interesantes en las que la decisión del monarca proscribiendo el arbitrio judicial para determinados supuestos de pena de muerte, es censurada abiertamente no sólo por los tribunales, sino incluso por el propio Consejo Real (63). Unos y otro fundaron su protesta en

(62) El rey, en efecto, según Macanaz, debía establecer « en sus estados una inalterable constitución de leyes y términos: lo primero se puede conseguir fácilmente con la formación de un Código: el que únicamente servirá de pauta y de regla a los jueces y letrados: cuya dificultad, que a los unos y a los otros se ofrezca, debera juzgarla y definirla el Príncipe como supremo Legislador ». Melchor de MACANAZ, *Auxilios para bien gobernar una Monarquía católica, o documentos que dicta la experiencia, y aprueba la razón, para que el Monarca merezca justamente el nombre de Grande* », pub. Por A. VALLADARES, *Semanario Erudito*, T. V. Madrid, 1787. La cita en J. R. CASABO RUIZ, *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 313 ss., pp. 313-14.

(63) En la línea defendida por Macanaz y otros consejeros, el rey por *Pragmática* 23 de febrero de 1734, prescribía la pena de muerte para los mayores de 17 años « que cometieren tuerto en la Corte », es decir, que delinquieran en Madrid. Lo cierto, sin embargo, es que no sólo los tribunales la rechazaron por considerarla excesivamente dura, sino que encontró oposición en el mismo Consejo Real, y por la misma razón, intensa hasta el extremo de que once años más tarde, en 1745, una nueva *pragmática* reconoce que « las penas de los tuertos simples sean arbitrarias, según y como la sala regulase la qualidad del tuerto ». En 1764, reinando ya Carlos III, todavía era objeto de discusión. Para entonces, este monarca pretendió su derogación y nuevamente se encontró con la postura invariable del Consejo. En esa ocasión, la respuesta de éste se fundamentaba en dos de las características más identificadoras de la Ilustración penal: la influencia de Beccaria referente a la proporcionalidad de las penas y la de la legislación histórica, en este caso *Partidas*. Los textos en CASABO, *Los orígenes*, p. 316-7. Es importante reseñar, por un lado, que la última mención nos introduce de lleno en aquella eficaz construcción ilustrada que fue la Constitución histórica — sobre la que se hablará con más precisión en el texto —, porque la respuesta del Consejo incluye la contundente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

argumentos donde el pensamiento iusracionalista y, posteriormente, la obra de Beccaria, en especial la apelación a la proporcionalidad de las penas, rivalizaban con la legislación histórica de inspiración regia.

Tal era el escenario en el que se desarrollaron, tanto en la teoría como en la praxis, los acontecimientos posteriores. Contrastado por el peso de la tradición y las innovaciones — entre las que sobresale esa defensa de la ley en permanente lucha con la persistencia de un arbitrio judicial defendido, como se ha destacado, incluso por algunas instancias regias —, este es el marco en que se incardina no sólo la obra de Castro sino la creación de una *Junta* llamada no de Recopilación sino *de Legislación*, justamente unos años antes de que la Inquisición censurase, en 1790 y como consecuencia de la Revolución Francesa, *La ciencia de la legislación*. La misma época, en resumen, en la que también se interrumpe la redacción de aquél primer Código criminal y ven la luz las publicaciones de los penalistas ilustrados españoles.

Porque es, en efecto, durante la década de los Ochenta cuando, coincidiendo con la aparición de las modernas monografías específicas sobre materia penal, se llevaron asimismo a cabo los más serios intentos de « formación de un código criminal », tarea en la que estuvieron implicadas las más altas instituciones de la Monarquía y, desde luego y de manera muy particular, dos conspicuos gobernantes reformadores: Floridablanca y Campomanes. Caracterizados ambos por sus simpatías hacia el modernismo ilustrado, si el primero llamaba la atención a finales de 1788 sobre la peligrosidad de la « arbitrariedad en la función de las penas », el segundo — cuyo rigor científico y la profundidad de su conocimiento le acreditan, en mi opinión, como el más sobresaliente de los juristas españoles del XVIII — coincidía en la reivindicación de la proporcionalidad de las penas, pero añadía algunos aspectos de particular relevancia. Y es que, en ese lugar, además de recomendar « un profundo y detenido estudio » antes de proceder a la tarea de, textualmente, « alterar, reformar y mejorar las leyes penales anticuadas y sin uso », labor

---

declaración de que « en lo demás no se hiciese novedad y que se practicaran las leyes penales », y, por el otro, que el arbitrio judicial, de esta manera, quedaba reconocido al más alto nivel y perdurará durante el siglo y aún con posterioridad, pues se trata de una disposición recopilada en 1805 (*Novísima Recopilación*, 12, 14, 6).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sobre cuya complejidad y gravedad insistía, vincula la realización de tal proceso a la « constitución interior de la Nación ».

Tomando como referencia la alusión a uno de los lugares comunes del iluminismo penal cual es la benignidad — la misma, dice, que diferencia la *práctica* (cursiva mía) criminal de las leyes penales hispanas de la de las demás naciones civilizadas europeas — Campomanes coincidía con el Consejo Real, del que a la sazón era Decano en funciones, en señalar la trascendencia de la legislación penal para la constitución. Naturalmente, la constitución de Campomanes y del Consejo no es la postrevolucionaria ni la factual: se trata de aquella constitución histórica que los ilustrados españoles identificaban con la legislación regia exclusivamente, fundamentalmente la castellana recopilada, y cuya sombra planearía en los primeros debates gaditanos. Como si mediante una línea imaginaria e ininterrumpida se uniera el soberano legislador con unos predecesores que carecían de soberanía, esta constitución se determinaba y definía no por ser el producto de un poder constituyente, sino por su antigüedad y, sobre todo, por ser una emanación de la potestad regia. En este sentido, el resuelto protagonismo del derecho penal no es una cuestión gratuita, ni siquiera, *prima facie*, puede ser considerado solamente una consecuencia inmediata del sentimiento humanitarista: es, fundamentalmente, una extraordinaria causa de legitimación, habida cuenta su permanente vinculación a la potestad real, incluso cuando, durante los más recónditos tiempos medievales, el *ius gladium* fue considerado una regalía.

La postura de Campomanes, Floridablanca y el Consejo, al igual que los demás ilustrados, se encuentra así en una encrucijada. Ni es ni quiere ser rupturista, pero tampoco significa una continuidad, de ahí la propuesta de la reforma y depuración de las antiguas leyes, tanto más necesaria cuanto éstas habían perdido su « espíritu », básicamente por las alteraciones operadas en la sociedad que, de corporativa, había pasado a ser de súbditos. Regida por un soberano legislador único, ilustrado y compasivo, se comprende que, a partir de ese preciso momento, en las esferas políticas el arbitrio judicial, ante la bondad de la legislación regia, se convierta en una cuestión casi irrelevante y, en consecuencia, se atribuya, de una manera interesada, la variedad de las sentencias

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

judiciales a la presencia de cuestiones técnicas, como la naturaleza de las pruebas o los propios mecanismos procesales, más que al libre albedrío o la interpretación.

Contemplada desde esta perspectiva, no sólo los juristas más implicados sino los políticos reformadores y el Consejo se sitúan claramente en la fase de planificación que subsigue a la crítica, superada ya ésta por la hegemónica presencia de la ley del príncipe, por el principio de legalidad, en suma.

Se trata de una visión que se percibe asimismo en el mencionado *Proyecto de Código Criminal* de 1789, al que no por casualidad la misma *Junta de Legislación* denominó *Plan* y, como también se dice, « cuerpo autónomo de leyes criminales ». Genuinamente iluminista en la forma y método pero también por el objetivo de certeza-seguridad que persigue, es sobre todo interesante por la pasmosa adaptación a esa constitución histórica, de carácter estrictamente legal, que a la sazón se preconizaba. Los elocuentes títulos con que comienzan sus cuatro partes — de las que las dos primeras se refieren a materia sustantiva y las dos últimas a la adjetiva procesal-penal —, Delitos contra la Religión — una de las bases sobre las que se construye la Nación española —, contra el Estado y contra el orden público, son suficientemente esclarecedores al respecto (64) .

Incorporando asimismo concepciones más propias de los teóricos del Antiguo Régimen, todo en él se redactó en función de la seguridad y utilidad, de la tranquilad y la « salud pública », en definitiva, de la conservación del orden público, seguramente el primero de los fines perseguidos por legislador ilustrado

(64) Concebido de acuerdo a las exigencias sistemáticas iluministas de, como textualmente se recoge, « buen orden, método, claridad y concisión » sobre la base de « reglas fixas y costantes », es ilustrativo que en los delitos contra el Estado — contra el rey y las instituciones de gobierno — se recogiese, en conformidad con la articulación propia del Antiguo Régimen relativa a los delitos atroces y atrocísimos, la falsificación de moneda al lado de la traición. Por lo demás, como ya señalaba Casabo, es precisamente en los delitos contra el orden público donde se percibe la mayor influencia de Filangieri. El texto, así como la información y documentos relativos a Floridablanca y Campomanes mencionados con anterioridad, en CASABO, *Los orígenes*, p. 325 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

8. *Y la doctrina. Tres instantes de la penalística ilustrada española: prototipo, transición e indecisión*

El prototipo: Lardizábal

No es en verdad una casualidad que de la *Junta* mencionada formara parte Lardizábal, considerado por unanimidad el mejor de los penalistas españoles del periodo. Eximio representante de la cultura jurídica del momento, por su autoría del que ha sido estimado como el primer tratado de especialidad, ha merecido como galardón el sobrenombre de « Beccaria español » (65). Sin embargo, las notables diferencias que lo separan del autor italiano, en especial en el tema que aquí más interesa, es decir, la ley penal (66), le hacen más susceptible de aquella apreciación que un ilustre exiliado republicano (67) otorgaba a ambos, al calificar a Lardizábal de neoclásico y a Beccaria de prerromántico, no obstante la reconocida influencia de la obra de éste en su *Discurso sobre las penas*, aparecido en 1782 (68).

Pero la suya no es una mera adaptación, porque Lardizábal, que publica su obra por la misma época de la creación de la primera cátedra de derecho natural, trata en ella de aunar « los avances del siglo » con una bien precisa línea inspirada en la tradición hispánica como, no por casualidad, se hace constar en el mismo título (69). En

(65) El sobrenombre le fue otorgado por P. DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*. Nueva edición muy aumentada y rehecha de los « Estudios de Derecho penal preventivo ». Librería General de Victoriano Suárez, 1915.

(66) Las diferencias entre ambos ya se pusieron de manifiesto por algunos penalistas y, en particular, por L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Losada, 2ª edic. 1961, t. II, p. 801.

(67) Se trata de M. de RIVACOBA Y RIVACOBA, *Lardizábal, un penalista ilustrado*. Santa Fe, 1964, p. 71.

(68) *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de Espanha, para facilitar su reforma*, por Don Manuel MENDIZABAL (sic) Y URIBE. Madrid, MDCCLXXXII. Utilizo aquí la edición de Granada, 1997 con una *Introducción* de I. SERRANO BUTRAGUEÑO.

(69) Una observación ya realizada de tiempo, entre otros, por J. ANTÓN ONECA, « Historia del Código Penal de 1822 », en *Anuario de Derecho* Penal y Ciencias Penales », 1958, pp. 263 ss., p. 265, y también en la *Introducción* que escribió al *Discurso sobre las penas.* Artes Gráficas C. I. M., 1967. De este ilustre penalista es también

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ella, los penalistas contemporáneos conviven con filósofos, politólogos, literatos, las Sagradas Escrituras, la doctrina jurídica precedente, pero también — es interesante tenerlo en cuenta — con el Digesto y fuentes hispánicas de promoción regia y origen castellano, desde el Fuero Juzgo de inspiración visigótica hasta la Nueva Recopilación: es decir, las bases mismas de la que por entonces ya comenzaba a conocerse como constitución histórica (70). Y esto es, en esencia, el rasgo más distintivo para hacer de él un representante sobresaliente, a la vez que muy particular, de aquella « política criminal » típica del Siglo de las Luces; la misma que por entonces se pensó como el « arte de gobernar » basado, por un lado, en la acción relativa a los delitos y penas y, por el otro, imaginada como un « sistema de principios » cuya finalidad era la reforma del derecho vigente (71). Una reforma, es conveniente insistir una vez más en ello, que no una derogación; la misma que está en función de la constitución histórica y que era tanto más necesaria cuanto de ella dependía « en gran parte » la constitución y seguridad del Estado. Una reforma, en fin, que prescribía dejar en manos del príncipe la armonización, a través de la ley, de la libertad civil y la seguridad de los súbditos con el bien público. O lo que es lo mismo, « conciliar

---

interesante la consulta de « El derecho penal de la Ilustración », en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 10*,* 1966, pp 591 ss.

(70) La variedad de sus fuentes está atestiguada por la presencia clásicos desde Platón o Aristóteles a Ciceron, Séneca, Tito Livio o Suetonio; las Sagradas Escrituras (desde el Antiguo al Nuevo Testamento: Libros sapienciales y epístolas de Pedro y Pablo de Tarso) y la patrística, Agustín de Hipona o Tertuliano; escritores políticos desde Maquiavelo, Hotman, Milton y Hobbes a Rousseau y Montesquieu; literarias, como Juvenal, Quintiliano, Horacio o Quevedo que conviven armónicamente con la corriente penalistíca española desde Cristóbal de Paz, Matheu y Sanz a prácticos como Villadiego o Bovadilla y éstos con Cujacio, Heineccio o van Espen, y, naturalmente, iusnaturalistas — Grocio, Puffendorf —, además de los más conocidos penalistas de la época. Una relación completa, además de agudos comentarios, puede verse en F. Blasco Y Fernández De Moreda, *Lardizábal, el primer penalista de la América española.* México, Imprenta universitaria, 1957, pp 51-53.

(71) Estas son las notas más características que von List y, entre nosotros, su discípulo Jiménez de Asua, advirtieron en el derecho penal ilustrado y que cambiaría cuando, en el Siglo XIX, Lombroso y sus seguidores introdujeron la biología y la antropología. La crítica en Blasco, *Lardizábal*, p. 58.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el interés común de la sociedad con los derechos de los particulares » (72).

Desde esta perspectiva, y sólo desde ella, puede entenderse la producción de Lardizábal, una producción que ciertamente se orientaba a la adaptación racional de los dictados del derecho natural al positivo y, en consecuencia, a la ley del príncipe. Y es que si el primero ofrecía los fundamentos de racionalidad y coherencia, la segunda aportaba la sencillez y abstracción necesarias para garantizar la libertad individual (73).

Todos los tópicos y místicas ilustrados concurren en Lardizábal, pero también todos ellos se observan desde la óptica de la más reciente tradición doctrinal hispánica, si bien superando la visión escolástica para plegarse a los requerimientos del tema estrella: la defensa a ultranza de la ley del soberano, manifestación la más reciente de la así llamada constitución histórica, concepto, por otro lado, de creación estrictamente doctrinal y sin apenas relación con la factual.

« La potestad legislativa se ha mirado siempre como el más noble e inseparable atributo de la soberanía », nos dice desde el mismo principio, pero su apoyo es Partidas 7, 6, 25, un eje cardinal de dicha constitución, para exigir a continuación que « las leyes con que han de ser gobernados los pueblos se acomoden a la república y no la república a las leyes », agregando que, tratándose de una máxima constante de toda la legislación, su presencia es aun más ineludible en la criminal, de cuya bondad depende inmediata y principalmente la seguridad de los ciudadanos y, por ende, su libertad (74). Ilustrada, y de cuño montesquieuiano, es la alusión a las circunstancias que el legislador ha de tener siempre presentes — costumbres, carácter y hasta « el genio de la Nación » — pero, la frente de todas ellas, se asienta en la religión, requisito irrenunciable del constitucionalismo español, incluso post-revolucionario, y de la que, en esta ocasión, el jurista se sirve como un remedio poderoso de

(72) De esta manera, precisamente, comienza el Prólogo del *Discurso sobre las penas*.

(73) Profundiza en esta cuestión RIVACOBA, *Lardizábal*, pp. 78 ss.

(74) *Discurso*, Introducción, 2 y 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prevención y freno de los desórdenes sociales (75): en suma, como instrumento eficaz del orden público.

La difícil articulación de la tradición con el iusracionalismo culmina en la exposición sobre el nacimiento de las penas. Un impecable pensamiento racionalista vincula el mismo al origen pactista de la sociedad en los términos señalados por Puffendorf y Heineccio, pero la facultad de su establecimiento — « un derecho inmanente de la majestad », es decir, una regalía —, emana del mismo de Dios. Y de Dios procede asimismo la propia conformación de sociedad, realizada a inspiración suya, argumento que, sin embargo, no le impide concluir con sus contemporáneos más iusnaturalistas que « todo el objeto » de las leyes penales no es otro que el mantenimiento del bien social y de cada sujeto en concreto (76).

Desde un enfoque como el apuntado, no puede sorprender entonces que la crítica contra el arbitrio judicial adquiera en él — al igual que en otros colegas coetáneos, como se verá a continuación —, connotaciones particulares. En cierto sentido, esta particularidad está suscitada por la doble, y aparentemente contradictoria, influencia que en su postura adquiere el peso de la legislación histórica de origen regio, por un lado, y, por el otro, las más avanzadas tendencias. Y es que, al admitir la plena vigencia de las leyes antiguas, establecidas y no derogadas por la « potestad legítima » — es decir, de la constitución histórica —, y al reconocer igualmente la imposibilidad material de que las leyes contemplen toda la casuística social, no le queda otro remedio que aceptar la presencia activa del juez como algo más que un mero agente aplicador de la ley del soberano.

Sin renunciar, más bien todo lo contrario, a los términos mecanicistas que habían dado ocasión a aquella « barroca prohibición » (77) que eliminaba de raíz la interpretación judicial, y huyendo de la exasperada posición sobre este asunto de Beccaria — a quien critica en este extremo —, Lardizábal llega a una situación de

(75) *Discurso*, cap. I, 13.

(76) *Discurso*, II, 26.

(77) Utilizo la expresión que en su día creara Karl Binding, aunque, como con acierto indica don Manuel Rivacoba, « más que barroca — donde el arbitrio judicial era lo usual — es neoclásica ». RIVACOBA, *Lardizábal*, p. 72, n. 153.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

compromiso. A partir, según propia confesión, del divulgado axioma « consultar el espíritu de la ley », directamente rechazado por el marqués italiano, Lardizábal determina los tres supuestos por los que discurre el camino de la aplicación, y advierte que, en ellos, la interpretación del juez sólo es admisible cuando una ley general no contempla el caso concreto de manera literal, pero sí puede deducirse cual es realmente la voluntad del legislador. Resultaba así que se imponía la analogía, cuyas arriesgadas consecuencias en asuntos criminales no parecen preocuparle, no ya porque sólo cabía el recurso a esta regla en aquellos casos en los que « se podría juzgar por otro caso de ley semejante que se hallase escrito », sino porque, en una libérrima interpretación de Farinaccio y desde una muy ilustrada posición, estima llanamente que « (e)sto es lo que se llama consultar el espíritu de la ley, que es muy distinto del arbitrio judicial » (78).

El jurista es terminante al respecto: la ley escrita debe prevalecer siempre, aun en aquellas situaciones, improbables, contrarias a la ley o la razón (79). Precisamente para suplir los posibles — e improbables, insiste — errores o aberraciones, siempre quedaba ese recurso eminentemente ilustrado que es la clemencia, « esta virtud que es la más bella prerrogativa del trono », capaz de producir efectos admirables, pero que pertenece, reitera, exclusivamente al legislador y no a « los depositarios y ejecutores de las leyes » (80).

Es, por tanto, la visión del soberano legislador y clemente, que valida la legislación existente cuando no la deroga expresamente, la que preside el *Discurso* de un jurista cuyas propuestas, lejos de recluirse en la teoría y permanecer en el campo de la especulación, tenían la sólida vocación de hacerse reales. Su validez y efectividad están, de todas maneras, avaladas por el hecho de que su autor pasara a ser el miembro más conspicuo de aquella mencionada *Junta de Legislación*, encargada de llevar a cabo la redacción del primer, y frustrado, intento de código criminal en España.

---

(78) *Discursos*, cap. II, 39-42.
(79) *Discursos*, cap. II, 44.
(80) *Discursos*, cap. II, 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La transición: Forner

Si Lardizábal ha merecido el calificativo de neoclásico (81) por el diseño racional que, más que al contenido, afecta a la estructura y reflexión empleadas, Juan Pablo Forner se singulariza frente a sus colegas por la particularidad, sobre todo personal, que imprimió a su producción. Sus dos obras jurídicas, ninguna de las cuales vio la luz en su tiempo (82), le sitúan, en efecto, en una posición de transición que imposibilita su inmediata adscripción a una tendencia determinada. Y es que si en la primera, esto es, *La Disertación sobre el modo de formar unas instituciones de derecho*, desde una convicción pactista, advierte al legislador del, por cierto, poco ilustrado deber de utilizar la equidad y la justicia no sólo en las cuestiones relativas a los individuos y la utilidad pública sino, lo que acaso es más relevante, para buscar « la armonía de las leyes con la constitución del Estado », hecho del que, añade, « se deriva el carácter especialísimo de cada legislación » (83), en la segunda, *Discurso sobre*

(81) M. RIVACOBA Y RIVACOBA, en *loc. Cit.* nota 67. En *La reforma penal de la Ilustración*. Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 1988, p. 15, amplía la confrontación neoclasicismo-prerromanticismo en los siguientes términos: « espíritu ilustrado, filosofía de la razón y neoclasicismo, por una parte, y el espíritu revolucionario, la filosofía del sentimiento y el prerromanticismo por otra ».

(82) Juan Pablo FORNER, *Disertación sobre el modo de formar unas instituciones de Derecho en España* y, del mismo, *Nuevas consideraciones sobre la perplejidad de la tortura*, a la que la doctrina actual se refiere como *Discurso sobre la tortura*, designación que se respeta aquí. M. RIVACOBA, precisamente en el prólogo a la primera edición que se hizo de esta última, Edeval, 1990, alude a una edición post-mortem realizada en el S. XIX de la *Disertación*, edición que no he podido encontrar. Sí he consultado la que se incluye en los bellísimos tomos manuscritos que recogen la obra de Forner y se encuentran en la Biblioteca Nacional. Sobre algunos aspectos de éste, *vid.* F. TOMÁS Y VALIENTE, « El humanitarismo ilustrado en España y el *Discurso* de J. P. Forner sobre la tortura (circa 1791) » en L. BERLINGUER y F. COLAO; (a cura di), *Illuminismo e dottrine penali*, Milano, 1990, pp 373 ss.

(83) « El letrado que ignore los fines y objetos de la legislación de su país, podrá saber de leyes más no será verdadero jurisperito. Sólo sabe el Derecho de su nación quien sabe sobre las razones y efectos que se buscan en el establecimiento de cada ley. Los legisladores, cuando establecen una ley, no atienden sólo a la equidad, o justicia parcial, o individual de la tal ley, cuando se considera en sí, sino también a la conveniencia que la ley debe tener con la utilidad pública y con las demás leyes y establecimientos de la sociedad… Es menester, pues, para interpretar y aplicar bien las leyes, saber, no sólo el sentido de cada una, sino el objeto y fines de todas ellas en

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la tortura, saca a relucir su formación más neoclásica en defensa de esa constitución nacional a través de presupuestos exclusivamente racionalistas.

Se trata, sin embargo, de un neoclasicismo-iluminismo bien peculiar, porque no sólo exige el conocimiento de la *ratio legis*, de los fundamentos — racionales, eso si — y efectos de las leyes, sino que, lo que resulta más asombroso, acepta implícitamente la interpretación vinculada a la aplicación (84). Fuera por su comprensión de la realidad deriva de su oficio de fiscal o por una arraigada convicción, es seguro que esta circunstancia, lejos de situarle entre ellos, le coloca un paso adelante de Lardizábal y sus más inmediatos contemporáneos y, en determinados asuntos, no deja de recordar las soluciones apuntadas por los prerrománticos Görres o Herder. Se trata, en todo caso, de un hecho que es sobre todo perceptible en el *Discurso sobre la Tortura*, escrito al parecer entre 1790 y 1792 y, por consiguiente, durante una etapa extremadamente difícil que vio la desaparición, como ya se ha anotado, de las cátedras de derecho natural, acontecimiento que contribuye a explicar la ausencia de referencias explícitas a aquellos iusnaturalistas cuya producción impregna la obra, a pesar de que su definición de la legislación penal es una transliteración de la que algo más de dos siglos atrás había adelantado Vázquez de Menchaca (85).

Iusnaturalista es su convencimiento pactista o su defensa de la libertad individual (86) y de la certeza, « parte principalísima de las leyes penales », convencimiento que se cuidó de ocultar mencio-

---

relación al sistema general de la sociedad o Estado para quien se establecen ». Biblioteca Nacional, Mss 9585, pp 20-51

(84) « La legislación patria es un campo tan fértil, y (permítaseme decirlo con mi natural franqueza) tan mal cultivado hasta ahora, que, después de haberse escrito innumerables volúmenes para interpretar nuestras leyes, no perderá su trabajo quien desee emplearlo en amistar entre sí la crítica y el buen gusto con las especulaciones de nuestro Derecho. Y no se crea que esta ocupación pueda redundar en menoscabo de la causa pública en la expedición práctica de los negocios. La suerte de estos pende de la inteligencia de las leyes… ». *Discurso sobre la Tortura*, p. 36.

(85) « La *legislación penal*, la cual no es otra cosa, que *una defensa artificial inventada y adoptada en suplemento de la que en el estado natural competía a cada individuo, tanto para su conservación como para la de sus hermanos* » (cursiva en el original). *Discurso*, p. 43. RIVACOBA, nota 17, *ibi*, ya señalaba esta circunstancia.

(86) « Por *libertad* entiendo el *derecho de seguridad que goza todo ciudadano para*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nando solamente las fuentes doctrinales hispánicas más relevantes. Ilustrada, y por tanto neoclásica, es asimismo su concepción de la legislación penal, cuyos mecanismo y medios son los procesos criminales y las penas, y la contundencia con que afirma que « el gobierno público se estableció especialísimamente para el bien particular de cada uno de los hombres » (87). Pero no puede, en rigor, afirmarse que sea un excelente representante del neoclasicismo ilustrado español quien avanza concepciones muy similares al individualismo post-revolucionario y también — y sobre todo —, la centralidad que concede a los jueces.

Calificados por este jurista como « los ojos de la soberanía », capacitados, en consecuencia, para analizar tanto « la estructura de la república » como las alteraciones que se produzcan en ella, su función cardinal, nos dice, consiste en denunciar ante el legislador aquellas leyes « que en la práctica resulten inútiles, perjudiciales o contrarias al intento para el que se establecieron ». En una primera aproximación, se diría que se está defendiendo una situación de sometimiento y subordinación cuasifuncionarial que excluía toda labor interpretativa. Se trata, sin embargo, sólo de una apariencia, un recurso retórico desmentido casi de forma inmediata al señalar que en la ejecución y aplicación de las leyes la misión del « sagrado ejercicio de la magistratura », además de esa labor de advertencia al legislador, figura en primer término el absoluto rechazo de los « leguleyos » que se limitan a seguir el orden judicial de manera maquinal. Bien lejos de tal actitud, reivindica con firmeza, al lado de la razón, el conocimiento de los sabios e, incluso, la experiencia (88).

---

que no se le oprima ni moleste cuando vive conforme a las leyes » (cursiva original). *Discurso*, p. 41.

(87) « De las tres partes en que se divide la legislación penal… la segunda — esto es, « medios o procedimientos para averiguar la certeza de los delitos y delincuentes — es la que requiere mayor tiento » porque « (e)sta fuerza o violencia conferida a las potestades supremas es la legislación, los procedimientos criminales; y las penas no son otra cosa que los medios de que se vale esta legislación para desempeñar su objeto ». *Discurso*, pp. 43-44 y 67.

(88) El apasionamiento de Forner, que tan vivamente contrasta con el rigor formal y la frialdad ilustradas, alcanza una de sus más altas cotas en la vehemencia con que escribe el siguiente párrafo, que merece la pena transcribir íntegramente: « … que

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Son, esencialmente, propuestas como ésta las que singularizan este jurista ante sus coetáneos y, en especial, ante de los valedores de la « constitución histórica », de quienes asimismo le distancia su aceptación de la mutabilidad y caducidad de las leyes civiles. Frente a ellos, que defendían la bondad de las mismas por ser obra de un legislador soberano, sostiene que tales leyes « no son justas o injustas intrínsecamente » (89), acreditando así una aproximación al pensamiento humeano muy en consonancia con esa dúctil justicia moral de la que ya se ha hablado y que tanto recuerda la neutralidad virtuosa del liberalismo posterior.

Esta singularidad, unida al apasionamiento que destila su estilo y, sobre todo, a esa inflamada reivindicación comunitaria que en ocasiones ejerce, podría situar a Forner, excelente lingüista y más conocido por su obra literaria, en un estadio prerromántico. Sin embargo, a pesar de la comparativamente menor insistencia en la reivindicación de la constitución histórica llevada a cabo por otros contemporáneos, sus ataques contra la legislación no llevaban aparejada necesariamente la inoperatividad que, por ejemplo, veía el joven Hegel, con el coincide en algunos momentos de su análisis, apenas unos años más tarde en relación con la constitución de Alemania (90), y tanto el método como las autoridades que dice seguir para la elaboración de su *Plan*, son de cuño inequívocamente

---

clame la razón; que griten los sabios; que desengañen las experiencias: nada importa; la pertinacia de los leguleyos y formalistas, cuya jurisprudencia se reduce toda a seguir maquinalmente, como sigue un rebaño la senda por donde le lleva la res que va delante, ha de prevalecer a la experiencia, a la sabiduría y a la razón. Subsiste la ley, y debe ejecutarse. Así se escudan los que, ejerciendo el sagrado ministerio de la magistratura, muestran ignorar que es objeto muy principal de ella, aun más que la aplicación y ejecución de las leyes, advertir a la suprema autoridad, al monarca, al legislador, de aquellas que en la práctica resultan inútiles, perjudiciales o contrarias al intento para el que se establecieron. Sin estos avisos y advertencias le es imposible a la autoridad legislativa variar o modificar las leyes para ajustarlas a la inconstante variedad de los tiempos. Los magistrados son los ojos de la soberanía; por ellos ve y observa la estructura de la república, sus accidentes, sus alteraciones, sus movimientos, el equilibrio de sus partes y el orden o desorden que se advierte en cada una en relación a la prosperidad del todo ». *Discurso sobre la tortura*, p. 58-59.

(89) « La leyes civiles no son justas o injustas intrínsecamente; son mudables, caducas, alterables, sujetas a la misma vicisitud que dan motivo a su establecimiento ». *Discurso sobre la tortura*, p. 59.

(90) G. W. F. HEGEL, *La constitución de Alemania*, aparecida en 1802. Uso aquí

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ilustrado. Pero aún así, no es el suyo un ejemplo cabal del neoclasicismo ilustrado español, como ocurre con Lardizábal, siendo esta una circunstancia que, al menos en algunos aspectos, permite emplazarlo en un lugar más avanzado y a no mucha distancia del prerromanticismo.

La indecisión: Foronda.

« Más que ilustrado, es un iluminado », es la contundente calificación que ha merecido al más reciente editor de una de sus obras más divulgadas (91) el apasionado, contradictorio y lector infatigable que fue Valentín de Foronda. Debida tal calificación en buena parte a los cambios de opinión que recoge una producción que abarca desde finales del Antiguo Régimen a las postrimerías de la primera fase revolucionaria, fue, sin embargo, su permanente preocupación por « el buen gobierno » lo que, conjuntamente con su « carácter ordenancista » (92), le llevan a cambiar de parecer, impulsado por la naturaleza lógico-deductiva de su pensamiento, pero también por una visión comparatista a la que de manera constante recurre.

Celebrado sobre todo por sus escritos económicos, de sus *Cartas Criminales*, escritas entre junio de 1788 y el 13 de Octubre de 1821, son relevantes, para lo que aquí interesa, las cuatro primeras, correspondientes a los críticos años de 1788 y 1789 (93). Es precisamente esta datación la que, a diferencia del anterior, le

---

la edición de Aguilar, con Introducción, traducción y notas de D. NEGRO PAVÓN Madrid, 1972, p. 2 ss.

(91) *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la Economía Política y sobre las leyes criminales*, por el ciudadano Valentín de FORONDA. Uso la edición de Clásicos del Pensamiento Económico Vasco, Estudio preliminar de J. M. BARRENECHEA, Vitoria-Gasteiz, 1994. La frase en p. LIII. Sobre este autor, I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Escritos políticos y costitucionales de Valentín Foronda*, textaós clásicís del Pensamiento Politico y social del País Vasco. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2002.

(92) BARRENECHEA, *Estudio*, p. LXXXV y XCI.

(93) Significativas por la fecha — el Trienio —, las últimas, sin embargo, se refieren a aspectos principalmente adjetivos, más que sustantivos. Se trata de las *Cartas Quinta* y *Sexta sobre las Leyes Criminales*, fechadas ambas en Pamplona (30 de Septiembre y 13 de Octubre de 1821, respectivamente). *Cartas*, pp. 568 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

permite confesar directamente sus fuentes (94), algunas de las cuales serían tan solo unos meses más tarde prohibidas, pero que hoy tienen el valor de poner de manifiesto como su producción penal acusa, durante esos años, una especial influencia de Condillac e, incluso, de la fisiocracia. Tales ascendientes se encuentran entre los principales motivos por los que sus pensamientos al respecto, y específicamente los concernientes a la ley penal, se encuentren condicionados por una idea de virtud simbolizada en la omnipresente utilidad social.

« Un buen código de leyes criminales », redactado desde las perspectivas de los « criminalistas filósofos » — y en consecuencia desde ese « reduccionismo ético » (95), por otra parte tan en la línea humeana —, es contemplado por Foronda en 1788 como el natural complemento de las materias económico-políticas, pues de ellas se deriva la seguridad y felicidad del ciudadano (96). Y son las reglas de una disciplina todavía en ciernes, la economía política — sobre todo las relativas a la productividad y rendimiento —, las que concretan su estudio de la legislación criminal, cuyos requisitos y tópicos más elementales, tal y como habían sido establecidos por los ilustrados, desde luego asume. Ahí están, para corroborarlo, el objeto que, en su opinión, tienen las leyes penales: evitar los crímenes, cierto (97),

(94) Precisamente la *Carta* de 30 de Septiembre de 1821, citada en la nota anterior, comenzaba de la siguiente manera: « Ya en el dia amigo mio, todo lo que pueda decir a Vmd sobre las leyes criminales podrá leer en las obras de Montesquieu, Brisot de Warvile, Mabli, Becaria, y Filangieri (*sic)*. Estas minas me proveyeron de todo el oro, que esparci en mis cuatro cartas anteriores relativas a los asuntos criminales, en un tiempo en que la feroz inquisición y la estupidez del Gobierno prohibian la entrada de las luces que derramaban a dos manos los celeberisimos autores citados. Después han llegado a mis manos Pastoret, los discursos sobre las leyes criminales pronunciadas en el Congreso de Francia y últimamente Bemtham ». *Cartas*, p. 568-69.

(95) Es la acertada expresión utilizada por BARRENECHEA, *Estudio preliminar*, p. CV.

(96) « Amigo mío: No todo ha de ser hablar de asuntos políticos. No está cifrado el arte de gobernar en el arreglo de las materias económico-políticas: la seguridad y felicidad de los ciudadanos no se interesan menos en tener un buen código de leyes criminales; así permítame Vmd le aconseje sobre esta materia; que copié muchas veces de las cosas razonables que han dicho en estos últimos tiempos los criminalistas filósofos ». Así comenzaba la *Carta Primera*, fechada en Vergara en 10 de julio de 1788. *Cartas*, p. 508.

(97) *Carta Segunda*, Vergara, 16 de Septiembre de 1788. *Cartas*, p. 535.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pero también la educación nacional, para la que reclama la elaboración de un « catecismo de las leyes penales », « objeto utilísimo », dice al respecto, porque « grava en el alma de los jóvenes el amor al orden » (98). Y está asimismo la planificación racional de delitos y penas, ya no sólo por exigencias derivadas de la proporcionalidad, sino porque, haciéndolo así, se lleva a cabo la desaparición de aquellas leyes que, aunque continúan aplicándose, resultan obsoletas (99).

Era la manera de perpetrar un ataque directo contra la constitución factual, cuya vigencia no se le escapaba. Completamente consciente de tal situación, el reformista Foronda consideraba que la aplicación rigurosa de las sanciones previstas por una ley es innegociable.

Puesto que la racionalidad de la ley se mide exclusivamente por el baremo de la utilidad que procura, son criterios de esta naturaleza los que impulsan el necesario sometimiento de la misma a unas reglas que afectan, precisamente, a uno de sus pilares: la obediencia. Y es que si la validez de la ley del príncipe se fundamenta en la obediencia, el autor recomienda la flexibilidad y benignidad de la legislación como medio para garantizar la misma (100) pero, en contraposición, estima contraproducente el abuso de perdón, expresión jurídica de la clemencia, la más preciosa virtud que adornaba al príncipe ilustrado. Formalmente, expone, el derecho de gracia no es más que « una derogación de la ley », por lo que si ésta es buena, la concesión de la misma se convierte en auténtico « crimen contra la ley », de efectos extremadamente perniciosos porque acaba por convertirse en un mal ejemplo para los súbditos (101).

Era una forma de admitir la presencia de un Estado policial en el que la relación soberano súbdito superadora de los filtros corporativos intermedios y estamentales, sobre la que se asienta la generalidad de la norma legal propia del monarca ilustrado, encuentra un

(98) *Carta Cuarta*, Vergara, 2 de Octubre de 1789. *Cartas*, p. 562.

(99) *Carta Segunda*, p. 534.

(100) El príncipe « ha de tener cuidado en estrechar la sumisión más de lo que exigen sus límites (pues la obediencia) es casi siempre imperfecta cuando es forzada ». *Carta Tercera* (Vergara, 7 de Septiembre de 1789). *Cartas*, p. 552.

(101) *Carta Segunda*, pp. 535-6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

apoyo insustituible en el valor concedido al derecho penal y, en particular, a las penas, porque, en tanto que son medidas coactivas, a través de ellas se consigue la imposición de una conducta o la consecución de unos fines. La proclamada abolición de los privilegios procesales y la expeditiva defensa del « ahorro » de los castigos corporales e infamantes (102) para los delitos — como los de opinión, a los que abiertamente se refiere —, van sin duda en esta línea, que encontró un apoyo inmensurable en el universalmente ensalzado humanitarismo iluminista.

En Foronda, quizá aún con más intensidad que en sus contemporáneos, están presentes, expresa o implícitamente, la mitología y todas las místicas y tópicos, incluida la clemencia. Pero se analizan a través de un prisma economicista que busca más bien el rendimiento a medio o largo plazo que una productividad inmediata. Su consejo para que las reformas en este concreto asunto se lleven a cabo paulatina y lentamente con el fin de asegurar su aceptación y evitar el rechazo, es un testimonio elocuente (103), aunque se revista de la celebrada visión humanitarista ilustrada.

Desde esta perspectiva, que toma en consideración la utilidad y rendimiento y cuyo correlativo jurídico seria el término eficacia, puede entenderse su particular posición ante el arbitrio o interpretación judicial. Habida cuenta las tres condiciones naturales — esto es, posibilidad, utilidad y justicia — que, con innegable impronta escolástica, atribuye a la ley, y la admonición dirigida al rey, es decir, al legislador, acerca de la superioridad de la razón sobre el poder y la autoridad (104), se muestra contrario, aunque

(102) *Carta Cuarta*, p. 563.

(103) Esta es una de las causas del absoluto rechazo que, muchos años después, ya durante el Trienio, mostraba hacia el Código penal francés, « ese código de Napoleón (que) a pesar de que se escribió en el focus de la ilustración y filosofía se resiente del espíritu sanguinario que predominó en este hombre tan maravilloso por la grandiosidad de sus ideas como por lo poco que Napoleón apreciaba la vida de los hombres: asi no es estraño que el que sujetaba tranquilamente a millaradas los hombres á la muerte, por ganar una batalla dictase leyes penales muy duras para reprimir los delitos ». *Carta Quinta*, Pamplona, 30 de Septiembre de 1821. *Cartas*, p. 569. Resulta, en este sentido, asombroso el paralelismo de esta opinión con la que, algunos años más tarde, expresaría Chateaubriand en sus *Memorias de Ultratumba* sobre el mismo personaje.

(104) Puesto que la ley ha de ser « justa en si misma; esto es conforme al orden,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con reservas, a la libre interpretación. El autodeclarado método lógico deductivo que dice seguir le permite concebir — desde una visión en la que prevalece el criterio económico-utilitarista del menor daño y no la razón de la soberanía — la aplicación de la ley como un silogismo que tiene la ventaja, además, de eliminar « las pasiones » que pueden perturbar la labor del juzgador (105). Sabedor, sin embargo, de que la premisa mayor es la ley escrita, una norma que — reconoce — puede ser justa o injusta, reivindica la necesidad de la claridad para que aquella, la ley, « despierte unos mismos ideales en todos los hombres », evitando, en consecuencia, las sutilezas y equívocos e impedir la iniquidad (106).

No son únicamente las aludidas imposiciones economicistas requeridas por su objetivo prioritario, el buen gobierno, uno de cuyos pilares es el orden público, sino ese planteamiento mecanicista tan originalmente ilustrado los que le llevan, no sin dudas, a oponerse a la interpretación judicial, contraria a ese derecho penal máximo que, en teoría, se preconizaba. Pero sus mismas dudas dejan, sin embargo, una puerta abierta a la misma. Desde presupuestos diferentes, aunque culturalmente próximos, es decir, desde una posición estrictamente jurídica, Lardizábal y Forner llegaban a la misma conclusión.

---

a la naturaleza de las cosas y a la constitución del hombre », advierte al monarca: « Jamas emplée Vmd la autoridad en vano, ni interponga su poder supremo sino cuando la razón lo exija ». *Carta Tercera*, p. 551.

(105) « No se puede negar que son muy fuertes las razones de los primeros (los defensores de la interpretación) [… (Sin embargo), (l)os que defienden el partido contrario demuestran los grandes inconvenientes de este sistema, y pretenden que el hombre que juzga sobre un delito debe limitarse a hacer un solo silogismo, en el cual la primera proposición encierre la ley […] pero que si el juez quiere hacer más de un silogismo todo será incierto y obscuro; pues como cada hombre tiene necesidad de representarse las cosas, seria entonces el espíritu de la ley el resultado de la buena o mala digestión de un juez, y todo dependería de la violencia de sus pasiones… asi son del parecer, que no se deben poner en paralelo los desórdenes inseparables de la rigurosa observancia de la letra de una ley penal, con los que resultarían de su interpretación; y que cuando un código fijo de leyes le deja al Juez otra incumbencia que exâminar las acciones de los ciudadanos, y juzgarlas conformes o contrarias a la ley escrita; que cuando la norma de lo justo ó de lo injusto que debe dirigir las acciones, tanto del ciudadano ignorante como del ciudadano filósofo, no es un negocio de controversia, sino de hecho ». *Carta Tercera*, p. 540-41.

(106) *Ibi*, p. 542.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si en Foronda todo parece estar en función del buen gobierno llevado a cabo por la omnicomprensiva administración propia de la configuración policial que caracteriza las formas políticas ilustradas, en Lardizábal, aquella analogía que finalmente se ve obligado aceptar — no como el menor de los males, sino porque no queda otro recurso ante la imposibilidad de la ley de contemplar cada caso concreto —, por otra parte siempre peligrosa pues tácitamente admite la interpretación, puede sostenerse en las Leyes de Partidas (107), uno de los pilares de la constitución histórica. En Forner, por el contrario, la opción parece estar más bien condicionada por su profesión, en la que diariamente se enfrentaba a cuestiones que sacaban a la luz las miserias de la actividad judicial, cierto, pero también de la legislación y que únicamente una valoración extralegal podía superar.

De esta manera, estos tres autores, integrantes de un subuniverso que desarrolló su labor fuera de ámbito más estrictamente académico y puede ser presentado como el estandarte del reformismo de las postrimerías del XVIII, conocedores sensatos de la tradición doctrinal y de las aportaciones más recientes, y a los que consecuentemente seleccioné por la representatividad de sus características personales y profesionales, aparecen como auténticos símbolos de la cultura jurídica ilustrada española. A partir del que sin duda es su buque insignia, esto es el derecho penal — que tras la secularización del Natural en el Siglo anterior aspiraba a presentarse, a través de las penas sobre todo, como la más axiomática expresión de la asunción racional de los valores sociales objetivos (108) — y que el propio Lardizábal consideraba, como se ha visto, la parte más importante de la Constitución y seguridad de un Estado, sitúan en

(107) Se trata en concreto de *Partida* VII, 31, 8, que conmina al juez a considerar las circunstancias personales y objetivas del reo y VII, 34, 36. El título, dedicado a las reglas del derecho, admite, en efecto, abiertamente la analogía: « que non se deben fazer las leyes, si non sobre las cosas que suelen acaecer a menudo. E porende non ouieron los antiguos cuydado de las fazer sobre las cosas que vinieron pocas vezes; porque touieron, que se podria judgar por otro caso de ley semejante, que se fallase escrito ».

(108) M. BARBERO SANTOS, « Concepto de pena en el primer Fichte », en O. MARKET y J. RIVERA DE ROSALES, *El inicio del Idealismo Alemán*. Madrid, UNED y UCM, 1996, pp. 159 ss., p. 160.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

primera línea cuestiones sustanciales del iluminismo hispánico: la eficacia de la legislación del príncipe, la constitución histórica y el contrapunto de la constitución factual, la única que, por su creación, tenía una indudable base empírica, capaz, por consiguiente, de albergar aspectos extralegales. Siendo esta última la *realmente* vigente, con una duración multisecular que encontraba en la interpretación una de sus bases constitutivas, se comprende la solución aportada ante tan difícil disyuntiva. Solución, desde luego, compartida por los prácticos más involucrados quienes, como hace José Marcos Gutiérrez, tras un largísimo prólogo destinado a elogiar las bondades del nuevo derecho penal, reproduce según los viejos esquemas, y en la línea más tradicional, la parte sustantiva del mismo (109).

Resulta, en este sentido, altamente elocuente que en la etapa finisecular, los ilustrados más implicados, partícipes todos ellos de la hegemonía de la ley del príncipe, cuyas bondades no se cansan de enaltecer, se vean obligados a admitir, aunque sea a disgusto — salvo Forner — y, en teoría, como una acción residual, la imposibilidad de la aplicación efectiva de la « barroca prohibición » de la interpretación de las leyes. Más de doscientos años después parece que todavía sigue siendo una cuestión irresuelta para los penalistas, teniendo en cuenta, naturalmente desde presupuestos y planteamientos diferentes y sin menoscabar el dogma de la ley como expresión de la voluntad general, la actual reivindicación desde las filas de ciertas

(109) « La doctrina pues de estas instituciones se funda únicamente en la venerable autoridad de la ley y en la sana razon, no en las opiniones de los intérpretes que apenas citamos sino para acreditar alguna noticia tocante a la práctica del foro. Si lo que dice un autor no estriba ni en la una ni en la otra, es despreciable su opinión, y si estriba en alguna de las dos, es superflua su autoridad […]. Siguiendo la costumbre de los escritores mas acreditados de todas las naciones, y procurando no hacer mas voluminosas y costosas que lo necesario estas Instituciones, hacemos en ellas muy pocas citas, fuera de las indispensables que son las leyes patrias ». Es suficiente consultar la obra de este práctico para darse cuenta que, además del contenido material, al lado de la abrumadora presencia de las « leyes patrias », que son esencialmente las recopiladas y las regias, aparecen mencionadas autoridades del *ius commune*, en especial canonistas. *Práctica criminal de España*. Publícala el Licenciado Don José MARCOS GUTIÉRREZ, editor del Febrero reformado y anotado que carecía de *Tratado Criminal*, 4. t. Uso aquí la 5ª edic., Madrid, Imprenta de Don Fermín Villalpando, 1828. Las citas, t. I, pp. IX-X.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tendencias de valoraciones extrapenales, una mayor actividad del juez o, en su caso, a cuestionar — desde postulados psicoanalistas, p. e. — el modelo garantista y el normativismo positivista que tienen sus incuestionables orígenes en ese principio de legalidad que exaltó la Ilustración (110).

(110) Tal la consideración de « El deber jurídico de actuar fundamentador de una posición garante (como) un deber extrapenal », a la que alude entre nosotros por E. GIMBERNAT ORDEIG, « La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición » en *Anuario de Drecho Penal y Ciencias Penales*, L, 1997, p. 12, o las críticas al normativismo al admitir valoraciones de carácter social que van más allá de la ley desde una postura que ha sido definida como funcionalismo psicoanálitico. S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en Derecho Penal », en VVAA, *Homenaje al profesor Dr Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thompson-Civitas, 2005 y también *http://criminet.ugr.es/recpc*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ROBERTO MARTUCCI

LOGICHE DELLA TRANSIZIONE PENALE. INDIRIZZI DI POLITICA CRIMINALE E CODIFICAZIONE IN FRANCIA DALLA RIVOLUZIONE ALL'IMPERO (1789-1810) (*)

> « On travaille partout aux lois pénales; le luxe de la codification nous envahit ».
>
> (PELLEGRINO ROSSI, *Traité de Droit pénal*, I, p. 23)

I. Tempo di codici. 1. Un iter riformatore non lineare. — 2. I tre volti della codificazione. — 2.1. Gli attori. — 2.2. La svolta codificatoria è alla Costituente. — II. La legalità dei delitti e delle pene (1789-1791). 1. Prima della codificazione. — 2. Centralità della questione penale nel 1789-91. — 3. Come coniugare rito penale e condotte incriminate. — 4. Un protagonista sottovalutato (e misconosciuto): il *Comité de Jurisprudence criminelle* dell'Assemblea Costituente. — 5. L'astuzia declaratoria, una ipoteca sui contenuti della costituzione. — 5.1. Le disposizioni penali della *Déclaration des droits*. — 6. Dalla *Déclaration des droits* alla codificazione penale. — 7. Il presidente Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau. — 7.1. Il rapporto Le Peletier de Saint-Fargeau sul progetto di codice penale. — 8. La Costituente si interroga sulla pena di morte. — 8.1. Commisurare le pene all'atrocità dei crimini: sì alla pena di morte. — 8.2. Gli interventi abolizionisti. — 9. Il *codice penale* del 25 settembre/6 ottobre 1791. — 9.1. Il delitto tentato nel nuovo codice penale. — III. Una 'legalità' di Salute pubblica (1791-1795). — 1. Il contesto di crisi dal 1791 al 1795. — 1.1. La Legislativa e la guerra destabilizzatrice. — 1.2. La Convenzione entra in scena. — 2. Il processo, al re e alla Monarchia. — 2.1. Come processare Luigi XVI: la proposta del *Comité de Législation*. — 2.2. L'istruttoria e il colpo di scena dell'armadio di ferro. — 2.3. La *Commission des Vingt-et-Un* e l'*Acte énonciatif des crimes de Louis XVI*. — 2.4. Una difesa difficile. — 2.4.1. L'arringa dell'avvocato de Sèze. — 2.4.2. Formalismi barocchi: quattro appelli nominali per una morte annunciata. — 3. La Dittatura di Salute pubblica. — 3.1. I provvedimenti penali speciali dalla Legislativa alla Convenzione. — 3.1.1. Le disposizioni penali contro i preti 'refrattari'. — 3.1.2. Le disposizioni penali contro gli emigrati. — 3.1.3. Le disposizioni

(*) Nel maggio 1982 discussi con Mario Sbriccoli l'ipotesi di un saggio sulla codificazione penale durante la Rivoluzione francese: da quel colloquio mi venne lo stimolo per aprire un grande cantiere di ricerca che mi ha occupato per una decina d'anni, prima di abbracciare altri profili d'indagine; il graditissimo invito di Pietro Costa mi offre l'opportunità di ripensare quei temi, riallacciando idealmente quel fecondo dialogo con il Maestro di anni lontani alla cui memoria dedico questo mio lavoro.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penali contro i funzionari infedeli e le amministrazioni inadempienti o di dubbia lealtà repubblicana. — 3.1.4. Altre disposizioni penali speciali. — 3.1.5. Una disposizione di chiusura: la *mise hors la loi*. — 3.1.6. Dal sospetto di reato al reato di sospetto. — 3.1.7. Siéyès e la *loi de Grande Police*. — 3.2. Il *code des délits et des peines* del 3 brumaio anno IV. — IV. Epilogo: da un codice all'altro (1795-1810). 1. La normalità di un Paese in guerra. — 2. Diserzione, renitenza, brigantaggio. — 3. Un inquietante panorama criminale. — 4. Provvedimenti speciali. — 4.1. La legislazione penale speciale del Direttorio. — 4.2. Il Consolato e la svolta repressiva. — 5. Una riforma in gestazione: il progetto del 1801 e le critiche al codice penale del 1791. — 5.1. I lavori preparatori e la critica al codice penale del 1791. — 5.2. Il codice penale napoleonico del 12 febbraio 1810.

I. *Tempo di codici.*

1. *Un iter riformatore non lineare.*

Per circa venticinque anni — quasi a ridosso della fortunata pubblicazione del volume di Beccaria *Dei delitti e delle pene*, schiacciata dal peso di alcuni clamorosi errori giudiziari che urtavano la nuova sensibilità del tempo (1) — l'Europa dei Lumi è andata interrogandosi sulla necessità di una riforma radicale della legislazione penale, incardinata su un ripensamento della funzione della pena. Poi, dopo due iniziative asburgiche assunte a Firenze dal granduca Pietro Leopoldo (1786) e a Vienna dall'imperatore Giuseppe II (1787), che sembravano segnare un punto di svolta e di non ritorno, si mosse la Francia.

Fu lì, infatti, che in poco più di vent'anni vennero poste le basi del moderno sistema sanzionatorio, a partire dai fondamentali princìpi di stretta legalità e non retroattività della norma penale incriminatrice introdotti dagli articoli VII e VIII della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 26 agosto 1789, per finire alla gerarchia delle incriminazioni formulata dal codice penale del 25 settembre/6 ottobre 1791. Gerarchia incriminatoria confermata nella sua sostanza dal codice penale napoleonico del febbraio 1810 (2): malgrado non sia da

(1) Mi riferisco agli *affaires* La Barre, Calas, Salmon e, in ultimo all'*affaire des trois roués* che rese celebre in tutta Europa il nome di Jean-Baptiste Mercier Du Paty, facendolo chiamare da Voltaire il « Beccaria francese ».

(2) Cfr. Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p. 194: « Malgré l'immense chantier législatif mis en œuvre par les jurisconsultes napoléoniens, le code pénal de 1810 ne se présente pas sous un jour radicalement différent de son prédécesseur, il n'en est qu' une première réforme générale en forme de développement ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sottacere una sua discontinuità rispetto alle riforme votate dall'Assemblea Costituente a partire dal 1789, culminate nel codice voluto due anni più tardi da Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau e Adrien Du Port.

Tuttavia, il percorso riformatore appena adombrato non fu lineare per più ragioni.

Innanzi tutto, perché agli inizi sembrò prevalere alla Costituente una tendenza 'attendista' (3), vòlta a rinviare la codificazione penale a successive e meno turbate legislature: come, del resto, sarebbe avvenuto per quella civile, destinata a scarrellare di vari anni (4). In secondo luogo, per la crescente estremizzazione del conflitto politico tra fautori e antagonisti delle riforme costituzionali, con inquietanti risvolti giudiziari coltivati dai *meneurs de la rue* più intransigenti, inclini a voler qualificare lesa maestà nazionale (la si sarebbe chiamata *Lèse-Nation*) ogni comportamento politicamente non conformista, anche se non immediatamente delittuoso: di modo che le riforme votate dalla Costituente possono essere lette in assoluta contro-tendenza rispetto all'appena evocata 'domanda penale di piazza'. In terzo luogo, a causa della cesura apportata dall'afasìa legalitaria degli anni 1792-95 che mise all'ordine del giorno il governo dell'eccezione, incrinando i princìpi dell'Ottantanove.

Nel ventennio considerato, il percorso codificatorio attraversa tre passaggi essenziali: quello costituente, dominato dalla volontà riformatrice del *Comité pour la réforme de la Jurisprudence criminelle* (1789-91), quello terrorista — in contro-tendenza — che abbraccia Legislativa e Convenzione (1792-95), infine, il ritorno al principio di legalità propiziato dall'approvazione del codice dei delitti e delle pene del 3 brumaio anno IV e poi perfezionato con il codice penale napoleonico del 1810, esteso agli Stati italiani d'area francese e, perciò, destinato a influenzare profondamente la legislazione peninsulare nel corso dell'intero XIX secolo.

---

(3) Sicuramente nell'estate 1789, quando la spaccatura del *Parti National* era in corso e i *Monarchiens anglomanes* sembravano egemoni in aula.

(4) Prima della promulgazione del codice civile del 1804 erano intervenuti dei provvedimenti applicativi della *Déclaration des droits*, relativamente all'uguaglianza dei coniugi, all'introduzione del divorzio e al regime successorio dei figli naturali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. *I tre volti della codificazione.*

Il passaggio costituente si apre con la presentazione dei primi progetti di *Déclaration des droits* (tributari dell'esperienza nordamericana, essi costituzionalizzano le garanzie di *habeas corpus*), rendendo successivamente possibili riforme strutturali riguardo all'ordinamento giudiziario nel suo complesso (con ampio spazio per la giuria penale), alla procedura criminale, al codice penale ordinario e ai codici militari per l'esercito e la Marina. La forte pressione di piazza vòlta a sanzionare penalmente la *Lèse-Nation*, colpendo condotte indefinite, viene efficacemente contenuta dai Comitati della Costituente che battono tutt'altra strada, dando vita alle moderne categorie dei crimini contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato che precedono nella gerarchia delle incriminazioni i crimini contro i privati cittadini. Ne risulta un universo sanzionatorio retto dal principio della pena fissa (la cui durata è sottratta all'« arbitraire des juges », cioè alla loro discrezionalità) che apparentemente dominerà la scena per una ventina d'anni — fino all'entrata in vigore del codice penale napoleonico del 1810 — ma nella realtà è destinato ad essere immediatamente affiancato e superato dalla legislazione d'emergenza.

Infatti, una raffica di leggi-provvedimento contro emigrati e preti refrattari (promosse fin dal 1792 alla Legislativa, con l'avallo dei *leaders* girondini Brissot, Vergniaud, Gensonné), apre la strada all'emergenza penale governata dal Comitato di Salute pubblica a partire dal 6 aprile 1793. Si tratta di una fase destinata a segnare profondamente il quadro normativo ereditato dalla Costituente. Sarebbe, per altro, riduttivo parlare di semplice sospensione dello *habeas corpus*; infatti, la Convenzione Nazionale (1792-95) opera molto più in profondità, lacerando la legalità ordinaria a beneficio di una repressione che assume sempre più gli inquietanti contorni para-giudiziari di un sistema sanzionatorio affidato alle tante piccole inquisizioni deformalizzate: i comitati di sorveglianza istituiti presso ognuno dei quarantaquattromila municipi francesi.

D'altra parte, codice penale e giurisdizioni ordinarie continuano ad operare sul terreno della minuta repressione del crimine comune mentre, al tempo stesso, si dilata a dismisura l'ambito delle fattispecie politiche (proprio quell'universo di *Lèse-Nation* esorcizzato dalla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Costituente), fino alle autentiche aberrazioni delle tante leggi penali speciali contro refrattari, emigrati e sospetti che danno corpo a condotte criminose evanescenti per 'tipi d'autore', sanzionate con la pena di morte.

Lasciatasi alle spalle la liquidazione del gruppo di Robespierre, con il voto del codice dei delitti e delle pene del 3 brumaio anno IV — opera di fine-mandato dovuta a quello stesso Philippe-Antoine Merlin (de Douai), già estensore della criminogena *loi sur les suspects* — la Convenzione termidoriana pensa di aver definitivamente regolato i propri conti con il Terrore. Il giorno successivo proscrive formalmente la pena di morte con decreto 4 brumaio anno IV (25 ottobre 1795): il provvedimento è destinato ad entrare in vigore solo a partire dalla firma del trattato di pace; ma si tratta di una condizione impossibile, visto il perdurare dello stato di guerra destinato a concludersi solo nel 1815, con la definitiva sconfitta di Napoleone a Waterloo (5).

Il regime detto del Direttorio eredita una situazione interna difficilissima sotto il profilo dell'ordine pubblico. Se, infatti, Legislativa e Convenzione avevano usato una mano pesantissima contro ogni condotta inquinata da dubbio lealismo politico, non avevano però dedicato analoga attenzione alla criminalità ordinaria che, quindi, aveva conosciuto un rigoglio senza pari, avvantaggiandosi dei vuoti normativi presenti nel codice penale del 1791 e della difficoltà di ottenere pronunce di condanna da giurie popolari intimidite pesantemente o inquinate da connivenze.

Pertanto, dopo Brumaio il nuovo regime consolare è obbligato a ripensare il sistema punitivo. La Commissione insediata il 7 germinale anno IX (21 marzo 1801) produce rapidamente un lungo progetto, trasmesso però al Corpo Legislativo solo nel 1804. Tra le critiche mosse al codice penale del 1791 vi è, naturalmente, il principio della pena fissa, tassativamente predeterminata per legge; è così che viene introdotto un più efficace ventaglio sanzionatorio che offre al giudice la possibilità di scegliere la pena tra un minimo e un massimo edittale. Ma il fatto che debbano trascorrere ancora sei

(5) L'abolizione della pena capitale sarà realizzata solo due secoli più tardi, nel 1981, per merito del Guardasigilli Robert Badinter, sotto la presidenza di François Mitterand.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lunghi anni prima che quel progetto formi le basi del codice penale napoleonico del febbraio 1810, suggerisce allo storico di interrogarsi sulle ragioni di quel ritardo, probabilmente ascrivibile a una situazione interna compromessa dal laceramento della società civile e dalla necessità di normalizzare il fronte interno con misure draconiane ancora una volta estranee alla prospettiva dei codici.

2.1. *Gli attori.*

Quali protagonisti della riforma troviamo soggetti individuali (giuristi, legislatori) e soggetti collettivi nei quali si sono integrate le competenze dei primi. I Comitati della Costituente, della Legislativa e della Convenzione hanno assunto una loro identità collegiale valorizzando attitudini, esperienze professionali forensi e giurisdizionali, protagonismi, spirito di emulazione; poi, in età consolare e imperiale, le apposite Commissioni istituite presso il Corpo legislativo e il Consiglio di Stato hanno beneficiato di quel comune retroterra culturale e tecnico.

Alcuni esponenti di quegli organismi collegiali hanno operato solo in determinati momenti della vicenda codificatoria; penso, in particolare, ai Costituenti Beaumetz, Du Port, Thouret, e Le Peletier, destinati a vivere da protagonisti una breve ma intensa vita legislativa per poi essere bruciati rapidamente. Bon-Albert Briois de Beaumetz emigrato negli Stati Uniti e morto in un naufragio; Adrien Du Port, sfuggito per un pelo ai Massacri di Settembre grazie alla protezione del ministro Danton, e poi spentosi di tubercolosi in esilio; Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau, trucidato da un fanatico; Jacques-Guillaume Thouret, ghigliottinato durante il Terrore. Li si direbbe fuori scena (esiliati o morti) al momento opportuno, giusto in tempo per non assistere al naufragio di un sogno riformatore troppo a lungo accarezzato e poi reso evanescente dalle circostanze rivoluzionarie.

Altri, come Target, Treilhard e Régnault (de Saint-Jean d'Angély) già presenti alla Costituente, poi emarginati dal Terrore ma sopravvissuti, li ritroviamo fin dall'epoca consolare. Altri ancora, infine, giuristi di tutte le stagioni per tutti i regimi, dopo aver codificato l'eccezione nell'anno II e pilotato il ritorno alla legalità nell'anno IV — si pensi a Merlin estensore tanto della famigerata *loi*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sur les suspects che del codice del 3 brumaio o al sempiterno presidente Cambacérès « prudent jusqu'à la pusillanimité » (6) — approdano al Consolato e all'Impero, concludendo da bonapartisti una lunga carriera iniziata sotto auspici rivoluzionari come faranno, galleggiando sulla scia di Siéyès, anche Berlier e Garan de Coulon.

Tanto i sopravvissuti che i 'galleggianti' — tutte personalità a cui va riconosciuto un certo spessore — presentano comportamenti legislativi tali da interessare chi voglia ricostruire le dinamiche codificatorie.

Figura emblematica di sopravvissuto è l'avvocato Target, bersaglio della Destra dei *Noirs* alla Costituente — « Madame Target è incinta della costituzione », gigioneggiavano gli « Actes des Apôtres » (7) — attento a non immischiarsi nel processo al re si guarda bene dall'accettare il ruolo di difensore di Luigi XVI, torna infine alla ribalta con Buonaparte Primo Console: quanto è il livore riscontrabile nella sua censura alla codificazione penale costituente? O quanto, piuttosto, è solo un giusto distacco prodotto da una prospettiva più equilibrata e consapevole, filtrata dal decorso di un decennio?

Ma anche i 'galleggianti' potrebbero godere del beneficio del dubbio. Ricchi e affermati in un mondo di colleghi (gli ex deputati alla Costituente e alla Convenzione) in rovina — e glielo si sarebbe fatto notare nell'esilio di Bruxelles dopo il 1815 (8) — Merlin, Berlier e Cambacérès appaiono i protòtipi del trasformismo più cinico. L'implacabile *Dictionnaire des Girouettes* ne avrebbe consacrato i voltafaccia (9); d'altra parte, come non condividerne le censure, se

(6) Antoine Claire Thibaudeau, *Mémoires sur la Convention et le Directoire*, Paris, Baudouin frères, 1824, I, p. 263.

(7) Cfr. *Bulletin des couches de M^e^ Target, père & mere de la Constitution des ci-devant Français, conçue aux Menus, présentée au Jeu-de-Paume, & née au Manège*. Par l'auteur de *Tous les repas du monde*, in « Actes des Apôtres », III, [Paris, 1790], pp. 3-9, 81-136.

(8) Cfr. Sergio Luzzatto, *Il Terrore ricordato. Memoria e tradizione dell'esperienza rivoluzionaria*, Genova, Marietti, 1988, *passim*.

(9) *Dictionnaire des Girouettes, ou nos contemporains peints d'après eux-mêmes*; Ouvrage dans lequel sont rapportés les discours, proclamations, extraits d'ouvrages écrits sous les gouvernemens qui ont eu lieu en France depuis vingt-cinq ans; et les places, faveurs et titres qu'ont obtenus dans les différentes circonstances *les hommes d'Etat, gens de lettres, généraux, artistes, sénateurs, chansonniers, évêques, préfets, jour-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questi comportamenti di galleggiamento politico li raffrontiamo alle immagini virtuose di Du Pont (de Nemours) e Portalis?

Costituzionali nel 1789, regicidi nel 1793, terroristi nell'anno II, termidoriani di complemento quando tramonta tragicamente Robespierre (10), direttoriani e poi bonapartisti (quasi) senza tentennamenti con il Consolato e l'Impero, Merlin Berlier e Cambacérès sono stati tutto questo. Tuttavia, al di là degli opportunismi acclarati, quanti sedimenti dell'Ottantanove hanno arricchito, grazie alla loro mediazione, i codici promulgati da Napoleone? La risposta può essere solo congetturale, vista l'estrema reticenza con cui il più loquace di loro, Cambacérès, che per un triennio ha ricoperto il ruolo-chiave di presidente del *Comité de Législation civile et criminelle* della Convenzione, ha ritenuto di dover riscrivere il suo passato a beneficio della posterità (11).

2.2. *La svolta codificatoria è alla Costituente.*

Il ventennio considerato si apre con l'entrata in scena dell'Assemblea Costituente, che sembra incarnare le ansie di rinnovamento dell'opinione pubblica transalpina in una misura mai più conosciuta negli anni a venire. La sua azione segna un autentico punto di svolta, mettendo a fuoco coordinate concettuali e griglie legislative destinate a segnare indelebilmente l'immaginario riformatore nonché lo stesso ambito della codificazione penale. Certo, anche quell'Assemblea ha agito sotto il peso delle circostanze,

---

nalistes, ministres, etc. Par une société des Girouettes, Paris, Alexis Eymery, Libraire, 1815, pp. IX-443.

(10) Sulla figura dell'*Incorruptible* resta enigmatico il giudizio del presidente del *Comité de Législation civile et criminelle* della Convenzione; interpellato da Napoleone a dieci anni di distanza dall'esecuzione di Robespierre, Cambacérès si sarebbe così tratto d'impaccio: « C'est, répondis-je, un procès jugé et non plaidé », cfr. Jean-Jacques Régis de CAMBACÉRÈS, *Mémoires inédits. Éclaircissements publiés par Cambacérès sur les principaux événements de sa vie politique*, Présentation et notes de Laurence Chatel de Brancion. Préface de Jean Tulard, de l'Institut, Paris, Perrin, 1999, I, p. 246.

(11) I *Mémoires inédits* furono inizialmente concepiti per propiziare un rientro di Cambacérès nella vita pubblica della Francia della Restaurazione; svanita questa possibilità, rimase l'impianto di fondo del lavoro concepito alla stregua di una difesa legale di un passato istituzionale di primo piano, dove per la fase convenzionale, tanto terrorista che termidoriana, ciò che non poteva essere negato andava spoliticizzato e attenuato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dovendo continuamente fare i conti con le pressioni politico-giudiziarie delle strutture di polizia politica del Municipio di Parigi e con la mobilitazione rivoluzionaria incoraggiata dalle quarantotto sezioni della capitale.

Tuttavia, a differenza della Legislativa, della Convenzione e del Direttorio, lungi dal subire la logica delle circostanze, l'Assemblea Costituente ha perseguito l'obiettivo ambizioso di incanalare gli eventi,senza mai dimenticare di esercitare un potere legittimato dal basso, tramite il suffragio. Di conseguenza la sua attività legislativa, pur legata alle circostanze politiche ma non configurandosi come congiunturale, ha interessato le grandi riforme di struttura (poteri pubblici centrali, enti locali, ordinamento giudiziario, legislazione penale), incidendo profondamente sulle istituzioni dello Stato fino ai giorni nostri.

È quanto è accaduto in materia penale, dove mettendo a frutto i risultati di un dibattito che aveva interessato l'Europa dei Lumi per diversi lustri, la Costituente ha saputo dar vita a un sistema punitivo articolato, nel quale le esigenze della intimidazione hanno coabitato con significative aperture verso una risocializzazione del reo, anticipando tematiche e prospettive di riforma destinate ad essere, in qualche misura, riprese nella seconda metà del Novecento. E, tuttavia, nell'immediato contraddette dallo scardinamento del sistema operato dalla 'legalità' di Salute pubblica che, pur occupandosi principalmente dell'eterodossia politica ha però paralizzato l'amministrazione della giustizia penale ordinaria, finendo con il rendere inevitabile la successiva normalizzazione napoleonica dal Consolato all'Impero.

Obbedendo a finalità divergenti, queste tre logiche di politica criminale — fino ad ora mai analizzate a fondo in tutte le loro implicazioni istituzionali e politiche — richiederebbero uno sviluppo probabilmente eccessivo in questa sede. È per questo motivo che nell'economia del lavoro le pagine dedicate alle due legalità antinomiche del 1789-91 e del 1792-95 rivestiranno particolare rilievo, riservando a un sintetico epilogo (foriero di successivi sviluppi ricostruttivi) i nodi della legislazione napoleonica, da sempre letta come la codificazione per antonomasia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II. *La legalità dei delitti e delle pene (1789-1791).*

1. *Prima della codificazione.*

Malgrado negli ultimi venti anni (12) la storia delle tematiche penali di epoca costituente sia stata al centro di interessanti tentativi di riflessione, di messe a punto e di accurate sistematizzazioni concettuali, credo che questo settore di ricerca presenti ancora inattesi margini di approfondimento. Ci trovo ancora un vasto ambito d'indagine, suscettivo di far percepire nuovi cantieri di ricerca di notevole interesse per tutti coloro che continuano ad interrogarsi, ancora oggi, sullo scacco del progetto politico e del tentativo di stabilizzazione istituzionale portato avanti dall'Assemblea Costituente nel 1789-91 (13).

A mio modo di vedere, in sede storiografica non ci si è interrogati a sufficienza sui legami profondi esistenti tra lo sviluppo del discorso penale (sull'infrazione e il suo castigo) e il contesto rivoluzionario (14). Un contesto in cui può rivelarsi, al tempo stesso, ambiguo e politicamente difficile, se non pericoloso, individuare un elenco di condotte considerate nocive, definire il contenuto di ogni infrazione, dar vita a un sistema di pene proporzionate ai crimini.

Ambito ambiguo per antonomasia quello penale, soprattutto in considerazione della circostanza che la stessa Rivoluzione francese si auto-rappresenta dagli inizi come una gigantesca infrazione dell'ordine d'*Ancien Régime*: un ordine statale e sociale messo in discussione una prima volta dall'appello nominale del 12 giugno 1789 e una seconda volta dal voto dell'articolo III (15) della *Déclaration des*

(12) Soprattutto a partire dal convegno internazionale organizzato da Michel Pertué a Orléans; cfr. *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?* Actes du Colloque d'Orléans 11-13 septembre 1986, Paris, P.U.F., 1988, tomes 2.

(13) Per un inquadramento generale è ancora utile riferirsi a Jacques GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, P.U.F., 1968, pp. 139-159.

(14) Tra le rare eccezioni Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., p. 98, evidenziano « le climat de tension qui régnait dans la capitale ».

(15) I testi legislativi dell'epoca utilizzavano i numeri romani per indicare gli articoli; aggiungo che la numerazione non era progressiva ma, nei testi più complessi (leggi, costituzioni) ricominciava dall'art. I ad ogni titolo, sezione o capitolo, rendendo lungo e complesso il riferimento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

droits, sulla sovranità. Tramite la Maestà nazionale sostituita alla Maestà reale, la Rivoluzione costituente sembra preparare il terreno per il nuovo crimine di *Lèse-Nation*. Ma, ancora, l'ambito penale si rivela infido perché mettere a punto i contenuti di azioni antigiuridiche in un periodo di torbidi civili rischia di proscrivere semplici condotte eterodosse, criminalizzando banali dissensi politici, anche quando secondo la logica dell'epoca non si tratterebbe di vere e proprie azioni contro-rivoluzionarie. Malouet, deputato e tra i maggiori esponenti dei *Monarchiens anglomanes*, intervenendo alla Costituente, avrebbe detto:

> « J'ai une telle inquiétude parce que dans les moments de trouble, de partis, de passions, la prévention abuse de tout. On voit des crimes là où il n'y a que contrariétés d'opinion, on voit des ennemis là où il n'y a que des adversaires » (16).

Per cominciare, in cosa possono consistere le disposizioni penali incriminatrici? Non siamo lontani dal vero se ci riferiamo a un sistema di sanzioni stabilite dal legislatore per proteggere, tramite pene anteriormente previste e legalmente applicate, l'insieme di valori materiali e immateriali considerati costitutivi dello Stato e la cui violazione è tale da compromettere la sicurezza e il benessere della stessa società civile. In questa prospettiva, il codice penale del 25 settembre/6 ottobre 1791 stabilisce un sistema di regole punitive, sanzionando condotte criminose tassativamente indicate e gerarchizzate sulla base dell'ordine politico-giuridico edificato dalla Costituente tra il giugno 1789 e il settembre 1791.

La gerarchia sanzionatoria fissata dal codice penale del 1791 è strettamente legata all'invenzione e al riconoscimento degli spazi pubblici e privati individuati dalla Rivoluzione della Costituente. Si tratta di uno spazio pubblico dominato dalla strategica categoria della *citoyennété* e dalla necessità di tutelare adeguatamente le

(16) Utilizzo questa citazione emblematica anche se di essa non risultano tracce nel « Moniteur » né, tanto meno, gli autori citano la fonte utilizzata, probabilmente le *Archives Parlementaires*; d'altra parte, la frase non è riscontrabile neppure nell'edizione dei discorsi curata dallo stesso deputato: *Collection des Opinions de M. Malouet, député à l'Assemblée Nationale*, à Paris, chez Valade, Imprimeur-libraire, 1791, tomes 2; rinvio, per tanto, a Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela et Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., p. 133.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

istituzioni espresse dalla sovranità nazionale e i diritti politici dei cittadini. A sua volta, lo spazio privato è imperniato sulla protezione della vita e dell'integrità fisica di uomini e donne (resi uguali davanti alla legge: art. I *DdD*), sulla tutela della circolazione dei beni materiali, sulla tutela della proprietà (diritto reale la cui titolarità risulta ampliata considerevolmente dalla massiccia vendita dei beni nazionali). Un testo complesso come quello del codice penale del 1791 ha richiesto intensi lavori preparatori, prima che il progetto fosse messo all'ordine del giorno dell'Assemblea Nazionale. Ma a monte di ogni lavoro preparatorio vi sono necessariamente dei committenti che hanno pensato e reso possibile la redazione di un progetto.

Lo storico è, dunque, autorizzato a interrogarsi sulla doppia presenza di una tematica e di una dinamica codificatorie prima della codificazione; o, per meglio dire, è interessato a ricostruire la genesi di disposizioni incriminatrici immaginate prima che venisse redatto il codice penale. Ma questa indagine preliminare dietro le quinte dell'Assemblea, gli apre una prospettiva nuova con domande supplementari che arricchiscono ulteriormente il *dossier* sulla riforma penale. Il 1790 funge da spartiacque all'interno della legislatura: l'Assemblea Nazionale vota i decreti sul diritto di pace e di guerra (attribuendone la titolarità al Legislativo), oltre alla riforma integrale dell'ordinamento giudiziario. Allo stesso tempo, autorizza il *Comité de Jurisprudence criminelle* a lavorare sulla giuria penale e, conseguentemente, gli dà un implicito mandato ad occuparsi della scala delle infrazioni e delle punizioni.

Ma perché la Costituente ha preferito proprio il settore penale, anche se all'epoca c'erano materie ritenute d'importanza maggiore e che, invece, sono restate al di fuori della disciplina legislativa? In particolare, perché l'Assemblea ha varato un codice penale invece di occuparsi del codice civile, proprio quando la situazione materiale delle famiglie — condizione della donna, regime successorio, etc. — contrastava con i princìpi egualitari fissati dalla *Déclaration des droits*?

Aggiungo che il momento di annunciare questa riforma inaspettata sembra arrivare nella primavera del 1790, allorché l'Assemblea Nazionale decreta in linea di principio l'adozione della giuria penale, modificando sensibilmente l'ordine delle priorità legislative. Come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

risulta dai documenti relativi ai primi nove mesi della legislatura (luglio 1789/marzo 1790), quando il resoconto delle sedute attesta che la redazione di un codice penale moderno non era ritenuta prioritaria dai *rapporteurs* del *Comité de constitution* (Bergasse, Thouret), né da alcuni dei più influenti deputati (come Barère o Le Chapelier). Nelle fonti a stampa consultabili si può facilmente leggere che i due progetti di riforma giudiziaria — firmati da Bergasse in agosto e da Thouret in dicembre — affidano la codificazione penale alle legislature successive: come dire che ogni innovazione del sistema punitivo sarebbe stata rinviata *sine die*.

2. *Centralità della questione penale nel 1789-91.*

Qualcuno potrebbe pensare che lungo l'arco dell'intera legislatura costituente fin dai primi giorni, la questione penale abbia rivestito una crescente importanza in ambito processuale e sostanziale. Chi non ha avuto la possibilità di familiarizzarsi con le dinamiche costituenti e con il contesto rivoluzionario, potrebbe addirittura credere alla linearità di un itinerario riformatore deciso preliminarmente nel rispetto di passaggi istituzionali segnati da tre importanti decreti: il 22 agosto 1789 la *Déclaration des droits* costituzionalizza il principio della stretta legalità dei delitti e delle pene; l'8 ottobre dello stesso anno un decreto-stralcio sulla riforma provvisoria dell'*Ordonnance criminelle* del 1670, seguìto dalla legge di riforma organica dell'ordinamento giudiziario del 24 agosto 1790 che crea le premesse per la codificazione penale del settembre 1791; senza considerare i decreti concernenti la polizia correzionale, le infrazioni militari e quelle rurali.

Questo percorso legislativo — reale e conosciutissimo ma, al tempo stesso, razionalizzato *ex post* — propone l'immagine maestosa di un'Assemblea cartesiana e completamente meta-storica che traccia le coordinate geometriche di un nuovo sistema punitivo e giudiziario, malgrado lo Stato sia alle prese con una crisi di legittimazione senza uguali. Un disegno riformatore che è anche la proiezione penale dei princìpi fissati dalla *Déclaration des droits* e che avrebbe forse avuto qualche possibilità di successo se il Regno fosse stato tranquillo; quando invece la Francia è sempre più in preda all'anarchia amministrativa e alla confusione. Stando così le cose, la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Costituente avrebbe, quindi, agito in preda a un astratto *esprit de géométrie*, lontanissimo dalle esigenze concrete di dar vita alle nuove istituzioni rappresentative e amministrative, curandone, in particolare, l'effettivo funzionamento.

Orbene, la lineare riproposizione di un percorso riformatore pianificato in anticipo che leghi gli articoli penali della *Déclaration des droits* al codice penale del 1791, passando per la riforma giudiziaria, è estranea ai lavori preparatori della codificazione. Aggiungo che i due campi della giustizia e dell'individuazione delle condotte delittuose non sono stati percepiti dai Costituenti come temi di pari importanza. D'accordo su una tempestiva riforma dei tribunali civili e penali, i portavoce del Blocco costituzionale d'Assemblea (17) hanno a lungo esitato prima di dirsi disponibili a varare la riforma del sistema sanzionatorio. Ce lo confermano il « Moniteur universel », il *procès-verbal imprimé* della Costituente e il « Point du Jour » (18), per citare le fonti di più immediata utilità.

La loro lettura attesta la preminenza della riforma giudiziaria, finalizzata alla sostituzione integrale dei tribunali d'*Ancien Régime* da parte di nuove strutture compatibili con la nuova organizzazione costituzionale, distruggendo per sempre la potenza politica dei Parlamenti. L'organizzazione giudiziaria riformata prevede un tribunale penale per dipartimento; ed è evidente che in mancanza di

(17) Per evitare ogni confusione, evito di indicare i gruppi politici presenti alla Costituente, utilizzando definizioni suscettive di differente significato (a partire dal 1791) come Giacobini; o anacronistiche negli anni 1789-91, comme Foglianti (utilizzabile solo a partire dalla seconda metà del luglio 1791). Preferisco, quindi, utilizzare la nozione di Blocco costituzionale d'Assemblea per indicare l'intero gruppo di deputati favorevoli alla redazione scritta di una costituzione all'americana; questo Blocco ha subito diverse modifiche nel corso della legislatura; tra le più significative l'emarginazione dei *Monarchiens* (settembre-ottobre 1789) e la scissione fogliante. Cfr. Roberto MARTUCCI, *El modelo del Noventa y uno. A propósito del intento francés de transición pacífica del Antiguo al Nuevo Régimen constitucional (1789-1791)*, in José María IÑURRITEGUI et José María PORTILLO (Eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1998, pp. 61-77, in particolare pp. 64-67.

(18) Redatto dal deputato Bertrand Barère, questo quotidiano forniva un intelligente riassunto (accompagnato da giudizi e osservazioni di un certo interesse) di tutto ciò che il giorno prima era stato discusso in Assemblea, integrando i dati forniti dallo stringatissimo *procès-verbal imprimé* che non poteva citare i nomi dei deputati intervenuti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cambiamenti nelle regole, i tribunali si atterranno a quanto stabilito dall'*Ordonnance criminelle du mois d'août* 1670, modificata dal decreto 8-9 ottobre 1789 (19). Quanto alle pene, i tribunali appéna istituiti avrebbero continuato a riferirsi all'antica tripartizione in bando (perpetuo o a tempo), galere (perpetue o a tempo), pena di morte (20).

Ora, questo calendario di lavori imperniato su di una riforma integrale dell'apparato giudiziario, lasciato però a convivere con l'*Ancien Régime* punitivo, è gettato all'aria da Adrien Du Port che riuscì a far adottare il principio dell'introduzione immediata della giuria penale, alla fine dell'aprile 1790, salvo redazione del relativo decreto. A partire da questo momento, verbali e resoconti d'aula attestano che il problema penale è ormai uno dei temi di maggiore rilevanza nel calendario della Costituente.

Ma, prima di dare spazio all'intricata vicenda politico-legislativa, è utile soffermare la nostra attenzione sul 'calendario penale' della Costituente, quale ci viene suggerito dalle fonti:

a) il *Résumé des Cahiers de doléances* stilato dalla Cancelleria reale si riferisce in maniera generica alla necessità di riformare i codici civile e penale (21);

b) gli articoli VII, VIII e IX della *Déclaration des droits* sanciscono i princìpi di non retroattività della legge penale, di stretta ed evidente necessità delle pene, e la presunzione di non colpevolezza di ogni imputato prima del processo;

c) l'attenzione continua per la *Lèse-Nation* è attestata dalle reiterate richieste rivolte alla Costituente per una esemplare punizione dei crimini politici;

d) queste istanze, trasformate in mozioni nei *clubs* parigini diventano strumenti di pressione sul *Comité de Constitution* ai fini

(19) Roberto MARTUCCI, *La Costituente e il problema penale in Francia (1789-91). Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz*, Milano, Giuffrè, 1984.

(20) La scala penale prevista dall'*Ordonnance* del 1670 comprendeva, in ordine di gravità decrescente la morte, le galere perpetue, il bando perpetuo, le galere a tempo, il *fouet*, l'ammenda onorevole, il bando a tempo.

(21) Se generico era il riferimento al codice, viceversa unanimi erano stati i tre Ordini nel richiedere la riforma della giustizia penale, cfr. Robert BADINTER, *Naissance d'une Justice*, in Robert BADINTER (sous la direction de), *Une autre Justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della redazione urgente di un decreto speciale che sanzioni i crimini di *Lèse-Nation*;

e) l'adozione della giuria penale rende improcrastinabile la predisposizione di una scala di pene tassativamente determinate in sede legislativa;

f) nel nuovo codice penale lo spazio auspicato per la *Lèse-Nation* resta vuoto, dato che questa fattispecie, indeterminata e a struttura aperta, non viene affatto sostituita dalla previsione normativa di crimini contro la sicurezza esterna e interna dello Stato.

D'altra parte, chi ha puntato le sue carte sulla scommessa penale? Quesito d'una certa rilevanza, dato che i dibattiti legislativi sono lì a ricordarci che l'attenzione vieppiù crescente per la questione penale non è stata il prodotto di scelte emotive e casuali. I verbali ufficiali e i resoconti pubblicati sui giornali più letti attestano inequivocabilmente che il *Comité de Constitution* per parecchi mesi non ha creduto realizzabile una codificazione penale in tempi rapidi e che solo nell'aprile 1790 Thouret ha accettato — e la Costituente ha votato — l'adozione della giuria penale, aprendo le porte al nuovo codice penale. Ebbene, quest'impegno codificatorio ha visto in prima fila uno dei Comitati meno conosciuti dell'Assemblea Nazionale, sul quale converrà soffermare la nostra attenzione, non prima di aver chiarito un aspetto preliminare.

3. *Come coniugare rito penale e condotte incriminate.*

Ho ragione di credere che lo stretto legame tra nuovo ordinamento giudiziario e riforma penale sia stata la conseguenza di una strategia predisposta per contrastare la pressione sezionaria parigina, inscatolando il preteso crimine di *Lèse-Nation* all'interno di un sistema di condotte delittuose predefinite e sanzionate legalmente. È anche certo che all'inizio del suo mandato il secondo *Comité de Constitution* (22), composto da giuristi di notevole valore, non fosse

(22) Il secondo *Comité de Constitution*, eletto al posto di quello egemonizzato dai *Monarchiens*, è restato in carica due anni: dal 15 settembre 1789 fino al 31 settembre 1791; commissari: Emmanuel Siéyès, Jean-Nicolas Desmeuniers, Guy Le Chapelier, Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord, Jacques-Guillaume Thouret, Jean-Paul Rabaut Saint-Étienne, Gui-Jean-Baptiste Target, François-Denis Tronchet. Su quest'importante organismo rinvio a due miei lavori: *L'ossessione costituente. Forma di governo e costitu-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pienamente convinto di questo. Non era quindi dell'idea che fosse urgente disciplinare le condotte criminose tramite un nuovo codice. Lo dimostra il contenuto del progetto di riforma giudiziaria del dicembre 1789/febbraio 1790 e l'iniziale, implacabile, opposizione di eminenti giuristi quali gli avvocati Thouret, Target ([23]) e Tronchet contro ogni proposta d'introduzione immediata della giuria penale nel nuovo ordinamento giudiziario. E se l'adozione della giuria penale avrebbe richiesto l'immediata codificazione di un coerente sistema di pene da applicare alle condotte criminose punite dai giudici popolari, al contrario, un rinvio della riforma del processo penale avrebbe implicato l'accantonamento della ridefinizione legislativa del sistema sanzionatorio.

Ma proprio in questo primo semestre della legislatura, quando il *Comité de Constitution* si era completamente dedicato alla redazione dei progetti relativi a quattro grandi riforme — municipale, dipartimentale, elettorale, giudiziaria — la Municipalità parigina, su proposta di Brissot, aveva dato vita a una inquietante polizia politica finalizzata alla 'repressione in via preventiva' dei crimini di *Lèse-Nation* ([24]). Galvanizzato dal brio inquisitorio del Triumvirato poliziesco (Brissot, Garan de Coulon, Agier ([25])), il *Comité des recher-*

---

zione nella Rivoluzione francese (1789-1799), Bologna, Il Mulino, 2001, e *Le pivot de la Constituante. À propos du Comité de Constitution (1789-1791)*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 651-663.

([23]) Guy-Jean-Baptiste Target (1733-1806), avvocato al Parlamento di Parigi, membro dell'*Académie Française*, difensore del cardinale de Rohan nell'*Affaire du Collier de la Reine* giudicato dalla *Tournelle* sotto la presidenza di Louis-Michel Le Peletier de Sain-Fargeau, protagonista dei lavori della Costituente, rifiuta la difesa di Luigi XVI; *rallié* al 18 brumaio, svolge un ruolo eminente nella riforma penale napoleonica.

([24]) Cfr. Roberto MARTUCCI, *Qu'est-ce que la lèse-Nation? À propos du problème de l'infraction politique sous la Constituante*, in « Déviance et Société », 1990, Vol. 14, No 4, pp. 377-393.

([25]) Il *Comité de Recherches* municipale aveva sei commissari, ma i tre che identifico nel *Triumvirat policier* hanno condotto in prima persona le inchieste più importanti; bisogna tener presente che i biografi di Brissot non amano soffermarsi sulla vocazione poliziesca del futuro *leader* girondino, a costo di evitare la citazione di un famoso saggio di Robert DARNTON, *The grub-street style of Revolution: J. P. Brissot, police-spy*, in « Journal of Modern History », 40 (1968), pp. 301-327 [ho utilizzato la tr. fr. Di Éric De Grolier: *Bohème littéraire et Révolution: Brissot de Warville, espion de Police*, in Robert DARNTON, *Bohème littéraire et Révolution. Le monde des livres au XVIII*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ches de la Ville de Paris perseguiva crimini mai definiti legalmente, alimentando un'effervescenza continua e crescente negli ambienti più creduloni ed estremisti delle sezioni della capitale, rinforzando oltre misura la fama rivoluzionaria dei capi del Comitato inquirente municipale.

Contro questa deriva poliziesca alimentata incessantemente dal continuo rilancio della mobilitazione rivoluzionaria nelle sezioni parigine, spendendo l'argomento pericolosissimo del diritto del popolo di farsi giustizia dei propri nemici, il giurista Adrien Du Port ha l'intuizione di rispondere sul terreno della politica criminale (26). Egli si propone, quindi, di bilanciare la diffidenza dell'estremismo parigino nei confronti di una giustizia amministrata da giudici di professione — benché si trattasse di giudici eletti dai cittadini con un mandato di sei anni — introducendo la giuria penale come giudice del fatto. Estratti a sorte nelle liste del milione di cittadini eleggibili alla funzione di *électeur* (vale a dire, membro dell'assemblea elettorale dipartimentale abilitata a procedere con elezione di secondo grado alla designazione dei deputati, dei giudici e dei consiglieri dipartimentali), i giurati avevano un'estrazione sociale vicina a quella dei militanti di sezione. Si trattava indubbiamente di una scommessa giocata sull'effetto decongestionante dell'estrazione a sorte di propri simili; ma era, comunque, una mossa politicamente ben pensata.

Nella sua azione volta alla riforma immediata e integrale del sistema penale — nuove disposizioni incriminatrici da collocare a fianco del nuovo rito accusatorio — Adrien Du Port trovò come alleati due colleghi appartenenti come lui alla crema giudiziaria, la *Haute Robe*. Si trattava, per altro, di eminenti giuristi: Bon-Albert

---

siècle, Paris, Gallimard, 1983, pp. 43-69]. L'avvocato Pierre-Jean Agier, dopo aver servito come giudice tutti i regimi successivi alla Costituente, Restaurazione compresa, fu incaricato nel 1816 d'insediare la *Cour prévôtale* del dipartimento della Senna; cfr. Roberto MARTUCCI, *Quatre-vingt-neuf ou l'ambiguïté. Aperçu sur la liberté personnelle et la détention avant jugement sous la Constituante (1789-1791)*, in Philippe ROBERT (Ed.), *Entre l'ordre et la liberté, la détention provisoire. Deux siècles de débats*, Paris, L'Harmattan, 1992, pp. 41-60.

(26) Cfr. Roberto MARTUCCI, *La Robe en question: Adrien Du Port et le Jury criminel (29-30 mars 1790)*, in « La Revue Tocqueville/The Tocqueville Review », 1997, vol. XVIII n. 2, pp. 25-47.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Briois de Beaumetz, *Premier président du Conseil supérieur d'Artois*, e Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau, *président à mortier au Parlement de Paris*. Adrien Du Port, pilastro del Triumvirato (27) che coordinava il Blocco costituzionale, e due deputati di media notorietà come Beaumetz e Le Peletier hanno rovesciato il calendario legislativo della Costituente, imponendo la presa in considerazione di un oggetto di cui nessuno percepiva o apprezzava l'urgenza.

Siffatta prospettiva imponeva di elaborare una strategia d'intervento legislativo compatibile con i metodi di lavoro della Costituente che aveva cominciato fin dal mese di luglio 1789 — sull'esempio del Congresso statunitense — ad affidare a Comitati tecnici di pochi elementi la preparazione dei grandi dibattiti assembleari. E quei tre deputati-giuristi hanno scelto di operare all'interno di un organismo considerato tecnico e provvisorio nel 1789, ma destinato a connotare profondamente l'età costituente: il *Comité de Jurisprudence criminelle*.

Vale la pena di sottolineare una circostanza sulla quale da tempo mi capita di riflettere. Du Port e Le Peletier si fanno eleggere in quest'organismo alla fine del gennaio 1790, malgrado il Comitato sembri destinato a finire i suoi giorni nella semplice gestione dell'*impasse* del decreto 8-9 ottobre 1789 di riforma provvisoria dell'*Ordonnance criminelle* (28). Ebbene, che un *leader* di primo piano, qual è in quel momento Adrien Du Port, accetti di entrare in un Comitato di seconda fila, è un evento che pone allo storico un problema di interpretazione delle fonti. Tenuto conto del fatto che lo scontro assembleare a proposito della riforma immediata del processo penale (su cui Thouret non era d'accordo) comincia nella seduta del 29 marzo 1790 (29), l'elezione di Adrien Du Port nel

(27) I principali *leaders* del Blocco erano stati ribattezzati con sarcasmo Triumviri da Mirabeau che, a volte, giocando con le parole parlava anche di *Triumguesat* (*guet* = agguato): cioè "i Tre dall'agguato facile"; si trattava di Adrien Du Port, Antoine Barnave, Charles de Lameth.

(28) Cfr. Roberto MARTUCCI, *La Costituente e il problema penale in Francia*, cit., pp. 139-191.

(29) Con la presentazione da parte di Adrien Du Port di un suo importante contro-progetto: *Principes et Plan sur l'établissement de l'Ordre judiciaire*. Par M. Du Port, Député de Paris. Imprimé par ordre de l'Assemblée Nationale, à Paris, de l'Imprimerie Nationale, 1790, pp. 2-114.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Comité de Jurisprudence criminelle alla fine di gennaio — cioè, appena otto settimane prima — appare indizio univoco di una manovra parlamentare preparata da tempo (30).

Ma è, soprattutto, la presenza di Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau a rappresentare un ulteriore indizio che rinforza la presunzione di un'azione preliminarmente concertata dal *Parti de la réforme criminelle* (31) e destinata a celebrare l'indispensabile matrimonio tra rito (l'intervento della giuria nel processo) e regola (la disciplina legislativa delle condotte criminose). Che un personaggio timido e riservatissimo quale fu senza dubbio Saint-Fargeau (32) abbia accettato la candidatura e l'elezione nel Comitato equivale a prospettare la tesi che gli si fosse assicurato che il *Comité de Jurisprudence criminelle*, sul quale siamo in procinto di soffermare la nostra attenzione, aveva alte probabilità di giocare un ruolo da protagonista nella redazione di quel codice penale moderno immaginato (e forse sognato) dal presidente Saint-Fargeau negli anni di attività al Parlamento di Parigi.

4. *Un protagonista sottovalutato (e misconosciuto): il* Comité de Jurisprudence criminelle *dell'Assemblea Costituente.*

Il *Comité de Jurisprudence criminelle* — inquadrato marginalmente da Castaldo (33) — non solo non ha attirato su di sé l'attenzione degli storici, ma, quando viene citato, il riferimento pecca in larga misura di approssimazione (34).

---

(30) Quasi certamente concertata alle spalle degli avvocati Thouret, Target e Tronchet, membri del *Comité de Constitution* dichiaratisi contrari a mettere in calendario la riforma penale nel corso della legislatura costituente.

(31) Cfr. Roberto MARTUCCI, *Le parti de la réforme criminelle à la Constituante*, in *La Révolution et l'ordre juridique privé*, cit., I, pp. 229-239.

(32) Sulla figura di Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau, v. *infra* § 7 pp. 131-134.

(33) André CASTALDO, *Les méthodes de travail de la Constituante*, Paris, P.U.F., 1989, p. 219.

(34) Cfr. Renée MARTINAGE, *Les origines de la pénologie dans le code pénal de 1791*, in *La Révolution et l'ordre juridique privé*, cit., I, pp. 15-29 utilizza l'espressione « comité de rédaction » (pp. 19, 20) attribuendogli come presidente Le Peletier de Saint-Fargeau (p. 20) che era, più semplicemente, uno dei quattro *rapporteurs* segnalati dai resoconti (Beaumetz, Tronchet, Du Port, Le Peletier); il medesimo autore nel saggio *Les innova-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questa forma di semi-ricordo sempre in procinto di trasformarsi in semi-oblìo può essere la conseguenza di due cause differenti. Alle *Archives Nationales* non si trovano le carte del Comitato, e non essendoci traccia dei suoi *procès-verbaux* ciò ha impedito qualunque approfondimento erudito su questo misconosciuto protagonista della legislatura costituente; ci si è dimenticati di lui persino in età positivista quando si è scritto di tutto, lasciando in eredità solidi studi di sintesi. E in effetti, l'assenza di una solida base di partenza (una monografia come quella dedicata da Séligman alla riforma giudiziaria (35)), suscettiva di attirare l'attenzione degli storici delle generazioni future, rende quasi impossibile un corretto riferimento al Comitato persino nei lavori di sintesi più accreditati. Per di più, l'abitudine sempre più diffusa di basare i propri riferimenti preferibilmente su dei libri altrui invece che sulle fonti dell'epoca — a titolo esemplificativo: « Moniteur », « Point du Jour » o lo stesso *procès-verbal imprimé*, colpito da un oblìo inspiegabile che lambisce la *damnatio memoriæ* — azzera ogni possibilità di riflettere sull'importanza del Comitato (36). Ne consegue che l'assenza di studi eruditi consacrati alla struttura e ai lavori del *Comité de Jurisprudence* ha fino ad ora impedito di riconoscergli quel ruolo di primo piano che ha effettivamente ricoperto, come qualificatissimo laboratorio di ricerca, nella genesi della moderna codificazione penale.

Eppure, esiste un'altra fonte, anch'essa sottovalutata se non semi-sconosciuta, suscettiva di fornire chiarimenti supplementari brevi, ma interpretabili. È la *Notice* ufficiale redatta dall'ex costituente Camus, da tempo trasformatosi in archivista capo dell'Assemblea, e indirizzata al deputato Vergniaud, in procinto di diventare uno dei più importanti *leaders* della Legislativa. Al nostro

---

tions des constituants en matière de répression, in Robert BADINTER (sous la direction de), *Une autre Justice*, cit., pp. 105-126, insiste sull'attribuzione della presidenza del Comitato à Le Peletier de Saint-Fargeau (p. 110).

(35) Edmond SELIGMAN, *La Justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*, Paris, Plon-Nourrit, 1901, tomes 2.

(36) Proprio per le considerazioni appena sviluppate, non posso non richiamare l'importanza del libro di Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., in particolare del sotto-capitolo « Les travaux du Comité de Législation criminelle », pp. 97-102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Comitato Camus dedica poche righe, ermetiche sì ma non prive di interesse:

> « *Comité de Législation criminelle.*
> Il n'a été remis aux archives aucun carton du Comité de Législation criminelle. Son travail consista d'abord dans des réformes provisoires à l'Ordonnance de 1670. Le Comité s'occupa ensuite de l'institution des jurés avec le Comité de Constitution, & de la rédaction du code pénal.
> La législation criminelle n'est plus la seule dont il doive être question. La législation entière, tant civile que criminelle, appelle toute l'attention de l'Assemblée: c'est un établissement absolument nouveau à former, & pour lequel il est possible, comme on l'a dit, qu' il se trouve des mémoires dans les cartons du Comité de Constitution » (37).

La *Notice* di Camus, estremamente laconica, racchiude diversi indizi suscettivi di essere analizzati, correlati, sviluppati. Innanzi tutto, la *Notice* ci dice che il Comitato non ha « remis aux archives aucun carton »; in secondo luogo, che il Comitato ha lavorato in tre settori: riforma-stralcio dell'*Ordonnance Criminelle* del 1670, giuria e codice penale. Un passaggio della *Notice* concerne la codificazione penale: i due *Comités de Jurisprudence et de Constitution* hanno lavorato assieme, nella forma definita dalle fonti come « Comités réunis ». Camus, infine, considera la possibilità « qu' il se trouve des mémoires » del *Comité de Jurisprudence* « dans les cartons du Comité de Constitution ».

Lo spoglio completo dei due terzi dei cartoni del *Comité de constitution* (38) mi permette di essere parzialmente pessimista sul punto. È invece possibile che i documenti non siano dove dovrebbero essere, ma altrove; e sta allo storico di formulare qualche plausibile ipotesi in merito. Considero, dunque, la possibilità che note e minute redatte dai commissari siano restate tra gli incartamenti dei deputati Du Port, Beaumetz et Le Peletier, a più riprese

(37) Armand-Gaston CAMUS, *Notice générale et particulière des travaux des Comités de l'Assemblée-Nationale-Constituante, et état de ces travaux au 30 Septembre 1791; par M. Camus, archiviste de l'Assemblée Nationale, député à l'Assemblée Constituante*, allegato a Pierre-Victurnien VERGNIAUD, *Rapport de M. Vergniaud sur l'état des travaux de l'Assemblée-Nationale-Constituante au 30 Septembre 1791; Suivi d'une Notice de ces Travaux, par M. Camus. Imprimé par ordre de l'Assemblée Nationale*, à Paris, de l'Imprimerie nationale, 1791, p. 9.

(38) Spoglio effettuato per diversi mesi a partire dal 1981 presso le *Archives Nationales* di Parigi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relatori per conto dei *Comités réunis*. È anche possibile che le carte dei deputati Du Port et Beaumetz, emigrati nel 1792, siano state sequestrate dalla polizia e poi consegnate a qualcuno dei Comitati della Convenzione Nazionale. Come non è da escludere che Le Peletier de Saint-Fargeau, eletto alla Convenzione (e trucidato il 20 gennaio 1793), abbia consegnato appunti e minute al collega Philippe-Antoine Merlin (de Douai) — già con lui alla Costituente — giurista di primo piano e membro del *Comité de Législation civile et criminelle* della nuova Assemblea, nonché futuro redattore del codice del 3 brumaio anno IV. Anche se non è da escludere che quei documenti siano entrati in possesso di Cambacérès, presidente del *Comité de Législation* e legato a Le Peletier, come non manca di ricordare nei suoi *Mémoires* (39). Possono essere piste di ricerca da percorrere, e sono di sicuro interesse.

D'altra parte, è possibile ricostruire l'attività del *Comité de Jurisprudence criminelle* utilizzando due fonti a stampa: il *procès-verbal imprimé* e il resoconto delle sedute (pubblicato nella rubrica *Bulletin de l'Assemblée Nationale* del « Moniteur ») che registrano interventi dei deputati-commissari, *rapports*, *projets de décrets*. Ne risulta una radiografia della presenza ufficiale del *Comité de Jurisprudence criminelle*, sufficiente a lumeggiare la sua attività come anche le forme di cooperazione con gli altri Comitati dell'Assemblea Nazionale: *Constitution*, *Judicature* e *Lettres-de-cachet*.

Una prima puntualizzazione erudita riguarda la denominazione del Comitato. Nella *Notice* l'ex costituente Camus lo cita come *Comité de Législation criminelle*; al contrario, in queste pagine come nei precedenti lavori, mi riferisco sempre al *Comité de Jurisprudence*. Delle due l'una: o parliamo di Comitati differenti, oppure sembrerebbe opportuno dare credito a uno dei protagonisti del dibattito costituente. Eppure, ci occupiamo dello stesso oggetto e dello stesso Comitato, inoltre, Camus ha ragione senza che io abbia torto.

Insediato a titolo provvisorio dal voto del 10 settembre 1789, il Comitato resta in carica durante l'intera legislatura cambiando denominazione ufficiale otto volte, sei delle quali nel solo primo quadrimestre di vita settembre-dicembre 1789.

Armand-Gaston Camus, scrivendo nella prima settimana del-

(39) Cfr. Jean-Jacques Régis de Cambacérès, *Mémoires inédits*, cit., I, p. 124.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'ottobre 1791 ha semplicemente memorizzato l'ultima e definitiva denominazione ufficiale, quella di *Comité de Législation criminelle*, già registrata nel prospetto dei *Comités de l'Assemblée Nationale* pubblicato dall'*Almanach Royal* (40). A nome del Comitato essa è utilizzata per la prima volta nel frontespizio del *Rapport* Saint-Fargeau, di cui « l'impression et la distribution » furono « demandées et décrétées » nella seduta del 23 maggio 1791 (41). Per tutto il 1790 e nel primo quadrimestre del 1791 le fonti utilizzano la denominazione proposta in questo scritto. Ma, avendo prospettato da tempo un problema sistematicamente eluso in sede storiografica, mi sembra opportuno riproporre in questa sede i cambiamenti registrati dai verbali nella denominazione ufficiale.

Come capita in simili situazioni, all'inizio il *procès-verbal* utilizza il numero di commissari per identificare un Comitato: basti pensare al *Comité des Cinq*, l'organismo provvisorio incaricato il 5 agosto 1789 di redigere un progetto di *Déclaration des droits*. Il 10 settembre 1789 l'Assemblea Nazionale istituì su proposta di Beaumetz un *Comité de sept personnes chargées de quelques réformes dans l'Ordonnance criminelle* (42). Indicato successivamente come *Comité des Sept*, assume poi il nome intensamente programmatico di *Comité pour la réforme de la Jurisprudence criminelle* per divenire, infine, *Comité de Jurisprudence criminelle*.

La prima denominazione — quella lunghissima di *Comité de sept personnes chargées de quelques réformes dans l'Ordonnance criminelle* — ne indica lo *status* provvisorio. Eletto dai *Bureaux*

(40) Cfr. *Almanach Royal*, année commune M. DCC. XCI. Présenté à Sa Majesté pour la première fois en 1699. Par Laurent D'Houry, Éditeur, à Paris, De l'Imprimerie de la Veuve D'Houry, [s. d. ma 1790], p. 136; nell'edizione dell'anno precedente M. DCC. XC (pubblicato alla fine del 1789), p. 147, era indicato semplicemente come *Comité de Législation*: si può ipotizzare che nell'uso corrente le lunghissime denominazioni ufficiali registrate nei verbali venissero così sintetizzate, fino ad influenzare l'ultima denominazione ufficiale destinata poi a perpetuarsi nell'analogo organismo della Legislativa e della Convenzione Nazionale.

(41) Suite du procès-verbal de l'Assemblée Nationale, n. 659. *Du Lundi 23 mai* [1791], à Paris, chez Baudouin, (s. d.), p. 11, citato da questo momento come p. v.i., seguito dal numero progressivo e dagli estremi della seduta.

(42) Cfr. p. v.i., cit., n. 71. *Du Jeudi 10 septembre* [1789], *au soir*, p. 10; « Le Point du Jour ou Résultat de ce qui s'est passé la veille à l'Assemblée Nationale », n. LXXVIII du Dimanche 13 Septembre 1789, pp. 360-361.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'Assemblea il 14 settembre (43) e concepito per restare in carica il tempo strettamente necessario per la redazione del progetto, il Comitato sembra estraneo all'antagonismo che contrappone i *Monarchiens anglomanes* agli altri *leaders* del Blocco costituzionale, raggruppati per il momento attorno all'*abbé* Siéyès. Questa lontananza da passioni antagoniste — che avevano appena contribuito a spezzare l'antico *Parti patriote* — è confermata dalla scelta del primo commissario: il conte Trophyme-Gérard de Lally-Tolendal, che ha appena rassegnato le dimissioni dal primo *Comité de Constitution* viene invece eletto nel nuovo organismo, malgrado questo deputato sia percepito dai colleghi come un *leader* declassato. Ma nella sua persona i colleghi sentono di dover onorare il simbolo vivente degli errori giudiziari d'*Ancien Régime* (44); la designazione degli altri commissari premia invece la competenza: tre magistrati di rango parlamentare (i Primi presidenti Beaumetz e Le Berthon e il consigliere Fréteau) e tre celebrità del Fòro (gli avvocati Target, Thouret, Tronchet).

La composizione del Comitato viene modificata il 22 gennaio 1790, i commissari diventano otto e risulta rafforzata la presenza della *Haute Robe*, di estrazione parlamentare: adesso quattro commissari sono parlamentari (Beaumetz, Fréteau, Du Port, Le Peletier de Saint-Fargeau); l'avvocato Tronchet resta al suo posto; risultano poi eletti l'avvocato Dinocheau e il duca La Rochefoucauld d'Enville, pilastro del *Comité de Mendicité* (di cui continua a restare membro) e, in gioventù, segretario di Benjamin Franklin (45) nonché traduttore di tutte le costituzioni nordamericane (46); come ottavo commissario viene aggiunto un altro magistrato, François de Cha-

(43) Cfr. p. v.i., cit., n. 74. *Du Lundi 14 septembre* [1789], *au soir*, p. 8.

(44) Suo padre Thomas-Arthur de Lally, barone di Tolendal, generale e governatore delle Indie francesi, vinto dagli Inglesi a Madras, assediato a Pondichéry e obbligato ad arrendersi, processato e condannato a morte, fu giustiziato a Parigi il 9 maggio 1766 per poi essere riabilitato nel 1778 a seguito di una campagna promossa da Voltaire: cfr. *Fragmens historiques sur l'Inde, sur le Général Lally et sur plusieurs autres sujets* [1773].

(45) Cfr. Denis LACORNE, *L'Invention de la République. Le modèle américain*, Paris, Hachette, 1991, p. 172.

(46) *Ibidem*, pp. 78, 171, 173, 190.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

brol, *Lieutenant criminel* della *Sénéchaussée* d'Auvergne (47). Escono di scena il Primo presidente Le Berthon, vecchio antagonista di Du Paty; l'avvocato Thouret, impegnatissimo nel *Comité de Constitution* di cui è l'architrave; infine, l'avvocato Target che, probabilmente non condivideva del tutto gli indirizzi di politica criminale perseguìti dal Comitato, a giudicare dall'astio con cui si sarebbe espresso durante il Consolato.

Ad appena due mesi di distanza da un rimpasto che ne ha stravolto l'organigramma, il *Comité de Jurisprudence criminelle* è presentato come candidato ideale per condurre in porto il progetto di codificazione penale. Il 29 marzo 1790, prendendo la parola nella discussione generale sulla riforma giudiziaria, Adrien Du Port insiste sulla concreta fattibilità di una riforma integrale della legislazione penale. In quella sede, egli avanza esplicitamente la candidatura del Comitato in cui si è fatto eleggere, asserendo che l'organismo (divenuto nel frattempo permanente) ha la possibilità di completare il lavoro in breve tempo:

> « Nommez un Comité, Messieurs, ou plutôt, prenez celui que vous avez déjà pour la Jurisprudence; & si vous lui en donnez l'ordre positif, je ne doute pas qu' en moins d'un mois ou six semaines, il ne vous apporte tous les changemens que le nouvel ordre de choses rend nécessaires; j'ose en répondre pour lui, comme j'ose lui répondre qu'il se sera fait peu de travaux ici plus dignes de la reconnaissance publique, & de l'estime des bons Citoyens » (48).

Aggiungo che, a mio avviso, non si trattava di una iniziativa improvvisata ma, a giudicare dal brano citato, di una proposta già concertata con i colleghi, come sembra ammettere lo stesso triumviro utilizzando una formula estremamente impegnativa come « oso risponderne per lui ».

A séguito dell'autocandidatura avanzata da Adrien Du Port, il Comitato può, dunque, cominciare i suoi lavori senza, per altro, riempire uno spazio vuoto, essendo obbligato a rispettare il contesto di stretta legalità dei delitti e delle pene delineato in modo cogente

(47) Cfr. p. v.i., cit., n. 182. *Du Samedi 23 janvier* [1790], *au matin*, p. 2.

(48) *Principes et Plan sur l'établissement de l'Ordre judiciaire*, par M. Du Port, député de Paris, *imprimé par ordre de l'Assemblée Nationale*, [à Paris, chez Baudouin, 1790], p. 100.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dai princìpi fissati dalla *Déclaration des droits*. Proprio su questi princìpi gioverà soffermare la nostra attenzione, interrogandoci anche sul ruolo della *Déclaration* nel contesto costituente dell'agosto 1789. Risulta, infatti, chiaro dai lavori preparatòri nel loro complesso che il voto di un testo così formulato avrebbe costituito una vera e propria ipoteca sulle coordinate del nuovo sistema costituzionale e sulle leggi organiche votate durante la legislatura.

5. *L'astuzia declaratoria, una ipoteca sui contenuti della costituzione.*

Le disposizioni penali della *Déclaration des droits* giocano un ruolo fondamentale nel fissare i princìpi generali del nuovo sistema punitivo; lo ammettono anche quegli studiosi che danno un giudizio severo sulla presunta incoerenza interna al testo, insistendo ostinatamente sui suoi vizi tecnici e, in particolare, sul fatto che i suoi princìpi « ne font pas l'objet d'un exposé ordonné et cohérent » (49).

Il testo della *Déclaration des droits* è stato oggetto di analisi finissime. Lungo l'intero arco dei secoli XIX e XX è stato di volta in volta apprezzato o criticato da quegli interpreti che hanno fatto capire che essi, qualora si fossero trovati al posto dei Costituenti, avrebbero legiferato molto meglio. Quindi, elogi generici per un testo lodato come testimone dello spirito riformatore proto-rivoluzionario. Ma anche critiche sempre più pignole e severe, quando dal livello generale e astratto si passa all'esame della struttura della *Déclaration*.

Prima di soffermarci sui princìpi penali della *Déclaration*, mi sembra opportuno rievocare il contesto redazionale di un decreto i cui lavori preparatori — quando li si esamini accuratamente — rivelano una natura proteiforme.

La *Déclaration* è certo un indicatore del clima politico dell'epoca, un pezzo significativo dell'eredità americana passata dalle mani di Thomas Jefferson a quelle di La Fayette. Ma io considero la *Déclaration* anche alla stregua di un 'pretesto' pre-costituzionale che consente di organizzare l'imminente emarginazione dei *Monarchiens*

(49) Cfr. Jean-Marie Carbasse, *Le droit pénal dans la Déclaration des droits*, in « Droits. Revue française de théorie juridique », 1988, 8, p. 123.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anglomanes, proprio quando essi sembrano muovere le fila del gioco costituente all'interno del *Comité de Constitution*. Come ho già anticipato, il contenuto della *Déclaration* — uguaglianza, libertà, sovranità nazionale, regime rappresentativo, supremazia del Legislativo — stabilisce un'autentica ipoteca sui contenuti della costituzione e delle leggi organiche. In questa prospettiva, ritengo che nel corso della legislatura la *Déclaration* abbia assunto il ruolo di una norma sulla produzione di norme; suggerisco, quindi, una lettura in qualche modo kelseniana del posto apicale che essa occupa nella piramide legislativa costituente.

Apparentemente, la discussione sulla *Déclaration des droits* comincia nella seduta del 1° agosto 1789 verso mezzogiorno e termina il 26 agosto (50). Ma queste date ingannano, dato che l'Assemblea Nazionale riuscì a mettere l'argomento all'ordine del giorno solo dopo il 12 agosto: infatti, la seduta-fiume conosciuta come « notte del 4 agosto » ha sconvolto il calendario dei lavori, creando una cesura durata lo spazio di una settimana nel normale svolgimento dell'attività legislativa. Detto questo, resta da aggiungere che quando finalmente la *Déclaration* attira l'attenzione generale, l'Assemblea ha alle proprie spalle un drammatico mese di esistenza che da solo ne vale parecchi e dei più agitati. Soffermiamo la nostra attenzione su qualche data: 12 luglio, licenziamento di Necker; 14 luglio, presa della Bastiglia; fine luglio, lacerazione dell'omogeneità del *Comité de Constitution*; 4 agosto, abolizione del regime signorile; 11 agosto, voto del decreto che costituzionalizza i provvedimenti adottati la notte del 4 agosto; 12 agosto, nomina di un nuovo Comitato che potrebbe entrare in concorrenza con lo stesso *Comité de Constitution* guidato dal *monarchien* Mounier, sempre al suo posto ma sempre meno capace di dirigere i lavori parlamentari.

Orbene, questo mese è segnato anche dalla differente interpretazione data dai *Monarchiens anglomanes* al ruolo della *Déclaration* rispetto a come lo concepivano gli altri esponenti del Blocco costituzionale. I *Monarchiens* — che nei mesi di luglio-agosto 1789

(50) Cfr. *Réimpression de l'ancien Moniteur seule histoire authentique et inaltérée de la Révolution française*, Paris, Henri Plon, Imprimeur-éditeur, 1858, I, pp. 278-333; citato in seguito come « Moniteur », *réimpression*, seguìto dall'indicazione di volume e seduta.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nutrono ancora la convinzione di egemonizzare il Blocco costituzionale — pensano che si tratti di un testo inutile, in considerazione del fatto che le disposizioni fondamentali sull'uguaglianza dei cittadini e sull'esercizio dei poteri pubblici sarebbero state inserite nella costituzione e da essa garantite. Viceversa, gli altri capi del Blocco costituzionale — per il momento raggruppati attorno a Siéyès — condividono con i *Monarchiens* l'idea che la costituzione debba strutturare i poteri pubblici in modo razionale sulla base di un mandato popolare (principio rappresentativo), ma divergono da essi riguardo alla struttura del Legislativo (che vogliono monocamerale), e sull'estensione della prerogativa regia (sono contrari al veto assoluto del re sugli atti legislativi).

Le decisioni sull'ordine dei lavori (se inserire o meno la *Déclaration* in calendario) e sul contenuto di ogni decreto diventano, allora, le autentiche pietre miliari del percorso costituente. Così, una volta decretato il principio che la costituzione sarà preceduta da una *Déclaration*, assume rilevanza strategica redigere in modo prescrittivo e univoco il contenuto di ogni articolo. Detto in altro modo, attribuire determinati contenuti a una disposizione declaratoria, equivale a ipotecare il futuro contenuto della costituzione, dato che essa non potrà negare i princìpi fondamentali sanciti dalla *Déclaration*.

Se il Blocco costituzionale, alla stregua di un partito o di un moderno gruppo parlamentare, fosse stato caratterizzato da una disciplina rigida, sarebbe stato forse possibile accordarsi sul testo di un progetto tecnicamente blindato. Invece, il Blocco costituzionale, per come ci viene presentato dalle pagine della stampa dell'epoca, presenta una geometria variabile a seconda degli argomenti in discussione e delle poste in gioco. Se i suoi *leaders* avessero messo in votazione un testo omogeneo e completo, quasi inemendabile, forse sarebbero finiti sotto scacco, favorendo la nascita immediata di un Blocco di oppositori. Invece, discutendo un testo anonimo come quello redatto dal VI *Bureau* dell'Assemblea Nazionale, e proponendo solo in un momento successivo degli emendamenti articolo per articolo, i *leaders* vicini a Siéyès avrebbero avuto la possibilità di legiferare utilizzando una prassi analoga a quella del precedente giurisprudenziale. È esattamente quel che accade quando Du Port o Barnave apostroferanno i propri colleghi, dicendo: « Messieurs vous

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vous devez conformer aux principes que vous mêmes avez librement adoptés ». Ci troviamo senza dubbio di fronte all'astuta evocazione di un precedente legislativo presentato come cogente, ma essa permette di pilotare il lavoro redigente.

Il 12 agosto 1789 l'Assemblea Nazionale vota il decreto istitutivo di un *Comité des Cinq*, abilitato ad esaminare i diversi progetti di *Déclaration*; si tenga presente che non avrebbero potuto farne parte quei deputati che avessero presentato propri progetti:

> « cette Motion portoit aussi que les Membres de ce Comité ne seroient choisis que parmi ceux qui n'ont jusqu' à présent fait publier aucun projet de Déclaration » (51).

In base a questa clausola nessuno dei principali deputati sarebbe stato eletto commissario; in primo luogo, nessuno dei due antagonisti Siéyès e Mounier — in quel momento considerato il presidente del *Comité de Constitution* — portavoce dei *Monarchiens*. D'altra parte, la proposta con la relativa clausola di esclusione era stata presentata da Jean-Nicolas Desmeuniers, vicino all'*entourage* di Siéyès, studioso apprezzato ma, soprattutto, membro minoritario del *Comité de Constitution*.

È possibile che nessuno abbia diffidato di una proposta vòlta ad escludere proprio i deputati più noti ma, di fatto quella mozione tagliava fuori dalla discussione l'intero *Comité de Constitution*, o, per meglio dire, la sua componente maggioritaria *monarchienne*. Né ci si può nascondere il fatto che il *Comité des Cinq* rappresentasse una specie di doppione del *Comité de Constitution* in un campo di sua strettissima competenza.

Orbene, l'iniziativa di nominare un nuovo organismo pone, ancora una volta, un problema d'interpretazione degli eventi, più che di ricostruzione di fatti conosciutissimi nella loro dinamica apparente. Con tutta evidenza il nuovo Comitato viene istituito dato che i *Monarchiens*, maggioritari nel *Comité de Constitution* (esprimono cinque commissari su otto (52)) sono contrari alla redazione di

(51) P.v.i., cit., n. 48. *Du Jeudi 12 août* [1789], p. 2.

(52) Membri del *Comité de Constitution* eletti il 14 luglio 1789: *Monarchiens* (Mounier, Clermont-Tonnerre, Lally-Tolendal, Champion de Cicé, Bergasse), *Côté monocaméríste* (Siéyès, Le Chapelier, Talleyrand).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una *Déclaration des droits*; per di più, la costituzione auspicata da loro non è la medesima pensata dal *côté* Sieyès. Agli occhi di Desmeuniers e dei suoi amici, appare dunque prioritario aggirare la loro opposizione, grazie all'espediente di un organismo inventato di sana pianta.

Il *Comité des Cinq* presenta il suo rapporto il 17 agosto (53), l'accoglienza è fredda, il successivo dibattito può essere considerato verboso e inconcludente. Mirabeau, relatore del Comitato, intervenendo poi a titolo personale nella discussione generale parla contro la redazione separata e preliminare di una *Déclaration*, sconfessando quindi la sua stessa relazione (54). La battuta d'arresto è evidente ma nessuno, per altro, propone di affidare la direzione del dibattito al *Comité de Constitution* che, dal canto suo, guarda il silenzio ritenendo del tutto marginale la posta in gioco. Mercoledì 19 agosto l'Assemblea Nazionale adotta come testo-base quello redatto dal VI° *Bureau* (55), « l'un des moins en relief parmi les projets jaillis de la réflexion des dernières semaines » (56): il progetto sarà esaminato articolo per articolo e approvato in questo modo, discutendo insieme al testo-base i relativi emendamenti.

Giovedì 20 agosto la Costituente vota il celebre *Préambule* e i tre primi articoli (57). Quel testo banale proposto dal VI *Bureau* —il « simple pretexte » di cui parla Stéphane Rials (58) — è reso

(53) P.v.i., cit., n. 51. *Du Lundi 17 août* [1789], p. 4; cfr. « Moniteur », I, cit., p. 378 ss.

(54) Sulle circostanze che hanno indotto Mirabeau a proporsi come estensore del progetto e sul ruolo di primo piano giocato dal suo *Atelier genevois* nella redazione del progetto-suicida 17 agosto 1789, cfr. Etienne DUMONT, *Souvenirs sur Mirabeau et sur les deux premières Assemblées législatives* [1832], Paris, P.U.F., 1951, p. 97 ss.; Jacques BÉNÉTRUY, *L'Atelier de Mirabeau. Quatre proscrits genevois dans la tourmente révolutionnaire*, Paris, A. et J. Picard & cie, 1962, *passim*. Aggiungo che Marcel GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989, p. 137, n. 1, 'relativizza' sul punto i *Souvenirs* de Dumont; ma è poco convincente, almeno a mio parere.

(55) P.v.i., cit., n. 53. *Du Mercredi 19 août* [1789], pp. 6-8.

(56) Marcel GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, cit., p. 64.

(57) P.v.i., cit., n. 54. *Du Jeudi 20 août* [1789], pp. 2-5. Il *Préambule* è preso dal progetto presentato dal *Comité des Cinq* il 17 agosto; gli articoli I-III sono adottati su proposta di Jean-Joseph Mounier.

(58) *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.* Présentée par Stéphane Rials, Paris, Hachette, 1988, p. 224.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perfettibile proprio dalla sua stessa inconsistenza che rende quasi obbligatori gli emendamenti, come è dato constatare sfogliando il « Moniteur ». Lo stesso Target, pieno di rancorosi rimorsi sotto il Consolato, in quel momento è in prima fila tra i *leaders* del Blocco costituzionale favorevoli alla *Déclaration*:

> « Cette déclaration ne contient pas des principes contestés; elle est courte, simple et exacte, mais elle manque d'énergie et d'expression; je la regarde comme le type, comme l'occasion d'une véritable déclaration; avec des changements, des corrections et des modifications, on pourrait en faire une bonne » (59).

Vengono così votate le disposizioni che fondano il moderno diritto penale (60). Come ho già avuto modo di dire, al giorno d'oggi, vi sono specialisti convinti che si sarebbe potuto fare meglio; ma non è banale ricordare che nel 1789 c'era una Rivoluzione in corso e lo stesso Blocco costituzionale d'Assemblea era ben lontano dal condividere le medesime idee a proposito della redigenda *Déclaration des droits*.

5.1. *Le disposizioni penali della* Déclaration des droits.

Le disposizioni penali della *Déclaration* sono state fino ad ora interpretate come una forma di polemica contro la discrezionalità sanzionatoria d'*Ancien Régime*. Preda dei riformatori sarebbe stato l'imbastigliamento (cioè una forma di carcerazione amministrativa, sottratta al controllo dell'Autorità giudiziaria); per tanto, gli articoli VII, VIII et IX della *Déclaration des droits* sarebbero stati votati « par réaction contre la pratique des lettres de cachet » (61). Contro quest'incubo segregatorio i deputati della maggioranza costituzionale avrebbero costruito uno sbarramento polemico preso in prestito dal vasto arsenale riformatore messo a punto da Cesare Bec-

(59) Assemblée Nationale Constituante. *Présidence de M. Stanislas de Clermont-Tonnerre*. Séance du Jeudi 20 août 1789: Opinion de M. Target, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 365.

(60) Singolare l'assenza di qualunque riferimento a questo episodio-chiave della storia della codificazione penale nel lungo paragrafo dedicato a « La dottrina illuministica » in Guido NEPPI MODONA, *Legislazione penale*, in Fabio LEVI, Umberto LEVRA, Nicola TRANFAGLIA, *Storia d'Italia* — 2, Firenze, La Nuova Italia, 1978, pp. 585-588.

(61) Jean-Marie CARBASSE, *Le droit pénal dans la Déclaration des droits*, cit., p. 123.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

caria (62) e dai magistrati francesi Servan (63) et Du Paty (64). A giudizio dei critici più agguerriti, il risultato sarebbe stato un testo disomogeneo e largamente deficitario dal punto di vista della coerenza interna di ogni singolo articolo (65). Per di più, tenuto anche conto del fatto che il 14 luglio 1789 la Bastiglia racchiudeva solo sette prigionieri (66), appare fin troppo facile, oggi, ridicolizzare il legalismo dei Costituenti.

Al contrario, le carte del *Comité des lettres-de-cachet* attestano che l'imbastigliamento non riguardava solo la celebre fortezza parigina, bensì tutti quei luoghi disseminati nell'intera Francia (fortezze, ospedali, conventi) in cui, su ordine del re, chiunque poteva essere rinchiuso senza che fosse rispettata alcuna formalità procedu-

(62) Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, Coltellini, 1764; la diffusione europea del libro fu assicurata dalla traduzione francese dell'*abbé* André Morellet (spinto dal ministro Malesherbes) che trasformò l'originale italiano in *Traité des délits et des peines*, rimaneggiandone l'architettura interna; rinvio all'edizione critica curata da Franco Venturi, Torino, Einaudi, 1965, pp. XXXVIII-680; insiste sull'influenza esercitata da Beccaria (e Bentham), in materia penale, sulla Costituente, André Laingui, *Histoire du droit pénal*, Paris, P.U.F., 1985, pp. 111, 116-117.

(63) Joseph-Michel-Antoine Servan (Grenoble, 1737-1807), *Avocat Général au Parlement de Toulouse*, celebre per il suo *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, 1776, riedito nelle *Œuvres choisies de Mr. Servan*, Limoges, chez J. B. Bargeas, 1818, I, pp. 1-98.

(64) Charles-Marguerite-Jean-Baptiste Mercier Du Paty (La Rochelle, 1744- Paris, 1788), *président à mortier au Parlement de Bordeaux*, cognato del costituente Fréteaux; celebre come autore del *Mémoire justificatif pour trois hommes condamnés à la roue*, Paris, 1788. Le sue idée riformatrici hanno esercitato una notevole influenza sui giuristi della Costituente; notevoli le sue *Lettres sur la procédure criminelle de la France. Dans lesquelles on montre sa conformité avec celle de l'inquisition, et les abus qui en résultent*, en France [anonyme], 1788.

(65) Coglie e sottolinea il carattere fondante degli articoli VII, VIII e IX della *Déclaration des droits*, pur rinviando allo studio (di segno opposto) di Carbasse, Robert Badinter, *Naissance d'une Justice*, in Robert Badinter (sous la direction de), *Une autre Justice*, cit., p. 17; l'illustre giurista, conclude più avanti: « Les grands principes de notre législation pénale — légalité, proportionnalité, nécessité de la peine, non-rétroactivité de la loi pénale, égalité devant la loi —, les constituants les ont inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme, qui a aujourd'hui valeur constitutionnelle dans notre droit » (p. 24).

(66) Jean-Marie Carbasse, *Le droit pénal dans la Déclaration des droits*, cit., p. 127, parla di « rares prisonniers qu'elle contenait ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rale (67). D'altra parte, le fonti attestano un cambiamento di clima proprio a ridosso del 14 luglio 1789. Il conte de Lally-Tolendal ha appena il tempo di dire che « les prisons se sont ouvertes, et ont rendu à la société les victimes » (68); ma proprio nelle stesse ore, le scarcerazioni dei detenuti ristretti in via amministrativa sono controbilanciate da nuovi arresti sempre più numerosi. E queste misure di sicurezza sono adottate per ordine delle quarantaquattromila Municipalità del Regno. Tra la fine di luglio e la prima settimana dell'agosto 1789 la curva degli arresti va in alto, trebbiando vittime tra pretesi contro-rivoluzionari: sia deputati, nobili o ecclesiastici, che tornano ai loro Baliaggi per chiedere ai loro elettori quei pieni poteri necessari a deliberare; sia fornai sospettati di aver speculato sulla carestia; sia sconosciuti arrestati nelle campagne dalle milizie borghesi, sulla base di denunce presentate dai contadini contro gli agenti del nuovo « pacte de la famine », il maggiore e peggiore luogo comune criminogeno agitato nel XVIII° secolo.

Il 22 luglio 1789 un *arrêté* degli *électeurs* di Parigi « ordonne que toutes personnes arrêtées sur le soupçon de crime de lèse-Nation seront conduites à la prison de l'Abbaye Saint-Germain » (69). Il 23 luglio, alla Costituente, nel timore di una imminente « liste de proscription », il deputato Barnave chiede « une justice légale pour les crimes d'état » e il collega Volney « un tribunal qui ramène tout à l'ordre » (70). Il 26 luglio il duca de la Vaguguiyon, « qui passait en Angleterre avec son fils », viene arrestato a Le Havre (71). L'*abbé* Calonne, supplente all'Assemblea Nazionale, viene arrestato dalla milizia nazionale di Nogent-sur-Seine; l'*abbé* Maury, deputato del Clero e principale portavoce del cosiddetto *Parti Noir*, è arrestato a Peronne (72).

A partire dal 3 agosto e fino al 21 la Costituente prende atto dei seguenti arresti: lo zio ottuagenario del deputato *monarchien* Stani-

(67) Cfr. Archives Nationales, série D V. *Comité des Lettres-de-cachet*, cartons 1-8.

(68) Assemblée Nationale Constituante. *Présidence de M. Lefranc de Pompignan, archevêque de Vienne*. Séance du Lundi 13 juillet 1789: Opinion de M. de Lally-Tolendal, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 151.

(69) Cfr. « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 197.

(70) *Ibidem*.

(71) *Ibidem*, p. 257.

(72) *Ibidem*, pp. 210-211.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

slas de Clermont Tonnerre (73), il parlamentare Dampierre detenuto a Moret, il *Bailli* de Crussol arrestato dalla milizia borghese (74), il capo della Guardia Nazionale di Elbeuf (in servizio di scorta ad un convoglio di grano) finisce ai ferri a Louviers (75), parecchi nobili brètoni arrestati per ordine dei *Comités permanents* di Nantes e Saint-Malo (76), il deputato *noir* Cazalès arrestato a Caussade (77). Infine, la misura sembra colma alla notizia dell'imprigionamento di quattro cittadini di Marienbourg « arrêtés chez eux la nuit du 13, et transférés à Avesnes », la notte del 21 agosto 1789; così l'Assemblea Nazionale decreta che « M. le président s'informera auprès de M. le Garde-des-Sceaux des faits relatifs à leur emprisonnement, et demandera un sursis à tout jugement rendu ou à rendre dans leur affaire, jusqu' après la connaissance qui en aura été donnée à l'Assemblée, ainsi que des procédures sur lesquelles il serait appuyé » (78).

Il 10 settembre — il fatto è noto — la Municipalità di Parigi, temendo una imminente purga delle prigioni, chiede all'Assemblea Nazionale una riforma provvisoria del processo penale che renda possibile quella pubblicità delle procedure vietata dall'*Ordonnance Criminelle* del 1670, al momento in vigore. Ma, come ho appena ricordato, l'aggravamento della situazione è costante a partire dal 14 luglio ed essa rappresenta la proiezione penale di quelle correnti della *Grande Peur* lumeggiate da Georges Lefebvre. Bon-Albert Briois de Beaumetz, *rapporteur* del *Comité de Jurisprudence criminelle*, afferma che « un grand nombre de Citoyens s'y trouve chargé des accusations les plus graves » (79).

In tale contesto, la *Déclaration des droits* rappresenta la conti-

(73) *Ibidem*, p. 267.
(74) *Ibidem*, p. 288.
(75) *Ibidem*, pp. 288 et 291.
(76) *Ibidem*, p. 347.
(77) *Ibidem*, p. 352.
(78) Assemblée Nationale Constituante. Séance du Vendredi 21 août [1789] au soir, *Présidence de M. Stanislas de Clermont-Tonnerre*, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 369.
(79) *Rapport du Comité chargé de proposer à l'Assemblée Nationale un projet de déclaration sur quelques changemens provisoires dans l'Ordonnance criminelle*. Par M. de Beaumetz. Séance du 29 septembre 1789, à Versailles, chez Baudouin, (s. d.), p. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuazione di una strategia legislativa le cui pietre miliari sono state la seduta-fiume del 4 agosto e il decreto 11 agosto 1789; le sue disposizioni penali costituiscono la proiezione legalitaria e formalista dei provvedimenti di salute pubblica adottati dalla Costituente a fine luglio: mi riferisco alla duplice istituzione del *Comité des Rapports* e del *Comité des Recherches*.

Al diluvio restrittivo provocato dalla diffusione dei sospetti di *Lèse-Nation*, e la cui preda più conosciuta era il barone de Bezenval che attendeva un processo in un'atmosfera di crescente inquietudine, i capi del Blocco costituzionale, in procinto di regolare politicamente i propri conti con i *Monarchiens*, rispondevano servendosi della lingua di Beccaria. Di qui la scelta di mettere all'ordine del giorno il tema della repressione delle condotte delittuose in un nuovo contesto, strettamente disciplinato dalla legge.

Quando il cavaliere Alexandre de Lameth, fratello del futuro triumviro Charles, propone un lungo emendamento al testo del VI *Bureau*, insistendo sul fatto che « la loi ne peut défendre que les actions évidemment nuisibles à la société », non fa altro che enunciare il principio che la legge penale non può sanzionare una minaccia aleatoria, bensì un'azione concreta « évidemment nuisible ». Dal testo definitivo dell'articolo V sarà eliminato l'avverbio « évidemment » che, d'altra parte, ricomparirà in un altro articolo tramite un tempestivo emendamento presentato da Adrien Du Port.

La redazione dell'articolo sull'uguaglianza civile — sviluppo dell'articolo I — sembra obbedire a preoccupazioni simili. Anche questa volta, il dibattito lascia da parte il testo del VI° *Bureau* e nelle parole del visconte de Beauharnais il tema penale ha il sopravvento:

> « Du principe de l'égalité civile dérive que les peines portées par la loi doivent être infligées sans aucune distinction, suivant les délits et les crimes […] » (80).

Il contenuto della sua mozione viene trasferito nel testo definitivo dell'articolo VI che si limita semplicemente a statuire che la

(80) Assemblée Nationale Constituante. Séance du Vendredi 21 août [1789] au matin, *Présidence de M. Stanislas de Clermont-Tonnerre*, Motion de M. de Beauharnais, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, p. 367.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legge « doit être la même pour tous, soit qu' elle protège, soit qu' elle punisse ».

Sabato 22 agosto, l'Assemblea esamina l'articolo XIV del progetto. L'avvocato Jean-Baptiste Target per rafforzarne il contenuto propone che « nul citoyen ne peut être accusé, arrêté, détenu, puni » che « suivant les dispositions précises de la loi ». L'emendamento proposto dal marchese de Bonnay aggiunge che « nulle loi ne peut avoir d'effet rétroactif ».

Per Adrien Du Port, che impronta la sua mozione al principio *pœnalia sunt restringenda*, « la loi ne peut établir de peines que celles qui sont strictement et évidemment necessaires »; anche lui insiste sul principio di non retroattività della disposizione incriminatrice — ci si ricordi dei detenuti sotto processo per *Lèse-Nation* — ma, in più, vuole costituzionalizzare anche la presunzione d'innocenza a favore di « tout homme » (81): mentre, invece, il progetto del VI° *Bureau* si riferiva a « tout citoyen ». Quindi, grazie all'emendamento Du Port, ne avrebbe beneficiato anche il barone Bezenval — sfortunato protagonista del 14 luglio monarchico, sotto processo per *Lèse-Nation* — che, nella sua qualità di suddito svizzero, non era affatto *citoyen*.

Barère ci ricorda nel suo resoconto che « MM. Target, de Bonnay et Du Port, ayant formé une espèce de coalition ont concouru à rédiger l'ensemble des trois articles essentiels qu'on a substitués à l'article XIV du Projet » (82).

Il risultato di questa *coalition* ci dà il testo definitivo degli articoli VII, VIII et IX della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* che fissano il principio di stretta legalità dei delitti e delle pene, fornendo ai futuri redattori del codice penale il contesto punitivo di riferimento (83).

---

(81) Séance du Samedi 22 août 1789: Motions de MM. Target, de Bonnay, Du Port, in « Moniteur », *réimpression*, cit., I, pp. 369-370.

(82) « Le Point du Jour », cit., n. LXI du Dimanche 23 août 1789, p. 193.

(83) Coglie gli elementi di novità della *Déclaration*, legandoli alla successiva codificazione penale, Isabella Rosoni, *Dalle codificazioni preunitarie al codice Rocco*, in G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, *Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2006, I, pp. 10-12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. *Dalla* Déclaration des droits *alla codificazione penale.*

Un vasto cantiere di ricerca si apre alla curiosità dello storico che voglia analizzare l'applicazione della *Déclaration des droits* ai processi penali, sia nel periodo transitorio 1789-90, quando l'amministrazione della giustizia fu affidata alle vecchie giurisdizioni (*Bailliages*, *Sénéchaussées*, *Chambres des vacations des Parlements*), sia dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario, in applicazione della legge 24 agosto 1790.

Quanti ordini di scarcerazione furono una conseguenza dell'applicazione dell'articolo VII che subordinava ogni detenzione ai « cas déterminés par la loi »? D'altra parte, come punire la *Lèse-Nation*? Visto che essa restava una fattispecie aperta, non individuata anteriormente da una disposizione incriminatrice — malgrado le proteste dei deputati Cazalès e Clermont-Tonnerre — procedere contro prevenuti di *Lèse-Nation* avrebbe implicato la violazione dell'articolo VIII della *Déclaration*, che aveva fissato il principio che ogni punizione dovesse derivare da « une loi établie et promulguée antérieurement au délit ». Ma se poi, per puro caso, gli accusati di *Lèse-Nation* fossero stati dei nobili, sarebbe stata loro riservata una spaventosa pena di tipo esemplare o, invece, una pena proporzionata alla natura del crimine?

È questa, a mio modo di vedere, la chiave interpretativa della codificazione del Novantuno. Il filo rosso costituito dalla *Lèse-Nation* — con la scelta consapevole di contrastare la legalizzazione della maggiore incriminazione politica del momento — spiega la progressione inarrestabile verso la codificazione penale.

Tra l'inverno 1789 e la primavera 1791, ogni tanto la Costituente torna sulla questione penale. Lo fa lo stesso *Comité de Constitution* — in principio, scettico sulla effettiva possibilità di una immediata riforma penale — quando si vede costretto a promettere un codice imperniato sui tre princìpi della proporzionalità tra delitto e pena, della mancanza di crudeltà nella pena e della necessità della pena:

> « art. 18 du Titre I: Le Code Pénal sera incessamment réformé, de manière que les peines soient mieux proportionnées aux délits; observant que les peines soient douces, et ne perdant pas de vue cette maxime, que

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

toute peine qui n'est pas nécessaire, est une violation des droits de l'Homme, & un attentat du Législateur contre la Société » (84).

Può anche capitare che l'iniziativa sia dovuta a deputati che non parlano a nome dei Comitati incaricati del lavoro preparatorio. È così che il deputato Joseph-Ignace Guillotin, *docteur régent* della Facoltà di Medicina di Parigi, il 9 ottobre 1789 approfitta dell'ultima seduta dedicata all'esame del testo definitivo del decreto sulla riforma provvisoria dell'*Ordonnance criminelle* del 1670, per sottoporre all'attenzione generale i temi dell'uguaglianza del cittadino dinanzi alla pena e della personalità delle sanzioni (85).

Nella stessa seduta, il collega Guillaume propone un progetto in dodici articoli, prospettando un compromesso tra concezioni utilitariste e umanitarie nelle tre direzioni della limitazione della pena di morte, della razionalizzazione del sistema punitivo e dell'abolizione del diritto di grazia e commutazione delle pene per i crimini di una certa rilevanza (*Lèse-Nation*, lesa Maestà, tradimento, peculato, concussione) (86). Il 1° dicembre 1789, dopo aver ascoltato la lettura di un *Mémoire sur les Lois pénales* presentato dal dottor Guillotin — « fréquemment interrompu par les applaudissements » (87) — la Costituente decreta che « les délits d'un même genre seront punis par un même genre de peine, quels que soient le rang et l'état du coupable » (88).

Il 21 gennaio 1790, il nucleo essenziale del progetto Guillotin viene approvato in maniera definitiva, con l'adozione del principio

(84) *Projet de l'Organisation du Pouvoir Judiciaire, proposé à l'Assemblée Nationale par le Comité de Constitution*, à Paris, chez Baudouin, (s. d.), pp. 12-13; il testo fu stampato il 22 dicembre 1789 e costituì la base per la discussione generale aperta da Thouret il 24 marzo 1790.

(85) Cfr. p. v.i., cit., n. 96. *Du Vendredi 9 octobre* [1789], *au matin*, pp. 18-20; v. Roberto MARTUCCI, *La Costituente e il problema penale in Francia (1789-91). Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz*, cit., pp. 128, 130-132; v. Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., pp. 94-95.

(86) Cfr. Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. I^re^ série (1787 à 1799), Paris, Société d'Imprimerie et Librairie administrative, IX, pp. 393-394.

(87) Cfr. « Moniteur », *réimpression*, cit., II, p. 280.

(88) P.v.i., cit., n. 139. *Du Mardi premier décembre* [1789], *au matin*, p. 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di personalità della pena e l'abolizione del pregiudizio dell'infamia che colpiva la famiglia del colpevole.

L'introduzione della giuria penale, votata dalla Costituente alla fine dell'aprile 1790, attribuisce ai *Comités réunis de constitution et de Jurisprudence criminelle* un duplice compito: innanzi tutto, la preparazione di un progetto sulla procedura da seguire nei processi con l'intervento dei giurati (affidato, in particolare, ad Adrien Du Port ([89])); in secondo luogo, la predisposizione di un sistema punitivo a pena fissa, applicabile nel contesto del nuovo rito, terreno quasi esclusivo di Le Peletier de Saint Fargeau.

Non sappiamo nulla di ciò che accadde all'interno dei Comitati nella fase di gestazione della duplice riforma penale: la sparizione dei verbali, l'assenza di riferimenti alla codificazione nella corrispondenza e nei *Mémoires* dei deputati confinano lo storico nell'ambito ingannatore e, al tempo stesso, seducente della congettura. D'altra parte, i resoconti delle sedute registrano la circostanza che, di tanto in tanto, gli stessi deputati (per lo più di seconda fila) e le sezioni della capitale domandino ragguagli relativi alla punizione di questo o quel crimine; immancabilmente, il *Comité de Constitution* dà per imminente la presentazione di un'apposita relazione in materia.

Finalmente, mercoledì 6 aprile 1791, durante la discussione del rapporto Desmeuniers sull'organizzazione del potere esecutivo, l'attenzione generale viene attirata dal tema della responsabilità ministeriale e i deputati fissano in particolare la propria attenzione sul problema dei reati ministeriali ([90]). Seduta stante, il relatore Desmeuniers illustra uno schema accusatorio, ispirato all'*impeachment* anglo-americano, con la messa in stato di accusa decretata dal Corpo legislativo e il successivo giudizio attribuito alla competenza di una *Haute-Cour Nationale*, che irrogherà le pene previste dal codice penale.

Nella stessa seduta, su proposta del triumviro Charles de Lameth, la Costituente decreta che il *Comité de Jurisprudence crimi-*

([89]) Cfr. *Rapport fait au nom des Comités de Constitution et de Jurisprudence criminelle de la Loi sur la Police de Sûreté, la Justice criminelle et l'institution des Jurés*, Par Adrien Du Port, Député de Paris. Imprimé par ordre de l'Assemblée Nationale. *Séance du 27 Novembre 1790*, à Paris, de l'Imprimerie Nationale, 1790, pp. 79.

([90]) P.v.i. n. 613. *Du Mercredi 6 avril* [1791], pp. 6-10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nelle presenti immediatamente una relazione sui reati ministeriali (91).

Il giorno successivo, giovedì 7 aprile, quest'imprevista chiamata alla tribuna dà l'opportunità al *rapporteur* Le Peletier de Saint-Fargeau di chiarire i criteri generali della riforma penale. I reati ministeriali non formeranno un'autonoma categoria delittuosa, ma saranno ricompresi nel Titolo relativo ai reati contro l'interesse pubblico, dato che i *Comités réunis* stabiliscono una scala sanzionatoria in base a un criterio oggettivo (sulla base della natura del bene leso) e non su base soggettiva, detta oggi del tipo d'autore, in relazione alla condizione personale dell'imputato (92).

Lunedì 9 maggio, rispondendo al Direttorio del dipartimento di Parigi che ha chiesto il voto urgente di disposizioni penali contro manifesti e scritti sovversivi, Guy Le Chapelier, a nome del *Comité de Constitution*, annuncia che « dans quelques jours il doit être mis sous vos yeux un code général » (93). Finalmente, due settimane più tardi, la Costituente può ascoltare la relazione di Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau che delinea un vasto disegno di riforma dell'intero sistema sanzionatorio, proprio quando la Francia è sul punto di sprofondare in una crisi costituzionale oscura e, apparentemente, priva di sbocchi (94).

7. *Il presidente Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau.*

Personaggio su cui gli storici sono ben lontani dal condividere un comune giudizio — « régicide acharné » (95) per gli uni, cinico

(91) « Moniteur », *réimpression*, cit., VIII, pp. 66-67.

(92) P.v.i. n. 614. *Du Jeudi 7 avril* [1791], p. 8; « Moniteur », cit., VIII, pp. 78-79.

(93) « Moniteur », *réimpression*, cit., VIII, p. 351.

(94) La crisi sarebbe stata innescata dalla cosiddetta fuga di Varennes, organizzata dal colonnello svedese Axel Fersen (già combattente nella guerra d'Indipendenza degli Stati Uniti d'America, nel corpo di spedizione comandato dal maresciallo Rochambeau). Nella notte tra il 20 e il 21 giugno 1791 la famiglia reale si allontanò dalle Tuileries in direzione della frontiera; riconosciuta casualmente a una stazione di posta, venne arrestata e ricondotta a Parigi. Fu in quella circostanza, la mattina del 21 giugno 1791, che l'Assemblea Costituente, malgrado fosse integralmente formata da deputati monarchici, sospese il re dall'esercizio delle sue funzioni.

(95) Cfr. Renée MARTINAGE, *Les innovations des constituants en matière de répression*, cit., p. 110, n. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

opportunista per gli altri — giurista, magistrato e legislatore ancora oggi in attesa di un suo imparziale biografo (96), il presidente Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau incarna la proiezione del mondo della *Haute Robe* nel microcosmo costituente. Primogenito di Etienne-Michel anch'egli *président à mortier au Parlement de Paris* — che, costretto all'esilio dal Cancelliere Maupeou, fece prestare al figlio il giuramento di « haine de l'arbitraire » (97) — Louis-Michel ebbe come precettore il coltissimo Julien-Jacques Moutonnet-Clairfons (amico personale di Jean-Jacques Rousseau), che gli insegnò italiano, latino e greco. *Avocat Général au Parlement de Paris* nel 1784, *président à mortier* nel 1785, debutta sul palcoscenico penale alla *Tournelle criminelle* nel celeberrimo *Affaire du collier de la Reine*, in cui si ritrova a giudicare la reputazione del futuro collega cardinale de Rohan e della stessa regina Maria Antonietta; nel processo che vede contrapposti il banchiere Kornmann e il commediografo Beaumarchais ha come avversari gli avvocati Tronchet et Bergasse, futuri colleghi alla Costituente.

Deputato della Nobiltà agli Stati Generali, personalmente contrario alla cosiddetta riunione dei tre Ordini (deliberazione a Camere riunite), Le Peletier confluisce nell'Assemblea Nazionale il 27 giugno 1789, su ordine del re; tuttavia, a partire da quel momento, si riconosce senza tentennamenti nel Blocco costituzionale; mentre, invece, la fuga del re a Varennes, la notte tra il 20 e il 21 giugno 1791, lo trasforma in implacabile partigiano dell'immediata abdicazione del monarca e della contestuale attivazione del meccanismo costituzionale della Reggenza (98). Convenzionale e regicida, verrà trucidato da un fanatico — un tale di nome Philippe-Nicolas-Marie

(96) La mancanza di studi recenti, rende obbligatorio riferirsi ad Adolphe WATTINNE, *Un magistrat révolutionnaire. Michel Lepeletier de Saint-Fargeau (1760-1793)*, Paris, Imprimerie et Librairie générale de Jurisprudence, 1913; si veda anche Stanislaw PLAWSKI, *Lepeletier de Saint-Fargeau auteur du projet de Code pénal de 1791*, in « Révue de Science criminelle et de droit pénal comparé », nouvelle série, XII, 1957, pp. 619-626; sulla figura dell'eminente legislatore mi appare quanto meno irrisolto (o enigmatico) il giudizio formulato da Cambacérès che lo ebbe collega nel *Comité de Législation civile et criminelle* della Convenzione Nazionale, cfr. Jean-Jacques Régis de CAMBACÉRÈS, *Mémoires inédits*, cit., I, pp. 99, 124, 125.

(97) Cfr. Adolphe WATTINNE, *Un magistrat révolutionnaire. Michel Lepeletier de Saint-Fargeau (1760-1793)*, cit., p. 10.

(98) *Ibidem*, pp. 57-59.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Deparis — il 20 gennaio 1791, lo stesso giorno in cui viene resa di pubblico dominio la condanna a morte di Luigi XVI (99).

Enorme la considerazione di cui gode alla Costituente, ed è anche possibile che l'atteggiamento dei suoi colleghi sia influenzato dalla saggia moderazione con cui il presidente Saint-Fargeau prendeva la parola, limitandosi ad intervenire sui soli argomenti che ritiene di sua immediata competenza (e, data la sua cultura vastissima, possono anche non esserci confini). D'altra parte, egli non è un ostinato protagonista della ribalta assembleare, come Barnave e Du Port, o un artista dell'énfasi retorica. Salendo alla tribuna solo su questioni strettamente tecniche, dove s'intuisce il giurista profondamente segnato dalla lezione di Montesquieu, Blackstone e Beccaria, Le Peletier de Saint-Fargeau sa conquistare la stima dei deputati che lo ascoltano sempre con l'estremo interesse attestato dal racconto del fratello Félix:

> « Il avait l'organe de la voix peu fort, mais non sans quelques charmes. Lorsque plus tard il parlait à l'Assemblée Constituante et à la Convention nationale, il se faisait une espèce de silence réligieuxs dans la salle et les tribunes; sa prononciation était claire et distincte; on l'entendait très-bien; son élocution était en même temps persuasive. La conscience de ce qu' il disait s'emparait de celle des autres; la bienveillance de ses collègues, dans ces deux Assemblées, se manifestait singulièrement lorsqu' il montait à la tribune, ce dont il n'abusait jamais » (100).

Appoggiato dai colleghi Du Port, Beaumetz et Fréteau, Le Peletier riesce a convincere gli altri componenti del *Comité de Jurisprudence criminelle* dell'opportunità di un immediato e integrale rifacimento della legislazione penale, secondo le coordinate riformatrici da lui stesso messe a fuoco nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali presso il Parlamento di Parigi.

Designato dalla fiducia dei commissari dei *Comités réunis* come

---

(99) *Ibidem*, p. 88, n. 1; il ricordo della morte del collega sembra aprire uno spiraglio nei ricordi di Jean-Jacques Régis de Cambacérès, *Mémoires inédits*, cit., I: « J'avais des liaisons avec Le Peletier. Ce jour-là, nous étions restés ensemble au Comité de Législation, depuis trois heures jusques à quattre. Comme par instinct, je fis ce que je pus pour l'empêcher d'aller chez le restaurateur. Sa conversation avait une teinte de tristesse qui semblait présager son malheur, et la préoccupation de son âme ne lui permit point d'écouter les conseils que je crus devoir lui donner » (p. 124).

(100) Félix Le Peletier, *Vie de Le Peletier*, in Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau, *Œuvres*, Bruxelles, Lacrosse, 1826, p. 24.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

naturale estensore del progetto di codice penale (101), si immerge nel lavoro passando le notti in biblioteca; gli capita sovente di crollare addormentato all'alba su quelle carte, stringendo ancora in mano la penna inerte, fin quando il suo domestico lo risveglia dopo un breve sonno per l'imminente seduta della Costituente. Nessuno storico si è mai soffermato sulla circostanza evocata dalle affettuose parole del fratello Félix; eppure è proprio il *procès-verbal* della seduta di domenica 22 maggio 1791 a dar conto di questo estremo stato di spossatezza: « Un membre du Comité de Judicature a commencé un rapport sur le Code pénal; mais se trouvant fatigué, et le rapport interrompu […] (102) ».

Sbagliato il riferimento ingannatore al *Comité de Judicature* (corretta dal verbale del giorno dopo); ma, forse, sufficiente ad impedire agli storici di prestare la pur minima attenzione a questo significativo malore. È anche possibile che i suoi problemi di salute — uniti alla sua abituale discrezione — gli abbiano impedito di essere protagonista della discussione generale sul progetto di codice; discrezione interpretata, al contrario, come una tale assenza di spirito combattivo, da indurlo a lasciare ad « Adrien Du Port le soin de plaider leur cause » (103).

7.1. *Il rapporto Le Peletier de Saint-Fargeau sul progetto di codice penale.*

Il rapporto sul progetto di codice penale letto da Le Peletier de Saint-Fargeau alla tribuna dell'Assemblea Nazionale domenica 22 e lunedì 23 maggio 1791 può essere analizzato sotto differenti punti di vista. È possibile che un tecnico del diritto possa contestargli l'adozione di soluzioni sanzionatorie banali e utopiche, mentre invece un analista del linguaggio potrebbe considerare retorica e

(101) Félix Le Peletier scrive che il fratello fu incaricato del rapporto sul codice penale dato che la sua posizione abrogazionista aveva 'prevalso' all'interno del Comitato (evidentemente, il *Comité de Jurisprudence criminelle*); va da sé che il prevalere implichi il fatto che ci potesse essere un'opinione contaria, ininfluente ai fini della deliberazione collegiale solo in quanto messa in minoranza.

(102) P.v.i. n. 658. *Du Dimanche 22 mai* [1791], p. 6.

(103) Cfr. Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., p. 100.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sorpassata l'intera costruzione argomentativa. Al contrario, lo storico ha la possibilità di sfumare il suo giudizio, confessando che si tratta di un testo che utilizza una lingua elegante, testimone della sensibilità del tempo e della formazione culturale del relatore, come attestano i passaggi iniziali che potrebbero anche lasciare perplesso un lettore moderno:

> « Le mot de code pénal rappelle à des législateurs un devoir pénible. Vous allez enfin descendre dans ces sombres régions des crimes & des supplices, pour y contempler le plus affligeant spectacle: celui de l'homme coupable & de l'homme souffrant » (104).

L'*incipit* del rapporto rappresenta l'eredità culturale del suo precettore Jacques Moutonnet-Clairfons, traduttore dell'*Inferno* di Dante, letto dal Costituente in lingua italiana (come attesta l'inventario della sua biblioteca). Poi, segue una dura requisitoria contro il sistema penale d'*Ancien Régime* che riecheggia i toni della campagna riformatrice degli ultimi due decenni, con accenti ispirati da Beccaria:

> « C'est là que dans le chaos informe de nos anciennes institutions, vous trouverez presqu' à chaque pas la morale & l'humanité outragées; des faits innocens ou des fautes légères érigées en grands attentats; la présomption du crime punie souvent comme le crime même; des tortures atroces imaginées dans des siècles de barbarie, & pourtant conservées dans des siècles de lumières; nul rapport entre les délits & les peines; nulle proportion entre les peines des différens délits; le méchant, poussé par la loi même au dernier degré du crime, parce que, dès ses premiers pas, il trouve le dernier degré du supplice; en un mot, des dispositions incohérentes, sans système, sans ensemble, faites à des époques diverses, la plupart pour des circonstances du moment, qui jamais n'ont été rassemblées en corps de loi, mais qui, éparses dans de volumineux recueils, tantôt remises en vigueur, & dont l'absurdité féroce ne trouvoit de remède que dans cet autre abus; celui d'être interprétées & modifiées arbitrairement par les juges » (105).

Il suo sistema di intimidazione generale, costruito sull'impiego massiccio della segregazione cellulare variamente denominata, e sui lavori forzati — *punitur ne peccetur* — rivela il criminalista influenzato dall'utilitarismo penale. Il rapporto è costruito attorno a due

(104) *Rapport sur le projet du code pénal, présenté à l'Assemblée Nationale au nom des Comités de Constitution & de Législation criminelle*. Imprimé par ordre de l'Assemblée Nationale, à Paris, de l'Imprimerie Nationale, 1791, p. 1.

(105) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forti idee antinòmiche: alla critica del sistema punitivo d'*Ancien Régime*, giudicato inefficace e inutilmente crudele, i Comitati oppongono il nuovo principio di « stricte et évidente nécessité des peines », costituzionalizzato dall'articolo VIII della *Déclaration des droits*. Tale principio risulta rinforzato dall'abolizione della discrezionalità giudiziaria nell'irrogazione della pena, facendo corrispondere « pour chaque délit une peine fixe & déterminée » (106).

Ma l'introduzione del principio della pena fissa, non modificabile discrezionalmente, comporta la moltiplicazione delle fattispecie criminose sanzionate da altrettante pene; e il relatore non si nasconde le difficoltà ìnsite nel metter mano a una casistica non facile, dato che « le nombre des peines est borné, même pour le génie inventif d'un tyran » (107). L'obiettivo appare quello di far corrispondere alla scala delle infrazioni una scala parallela di punizioni graduate, uguali per tutti, pubbliche, eseguite in un luogo vicino a quello in cui è stato perpetrato il reato, come ricorda Le Peletier:

> « Je résume en peu de mots, toute cette théorie générale, & je reprends l'énumération des caractères que vos Comités ont pensé qu' il étoit utile d'imprimer à vos lois pénales.
>
> Il faut que les peines soient humaines, justement graduées, dans un rapport exact avec la nature du délit (108), égales pour tous les citoyens, exemptes de tout arbitraire judiciaire; qu' elles ne puissent être dénaturées après le jugement dans le mode de leur exécution; qu' elles soient répressives, principalement par des gênes & des privations prolongées, par leur publicité, par leur proximité du lieu où le crime a été commis; qu' elles corrigent les affections morales du condamné, par l'habitude du travail; qu' elles décroissent en approchant du terme fixé à leur durée, & enfin qu' elles soient temporaires » (109).

D'altra parte, il nuovo sistema punitivo messo a punto dai Comitati rinuncia al più antico simbolo della vendetta giudiziaria e, dopo aver proscritto lo stesso termine 'vendetta', elimina la pena di

(106) *Ibidem*, p. 11.

(107) *Ibidem*, p. 12.

(108) Concetto-chiave, già sottolineato dal *rapporteur* poche pagine prima: « Il importe qu' un délit soit puni, précisément dans la proportion où il doit l'être avec un autre délit: qu' il y ait un juste rapport entre entre les divers degrés de l'échelle; & en maintenant ce rapport, on pourra sans danger baisser un peu le plus haut degré » (*ibidem*, p. 10).

(109) *Ibidem*, p. 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

morte (110). Come ci ricorda Félix Le Peletier — fratello del Costituente — sulla pena di morte i *Comités réunis* discutono a lungo, finendo poi con l'adottare il principio della sua abrogazione come base del nuovo codice penale (111). Mantenuta nel solo caso di eccitamento alla guerra civile e destinata ai soli capi di una insurrezione anti-costituzionale, la pena di morte fuoriesce dal contesto punitivo di diritto comune, sostituita da una lista di pene privative della libertà di efficacia decrescente: condanna alla segregazione cellulare al buio (*cachot*), lavori forzati, segregazione cellulare parziale in luogo illuminato (*gêne*), prigione semplice. Pur riconoscendo il diritto dello Stato a disporre della vita dei colpevoli, la scelta abolizionista ha motivazioni utilitariste:

> « Le crime est un ennemi intérieur. Il n'existe point de société là où il n'existe aucun moyen de le réprimer. Si la peine de mort est indispensablement nécessaire pour en arrêter les progrès, la peine de mort doit être prononcée.
>
> Mais si le fond du droit est incontestable, de la nécessité seule dérive la légitimité de son exercice; & de même qu' un particulier n'est dans le cas de l'homicide pour légitime défense que lorsqu' il n'a que ce seul moyen de se sauver sa vie; ainsi la société ne peut légitimément exercer le droit de vie & de mort, que s'il est démontré impossible d'opposer au crime une autre peine suffisante pour le réprimer.
>
> Si nous pouvons employer des punitions non moins efficaces pour l'exemple, il faut rejeter la peine de mort […] » (112).

In fondo, c'è la convinzione che la pena capitale « réduite à la simple privation de la vie » a causa dell'abolizione della tortura giudiziaria come pena accessoria, cesserebbe di esplicare la sua efficacia intimidatrice (113). Le Peletier sottolinea la circostanza che

> « Les criminels ont aussi leur philosophie. Dans les chances de leur destinée, ils calculent froidement ce qu' ils appellent le mauvais quart-d'heure, & plus d'une fois sur l'échafaud ce secret leur est échappé: non,

(110) Un inquadramento della questione in Jean-Claude Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, Paris, P.U.F., 2001, pp. 319-322; viceversa, una ricostruzione caotica del dibattito non priva di errori fattuali (viene invocato un sevcro giudizio di Du Paty sull'Ottantanove, quando invece l'illustre magistrato era morto un anno prima, nel 1788) in Pietro Cavara, *Il diritto di uccidere nella Rivoluzione dei diritti*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1998.

(111) Félix Le Peletier, *Vie de Le Peletier*, cit., p. 81 ss.

(112) *Rapport sur le projet du code pénal…*, cit., p. 24.

(113) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> disoient-ils, l'idée de la potence ne nous a jamais détournés d'un seul crime; la roue seule étonnoit notre farouche courage. […]. Je conclus de ces réflexions, que la mort sans douleur étant affrontée ou supportée sans effort, & par l'effet d'un sentiment assez ordinaire à l'homme, la peine de mort simple, la seule que l'humanité vous permette de conserver, est une peine très-peu efficace pour la repression des crimes » (114).

L'imprigionamento temporaneo (da un minimo di due anni di prigione semplice fino a un massimo di ventiquattro anni di segregazione cellulare con privazione della luce e incatenamento: il *cachot* (115)), il lavoro come mezzo volontario di addolcimento del trattamento penitenziario, la possibilità di una solenne riabilitazione deliberata dalle Municipalità una volta scontata la pena, sono questi gli elementi fondamentali del progetto presentato dai *Comités réunis*.

Ma prima di vedere come la Costituente si esprimerà nei confronti del progetto presentato dai Comitati, mi resta una considerazione finale. Valutabile alla stregua di un'autentica lezione di diritto penale sostanziale — come, del pari, potevano considerarsi lezioni procedurali quelle di Adrien Du Port (116) — ispirato ai princìpi dell'utilitarismo, sviluppando la teoria dell'emenda del colpevole, contrario alla pena di morte, il rapporto Le Peletier de Saint-Fargeau resta ancora oggi come una delle espressioni più alte dell'illuminismo penale.

8. *La Costituente si interroga sulla pena di morte.*

La discussione generale inizia lunedì 30 maggio 1791, a una settimana di distanza dalla presentazione del progetto di codice penale. Dopo alcune schermaglie iniziali che registrano anche un tentativo di rinvio — accompagnato da una critica dell'appiattimento punitivo carcerario (117) — prontamente bloccato da Adrien

---

(114) *Ibidem*, pp. 26-27.

(115) Non del tutto convinto dalla nuova scala punitiva appare Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 119: « La diversité, si solennellement promise, se réduit finalement à cette pénalité uniforme et grise ».

(116) Mi riferisco ai *Principes et Plan* del 29 marzo 1790 e al *Rapport […] de la Loi sur la Police de Sûreté, la Justice criminelle et l'institution des Jurés*, presentato il 27 novembre 1790, già citati in precedenza.

(117) Assemblée Nationale Constituante. Séance du Lundi 30 mai [1791], *Prési-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Du Port (118), il dibattito si concentra sulla questione della pena capitale, occupando anche le sedute del 31 maggio e del 1° giugno. In aula si fronteggiano abolizionisti e favorevoli alla pena capitale; ma i primi non si fermano al precetto racchiuso nel brocardo *neminem lædere* (anche se Du Port accennerà al divieto biblico di uccidere il fratricida Caino); mentre i secondi, con qualche imbarazzo, si professano a più riprese favorevoli a un sistema sanzionatorio che preveda solo pene strettamente necessarie, in linea con l'articolo VIII della *Déclaration des droits*: a tal proposito Pierre-Joseph Prugnon si riferirà alla « triste nécessité de la peine de mort » (119).

Quel dibattito vede dunque contrapporsi due distinti gruppi di riformatori, richiamantisi entrambi al filone teorico dell'utilitarismo penale. È sul dilemma utilità/non utilità della pena capitale che si regge l'intero confronto assembleare. Ed i due gruppi di contendenti esprimono intellettualità omologhe, cresciute all'interno di un medesimo clima culturale nutrito dalle stesse letture.

Si ricorderà che, nell'inquadrare il tema, il rapporto Saint-Fargeau (a nome dei Comitati) non aveva aggirato lo scoglio della legittimità della pena di morte, come invece avrebbe fatto nel suo intervento Adrien Du Port, liquidando come metafisica la questione. Che la pena di morte sia una sanzione a cui la società possa legittimamente ricorrere in nome della violazione del patto sociale — secondo la migliore lezione di Rousseau — appare fuor di luogo. L'eliminazione dalla scala sanzionatoria viene invece proposta da Le

---

dence de M. Jean-Xavier Bureaux de Pusy, Opinion de Jean-Baptiste-Charles Chabroud, in « Moniteur », *réimpression*, cit., VIII, p. 537: « Le projet du Comité a besoin d'être longtems médité. L'Assemblée touché à l'âge où les forces s'épuisent, où le courage disparait; c'est ce qui me determine à demander l'ajournement à la legislature de la discussion du code pénal. […] tous les délits imaginables sont punis de la manière plus uniforme ». Il giudizio di Chabroud è enfatizzato e, sostanzialmente, fatto proprio da Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, cit., p. 119.

(118) Séance du Lundi 30 mai [1791]: Motion d'Adrien Du Port, in « Moniteur », *réimpression*, cit., VIII, p. 538: « L'institution des jurés est physiquement impossible sans la reformation du code penal; elle exige que telle peine corresponde à tel délit. […]. Je demande donc que la proposition de M. Chabroud soit rejetée, et que la discussion soit ouverte ».

(119) Séance du Lundi 30 mai [1791]: Opinion de Pierre-Joseph Prugnon, in « Moniteur », *réimpression*, cit., VIII, p. 546.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Peletier sulla base dell'ininfluenza deterrente della pena capitale. E su questo punto, lo si tenga presente, faranno leva i deputati Prugnon e Mougins per ribaltare le tesi dei Comitati.

Il dibattito è, nel complesso, molto civile e quasi di natura accademica, sottolineata ancora di più dal fatto che gli oratori che si alternano alla tribuna leggono i loro discorsi, nei quali costante è il rinvio dotto e la puntigliosa citazione dottrinale (corroborata da copiosi riferimenti ai capitoli utilizzati).

Del fronte abolizionista sono autorevoli portavoce i Comitati riuniti che si sono già espressi in modo non equivoco attraverso il rapporto Saint-Fargeau. Per questo schieramento si iscrivono a parlare cinque deputati: Robespierre, Pétion, Du Port, Jallet e Goupil de Préfeln. Ma in realtà solo Robespierre, Pétion e Du Port (intervenuto a nome dei Comitati) prendono effettivamente la parola; il curato Jallet preferisce distribuire in aula il discorso senza leggerlo, quanto a Goupil de Préfeln, non fa in tempo a salire alla tribuna perché, immediatamente, viene chiesta e adottata la chiusura della discussione generale (120).

Per lo schieramento favorevole al mantenimento della pena capitale parlano i deputati Prugnon, Mougins de Roquefort, Brillat-Savarin e Mercier (121). Del tutto assente, invece, il *Parti Noir* che non vede i suoi maggiori oratori — l'*abbé* Maury e il cavaliere de Cazalès — intervenire, quasi che il dibattito sulla riforma del sistema punitivo possa considerarsi una faccenda di mera pertinenza della Sinistra assembleare in tutte le sue sfumature.

A meno che in quel finire della primavera del 1791 i protagonisti sentano nell'aria una imminente e risolutiva crisi politica — tre settimane più tardi la fuga di Varennes avrebbe dato corpo alle ombre — tanto da rendere inutile qualsiasi battaglia assembleare: giova ricordare che, al contrario, appena un anno prima la Destra aveva dato battaglia sull'ordinamento giudiziario, esprimendosi anche contro l'introduzione della giuria tanto in ambito civile che penale.

---

(120) Séance du Mardi 31 mai [1791], in « Moniteur », *réimpression*, cit., VIII, p. 561.

(121) Archives Parlementaires, cit., XXVI, p. 683.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

8.1. *Commisurare le pene all'atrocità dei crimini: sì alla pena di morte.*

Così, a distanza di due anni dalla rottura con i *Monarchiens anglomanes*, il Blocco costituzionale — vale a dire lo schieramento maggioritario in cui si riconosce la Sinistra costituente nelle sue varie articolazioni — si spacca nuovamente su una questione di grande rilevanza. A favore della pena di morte si esprimono figure di seconda fila, argomentando in modo non banale e facendosi, soprattutto, carico delle preoccupazioni generalizzate per una situazione sociale e politica in continua effervescenza, che sembra sfuggire di mano.

Prugnon parte da premesse contrattualiste, citando nell'ordine Montesquieu, Rousseau, Mably, Filangieri (trascritto in « Filanghieri ») per argomentare che l'individuo ha trasferito alla società il diritto di disporre della propria esistenza, con una sola eccezione. « Beccaria le nie, et chacun sai quel est depuis vingt-cinq ans l'ascendant de son esprit sur les autres esprits […] » (122).

A suo avviso, il grande errore degli scrittori moderni era consistito nell'aver prestato i loro calcoli e la loro logica agli assassini, mentre invece vi è una classe di uomini — e qui anticipa il *topos* ottocentesco delle *classes dangereuses* — in cui l'orrore per il crimine si misura con l'orrore per il supplizio e visto che i Costituenti avevano già abolito la trasmissibiltà dell'infamia ai figli del reo, proscrivendo la pena di morte, cosa sarebbe rimasto? Per di più, come rinunciare alla pena di morte in tempi di crescente anarchia, salvo sostituirla con gli inefficaci deterrenti messi a punto dai Comitati?

Per questo motivo, non lo convincono sanzioni come la perdita dell'onore (a suo dire, i criminali lo avevano già perduto) e la semplice perdita della libertà, dato che fino a quel momento la conversione della morte in prigione, non importa quanto lunga, viene considerata alla stregua di una grazia. Poi, dopo avere ribadito che « là où l'honneur se tait, il ne reste plus qu' à faire parler la terreur », Prugnon chiede il mantenimento della semplice privazione

(122) Séance du Lundi 30 mai [1791]: Opinion de Pierre-Joseph Prugnon, in « Moniteur », *réimpression*, cit., VIII, p. 545.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della vita per i crimini di assassinio, avvelenamento, incendio, *Lèse-Nation*, fabbricazione di falsi assegnati: « tout ce qui est au delà de la simple mort est supérieur au pouvoir de la société, qui doit venger l'ordre public, punir, et non tourmenter » (123).

Secondo Mougins de Roquefort, bisogna commisurare le pene all'atrocità dei crimini perpetrati, senza dimenticare che la stessa Inghilterra da cui si è appena importata l'istituzione dei giurati ammette la pena di morte. La bibliografia del deputato comprende Blackstone, Montesquieu (124), Rousseau (125), Mably (126). Condannare al lavoro faticoso (cioè, i lavori forzati), un'attività generalmente riservata dalla società all'indigenza, non fa che equiparare il malfattore al povero presentando, inoltre, il lavoro in sé alla stregua di una punizione; molto meglio punire senza tentennamenti, riservando agli assassini la pena di morte semplice, cioè non aggravata da dolorosi e inumani interventi preliminari sul corpo del reo (127).

Anthelme Brillat-Savarin (128), dal canto suo, è contrario all'utilizzo del lavoro carcerario come mezzo di riabilitazione (per lui, affidare strumenti di lavoro ai reclusi può rivelarsi pericoloso); a suo

(123) *Ibidem*, p. 546; come segno di considerazione, l'Assemblea decretò la pubblicazione del discorso di Prugnon.

(124) *De l'esprit des Lois*, l. XII, c. 4.

(125) *Contrat social*, II, 5.

(126) *Principes des lois*, livres III, IV.

(127) Séance du Mardi 31 mai [1791]: Opinion de J. J. Mougins de Roquefort, in « Moniteur », *réimpression*, cit., VIII, p. 548. La pena di morte semplice consisteva nella sola privazione della vita inflitta da un esecutore di giustizia; escludeva, quindi, quelle mutilazioni preliminari quali il taglio della lingua ai blasfemi (cfr. *Affaire du Chevalier* de La Barre) e il taglio della mano destra ai parricidi.

(128) Anthelme Brillat-Savarin (Bellay, 1.IV.1755-2.II.1826), presidente del tribunale civile de l'Ain al termine della legislatura, successivamente giudice presso il *Tribunal de Cassation*, sindaco di Belley fino alla fine del 1793, emigrato in Svizzera e a New York, rientrato in Francia nel vendemmiaio anno V (settembre 1796), segretario dello Stato Maggiore delle armate della Repubblica in Germania, quindi commissario governativo presso il tribunale dipartimentale di Seine-et-Oise (Versailles), giudice di Cassazione dopo il 18 brumaio, destinato a fama imperitura quale gastronomo e autore di un'opera costantemente riedita in più lingue [in italiano, Milano, Rizzoli, 1955] fino ai nostri giorni: *Physiologie du goût ou Méditations de gastronomie transcendante*; ouvrage théorique, historique et à l'ordre du jour, dédié aux gastronomes parisiens par un Professeur membre de plusieurs Sociétés savantes, Paris, Charpentier, Libraire-éditeur, 1844 [1825].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dire, inoltre, le prigioni sono delle vere e proprie scuole di crimine ed è questo che lo porta a non condividere l'interesse dei Comitati per la detenzione carceraria; quindi, non convinto dalle alternative sanzionatorie prospettate dal rapporto Le Peletier, propende per il mantenimento della pena capitale:

> « […] la peine de mort est la base fondamentale de toute agrégation politique. […] ceux qui meurent sous le fer d'un assassin encouragé par la douceur de la peine meurent aussi sous le fer de la loi. […] et je pense que, si vos Comités ont cru faire preuve de philosophie en vous proposant d'abolir la peine de mort, ce n'est qu' en rejetant cette opinion que vous montrerez combien la vie d'un homme vous est chère » (129).

Di particolare efficacia nello smontare le posizioni abolizioniste dei Comitati, l'intervento del deputato Mercier, che vede « les plus grands dangers à changer tout à coup le code pénal », chiedendo, non senza efficacia, una punizione draconiana per la falsificazione di assegnati, da lui paragonata alla « Lèse-Nation au premier chef » (130). A suo modo di vedere, la segregazione cellulare generalizzata tradirebbe la premessa di voler costruire una scala di penalità proporzionate alla gerarchia di valori lesi dai differenti crimini; per di più, egli non condivide l'opinione che il *cachot* possa funzionare da deterrente:

> « […] la seule idée d'être renfermé pour un temps déterminé est peu capable d'effrayer ces hommes féroces qui se sont fait une habitude de se jouer de la vie des hommes » (131).

8.2. *Gli interventi abolizionisti.*

I tre discorsi effettivamente pronunziati in aula non sono sullo stesso piano: su Robespierre e Pétion prevale nettamente Du Port, dato che i primi due, pur presentando testi dignitosi, sviluppano delle semplici parafrasi della enorme letteratura prodotta in materia nella seconda metà del XVIII secolo.

---

(129) Séance du Mardi 31 mai [1791]: Opinion de Brillat Savarin, p. 549.

(130) Séance du Mardi 31 mai [1791]: Opinion de Jean Mercier-Terreford, p. 561, « que la contrefaction des assignats soit rangée dans la classe des crimes de Lèse-Nation au premier chef, et punie de mort », dato che « sur les assignats sont fondées la fortune publique et les fortunes particulières ».

(131) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Maximilien Robespierre, in particolare, è ben lungi dal lambire l'efficacia che avranno i suoi icastici interventi alla Convenzione appena un paio d'anni più tardi. Pieno di reminiscenze classiche (Grecia, Roma), fin dai primi passaggi improntati a un noto brano di Plutarco, enfatizzato dall'appello a cancellare gli omicidi perpetrati dai tribunali (e, cioè, la pena di morte), il suo è un intervento nobile ma impacciato, come poteva esserlo uno di quei componimenti letti ai *Rosati* (132) di Arras, prima della Rivoluzione:

> « La nouvelle ayant été porte à Athènes que des citoyens avaient été condamnés à mort dans la ville d'Argos, on court dans les temples et on conjura les dieux de détourner des Athéniens des pensées si cruelles et si funestes; je viens prier, non les dieux, mais les législateurs qui doivent être les organes et les interprètes des lois éternelles, que la divinité a dictée aux hommes, d'effacer du code des Français les lois de sang qui commandent des meurtres juridiques, et que repoussent leurs mœurs et leur constitution nouvelle » (133).

Per poi chiudersi con valutazioni più tecniche (improntate a Beccaria e Du Paty) sui margini di errore nel giudizio umano e sull'efficacia delle pene che non va confusa con l'eccesso di severità che offende la dignità dell'uomo (134).

Il secondo oratore abolizionista, Jérôme Pétion, è probabilmente il solo a respingere l'argomentazione contrattualista; secondo lui, infatti, l'individuo non conferisce alla società il diritto di comminargli la pena di morte. Grande rilievo hanno nel suo intervento i temi di derivazione utilitarista, come quello che fa leva sulla prevenzione speciale. Non senza efficacia, Pétion s'interroga sullo scopo della sanzione penale:

> « Quel est le but essentiel des peines par rapport aux individus? de corriger l'homme et de le rendre meilleur. La loi ne punit pas pour le plaisir cruel de punir: ce serait une inhumanité; la loi ne se venge pas, parce qu' elle est sans passions et au dessus des passions. Si la loi condamne à des

(132) L'Accademia dei Rosati di Arras era una delle tante Accademie che animavano la vita francese sul finire dell'*Ancien Régime*; fu lì che Robespierre conobbe Lazare Carnot, giovane ufficiale di stanza in quella guarnigione, destinato a diventare suo collega nel Comitato di Salute pubblica.

(133) Séance du Lundi 30 mai 1791: Opinion de Maximilien Robespierre, p. 546; alla fine della lettura del suo discorso, alle tre del pomeriggio, il presidente dichiarò chiusa la seduta, *ibidem*, p. 547.

(134) *Ibidem*, p. 547.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> privations, à des souffrances, c'est pour exciter le repentir dans l'âme du coupable; c'est pour le ramener à la vertu, et l'empêcher, par le souvenir de ses maux, de retomber dans le vice » (135).

Ma è soprattutto sull'efficacia intimidatoria della pena che fa leva Pétion, declinando il tema di una prevenzione generale che contrasti la « spinta criminosa » (136):

> « Quel est le but essentiel des peines par rapport à la société? d'intimider par l'exemple les hommes qui seraient tentés de se livrer au crime, et de prévenir ainsi les désordres qui troublent la tranquillité publique. Ce n'est pas l'effroi du supplice qui arrête la main sacrilège de l'assassin; l'espoir de l'impunité le rassure sur le danger qu'il court » (137).

Il terzo e ultimo dei deputati abolizionisti ad intervenire in aula lo fa, non senza contrasti, in veste ufficiale. Il fatto che Adrien Du Port prenda la parola a nome dei *Comités réunis*, è una circostanza che merita di essere sottolineata. Innanzi tutto, perché la sua richiesta d'iscrizione a parlare viene avanzata, quasi fuori tempo massimo, nella tarda mattinata di martedì 31 maggio (presumibilmente verso mezzogiorno), quando la Costituente, stremata dai lunghi interventi letti da ben tre deputati — Mougins, Pétion e Brillat-Savarin — chiede insistentemente la chiusura della discussione generale (con la sola opposizione di Boissy d'Anglas (138)) e il voto sulla pena di morte. In secondo luogo, perché prima che gli venga effettivamente data la parola, si apre un breve dibattito sull'opportunità o meno di ascoltarlo, malgrado la posizione ufficiale rivestita dal deputato. Du Port è, quindi, costretto a richiamare la circostanza che sul progetto

(135) Séance du Mardi 31 mai [1791]: Opinion de Jérôme Pétion, p. 548.

(136) Sulla politica criminale come disegno di contrasto alla « spinta criminosa » insiste Giandomenico Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, Milano, presso Agnello Nobile, 1807 [1791], III, pp. 14, 21-26, 29, 137-142; di tutt'altro parere Pellegrino Rossi, *Traité de Droit pénal*, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1850, I: « Ce n'est en effet qu' un rêve que ce prétendu jeu *psychologique*, cette lutte à qui sera le plus fort, entre les attraits du crime et les terreurs de la peine, entre le plaisir immédiat et la douleur en perspective » (p. 136).

(137) Opinion de Jérôme Pétion, cit., p. 548.

(138) Séance du Mardi 31 mai [1791]: Intervention de Boissy d'Anglas, p. 549, che utilizza l'argomento della mancanza del numero legale per impedire la deliberazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di codice penale si è registrata l'unanimità (139) all'interno dei Comitati e, finalmente, lo si lascia parlare.

Come era già accaduto in almeno due circostanze — nel marzo e nell'aprile 1790 quando aveva praticamente coartato la volontà assembleare, imponendo l'adozione immediata della giuria penale (140) — anche in quest'occasione viene ascoltato con fastidio e il suo intervento è punteggiato da interruzioni e rumori, da petulanti richieste di chiusura della discussione. Se questo può apparire indicativo dell'estrema libertà con cui ci si rapporta a uno dei triumviri alla guida del Blocco costituzionale — un atteggiamento impensabile nella Convenzione dell'anno II nei confronti del Comitato di Salute pubblica — è altresì indicativo della stanchezza generale nei confronti di una Sessione assembleare ormai in corso da ventiquattro mesi e che sembra interminabile. Fatto sta che il lungo resoconto pubblicato dal « Moniteur », di tanto in tanto, è accompagnato dalla frase « il s'élève de violents murmures ». All'inizio Du Port prova a reagire, redarguendo i colleghi:

> « Si Montesquieu ou Beccaria étaient en ce moment dans cette tribune, je demande qui aurait l'audace de les interrompre. (On interrompt.- Les rumeurs durent pendant plusieurs instants) » (141).

Solo alla fine dell'intervento, sempre infastidito dalle interruzioni, adotta un tono più umile e, abbandonato il suo testo scritto,

---

(139) Quindi, sarebbe stato favorevole alla riforma anche Target, malgrado la presa di distanza del 1801; la circostanza che i Comitati si fossero espressi all'unanimità sull'abolizione della pena di morte è confermata da Félix LE PELETIER, *Vie de Le Peletier*, cit., pp. 81-88.

(140) Cfr. Roberto MARTUCCI, *La Robe en question: Adrien Du Port et le Jury criminel (29-30 mars 1790)*, cit., p. 36; si veda anche la densa ricostruzione di Antonio PADOA SCHIOPPA *La giuria all'Assemblea Costituente francese*, in *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900*, ed. by A. Padoa Schioppa, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, pp. 75-163; senza dimenticare, dello stesso Autore: *Le jury d'Adrien Duport*, in *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale?* Actes du Colloque d'Orléans 11-13 septembre 1986, Paris, P.U.F., 1988, II, pp. 609-622. Entrambi i saggi sono stati utilmente riproposti nel volume *La giuria penale in Francia dai Philosophes alla Costituente*, Milano, LED, 1994.

(141) Séance du Mardi 31 mai [1791]: Opinion d'Adrien Du Port, p. 550.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricorda ai colleghi che il suo intervento non fa « que rétarder d'un quart d'heure l'établissement de la peine de mort » (142).

Riassumere in poche righe un discorso ricco di sfumature non sarebbe facile; mi basterà dire che, prendendo la parola in veste ufficiale Adrien Du Port non può non riecheggiare il rapporto Saint-Fargeau — già approvato preliminarmente dai Comitati — arricchendolo in misura significativa. La sua è un'orazione appassionata in cui vengono declinati abilmente i temi cari agli abolizionisti, dal *neminem lædere* al « Dieu dit que Caïn ne soit pas tué » (143), dalla prevenzione assicurata dall'adozione di buone leggi alla lotta alla povertà, « source ordinare des crimes » (144), per chiudere infine con una esortazione dai toni ispirati:

> « A ce moment où les Français dirigent toutes leurs pensées vers leur nouvelle constitution, où ils viennent puiser avidement dans vos lois, non-seulement des règles d'obéissance, mais des principes de justice et de morale, qu' ils ne rencontrent pas une loi dont l'effet seul est une leçon de barbarie et de lâcheté […] » (145).

La Costituente boccia l'opzione abolizionista malgrado gli sforzi dispiegati da Adrien Du Port nel suo importante discorso contro la pena capitale. Una inedita alleanza tra la Destra e alcuni settori della Sinistra (146) respinge la prospettiva abolizionista indicata all'unanimità dai *Comités réunis*. A tal proposito Michel Pertué ha scritto che « à quinze jours des élections, la droite ne voulut pas désarmer la société, et la gauche ne voulut pas désarmer la Révolution » (147).

Confesso che ancora oggi siamo lontani dal poter considerare in modo debito il peso avuto dalla crisi politica del 20-21 giugno 1791 — alludo alla fuga di Luigi XVI — sulla decisione adottata dalla maggioranza della Costituente di mantenere la potenza intimidatrice

---

(142) *Ibidem*, p. 553.

(143) *Ibidem*, rispondendo a un deputato qualificato come « ecclésiastique de la gauche » nel resoconto del « Moniteur », che richiamandosi alla Bibbia aveva giustificato la pena capitale.

(144) *Ibidem*, p. 552.

(145) *Ibidem*, p. 553.

(146) Félix Le Peletier, *Vie de Le Peletier*, cit., p. 88.

(147) Michel Pertué, *La Révolution française et l'abolition de la peine de mort*, in « Annales historiques de la Révolution française », vol. 55, n. 251, janvier-mars 1983, p. 23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di una pena spaventosa e definitiva. Al contrario, non condivido l'ottimismo nutrito da Félix Le Peletier, fratello del *rapporteur*, quando afferma che abolendo la pena capitale si sarebbero anche proscritti i dolori degli anni successivi, prodotti dall'uso massiccio fattone durante il Terrore (148). La storia ci ha infatti insegnato che la presenza di un codice equilibrato non ha mai impedito al potere politico di adottare leggi penali straordinarie, varate per colpire con pene draconiane crimini di ogni natura, anche politica o, spesso, semplici condotte ritenute eterodosse.

9. *Il codice penale del 25 settembre/6 ottobre 1791.*

Il codice che risulta dal voto dell'Assemblea Nazionale stabilisce una scala decrescente di pene fisse irrogabili, senza che sia possibile alcuna graduazione, da parte del tribunale criminale del dipartimento a seguito di una pronuncia del *jury de jugement* (149). Tali pene sono la morte, i lavori forzati (con l'equivalente per le donne della detenzione in *maisons de force*), la reclusione cellulare, la detenzione, la deportazione, la degradazione civica e la gogna (P. I^{ère}, art. I/T. I^{er}) (150). Le infrazioni sono divise in modo moderno in *crimes & attentats contre la chose publique* (sei sezioni) e *crimes contre les particuliers* (due sezioni). Tuttavia, ai fini di una valutazione complessiva del *code pénal* occorre tener presenti due circostanze.

Innanzi tutto, registriamo un'assenza significativa tra le disposizioni incriminatrici: ventiquattro mesi di ininterrotte richieste di codificare i crimini di *Lése-Nation* non hanno lasciato tracce nel codice penale. Al contrario, lungi dal rivestire di un'apparenza legale un'incriminazione insinuante ed eminentemente politica quale la *Lése-Nation*, i *Comités réunis* hanno individuato condotte criminose

(148) Félix LE PELETIER, *Vie de Le Peletier*, cit., pp. 86-87.

(149) Sorprende l'assenza di un qualsiasi riferimento al codice del 1791 (che cita da R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, L. Larose et Forcel, 1888, il solo codice del 1795) in Guido NEPPI MODONA, *Legislazione penale*, in Fabio LEVI, Umberto LEVRA, Nicola TRANFAGLIA, *Storia d'Italia — 2*, cit., pp. 585-588.

(150) Secondo Renée MARTINAGE, *Les innovations des constituants en matière de répression*, cit., per superbia i Costituenti avevano peccato di pressappochismo: « Ils avaient travaillé vite et n'avaient pas toujours perçu la complexité des questions examinées, comme celle du traitement pénitentiaire » (p. 125).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presenti ancora oggi nei codici moderni: crimini contro la sicurezza esterna dello Stato, crimini contro la sicurezza interna, crimini e attentati contro la costituzione. In tal modo la Costituente — diversamente da quanto accadrà con la Legislativa e la Convenzione — senza dimostrarsi corriva nei confronti di quella che ho definito 'domanda penale di piazza', tenterà invece di incanalarla nell'alveo della stretta legalità dei delitti e delle pene. In secondo luogo, contro il parere unanime dei *Comités réunis*, la pena di morte rimane al centro della ribalta sanzionatoria, connotando in senso draconiano la nuova legislazione (151).

Prospetto generale del sistema sanzionatorio del codice penale 25 settembre 1791

Peine de mort	**Peine des fers** [lavori forzati: uomini] **Maison de force** [internamento: donne]	**Peine de la gêne** [segregazione cellulare]	**Peine de la détention**	**Peine de la déportation** [Colonie francesi d'America]	**Dégradation civique** [cerimonia pubblica infamante: esclusione dalla *polis*]	**Carcan** [gogna]
27 casi politici 10 casi comuni	14 casi politici 37 casi comuni	24 casi politici 2 casi comuni	5 casi politici 8 casi comuni	Pena prevista per I recidivi [art. XXIX/I, P. I^{a}]	8 casi politici 1 caso comune	pena accessoria con esposizione da 2 a 6 ore per i condannati ai fers, gêne, détention

Senza addentrarci nei meandri dell'universo sanzionatorio disciplinato dalla Costituente con il codice del 1791, gioverà ricordare che la pena di morte colpisce i crimini contro la sicurezza esterna dello Stato (tradimento, eccitamento alla guerra, trasmissione al

(151) Particolarmente severo il giudizio di Renée MARTINAGE, *Les innovations…*, cit.: « La construction édifiée ne manquait pas d'incohérence. En maintenant au sommet de la hiérarchie des peines la peine capitale, les rédacteurs du Code pénal contredisaient la plupart de leurs ambitions […] » (p. 107).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nemico di segreti militari), quelli contro la sicurezza interna (complotti e attentati contro il re, il Reggente e l'erede al trono, sovversione dell'ordine di successione al trono, cospirazioni ed incitamento alla guerra civile, occupazione militare del palazzo del Corpo legislativo, falsa pubblicazione di una legge non decretata dal Corpo legislativo, falsificazione del contenuto di un atto legislativo regolarmente approvato, levata abusiva d'imposte non votate dal Corpo legislativo, compravendita del voto di un deputato, falsificazione di assegnati, incendi di edifici pubblici, magazzini, arsenali e navi militari).

Quanto ai crimini comuni, la pena di morte è prevista per l'omicidio con premeditazione (qualificato *assassinat*) « quoique non consommé », per i gravi maltrattamenti e le violenze con ferite rilevanti (mutilazioni) con premeditazione e a seguito di agguati, per la castrazione; infine, per l'avvelenamento sia o meno seguìto dalla morte delle vittime, vale a dire che in questo caso il legislatore equipara il crimine consumato a quello semplicemente tentato. E qui vale la pena di soffermarsi.

9.1. *Il delitto tentato nel nuovo codice penale.*

È convinzione comune che il codice penale del 1791 — seguendo lo stesso progetto dei Comitati — si limiti a mutuare dalla normativa d'*Ancien Régime*, nel solco dell'*Ordonnance Criminelle* del 1670, la sola previsione di reato imperfetto per l'assassinio (152) e il veneficio (153), introducendo una forma di depenalizzazione (il proscioglimento del reo) in caso di desistenza dal

(152) P. II[ème]. *Des crimes et de leur punition*, Titre II. *Crimes contre les particuliers*, Section I[ère]. *Crimes et attentats contre les personnes*, art. XIII: L'assassinat, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'article XI [peine de mort], lorsque l'attaque à dessein de tuer aura été effectuée.

(153) P. II[ème]. *Des crimes …*, Titre II. *Crimes …*, Section I[ère]. *Crimes et attentats …*, art. XV: L'homicide par poison, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'article XII [peine de mort], lorsque l'empoisonnement aura été effectué, ou lorsque le poison aura été présenté ou mêlé avec des aliments ou breuvages spécialement destines, soit à l'usage de la personne contre laquelle ledit attentat aura été dirigé, soit à l'usage de toute une famille, société ou habitans d'une même maison, soit à l'usage du public.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tentato avvelenamento (154). Si tratta di disposizioni conosciute nelle quali non solo non si fa uso del lemma *tentative* (che le fonti consultate registrano a partire dal 1792), sostituito dall'espressione « quoique non consommé », ma per di più si registra l'assenza di concetti-chiave come il *commencement d'exécution* dell'atto criminoso (155). Mancando nel codice una disposizione sul tentativo in generale, quest'assenza potrebbe essere ascritta a mero errore di tecnica legislativa.

Tuttavia, una serie di indizi disseminati nei lavori preparatori permettono di ipotizzare che questa omissione sia il frutto di precise scelte di politica criminale. Si ricorderà, infatti, che la Costituente pur subendo all'apparenza una massiccia pressione della 'domanda penale di piazza' vòlta alla criminalizzazione della *Lèse-Nation* e imperniata, quindi, sulla concreta equiparazione di delitti imperfetti a fattispecie politiche capitali, aveva però evitato di disciplinare in via legislativa una fattispecie evanescente, suscettiva di attivare persecuzioni politiche ad ampio spettro. Orbene, una disposizione sul tentativo di crimine, rendendo più labile il nesso tra volontà colpevole ed esecuzione del disegno criminoso, avrebbe potuto funzionare da clausola generale d'incriminazione di ogni comportamento politico individuato come eterodosso o deviante. Perfettamente consapevoli dei rischi ìnsiti nell'assecondare con strumenti normativi la caccia alle streghe avviata nel corso del 1789-90 dal *Comité de Recherches de la Ville de Paris*, i Comitati della Costituente vogliono percorrere altre strade.

È, peraltro, inesatto che l'attenzione del legislatore si limiti alle sole ipotesi di assassinio e di veneficio non consumati. Difatti, senza che il legislatore conceda nulla alla 'domanda penale di piazza', la nozione di *délit attentat* (anche se stemperata) la ritroviamo alla base del codice del Novantuno. Come ho già detto, i reati vi appaiono bipartiti in due grandi titoli: « Crimes & attentats

(154) P. II[ème]. *Des crimes …*, Titre II. *Crimes …*, Section I[ère]. *Crimes et attentats …*, art. XVI: Si toutefois avant l'empoisonnement effectué, ou avant que l'empoisonnement des alimens & breuvages ait été découvert, l'empoisonnement arrêtoit l'exécution du crime, soit en supprimant lesdits alimens ou breuvages, soit en empêchant qu' on en fasse usage, l'accusé sera acquitté.

(155) Per un inquadramento sistematico rinvio a Roberto MARTUCCI, *Tentativo (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIV, 1992, pp. 99-117.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contre la chose publique » (T. I) e « Crimes & attentats contre les personnes » (T. II). Giocando sull'ambiguità semantica della nozione di *attentat*, che dal punto di vista tecnico comprende sia il 'tentato' che il 'consumato' e che, invece, per i *meneurs de la rue* si allontana dalla materialità del fatto commesso, i *Comités réunis*, all'atto pratico, riducono l'universo *attentatoire* a poche fattispecie, pur avendolo apparentemente elevato alla dignità di epònimo dei due titoli della Parte II[a] del codice penale. Si ricorrerà, quindi, alle nozioni di « machination », « conspiration », « complot », « attentat » come ad altrettanti lemmi fungibili, da utilizzare indifferenziatamente.

Sono così punite le « machinations ou intelligences » con potenze straniere anche se non seguite da effetto (156); il « complot & attentat » contro la persona del re, del reggente e del principe ereditario (157); le « conspirations & complots » tendenti a innescare la guerra civile sotto qualsiasi pretesto (158); i « complots ou attentats » per impedire la riunione od operare la dissoluzione delle assemblee primarie (municipali e di quartiere) o elettorali (dipartimentali) (159); le « conspirations ou attentats » per impedire la riunione ovvero operare la dissoluzione del Corpo legislativo e l'« attentat » contro la libertà personale dei deputati (160). Per altro,

(156) P. II[ème]. *Des crimes …*, Titre I. *Crimes & attentats contre la chose publique*, Section I[ère]. *Des crimes contre la sûreté extérieure de l'État*, art. I: Quiconque sera convaincu d'avoir pratiqué des machinations, ou entretenu des intelligences avec les puissances étrangères ou avec leurs agens, pour les engager à commettre des hostilities, ou pour leur indiquer les moyens d'entreprendre la guerre contre la France, sera puni de mort, soit que les machinations ou intelligences aient été ou non suivies d'hostilités.

(157) P. II[ème]. *Des crimes …*, Titre I. *Crimes & attentats …*, Section II[ème]. *Des crimes contre la sûreté intérieure de l'État*, art. I: Tout complot & attentat contre la personne du roi, du regent ou de l'héritier présomptif du trône, seront punis de mort.

(158) P. II[ème]. *Des crimes …*, Titre I. *Crimes & attentats …*, Section II[ème]. *Des crimes …*, art. II: Toutes conspirations & complots, tendant à troubler l'Etat par une guerre civile, en armant les citoyens les uns contre les autres, ou contre l'exercice de l'autorité légitime, seront punis de mort.

(159) P. II[ème]. *Des crimes …*, Titre I. *Crimes & attentats …*, Section III[ème]. *Crimes & attentats contre la constitution*, art. I: Tous complots ou attentats pour empêcher la reunion ou pour opérer la dissolution d'une assemblée primaire ou d'une assemblée électorale, seront punis de la peine de la gêne pendant quinze ans.

(160) P. II[ème]. *Des crimes …*, Titre I. *Crimes & attentats …*, Section III[ème]. *Crimes & attentats contre la constitution*, art. IV: Toutes conspirations ou attentats pour

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

c'è da rilevare che il progetto non adotta l'ottica equiparativa che, invece, era stata imposta in sede di approvazione del testo definitivo del codice, quando alle lunghe pene detentive (ventiquattro anni di *cachot*: segregazione cellulare al buio) si sostituì la pena di morte per quasi tutti i *délits attentats*; con l'eccezione della tentata dissoluzione delle assemblee elettorali, dove la pena di dodici anni di *gêne* (segregazione cellulare semplice) prevista dal progetto venne portata a quindici anni.

Se la scala punitiva adottata dalla Costituente in parziale riforma del progetto abolizionista dei Comitati, oggi, può sembrarci draconiana — ed indubbiamente lo era — non possiamo fare a meno di pensare che si tratta di disposizioni messe a punto e votate in piena crisi di Varennes.

La fuga di Luigi XVI implica effettive complicità a livello ministeriale e di alti comandi militari, oltre a rischi tangibili per la sicurezza interna ed esterna del Regno: né la situazione può risultare addomesticata dalla versione dei fatti imposta dal Triumvirato, imperniata sulla 'frottola pacificatrice' (ma politicamente debolissima) del rapimento del re e della sua famiglia. Per di più, il biglietto manoscritto lasciato da Luigi XVI alle Tuileries, con cui egli *a posteriori* sconfessa l'intera cooperazione prestata quale capo dello Stato nel corso della Legislatura (in particolare, sosteneva che le sue firme di promulgazione gli fossero state estorte con la violenza, risultando, di conseguenza, nulle), lascia presagire oscure prospettive ai fini del mantenimento del nuovo regime costituzionale.

Il contesto di crisi sembra, dunque, evocare provvedimenti di natura eccezionale. È quindi degno di nota il fatto che, pur non ignorando tale contesto, la Costituente abbia preferito, invece, dar vita a un sistema di stretta legalità dei delitti e delle pene, consacrato

---

empêcher la reunion ou opérer la dissolution du Corps législatif, ou pour empêcher par force & violence la liberté de ses deliberations;

Tous attentats contre la liberté individuelle d'un de ses membres, seront punis de mort.

Tous ceux qui auront participé auxdites conspirations ou attentats, par les ordres qu'ils auront donnés ou executés, subiront la peine portée au present article.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in un codice che resta, ancora oggi (161), una delle pietre miliari della moderna codificazione penale (162).

III. *Una 'legalità' di Salute pubblica (1791-1795).*

La Costituente ha appena fatto in tempo a chiudere la legislatura votando una riforma penale processuale e sostanziale di altissimo profilo — che completava la riforma organica dell'ordinamento giudiziario varata nell'agosto 1790 — quando l'amministrazione della giustizia criminale viene sottoposta a uno *choc* senza precedenti, perché coinvolta nel terremoto dell'intero assetto istituzionale retto dalla costituzione del 3 settembre 1791.

Certo, anche negli anni successivi quei codici e quelle leggi avrebbero continuato ad avere un loro momento applicativo, ma sempre più residuale e, a tratti, asfittico, rispetto al massiccio ricorso a provvedimenti penali speciali, rivestiti formalmente dei richiesti requisiti legali e, invece, di portata squisitamente intimidatrice. Tanto da far pensare, una volta normalizzato lo Stato sotto il ferreo pugno napoleonico, che fosse necessario riscrivere quei codici; quasi che il loro quadriennale affievolimento — con la regola annichilita dall'eccezione — fosse dipeso da loro specifici difetti tecnici, accompagnati da un eccessivo spirito umanitario, non già dall'esigenza espressa dai nuovi titolari dei supremi poteri pubblici di procedere a una massiccia e severa profilassi politico-istituzionale, basata sul

(161) Cfr. Pierre LASCOUME et Pierrette PONCELA, *Classer et punir autrement: les incriminations sous l'Ancien Régime et sous la Constituante*, in Robert BADINTER (sous la direction de), *Une autre Justice*, cit.: « Le code de 1791 est, en quelque sorte, toujours en vigueur, non seulement en filigrane mais très directement dans la sélection et la hiérarchisation des intérêts défendus ainsi que dans leur pondération par des peines » (p. 75).

(162) Ha scritto Robert BADINTER, *Naissance d'une Justice*, in Robert BADINTER (sous la direction de), *Une autre Justice*, cit.: « La conception d'une pénalité humaine, qui prenne en compte l'espérance de l'amendement du condamné, c'est également aux constituants que nous en sommes redevables.

Nous leur devons enfin l'exemple de convictions fortes, dictées par l'idéal d'une justice respectueuse des droits de l'homme, soucieuse de la liberté individuelle et au service de la paix civile. Si les institutions que les constituants ont conçues n'ont pour l'essentiel pas survécu à la Révolution, leur message n'est pas perdu et demeure encore source d'inspiration » (p. 25).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricorso indiscriminato alla pena capitale, con modalità e ampiezza fino a quel momento sconosciute all'Europa d'*Ancien Régime*.

1. *Il contesto di crisi dal 1791 al 1795.*

Con l'uscita di scena della Costituente e la chiusura di una legislatura dall'alta cifra riformatrice, la Francia sprofonda per un anno in una crisi apparentemente priva di sbocchi, gestita da *leaders* che si mostrano incapaci di guidare gli eventi. Il 1° ottobre 1791 si insedia al Maneggio delle Tuileries l'Assemblea Nazionale Legislativa, potere costituito legittimato dalla costituzione del 3 settembre 1791 e, per ciò stesso, abilitato alla sola messa in attività del quadro istituzionale prefigurato dalla Carta fondamentale. Dunque, quel rodaggio costituzionale già anticipato negli Stati Uniti fin dalla prima presidenza Washington (1789-93) e fatto soprattutto di pragmatismo e senso della misura. Binomio praticato solo in Paesi dotati di una classe dirigente unita da valori comuni.

Orbene, è proprio la consapevolezza di condividere tali valori a far difetto alla nuova Francia costituzionale che sarà dilaniata da quattro anni di lotte senza quartiere tra fazioni antagoniste prodottesi per gemmazione, scissioni, *querelles* infinite che avevano già travagliato il Blocco costituzionale fin dal 1789. Sottolineo la nozione di mancata consapevolezza, proprio perché le fonti ci suggeriscono che i gruppi che lottano per il potere, dilapidando quella che avrebbe potuto essere la feconda eredità dell'Ottantanove, condividono invece valori comuni e, dunque, avrebbero potuto raggiungere un onorevole compromesso costituzionale senza giocare la carta della messa fuori legge degli avversari e della loro successiva eliminazione fisica, con effetti devastanti la cui ultrattività si sarebbe proiettata lungo l'arco di un secolo.

Foglianti (gli amici di Barnave dopo il luglio 1791), Giacobini (Robespierre, Saint-Just), Brissottini (Brissot, Pétion, Vergniaud), centristi della *Plaine* o *Marais* (Barère, Siéyès, Durand de Maillane, Lanjuinais) sono tutti d'accordo sui càrdini del nuovo sistema costituzionale: legittimazione elettiva dei poteri pubblici, rotazione nell'esercizio della loro titolarità, rappresentanza nazionale monocamerale, necessaria presenza di poteri locali forti, giustizia amministrata da giudici elettivi, integrati dalle giurie nei processi penali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Eppure, dilaniato dall'esplosione delle rivalità tra fazioni, il sistema non regge e se, apparentemente, i *leaders* della Sinistra rivoluzionaria cercano una stabilità istituzionale nella Repubblica, anche questa forma di governo conosce convulsioni terribili dato che le rivalità gemmano a getto continuo, producendo ininterrottamente uomini politici che si pongono come interpreti della piazza al fine di delegittimare quei colleghi che, al momento, guidano lo Stato. Il gioco si ripete contro Foglianti (primavera-estate 1792) e Girondini (maggio-giugno 1793). Agli *Hébértistes* (14-24 marzo 1794), agli *Enragés* (24 agosto 1793) e ai *Dantonistes* (4 aprile 1794) penserà il Comitato di Salute pubblica; ai *Robespierristes*, il 9 termidoro anno II, il Comitato di Sicurezza generale.

Per dar conto in modo sintetico di una Rivoluzione che divora i propri dirigenti, il girondino Vergniaud avrebbe fatto ricorso all'immagine mitologica di Saturno-Kronos che divora i suoi figli e, in effetti, il saturnismo rende l'idea di un sistema sempre in crisi, che non riesce a stabilizzarsi. Vediamo più da vicino le tappe salienti di quella crisi istituzionale, tenendo presente che il quadro proposto serve solo ad offrire la cornice degli indirizzi di politica criminale del quadriennio — indirizzi fortemente ipotecati dale esigenze di un governo di guerra — non già per tentare un'impossibile sintesi di quello che è stato il governo rivoluzionario e, in particolare, la Dittatura di Salute pubblica degli anni di Danton e Robespierre.

1.1. *La Legislativa e la guerra destabilizzatrice.*

Dal 1791 al 1795 si avvicendano due Legislativi, l'uno costituito e ordinario, l'altro costituente e straordinario. All'Assemblea Nazionale Legislativa, restata in carica appena undici mesi, segue la Convenzione Nazionale investita di due còmpiti di notevole difficoltà: l'istruzione e la celebrazione del processo a Luigi XVI e la gestione di una guerra che si sta perdendo. A sua volta, il conflitto bellico e la necessità di neutralizzare l'azione di eventuali quinte colonne interne, determina la messa in piedi di uno spietato governo di guerra — abitualmente identificato nel Comitato di Salute pubblica — che ingabbia l'intera Francia in una rete di sorveglianza poliziesca; su scala vastissima, viene messo in pratica quanto aveva cominciato a fare il *Comité de Recherches de la Ville de Paris* nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1789-90. E questo, da un lato, ci riconduce a Brissot; dall'altro, a chi per motivi diversi aveva caldeggiato l'avventura militare.

La guerra, infatti, non è scoppiata da sola né, tanto meno, era stata dichiarata alla Francia dai potenti Regni confinanti. Era stato proprio Brissot che controllava il *Comité Diplomatique* della Legislativa a imporre l'apertura delle ostilità contro Austria e Prussia, il 20 aprile 1792 (estese alla Gran Bretagna il 1° febbraio 1793) (163). Luigi XVI — per il quale una disfatta francese avrebbe significato liberarsi della ingombrante tutela dell'Assemblea — si dichiara immediatamente d'accordo. Al tempo stesso, caldeggiano le ostilità — immaginando un conflitto vittorioso e breve — La Fayette e i generali a lui collegati, nella speranza di poter spendere l'auspicato prestigio militare per normalizzare l'effervescenza parigina, neutralizzando in particolare l'estremismo delle sezioni.

La poco accorta gestione delle operazioni militari nel corso del 1792 provoca una serie di contraccolpi interni, gravidi di conseguenze perniciose per la tenuta dell'edificio costituzionale. Il 27 maggio la Legislativa adotta provvedimenti restrittivi contro i preti refrattari, il 29 scioglie la guardia personale del re, l'8 giugno decreta l'istituzione di un campo di ventimila guardie nazionali dipartimentali (i cosiddetti Federati) sotto le mura di Parigi; dal canto suo, Luigi XVI l'11 giugno mette il proprio veto ai due decreti sui preti refrattari e sui Federati (del 27 maggio e 8 giugno) poi, il giorno dopo, licenzia il Ministero girondino richiamando al governo il Ministero fogliante.

In soli cento giorni la situazione interna precipita quando le sezioni di Parigi (mettendo in pratica minacce già formulate in precedenza dai deputati brissottini Gensonné (164) e Vergniaud (165)), chiedono che venga votata la decadenza di Luigi XVI

(163) Sulla campagna bellicista di Brissot cfr. Patrice GUENIFFEY, *La politique de la Terreur. Essai sur la violence révolutionnaire 1789-1794*, Paris, Fayard, 2000, pp. 145-147.

(164) Armand Gensonné (19.VIII.1758-31.X.1793), avvocato a Bordeaux, deputato alla Legislativa, amico di Brissot, fautore di provvedimenti restrittivi contro i preti refrattari, promotore del decreto di messa in accusa dei fratelli del re, il 1° gennaio 1792; alla Convenzione vota la morte del re e si oppone alla sospensione della pena (« le sursis »), favorevole all'istituzione del Comitato di Salute pubblica.

(165) Pierre-Victurnien Vergniaud (31.V.1753-31.X.1793), avvocato a Bordeaux si lega a Du Paty dal 1782 al 1788; deputato alla Legislativa, amico di Brissot, fautore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e la sua successiva incriminazione per tradimento. Viene predisposto un piano insurrezionale le cui tappe procederanno a ritmo accelerato, a partire dalla grande manifestazione del 20 giugno 1792, che culmina nell'invasione delle Tuileries con pesanti intimidazioni nei confronti del re e della famiglia reale che precostituiscono la giornata del 10 agosto (166).

Anche la guerra fa la sua parte, visto che le cose per le armate francesi non vanno per il meglio; così, l'11 luglio 1792 la Legislativa proclama « la Patrie en danger », mentre il 25 luglio il duca di Brunswick, generalissimo prussiano, lancia un manifesto che indebolisce la posizione del re, presentando l'esercito alleato come vindìce dell'oltraggiata Monarchia francese. Il pretesto viene còlto al volo e il 27 luglio la Legislativa decreta la confisca dei beni degli emigrati (molti di loro combattevano inquadrati nei ranghi prussiani); poi, il 10 agosto, giunge il momento di dare l'assalto alle Tuileries. L'azione coinvolge certo le sezioni parigine, ma è condotta in prima linea da un battaglione di volontari marsigliesi armati a spese dell'avvocato girondino Barbaroux (167) (vicino ai Roland (168)) e da lui personalmente guidati. Ne è conseguenza immediata il già da tempo auspicato arresto di Luigi XVI (con il successivo internamento nella prigione del Tempio dell'intera famiglia reale) e l'insediamento di un *Conseil exécutif provisoire,* di cui

---

della guerra preventiva, sviluppa il 3 luglio 1792 il primo violento attacco a Luigi XVI; alla Convenzione vota la morte del re e si oppone alla sospensione della pena; proscritto con i Girondini.

(166) Cfr. Jean-Jacques Régis de CAMBACÉRÈS, *Mémoires inédits*, cit., I, p. 82, qualifica « hors de la ligne constitutionnelle » la politica girondina alla Legislativa, aggiungendo a proposito del nesso sequenziale 20 giugno/10 agosto incautamente innescato dai Girondini: « cette faute eut des suites incalculables ».

(167) Charles-Jean-Marie Barbaroux (6.III.1767-25.VI.1794), avvocato a Marsiglia, partecipa con i Federati marsigliesi alla giornata del 10 agosto e all'attacco alle Tuileries; alla Convenzione vota la morte del re e si oppone alla sospensione della pena; proscritto con i Girondini.

(168) A casa del ministro Roland e di sua moglie Manon si riunivano i più influenti deputati della Legislativa; simpatie e antipatie di Manon Roland contribuivano a costruire o distruggere le reputazioni del momento; fu quasi certamente l'antipatia viscerale espressa nei confronti di Danton a impedire un onorevole compromesso fra repubblicani, precipitando la crisi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Danton è la personalità più in vista. Infine, il successivo 2 settembre viene scritta una pagina che anticipa il Terrore nei suoi aspetti più sinistri.

Ormai acefala da una ventina di giorni per l'arresto del re, la Francia è nelle mani dell'imbelle Legislativa che, per tener buone le sezioni parigine e i *clubs* estremisti, autorizza le visite domiciliari (169) su richiesta della *Commune* insurrezionale. In soli tre giorni tremila arresti aumentano in modo significativo la popolazione carceraria della capitale. Potremmo anche ritenere che si tratti di contro-rivoluzionari neutralizzati dalle autorità popolari, per impedire ad una quinta colonna dentro Parigi di far da sponda ai reggimenti austro-prussiani arrivati a poche leghe dalla capitale. Nella realtà la massa di detenuti dei due sessi è formata da piccoli delinquenti (ladri, prostitute) e da preti refrattari, così definiti per essersi rifiutati di giurare fedeltà alla costituzione civile del Clero che ha estremizzato secolari tradizioni gallicane. Contro di loro, si scatena la furia omicida di alcune squadracce organizzate da Louis-Stanislas Fréron e dall'usciere Maillard, due *meneurs de rue* a cui la *Commune* insurrezionale ha dato carta bianca. Si conteranno all'incirca duemila morti, trucidati con modalità spaventose senza registrare alcun tentativo d'intervento da parte delle autorità costituite: non si muovono né il sindaco Pétion (mantenuto nella sua carica dagli insorti), né tanto meno il ministro dell'Interno Roland (170). Da parte loro, neppure i *leaders* montagnardi — Robespierre non è mai favorevole alla logica del massacro — faranno nulla per impedire alcunché: da una parte e dall'altra, in quella che era stata la Sinistra alla Legislativa, opera la riserva mentale di contestare agli avversari il bagno di sangue. A tempo debito.

---

(169) Il cannone annunciava ai parigini la chiusura delle porte della città: a partire da quel momento, nessuno sarebbe più potuto entrare o uscire dalla capitale; le persone che si trovavano per strada o in casa altrui dovevano immediatamente raggiungere la propria abituazione. Commissari dei Comitati di sorveglianza delle quarantotto sezioni, assistiti da volontari armati, procedevano alla perquisizione degli alloggi: tutte le persone trovate in casa altrui venivano immediatamente arrestate come sospette (e, in tal caso, seguivano la loro sorte gli abituali residenti che li avevano incautamente ospitati).

(170) Cfr. Frédéric BLUCHE, *Septembre 1792. Logiques d'un massacre*. Préface de Jean Tulard, Paris, Robert Laffont, 1986.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1.2. *La Convenzione entra in scena.*

Proprio negli stessi giorni, in condizioni rese ancora più drammatiche dall'invasione austro-prussiana del territorio nazionale, sono in pieno svolgimento gli scrutini per l'elezione a suffragio maschile diretto della Convenzione Nazionale, convocata a tamburo battente dalla Legislativa ormai delegittimata. Prima di raddrizzare la situazione militare — còmpito adempiuto con rara energia dal Comitato di Salute pubblica — in un clima sovraeccitato dai fiumi di sangue scorsi nei Massacri di Settembre, la Convenzione dovrà fare i conti con il re. Decide di processarlo per tradimento erigendosi a giudice speciale, esautorando definitivamente la *Haute-Cour Nationale d'Orléans* a cui la Costituente aveva riservato la giustizia politica.

L'esecuzione del re non rende tranquilla la Repubblica; alla Convenzione sarebbero esplosi sanguinosi conflitti interni alla Sinistra che dominava la scena politica: innanzi tutto, quello tra Gironda e Montagna, (latente da mesi) culminato il 2 giugno 1793 con l'arresto di ventuno deputati brissottini successivamente ghigliottinati. Poi, all'interno della stessa Montagna, ormai egèmone, maturano per iniziativa dei Comitati di governo prima l'arresto in massa di Hébert, degli *enragés* e degli *exagérés* (condannati e giustiziati il 4 germinale anno II: 24 marzo 1794), quindi l'epurazione di Danton e dei suoi amici (ghigliottinati il 16 germinale anno II: 5 aprile 1794) ([171]). Anche il colpo di Stato del 9 termidoro è opera di una frazione della Montagna e ne avrebbe fatto le spese il gruppo di Robespierre. Mentre tutto questo accade alla Convenzione e a Parigi, interi dipartimenti sono in rivolta contro il potere centrale, dando vita al dramma della Vandea; nel frattempo, alle frontiere prosegue la guerra tra Francia e collegati austro-prussiani.

È questo il contesto in cui matura il rapido annientamento dell'edificio legale costruito dalla Costituente dopo il 1789. D'altra parte, l'abbattimento della costituzione rappresentativa del 1791 non implica l'azzeramento della produzione normativa della Costituente. In ambito penale, per esempio, inizia un percorso del doppio

([171]) Jean-Jacques Régis de CAMBACÉRÈS, *Mémoires inédits*, cit., I, p. 217, ricorda che queste epurazioni furono richieste dai Comitati unanimi, in particolare su sollecitazione di Billaud-Varenne, non di Robespierre.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

binario: il codice penale del 1791 (con i processi celebrati dinanzi ai tribunali dipartimentali e l'intervento delle giurie) rimane formalmente in vigore per colpire la criminalità ordinaria; al suo fianco prende a crescere, rigogliosa, la pianta della legalità rivoluzionaria improntata a un uso disinvolto e quasi creativo del principio di intimidazione generale interpretato, per di più, in modo ossessivamente draconiano.

In linea generale, anche nel mondo anglosassone situazioni d'emergenza implicano la sospensione dello *habeas corpus act*, comprimendo in modo pesante le libertà individuali. Lo si è fatto durante la Guerra d'Indipendenza del 1776 come anche nel corso della meno nota ribellione del whisky (di poco successiva); lo si sarebbe fatto cento anni più tardi all'epoca della Guerra civile (ma il presidente Lincoln, che se ne assunse la responsabilità, non fu esente da critiche). Ma in quei casi ci fu coercizione, non spargimento indiscriminato di sangue cittadino. Viceversa, in Francia gli avvenimenti conoscono uno sviluppo diverso, salvando sì la Repubblica ma, al tempo stesso, decretando la sua fine in quanto ostaggio di generali vittoriosi e del loro Cromwell. Secondo la profezia dell'inascoltato Robespierre.

2. *Il processo, al re e alla Monarchia.*

La giornata del 10 agosto 1792 ha conseguenze pesantissime che non possono non essere state previste dal *côté* Brissot che con grande leggerezza aveva demolito la costituzione del 1791 sia dalla tribuna della Legislativa che tramite la contemporanea mobilitazione dei Federati, soprattutto marsigliesi. Dopo la presa delle Tuileries, l'Assemblea Nazionale a ranghi ridotti (sono presenti solo un centinaio di deputati) su proposta del presidente Vergniaud decreta la sospensione del re; una mozione del girondino Guadet, approvata seduta stante, stabilisce l'immediata convocazione di una Convenzione Nazionale formata da deputati investiti dal corpo elettorale di poteri illimitati. Riunitasi il 21 settembre 1792 in una Parigi dominata dalla *Commune* insurrezionale del 10 agosto, la Convenzione proclama immediatamente la Repubblica.

Per legittimarsi di fronte al Paese, la nuova entità istituzionale non può accettare la coesistenza con il cessato monarca, neppure in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ceppi, dato che egli resta il potenziale punto di riferimento per i nemici del nuovo ordine. Né, tanto meno, può abbandonarsi all'impulso umanitario di decretarne il bando perpetuo, cioè l'immediato esilio in territorio estero, ché, immediatamente Luigi XVI avrebbe assunto il comando diretto dei corpi militari formati dagli *emigrés* e riuniti a Coblenza, oltre il Reno. Che il gruppo di Brissot — pentitosi *in itinere* rispetto alle conseguenze ultime del « coup d'État populaire » (172) — abbia solo pensato a queste due soluzioni per chiudere il processo al re, è un ulteriore indicatore di quanto fosse improvvisata quella *leadership*, di tanto in tanto benevolmente rivalutata da una disattenta storiografia.

Politicamente debole, la Repubblica ha assoluta necessità di lanciare alla Francia e all'Europa un segnale forte, di non ritorno, che cementi la solidarietà rivoluzionaria (173) travalicando la persona fisica del monarca deposto e arrestato per guardare, più in generale, alla Monarchia come sistema di governo da abolire in nome di una differente e contrapposta legittimità. Dopo l'esecuzione di Carlo I Stuart, Cromwell aveva sì detto « da questo momento l'ufficio reale è abolito », ma poi si era visto come era finita la vicenda: appena undici anni più tardi, nel 1660, vi era stata la restaurazione di Carlo II Stuart e, nel 1688, con il cambio di dinastia e la chiamata al trono di Guglielmo di Orange e della regina Anna, la *Glorious Revolution* aveva finito con il rilegittimare definitivamente una solida Monarchia parlamentarizzata. La Convenzione — e al suo interno è la Montagna ad avere le idee più chiare in proposito, mentre la Gironda si trastulla con i paroloni ampollosi che tanto affascinano i posteri — avrebbe invece dovuto adottare una definitiva profilassi anti-monarchica, solennizzando dinanzi all'Europa il commiato definitivo della Francia dai suoi regnanti, tramite l'esercizio di una spietata autorità sovrana illimitata.

Ma che fare della persona fisica di Luigi XVI detronizzato, posto che la Repubblica non poteva consentirsi il lusso di lasciare in vita il suo principale antagonista in termini di legittimità?

---

(172) L'ossimoro è di Alphonse AULARD, *Histoire politique de la Révolution Française. Origines et développement de la Démocratie et de la République (1789-1804)*, Paris, Librairie Armaud Colin, 1905[3], p. 224.

(173) Cfr. Jean-Jacques Régis de CAMBACÉRÈS, *Mémoires inédits*, cit., I, p. 117.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Secondo Robespierre e Saint-Just, si imponeva la sua soppressione come misura di salute pubblica, non come risultato di un atto di giustizia politica. Sovrastava la Montagna il ricordo del processo celebrato a Londra nel 1649 contro Carlo I Stuart, quando il re, fulminando i suoi giudici, non aveva riconosciuto alcuna legittimità alla Commissione giudiziaria insediata dalla Camera dei Comuni. Per di più, un processo avrebbe implicato l'eventualità che l'imputato potesse essere dichiarato innocente; in tal caso — rilevò Robespierre — sarebbero risultati colpevoli proprio coloro che lo avevano detronizzato e arrestato: non solo gli uomini del 10 agosto, ma anche gli stessi deputati alla Convenzione.

Malgrado Robespierre e i suoi finiscano, di fatto, con l'avere la meglio riuscendo a portare Luigi XVI sul patibolo, sul piano formale essi subiscono l'iniziativa brissottina; a meno che l'intera vicenda processuale (visto l'èsito scontato) non possa prestarsi a una lettura diversa. Nel momento in cui la finale resa dei conti tra Gironda e Montagna viene solo temporaneamente rinviata, la raffica di quattro appelli nominali dei deputati, messi in cantiere per decidere la sorte del re, avrebbe consentito di contare amici e nemici, in vista di future epurazioni (174).

Vale la pena di rilevare che, sul piano che qui ci interessa, la decisione d'incriminare formalmente Luigi XVI porta a scrivere una pagina giudiziaria controversa che vulnera in modo significativo il principio di legalità su di una pluralità di piani: insediando una giurisdizione penale speciale in violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge, sanzionando una condotta come criminosa in violazione del principio di non retroattività della norma penale incriminatrice, azzerando la disposizione costituzionale sull'inviolabilità del re. Senza contare che l'aver abilitato la Convenzione Nazionale a fungere da tribunale criminale straordinario viola il principio della divisione dei poteri pubblici, confondendo funzioni tra loro diversissime quali la giudiziaria e la legislativa.

(174) Non a caso, in assenza degli elenchi di deputati ufficialmente iscritti ai gruppi in competizione, gli storici fanno riferimento ai quattro appelli nominali del gennaio 1793 per "pesare" l'influenza reciproca dei due maggiori gruppi contendenti; lasciando però irrisolto il problema del peso determinante (in entrambi gli schieramenti) dei deputati della *Plaine*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se tutto ciò è possibile nei confronti di chi era stato il re di Francia, come non pensare che sarebbe stato estremamente più semplice far affievolire l'intero sistema di garanzie processuali e sostanziali per i comuni mortali, qualora ci fosse il semplice sospetto che la loro libertà personale (o la loro stessa esistenza in vita) possa essere di pregiudizio alla Patria messa in pericolo dalla guerra?

2.1. *Come processare Luigi XVI: la proposta del* Comité de Législation.

Il 16 settembre 1792 la Legislativa ascolta la lettura di un rapporto presentato da Gohier (175) « sur les papiers inventoriés dans les bureaux de la liste civile » (176), astenendosi però da qualunque decisione in materia, visto l'imminente insediamento della Convenzione Nazionale a soli cinque giorni di distanza, il 21 settembre. Ma, apparentemente assorbita da altre questioni, la nuova Assemblea per una decina di giorni sembra disinteressarsi del caso, fino a quando il 1° ottobre i membri del disciolto *Comité de surveillance de la Commune* si presentano in aula per dichiarare che dai documenti sequestrati alle Tuileries emerge che alcuni deputati alla Legislativa, corrotti, avevano beneficiato dei fondi della Lista civile.

Si apre immediatamente la discussione sul punto. Il deputato

---

(175) Louis-Jérôme Gohier (16.V.1746-11.IV.1830), avvocato a Rennes; segretario generale e poi ministro della Giustizia dal 20 marzo 1793 fino alla soppressione dei ministeri decretata dalla Convenzione Nazionale (4. IV. 1794). Il 18 brumaio anno VIII sarà l'ultimo, imbelle, presidente del Direttorio esecutivo; corteggiato (*flatté*) dai coniugi Buonaparte e sorvegliato "a vista" da Josephine, verrà arrestato nel corso del colpo di Stato organizzato da Emmanuel Sieyès: sull'argomento, malgrado la discreta bibliografia in lingua francese, fanno invece testo la ricostruzione e l'interpretazione degli eventi proposte da Luca SCUCCIMARRA, *La sciabola di Sieyès. Le giornate di brumaio e la genesi del regime bonapartista*, Bologna, Il Mulino, 2002; su Gohier, pp. 26-27, 119.

(176) Rapport de Louis-Jérôme Gohier, Député du département d'Isle & Vilaine, *Sur les papiers inventoriés dans les bureaux de la liste civile*; Fait à la séance du Dimanche matin 16 septembre 1792; Imprimé par ordre de l'Assemblée Nationale. *Envoyé à l'Armée & aux quatre-vingt-trois Départemens*, à Chartres, De l'Imprimerie de Fr. Durand, 1792. Edmond SELIGMAN, *La Justice en France pendant la Révolution. II. (1792-1793)*, cit., p. 379, ipotizza che l'invio ai dipartimenti di tutti i rapporti ufficiali riguardanti la posizione del re e i documenti sequestrati servissero a giustificare dinanzi all'opinione pubblica il rovesciamento del trono, effettuato il 10 agosto 1792.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

montagnardo Merlin (de Thionville) chiede che il re detronizzato « tombe sous le glaive national »; l'ex costituente Rewbell, a sua volta, propone che i documenti sequestrati vengano immediatamente esaminati da una commissione speciale di nuova istituzione che agisca di concerto con le autorità municipali; infine è il girondino Barbaroux (l'uomo del 10 agosto) a redigere un progetto istitutivo di una « Commission extraordinaire de vingt-quatre membres » scelta tra i deputati non parigini (177) alla Convenzione e che, in passato, non fossero stati membri della Costituente o della Legislativa (art. I): i commissari della Convenzione avrebbero potuto spiccare sia mandati di comparizione che mandati d'arresto (178). Alla *Commission extraordinaire des Vingt-Quatre* viene affiancato il *Comité de Législation civile et criminelle*, presieduto da Cambacérès nell'arco dell'intero triennio (179), per dipanare le delicate questioni giuridiche connesse con il processo a Luigi XVI.

Il 4 ottobre 1792 Dufriche de Valazé (180) presenta un primo rapporto sostenendo che vi è « la preuve évidente et matérielle des conspirations du roi », anticipando che un esame completo delle carte richiederà almeno quattro mesi (181). Costituita da Girondini e

(177) Escludendo i deputati parigini, che erano tutti Montagnardi, i Girondini si assicuravano il controllo della nuova *Commission extraordinaire des Vingt-quatre*.

(178) Convention Nationale, Séance du Lundi 1er octobre [1792], in *La Convention Nationale (1792-1793). Procès-verbaux officiels des séances depuis le 21 septembre 1792 jusqu'au 21 janvier 1793*, Paris, Librairie Populaire, [s. d., probabilmente 1889], pp. 55-56; da questo momento le citazioni daranno conto solo degli estremi della seduta alla Convenzione con l'indicazione della pagina. A proposito del modo incidentale con cui viene avviata la procedura a carico di Luigi XVI, Edmond Seligman, *La Justice en France pendant la Révolution.* II. *(1792-1793)*, cit., p. 386, avanza l'ipotesi che Merlin (de Thionville) fosse d'accordo con i membri del disciolto *Comité de surveillance* municipale.

(179) Cfr. Jean-Jacques Régis de Cambacérès, *Mémoires inédits*, cit., I, pp. 19, 162.

(180) Charles-Eléonore Dufriche de Valazé (22.I.1751-30.X.1793), autore di un volume — *Des lois pénales* — édito nel 1784 in cui si schierava contro la pena di morte; deputato alla Legislativa, si dichiara favorevole alla decadenza del re fin dal mese di luglio 1792; alla Convenzione è considerato tra i capi girondini, nel processo al re vota la morte con sospensione della pena; arrestato il 2 giugno 1793 e condannato a morte dal *tribunal criminel extraordinaire*, si pugnala in aula alla lettura della sentenza, cfr. Jean-Jacques Régis de Cambacérès, *Mémoires inédits*, cit., I, p. 187.

(181) Convention Nationale, Séance du Jeudi 4 octobre [1792], Dufriche de Valazé, *au nom de la Commission chargée de l'inventaire des pièces du comité de surveillance de Paris*, p. 68.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presieduta da Barbaroux, la Commissione forse cerca di prender tempo, senza però riuscirci; tanto è vero che, appena un mese più tardi, è pronta una nuova relazione. Ma è un testo deludente quello letto ancora una volta, martedì 6 novembre 1792, da Dufriche de Valazé che si avventura in una singolare e analitica lettura dei documenti sequestrati, vòlta a dimostrare che il re e il suo *entourage* avevano realizzato profitti, speculando sulla carenza di generi alimentari (182). Tuttavia, il rapporto è molto più eloquente di quanto non possa a prima vista sembrare, visto che il relatore ammette che la Commissione ha avuto una conoscenza di seconda mano dei documenti esaminati, che le sono stati forniti un po' per volta dal *Comité de surveillance de la Commune*: infatti, l'organismo municipale, non fidandosi neppure della Rappresentanza nazionale, marca strettamente i commissari della Convenzione, seminando di sospetti il loro itinerario inquirente (183).

Alla delusione generale per l'insipienza della relazione — a giudizio di Seligman ne sarebbe risultata compromessa l'autorevo-

(182) Rapport fait à la Convention Nationale, au nom de la Commission extraordinaire des Vingt-Quatre, le 6 Novembre 1792, l'an premier de la République, *Sur les crimes du ci-devant roi, dont les preuves ont été trouvées dans les papiers recueillis par le comité de surveillance de la Commune de Paris*; Par Dufriche-Valazé, Député du Département de l'Orne: Imprimé par ordre de la Convention Nationale. Premier rapport sur les crimes de Louis Capet, [Paris], De l'Imprimerie Nationale, [s. d., ma 1792], pp. 28. Severissimo il giudizio di Edmond SELIGMAN, *La Justice en France pendant la Révolution.* II. *(1792-1793)*, cit., p. 390: « Ce travail est d'une insuffisance déconcertante. On n'y trouve aucune des vues politiques qui seraient à leur place au frontispice d'un grand débat. Le rapporteur omet d'expliquer à la Convention comment sa commission comprend le devoir à accomplir et les responsabilités à assumer. L'analyse du dossier et l'exposé des charges sont vagues et imprécis ».

(183) Rapport Dufriche-Valazé, du 6 Novembre 1792, cit., p. 2: « Nous n'avons pas cessé de travailler en présence des membres du comité de surveillance et de la municipalité de Paris: ainsi le portoit votre décret: Les papiers étoient déposés dans un appartement distinct de celui où nous nous réunissions; ils nous étoient apportés par les membres du comité de surveillance de la commune; ils étoient, après leur examen, reportés, par les mêmes personnes, *dans les lieux dont nous nous étions interdit l'entrée*; et deux fois par jour, à la fin de chaque séance, trois scellés étoient apposés sur la porte de cet appartement, toujours gardé par des gendarmes: *le dépôt qui a été remis en nos mains, n'a donc pas pu s'altérer: nous sommes obligés de le dire, puisque la calomnie s'est déjà efforcée pour nous atteindre* » [i corsivi sono miei].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lezza dei Girondini (184) — segue a distanza di appena ventiquattr'ore, il 7 novembre, il ben più articolato rapporto Mailhe (185) (anch'egli deputato di area brissottina), presentato a nome del *Comité de Législation civile et criminelle* (186), organismo tecnico in cui siedono giuristi come Cambacérès, che lo presiede, e Merlin (de Douai) destinati a svolgere una funzione determinante dal Terrore all'Impero. La pedagogia 'brissottina' — mònito ai tiranni e ammaestramento per i popoli — è francamente ammessa fin dalle prime battute:

> « Voilà les questions que votre Comité de Législation a long-temps & profondément agitées. La première [« Louis XVI est-il jugeable…? »] est la plus simple de toutes; & cependant c'est celle qui demande la plus mûre discussion, non pas pour vous, non pas pour cette grande majorité du peuple français, qui a mesuré toute l'étendue de sa souveraineté, mais pour le petit nombre de ceux qui croient entrevoir dans la constitution l'impunité de Louis XVI, & qui attendent la solution de leurs doutes; mais pour les nations qui sont encore gouvernés par des rois, & que vous devez instruire; mais pour l'universalité du genre humain qui vous contemple, qui s'agite entre le besoin & la crainte de punir ses tyrans, & qui ne se déterminera peut-être que d'après l'opinion qu' il aura de votre justice » (187).

In base al progetto di decreto proposto dal Comitato e approvato dalla Convenzione dopo giorni di dibattiti infiammati, Luigi XVI può dunque essere processato; ma dinanzi a quale giurisdizione? Come ricorda Mailhe, non certo davanti agli organi giurisdizionali istituiti dalla costituzione del 1791 (188), visto che, in base

(184) Cfr. Edmond SELIGMAN, *La Justice en France pendant la Révolution.* II. *(1792-1793)*, cit., p. 391.

(185) Jean-Baptiste Mailhe (2.VI.1750-1.VI.1834), avvocato a Tolosa, deputato alla Legislativa, vicino a Brissot, favorevole alla guerra e ai provvedimenti contro preti refrattari ed emigrati; alla Convenzione siede con la *Plaine*, vota la morte del re e la sospensione della pena.

(186) In alternativa a Mailhe si era pensato a Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau, poi scartato perché nobile, cfr. Jean-Jacques Régis de CAMBACÉRÈS, *Mémoires inédits*, cit., I, p. 99.

(187) Rapport et projet de décret, présentés à la Convention Nationale, au nom du Comité de Législation, Par Jean Mailhe, Député du Département de Haute-Garonne, Le 7 Novembre 1792, l'an premier de la République; *Imprimés et envoyés par ordre de la Convention Nationale dans les 83 départemens, & dont la traduction en toutes les langues a été également décrétée*, [Paris], De l'Imprimerie Nationale, [s. d., ma 1792], pp. 27.

(188) *Ibidem*, p. 18; da quanto si desume dalla lettura, non si era pensato alla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a quella stessa costituzione, lo si sarebbe dovuto considerare inviolabile e, quindi, non arrestabile né rinviabile a giudizio. Il Comitato decide dunque che tale inviolabilità venga meno di fronte alla sovranità nazionale incarnata materialmente nella Convenzione e che, quindi, sarebbe stata la stessa Nazione a giudicare Luigi. Prende poi in esame due alternative.

Secondo la prima di esse — formulata verosimilmente dai tardo-legalitari Girondini — sarebbe stato ricalcato lo schema di funzionamento della *Haute-Cour Nationale* introdotta dalla legge di riforma dell'ordinamento giudiziario del 24 agosto 1790 e che è il prodotto di una contaminazione dei progetti Thouret e Siéyès, basata sull'entrata in scena della doppia giuria di accusa e giudizio. La Convenzione avrebbe scelto tra i suoi deputati sei commissari: due avrebbero svolto le funzioni di direttori della giuria, quattro quelle di *Grands procurateurs nationaux* (189), incaricati di sostenere l'accusa. Le 83 assemblee elettorali dipartimentali avrebbero designato 166 giurati (due per dipartimento), il re o i suoi difensori ne avrebbero eliminato la metà; il tribunale sarebbe stato formato da dodici giudici estratti a sorte tra gli 83 presidenti dei tribunali criminali dipartimentali attualmente in carica (ed eletti in applicazione della legge 24 agosto 1790). Senza scendere in ulteriori dettagli, il Comitato, dopo ampia discussione, boccia la proposta, optando per la seconda alternativa, che, successivamente, la Convenzione avrebbe fatto propria.

Per tanto, Luigi XVI sarebbe comparso davanti alla Convenzione Nazionale per essere giudicato; tre commissari dell'Assemblea avrebbero raccolto le prove a suo carico, redigendo il relativo atto d'accusa; in caso di sua adozione la Convenzione ne avrebbe trasmesso il testo al re e ai suoi difensori; a suo tempo, la Convenzione avrebbe fissato la data della comparizione dell'accusato, consentendogli di presentare una difesa scritta da lui firmata; la sentenza finale sarebbe stata emessa per appello nominale dei deputati.

Haute-Cour Nationale d'Orléans quanto, piuttosto, a uno dei tribunali criminali ordinari di Parigi: « Le renverrez-vous devant le tribunal du lieu de son domicile, ou devant celui des lieux où les crimes ont été commis? ».

(189) Anche presso la *Haute-Cour Nationale* la pubblica accusa era sostenuta da *Grands Procurateurs*; il neologismo latinizzante, modificativo del termine francese *procureur*, era stato suggerito da Emmanuel Siéyès.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2.2. *L'istruttoria e il colpo di scena dell'armadio di ferro.*

Martedì 13 novembre 1792 si apre la discussione generale sul rapporto Mailhe. La Gironda non ha le idee chiare e si muove in ordine sparso; i deputati vicini a Brissot si guardano bene dall'affrontare il tema dell'inviolabilità regia, centrale agli occhi di tutti per dipanare il delicatissimo caso istituzionale. Jérôme Pétion — già portavoce con Robespierre della Sinistra estrema alla Costituente e, successivamente, sindaco di Parigi — suggerisce di procedere in modo solenne chiedendosi, retoricamente, « si le roi peut être jugé » (190); per il vandeano Morisson « il faut qu' il y ait une loi positive, préexistante, qui puisse lui être appliquée, mais cette loi n'existe point » (191); secondo Fauchet, vescovo costituzionale del Calvados e animatore del *Cercle social*, « l'éternelle justice condamne le tyran déchu au long supplice de la vie au milieu d'un peuple libre » (192); impoliticamente, il tolosano Rouzet ricorda che Luigi XVI è stato un sovrano riformatore scegliendo ministri *philosophes* (il riferimento è a Turgot e Malesherbes) e convocando gli Stati Generali (193).

Sale, finalmente, alla tribuna uno sconosciuto deputato venticinquenne, destinato a grande notorietà nell'anno II, per sviluppare in appena dieci minuti il rozzo ma efficace argomento su cui si aggregherà la maggioranza della Convenzione favorendo la confluenza dei deputati 'centristi' della *Plaine* (Barère, Siéyès) a fianco dei Montagnardi. Si chiama Louis-Antoine de Saint-Just. Secondo lui, quello da formalizzare non è un normale processo ma un atto politico analogo a quello compiuto diciotto secoli prima in Senato, a Roma, quando con ventidue pugnalate Bruto e Cassio si sbarazzarono di Giulio Cesare:

> « Louis était un autre Catilina. […]. Vous avez vu ses desseins perfides, vous avez vu son armée; […]. Il est le meurtrier de Nancy, du Champ-de-Mars, de Courtray, des Tuileries; quel étranger, quel ennemi nous a fait plus

(190) Convention Nationale, Séance du Mardi 13 novembre [1792], *Présidence de Hérault*, Motion de Pétion, p. 283.

(191) *Ibidem*, Opinion de Morisson.

(192) *Ibidem*, Opinion de Fauchet, p. 287.

(193) *Ibidem*, Opinion de Rouzet, p. 298.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de mal? Il doit être jugé promptement; c'est le conseil de la sagesse et de la saine politique » (194).

Tuttavia, i Convenzionali sembrano ancora esitare; fino a quando, il 20 novembre, si registra un colpo di scena abilmente orchestrato che consente di imprimere la svolta desiderata. Il *serrurier* Gamain (fabbro che aveva a suo tempo eseguito dei lavori negli appartamenti reali) fa sapere di aver murato per ordine del re un « armoire de fer », cioè una cassaforte, alle Tuileries. All'insaputa dei Comitati inquirenti della Convenzione (*Commission extraordinaire des Vingt-Quatre*, *Comité de Législation*), il girondino Roland, ministro dell'Interno fa aprire la cassaforte e sequestra i documenti in circostanze poco chiare, in assenza di testimoni e senza che alcun verbale venga redatto (195); poi li deposita presso il *bureau* dell'Assemblea specificando che risulterebbero compromessi anche deputati della Costituente e della Legislativa. Ma, agendo in tal modo, alimenta il sospetto dei Montagnardi che egli abbia fatto sparire carte compromettenti, a vantaggio della sua parte politica (196). Non appena la Convenzione viene a conoscenza dei fatti, procede per sorteggio all'insediamento di un nuovo organismo collegiale, la *Commission extraordinaire des Douze* per procedere all'inventario dei contenuti dell'*armoire de fer* (197).

In sede storiografica, si è da tempo fatta chiarezza sulla questione, concordando sulla gestione politica dell'avvenimento vòlto a dar consistenza ad elementi probatori evanescenti. Non di meno, all'epoca, lo scalpore suscitato risulta enorme. I documenti rinvenuti sembrano d'importanza capitale: la corrispondenza del re con i sovrani stranieri non impressiona quanto le lettere che Luigi aveva scambiato con Mirabeau (la cui effigie viene immediatamente ricoperta con un drappo nero), Talleyrand, La Fayette, Dumouriez, Barnave (già arrestato dopo il 15 agosto (198)). Ancora due settimane

(194) *Ibidem*, Opinion de Louis-Antoine de Saint-Just, p. 286.

(195) Come non manca di sottolineare Jean-Jacques Régis de CAMBACÉRÈS, *Mémoires inédits*, cit., I, p. 102.

(196) Cfr. Edmond SELIGMAN, *La Justice en France pendant la Révolution.* II. *(1792-1793)*, cit., p. 402.

(197) *Ibidem*, pp. 402-405.

(198) *Notice historique sur Barnave*, Par M. Bérenger de la Drôme, Pair de France,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di dibattiti, poi Robespierre, seguendo Saint-Just, indica alla Convenzione la strada da seguire:

> « Il n'y a point ici de procès à faire, Louis n'est point un accusé, vous n'êtes point des juges, vous êtes, vous ne pouvez être que des hommes d'État et les représentants de la Nation. Vous n'avez point une sentence à rendre pour ou contre un homme, mais une mesure de salut publique à prendre, un acte de providence nationale à exercer (*On applaudit*). […]. Louis doit mourir parce qu' il faut que la Patrie vive. […]. Je demande que la Convention Nationale le déclare traître à la Nation française, criminel envers l'humanité » (199).

Quello stesso 3 dicembre 1792, la Convenzione adotta il rapporto Mailhe, riconoscendo a se stessa il ruolo di tribunale speciale abilitato a giudicare il re. Poi, dopo un pasticciato tentativo girondino di sollevare un generico polverone in funzione anti-montagnarda — che prende di mira colui che si fa chiamare « Philippe Égalité » (200) — il 6 dicembre viene insediato su proposta del deputato Quinette un nuovo organismo collegiale, la *Commission des Vingt-et-Un*, con il compito di mettere a fuoco le imputazioni, esaminare le prove a carico (facendosi consegnare i documenti sequestrati dalla *Commune*) e stendere l'atto d'accusa contro l'ex re.

2.3. *La* Commission des Vingt-et-Un *e l'*Acte énonciatif des crimes de Louis XVI.

Alla *Commission des Vingt-et-Un* — presieduta da Garan de Coulon (201), già membro del *Comité de Recherches de la Ville de*

Membre de l'Institut. Faisant partie des Œuvres de Barnave, Paris, Jules Chapelle et Guiller, Éditeurs, 1843, I, pp. CXX-CXXII.

(199) Convention Nationale, Séance du Lundi 3 décembre [1792], Opinion de Maximilien Robespierre, pp. 391, 394.

(200) Buzot, vicino al ministro Roland, propone con l'appoggio di Guadet che venga decretata la pena di morte contro chiunque proponga la restaurazione della monarchia « sous quelque dénomination que ce soit »: quindi, anche una qualunque forma di governo a guida monocratica. Si ricordi che nelle settimane successive alla crisi del 10 agosto 1792 nelle sezioni parigine era stata ventilata l'ipotesi di riconoscere a Robespierre attribuzioni dittatorie. Ma, evocando un potenziale Cromwell, la Gironda intendeva anche mettere in difficoltà il duca Filippo d'Orléans (già protettore di Siéyès), eterno pretendente al trono, fattosi eleggere deputato montagnardo con il nuovo nome "civico" di « Philippe Égalité ».

(201) Cfr. « Moniteur », *réimpression*, cit., XIV, p. 850.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Paris — è riservato il còmpito di redigere rapidamente « l'acte énonciatif des crimes dont Louis XVI est accusé » (art. 2) (202). Il lavoro istruttorio presenta qualche problema, visto che alla *Commission des Vingt-et-Un* — malgrado sia autorizzata con decreto 9-10 dicembre ad acquisire tutti i documenti di cui possa aver bisogno — risulta « impossible jusqu' à cet instant de se procurer toutes les pièces à la charge de Louis XVI » (203). Quasi certamente, la *Commune de Paris* che in quel momento aveva il pieno controllo della capitale, nutre per la Convenzione la medesima diffidenza che aveva riservato alla Legislativa. Si rende allora necessario un nuovo decreto che autorizza sei commissari della Convenzione, tra cui Condorcet, a farsi immediatamente consegnare dalla cancelleria del « tribunal criminel créé par le décret du 17 août » tutti i documenti riguardanti il processo, rompendo i sigilli e poi riapponendoli (204).

Analoghe difficoltà sembrano esserci a proposito dei documenti trattenuti al ministero della Giustizia — sempre che le difficoltà non vengano accampate dai Girondini per guadagnare tempo — ed anche in questa occasione si rende necessario un nuovo decreto che ribadisce che la *Commission des Vingt-et-Un* può acquisire i documenti ovunque si trovino (205).

Nella seduta serale di lunedì 10 dicembre 1792, a nome della

(202) Il decreto 6-7 dicembre 1792 all'art. 1 stabiliva che la nuova Commissione sarebbe stata formata aggregando alla *Commission extraordinaire des Douze* nove commissari designati per terne dalla *Commission extraordinaire des Vingt-Quatre* e dai *Comités de Législation et de Sûreté générale*.

(203) Cfr. Deuxième décret du 10 décembre 1792, in *Recueil général des Lois, Décrets, Ordonnances, etc., depuis le mois de Juin 1789 jusqu'au mois d'Août 1830*; Annoté par M. Lepec, Avocat à la Cour royale de Paris; Avec des Notices de MM. Odilon Barrot, Vatismenil, Ymbert; Publié par l'administration du Journal des Notaires, à Paris, à l'Administration du Journal des Notaires et des Advocats, 1839, IV, p. 45.

(204) È il terzo decreto del 10 dicembre a nominare commissari Condorcet, Lecointre (de Versailles), Cambacérès, Manuel, Bréard e Prieur, cfr. *Recueil général des Lois, Décrets, Ordonnances*, cit., p. 45. Come annuncia il deputato Prieur alla Convenzione i sei commissari depositano i documenti sequestrati nelle mani della *Commission des Vingt-et-Un* alle quattro del mattino di martedì 11 dicembre (cfr. Convention Nationale, Séance du Mardi 11 décembre, intervention de Prieur, p. 446).

(205) Cfr. Décret des 11-15 décembre 1792, in *Recueil général des Lois, Décrets, Ordonnances, etc.*, cit., p. 46.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Commission des Vingt-et-Un, prende la parola Lindet (206); l'*Acte énonciatif* è in via di redazione (207), nel frattempo egli presenta un duro rapporto in cui tutte le azioni compiute dal re dopo il 20 giugno 1789 (chiusura della Sala degli Stati e *Séance du Jeu-de-paume*) — compresi il licenziamento di Necker, la fuga di Varennes e le fucilate allo *Champ-de Mars*, il 17 luglio 1791 — vengono integrate in un « plan de conspiration qui devait anéantir l'État », malgrado l'Assemblea Costituente abbia già esaminato la questione nel luglio 1791, decidendo di 'coprire' politicamente l'accaduto (208).

Seguono una serie di contestazioni analitiche sul boicottaggio nei confronti dello sforzo bellico (arruolamenti, campo dei ventimila Federati, disorganizzazione della Marina e delle Colonie), discutibili in quanto relative ad azioni integralmente coperte dalla responsabilità ministeriale. Si tratta, per altro, di contestazioni imperniate su carenze del dispositivo militare, in realtà, attribuibili alla Gironda che aveva voluto ad ogni costo la guerra, sottovalutando l'impreparazione militare francese: e vi si era impegnata con ministri come Dumouriez e Servan. Non è da escludere che la formulazione dei capi d'accusa sia già destinata ad aprirsi su di una eventuale ultrattività anti-girondina; il *rapporteur* Lindet non è destinato ad una rapida eclissi, visto il ruolo che avrebbe svolto nel Comitato di Salute pubblica dell'anno II.

Il lungo *Acte énonciatif des crimes de Louis, dernier roi des Français* articolato in trentatré capi d'imputazione, viene letto dal deputato Barbaroux (209) e approvato dalla Convenzione dopo un frammentario dibattito in cui i deputati Rewbell, Carpentier, Tallien, Gorsas, Rhul, Amar, Dubois de Crancé, Marat, Billaud-Varenne si

(206) Jean-Baptiste-Robert Lindet (2.V.1746-16.II.1825), spesso confuso con il fratello Thomas (anch'egli deputato), vescovo costituzionale dell'Eure; deputato alla Legislativa e alla Convenzione, appartiene alla *Plaine*.

(207) Convention Nationale, Séance du Lundi 10 décembre [1792], au soir, Robert Lindet au nom de la *Commission des Vingt-et-Un*: « A la suite de ce Rapport, Lindet annonce que la rédaction de l'Acte énonciatif des charges n'est pas terminée, la Commission étant occupée encore à des vérifications de pièces », p. 445.

(208) *Ibidem*, pp. 439-445.

(209) Convention Nationale, Séance du Mardi 11 décembre [1792], *Présidence de Barère*, Barbaroux au nom de la *Commission des Vingt-et-Un*, p. 446.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accavallano nelle richieste di ulteriori contestazioni da inserire nel documento (210).

2.4. *Una difesa difficile.*

Il re deposto compare preliminarmente davanti alla Convenzione due volte: per ascoltare la lettura dell'*Acte énonciatif des crimes* e, successivamente, per subire l'interrogatorio. Gli storici che hanno toccato la questione (in via principale o incidentale) concordano nel definire goffo e impacciato Luigi XVI nel primo incontro, dignitoso nel secondo. Trascurano di considerare le condizioni di spaesamento in cui si trova l'accusato che, all'improvviso, scopre di doversi presentare dinanzi al suo giudice senza alcun indugio. È l'una pomeridiana di martedì 11 dicembre, quando il sindaco di Parigi si reca alla *Tour du Temple* per leggere alla famiglia reale il decreto che ordina la traduzione immediata dell'accusato di fronte alla Convenzione. Anche chi simpatizza per lo sfortunato monarca indugia sul suo disappunto per la interruzione dei suoi piccoli impegni quotidiani (le letture con il Delfino), il suo « regard de myope » rivolto ai curiosi attraverso i vetri della carrozza, poi « son regard terne, son souffle d'ashmatique et ses joues flasques couvertes d'une méchante barbe apparemment mal rasée », quando si trova di fronte l'Assemblea (211).

L'ottavo decreto votato mercoledì 12 dicembre 1792 autorizza il re a servirsi dell'aiuto di legali di sua fiducia; quattro deputati — Cambacérès, Thuriot (de la Marne), Dubois de Crancé (des Ardennes), Dupont (de Bigorre) — gliene danno comunicazione (212). Sceglierà due avvocati che erano stati membri del secondo *Comité de*

---

(210) *Ibidem*, pp. 446-448.

(211) Arthur CONTE, *Sire, ils ont voté la mort. La condamnation de Louis XVI*, Paris, Robert Laffont, 1966, p. 17, il libro è disseminato di inesattezze (date, citazioni); più rigorosa la ricostruzione di Paul et Pierrette GIRAULT DE COURSAC, *Enquête sur le procès du roi Louis XVI*, Paris, La Table Ronde, 1982, 1982, pp. 659; aggiungo che per capacità di sintesi e acutezza nel cogliere tutte le implicazioni giuridiche del caso (l'autore, d'altra parte, era un noto avvocato) si raccomanda Edmond SELIGMAN, *La Justice en France pendant la Révolution.* II. *(1792-1793)*, cit., che al processo dedica tre densi capitoli, pp. 378-488.

(212) Convention Nationale, Séance du Mercredì 12 décembre [1792], *Présidence de Barère*, Proposition de Thuriot amendée par Cambacérès, p. 455.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Constitution nel 1789-91: Target e Tronchet (213), essendo fuori discussione Thouret, date le sue attuali funzioni di presidente del *Tribunal de Cassation*.

Il rifiuto di Target (nella sua lettera alla Convenzione accampa pretesti risibili come l'aver toccato il sessantesimo anno di età e la lontananza dal mondo giudiziario dal 1785 (214)) conduce a un rimaneggiamento del collegio di difesa, che risulta costituito da François-Denis Tronchet, dall'ex ministro Chretien-François Lamoignon de Malesherbes (215) e dal giovane avvocato Raymond de Sèze, già *électeur* del 1789 e costituzionale moderato, aggregato il 17 dicembre per accelerare lo studio dei documenti processuali. Infatti, i tempi celeri impressi dalla Convenzione al processo e la volontà quasi unanime di concludere tutto prima di Natale, impediscono ai soli Tronchet e Malesherbes di esaminare l'intera documentazione raccolta dall'accusa, come essi stessi scrivono in una lettera in cui chiedono l'aggregazione del giovane collega (216).

Domenica 16 dicembre, la *Commission des Vingt-et-Un* invia quattro suoi commissari (accompagnati da un segretario, un usciere e un ufficiale della *Garde de la Convention*) alla *Tour du Temple* per

---

(213) *Ibidem*, Communication de Cambacérès, p. 458; cfr. Jean-Jacques Régis de CAMBACÉRÈS, *Mémoires inédits*, cit., I, p. 108.

(214) Convention Nationale, Séance du Jeudi 13 décembre [1792], *Présidence de Barère*, Lettre du citoyen Target, pp. 459-60; la lettera è firmata « *le républicain* Target ». Sul disimpegno di Target v. anche Stefano SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 215-217.

(215) Séance du Jeudi 13 décembre [1792], cit., p. 460; la lettera con cui l'ex ministro Guillaume-Chrétien Lamoignon de Malesherbes (poi ghigliottinato durante il Terrore) dichiara la propria disponibilità per assumere la difesa del re, si distingue per elevatezza di toni da quella di Target.

(216) Convention Nationale, Séance du Lundi 17 décembre [1792], *Présidence de Fermon des Chapelières*, *Lettre des citoyens Tronchet et Malesherbes, conseils du ci-devant roi*, p. 489. Vi è anche un'altra ragione che suggerì l'aggregazione di Raymond de Sèze al collegio di difesa; Malesherbes, malgrado la vastissima cultura giuridica non aveva particolare dimestichezza con le procedure; lo stesso Tronchet pur avendo partecipato ai lavori preparatori dei nuovi codici del 1791 era stato un grande avvocato (soprattutto civilista) d'*Ancien Régime*. Viceversa Raymond de Sèze, già difensore del barone Bezenval nel 1789 (incriminato per *Lèse-Nation*), aveva già sperimentato in diverse occasioni le nuove modalità procedurali; cfr. Edmond SELIGMAN, *La Justice en France pendant la Révolution.* II. *(1792-1793)*, cit., p. 423.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comunicare al re prigioniero l'*Acte énonciatif des crimes* e procedere alla contestazione delle prove a suo carico alla presenza dell'avvocato Tronchet; la lettura degli addebiti prende cinque ore, il re risponde a monosillabi (sì, no) al deputato Dufriche de Valazé che lo interroga contestandogli i singoli capi d'imputazione.

Quello stesso giorno il montagnardo Thuriot fa votare la pena di morte contro chiunque si proponga di distruggere l'unità della Repubblica. Si tratta di una iniziativa che mira a colpire i Girondini, in procinto di mobilitarsi per chiedere l'intervento delle assemblee primarie nel più importante processo del secolo; ma in questo modo, come ha scritto Seligman, « le conflit des partis forgeait la législation qui transforma en crimes capitaux les délits d'opinion » (217).

2.4.1. *L'arringa dell'avvocato de Sèze.*

Il giorno di Natale, l'avvocato Raymond de Sèze comunica a Luigi XVI il suo progetto di difesa, redatto in quattro notti (218) e interamente centrato sulla questione della inviolabilità del re, ai sensi della costituzione del 1791, vigente al momento del colpo di Stato del 10 agosto 1792. Il còmpito, più che difficile sotto il profilo formale (dato l'elevatissimo livello di competenze tecniche degli avvocati) si presenta come inutile, malgrado il collegio difensivo tenti fino all'ultimo istante di adempiere i suoi doveri, dato che la maggioranza della Convenzione ha finito con il far proprio il punto di vista non processuale ma di 'salute pubblica', enunciato da Saint-Just e Robespierre.

Mercoledì 26 dicembre, dinanzi alla Convenzione Nazionale e alla presenza di Luigi XVI e degli avvocati Tronchet e Malesherbes,

---

(217) Edmond SELIGMAN, *La Justice en France pendant la Révolution.* II. *(1792-1793)*, cit., p. 413.

(218) Si legga quanto lo stesso Raymond de Sèze scrive in una piccola nota inserita in una pagina priva di numerazione, dietro il frontespizio, in *Défense de Louis*, Prononcée à la barre de la Convention Nationale, *Le Mercredi 26 décembre, l'an premier de la République*. Par le citoyen Deseze, l'un de ses défenseurs officieux; Imprimée par ordre de la Convention Nationale, à Paris, de l'Imprimerie Nationale, 1792: « Forcé d'écrire une défense aussi importante en quatre nuits, pendant que j'employois les jours avec mes Collègues à examiner les nombreuses pièces dont on nous avoit donné communication, je n'ai pas besoin d'avertir qu' elle se ressent de l'extrême précipitation avec laquelle j'ai été obligé de la rédiger […] ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Raymond de Sèze può leggere l'arringa collegiale (219). Anche su quel testo si è esercitato l'impietoso giudizio storiografico di chi ha sottovalutato l'ìmpari impegno dei difensori di un imputato particolare, già condannato prima ancora dell'apertura di un processo, ridotto dalla Montagna a mera misura di salute pubblica ad esecuzione differita. Viceversa, va rilevato che la difesa declina nel migliore dei modi gli argomenti a disposizione. Il testo risulta tripartito in una introduzione che tributa alla sovranità repubblicana gli omaggi di rito, per poi bipartirsi in *Principes relatifs à l'inviolabilité prononcée par la Constitution* (220), e *Discussion des faits* (a loro volta tripartiti in *Faits antérieurs à l'acceptation de la constitution* (221), *Faits postérieurs à la constitution* (222), *Faits personnels à Louis* (223)). La Convenzione ne ascolta la lettura in grande silenzio, senza che l'abilità di cui aveva dato prova il difensore possa influire sull'esito finale del giudizio: « Je cherche parmi vous des juges et je n'y vois que des accusateurs », avrebbe detto de Sèze nel pieno dell'arringa.

2.4.2. *Formalismi barocchi: quattro appelli nominali per una morte annunciata.*

Dal 27 dicembre 1792 al 6 gennaio 1793 si svolge alla Convenzione la discussione generale che vede, ancora una volta, fronteggiarsi i Girondini e i Montagnardi sulle modalità di chiusura dell'*affaire*. I maggiori *leaders* della Gironda — Rabaut Saint-Étienne, Buzot, Vergniaud, Brissot, Pétion, Gensonné — sono favorevoli al coinvolgimento delle assemblee primarie (*appel au peuple*); i deputati contrari al coinvolgimento delle assemblee primarie si esprimono tramite i Montagnardi Saint-Just, Lequinio, Robespierre, Jeanbon Saint-André, sulle cui posizioni si attesta anche il girondino Carra che prende la parola il 2 gennaio.

La debolezza della posizione girondina (volta a prender tempo,

(219) Convention Nationale, Séance du Mercredi 26 décembre [1792], *Présidence de Fermon des Chapelières*, pp. 536-40.

(220) *Défense de Louis* […], par le citoyen Deseze, cit., pp. 4-16.

(221) *Ibidem*, pp. 16-22.

(222) *Ibidem*, pp. 23-28.

(223) *Ibidem*, pp. 28-49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trascinando il processo a lungo, dopo aver incautamente precipitato la crisi nell'agosto precedente), è ancora una volta legata alla guerra: come immaginare un coinvolgimento di quarantaquattromila assemblee primarie (con una massa di circa cinque/sei milioni di cittadini), quando nell'imminente primavera sarebbe stata prevedibile una ripresa dell'offensiva austro-prussiana?

Quando le posizioni contrapposte ancora non registrano la prevalenza dell'una sull'altra, Bertrand Barère fa pendere la bilancia a favore della competenza esclusiva della Convenzione Nazionale. Bertrand Barère de Vieuzac non è affatto il politico di seconda fila presentato da tanta storiografia, da Macaulay allo stesso Seligman. Già presidente della Costituente e della Convenzione, argomentatore serrato ed eccellente logico-proceduralista, protagonista di significativi interventi nel 1789-91 come nella legislatura in corso, quel 4 gennaio 1793 non improvvisa nulla, ma sviluppa argomenti a lungo meditati, imperniati sulla natura rappresentativa della forma di governo francese, a partire dal 1789, che impedisce di rinviare al corpo elettorale una questione di sovranità:

> « Renvoyer au peuple c'est altérer les principes du gouvernement représentatif; c'est reporter au souverain ce que le souverain nous a chargés de faire » (224).

Con la chiusura della discussione generale, decretata senza obiezioni il 7 gennaio, il processo si avvia alla conclusione. Il 14 gennaio, la Convenzione discute come procedere; la confusione è tale da richiedere l'intervento della *Commission des Vingt-et-Un*; Daunou articola diciassette proposizioni abbraccianti tutte le varianti ipotizzabili, dall'azzeramento delle procedure al rinvio ai tribunali o ad una *Haute-Cour*. Nel giro di qualche ora, si raggiunge l'accordo sui tre quesiti attorno ai quali concludere il processo. Martedì 16 gennaio, ha inizio l'appello nominale sul primo quesito:

---

(224) Discours prononcé dans la séance du 4 janvier 1792*, *Sur le jugement du procès de Louis Capet*, Par B. Barère. Imprimé par ordre de la Convention Nationale, Paris, Imprimerie Nationale, 1793, p. 20; in quell'occasione Barère si consente un elogio (assolutamente contro-tendenza, in quel frangente) dell'operato dell'Assemblea Costituente: « son génie révolutionnaire brisa les entraves, délimita ses mandats et créa ses pouvoirs, sur les besoins de la Nation et de la liberté » (p. 33) [**recte*, 1793].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> « Louis Capet est-il coupable de conspiration contre la liberté publique et d'attentats contre la sûreté générale de l'État? » (225).

Su 745 deputati, votano per la colpevolezza in 691, 37 motivano per iscritto, nessuno ritiene l'accusato innocente. Nel secondo appello nominale la ratifica popolare è respinta con 424 voti contro 287, 28 assenti e 12 astenuti: i centotrentasette voti di differenza attestano la disfatta della Gironda (226); il gruppo è talmente poco compatto che ben quarantadue suoi deputati preferiscono votare con la Montagna (227).

Il terzo appello nominale, relativo alla pena da infliggere, ha inizio la sera del 16 gennaio e dura l'intera notte, prolungandosi fino alle ore diciannove del 17 gennaio (228). Su 721 deputati presenti, votano la morte in 366, la morte condizionata da rinvio in 34, la detenzione e il bando in 319, per la pena dei lavori forzati in 2 (229).

Il 19 gennaio viene svolto il quarto e ultimo appello nominale, relativo alla eventuale sospensione della pena; parlano a favore di un rinvio dell'esecuzione Buzot, Casenave, Condorcet e Brissot, mentre Barère si dichiara contrario. Contro la sospensione, votano 380 deputati (tra i quali il girondino Vergniaud), 310 deputati si pro-

---

(225) Convention Nationale. Appels nominaux faits dans les Séances des 15 & 19 Janvier 1793, l'an 2e de la République, sur ces trois questions: 1o. *Louis Capet est-il coupable de conspiration contre la liberté publique, & d'attentats contre la sûreté générale de l'État?* 2o. *Le Jugement de la Convention nationale contre Louis Capet sera-t-il soumis à la ratification du Peuple?* 3o. *Y aura-t-il un sursis, oui ou non, à l'exécution du Décret qui condamne Louis Capet?* Imprimés par ordre de la Convention Nationale, à Paris, de l'Imprimerie nationale, 1793, pp. 71. Sugli appelli nominali è interessante lo studio erudito di E. Belhomme, *Les Régicides*, Paris, Société de l'Histoire de la Révolution française, 1893, pp. 46.

(226) In questo senso, Edmond Seligman, *La Justice en France pendant la Révolution.* II. *(1792-1793)*, cit., p. 465.

(227) Cfr. Alphonse Aulard, *Les Orateurs de la Législative*, Paris, Hachette, 1885, I, p. 158.

(228) Appel nominal. *Extrait du procès-verbal de la séance permanente de la Convention Nationale, des 16 et 17 Janvier 1793, l'an deuxième de la République*, Sur cette question: Quelle peine sera infligée à Louis? À Paris, de l'Imprimerie nationale, [1793], pp. 43.

(229) Una volta annunciati i risultati da parte del presidente Vergniaud, vengono ammessi in aula i difensori del re che chiedono una maggioranza dei due terzi riguardo alla decisione sulla pena; la richiesta, formulata da Tronchet, viene respinta dalla Convenzione su proposta di Merlin (de Douai).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nunciano a favore della sospensione, 59 risultano a vario titolo non votanti (assenti e malati). La sentenza viene eseguita in *Place de la Révolution* il 21 gennaio 1793; ventidue anni più tardi i Convenzionali regicidi superstiti saranno esiliati a Bruxelles.

3. *La Dittatura di Salute pubblica.*

Una decina di settimane dopo l'esecuzione di Luigi XVI, nel pieno della lotta tra Gironda e Montagna, al fine di centralizzare la politica di difesa nazionale, viene istituito su proposta del deputato brissottino Isnard il *Comité de Salut public*. L'organismo resta in carica dal 6 aprile 1793 al 26 ottobre 1795 in tre diverse configurazioni, di volta in volta controllato da Dantonisti, Robespierristi, Termidoriani (230). Nato per motivi congiunturali, esso si sarebbe rivelato il fulcro del governo rivoluzionario (organizzando in modo determinante la politica di difesa nazionale (231)), vedendo potenziare le sue attribuzioni con i decreti del 10 ottobre e del 4 dicembre 1793.

Ma che senso dare all'espressione *salut public*? Il concetto di

---

(230) Infatti, gli storici sono abituati a distinguere in:

a) *Comité Dantoniste*, in carica fino al 10 luglio 1793 senza riuscire a prendere in pugno la situazione; in ordine di elezione, essi furono: Barrère, Delmas, Bréard, Cambon, Danton, Jean de Bry (dimissionario e rimpiazzato subito da Robert Lindet), Guyton-Morveau, Treilhard e Delacroix.

b) *Grand Comité*, nella pienezza dei suoi poteri fino al colpo di Stato del 9 termidoro anno II (27 luglio 1794); è identificato in Robespierre, Couthon e Saint-Just, ma nel complesso annoverò figure di primo piano compartecipi della gestione del Terrore: Robespierre, Couthon, Saint-Just, Barère, Lindet, Prieur de la Marne, Jean-Bon Saint-André, Hérault de Séchelles, Carnot, Prieur de la Côte-d'Or, Billaud-Varenne, Collot d'Herbois.

c) *Comité Thérmidorien* (fino al 26 ottobre 1795): perde progressivamente importanza ed è rinnovato per un quarto dei componenti ogni mese. Dopo la caduta di Robespierre, inizialmente, rimane in carica il *Grand Comité* nelle persone dei superstiti Barère, Lindet, Prieur de la Marne, Jean-Bon Saint-André, Carnot, Prieur de la Côte-d'Or, Billaud-Varenne, Collot d'Herbois: sono essi ad aver gestito e reso possibile il colpo di Stato del 9 termidoro; poi, il 31 luglio 1794, Prieur de la Marne e Jean-Bon Saint-André (che, in realtà, si trovano in missione) sono considerati dimissionari; nel settembre 1794 cessano di farne parte anche Barère, Prieur de la Côte-d'Or, Billaud-Varenne, Collot d'Herbois.

(231) Come ricorda lo stesso Jean-Jacques Régis de CAMBACÉRÈS, *Mémoires inédits*, cit., I, p. 195.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

salut public individua in via principale la costituzione materiale della Francia montagnarda dalla primavera 1793 al crollo del regime di Robespierre con il colpo di Stato del 9 termidoro anno II, ma finisce con l'abbracciare anche quello scorcio finale di legislatura della Convenzione termidoriana. Per comprenderne pienamente il significato, ci si deve riferire alla nozione romana di *salus publica*; il riferimento non deve meravigliarci, dato che il XVIII secolo era tributario dell'antichità classica (232).

Al nuovo Comitato la Convenzione attribuisce poteri che, dal 1789, nessuna Assemblea aveva mai riconosciuto al potere esecutivo (233). Infatti, in base al decreto 6 aprile 1793, il *Comité de Salut public* delibera in segreto, può sospendere i decreti del *Conseil exécutif provisoire* contrari all'interesse nazionale (art. II); in « circonstances urgentes » può deliberare « mesures de défense générale » immediatamente esecutive, purché adottate da due terzi dei suoi nove componenti (art. III); è inoltre tenuto a presentare ogni settimana un rapporto scritto alla Convenzione, riguardante « ses opérations et […] la situation de la République » (art. V) (234). I suoi poteri vengono rinforzati, su proposta dello stesso *Comité de Salut public*, dal decreto 10 ottobre 1793 presentato da Saint-Just e approvato dalla Convenzione, che pone tutte le autorità costituite — *conseil exécutif provisoire*, ministri, generali, *corps constitués* » — « sous la surveillance du Comité de Salut public, qui en rendra compte tous les huit jours à la Convention » (art. II) (235).

Questo formidabile retroterra centralizzatore crea le premesse per l'approvazione del 'codice di frimaio': 69 articoli distribuiti in cinque sezioni che blindano le competenze del Comitato; infatti, su

(232) Cfr. Roberto MARTUCCI, *Una dittatura di salute pubblica (1793-1795)*, in Franco BENIGNO (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra all'origine della politica moderna*, Roma, Viella, 2007, pp. 121-154.

(233) Sull'importante organismo di governo si vedano Robert R. PALMER, *Le gouvernement de la Terreur. L'année du Comité de Salut public*, préface de Francois Furet, Paris, Armand Colin, 1989, e Bernard GAINOT, *Dictionnaire des membres du Comité de Salut public*, préface de Michel Vovelle, Paris, Tallandier, 1990.

(234) Il testo del decreto 6 aprile 1793 in « Moniteur », *réimpression*, cit., XVI, p. 76.

(235) Il testo del decreto 10 ottobre 1793 in « Moniteur », *réimpression*, cit., XVIII, p. 110.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sua proposta la Convenzione adotta il *Mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire* del 14 frimaio anno II (4 dicembre 1793) (236) che razionalizza e aggrava le disposizioni dei due precedenti decreti del 6 aprile e del 10 ottobre. I corpi costituiti centrali e periferici e tutti i funzionari pubblici sono posti « sous l'inspection immédiate (237) du Comité de Salut public » (art. I/sect. I^{ère}). Questa « immediatezza » opera in tutte le direzioni: dalla promulgazione delle leggi alla loro traduzione in tutte le lingue europee, al loro invio alle autorità periferiche, « sous la surveillance immédiate du Comité de Salut public » (art. II/sect. I^{ère}); fino a prevedere il controllo sulle autorità di governo e su tutti gli apparati amministrativi civili e militari, ordinari e rivoluzionari. Tali disposizioni sono ulteriormente rinforzate dall'abilitazione « à prendre toutes les mésures nécessaires pour procéder au changement d'organisation des autoritées constituées » (art. I/sect. IVème).

Ne risulta un sistema di controllo generalizzato i cui fili sono nelle mani del *Comité de Salut public*, che lo esercita tramite propri agenti periferici. La 'piramide di sorveglianza' poggia sui 720 distretti della Repubblica collegati al Comitato con un doppio circuito di comunicazioni dal basso che coinvolge tutti i *Directoires des districts* (obbligati a scrivere ogni dieci giorni al *Comité de Salut public*, art. VI/sect. II^{ème}) e gli *Agents nationaux attachés aux districts* gravati dello stesso obbligo decadario di corrispondenza, al fine di denunciare i « Fonctionnaires publics négligens & prévaricateurs » (art. XVI/sect. II^{ème}). Le negligenze di funzionari e impiegati periferici sono qualificate come attività contro-rivoluzionarie; se contestate o accertate, esse comportano l'arresto immediato e il deferimento al tribunale rivoluzionario di quanti

(236) Mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire; *décrété par la Convention Nationale le quatorzième jour de Frimaire, l'an second de la République Françoise, une & indivisible, sur le rapport du Comité de Salut public.*

Section Première. *Envoi & promulgation des Loix*: articoli I-XII.

Section II. *Exécution des Loix*: articoli I-XXII.

Section III. *Compétence des Autorités constituées*: articoli I-XXI.

Section IV. *Réorganisation & épuration des autorités constituées*: articoli I-II.

Section V. *De la pénalité des Fonctionnaires publics & des autres agens de la République*: articoli I-XII.

(237) Nei precedenti decreti si utilizzavano termini come « autorisation » e « surveillance », ora si dice « inspection immédiate ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siano finiti nell'ingranaggio della sorveglianza. L'arresto viene esteso anche a chi non ha provveduto immediatamente a neutralizzare l'attività contro-rivoluzionaria, pur essendone venuto a conoscenza. Inutile aggiungere quanto queste disposizioni draconiane lasciano spazio a una proiezione incriminatrice e mortifera di piccole gelosie locali; quelle piccole rivalità interne agli uffici amministrativi (presenti negli uffici in tutti i tempi) e che durante il Terrore vengono trasformate in delitto capitale, suscettivo della pena di morte.

Per altro, se tutte le autorità periferiche, dalle migliaia di municipalità agli altrettanti *Comités révolutionnaires de surveillance* (che coinvolgono nella loro attività circa mezzo milione di cittadini (238)), possono spiccare dei mandati di arresto, nessuna di queste autorità è invece autorizzata a scarcerare gli arrestati, neppure nel caso piuttosto frequente di errore di persona o di incriminazione rivelatasi falsa o, addirittura, inconsistente. Infatti, è espressamente vietato alle « Autoritées intermédiaires […] de prononcer aucune décision, & d'ordonner l'élargissement des citoyens arrêtés », dato che si tratta di provvedimenti di competenza della Convenzione e dei due « Comités de Salut public & de Sûreté générale » (art. XII/sect. II). È questa rete emergenziale a rendere possibile, negli anni del Terrore, l'arresto di circa ottantamila persone deferite alla giustizia rivoluzionaria (239) e l'incarcerazione amministrativa di circa mezzo milione di cittadini dei due sessi (240), destinati a essere posti in libertà solo dopo il 10 termidoro anno II.

Sbaglieremmo, tuttavia, se pensassimo che il sistema penale

(238) Cambon alla Convenzione, il 14 piovoso anno III [2 febbraio 1795], fornisce la cifra di 540.000 cittadini remunerati tre franchi al giorno; cfr. Marcel Marion, *Le brigandage pendant la Révolution*, Paris, Plon, 1934, p. 48.

(239) Cfr. Raymonde Monnier, *Le peuple juge*, in Philippe Boucher (sous la direction de), *La Révolution de la Justice. Des lois du roi au droit moderne*, Avant-propos de *Pierre* Arpaillange, Paris, Éditions Jean-Pierre de Monza, 1989, p. 175; la giustizia rivoluzionaria, caratterizzata dalla esecutività immediata delle sentenze non soggette a ricorso per cassazione, era amministrata dal *tribunal criminel éxtraordinaire* di Parigi e dai tribunali criminali dipartimentali, abilitati a giudicare « révolutionnairement » i casi politici.

(240) *Ibidem*, p. 174.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

speciale che viene costruendosi in parallelo rispetto alle coordinate poste dal codice penale del 1791 sia addebitabile unicamente alla Convenzione e al suo *Comité de Salut public*. E questo ci obbliga a fare un piccolo passo in dietro.

3.1. *I provvedimenti penali speciali dalla Legislativa alla Convenzione.*

L'Assemblea Nazionale Legislativa, in sessione dal 1° ottobre 1791, ha la responsabilità di aver attivato una legislazione penale speciale integrativa del codice 25 settembre/6 ottobre 1791, utilizzando la leva penale per far esplodere il conflitto istituzionale con il re (questi avrebbe infatti opposto il suo vèto ai provvedimenti contro emigrati e refrattari), precipitando una crisi destinata a culminare nella deposizione di Luigi XVI, arrestato e processato nei termini già descritti precedentemente. La Legislativa 'brissottina' prende dunque di mira due categorie di soggetti individuati come pericolosi per la stabilità dello Stato:

a) i religiosi cattolici, detti refrattari o « insermentés » per essersi rifiutati di accettare la *Constitution civile du Clergé*, prestando il giuramento richiesto (241);

b) gli emigrati (nobili e militari trasferitisi all'estero perché in disaccordo con le riforme votate dalla Costituente).

Ad emigrati e religiosi refrattari la Convenzione Nazionale continuerà a prestare attenzione aggravandone continuamente il trattamento punitivo, aggiungendo poi, al culmine del Terrore, un terzo gruppo di eterodossi da sanzionare penalmente: i 'sospetti di attività contro-rivoluzionaria' (242).

Pur non rientrando in un disegno strutturato, leggibile alla

(241) Approvata dalla Costituente il 12 luglio 1790, la *Constitution civile du Clergé* riduce il numero delle diocesi francesi a ottantatré (facendole coincidere con le circoscrizioni dipartimentali) e rende elettive le nomine di parroci e vescovi, attribuendole all'intero corpo elettorale di parrocchie e diocesi, con effetti paradossali, probabilmente sottovalutati: ad esempio, elettori irreligiosi decidono maggioritariamente chi deve essere ministro del culto o vescovo. Il provvedimento, in linea con il regalismo gallicano ma altamente impolitico, innescò anche la pluriennale ribellione della Vandea con effetti bisecolari di lungo periodo sui comportamenti elettorali di quei dipartimenti.

(242) Per un inquadramento generale dei provvedimenti speciali, v. Jacques GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, cit., pp. 375-388.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stregua di un 'codice penale speciale', quei provvedimenti non si configurano come disposizioni adottate a caso da un'autorità legislativa spaventata e decisa a colpire indiscriminatamente chiunque, nella massa indifferenziata della popolazione. Prima la Legislativa e poi, con maggiore e incomparabile energia, la Convenzione individuano soggetti antinomici da perseguire: i preti refrattari, in quanto potenziali aggregatori di consensi popolari; gli emigrati per dare, certo, un esempio a quanti tra gli ufficiali in servizio desiderino seguirne le orme, ma anche e soprattutto per acquisire al demanio i loro beni confiscati. A queste due categorie, già nel mirino fin dal 1791, si aggiungono abbastanza presto i funzionari infedeli e gli accusati di attività contro-rivoluzionarie; infine, la messa fuori legge dei nemici della Repubblica e le disposizioni sugli individui 'sospetti' funzionano da norme di 'chiusura' del sistema penale speciale, mettendo a disposizione del *Comité de Salut pubblic* e dei circa quarantaquattromila *Comités de surveillance* strumenti agili ad effetto immediato (243).

I provvedimenti descritti sono adottati a pioggia, per essere eseguiti seduta stante; alcuni di essi constano di disposizioni lapidarie, altri danno vita a testi complessi di decine di articoli, dietro cui si vede la sapienza giuridica dei Merlin e dei Cambacérès messa al servizio del Terrore. Nel loro insieme si tratta di una cinquantina di leggi speciali finalizzate al rafforzamento dello sforzo bellico, tramite neutralizzazione dei soggetti considerati nemici della Repubblica e mediante l'acquisizione al tesoro delle ingenti risorse patrimoniali messe a disposizione da una sistematica confisca dei beni. Li tratterò sinteticamente, accorpandoli per argomento (244).

3.1.1. *Le disposizioni penali contro i preti 'refrattari'.*

Apparentemente poche, solo tre, le leggi anti-ecclesiastiche, destinate però a operare fino al Concordato napoleonico del 1802. In piena crisi rivoluzionaria, il 26 agosto 1792, si espellono dal territorio dello Stato tutti gli ecclesiastici che non abbiano prestato

(243) Sui *Comités de surveillance*, *ibidem*, pp. 326-333.

(244) Un elenco dei provvedimenti speciali in Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., pp. 159-162.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i giuramenti previsti dai decreti 27 novembre 1790 e 15 aprile 1791 (art. 1); chi, trascorsi quindici giorni dalla promulgazione del decreto, è restato in patria viene immediatamente deportato in Guyana (art. 3); dieci anni di detenzione sono comminati ai religiosi rimasti in patria o rientrati clandestinamente (art. 5). Sono eccettuati dall'ordine di bando gli ecclesiastici malati (previa certificazione di un « officier de santé) e gli ultrasessantenni (art. 8): tutti costoro devono coabitare in una comune abitazione sita nel capoluogo dipartimentale, sotto l'ispezione del municipio (art. 9) (245). Va da sé che la terribile purga delle prigioni, iniziata a Parigi il 2 settembre 1792, si sarebbe alimentata di questi incolpevoli ostaggi. Pochi giorni più tardi, il 17 settembre 1792, una moribonda Legislativa ordina l'arresto provvisorio di quegli ecclesiastici che abbiano chiesto di trasferirsi in un paese con cui la Francia è in guerra (art. 2); segue la deportazione in Guyana in caso di mancato cambio di destinazione (art. 3) (246).

In epoca termidoriana, il decreto 20 fruttidoro anno III (6 settembre 1795) prevede l'arresto immediato dei religiosi che non si conformino alle leggi della Repubblica.

3.1.2. *Le disposizioni penali contro gli emigrati.*

Alla fine del Novantuno, gli emigrati sono colpiti da una dozzina di provvedimenti varati nell'arco di un quadriennio, ma destinati a durare lungamente, almeno fino al Consolato. Essi sono dichiarati « suspects de conjuration contre la patrie » qualora si concentrino oltrefrontiera (art. 1), per divenire « coupables de conjuration » passibili della pena di morte qualora permangano in « état de rassemblement » al 1° gennaio 1792 (art. 2); le rendite dei « conjurés condamnés par contumace » sono assegnate allo Stato, salvo quanto di competenza di mogli, figli e legittimi creditori (art. 5). Ai fratelli del re — i conti di Artois e Provenza, da tempo emigrati — sono

(245) Décret du 26 août 1792, *relatif aux ecclésiastiques qui n'ont pas prêté leur serment, ou qui, après l'avoir prêté, l'ont rétracté et ont persisté dans leur rétractation*, in *Recueil général des Lois*, III, cit., pp. 253-254, dodici articoli; le citazioni successive daranno conto solo degli estremi del volume e del decreto.

(246) Décret 17 septembre 1792, *relatif aux ecclésiastiques non assermentés qui se retireraient dans les pays en guerre avec la France*, III, cit., pp. 331-332, quattro articoli.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sequestrati rendite, pensioni e trattamenti economici (art. 6); inoltre, la pena capitale colpisce i responsabili di arruolamenti finalizzati all'organizzazione di corpi militari di emigrati da ammassare oltrefrontiera (art.13) (247).

Tre settimane prima della dichiarazione di guerra, il 30 marzo 1792, beni e rendite degli emigrati sono incamerati dallo Stato (art. 1) (248); sono inoltre dichiarati nulli tutti gli atti di disponibilità di proprietà, usufrutti e rendite (art. 2) (249). Il 23 ottobre 1792 la pena di morte è comminata agli emigrati, l'8 novembre la stessa pena è estesa a quanti tra loro siano transitati nelle colonie francesi, in violazione delle disposizioni sul bando; il 26 novembre la Convenzione ordina agli emigrati rientrati in patria di ripartire immediatamente, comminando la pena di morte a chi non obbedisce; il 18 marzo 1793 viene ordinato l'arresto e l'esecuzione immediata degli emigrati rientrati in Francia (250).

Ulteriori disposizioni contro emigrati e stranieri sono caldeggiate giovedì 28 febbraio 1793 dal rapporto Berlier. I Comitati riuniti propongono l'adozione di due articoli addizionali alla legge sui passaporti interni, finalizzati al controllo delle abitazioni, introducendo l'obbligo, sanzionato penalmente, di una dichiarazione pubblica delle persone presenti negli alloggi: entro ventiquattr'ore dall'entrata in vigore del provvedimento, i cittadini assenti dal proprio domicilio dovranno presentarsi alla sede del municipio o del

(247) Décret du 9 novembre 1791, *relatif aux émigrans*, III, cit., pp. 10-12.

(248) Un anno più tardi l'amministrazione dei beni degli emigrati sarà affidata all'amministrazione del demanio: cfr. Décret des 12-16 mars 1793 *relatif à l'administration des biens des émigrés, et à la vente de leur mobilier*, IV, cit., p. 135, diciassette articoli.

(249) Décret des 30 mars-8 avril 1792, *relatif aux biens des émigrés*, III, cit., pp. 57-60; il provvedimento consta di ventinove articoli, eccettua dalle sanzioni i residenti all'estero emigrati entro il 30 giugno 1789 (art. 6), obbliga le municipalità a redigere nel giro di un mese uno stato dei beni degli assenti (art. 7), obbliga i cittadini che possiedano beni immobili in dipartimenti in cui non risiedano a esibire i certificati di residenza opportunamente vistati dalle autorità municipali (art. 9), autorizza gli stretti congiunti degli emigrati (genitori, mogli, figli) al godimento provvisorio dell'alloggio abitualmente utilizzato e dei relativi arredamenti e suppellettili (art. 17), autorizzandoli, inoltre, in caso di indigenza a beneficiare di una somma annua pari a un quarto delle rendite poste sotto sequestro (art. 18).

(250) Cfr. *Recueil*, IV, cit., p. 151 n. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comitato di sezione del luogo di residenza temporanea per farsi registrare. La dichiarazione, controfirmata dal proprietario dell'alloggio, vistata dalle autorità locali avrebbe avuto valore di passaporto interno (251).

Instancabili, i Comitati provvedono a integrare la normativa vigente in un insieme organico; così in quella medesima seduta, Osselin presenta alla Convenzione un nuovo e lungo progetto (un codice di ottantaquattro articoli) (252), « considérant que les lois antérieures contre les émigrés sont insuffisantes »: il decreto, adottato il 28 marzo 1793, contiene anche una prima lista ufficiale di emigrati (253). Viene mantenuto il bando perpetuo agli emigrati, unito alla morte civile (che rende nullo qualsiasi atto negoziale di diritto privato) e alla confisca dei beni (art. 1); la violazione del bando comporta la pena di morte (art. 2). Appaiono dettagliatissime, sotto il profilo tecnico, le disposizioni che ribadiscono la nullità degli « actes de vente, cession, transport, obligation, dettes et hypothèques », disposti dai genitori o dai figli dopo l'emigrazione dei congiunti (art. 5). Inoltre, viene messa a punto una griglia polivalente in cui appare difficile non essere ricompresi in una delle sette categorie individuate dalla sapienza classificatoria di Cambacérès e Merlin (de Douai) (254).

---

(251) Convention Nationale. Séance du Jeudi 28 février [1793], *Présidence de Dubois de Crancé*, Rapport Berlier au nom des Comités de Législation et de Sûreté générale réunis, « Moniteur », *réimpression*, XV, cit., p. 588; Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., p. 160, situa erroneamente al 26 febbraio il rapporto Berlier.

(252) Convention Nationale. Séance du Jeudi 28 février [1793], *Présidence de Dubois de Crancé*, Rapport Osselin au nom des Comités de Législation, des Finances, Diplomatique et de la Guerre réunis, « Moniteur », *réimpression*, XV, cit., p. 588.

(253) Décret des 28 mars-15 avril 1793, *concernant les peines portées contre les émigrés*, IV, cit., pp. 150-163; si tratta di un vero e proprio codice articolato in dodici sezioni e ottantaquattro articoli.

(254) In base all'art. 6 della Section III[ème] *De ce qu' on entend par émigrés*, sono da considerare emigrati, senza che sia possibile eccepire una residenza in territori limitrofi quali Malta, Bouillon o Monaco (art. 7): 1) i francesi allontanatisi dal territorio nazionale dopo il 1° luglio 1789 e non rientrati in patria nei tempi e secondo le modalità determinate dal decreto 30 marzo-8 aprile 1792; 2) i francesi allontanatisi dal proprio domicilio e che non giustifichino una ininterrotta residenza in Francia a partire dal 9 maggio 1792; 3) i francesi attualmente presenti ma allontanatisi dal proprio domicilio e non in grado di giustificare una ininterrotta residenza dopo il 9 maggio 1792; 4) chi esce

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le stesse eccezioni da opporre all'inserimento automatico nelle liste di emigrazione possono, a loro volta, nascondere delle trappole, disseminate nelle otto categorie individuate dal lunghissimo art. 8. Ad esempio, si facilita il rientro in patria dei minori di quattordici anni, purché non abbiano combattuto contro la Francia; ma si trattava di una condizione difficilmente dimostrabile. Particolarmente severo il trattamento delle fanciulle emigrate in un'età ricompresa tra i quattordici e i ventun'anni: se rientrate in territorio nazionale sarebbero state immediatamente deportate in Guyana, ma un loro rientro fraudolento in patria dopo la deportazione avrebbe implicato la loro condanna a morte.

Alle disposizioni restrittive non sfuggono neppure i domestici del personale diplomatico in missione ufficiale: non solo il loro numero non deve eccedere quello utilizzato « habituellement », ma per essere considerati tali (e non emigrati in frode alla legge) bisogna anche che si sia stati « en état de domesticité antérieurement [au] départ ». Sono autorizzati a viaggiare all'estero i commercianti (accompagnati da familiari e domestici) e gli scienziati. In quest'ultimo caso, la trappola è dietro l'angolo visto che l'eccezione riguarda solo i professionisti, non gli « amateurs » delle scienze; sempre che non si possa dimostrare il proprio interesse professionale mediante certificati regolarmente vistati dalle autorità municipali, ma difficilmente ottenibili in tempi torbidi. Timorosi di una incriminazione per false dichiarazioni (era comminata la pena di quattro anni di ferri, art. 9), gli amministratori locali avrebbero tergiversato, trattando da sospetti (e facendoli, quindi, arrestare) gli scienziati petulanti.

Il colpo di Stato anti-robespierrista del 9 termidoro anno II non migliora ma aggrava la posizione degli emigrati. Il 25 brumaio anno III (15 novembre 1794), la Convenzione approva un lungo decreto di novantanove articoli, che riconferma sistematizzandole precedenti disposizioni, estese in via cautelare anche ai francesi emigrati anteriormente al 1° luglio 1789: i loro beni sono posti sotto sequestro, ed

---

dal territorio nazionale senza aver adempiuto le formalità previste dalla legge; 5) gli agenti diplomatici all'estero non rientrati in patria a tre mesi dalla notifica della scadenza ufficiale della loro missione; 6) quei francesi che durante l'invasione straniera si sono trasferiti nei dipartimenti controllati dal nemico; 7) coloro che, benché nati all'estero, hanno esercitato i diritti di cittadinanza e coloro che avendo un doppio domicilio in Francia e all'estero non giustifichino una ininterrotta residenza dal 9 maggio 1792.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è vietato il loro rientro in patria finché duri la guerra, sotto pena di arresto immediato « par mesure de sureté jusqu'à la paix » (art. 3, sect. I^{ère}, T. I^{er}); sono introdotte le disposizioni contro gli emigrati anche nei tre nuovi dipartimenti annessi alla Repubblica Mont-Blanc (Savoia), Alpes Maritimes (Nizza), Mont-Terrible (Rauracie) (art. 6, sect. II^{ème}, T. I^{er}). I trentanove articoli del Titolo II in sei sezioni riguardano i certificati di residenza di tutti i francesi, siano o meno emigrati, compresi gli stessi deputati alla Convenzione; i trentasei articoli del Titolo III in tre sezioni (di cui l'ultima non numerata) fissano minuziosamente le modalità di formazione delle liste di emigrati. Infine, per quanto riguarda le pene, si conferma il bando perpetuo (art. 1, sect. I^{ère}, T. IV), seguìto da condanna a morte in caso di rientro in patria (art. 2), per i figli d'emigrati di età inferiore ai sedici anni è prevista la deportazione in Guyana, la morte per gli ultra-sedicenni (art. 3); le pene sono estese ai complici (art. 5); dieci anni di ferri ai colpevoli di fabbricazione di documenti falsi (art. 6). Il Titolo V stabilisce la competenza del tribunale criminale dipartimentale (art. 1, sect. I^{ère}, T. V) senza l'assistenza dei giurati (art. 12) e senza che sia possibile una sospensione della pena o il ricorso per cassazione (art. 4) (255).

Il 12 floreale anno III (1° maggio 1795) viene approvato un provvedimento polivalente che abbraccia più categorie a rischio; esso, reiterando le precedenti disposizioni sanzionatorie, stabilisce l'espulsione immediata dei deportati rientrati abusivamente in patria e commina la pena di morte a chi infranga la disposizione (art. 2); ordina, inoltre, il disarmo dei robespierristi proscritti dopo Termidoro (art. 3), introduce il bando perpetuo per gli autori di scritti o discorsi calunniosi tendenti a vilipendere la Repubblica o restaurare la monarchia (art. 4) (256).

Infine, il decreto 14 floreale anno III (3 maggio 1795), pur mantenendo la confisca dei beni di cospiratori, emigrati, falsari, dilapidatori delle fortune pubbliche e loro complici, e dei membri di

(255) Décret du 25 brumaire an 3 (15 novembre 1794), *concernant les émigrés*, V, cit., pp. 385-398.

(256) Décret du 12 floréal an III (1er mai 1795), *qui ordonne le prompt jugement des émigrés trouvés sur le territoire de la France; l'expulsion des individus rentrés après déportation; et contient des mesures répressives de toute provocation à l'avilissement de la représentation nationale, ou au retour de la royauté*, V, cit., pp. 546-547, nove articoli.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Casa Borbone, ordina la restituzione dei beni sequestrati agli altri condannati dopo il 10 marzo 1793, « considérant l'abus que l'on a fait des lois révolutionnaires » (257). Di che natura potessero essere tali *abus* lo segnala al Consiglio dei Cinquecento il 19 brumaio anno IV il deputato Siméon, già professore di Diritto a Aix e poi *procureur-général syndic* delle Bouches-du-Rhône:

> « […]; on inscrivait sur la liste des émigrés tous les fugitifs, même des détenus, même des condamnés après leur mort, même des personnes qui produisaient des certificats de résidence, que l'on supprimait; dans un département de 300000 âmes, 8000 familles ont fourni des victimes à la lanterne, ou à l'échafaud, ou à la saisie, ou au séquestre, ou à la dilapidation qui en a été la suite » (258).

3.1.3. *Le disposizioni penali contro i funzionari infedeli e le amministrazioni inadempienti o di dubbia lealtà repubblicana.*

Vanno inquadrati nel contesto bellico anche i nove decreti varati nel quadriennio 1791-95 contro funzionari infedeli e amministrazioni locali di dubbio lealismo. Il decreto 9 novembre 1791 dichiara decaduti da incarico e trattamento economico i pubblici funzionari assenti dal regno senza causa legittima (art. 8), introduce l'obbligo del congedo ministeriale per il loro espatrio (art. 10) e li priva dei « droits de citoyen actif » nei casi di inadempienza (art. 9); i militari in situazioni analoghe sono qualificati disertori (art. 11) e, di conseguenza, come tali sono passibili della pena di morte (259).

Due anni di ferri sono comminati agli agenti del potere esecutivo, colpevoli di mercato nero dei grani, dal decreto 9 dicembre 1792 (260). Il 6 luglio 1793, è ordinata la destituzione delle autorità costituite che abbiano lasciato transitare armi verso i dipartimenti le cui amministrazioni siano in rivolta contro la Convenzione; qualunque vendita di armi è sottoposta a una dichiarazione preliminare da

(257) Décret du 14 floréal an III, *qui ordonne la restitution des biens confisqués par suite de jugemens rendus par les tribunaux révolutionnaires depuis le 10 mars 1793*, V, cit., p. 547, articolo unico.

(258) Citato da Marcel Marion, *Le Brigandage pendant la Révolution*, cit., p. 59.

(259) Décret du 9 novembre 1791, *relatif aux émigrans*, III, cit., pp. 10-12.

(260) Cfr. Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela et Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., p. 160.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indirizzare ai municipi, sotto pena di dieci anni di ferri per gli inadempienti (261). Tre giorni più tardi, il 9 luglio 1793, viene comminata la pena di morte agli amministratori dei dipartimenti in rivolta che abbiano ordinato o proceduto alla rivendita all'asta dei beni nazionali (art. 2); le operazioni sono nulle e gli eventuali aggiudicatari d'asta sono dichiarati « traîtres à la patrie » (art. 3) e, in quanto tali, passibili di pena di morte, anche se il decreto tace sul punto, operando un rinvio tacito (262).

Il 20 luglio 1793, la pena di morte è minacciata agli amministratori, alle autorità civili delle città marittime come anche agli ufficiali di marina che s'immischino nella direzione delle forze navali della Repubblica; il decreto 24 agosto 1793 commina dieci anni di ferri ai pubblici ufficiali che abbiano rilasciato estratti dei titoli di credito nazionali; il decreto 11 settembre 1793 commina dieci anni di ferri agli amministratori pubblici che rifiutino di mettere in vendita i beni degli emigrati (263). Il 20 nevoso anno II (9 gennaio 1794) viene comminata la pena di morte ai guardiani dei sigilli (e ai loro complici) in caso di effrazione di sigilli apposti a carte ed effetti di individui prevenuti per crimini contro-rivoluzionari; ventiquattro anni di ferri per effrazione di sigilli su documenti della Repubblica; dodici anni di ferri per effrazione di sigilli di privati (art. 5) (264).

Apparentemente vòlto ad impedire tumultuosi arresti in aula di deputati eterodossi, il decreto 8 brumaio anno III (29 ottobre 1794), introdotto da un rapporto di Merlin (de Douai), mira a dare una parvenza di legalità all'imminente arresto di alcuni ex esponenti del *Comité de Salut public* dell'anno II, malgrado la loro partecipazione attiva alla resa dei conti del 9 termidoro abbia reso possibile la

(261) Décret des 6-7 juillet 1793, *qui prononce la peine de dix ans de fers contre les fournisseurs et marchands d'armes qui en vendront sans, au préalable, avoir fait leur déclaration à leur municipalité*, IV, cit., p. 286.

(262) Décret des 9-14 juillet 1793, *qui prononce la peine de mort contre les administrateurs des départemens et des districts en état de révolte qui feraient procéder à la revente des biens nationaux sur folle-enchére, et déclare les acquéreurs traîtres à la patrie et les ventes nulles*, IV, cit., p. 164, tre articoli.

(263) Cfr. Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., p. 161.

(264) Décret du 20 nivose an II (9 janvier 1794), *contenant des dispositions contre le bris de scellés*, V, cit., pp. 89-90, sette articoli.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liquidazione fisica di Robespierre e della sua politica. Si tratta di un « attento e macchinoso dispositivo » (265), una specie di 'codice di garanzia' in diciassette articoli (266) che non dovrebbe permettere colpi di mano ma, tuttavia, non salverà dalla proscrizione i Quattro, « éphémères meneurs de Thermidor » (267): Barère, Collot d'Herbois, Billaud-Varenne e Vadier (268).

Infine, il decreto 30 pratile anno III (18 giugno 1795) commina la pena di morte a chi avendo giurato fedeltà alla Repubblica avrà poi cospirato o combattuto contro di essa (269).

3.1.4. *Altre disposizioni penali speciali.*

Alle disposizioni già richiamate si aggiungono e sovrappongono una dozzina di ulteriori provvedimenti penali speciali, anch'essi giustificati dallo stato di guerra. Non si dimentichi che il 19 agosto

---

(265) Così, Sergio Luzzatto, *L'autunno della Rivoluzione. Lotta e cultura politica nella Francia del Termidoro*, Torino, Einaudi, 1994, p. 40.

(266) Décret du 8 brumaire an III (29 octobre 1794), *qui règle le mode de procéder à l'égard d'un représentant du peuple dénoncé*, V, cit., pp. 378-379. Ogni denuncia viene preliminarmente esaminata dai *Comités réunis de Salut public, de sûreté générale et de Législation* (art. 1); se la denuncia può avere corso (art. 2) viene estratta a sorte una *Commission de Vingt-et-Un* di cui non potranno far parte i membri dei *Comités réunis* né i *Représentans du Peuple en mission* (art. 4); il rapporto d'accusa può riguardare i soli fatti denunciati e acclarati preliminarmente dai *Comités réunis* (art. 9), il deputato sotto inchiesta deve essere ascoltato e deve avere immediata comunicazione delle prove a carico (art. 10), se il rapporto si presenta favorevole alla messa in stato d'accusa, la Convenzione deve decidere « s'il y a lieu à l'arrestation provisoire » (art. 11); per il decreto d'accusa è richiesto l'appello nominale dei deputati (art. 15); il tribunale si potrà pronunciare sui soli fatti compresi nell'atto d'accusa (art. 17).

(267) Questo il lapidario giudizio di Denis Woronoff, *La République bourgeoise de Thermidor à Brumaire 1794-1799*, Paris, Éditions du Seuil, 1972, p. 11.

(268) Barère, Collot d'Herbois e Billaud-Varenne, già membri del *Comité de Salut public*, sono decretati d'accusa sulla base del rapporto della *Commission des Vingt-et-Un* presieduta da Siéyès; vengono arrestati il 13 germinale anno III e deportati senza processo in Guyana assieme a Vadier, ex membro del *Comité de Sûreté générale* (che, però, riuscì a sottrarsi all'arresto), malgrado l'appassionata difesa fatta in aula da Robert Lindet e Lazare Carnot a favore degli ex colleghi nei Comitati di governo; cfr. François Furet et Denis Richet, *La Révolution française*, Paris, Fayard, 1987 [Hachette, 1965-66], pp. 287-290, 295-298.

(269) Cfr. Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela et Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., p. 162.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1792 l'esercito prussiano ha invaso la Francia, investendo la piazzaforte di Longwy che potrebbe resistere ben oltre il 23 successivo quando invece la popolazione civile, terrorizzata dai bombardamenti, obbliga il Comando a capitolare. Tre giorni più tardi, il 26 agosto 1792, in un sussulto di energia la Legislativa commina la pena di morte ai cittadini che in una piazzaforte assediata suggeriscano la resa al nemico (art. 1) ([270]), ma questo non serve a salvare la piazzaforte di Verdun che capitola il 2 settembre.

La necessità di neutralizzare potenziali infiltrati nemici — non si dimentichi che a Verdun il generale Beaurepaire, contrario alla resa, era stato misteriosamente assassinato — porta a nuovi provvedimenti sanzionatori. Viene così comminata la pena di due anni di ferri a chi esibisca indebitamente decorazioni (art. 2), ma è inflitta la pena di morte quando si usurpino le funzioni di pubblico ufficiale (art. 3) ([271]). Il decreto 7 agosto 1793 commina la pena di morte ai cittadini « surpris en fausse patrouille » e ad ogni uomo travestito da donna in pubblico; infine, il decreto 4 pratile anno III (23 maggio 1795) commina la pena di morte agli individui sorpresi in falsa pattuglia (militare o civica) nell'atto di subornare truppe e Guardia Nazionale, come anche a coloro che portino su cappelli e vestiti segni sediziosi ([272]).

Nel timore di perdere l'appoggio delle decine di migliaia di aquirenti dei beni nazionali, il 18 marzo 1793 la Convenzione

---

([270]) Décret des 26-27 août 1792, *qui prononce la peine de mort contre tout citoyen qui, dans une ville assiégée, parlerait de se rendre*, III, cit., pp. 254-255, tre articoli.

([271]) Décret des 15-16 septembre 1792, *relatif aux citoyens qui seraient revêtus d'une décoration qu' ils n'ont pas le droit de porter et aux commissaires des municipalités chargés de faire des visites domiciliaires*, III, cit., pp. 318-319, cinque articoli; secondo Jules MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, edition établie et commentée par Gérard Walter, Paris, Gallimard, 1952 [1847], I, pp. 1107-1108, Girondini e Dantonisti approvano il provvedimento per impedire che gli agenti *maratistes* della *Commune* insurrezionale parigina si rechino in missione in dipartimenti lontani per arrestare presunti sospetti. Richard COBB, *Reactions to the French Revolution*, London, Oxford University Press, 1972, [tr. it. di Bruno Focosi: *Reazioni alla Rivoluzione francese*, Milano, Adelphi, 1990, ricorda che l'assunzione di false generalità e false funzioni poteva rivestire finalità truffaldine, citando alcuni episodi avvenuti nel 1795, 1797, 1805 e 1806, pp. 123, 384-385.

([272]) Cfr. Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., p. 160.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

commina la pena di morte contro chi proponga la legge agraria o qualunque altra legge sovversiva del diritto di proprietà (273); undici giorni più tardi interviene nuovamente, sanzionando con la morte chi ecciti per iscritto all'assassinio e alla violazione delle proprietà (274). Quello stesso giorno un altro decreto commina la pena di morte ad autori e stampatori di scritti tendenti a provocare la dissoluzione della Rappresentanza nazionale, il ristabilimento della monarchia o di qualsiasi altro potere attentatorio della sovranità popolare; venditori, distributori e strilloni sono puniti con due anni di ferri; la competenza è del *tribunal criminel extraordinaire*, istituito il precedente 10 marzo (275).

Il 1° agosto 1793 sono dichiarati traditori i francesi che investano fondi negli Stati in guerra con la Francia (276).

Il 18 nevoso anno II (7 gennaio 1794) sguinzagliando sulle tracce dei potenziali contro-rivoluzionari oltre mezzo milione di apprendisti-inquisitori, la Convenzione affida alle autorità locali — municipalità, *Comités de surveillance*, *Comités révolutionnaires* — le funzioni della polizia di sicurezza generale « pour la recherche des crimes attentatoires à la liberté, à l'égalité, à l'unité et indivisibilité de la République, à la sûreté intérieure et extérieure de l'état, ainsi que de complôts tendant à rétablir la royauté ou à établir toute autre autorité contraire à la souveraineté du peuple » (art. 1); svolte le prime attività istruttorie (art. 3), le autorità locali entro ventiquattr'ore dall'emissione dei mandati d'arresto trasmetteranno il fascicolo ai direttorî dipartimentali (art. 4) che, a loro volta, lo trasmetteranno entro ventiquattr'ore all'accusatore pubblico presso il tribunale rivoluzionario di Parigi, per i crimini di competenza

(273) Décret des 18-22 mars 1793, *qui prononce la peine de mort contre quiconque proposera une loi agraire*, IV, cit., p. 141, articolo unico.

(274) Décret des 29-31 mars 1793, *relatif aux écrits tendant à provoquer le meurtre et la violation des propriétés*, IV, cit., p. 164, articolo unico.

(275) Décret des 29-31 mars 1793, *relatif aux auteurs, colporteurs de décrets tendant à la dissolution de la Convention, au rétablissement de la royauté, ou de tout autre pouvoir attentatoire à la souveraineté du peuple*, IV, cit., p. 164, articolo unico.

(276) Décret des 1er-2 août 1793, *qui déclare traîtres à la patrie les Français qui placeraient des fonds sur les comptoirs ou banques des pays avec lesquels la France est en guerre*, IV, cit., p. 350.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esclusiva, o all'accusatore pubblico del tribunale criminale dipartimentale (art. 5) (277).

Il 22 nevoso anno II (11 gennaio 1794) la conoscenza dei delitti contro-rivoluzionari è attribuita ai tribunali criminali dei dipartimenti (278) abilitati a giudicare « révolutionnairement », cioè ad emettere sentenze immediatamente esecutive non soggette a ricorso per cassazione. Sei mesi più tardi, viene approvato il provvedimento che apre la strada al grande Terrore. Il 22 pratile anno II (10 giugno 1794) con il pretesto di riunire in corpo unico disposizioni legislative frammentarie (279), sono rinforzate le attribuzioni del tribunale rivoluzionario già istituito il 10 marzo 1793 (280); esso è abilitato a condannare a morte (art. 7) i « nemici del popolo », categoria che individua indeterminate condotte polivalenti elencate dall'art. 6 (281). Ai nemici del popolo non è riconosciuta alcuna difesa legale:

---

(277) Décret des 18-24 nivose an II (7-13 janvier 1794), *contenant des modifications au décret du 11 août-30 septembre 1792, relatif à la police de sûreté générale*, V, cit., p. 88, dodici articoli.

(278) Décret des 22-27 nivose an II (11-16 janvier 1794), *qui attribue aux tribunaux criminels la connaissance des délits contre-révolutionnaires*, V, cit., p. 91.

(279) Cfr. Jean-Jacques Régis de CAMBACÉRÈS, *Mémoires inédits*, cit., I, pp. 234-235; il progetto fu presentato da Georges-Auguste Couthon a nome del *Comité de Salut public*.

(280) Décret du 22 prairial an II (10 juin 1794), *concernant le tribunal révolutionnaire*, V, cit., pp. 283-285, il tribunale ha in organico un presidente, quattro vicepresidenti, un accusatore pubblico, quattro sostituti, dodici giudici (art. 1) ed è assistito da cinquanta giurati (art. 2); cfr. Georges LEFEBVRE, *Sur la loi du 22 prairial an II*, in Georges LEFEBVRE, *Études sur la Révolution française*, Paris, P.U.F., 1963, pp. 108-137; la procedura semplificata era già stata adottata dalla *Commission populaire d'Orange*, insediata dal *Comité de Salut public* il 21 floreale anno II (10 maggio 1794), *ibidem*, p. 111.

(281) Art. 6. Sont réputés ennemis du peuple ceux qui auront provoqué le rétablissement de la royauté, ou cherché à avilir ou à dissoudre la Convention Nationale et le gouvernement révolutionnaire et républicain dont elle est le centre;- Ceux qui auront trahi la République dans le commandement des places et des armées, ou dans toute autre fonction militaire; entretenu des intelligences avec les ennemis de la République, travaillé à faire manquer les approvisionnemens ou le service des armées;- Ceux qui auront cherché à empêcher les approvisionnemens de Paris, ou à causer la disette dans la République;- Ceux qui auront secondé les projets des ennemis de la France, soit en favorisant la retraite et l'impunité des conspirateurs et de l'aristocratie, soit en persécutant et calomniant le patriotisme, soit en corrompant les mandataires du peuple, soit en abusant des principes de la Révolution, des lois ou des mesures du

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« la loi donne pour défenseurs aux patriotes calomniés des jurés patriotes: elle n'en accorde point aux conspirateurs » (art. 16) (282) . Inoltre, un'apposita clausola fissata dall'art. 20 deroga in via generale a tutte le disposizioni legislative anteriori, stabilendo espressamente che la Convenzione « n'entend pas que les lois concernant l'organisation des tribunaux ordinaires s'appliquent aux crimes de contre-révolution et à l'action du tribunal révolutionnaire ».

Termidoro rinuncia alla ghigliottina ma non al bavaglio sulla stampa, così il decreto 12 floreale anno III (1° maggio 1795) esilia in perpetuo dal territorio della Repubblica gli autori di scritti e discorsi sediziosi tendenti a vilipendere (« avilir ») la rappresentanza nazionale o ripristinare la monarchia (283).

3.1.5. *Una disposizione di chiusura: la* mise hors la loi.

Il 19 marzo 1793 la Convenzione prende di petto la ribellione in Vandea e dichiara fuorilegge quanti abbiano partecipato a rivolte o

---

gouvernement, par des applications fausses et perfides;- Ceux qui auront trompé le peuple, ou les représentans du peuple, pour les induire à des démarches contraires aux intérêts de la liberté;- Ceux qui auront cherché à inspirer le decouragement pour favoriser les entreprises des tyrans ligués contre la République;- Ceux qui auront répandu de fausses nouvelles pour diviser ou pour troubler le peuple;- Ceux qui auront chercher à égarer l'opinion et à empêcher l'instruction du peuple, à dépraver les mœurs et à corrompre la conscience publique, à altérer l'énergie et la pureté des principes révolutionnaires et républicains, ou à en arrêter les progrès, soit par des écrits contre-révolutionnaires ou insidieux, soit par toute autre machination;- Les fournisseurs de mauvaise foi qui compromettent le salut de la République, et les dilapidateurs de la fortune publique autres que ceux compris dans les dispositions de la loi du 7 frimaire;- Ceux qui étant chargés de fonctions publiques, en abusent pour servir les ennemis de la révolution, pour vexer les patriotes, pour opprimer le peuple;- Enfin, tous ceux qui sont désignés dans les lois précédentes, relatives à la punition des conspirateurs et contre-révolutionnaires, et qui, par quelques moyens que ce soit et de quelques dehors qu' ils se couvrent, auront attenté à la liberté, à l'unité, à la sûreté de la République, ou travaillé à en empêcher l'affermissement.

(282) Come avrebbe tardivamente e ipocritamente ricordato l'allora presidente del *Comité de Législation civile et criminelle* (che quasi certamente venne investito della formulazione del decreto) Jean-Jacques Régis de Cambacérès, *Mémoires inédits*, cit., I, p. 235, « par ce retranchement ils [les Conventionnels] avaient fait disparaître l'une des conquêtes de la philosophie sur les formes de l'ancienne procédure criminelle ».

(283) Cfr. Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela et Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., p. 160.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sommosse contro-rivoluzionarie assimilando loro chi abbia indossato la « cocarde blanche » della cessata monarchia, sottraendoli alla procedura ordinaria dinanzi ai giurati (art. 1). Chi viene arrestato con le armi in pugno è tradotto dinanzi a una *Commission militaire* e giustiziato entro ventiquattr'ore (art. 2); chi viene arrestato senz'armi o dopo aver deposto le armi, viene interrogato presso il tribunale criminale del dipartimento e giustiziato nelle ventiquattr'ore successive (art. 4); la pena di morte è estesa a preti, ex nobili, emigrati, stranieri (e loro agenti e domestici) presenti nei dipartimenti in rivolta (art. 6); è, inoltre, prevista la pena accessoria della confisca dei beni (art. 7), in violazione del principio di personalità della pena, visto che la disposizione colpisce i familiari del giustiziato; una parziale impunità (ma ne sono eccettuati preti, ex nobili, emigrati, stranieri) è prevista per chi consegni i capi e gli istigatori delle rivolte (art. 8) (284). Un successivo decreto specifica che « seront réputés chefs d'émeutes et révoltes », oltre agli organizzatori materiali, anche preti, nobili, emigrati, amministratori locali, giudici e uomini di legge (285).

Il 27 marzo 1793 gli aristocratici vengono dichiarati in blocco fuorilegge (quindi, il provvedimento colpisce potenzialmente anche i nobili non emigrati o *ralliés* alla Rivoluzione come Condorcet, *Philippe-Égalité* e Félix Le Peletier); a loro sono assimilati dei generici « ennemis de la révolution » (286). Il successivo primo agosto, un provvedimento polivalente che contiene undici « différentes mesures de sûreté publique » ordina la confisca dei beni delle persone « qui ont été ou qui seront hors de la loi par décret de la Convention » (287). A questo proposito, va ricordato che la *mise hors la loi* elimina qualunque simulacro giudiziario, consentendo l'imme-

(284) Décret des 19-20 mars 1793, *concernant la punition de ceux qui sont ou seront prévenus d'avoir pris part à des révoltes ou émeutes contre-révolutionnaires qui ont eu ou auraient lieu à l'époque du recrutement*, IV, cit., pp. 141-142, dieci articoli.

(285) Décret des 5-11 juillet 1793, *explicatif de ceux des 19 mars et 10 mai, concernant les chefs de révolte*, IV, cit., p. 284, articolo unico.

(286) Décret des 27-30 mars 1793, *qui met hors de la loi les aristocrates et les ennemis de la révolution, ordonne que les citoyens seront armés au moins de piques, et que le tribunal extraordinaire sera mis dans le jour en pleine activité*, IV, cit., p. 149.

(287) Décret des 1er-2 août 1793, *contenant différentes mesures de sûreté publique*, IV, cit., p. 350, undici articoli.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diata esecuzione della persona fuori-legge, sulla base della semplice constatazione della sua identità personale.

3.1.6. *Dal sospetto di reato al reato di sospetto.*

Il 17 settembre 1793 — integrando precedenti disposizioni contenute nei decreti 28-29 agosto 1792 (art. 5, sulle caratteristiche del sospetto) e del 26-30 marzo sul disarmo dei sospetti — la Convenzione ordina l'arresto immediato di tutte le persone sospette ancora a piede libero (art. 1). Si tratta di un testo criminogeno messo a punto dal giurista Philippe-Antoine Merlin (de Douai), a nome del *Comité de Législation criminelle*, presieduto da Cambacérès (288). Il decreto individua otto categorie di individui sospetti: i fautori della tirannia (monarchia), del federalismo (repubblicani girondini) e l'onnicomprensiva classe dei nemici della libertà; coloro che non possono giustificare mezzi di sussistenza e l'adempimento dei doveri civici; coloro a cui è stato rifiutato dalle autorità locali il *certificat de civisme*; i funzionari pubblici sospesi o destituiti e non reintegrati; quei nobili (compresi i congiunti di ogni ordine, età e grado) e gli agenti di emigrati che non abbiano costantemente manifestato attaccamento alla Repubblica; quei nobili già emigrati dopo il 1° luglio 1789, rientrati in Francia e radiati dalle liste d'emigrazione in virtù del decreto 30 marzo-8 aprile 1792 (289).

---

(288) Questi, dopo la Restaurazione, nel difendersi dall'accusa di aver cooperato alla stesura dell'importante provvedimento criminogeno, sostenne che l'originario testo del Comitato « fut dénaturé par des amendements aggravants, que l'Assemblée s'empressa d'accueillir et dont les articles se trouvèrent surchargés, malgré l'insistance que je mis, de concert avec le rapporteur, pour les faire réjeter », cfr. Jean-Jacques Régis de Cambacérès, *Mémoires inédits*, cit., I, p. 149.

(289) Art. 2. Sont réputés gens suspects,

1° ceux qui, soit par leur conduite, soit par leurs relations, soit par leurs propos ou leurs écrits, se sont montrés partisans de la tyrannie ou du fédéralisme, et ennemis de la liberté;

2° ceux qui ne pourrront pas justifier, de la manière prescrite par le décret du 21 mars dernier, de leurs moyens d'exister et de l'acquit de leurs devoirs civiques;

3° ceux à qui il a été refusé des certificats de civisme;

4° les fonctionnaires publics suspendus ou destitués de leurs fonctions par la Convention Nationale ou par ses Commissaires*, et non réintégrés, notamment ceux qui ont été ou doivent être destitués en vertu du décret du 14 août dernier;

5° ceux des ci-devant nobles, ensemble les maris, femmes, pères, mères, fils ou

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Spetta ai *Comités de surveillance* istituiti il 21 marzo 1793 — o a quegli organismi che ne hanno preso il posto per ordine dei *Représentants du peuple en mission* o della stessa Convenzione Nazionale — di compilare la lista dei sospetti, spiccare i mandati d'arresto e apporre i sigilli sui loro documenti (art. 3); la detenzione in appositi « bâtimens nationaux » predisposti dalle amministrazioni dipartimentali (art. 6) e con spese poste a carico degli stessi sospetti (art. 8) sarebbe durata fino alla firma del trattato di pace (art. 7). I *Comités de surveillance* hanno l'obbligo di comunicare immediatamente al *Comité de Sûreté générale* della Convenzione lo stato nominativo degli arrestati, accompagnato dai motivi dei provvedimenti e dai documenti sequestrati (art. 9); ai tribunali dipartimentali, civili e penali, si dà facoltà di far internare come sospetti gli imputati prosciolti per mancanza di prove o assolti (art. 10).

Anche Termidoro non rinuncia a legiferare in materia e un decreto 12 brumaio anno III (2 novembre 1794) regolamenta alcuni aspetti non secondari. Stabilisce, innanzi tutto, che sui loro documenti vanno apposti i sigilli (art. 1), è previsto un successivo controllo degli incartamenti (art. 2) al fine di verificare se vi siano prove o indizi di crimine (art. 3); gli arrestati come sospetti conservano l'amministrazione dei propri beni (art. 4) che, tuttavia, restano sotto sequestro (art. 7) pur continuando a pagare le imposte (art. 15), per la gestione dei beni, sono però autorizzati i contatti con parenti o consiglieri i cui nomi siano suggeriti dal *Comité révolutionnaire du District ou de la Commune* (art. 5); tutti gli « actes translatifs de la propriété d'immeubles, ou tendant à les grever d'hypothèques » sono nulli (art. 10); rimane invece invariata la eventuale successione ereditaria a beneficio dei parenti (art. 21) (290).

---

filles, frères ou sœurs, et agens d'émigrés, qui n'ont pas constamment manifesté leur attachement à la Révolution;

6° ceux qui ont émigrés dans l'intervalle du 1er juillet 1789 à la publication du décret du 30 mars-8 avril 1792, quoiqu' ils soient rentrés en France dans le délai fixé par ce décret, ou précédemment.

[*Si riferisce ai *Représentans du Peuple en mission* e agli *agents nationaux*]

(290) Décret du 12 brumaire an III (2 novembre 1794), *relatif aux biens des détenus* [*suspects*] V, cit., pp. 381-383, ventuno articoli.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3.1.7. *Siéyès e la* loi de Grande Police.

Nell'imminenza della liquidazione dei Quattro, ci si preoccupa che la proscrizione di Barère, Collot d'Hérbois, Billaud-Varenne e Vadier (già associati a Robespierre nella politica di Salute pubblica e poi artefici della sua caduta), possa agitare le sezioni parigine contro la politica termidoriana. La possibile ricomparsa del giacobinismo sezionario (assecondata dalla grave crisi di sussistenze (291) che gravava proprio su quei ceti popolari nel cui nome governava), spinge la Convenzione Nazionale ad approvare una ulteriore legge speciale che, pur negandolo, si colloca nel solco di quella legislazione terrorista dell'anno II, ufficialmente stigmatizzata dalla *leadership* di Termidoro. Sul piano della profilassi penale, il 'passato che non passa' suggerisce di superare la dicotomia consumato/tentato, anticipando il momento della sanzione al primo manifestarsi dell'intenzione criminosa: ecco la *ratio* della *loi de grande police*, presentata lo stesso giorno in cui una delegazione di tre sezioni parigine con molte donne, si presenta alla sbarra della Convenzione per chiedere pane a buon mercato e l'applicazione immediata della costituzione montagnarda del 1793.

Il provvedimento ha un padrino autorevole, Emmanuel Siéyès, che lo illustra in aula il 1° germinale anno III (21 marzo 1795) a nome dei *Comités réunis de Salut public, de Sûreté générale et de Législation* (292). Sopravvissuto al Terrore grazie al suo mimetismo (e al disinteresse per la sorte dei colleghi girondini proscritti), interrotto frequentemente da applausi scroscianti, quello che era stato l'Oracolo della Rivoluzione pronuncia la sua requisitoria contro i tardo-giacobini, definiti sprezzantemente (ma solo ora, che hanno perduto il potere) « quelques hommes perdus ». Scopo del legislatore, dichiara il *rapporteur*, è risalire a quel punto in cui « les tentatives du crime, faibles encore, pourront être plus facilement réprimés » (293). Quindi, lungi dal poggiare su di una indiscriminata

(291) Una crisi aggravata dal crollo del valore dell'assegnato, passato dal 50% del valore nominale nel dicembre 1793 all'8% del valore nominale nell'aprile 1795.

(292) Cfr. Jean-Denis Bredin, *Sieyès. La clé de la Révolution française*, Paris, Éditions de Fallois, 1988, pp. 343-344.

(293) Convention Nationale. Suite de la séance du 1er germinal [Samedi 21 mars 1795], *Présidence de Thibaudeau*. Rapport de Siéyès au nom des trois Comités de Salut public, de Sûreté générale et de Législation, « Moniteur », *réimpression*, cit., XXIV, p. 34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

criminalizzazione di intere categorie — ad esempio, i « suspects » trasformati istantaneamente in « condamnés » (294) — la legge speciale avrebbe colpito « le mauvais citoyen, quel qu' il soit », a partire dal « premier acte par lequel il manifesterait des intentions criminelles » (295). Poi, malgrado Siéyès si premuri di rassicurare l'aula sulla non volontà di criminalizzare indiscriminatamente condotte non conformiste, dovendo però la legge colpire fin dal « premier murmure de révolte et de provocation au désordre », seguono disposizioni draconiane, all'insegna di una benthamiana pedagogia del disincentivo:

> « Elle suivra pas à pas accompagnée de la peine, l'homme depravé; à chaque pas qu' il fera dans la route du crime, elle lui opposera un obstacle assez puissant pour l'obliger de s'arrêter; ainsi, toujours présente, toujours prête à le frapper, elle sera, malgré lui et pour lui ce qu'est pour l'homme de bien sa seule conscience » (296).

Il progetto individua una quindicina di condotte qualificandole come crimine; si tratta per lo più di sanzionare comportamenti individuali e collettivi qualificabili come tardo-giacobini, anche se non manca un riferimento al microcosmo della cospirazione monarchica. Innanzi tutto, l'art. II commina la deportazione (sostituita da due anni di lavori forzati in presenza di attenuanti) in caso di:

a) incitamento al saccheggio di proprietà pubbliche o private, ad atti di violenza contro le persone, al ristabilimento della monarchia, alla rivolta contro le autorità costituite il governo repubblicano e la rappresentanza nazionale (art. I);

b) grida sediziose, su strada e altri luoghi pubblici, contro la sovranità del popolo, la Repubblica e la costituzione del 1793 (art. I);

c) tentativo di penetrare nella prigione del Tempio al fine di contattare i detenuti (art. I);

d) riunione caratterizzata da « provocations » o grida sediziose, o effettuata allo scopo di perpetrare i tentativi di crimine di cui all'art. I; qualificata « attroupement séditieux » (art. IV), con puni-

(294) *Ibidem*, p. 35.
(295) *Ibidem*.
(296) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione dei suoi componenti in caso di resistenza all'ordine di scioglimento (art. V).

Il Titolo II della legge tutela i singoli deputati e la Convenzione quale corpo deliberante, mettendoli al riparo dalle pressioni della piazza; si stabilisce per tanto che:

a) ogni atto di violenza contro il deputato quale privato cittadino sarebbe stato denunciato al *Comité de Sûreté générale*, investito del còmpito di designare il tribunale competente (art. VII);

b) la deportazione (o due anni di lavori forzati in caso di attenuanti, art. VIII) punisce gli insulti al deputato nell'esercizio delle sue funzioni;

c) la pena di morte è riservata agli atti di violenza contro i deputati (art. IX);

d) « Toute atteinte porté à la liberté des délibérations de la représentation nationale, est un crime contre la souveraineté du peuple français » (art. XIV);

e) in caso di premeditazione, la deportazione (art. XV) punisce le semplici grida sediziose; mentre è prevista la pena di morte (art. XVI) per i movimenti di minaccia effettuati nell'aula legislativa;

f) gli atti di violenza contro la rappresentanza nazionale nel suo insieme comportano l'immediata messa *hors la loi* dei colpevoli (art. XVII): dunque, l'immediata irrogazione della pena capitale, senza formalità processuali.

Il successivo dibattito assembleare non riesce a modificare il progetto dei Comitati; intervengono otto deputati ma è Siéyès a reggere le fila del tutto. Come sempre, c'è chi chiede l'approvazione immediata senza discussione (Legendre e Sergent): durante il Terrore era stata spesso prassi dominante. Il montagnardo Goujon, di lì a pochi giorni proscritto tra i Martiri di Pratile, chiede l'aggiornamento della discussione; Chasles trova la proposta dei Comitati « terrifiante » per la libertà dei cittadini, suggerendo l'aggiornamento della discussione; l'ex costituente Rewbell parla a favore del progetto; molti deputati chiedono che il testo venga votato in blocco e così accade, ma l'estrema Sinistra tumultua e non partecipa al voto. Poi, al colmo della confusione, su proposta di Rewbell si riapre la discussione articolo per articolo; Goujon osserva, a proposito dell'art. I, che « L'article me semble très-vague. Ne pourrait-on pas

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

entendre, par écrits séditieux, même les opinions que chaque citoyen a le droit d'émettre sur les actes des autorités constituées? » (297).

Méaulle è contrario alla deportazione prevista dall'art. II, e vuole sostituirla con la *gêne* o con i ferri, ma l'emendamento non viene approvato; Chasles riesce a ottenere la parola malgrado l'articolo sia già stato approvato, richiamando l'attenzione sul fatto che alla impopolare ghigliottina possa essere sostituita un'altra pena applicata senza che nessuno ne sappia nulla:

> « on déportera par centaine les citoyens sans que personne en sache rien; les journaux même n'en parleront pas ».

Egli suggerisce la pena del bando e che prima di essere portati in tribunale ci sia una pronuncia preliminare del *jury d'accusation*: ma la proposta è respinta (298); un deputato anonimo invoca una graduazione nelle pene, secondo l'importanza del bene leso:

> « Il y a difference entre provocation contre la liberté, provocation pour le pillage d'un magasin public, et provocation pour le pillage d'une propriété particulière. Il faut donc une gradation de peines, en raison du plus ou moins de degré de criminalité que pourra comporter le rassemblement. L'homme qui excite le peuple à la porte d'un boulanger ne mérite pas d'être déporté comme celui qui attaque un magasin de grains appartenant à la République […] » (299).

Un indispettito Siéyès è allora pronto a replicare che è proprio per questo motivo che i giurati in presenza di attenuanti potranno modificare la pena; ma persino il termidoriano Bentabole si vede costretto a predicare la moderazione sanzionatoria:

> « Lorsqu'il s'agit de porter une peine capitale, le législateur ne saurait être trop circonspect. Il n'y aurait pas de justice à ne mettre aucune difference entre la peine due à l'agitateur et celui qui veut la contre-révolution, et celle que doit mériter celui qui se porte au pillage chez différens particuliers: l'un mérite la peine capitale, l'autre ne la mérite pas. Vous dites qu' en cas de causes atténuantes les jurés commueront la peine; mais quelle sera cette autre peine? Il s'agit ici de crimes commis; il faut

(297) *Ibidem*, Opinion de Goujon, p. 36; Jean-Marie-Claude-Alexandre Goujon (1766-1795), arrestato con i colleghi Romme, Soubrany, Bourbotte, Duquesnoy e Du Roy dopo la giornata del 1° pratile anno III, si suicida in carcere.

(298) *Ibidem*, Opinion de Chasles, p. 37.

(299) *Ibidem*, il « Moniteur » non fa il nome, indicandolo con tre ***.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> que la loi porte la peine, pour que les juges ne s'en écartent pas à volonté » (300).

Anche se di tutto questo non resta alcuna traccia e il decreto finisce con l'essere approvato in blocco, proprio come avevano chiesto dei pentìti ex terroristi come il macellaio Legendre, un deputato già vicino a Danton.

Ma la storia legislativa della Convenzione Nazionale non si chiude con l'approvazione del draconiano decreto Siéyès del 1° germinale anno III (21 marzo 1795). Sette mesi più tardi il padre della famigerata *loi des suspects*, Philippe-Antoine Merlin (de Douai), illustrerà un progetto dall'ambizioso titolo di *code des délits et des peines*, « remarquable par son imperfection » come avrebbe notato il perfido Cambacérès più di vent'anni dopo, chiosando ingenerosamente l'evento (301). Che, invece, merita qualche chiarimento aggiuntivo, dato che Merlin non si muove per proprio conto, ma su mandato della stessa Convenzione.

3.2. *Il* code des délits et des peines *del 3 brumaio anno IV.*

Tutto ha inizio diciotto mesi prima, quando il potere appare saldamente nelle mani del *Comité de Salut public* controllato da Robespierre. Nella seduta del 3 floreale anno II (22 aprile 1794), Couthon, a nome del Comitato, ricorda ai deputati l'impegno già assunto di semplificare la legislazione civile e penale (302). Con tutta

(300) *Ibidem*, Opinion de Bentabole, pp. 37-38.

(301) Jean-Jacques Régis de Cambacérès, *Mémoires inédits*, cit., I, p. 363; probabile che, implicitamente, Cambacérès volesse fare risaltare il contrasto tra l'imperfezione dell'incompleto codice Merlin e la strutturata perfezione del progetto di codice civile da lui elaborato.

(302) Convention Nationale. Séance du 3 floréal an II [mardi 22 avril 1794], *Présidence de Robert Lindet*, Couthon, au nom du Comité de Salut public: « Citoyens, dans la loi sur la police générale de la République, il est dit qu' il sera nommé dans le sein de la Convention Nationale deux Commissions, l'une pour rédiger en un code clair, simple et succinct, toutes les lois rendues jusqu' à ce jour; l'autre pour rédiger le code des institutions sociales. […] voici le projet de décret que je suis chargé de vous présenter: La Convention Nationale, après avoir entendu le Comité de Salut public, nomme les représentants du peuple Cambacérès, Merlin (de Douai) et Couthon pour composer la Commission chargée, aux termes de la loi sur la police générale de la République, de rédiger en un code succinct et complet les lois rendues jusqu'à ce jour,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

evidenza, si tratta di venire a capo del caos normativo legato alla decretazione a pioggia dell'ultimo triennio, anche se non è da escludere un ulteriore obiettivo, più ideologico, quello di repubblicanizzare lo stato civile, cancellando le ultime vestigia della tripartizione in Ordini presente nei certificati di nascita, matrimonio e morte ([303]).

Per altro, in materia civile, l'intera legislazione speciale varata contro refrattari, emigrati, sospetti e loro parenti di ogni ordine e grado, derogando ai princìpi generali dell'ordinamento — fissati dalla *Déclaration des droits* del 26 agosto 1789 e, sostanzialmente, confermati da quella montagnarda del 24 giugno 1793 — aveva vanificato il principio costituzionale di uguaglianza, producendo pesanti conseguenze nei rapporti tra coniugi e tra questi e i loro figli. Sul piano patrimoniale, come ho più volte ricordato, erano stati introdotti notevoli vincoli in ordine alla disponibilità dei beni, turbando il sistema dei contratti, gravato da una serie infinita di nullità relative alla commerciabilità dei patrimoni nazionalizzati (di ecclesiastici ed emigrati) o posti sotto sequestro (dei sospetti).

In materia penale, si è già visto come l'ordito cartesiano messo a punto dalla Costituente (grazie alla legge Du Port sui giurati e al codice penale del 1791), sia stato stravolto dalla legislazione d'emergenza che, utilizzata in parte anche dai tribunali ordinari, ha reso caotica l'amministrazione della giustizia.

Prendendo atto di tutto questo, il *Comité de Salut public*, nel tentativo di semplificare il quadro normativo, aveva proposto che tale còmpito venisse deferito a una Commissione formata da tre deputati, due dei quali — Cambacérès, per le leggi civili e Merlin (de Douai) per le leggi penali — appartenenti al tecnicissimo *Comité de Législation civile et criminelle* della Convenzione, coordinati da

---

en supprimant celles qui sont devenues confuses, et autorise cette Commission à employer tel nombre de citoyens et à faire les dépenses qu'elle jugera necessaires et convenables pour remplir les vues de la Convention » [« Moniteur », réimpression, cit., XX, p. 284].

([303]) *Ibidem*, Suite de la Séance du 3 floréal: « La Convention Nationale renvoie à l'examen de ses Comités de Salut public et de Législation réunis la proposition faite de faire disparaître du depôt public les actes de naissances, mariages et sepultures attributifs de titres de nobles et autres prohibés par la loi, en prenant toutes les mesures necessaires pour assurer l'exécution de cette disposition sans nuire à l'état civil des citoyens » [« Moniteur », réimpression, cit., XX, p. 285].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Couthon, *longa manus* di Robespierre. Il colpo di Stato del 9 termidoro avrebbe modificato la situazione politica, senza però superare la confusione normativa a cui ci si è riferiti.

Alla fine della legislatura, quando la Convenzione termidoriana sta per uscir di scena, Merlin (de Douai) ha terminato una parte significativa del còmpito affidatogli, riordinando il sistema processuale; permangono, invece, vastissime lacune in campo sanzionatorio di cui egli stesso è pienamente consapevole. Forse vorrebbe ancora prender tempo, ma i margini operativi sono strettissimi e viene messo in mora, il 24 fruttidoro anno III (10 settembre 1795): infatti, su proposta di Lanjuinais che ne è membro, la *Commission des Onze* viene invitata dalla Convenzione a presentare « incessamment son travail sur la police correctionnelle et sur la police de sûreté » (304), vale a dire un testo legislativo, al tempo stesso sostanziale e processuale, riguardante le infrazioni di polizia e i crimini sottoposti ai giurati.

Sei settimane più tardi, il 30 vendemmiaio (22 ottobre 1795), a nome della Commissione prende la parola Merlin (de Douai) che, in quanto membro del *Comité de Salut public* (305), può farsi portavoce dei Comitati riuniti (306). Nel dar conto dell'immenso, ancorché incompleto, lavoro preparatorio svolto, il relatore si riferisce al

(304) Convention Nationale. Séance du 24 fructidor an III [10 septembre 1795], *Présidence de Berlier*, Proposition de Lanjuinais, « Moniteur », réimpression, cit., XXV, p. 718.

(305) Nel nuovo contesto termidoriano, come risulta dalle notizie pubblicate dal « Moniteur » e secondo una prassi legislativa inaugurata dalla Costituente, la materia codicistica diventa di pertinenza dei tre *Comités réunis*: *Comité de Salut Public*, *Commission des Onze*, *Comité de Législation civile et criminelle*; Cambacérès aveva continuato ad occuparsi della riforma della legislazione civile, avviando un lavoro di ampissimo respiro destinato a sfociare nel codice civile del 1804. Di qualche utilità, malgrado il tono apologetico, F.-A. Mignet, *Le comte Merlin. Notice lue dans la séance publique de l'Académie des Sciences morales et politiques du 15 mai 1841*, in F.-A Mignet, *Notices et portraits historiques et littéraires*, Paris, Charpentier, 1854, Troisième édition, I, pp. 289-330.

(306) Sul codice votato dalla Convenzione Nazionale, cfr. Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela et Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., in particolare il sotto-capitolo « Le code des délits et des peines du 3 brumaire an IV (24 octobre 1795) », pp. 163-167; erroneamente, p. 165, si fa parlare Merlin « au nom du Comité de Législation » mentre il giurista interviene « au nom de la Commission des Onze », ma, in realtà, per conto dei *Comités réunis* (cfr., retro, n. n. 305).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decreto Couthon 3 floreale anno II (22 aprile 1794), che aveva disposto « la classification et la refonte de toutes les lois émanées de trois assemblées representatives »:

> « En s'occupant de l'exécution de ce décret, votre Commission des Onze a cru que, pour mieux remplir vos vues, elle devait étendre le cadre de son travail, et vous proposer une refonte générale de toutes les lois rendues depuis le commencement de la Révolution jusqu' à ce jour, pour régler et diriger la poursuite des délits de toute espèce » (307).

Secondo le giustificazioni addotte nel rapporto, l'operazione mirerebbe a comprimere l'anarchia (termine che, in epoca termidoriana, designa i movimenti neo-giacobini), restaurare la legalità, garantire in modo efficace la sicurezza di persone e proprietà, dando « à la police et à la justice toute l'activité, tout ressort, toute la puissance possible » (308). L'obiettivo è ambiziosissimo e, al momento, praticamente irrealizzabile, vista l'impossibilità di ricondurre a unità sanzionatoria il vasto arcipelago della legislazione penale speciale di continuo incrementata da ulteriori iniziative, di cui la *loi sur la Grande Police*, appena votata, può essere considerata solo l'ultimo esempio.

Per di più, nel trascorso quadriennio, ci si è già resi conto delle difficoltà legate all'utilizzo del sistema a pena fissa, introdotto dal codice penale del 1791; probabilmente, scavando ulteriormente nei meandri dei lavori preparatori troveremmo qualche riferimento alla possibilità di consentire ai giudici la scelta di graduare la pena (all'interno di un ventaglio sanzionatorio tra un minimo e un massimo edittale). Ma sarebbe stata mèra ipotesi di scuola, visto che la legislazione d'emergenza ha realizzato draconiani appiattimenti sanzionatori sul filo del doppio binario pena capitale/deportazione. Anche a fine legislatura, quando si pensa di essere ormai fuoriusciti dalle logiche del Terrore, tutto questo è ancora politicamente immodificabile; viceversa, è possibile razionalizzare il meccanismo processuale.

Anche se nel titolo preliminare viene richiamato il principio di

---

(307) Convention Nationale. Séance du 30 vendémiaire an IV [jeudi 22 octobre 1795]. *Présidence de Génissieux*, Merlin (de Douai), *au nom de la Commission des Onze*, « Moniteur », réimpression, cit., XXVI, p. 274.

(308) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legalità e non retroattività della norma penale (art. 2), quello approvato il 3 brumaio anno IV (25 ottobre 1795) è quasi esclusivamente un minuzioso codice di procedura (che impegna i suoi due primi libri con diciannove Titoli per complessivi 598 articoli), di cui terrà conto il legislatore napoleonico del 1808 ([309]). « Il n'est pas encore aussi complet que son titre semble le promettre », è costretto ad ammettere lo stesso Merlin che, tuttavia, precisa come al momento appaia essenziale, soprattutto, rivedere i meccanismi della giustizia penale:

> « Un *Code des délits et des peines* doit naturellement se diviser en deux parties. L'une doit régler l'instruction, la forme de procéder, la manière de juger et d'exécuter les jugements; l'autre doit contenir le tableau des peines à appliquer à chaque délit.
>
> De ces deux parties, la première est en ce moment assez complète qu' il est possible de le désirer. La seconde n'est encore qu' ébauchée, et nous ne pouvons nous flatter de la mettre, avant la fin de votre session, en état de vous être présentée; mais ce qui diminue nos regards à cet égard, c'est que la première partie est, dans les circonstances, infiniment plus essentielle que la seconde […] » ([310]).

Soprattutto, i 449 articoli del Libro II, *De la Justice*, introducono « remarquables precisions sur les questions à poser au jury » ([311]), limitano il principio dell'accusa popolare, disciplinano alcune procedure particolari (in tema di falso, *prise à partie des juges*, etc.).

Solo il Libro III, con gli articoli 612-645 (per un totale di trentaquattro incriminazioni), interviene sul diritto penale sostanziale, modificando parzialmente le sanzioni stabilite dal codice penale del 1791 per i crimini contro la sicurezza interna della Repubblica (articoli 612-615), i crimini e attentati contro la costituzione (articoli 616-640), i crimini dei funzionari pubblici (articoli 641-645).

Per altro, intendendo marcare una forte discontinuità rispetto alla draconiana prassi legislativa convenzionale, il codice Merlin si apre a una eventuale abolizione della pena di morte; poi effettivamente sancìta da un decreto del 4 brumaio. L'obiettivo abolizionista

---

([309]) Décret du 3 brumaire an 4 (25 octobre 1795), *code des délits et des peines*, VI, cit., pp. 301-382.

([310]) Merlin (de Douai), *au nom de la Commission des Onze*, cit., p. 274.

([311]) André Laingui, *Histoire du droit pénal*, cit., p. 113.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è perseguito grazie alla formula utilizzata per sanzionare cospirazioni e complotti tendenti a scatenare la guerra civile: « seront punis de mort, tant que cette peine subsistera; et de vingt-quatre années de fers quand elle sera abolie » (art. 612).

Quanto utopico sia quell'auspicio con cui la Convenzione s'impegna a cancellare un'intensa stagione di sangue, l'implacabile tempo si sarebbe incaricato di mostrarlo.

IV. *Epilogo: da un codice all'altro (1795-1810).*

1. *La normalità di un Paese in guerra.*

La fine dei lavori della Convenzione Nazionale e l'entrata in vigore della costituzione del 5 fruttidoro anno III non normalizzano la Francia politica che continua a cercare una sua stabilità istituzionale tra la fine del 1795 e il nuovo secolo; senza, però, riuscire a trovarla neppure con il regime napoleonico nelle sue fasi consolare e imperiale. La stessa storiografia amministrativa, troppo a lungo ipnotizzata dalla metàfora di Chaptal sul fluido elettrico che lega il governo ai prefetti (segno di una concreta regola amministrativa che prenderebbe il posto dell'utopica regola costituzionale, ferma ai princìpi dell'Ottantanove), e che fa di questa metàfora un indicatore di normalizzazione, dimentica che quel fluido elettrico, nella Francia di allora, rischia di essere intermittente.

Infatti il Paese, dalla monarchia costituzionale all'impero, passando per la Repubblica, vive per ventidue anni un ininterrotto stato di guerra che va dal 20 aprile 1792 alle disfatte napoleoniche del 1814-15. Questo stato di guerra genera, a sua volta, una particolare forma di normalità istituzionale fondata sull'eccezione, sulla neutralizzazione del nemico interno, sulla prevalenza del militare sul civile e dei generali su deputati e funzionari civili (si tratti di *agents nationaux* della Convenzione, di commissari del Direttorio o di prefetti napoleonici).

Con singolare capacità di prognosi — nell'opporsi alla guerra maniacalmente agognata da Brissot — Maximilien Robespierre intuisce tutto questo, paventando che alla fine dell'avventura militare la Francia troverà il suo Cromwell. Solo che, nell'immaginario dell'*Incorruptible*, lo spazio 'anti-rappresentativo' appartiene all'in-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

colpevole La Fayette; mentre invece, dopo le vittorie italiane ed egiziane del fatale triennio 1796-1799, con la necessaria mediazione di Siéyès, si sarebbe fatto avanti un giovane eroe córso dall'improbabile nome di Napoleone Buonaparte. Questi, da Primo Console e da imperatore sarà il solo vero erede delle attribuzioni sovrane del cessato *Comité de Salut public*, in una misura molto più ampia e totale di quanto non lo sia stato il tronfio *Directoire Exécutif*, insediato dalla effimera costituzione repubblicana del 5 fruttidoro anno III.

Se, per normalizzare lo Stato, Siéyès, che il 18 brumaio anno VIII ne occupa il vertice (come membro del Direttorio), ha bisogno di una « sciabola » (312) normalizzatrice, vi è una ragione; essa travalica le pulsioni contingenti di chi pensa di aver orchestrato solo l'ennesimo colpo di forza di quel tormentato settennio, aperto nel 1792 dalla disastrosa politica brissottina. La Francia profonda e 'normale' delle città e delle campagne avverte un'esigenza di disciplina che sappia metter fine al caos interno; un caos in parte prodotto dalla spregiudicata lotta per il potere, che ha immediatamente contrapposto le *élites* repubblicane, avviando uno spietato valzer di epurazioni che, di volta in volta, ha visto cadere Girondini, *Hébertistes*, *Dantonistes*, *Robespierristes*.

Il caos interno affonda le sue radici anche in quei provvedimenti adottati senza farsi carico delle conseguenze, ampiamente prevedibili. Per esempio, la Costituente, terminati i suoi lavori e all'atto di chiudere la legislatura, il 30 settembre 1791, vota l'amnistia per i reati collegati alle sommosse successive al 1° maggio 1788; ma, procedendo in tal modo, l'Assemblea azzera volutamente tutte le condanne al bando o alle galere decise dai tribunali nel precedente triennio. Di modo che essa, non solo delegittima l'amministrazione della giustizia, ma favorisce il rientro nei villaggi di individui turbolenti che avevano, a suo tempo, intorbidito la mobilitazione politica inquinandola con pratiche criminose.

Anche la Legislativa percorre la stessa strada, di formale stretta legalità; innanzi tutto, essa sospende, con effetto immediato, tutti i

(312) Evidente il riferimento all'importante studio monografico di Luca SCUCCIMARRA, *La sciabola di Sieyès. Le giornate di brumaio e la genesi del regime bonapartista*, cit., *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

processi in corso relativi ai reati connessi con la libera circolazione dei grani: tumulti annonari, assalto ai convogli, blocco di convogli, intercettazione dei trasferimenti di grano. Poi, in applicazione del codice penale del 1791 e del principio della necessaria temporaneità delle pene detentive, l'Assemblea dispone l'immediata scarcerazione di tutti i reclusi che abbiano già scontato una pena di durata superiore o uguale a quella fissata dal codice: ne deriverà la liberazione di una massa considerevole di detenuti, privi di mezzi di sostentamento, e pronti a ingrossare le fila della malavita, come avrebbe poi ricordato Pierre-Samuel Du Pont (de Nemours) il 6 nevoso anno V (313).

Lo storico Marcel Marion ha segnalato, infine, un paradosso (314). Proprio la Convenzione, che il 10 marzo 1793 ha istituito un *tribunal criminel extraordinaire*, per giudicare i crimini politici con rito abbreviato, e che il 2 giugno proscrive i Girondini, benché deputati, non dà prova di analogo spirito draconiano rispetto alla criminalità comune. Infatti, il decreto 29 giugno/2 luglio 1793, autorizza i condannati ai ferri e ad altre pene detentive a farsi riprocessare davanti ai tribunali criminali dei dipartimenti, determinando così un regime delle prigioni a doppio flusso di entrata e uscita, con la liberazione di incalliti criminali e l'incarcerazione di migliaia di sospetti e avversari politici (315).

2. *Diserzione, renitenza, brigantaggio.*

L'attenzione ossessiva con cui, dal 2 giugno 1793, le maggioranze al potere colpiscono le condotte politicamente ritenute divergenti, fino a spingere sul patibolo, oltre agli antagonisti monarchici d'ogni tendenza, anche fasce importanti della neonata classe dirigente repubblicana, fa a lungo sottovalutare o dimenticare un pericolo concreto. Mi riferisco alla presenza aggressiva della crimi-

(313) Citato da Marcel MARION, *Le Brigandage pendant la Révolution*, cit., p. 35; mi è impossibile rinviare al « Moniteur », *réimpression*, dato che l'ultimo esemplare ripubblicato integralmente è il n. 211 del 1° floreale anno IV (20 aprile 1796), a partire da quel momento vengono pubblicati solo ridottissimi e inutili riassunti di poche righe.

(314) *Ibidem*, p. 40, indica erroneamente come data del decreto il 27 giugno.

(315) Cfr. Jacqueline Lucienne LAFON, *La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien régime*, Préface de François Monnier, Genève, Droz, 2001, p. 228.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nalità ordinaria in tutte le sue manifestazioni, urbane e rurali, estemporanee e organizzate.

Anche in questo caso, è la guerra a plasmare un contesto d'illegalità diffusa nell'intero territorio nazionale, dalla capitale ai più lontani dipartimenti. Inizialmente, sul vasto fronte che va dalle Fiandre al Reno e alla Savoia, gli scontri tra grandi eserciti abbandonano una vasta zona grigia a uno stuolo di disertori e dispersi di varie nazionalità, pronti a vivere sul territorio e ad usare contro gli abitanti le armi in dotazione. Poi, i grandi provvedimenti sulla leva (in particolare, la coscrizione obbligatoria regolata dalla legge Jourdan ([316])) faranno il resto. Malgrado la disciplina e lo spirito combattivo, tipici di uno Stato dalle grandi tradizioni militari, la profonda Francia rurale ([317]) continua a vivere la chiamata alle armi come un tributo del sangue, che sottrae braccia preziose al lavoro dei campi, producendo una messe spaventosa di orfani, vedove e invalidi d'ogni genere, difficilmente sfamabili.

In via preventiva, ci si organizza per sfuggire all'infernale meccanismo; così, al fenomeno delle diserzioni (che riguarda i reparti già costituiti e inviati in zona d'operazioni), endemico negli eserciti d'ogni tempo, viene affiancandosi in modo sempre più tangibile quello della renitenza alla lèva, l'*insoumission*, che investe la macchina militare nel momento iniziale della raccolta e della trasformazione dei mobilitati ex contadini e artigiani in combattenti ([318]). Nel germinale anno VII, secondo il ministro della Guerra, su 77500 giovani inviati nei depositi militari (sotto la sorveglianza della gendarmeria) per l'inquadramento nei reggimenti, ne arrivano a destinazione meno della metà, 36723 ([319]). In valori percentuali negli anni VII e VIII (1797-99) risultano renitenti il 37% dei coscritti, il 27%

([316]) 19 fructidor an VI, 5 septembre 1798; questa legge ripropone, ampliandone la portata, l'impopolare lèva in massa del 1793.

([317]) Cfr. Georges Lefebvre, *Les paysans du Nord pendant la Révolution française*, Bari, Laterza, 1959 [Paris, Rieder, 1924], pp. 607-619.

([318]) Cfr. Richard Cobb, *The Police and the People. French popular protest 1789-1820*, London, Oxford University press, 1970 [ho utilizzato la tr. it. di Vittorio Mortara: *Polizia e popolo. La protesta popolare in Francia (1789-1820)*, Bologna, Il Mulino, 1976], pp. 120-131.

([319]) Cfr. Marcel Marion, *Le brigandage pendant la Révolution*, cit., p. 124.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dall'anno IX al XIII (1800-1805), il 13% dal 1806 al 1810 e solo il 10% nel 1813 (320).

I renitenti alla lèva — detti *insoumis* o *réfractaires*, equiparati agli emigrati e con i beni sotto sequestro (321) — si danno alla macchia: o vivendo di espedienti in prossimità delle fattorie abitate dai familiari, con il rischio di essere intercettati nel corso delle periodiche visite dei gendarmi; o, preferibilmente, aggregandosi a quelle bande che, endemicamente, praticano il banditismo di *grand chemin*, rapinando viandanti, corriere postali, fattorie, piccoli borghi isolati.

Anche l'*Ancien régime* aveva conosciuto questo fenomeno criminoso, esploso con le Guerre di Religione della metà del XVI secolo; l'amministrazione regia aveva cercato una risposta attivando una polizia militare a cavallo di discreta efficacia e dalla terribile reputazione, la *Maréchaussée* (322), affiancata da una giurisdizione d'eccezione, i *prévôts des Maréchaux de France* (323) abilitati a giustiziare sul campo (con formalità ridotte all'essenziale) i *voleurs des grands chemins* e gli altri criminali ricompresi nei « cas présidiaux », richiamati dall'*Ordonnance criminelle du mois d'août* 1670 (art. I/XII) (324). Tuttavia, proprio contro le rapide e, spesso, disinvolte modalità applicative della giustizia prevostale si erano avute richieste d'intervento legislativo, puntualmente registrate dai *Cahiers des doléances* redatti per la convocazione degli Stati Generali del 1789.

L'Assemblea Costituente risponde alle attese di riforma su più

---

(320) Cfr. Louis BERGERON, *L'Épisode napoléonien. Aspects intérieurs 1799-1815*, Paris, Éditions du Seuil, 1972, p. 114; viceversa, nel biennio 1811-1812 la severa repressione avrebbe azzerato il fenomeno della renitenza.

(321) Cfr. Georges LEFEBVRE, *Les paysans du Nord pendant la Révolution française*, cit., pp. 615, 618.

(322) Cfr. Marcel MARION, *Dictionnaire des institutions de la France aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles*, Paris, Editions Picard, 1979 [1923], v. *Maréchaussée*, pp. 362-363.

(323) *Ibidem*, v. *prévôts des Maréchaux*, pp. 453-454; cfr., inoltre, Claude-Joseph DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'Ordonnances, de Coutumes et de pratique*, à Paris, chez Knapen, MDCCLXXI, II, v. *prevosts des maréchaux*, pp. 400-408.

(324) Cfr. Roberto MARTUCCI, *Il modulo inquisitorio nelle « Ordonnances » francesi da Colbert alla Costituente*, in Luigi BERLINGUER (a cura di), *« La Leopoldina »*, 11. *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 247 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terreni. Intanto, sciogliendo la *Maréchaussée* e sostituendola con la gendarmeria (affiancata dalla Guardia Nazionale); poi, eliminando tutte le giurisdizioni d'eccezione — a cominciare proprio dai criticatissimi *prévôts des Maréchaux* — e attribuendo tutte le competenze alla giurisdizione ordinaria: a giudicare i crimini (vale a dire le condotte delittuose poi individuate dal codice penale del 1791) sono chiamati i tribunali criminali di dipartimento (legge Thouret 24 agosto 1790), affiancati dalla doppia giuria, *d'accusation et de jugement*, disciplinata dalla legge Du Port 16 settembre 1791, già richiamata in precedenza.

Questo meccanismo, perfetto sulla carta, all'atto pratico si inceppa frequentemente, a causa della doppia emergenza rivoluzionaria e bellica, ingenerando la superficiale sensazione che le riforme votate dalla Costituente abbiano peccato di eccessivo ottimismo antropologico, essendo state concepite per una inesistente umanità ideale.

Si pensi alla Guardia Nazionale, istituita dopo il 14 luglio 1789, protagonista di pagine memorabili nella mobilitazione patriottica del primo biennio rivoluzionario; come è noto, essa è posta alle immediate dipendenze del Municipio inquadrando in servizi di polizia gratuita tutti i *citoyens actifs*, i suoi sottufficiali e ufficiali sono di nomina elettiva. Ma questo corpo civico conosce nel tempo l'intensa politicizzazione settaria che caratterizza l'intera società francese, divenendo essa stessa strumento e soggetto collettivo di lotta fazionaria, con risultati devastanti per l'ordine interno di un Paese in guerra.

Allo stato attuale delle ricerche, può considerarsi acquisito che la Guardia Nazionale venga coinvolta dal 1791 al 1795 nella spira delle contrapposizioni Foglianti/Giacobini, Montagnardi/Girondini, Montagnardi/Termidoriani e nelle innumerevoli fàide che contribuiscono a disintegrare la Sinistra repubblicana nel decennio rivoluzionario, aprendo la strada alla dittatura militare napoleonica. Per di più, nella stragrande maggioranza delle migliaia di municipalità rurali i suoi militi sono in relazioni di parentela o amicizia con quegli stessi renitenti che dovrebbero consegnare all'autorità militare; come del resto, appare dubbia l'attitudine della Guardia Nazionale a contrastare fenomeni delinquenziali di rilevante gravità:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

date queste premesse, la sua collaborazione deve, quindi, considerarsi nulla o, addirittura, controproducente.

Il Direttorio cerca di correre ai ripari fin dal suo insediamento; il 12 nevoso anno IV (2 gennaio 1796) sottrae al ministero dell'Interno la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, facendo istituire il ministero della *Police générale*, come settimo ministero rispetto ai sei previsti dalla costituzione del 5 fruttidoro anno III: suo primo titolare è il giurista Philippe-Antoine Merlin (de Douai), già artefice della *loi des suspects* durante il Terrore e membro del *Comité de Salut public* dopo Termidoro (325). Una settimana dopo la nomina, il 19 nevoso anno IV (9 gennaio 1796), il ministro invia un questionario ai commissari del Direttorio presso le amministrazioni cantonali sulle condizioni in cui versa la Guardia Nazionale, ricevendo risposte scoraggianti sul livello di affidabilità e utilizzabilità operativa della milizia municipale (326).

3. *Un inquietante panorama criminale.*

Il panorama criminale proposto dalla ricerca storica, negli ultimi decenni, appare inquietante, segnalando una crescente pressione di malfattori in grandi città, come Parigi o Lione, e nelle campagne; a nord della Loira, l'azione violenta delle bande di *chouans* monarchici si mischia all'attività delittuosa di disertori repubblicani e di briganti (327); nel Mezzogiorno è il terrore bianco, dopo il 9 termidoro, a manifestare chiari e preoccupanti segni di banditismo, di cui sono vittime militanti e dirigenti giacobini, agenti governativi e acquirenti di beni nazionali (328).

Le autorità periferiche municipali, distrettuali e dipartimentali segnalano la moltiplicazione dei furti, dei saccheggi di magazzini, chiese e abitazioni, delle aggressioni a mano armata (seguìte talora

(325) Come è noto, il ministro di Polizia più efficace e duraturo, sotto tre diversi regimi, sarà l'ex convenzionale terrorista Joseph Fouché.

(326) Cfr. Marcel MARION, *Le brigandage pendant la Révolution*, cit., p. 69.

(327) Cfr. Denis WORONOFF, *La République bourgeoise de Thermidor à Brumaire 1794-1799*, cit., p. 31.

(328) Cfr. Richard COBB, *Reazioni alla Rivoluzione francese*, cit., in particolare il capitolo 1, « Le origini dell'impegno controrivoluzionario o controterroristico » (pp 37-73) e il capitolo 2, « Controrivoluzione e ambiente: l'esempio di Lione » (pp. 75-103).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dalla morte delle vittime), nei confronti di persone di qualunque ceto. Non solo, quindi, di individui connotati politicamente, di ricchi acquirenti dei beni nazionali, di notabili facoltosi; ma anche di gente qualunque: poveri marginali, derubati della camicia o di un fagotto di viveri; contadini poveri, alleggeriti degli attrezzi agricoli; complici, eliminati come spie, oppure, per dare un esempio di feroce determinatezza.

D'altra parte, non è possibile negare o sottovalutare quanto abbia pesato nello sviluppo dell'illegalità il clima rivoluzionario; soprattutto, a partire dal giro di boa rappresentato dall'abbattimento della costituzione del 1791, grazie alle giornate del 20 giugno e del 10 agosto 1792, enfatizzate dai successivi Massacri di Settembre.

Già lo storico Jules Michelet, scrivendo alla metà dell'Ottocento (e utilizzando, in parte, anche testimonianze orali di sopravvissuti (329)), aveva accennato a un fatto generalmente passato sotto silenzio; e cioè che, nel corso delle tragiche giornate dell'agosto-settembre 1792, alcuni *meneurs de la rue* avessero approfittato della confusione insurrezionale per impadronirsi dei gioielli delle vittime (330).

Ma, svariati decenni prima di lui, un protagonista come il deputato montagnardo Joseph Cambon, presidente del *Comité des Finances* della Convenzione, intervenendo in aula in più occasioni, aveva segnalato che, in mancanza di controlli, gli incaricati della confisca dei beni ecclesiastici si fossero impadroniti di preziosi sottratti alle chiese (331), estendendo quest'accusa ai sedicenti patrioti che, in lontani dipartimenti, avevano imposto tasse rivoluzio-

(329) Non si dimentichi che l'insigne storico, nato nel 1798, era figlio di un tipografo giacobino; lo storico Gérard Walter, curatore dell'edizione qui utilizzata, ricorda nell'*Avant-propos*, I, p. XXVII, che l'anima rivoluzionaria fa capolino nell'opera di Michelet attraverso « la tradition orale communiquée à lui par des témoins oculaires ».

(330) Jules MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, cit., I, pp. 1108-1109.

(331) Convention Nationale, Séance du 12 brumaire an III (2 novembre 1794), *Présidence de Prieur (de la Marne)*, Cambon, au nom du Comité des Finances: « […] on n'a pas manqué d'en détourner beaucoup », « Moniteur », *réimpression*, cit., XXII, p. 410; Marcel MARION, *Le brigandage pendant la Révolution*, cit., pp. 48-50, fornisce date inesatte.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

narie, intascando personalmente i proventi (332). Senza escludere, che il *vandalisme révolutionnaire* denunciato da Henri Grégoire dalla tribuna della medesima Assemblea il 21 nevoso anno II (10 gennaio 1794), più che da finalità iconoclaste potesse esser mosso da più materiali appetiti criminosi (333).

Ma proprio a Parigi, a pochi metri dalla sede legislativa, viene messo a segno il colpo del secolo. Alcuni malviventi, nella notte tra il 16 e il 17 settembre 1792, riescono infatti a penetrare nelle sale del *Garde-Meubles du Roi*, dove sono custoditi i tesori della Corona, ramazzando gioielli — tra i quali il famoso diamante *Regent* — per un valore di venticinque milioni dell'epoca; la gravità del crimine non viene attenuata dalla circostanza che la loquacità dei colpevoli ne cagionerà la perdita, portandoli sul patibolo.

Se questo può accadere nella capitale, altrove l'insicurezza regna sovrana. Per esempio, nelle campagne intorno a Caen, banditi con i visi imbrattati di fuliggine terrorizzano gli abitanti (334). Dal 1793 al 1805 risultano infestate dal brigantaggio Normandia, Bretagna, Poitou, Maine, Anjou, Vienne, e le regioni del sud-est, dai Pirenei alle Alpi, da Lione al mare; non ne sono immuni neppure i dipartimenti annessi belgi, tedeschi e italiani. Frequentissimi sono gli assalti alle diligenze private e alle corriere postali dello Stato (335); si parla di prigioni strapiene di criminali in attesa di giudizio, gravati da fondati

(332) Convention Nationale, Séance du 19 brumaire an III [9 novembre 1794], *Présidence de Legendre*, Cambon, au nom du Comité des Finances: « Il faut que tout soit connu; c'est ici le moyen de connaître bien des fripons et des dilapidateurs. Bien de gens se sont faufilés dans les Sociétés populaires et se sont ensuite rendus trésoriers de ces offrandes [volontaires et taxes sur les riches]; mais il faut que la lumière soit portée partout », « Moniteur », *réimpression*, cit., XXII, p. 471; intervenendo nella seduta del 6 frimaio anno III [26 novembre 1794]: « Des fripons ont profité des taxes révolutionnaires pour augmenter leur fortune », « Moniteur », *réimpression*, cit., XXII, p. 712.

(333) Sul tema del vandalismo in generale (ma sui furti c'è solo un accenno) cfr. Bronislaw BACZKO, *Vandalisme*, in François FURET-Mona OZOUF, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, pp. 904-912.

(334) Cfr. Marcel MARION, *Le brigandage pendant la Révolution*, cit., pp. 35, 130.

(335) Nel libro di Marcel Marion troviamo un autentico florilegio di assalti alle diligenze; a partire dal novembre 1792 sulla via Avignone-Marsiglia le diligenze hanno bisogno di essere scortate per evitare le aggressioni (p. 42); inoltre, sono in pericolo tutti i collegamenti stabili tra Parigi e le grandi città dello Stato, nelle direzioni di Rouen, Rennes, Lione, Marsiglia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sospetti per assalti a diligenze e saccheggio di campagne, ma difficilmente condannabili in sede processuale, a causa dell'assenza di testimoni disposti a deporre (336).

I delitti denunciati e che allarmano città, villaggi e campagne non sono solo una disperata manifestazione criminosa di singoli individui, mobilitati dalla miseria — il terribile inverno 1794-95 spinge molti contadini poveri a nord della Loira nelle file delle bande di mendicanti criminali (337) — ma, sempre più spesso, sono perpetrati da individui collegati stabilmente che, dandosi basi associative, quasi ripropongono una grottesca palinodìa della politica, una sorta di *citoyenneté criminelle* con riti d'iniziazione e carriere. La base associativa presenta caratteri di tendenziale permanenza, con un'apparente dissoluzione della banda dopo il colpo (quando i suoi componenti tornano mendicanti, contadini o venditori ambulanti) e una sua riaggregazione alla vigilia di una nuova impresa (338). Le azioni delittuose non sono, necessariamente, estemporanee e legate alla fatalità; spesso, esse seguono un calendario che regola la riaggregazione dei malfattori a data fissa, di modo che risultano favorevoli alla commissione di reati: giorni festivi e vigilie, fiere e mercati, riunione delle assemblee elettorali primarie (339).

I briganti sono detti *chauffeurs* (340) perché hanno messo a punto una tecnica di tortura basata sulla lenta somministrazione del fuoco (*chauffage*) alle vittime: gli arti esposti alla fiamma del camino, la cera bollente versata sul ventre, un'esca infiammata tra alluce e dito del piede, oppure una candela accesa sotto le ascelle (341); in tutti questi

(336) *Ibidem*, pp. 148-154.

(337) Cfr. Denis Woronoff, *La République bourgeoise de Thermidor à Brumaire 1794-1799*, cit., p. 23; sulle conseguenze dell'inverno 1795-96 sulla « masse des affamés », v. pp. 136-137.

(338) Sulle capacità mimetiche del banditismo contadino, v. il penetrante studio di Isabella Rosoni, *Paysans le jour, brigands la nuit. Société de pénurie et criminalité collective dans l'Italie du XIX^e siècle*, in « Deviance et Société », XIII, 1988, n. 2.

(339) Cfr. Richard Cobb, *Reazioni alla Rivoluzione francese*, cit., pp. 102, 282-283, 312.

(340) Meno noti sono i *sommeurs*, così chiamati perché chiedono alle vittime designate di depositare una certa somma di denaro in un determinato luogo.

(341) Tortura praticata dalla banda Cornu, in Bretagna, cfr. Marcel Marion, *Le brigandage pendant la Révolution*, cit., p. 130; un'agghiacciante descrizione dello *chauffage* la fa il deputato Siméon, ai Cinquecento, il 18 germinale anno V [7 aprile 1797]:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

casi la vittima rivela dove ha celato risparmi e gioielli, ma il dolore atroce non lascia tracce permanenti sul suo corpo, né lo inabilita per sempre al lavoro: effetti, dalle conseguenze criminogene non previste dal legislatore del Novantuno.

Infatti il criminale, se processato, sfuggirà alla pena capitale, incorrendo in una condanna a lunghi anni di ferri, spaventosa sulla carta ma non nella pratica, date le altissime probabilità di fuga coltivate da chi sa di poter contare sull'interessata cooperazione di custodi e carcerieri, malpagati dalla Repubblica con svalutatissimi assegnati e, quindi, pronti a integrare le misere risorse grazie ai proventi di un personale tariffario di agevolazioni all'evasione. L'amministrazione dipartimentale della Somme scrive al ministro degli Interni il 22 pratile anno V (10 giugno 1797):

> « Les lois criminelles sont insuffisantes: la peine des fers est devenue un jeu pour les condamnés: il faut des peines analogues au degré de corruption dans lequel nous sommes tombés. Les tribunaux n'ont pas assez de force. […]. L'instruction est vicieuse: les jurés, pris dans toutes les classes, égarent sans cesse la justice, soit par ignorance, soit par faiblesse, soit par une fausse humanité. Les condamnés aux fers s'évadent: dispersés dans la société ils deviennent des maîtres dans l'art du mal et partout ils trouvent des disciples » (342).

Versano nell'indigenza anche giudici di pace e commissari di polizia, costretti a mendicare al ministro dell'Interno candele e legna

---

« Le fléau du brigandage avait sans doute plus d'une cause, mais toute la France en voyait une dans la parcimonie avec laquelle les lois existantes prononçaient la peine capitale. Théoriciens trop froids, entrez avec moi dans cette maison des champs qu' habite un cultivateur aisé. Une troupe de brigands vient de s'y introduire à main armée. Les foyers auprès desquels cette famille infortunée devait trouver un asile vont leur fournir la plus cruelle des armes. Le feu est rallumé: il est lentement et violemment appliqué à interroger tantôt le père, tantôt le fils ou la fille, sur les endroits secrets où ils tiennent l'or et les effets précieux qu' on leur suppose. […]. Nous avons adouci les peines avant d'avoir adouci les mœurs, et des châtiments assez grands sans doute aux yeux de la philosophie et de la raison sont devenus la dérision des brigands […]. Ne faites pas dépendre le châtiment, non de la tentative consommée du crime, mais de son issue, du hasard, de la force des malheureux sur lesquels les brigands ont exercé leurs cruautés. S'ils n'ont brûlé que des chairs, si avant que le feu ait détruit les muscles qui attachent ou font mouvoir les membres, le malheureux a révélé son secret, sa faiblesse sert doublement à son bourreau: elle lui livre d'abord sa proie et le préserve ensuite de la peine de mort s'il vient à être traduit en justice » (*ibidem*, pp. 101-103).

(342) *Ibidem*, pp. 76-77.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da riscaldamento (343), e la stessa gendarmeria è anche priva di armi, cavalli, viveri (344). In queste condizioni la popolazione locale, terrorizzata, non si sente protetta; rifiuta, quindi, di denunciare furti e violenze (345) per timore di sicure rappresaglie (346): « ce silence enhardit au crime », scrive il commissario del Direttorio presso il dipartimento d'Ille-et-Vilaine il 25 brumaio anno V (15 novembre 1796) (347). E tre anni più tardi, ad appena quaranta giorni dal colpo di Stato napoleonico, in una lettera del 29 frimaio anno VIII (19 dicembre 1798), l'accusatore pubblico presso il tribunale di Carpentras conferma un immutato quadro allarmante:

> « Les assassinats et tous les crimes s'y succèdent avec une rapidité étonnante, sans compter une infinité de crimes qu' on tait par frayeur et qui ne parviennent pas aux autorités constituées. La justice est comme paralysée: les témoins n'osent pas venir déposer de crainte d'être assassinés: et il n'est pas possible de découvrir les auteurs de ces assassinats commis même en plein jour et en public » (348).

Innumerevoli le bande attive, talora di lunga tradizione criminosa con radici pre-rivoluzionarie. Dalla banda guidata da Charles Hullin tra il 1770 e il 1790 (349), secondo un'ipotesi formulata da Richard Cobb, deriverebbe quella di Orgères (350), operativa in un

---

(343) *Ibidem*, pp. 61-62, il giudice di pace Morand (sezione Poissonnière, Parigi) al ministro il 16 termidoro anno V [3 agosto 1797].

(344) *Ibidem*.

(345) Cfr. Richard Cobb, *Reazioni alla Rivoluzione francese*, cit., p. 83.

(346) Cfr. Marcel Marion, *Le brigandage pendant la Révolution*, cit., p. 79, Béra, commissario del Direttorio presso il tribunale civile e criminale della Vienne, scrive da Poitiers il 27 germinale anno IV [16 aprile 1796] al ministro della *Police générale* su atti di brigantaggio perpetrati da bande di venti-trenta individui: « Ces bandes d'assassins se composent pour la plus grande partie des gens du pays, mais il est impossible de se procurer des preuves contre eux; la terreur qu' ils ont inspirée est telle que les témoins appelés pour déposer nous disent en particulier qu' ils les ont reconnus, mais qu' ils ne déclareront rien, bien sûrs, s'ils le faisaient d'être assassinés par leurs complices en liberté […] et en effet ces scélérats ont exercé des actes d'une vengeance atroce contre des témoins qui avaient eu le courage de dire la vérité ».

(347) *Ibidem*, p. 72.

(348) *Ibidem*, p. 132.

(349) Sui nessi tra banda Hullin e banda di Orgères, v. Richard Cobb, *Reazioni alla Rivoluzione francese*, cit., pp. 52, 419-420.

(350) *Ibidem*, in particolare, il capitolo 5: « La banda di Orgères 1790-1799 », pp. 275-327, saggio non citato in bibliografia da André Zysberg, *L'affaire d'Orgères: justice*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

settore all'interno del rettangolo criminale che va dalla Bretagna all'Artois e alla Lorena, « caratterizzato da fenomeni di brigantaggio e di accattonaggio aggressivo » (351). La banda di Orgères può contare su centotrenta-centoquaranta aderenti (352) ed è attiva per circa un decennio, con un ampio ventaglio di azioni criminose: dal furto alla rapina, dalla violenza sessuale all'omicidio plurimo, seguìto da esplosioni orgiastiche che terrorizzano gli abitanti della regione, suscitando sconcerto anche negli inquirenti.

La banda viene sgominata a seguito di una complessa indagine iniziata il 10 piovoso anno VI (29 gennaio 1798), costellata da centinaia di arresti e culminata, dopo diciotto mesi di istruttoria, con l'incriminazione di un centinaio di imputati (tra cui trentasette donne): un autentico maxi-processo basato su quattrocento interrogatori, cinquecentonovantaquattro testimoni ascoltati, un atto d'accusa in novantacinque paragrafi che individuano altrettante azioni delittuose costellate da settantacinque omicidi, quattro dei quali preceduti da violenza carnale, sette tentati omicidi, otto tentate rapine, incendio e false generalità (353). I settemilaottocento quesiti sottoposti alla giuria segnano l'atto finale di questo gigantesco *affaire*, terminato il 9 termidoro anno VIII (19 luglio 1800) con ventitré condanne a morte (tre donne), quattordici condanne a ventiquattro anni di ferri, trentanove altre condanne ai ferri di varia durata, diciannove proscioglimenti. La condanna viene eseguita a Chartres il 12 vendemmiaio anno IX (4 ottobre 1800) davanti a una folla immensa con straordinarie misure di sicurezza, garantite da reparti di fanteria in assetto di guerra, per vanificare gli annunciati tentativi di evasione (354).

Tuttavia, neppure questo processo esemplare mette fine al brigantaggio, attivo per molti anni; i dipartimenti dell'Hérault e del Gard sono battuti dalla banda di Soulier detto *Sans-Peur*, già parroco *insermenté* di Colognac (figlio dell'ex presidente della *Cour des Aides* di Montpellier): egli blocca le diligenze, ruba fondi

---

pénale et defense sociale (1790-1800), in *La Révolution et l'ordre juridique privé*, cit., II, pp. 639-651.

(351) Richard COBB, *Reazioni alla Rivoluzione francese*, cit., p. 420.

(352) Cifra indicata da André ZYSBERG, *L'affaire d'Orgères*, cit., p. 648.

(353) Richard COBB, *Reazioni alla Rivoluzione francese*, cit., p. 301.

(354) Cfr. Marcel MARION, *Le brigandage pendant la Révolution*, cit., p. 120.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

governativi, *chauffe* le vittime e qualche volta le uccide; arrestato nel maggio 1800, viene condannato a morte e giustiziato (355). Numerose sono le bande operanti nei dipartimenti tedeschi — Roër, Rhin-et-Moselle, Sarre, Mont-Tonnerre — dove il capo Schwartz Petters impazza fino all'anno VII. Dopo la sua esecuzione, ne prende il posto un certo Schinderhannes che ricostituisce la banda, terrorizzando la regione di Birkenfeld e impedendo fiere e mercati nella fase iniziale del Consolato; il suo luogotenente Bentzel viene giustiziato nel ventoso anno X; preso a sua volta, Schinderhannes è condannato a morte con diciotto complici dal tribunale speciale di Mont-Tonnerre per cinquantaquattro crimini, mentre quattordici suoi complici sono condannati ai ferri; la condanna è eseguita davanti a una folla di trentamila persone (356).

4. *Provvedimenti speciali.*

Tra il 1796 e il 1801, dal Direttorio al Consolato, si susseguono provvedimenti legislativi finalizzati a una più efficace repressione della criminalità. Il codice penale del 1791 viene così ad essere integrato per una seconda vòlta — dopo la fase emergenziale del 1792-1795 analizzata in precedenza — da un ulteriore gruppo di leggi penali speciali. Per garantire il controllo del territorio, il potere centrale deve perseguire due obiettivi: rintuzzare la tracotanza degli *chauffeurs* e rendere effettivi i trattamenti sanzionatori, rendendo impossibili le fughe.

A questo proposito, va tenuto presente che il Direttorio, a differenza del Consolato, non consegue significativi successi in materia, probabilmente perché, fermo a una soluzione legislativa della questione criminale, ne sottovaluta le implicazioni poliziesche e militari. Naturalmente, appare singolare che proprio in una fase in cui le armate francesi sono all'offensiva su tutti i teatri di guerra europei, il governo sottovaluti proprio il controllo del territorio nazionale e non riesca a guidare un ritorno alla normalità; salvo ipotizzare, in sede di ricostruzione storica, torbide (ma non provate) connivenze a livello di notabilato locale, che possono aver fatto

(355) *Ibidem*, p. 131.
(356) *Ibidem*, pp. 155-156.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

temere le conseguenze elettorali di una profilassi penale eccessivamente severa.

Va da sé che il regime uscito dalla svolta autoritaria e antirappresentativa del 18 brumaio possa prescindere da considerazioni di natura elettorale, impostando con il territorio relazioni differenti e applicando alla repressione del brigantaggio una determinazione analoga a quella un tempo riservata ai dipartimenti in stato di ribellione. Guidato da un prestigioso generale, il nuovo governo avrà la forza e il consenso necessari a imprimere una stretta repressiva che prepari il terreno a una ulteriore, e questa volta definitiva, codificazione penale.

4.1. *La legislazione penale speciale del Direttorio.*

Ma, vediamo più da vicino i provvedimenti speciali varati dal Direttorio.

Si comincia con una richiesta del Direttorio ai Consigli legislativi per la sollecita approvazione di una legge sui tentativi di furto; il 5 floreale anno IV (24 aprile 1796) il deputato Pastoret, adottando un approccio equiparativo del tentato al consumato, propone di « punir toute tentative de crime, suivie d'un commencement d'exécution, comme le crime lui-même ». Il Consiglio dei Cinquecento prende inizialmente tempo, votando l'aggiornamento; poi, il successivo 15 pratile (3 giugno 1796) il discorso si allarga dal furto ai crimini in generale. La « risoluzione » adottata dal Consiglio dei Cinquecento « punit comme le crime lui-même la tentative de crime, quand sa suspension n'a lieu que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu » ([357]). Confermata dal Consiglio degli Anziani su rapporto Tronchet, la « risoluzione » dei Cinquecento diviene la legge 22 pratile anno IV (10 giugno 1796) che, ai fini della punibilità del tentativo, richiede che alla manifestazione dell'atto esterno dell'intenzione criminosa segua un inizio di esecuzione del crimine.

Per contrastare i dilaganti *chauffeurs*, il 26 floreale anno V (15 maggio 1797), viene comminata la pena di morte per le violenze esercitate nelle abitazioni da gente introdottasi a mano armata: ma

([357]) « Moniteur », *réimpression*, cit., XXVIII, p. 258.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'effetto non è quello sperato, dato che alla diminuzione delle aggressioni domestiche fa da contraltare l'aumento delle aggressioni su strada. Bisogna poi attendere il 4 vendemmiaio anno VI (25 settembre 1797) per registrare un interesse del legislatore alla sicurezza carceraria; una nuova legge rende responsabile delle evasioni di detenuti, provocate da negligenza, il personale incaricato della custodia: guardiani, custodi, secondini e gendarmi sono, quindi, minacciati di una pena uguale a quella riservata ai fuggitivi, elevata a dodici anni di ferri in caso di complicità con degli evasi passibili della pena capitale (358).

Il 29 nevoso anno VI (18 gennaio 1798) viene comminata la pena di morte per le rapine a mano armata, perpetrate da almeno due persone, su strada e nelle abitazioni private recintate o non facilmente raggiungibili, anche se non vi sia stata effrazione (359).

Infine, la *loi des otages* del 24 messidoro anno VII (12 luglio 1799) può essere considerate in linea con le misure eccezionali a suo tempo varate dalla Convenzione, visto che introduce la responsabilità penale collettiva di ex nobili, avi, padri e madri d'emigrati e d'individui notoriamente partecipi di bande d'assassini, resi personalmente e civilmente responsabili degli assassini e atti di brigantaggio commessi nel dipartimento; per ogni assassinio di un funzionario o di un militare sono deportati in Guyana quattro ostaggi, gravati inoltre da un'ammenda di 4000 franchi per ogni assassinato a cui si aggiungono 6000 franchi a favore della vedova e 3000 franchi per ognuno degli orfani: la stessa severità della legge ne impedisce l'applicazione in diversi dipartimenti (360).

4.2. *Il Consolato e la svolta repressiva.*

Con il Consolato una parte del dispositivo militare viene utilizzato per la tutela dell'ordine pubblico. Un *arrêté* consolare del 29 frimaio anno IX (20 dicembre 1800) ordina la formazione di un corpo di esploratori nelle Bouches-du Rhône e nel Var e stabilisce

(358) Cfr. Marcel Marion, *Le brigandage pendant la Révolution*, cit., pp. 104-105.
(359) *Ibidem*, p. 114.
(360) *Ibidem*, pp. 128-129.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una ricompensa di cinquecento franchi per ogni brigante ucciso o arrestato con le armi in pugno (361).

Alla giurisdizione ordinaria, in attesa di istituire tribunali di nuovo tipo, il nuovo governo mostra di preferire organi che ricordano da vicino i procedimenti prevostali d'*Ancien régime*: le Commissioni militari, che forniscono un esempio di rigore, fino a quel momento riservato solo alla repressione della Vandea. Entro il 30 germinale anno IX (20 aprile 1801) le Commissioni procedono alla fucilazione immediata di ventitré banditi, centosessantasette vengono giustiziati dopo una istruttoria sommaria, cinquantotto banditi sono rinviati ai tribunali ordinari, cinquantotto rimessi in libertà; tre le donne condannate a morte. Nella Vaucluse dal 1° nevoso (22 dicembre) al 16 piovoso anno IX (5 febbraio 1801) sono irrogate venticinque condanne a morte, undici assoluzioni, cinque sorveglianze di polizia, cinque rinvii alla commissione della 8ª divisione militare.

Su ordine dello stesso generale Buonaparte (che aveva subìto un furto di bagagli al ritorno dall'Egitto), vengono adottate misure di sicurezza che garantiscano i trasporti dalle aggressioni a mano armata. Un *arrêté* consolare del 17 nevoso anno IX (7 gennaio 1801) assegna una scorta militare di quattro soldati e un caporale alle diligenze che viaggino di giorno a ora fissa; quando le diligenze viaggino nelle ore notturne devono essere seguìte da una scorta supplementare di due gendarmi a cavallo, che diventano quattro per i servizi di scorta a valori superiori ai cinquemila franchi. Militari e gendarmi hanno un divieto assoluto di arrendersi ai banditi (prassi frequente durante il Direttorio) senza aver prima esaurito le munizioni disponibili (362).

Nel frattempo, Fouché, ministro della *Police générale*, in un suo rapporto del 18 frimaio anno IX (9 dicembre 1800) al Primo Console, fa presente che l'efficace azione di polizia e gendarmeria (al momento, le prigioni sono piene di briganti), deve essere supportata

(361) Sui temi affrontati, cfr. Bernard SCHNAPPER, *Compression et répression sous le Consulat et l'Empire*, in « Revue historique de droit français et étranger », 69 (1), janvier-mars 1991, pp. 17-40.

(362) Cfr. Marcel MARION, *Le brigandage pendant la Révolution*, cit., pp. 197-198.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da un'adeguata efficienza dell'amministrazione della giustizia penale. A detta dell'antico terrorista e rappresentante in missione,

> « si ces désordres n'ont pas encore un terme, il faut le dire avec courage, c'est que beaucoup de tribunaux et de jurés ne remplissent pas leurs devoirs. Des scélérats pris les armes à la main ont été acquittés et mis en liberté par les tribunaux. Les formes des procédures ordinaires n'ont ni la rapidité ni la force nécessaire pour protéger la tranquillité publique. De toutes parts les préfets réclament la création de commissions extraordinaires spéciales pour juger les prévenus actuellement en arrestation » (363).

Forte della richiesta dei prefetti, Fouché chiede l'istituzione di « Commissions extraordinaires » incaricate di giudicare tre categorie di criminali: 1) gli assalitori di diligenze e corriere, 2) gli istigatori alla diserzione, 3) coloro che tentino di far evadere a mano armata, durante il loro trasferimento in prigione, individui scortati dalla forza pubblica.

Sulla base di queste indicazioni, il Consiglio di Stato mette a punto un progetto di legge presentato al Tribunato da Jean-Etienne Portalis il 16 nevoso anno IX (6 gennaio 1801). Nei dipartimenti individuati dal governo sono insediati dei *tribunaux spéciaux*, destinati a rimanere in funzione fino ai due anni successivi alla firma del trattato di pace. Tali tribunali sono da considerare in qualche modo una costola 'militarizzata' della giurisdizione ordinaria, depurata dalla giuria di cui non è previsto l'intervento; sono infatti formati dal presidente e due giudici del tribunale criminale, affiancati da cinque persone nominate dal primo Console: tre militari, ricoprenti almeno il grado di capitano, e due cittadini aventi i requisiti per fare il giudice.

I *tribunaux spéciaux* sarebbero stati investiti della cognizione dei crimini e delitti commessi da vagabondi e *gens sans aveu*, dei furti commessi su strada e in campagna, dei crimini d'incendio e falsa moneta, di minacce eccessi e vie di fatto contro gli acquirenti dei beni nazionali, degli assassinî premeditati (in concorrenza con i tribunali ordinari), « de tous les crimes tenant aux passions violentes que dix ans de révolution ont excité » (364). Prevista l'immediata esecutività delle sentenze, senza ricorso per cassazione, salvo che per

(363) *Ibidem*, p. 205.
(364) *Ibidem*, p. 207.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

incompetenza: ma anche in questo caso non si ha sospensione dell'istruttoria.

Il progetto viene contrastato al Tribunato da Benjamin Constant e dagli *idéologues*, già favorevoli all'uomo di Brumaio e poco convinti dalla grave situazione dell'ordine pubblico: Isnard critica l'abolizione del ricorso per cassazione; Daunou considera i tribunali speciali un mezzo insidioso utile per distruggere la costituzione, Ginguené pensa che i nuovi tribunali, che qualifica prevostali, siano un possibile strumento di tirannia (365).

Approvata dal Tribunato con 49 voti contro 41 e dal Corpo legislativo con 192 voti contro 88, la legge 18 piovoso anno IX (7 febbraio 1801), è lo strumento draconiano che consente di contrastare in modo significativo il brigantaggio. Entro l'anno XI sono trentasei i dipartimenti in cui sono attivi i nuovi tribunali speciali: secondo lo storico Marcel Marion il loro esempio finisce con il galvanizzare sia i tribunali ordinari che le Commissioni militari tutt'ora in attività, che aumentano il rigore nei confronti dei banditi responsabili degli assalti a mano armata contro i trasporti pubblici (366).

5. *Una riforma in gestazione: il progetto del 1801 e le critiche al codice penale del 1791.*

Il regime consolare mette in cantiere una vasta riforma penale, per arrivare rapidamente alla sostituzione dei due codici ereditati dalla Rivoluzione: il codice penale del 25 settembre 1791 e il codice dei delitti e delle pene del 3 brumaio anno IV. Ad entrambi si rimproverano, ingiustamente, le carenze riscontrate nell'amministrazione della giustizia penale del decennio appena trascorso: il codice del 1791 è presentato come lassista (ma, nella prassi, è il sistema delle pene fisse che ha mostrato dei limiti); il codice del 3 brumaio anno IV ha il difetto di lasciare troppo spazio alla giuria penale, mentre invece le esigenze di una sollecita repressione suggeriscono agli uomini di Brumaio di tornare in qualche modo a una forma di razionalizzazione modernizzante dell'*Ordonnnance criminelle* del 1670, al suo *juge criminel* che istruisce in segreto, modello del futuro giudice-istruttore.

(365) *Ibidem*, pp. 211-214.
(366) *Ibidem*, p. 225.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Date queste premesse, un *arrêté* consolare del 7 germinale anno IX (21 marzo 1801) insedia una Commissione per la riforma criminale di cui fanno parte i giuristi Jean Blondel, Oudart (già membro del *Comité de Recherches de la Ville de Paris* nel 1789), Guy Jean-Baptiste Target, Jean-Baptiste Treilhard e René-Louis Viellart; le riunioni si tengono presso il ministro della Giustizia André-Joseph Abrial (367). In tempi rapidissimi, nel messidoro anno IX (giugno-luglio 1801) il progetto è pronto e può essere trasmesso alla sezione di legislazione del Consiglio di Stato. Si tratta di un codice sistematico — « code criminel, correctionnel et de police » — di 1169 articoli diviso in due Parti, che abbraccia sia la parte sostanziale che quella processuale (368).

Secondo Bernard Schnapper il progetto « révèle les tendances profondes du nouveau régime »; a suo dire, se entrato immediatamente in vigore, la Francia avrebbe conosciuto « une législation bien plus contraignante et attentatoire aux libertés que les codes de 1808 et 1810 » (369). Indurimento della repressione penale e reintroduzione di quegli interventi definitivi sul corpo del reo, proscritti dalla Costituente fin dal 1789: quindi, reintroduzione del marchio a fuoco per individuare i recidivi, taglio preliminare della mano prima della decapitazione dei condannati a morte per omicidio aggravato (parricidio, assassinio di congiunti, avvelenamento). Parto di una filosofia punitiva eclettica che ha ramazzato l'intimidazione antica, coniugandola con le nuove esigenze di uno Stato di polizia, il progetto non ammette il reinserimento dei condannati che abbiano espiato la loro

(367) Cfr. Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., p. 203 ss.

(368) La Parte I^a^, *Délits et peines*, preceduta da *Observations* di Target, comprende quattro libri: I. *Des peines criminelles et correctionnelles et de leurs effets*; II. *Des personnes punissables ou responsables pour crimes ou pour délits*; III. *Des crimes, des délits et de leurs punitions*; IV. *Contraventions de police et peines*. La Parte II^a^, preceduta da *Observations* di Oudart, comprende due libri: I. *De la police*; II. *De la justice*: sarà rapidamente scorporata e promulgata per prima come code d'instruction criminelle del 16 dicembre 1808. I lavori preparatori del codice penale sono stati pubblicati da Jean-Guillaume Locré, segretario generale del Consiglio di Stato e creatura di Cambacérès; in questa sede utilizzo la tr. it. di Giuseppe CIOFFI: *Legislazione civile, commerciale e criminale, ossia comentario e compimento dei codici francesi*, XV. *Codice penale*, Napoli, Cioffi, 1843, pp. 812.

(369) Bernard SCHNAPPER, *Compression et répression sous le Consulat et l'Empire*, cit., p. 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pena — « può apparire una chimera » della Costituente, chiosa Target (370) — ma li affida alla pubblica riprovazione, sotto l'alta sorveglianza della polizia.

Il progetto, sottoposto al parere delle giurisdizioni ordinarie (dalla Cassazione ai tribunali d'appello e ai tribunali criminali), viene discusso dalla sezione di legislazione del Consiglio di Stato in più sessioni: nel 1804, sotto la presidenza di Bigot-Préameneu e nel 1808-9, sotto la presidenza di Cambacérès (4 e 8 ottobre 1808, 22 e 25 luglio 3 ottobre 1809); sotto la presidenza di Napoleone in persona il 21 febbraio 1809 (seconda discussione dei primi trentotto articoli e della gerarchia sanzionatoria); illustrato al Corpo legislativo il 1° febbraio 1808, approvato il 12 febbraio 1810 e promulgato il 22 febbraio successivo, entrerà in vigore il 1° gennaio 1811 insieme al codice di procedura.

5.1. *I lavori preparatori e la critica al codice penale del 1791.*

Si è scritto che nelle *Observations* di Target « la reference au texte de 1791 et à ses principes est extrememente rare », salvo un acido riferimento alle pene perpetue escluse dalla Costituente (371):

> « L'Assemblea Costituente, per un sentimento d'umanità; degno di rispetto, senza dubbio, ma la di cui saggezza non è stata comprovata dalla esperienza, avea stabilito in massima, che niuna pena sarebbe perpetua » (372).

Potrei dedicare ampio spazio alle acute *Observations* di Target che illustrano i criteri ispiratori della riforma penale, ma non è questo il momento; lo stesso vale per altri giuristi di primo piano che fanno capolino dalle pagine di Locré. In realtà, percorrendo i lavori preparatori del codice, sarebbe possibile costruire un florilegio di

(370) Guy Jean-Baptiste TARGET, *Osservazioni sul progetto di codice criminale, parte prima, Delitti e Pene, esposte dal signor Target, membro della commissione incaricata della compilazione di questo progetto*, in Jean-Guillaume LOCRÉ, *Legislazione civile, commerciale e criminale, ossia comentario e compimento dei codici francesi*, XV. *Codice penale*, cit., p. 24.

(371) Cfr. Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, cit., p. 205.

(372) Guy Jean-Baptiste TARGET, *Osservazioni sul progetto di codice criminale*, cit., p. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

citazioni in cui l'ossequio formale allo spirito riformatore del 1791 è pesantemente bilanciato dai contestuali rilievi sugli effetti disastrosi legati all'applicazione di quel codice, all'assenza di un criterio sicuro per riconoscere i criminali recidivi (di qui la reintroduzione del marchio a fuoco, anticipata dalla legge 23 floreale anno X), allo scarso effetto deterrente delle pene detentive solo temporanee e non perpetue.

Eppure, non sono degli estranei, *homines novi* di un regime nuovo, i critici più insinuanti. Target è stato membro del *Comité de Jurisprudence criminelle* e del *Comité de Constitution* alla Costituente; in tale veste ha votato con i Comitati unanimi l'abolizione della pena capitale; Treilhard ha presieduto la Costituente il 20 luglio 1790, schierato con il Blocco costituzionale, non si ricordano sue prese di distanza dalle riforme del Novantuno; Berlier, nel 1808 conte dell'impero, è stato, a suo tempo, *rapporteur* dei *Comités réunis* e presidente della Convenzione Nazionale. Di Cambacérès e Merlin, onnipresenti legislatori sempre, si è detto fin troppo.

Jeremy Bentham, teorico dell'utilitarismo, avrebbe preso il posto occupato alla Costituente dai riformatori umanitari Beccaria e Filangieri? Ma Bentham aveva già interagito con la Costituente, tramite Etienne Dumont e Mirabeau, discutendone *Déclaration des droits* e riforma giudiziaria (e proponendo un suo contro-progetto); e poi, a ben vedere, Beccaria e Filangieri non sono affatto quella rappresentazione caricaturale dell'attenuazione sanzionatoria, come amerebbero far credere i giuristi consolari del 1801. Molto semplicemente, è cambiato il contesto ed è tempo di segnali forti, non di ritocchi che potrebbero apparire marginali, secondari; forse, addirittura corrivi con gli aborriti tempi di anarchia aperti dalle giornate dell'Ottantanove, secondo la compiacente reinvenzione di un passato da affogare nell'oblìo, come auspica l'uomo forte del giorno.

Per i motivi troppo a lungo sottolineati nelle pagine precedenti — si pensi alla guerra, al Terrore, all'eccezione trasformata in regola — è fallito il rodaggio della codificazione penale del 1791. Lungi dall'essere affidata alla tranquilla sperimentazione dei tribunali ordinari che, come mostra la corrispondenza del Guardasigilli negli anni 1791-92, già andavano segnalando manchevolezze e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

necessari ritocchi (dal gioco di attenuanti e aggravanti sarebbe potuta derivare una graduazione di pene), la codificazione della Costituente viene soffocata dalla legislazione speciale. In modo alluvionale e inflazionato durante il regime della Convenzione, in modo meno sistematico da Termidoro al Direttorio.

5.2. *Il codice penale napoleonico del 12 febbraio 1810.*

Il codice abbraccia in una disciplina unitaria la materia criminale, correzionale e di polizia, oggetto di tre distinte leggi nel sistema del 1791. Scritto in modo impeccabile e coerente in tutte le sue parti, persegue con draconiana determinazione finalità di intimidazione generale, portando alle estreme conseguenze la filosofia penale del Terrore, estesa dal mèro ambito politico all'intero universo punitivo: il criminale è *hostis publicus*, *ennemi public*, e come tale va distrutto. Togliendogli la vita immediatamente (ventidue fattispecie politiche e nove comuni) o cancellandolo a vita dalla società con i lavori forzati perpetui (sei fattispecie politiche e sette comuni).

Prospetto generale del sistema sanzionatorio disciplinato dal codice penale 12 febbraio 1810

Peine de mort [pena afflittiva e infamante]	**Travaux forcés à perpétuité** [pena afflittiva e infamante]	**Peine de la déportation** Nelle Colonie francesi d'America: Guyana [pena afflittiva e infamante]	**Travaux forcés à temps** [pena afflittiva e infamante]	**Peine de la réclusion** [pena afflittiva e infamante]	**Marque** [marchio a fuoco sulla spalla destra: pena infamante accessoria]	**Confiscation générale** [pena infamante accessoria]
22 casi politici 9 casi comuni	6 casi politici 7 casi comuni	5 casi politici	20 casi politici 24 casi comuni	20 casi politici 17 casi comuni	26 casi politici 33 casi comuni	18 casi politici

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Carcan [gogna] [pena infamante accessoria con esposizione da 2 a 6 ore]	**Bannissement** [pena infamante]	**Dégradation civique** [pena infamante]	**Emprisonnement à temps** [pena correzionale non infamante]	**Interdiction à temps** de certains droits civiques, civils ou de famille [pena correzionale non infamante] *Dato da verificare*	**Amende** [pena correzionale accessoria non infamante]	**Renvoi sous la surveillance spéciale de la haute police** [pena accessoria]
4 casi politici	13 casi politici	11 casi politici	60 casi politici 62 casi comuni	5 casi politici 8 casi comuni	129 casi comuni	4 casi politici 7 casi comuni

Anche le pene a tempo sono concepite in un'ottica esclusivamente intimidatoria; i lavori forzati temporanei (venti fattispecie politiche e ventiquattro comuni) sono sempre accompagnati dalla pena accessoria del marchio a fuoco sulla spalla destra del condannato, una pena di singolare crudeltà già proscritta dalla Costituente; tale pena accessoria può in taluni casi essere irrogata anche ai condannati alla reclusione (venti fattispecie politiche e diciassette comuni). Anche quando non è marchiato a fuoco, il condannato rimesso in libertà — ma indicato all'attenzione pubblica da pene accessorie quali l'esposizione alla gogna nella piazza del mercato (quattro fattispecie politiche), la degradazione civica (undici fattispecie politiche) o la sorveglianza speciale dell'alta polizia (quattro fattispecie politiche e sette comuni) — è guardato con sentimenti ostili dal resto della collettività, in attesa di un prevedibile nuovo passo falso che lo reintrodurrà nel mondo carcerario come recidivo, oppure lo cancellerà definitivamente dal consesso sociale. Infliggendogli, una buona volta, la sanzione capitale o quel suo succédaneo costituito dai lavori forzati.

Il legislatore del 1810 ha tesaurizzato l'esperienza del precedente ventennio, arricchendo l'ambito criminoso, individuato nel 1791, con il ventaglio di condotte caratterizzanti la criminalità

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politica e comune degli anni più bui della Repubblica. Tutti i crimini contro la cosa pubblica (sicurezza esterna e interna dello Stato, etc.), contro le persone e le proprietà, perpetrati con le tante modalità aggravanti introdotte dalla fantasia eterodossa degli avversari politici e degli *chauffeurs* di strada, trovano ormai un loro incasellamento nel codice, che ha anche recepito due tendenze che faranno strada nei secoli successivi. Non si delinque da soli, ma si è sempre insieme a qualcun altro, almeno a due diversi livelli. Intanto, si è in tanti, su strada, come accattoni violenti e potenziali *chauffeurs*, aggregati in 'bande'; ma anche nelle città, sia che si voglia aggredire lo Stato — come nell'attentato della macchina infernale della rue Saint-Nicaise — o che ci si limiti a mettere le mani sulle proprietà o sulle vite delle persone, 'associandosi' ad altri cattivi soggetti. Ecco allora che il solo fatto di appartenere a una banda (è questa, la lezione di Orgères), o a una associazione di malfattori, costituisce autonomo titolo d'incriminazione e punizione, prescindendo dalla circostanza che si sia o meno commesso un fatto, individuato dal codice come reato.

Lo stesso vale per la complicità, anche se la sapienza redazionale dei codificatori del 1810 ne espunge i contatti occasionali.

Sono, dunque, assimilati ai membri di bande e associazioni criminose tutti gli appartenenti a quell'universo di contatti permanenti che corrobora il crimine. Non solo i ricettatori o i fornitori d'armi; ma osti, tavernieri, prostitute — tutti informatori preziosissimi a doppio flusso, giocando da sempre una loro particolare ancìpite partita con malavitosi e polizia — rientrano ormai a pieno titolo nel manutengolismo, organico ai fenomeni associativi criminosi. Ne consegue, che vengano tutti assimilati ai criminali a tempo pieno, nella vita (lavori forzati, reclusione, gogna) e nella morte.

Jean Valjean ha già segnato il destino dei tavernieri Tenardier molto prima che Victor Hugo pensi ai suoi *Misérables*. Questo, probabilmente, l'ispettore Javert lo aveva capìto. E per tutti noi, ancora una volta, questo costituisce motivo di amara riflessione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

AURELIO CERNIGLIARO

« DIFENDERE IL CITTADINO DALL'INSULTO, PIÙ CHE VENDICARLO DALL'OFFESA ». NUOVI ORIZZONTI NEL PENALE PER NUOVI SCENARI COSTITUZIONALI

> Le formalità ed un esatto processo prolungano i giudizi, ma esse pur sono le trincere ed i baluardi della libertà civile.
>
> M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, III

1. Riconvertire una vana sublimazione. — 2. Il volto sinistro di un ordinamento in rovina. — 3. La rigenerazione dal disfacimento. — 4. « Silva placet musis, urbs est inimica poetis ». — 5. Senza legge « non può veruna società giammai sussistere ». — 6. « Il processo fa quel corso medesimo, che compiono le nazioni ». — 7. Ascoltare insieme « l'accusatore, e 'l reo ». — 8. Le leggi « contente non sono della sola convinzione del giudice ».

1. *Riconvertire una vana sublimazione.*

Costituisce dato acquisito, ma pratica non meno ricorrente, che « certe trite generalità [...] di manuale in manuale » (1) traslate non rechino granché giovamento alla comprensione, laddove non siano addirittura surrogate da valutazioni previe a dir poco riduttive o fuorvianti. Tale appare la 'fortuna' complessivamente riservata, per lungo tempo, al pensiero di Francesco Mario Pagano, uno tra gli intellettuali più osannati (2), e per contrappasso non meno 'smi-

(1) G. OTTONE, *Mario Pagano e la tradizione vichiana in Italia nel secolo scorso: saggio storico-filosofico*, Milano, Trevisini, 1897, p. 1.

(2) Solo per segnalare qualche voce certamente non sospettabile di partigianeria si ricorderanno i giudizi 'competenti' di G. PISANELLI, *Francesco Mario Pagano*, in *Commemorazione di giureconsulti napoletani*, Napoli, Morano, 1882, p. 60; di G. ZANARDELLI, *In occasione dell'inaugurazione del monumento a M. Pagano in Brienza*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuito', della criminalistica italiana ai primi albori (3). Il profilo delineato da una storiografia 'partigiana' ha finito, infatti, per realizzare del giurista un vero e proprio 'martirologio', miscelando o sovrapponendo *tout court* il piano dell'esperienza esistenziale e politica a quello del complesso iter intellettuale (4). Com'è fin troppo ovvio, non è proponibile in questa come in ogni altra esperienza una cesura tra i due livelli (5), ma l'interazione realizzata postula una distinzione, per quanto possibile lucida, in avvio, che neppur la conseguente coerenza della vicenda umana può elidere, pena la svalutazione del significato proprio della singola figura (6).

In un contesto culturale in grande fermento (7), l'elaborazione intellettuale del giovane lucano venne, infatti, progressivamente plasmandosi su risorse originarie e innesti socio-culturali che ne

---

Potenza, St. tip. Carlo Spera e c., 1891, p. 85 (« presentò i principii sommi del diritto penale con sintesi e precisione scultoria, che è veramente mirabile »); di G. SEMMOLA, *Tre glorie napoletane (1799)*, Napoli, Tip. A. Trani, 1912, p. 3-9.

(3) Per tutti basterà richiamare l'apprezzamento *tranchant* di Ugo SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, Sansoni, 1974³, p. 65, laddove asserisce di riscontrare « lo scarso vigore speculativo del Pagano e l'incapacità di una visione veramente nuova e personale del problema del diritto penale ».

(4) Per una rassegna di elogi 'lapidei' a chi viene presentato come un 'martire della patria', rassegna dall'autore limitata agli anni sessanta e priva, quindi, di un'ulteriore segmento encomiastico, cfr. E. PALOMBI, *Mario Pagano e la scienza penalistica del XIX secolo*, Napoli, E.S.I., 1989, p. 18, nt. 36.

(5) Così, in effetti, è avvenuto nell'attribuzione di 'antistoricismo' a Pagano per aver vanamente ripreso Vico essendo a differenza di quegli « cultore non già della scienza per la scienza, ma della *scienza per la vita* » (A. RINALDI, *Discorso pel monumento a M. Pagano pronunziato in Brienza il 19 ottobre 1890*, Potenza, Stab. tip. A. Pomarici, 1890, p. XXI). Sullo specifico ed importante nodo si sofferma PALOMBI, *Mario Pagano*, cit., pp. 34-40.

(6) Su Pagano sono tuttora di fondamentale importanza i numerosi studi di Gioele SOLARI condotti nell'arco di un ventennio (1917-'36) e confluiti nel suo *Studi su Francesco Mario Pagano*, a cura di L. Firpo, Torino, Giappichelli, 1963. Essenziale il suo saggio *Le opere di M. Pagano. Ricerche bibliografiche*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, 1936, p. 401 ss. 'Interessante' il già citato contributo di PALOMBI, con le considerazioni di A. CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 126-127. Necessario F. VENTURI, *Nota introduttiva* agli scritti di Pagano in *Illuministi italiani*, V, *Riformatori napoletani*, Milano-Napoli, Ricciardi, 1962, pp. 785-833.

(7) Sul clima culturale della Napoli di quegli anni, cfr. E. CHIOSI, *Lo spirito del secolo. Politica e religione a Napoli nell'età dell'Illuminismo*, Napoli, Giannini, 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potenziarono i primi tratti: così, la sua peculiare sensibilità per la cultura classica poté non poco affinarsi nell'ambiente napoletano sotto la guida erudita di don Giovanni Spena, amico del prestigioso filologo Alessio Simmaco Mazzocchi (8). Congruo, quindi, che « amore della poesia » e « idoleggiamento dell'antichità » in Pagano finissero incisivamente per concorrere a strutturarne « l'eloquenza » (9). Ma fu in particolare l'insegnamento universitario dell'ultimo Genovesi, il Genovesi della *Diceosina*, a lasciare tracce evidenti nell''allievo' schiudendogli, nel contempo, l'accesso alla 'conversazione' con Grimaldi (10), presso il cui domicilio « convenivano gli uomini più studiosi ad intrattenersi di lettere e di scienze » (11). In quel cenacolo ove, a ben vedere, sotterranea covava la tradizione di chi era pur giudicato un « anacronismo dimenticato » (12), ossia di chi '*osava*' suggerire '*come*' dovesse progredire la scienza, '*come*' dovesse essere strutturata, s'inserì Mario Pagano, proprio allorché vennero a riscoprirsi i « valori interni della morale e del diritto » (13).

---

(8) Su « l'ornement des savans d'Italie », come ebbe a definirlo Winckelmann, per l'incidenza che il primo 'lettore' dei papiri della Villa dei Pisoni esercitò su tutta la cultura europea, oltre gli studi curati in occasione del secondo centenario da F. STRAZZULLO (*Conv. Nazionale di studi nel bicentenario della morte di A.S. Mazzocchi, 25-27giugno 1972*), cfr. A. PERCONTE LICATESE, *Alessio Simmaco Mazzocchi*, S. Maria C.V., Spartaco, 2001.

(9) VENTURI, *Nota*, cit., p. 786.

(10) Francescantonio Grimaldi già nella primavera del 1779, in ordine alla revisione per l'*imprimatur*, aveva affidato le *Riflessioni sopra l'ineguaglianza tra gli uomini* al docente di diritto canonico nell'università di Napoli, Domenico Cavallari, cui alcuni mesi dopo, e precisamente il 29 maggio 1780, sarebbe stata sottoposta per il medesimo fine *La Scienza della Legislazione* di Filangieri. Il 9 giugno Cavallari concedeva il *placet* al testo filangeriano ed il 30 giugno alle *Riflessioni* di Grimaldi che venivano date all'editore Vincenzo Mazzola, mentre *La Scienza* era affidata allo stampatore Giuseppe Raimondi, su commissione del libraio-editore Michele Stasi: un fervore di iniziative culturali ed editoriali, alle quali si sarebbero di lì a poco aggiunti i *Saggi politici* di Pagano, si determinava sollecitato anche dall'eco che assumevano gli eventi d'oltreoceano.

(11) OTTONE, *Mario Pagano*, cit., p. 5.

(12) Ivi, p. 11, ove si richiama G. FERRARI, *La mente di Giambattista Vico*, Milano 1837, p. 182.

(13) R. AJELLO, *I Saggi politici di Pagano e il loro tempo*, in « Il Pensiero politico. Rivista di storia delle idee politiche e sociali », anno XXVII n. 1, Firenze 1995, p. 22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Convinto che fosse un errore isolare l'uomo dai suoi simili, non anelare a formare società stabili (14), nel suo disegno riformistico Genovesi aveva evidenziato la distanza enorme esistente nel Mezzogiorno tra la fascia sociale colta ed abbiente e la ben più numerosa fascia contadina: la riflessione sull'ingiustizia di tale situazione e sulle conseguenze che potevano scaturirne ingenerava il convincimento che, ignorando quel divario, si percorreva la via della « dissoluzione della società » (15). Di qui la centralità della cultura e della diffusione dell'istruzione, anzitutto nella fascia 'mediana' della società — quel ceto « che [Genovesi] vedeva ogni giorno di fronte a sé, quando saliva sulla cattedra » (16) — cui dal filosofo veniva affidato il delicato compito di ribaltare e sostituire le strutture esistenti e gli ordinamenti antiquati. Il programma era, in effetti, semplice: « spargere l'istruzione », ossia indurre nella società una nuova mentalità che 'cospirasse' per la sua stessa trasformazione. All'ambizioso programma, però, si contrapponeva una situazione estremamente critica, cui si cercava — vanamente per vero — di ovviare vivificando e salvando le componenti ancor valide nel solco della tradizione giuridica del Regno. Fu quella la strada battuta con insistenza, ancora da Filangieri a Galanti, in una vaga speranza 'rigeneratrice' che traeva forza dall'affidamento, diffuso tuttavia nelle più insigni menti, al 'mestiere' dell'avvocato ed a quello di '*frequentatore del foro*' in genere. Ma era proprio la tradizione causidica, dei '*paglietta*', a ingenerare una vivace reazione, un senso di avversione verso l'atteggiamento dei Giannone e dei Tanucci, che appaiono in definitiva i veri '*sabotatori*' del programma riformistico incarnando di fatto il *trait-d'union* tra la tipica conformazione della monarchia e i centri d'interesse locali atti a dar vita a illimitate occasioni d'abuso. Maturava, così, una sentita rivolta contro l'arido legalismo, contro il modo di pensare avvocatesco: senza meno il tratto preminente della 'seconda tornata' del riformismo napoletano.

La soluzione non fu, tuttavia, univoca e di fatto si realizzò una sorta di 'scissione' della scuola genovesiana. Si formarono, a ben vedere, due correnti: l'una utopistica e più feconda a livello teorico,

(14) Genovesi, invero, definiva tale tensione « origine del male » (ivi, p. 40).
(15) VENTURI, *Riformatori*, cit., *Introduzione*, p. XIII.
(16) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in cui si ritrovarono Francescantonio Grimaldi (17), Gaetano Filangieri e Francesco Mario Pagano, ossia il '*picco*' della cultura napoletana rinvigorita da un intenso desiderio di libertà e di uguaglianza; l'altra, impegnata alla concretezza e all'immediatezza d'azione nel contesto, vide protagonisti Galanti, Palmieri e Delfico.

Il primo indirizzo di pensiero si fece carico, in particolare, di dare un'impostazione filosofica, politica ed economica alla questione egualitaria. In un ambiente connotato da una drastica disuguaglianza, l'« aculeo della polemica » (18) si volse al passato, alla ricerca delle radici del presente, e in quell'indagine come guida luminosa, al pari del conforto di Hume, Robertson, Boulanger, fu ritrovato Giambattista Vico (19). Coerente, a ben vedere, si mostra così la confluenza di quegli intellettuali nella massoneria, connotata da una brama ardente ed insaziabile di perfezione e purezza spirituale. Appare, a tal punto, comprensibile che il Pagano, pur traendo ispirazione dalla sintesi genovesiana, non riuscisse a sostenerla *in toto* né dal punto di vista teorico né pratico, surrogando la sostanziale impraticabilità di quel disegno con una più sentita, almeno nelle aspettative, « metafisica del cuore ».

Alla base del nuovo atteggiamento '*misticheggiante*' si può scorgere, invero, la figura ispiratrice di Nicolas-Antoine Boulanger (20), cui già nel 1767, agli albori dello storicismo, si era rifatto,

---

(17) Sull'origine, in particolare, dei sistemi penali si soffermava F. GRIMALDI, *Riflessioni sopra l'ineguaglianza tra gli uomini*, Napoli, presso Vincenzo Mazzola-Vocola, 1779. Sulle relazioni tra Pagano e Grimaldi si è di recente soffermato Fabrizio LOMONACO nella *Introduzione* a *De' Saggi Politici*, rist. an. della prima edizione, a cura di F. Lomonaco, pres. di F. Tessitore, p. XLVI ss.

(18) VENTURI, *Riformatori*, cit., *Introduzione*, p. XV.

(19) Pagano recuperava, in realtà, il pensiero di Vico in senso razionalista, senza tuttavia cadere nel sensismo. Cfr. T. MAMIANI, *Mario Pagano, ovvero della immortalità: dialogo*, Parigi, dai torchi della signora de Lacombe, 1845, p. 8.

(20) Del pensatore francese riecheggiavano di frequente interi passi sia da *Recherches sur l'origine du despotisme oriental* (Paris, Compagnie des libraires associés, 1761), sia, e soprattutto, da *L'antiquité dévoilée par ses usages, ou examen critique des principales opinions, cérémonies et institutions religieuses et politiques des différents peuples de la terre*, (Amsterdam, Rey, 1772). Le opere erano conosciute nell'edizione curata da Paul-Henri Dietrich D'HOLBACH, che, a sua volta, era presentissimo agli intellettuali napoletani con *Système social, ou Principes naturels de la morale et de la politique. Avec un examen de l'influence du gouvernment sur les moeurs*, Londres, 1773.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non occultando un profondo senso di riconoscenza, Herder (21). L'impossibilità, intanto, di descrivere le prime fasi della storia umana con la necessaria dovizia di fonti portava a ricorrere al mito ed anche chi, come Pagano, avesse in animo di dare più spazio ai fenomeni — ed ai riscontri — naturali rispetto a quelli metafisici, veniva a trovarsi nell'obiettiva difficoltà di sviluppare un ragionamento su dati concreti. Per chi si rendeva fautore della 'filosofia della storia' era, perciò, del tutto coerente giustificare i fenomeni con i

(21) Ben prima di essere fisicamente presente a Napoli (1788), Johann Gottfried HERDER aveva segnalato in *Fragmente über die neuere deutsche Literatur* (1767) una contiguità con il *milieu* culturale partenopeo che in Pagano in particolare si sarebbe fatta largamente avvertire. Nel 1774, in *Auch eine Philosophie der Geschichte zur Bildung der Menschheit*, lo storico prussiano aveva configurato, in dissenso con Johann Georg Hamann, una Provvidenza che non agiva direttamente nella storia umana, ma per conseguire i suoi fini suscitava forze che la orientavano in direzione di sviluppi « così semplici, delicati e meravigliosi quali li vediamo in tutte le produzioni della natura ». La storia dell'umanità appariva, così, come la vicenda di un singolo individuo: l'Oriente era l'infanzia dell'umanità, l'Egitto la fanciullezza, i Fenici ne rappresentavano l'adolescenza, i Greci la giovinezza, i Romani incarnavano la « maturità del destino del mondo antico ». L'impero romano era crollato per aver voluto distruggere i caratteri nazionali dei singoli popoli, ignorandone le tradizioni. L'intervento dei Germani nella scena della storia era, quindi, da ritenersi positivo, avendovi arrecato nuova linfa: « le belle leggi e conoscenze romane non potevano sostituire le forze scomparse, non potevano reintegrare nervi che non avvertivano più alcuno spirito vitale, non stimolavano più impulsi spenti e allora nacque nel Nord un uomo nuovo » portatore di nuova forza, nuovi costumi « forti e buoni » e nuove leggi « spiranti coraggio virile, sentimento dell'onore, fiducia nell'intelletto, onestà e timore degli dei ». La rivalutazione del Medioevo nel primo Herder diveniva, quindi, esplicita, mentre la sua critica si concentrava sul sistema politico contemporaneo, sul « libero pensiero », sul cosmopolitismo: la felicità, a suo dire, non poteva essere il derivato di un'unica causa valida ovunque, perché « ogni nazione ha in se stessa il centro della sua felicità ». Non credendo alla prospettiva illuministica di un progressivo avvicinamento alla felicità, l'allievo di Kant riconosceva ben viva nell'animo umano la ricerca della felicità e questo tendere a una condizione oltre il proprio stato costituiva di per sé un effettivo sviluppo. Nelle successive *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit* (1789), « l'intera storia dell'umanità » sarebbe stata configurata come « una pura storia naturale delle forze, operazioni, tendenze umane secondo luogo e tempo »: in tal senso, concludeva Herder, « la filosofia della storia, che persegue la catena della tradizione » era da ritenersi « propriamente la vera storia umana ». La 'filosofia della storia' di Boulanger, fondandosi su idee di origine vichiana, si faceva largo e in Pagano trovava piena recezione. Cfr. I. BERLIN, *Vico ed Herder: due studi sulla storia delle idee*, Roma, Armando, 1978; M. GENNARI, *Storia della Bildung: formazione dell'uomo e storia della cultura in Germania e nella Mitteleuropa*, Brescia, La Scuola, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'giganti'. Il nodo che si poneva ad uno studioso del calibro di Pagano, 'vaccinato' alla scuola genovesiana, era piuttosto riuscire ad edificare una 'filosofia della storia' che non cadesse nella 'trappola' metafisica. Necessario era a tal fine dotarsi di una solida base filosofica, ma altrettanto indispensabile provvedersi in parallelo di un ricco bagaglio storiografico. Per la prima il giovane intellettuale brientino poteva giovarsi ancora del magistero genovesiano, anche se gli appariva, in definitiva, uno schema aprioristico, eccessivamente meccanico, inadeguato a confrontarsi con la complessa dimensione umana e sociale. Sul secondo versante, quello dell'*humus* storiografico, Pagano 'reincontrava' Vico (22), ma la sua adesione piena al pensiero dell'autore de *La Scienza Nova* (23) restava circoscritta al carattere primitivo della poesia (24).

Pagano, in effetti, considera il mondo della storia come un mondo naturale, governato come il secondo da leggi fisiche.

> « La natura si è un continuo non interrotto passaggio dalla vita alla morte e dalla morte alla vita. La generazione e la distruzione con rapidi passi in un perpetuo giro si seguono a gara. Ed i componenti ond'è formata la gran massa dell'universo, con una perenne successione si uniscono e si disciolgono; e tutto perisce, e si rinnovella tutto, per mezzo delle diverse catastrofi che corrompono gli ordini antichi delle cose, e producono nuove forme, che

(22) Fondamentale, sotto questo profilo, il saggio di Gioele Solari, *Vico e Pagano. Per la storia della tradizione vichiana in Napoli nel secolo XVIII*, Roma, Soc. Anon. Poligr. It., 1925, in cui si sostiene l'originalità del sistema filosofico paganiano.

(23) Si è tenuta presente l'edizione a cura di F. Flora, Giambattista Vico, *La scienza nuova secondo l'edizione del Mdccxliv*, Milano, Mondadori, 1957. Per il *De uno universi iuris principio et fine uno* e il *De constantia iurisprudentis* è stata presa in considerazione l'edizione a cura di P. Cristofolini, Giambattista Vico, *Opere Giuridiche*, Introduzione di N. Badaloni, Firenze, Sansoni, 1974.

(24) Nel *Discorso sull'origine e natura della poesia* la genesi poetica è, infatti, individuata nelle passioni, come l'effetto della « impressione prodotta nella macchina dall'oggetto » (ivi, 2). Anche su questo versante, però, vien introdotto un correttivo giacché il risorgere della poesia nell'età della ragione può determinarsi solo per cause fisiche: « Ed or che le nazioni sono colte e polite, e la ragione ha rovesciato l'impero della fantasia, se per una forza di temperamento in taluno non si desti e rinnovelli quel fantastico furore che provarono naturalmente le prime nazioni, avremo versificatori e non poeti, copie e non originali » (ivi, 12). Lo studio della poesia antica, ed in particolare lo studio dei testi omerici, diviene in Pagano una ricerca filosofica della più risalente storia politica e giudiziaria.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alle vecchie si rassomigliano interamente, e così ricorrono i tempi medesimi » (25).

Il massimo trionfo della ragione è secondo Pagano il principio della fine (26). Non è in potere dell'uomo allontanare le catastrofi che incombono sulla società. In quanto essere 'sensibile', è legato alla natura e ne subisce ogni movimento accidentale:

> « La natural funzione della ragione è quella di dirigere e non estinguere il sentimento, di depurarlo ma non già di opprimerlo. Tanto l'uomo vive quanto ei sente. E poiché le sensazioni vengono in noi prodotte dall'impressione degli oggetti esterni, è l'uomo, quando sente così, un essere passivo e schiavo delle esterne cose onde viene circondato; la sua esistenza è precaria e dall'esistenza degli esterni oggetti dipende. La catena degli accidentali avvenimenti l'avvolge e strascina come il vortice delle onde aggira i corpi natanti » (27).

A ben vedere, il sistema elaborato da Wolff (28) si avverte ad ogni piè sospinto, Leibniz costantemente presente sullo sfondo paganiano appare lontano, ma ora è proprio il 'razionalismo' wolffiano ad essere messo in discussione e superato (29): nel 1768, com'è

---

(25) F. M. PAGANO, *De Saggi Politici*, I. *Del Civile Corso delle Nazioni o sia De Principi, Progressi e Decadenza delle Società*, Napoli, presso Gennaro Verriento, 1783, I, 3.

(26) Ivi, I, 4.

(27) Ivi, VI, 1.

(28) Cfr. C. WOLFF, *Metafisica tedesca: con le annotazioni alla Metafisica tedesca*, Introduzione, traduzione, note e apparati a cura di R. Ciafardone, Milano, Bompiani, 2003. Gli approcci al 'razionalismo' wolffiano sono molteplici (classico F. BARONE, *Logica formale e logica trascendentale: I. Da Leibniz a Kant*, Torino, Ed. di filosofia, 1957), ma per la tematica qui affrontata sono da tener presenti i recenti contributi in *La filosofia pratica tra metafisica e antropologia nell'età di Wolff e Vico*, Atti del Convegno internazionale, Napoli 2-5 aprile 1997, a cura di G. Cacciatore, Napoli, Guida, 1999, e soprattutto in *Autour de la philosophie Wolffienne*, textes de Hans Werner ARNDT, Sonia CARBONCINI-GAVANELLI et Jean ECOLE, édites par Jean Ecole, Hildesheim, G. Olms, 2001 (*Gesammelte Werke*, 3: *Materialen und Dokumente*, 65).

(29) Pagano, affermata l'esistenza di categorie filosofiche universali su cui doveva fondarsi il diritto penale, descrisse l'illecito come violazione di una norma positiva codificata, contribuendo inequivocabilmente alla formazione del moderno principio di legalità. Segnalava in ciò, a ben vedere, di aver assimilato il dibattito, estremamente fecondo per la teoria giuridica, sul fondamento 'naturale' e sulla universalità dei princìpi del diritto penale, avviato da Samuel Pufendorf e da Christian Wolff, ma fatto ancor oggetto di pervicaci resistenze (cfr., ad esempio, le *Dissertationes binae de intima ac*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

noto, lo stesso Herder aveva contestato al grande filosofo di Breslavia la sua 'deviazione razionale', che — a suo dire — ignorava 'colpevolmente' la parte più buia e sconosciuta dell'animo umano (30).

La temperie culturale mutava radicalmente e al ripiegamento della ricerca sperimentale ed empirica subentrava una 'fede' illimitata nel progresso, che proprio nella 'filosofia della storia' trovava la sua più significativa dignità.

Ed è appunto in quel particolare clima che, già nel 1770, in quelle 'sedute' a casa Grimaldi avviene il primo incontro del ventiduenne Pagano con il diciassettenne Gaetano Filangieri e questi, per suo conto, gli trasmette, in una sorta di osmosi, l'ammirazione profonda per Montesquieu. Ne avrebbe serbato memoria lo stesso Pagano che, rivolgendosi all'amico divenuto intanto famoso, avrebbe rammentato:

> « Nel fortunato giorno nel quale [...] io mi esposi nell'università napoletana al pubblico cimento del concorso per la cattedra dell'etica [...] per la prima volta mi concedette la sorte [...] di ravvisare nel di lei elevato spirito que' rari semi d'ingegno che fecondati poi col tempo in tant'ampiezza e sublimità germogliarono ».

---

naturali humanarum actionum ante omnem legem necnon de inhonestarum actionum merito et imputabilitate ad poenam. Adversus Samuel Pufendorfium, et Christianum Wolffium, A. Josepho Pons, Bononiae, 1780). Ciò non toglie che la prospettiva formalistico-legale, che fu propria di Pagano, pervenisse spesso a soluzioni diverse da quelle espresse dalla scuola giusnaturalistica. Pufendorf, ad esempio, aveva sostenuto che la sanzione penale non dovesse in alcun caso essere concepita in modo meccanico, senza una verifica delle esigenze repressive: « Ex his igitur manifeste constare, non dari in foro civili iustitiam aliquam vindicativam, quae certis delictis certam poenae mensuram, per naturam definitam, utique infligi debeat: sed veram poenarum humanarum mensuram esse utilitatem Reipublicae, & prout fines poenarum commodissime videntur proventuri, ita eas per prudentiam summi imperii intendi vel remitti » (S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo, cum integris commentariis*, Lausannae et Genevae, apud Marcum-Michaelem Bousquet, 1744, Lib. VIII, cap. III, 356). Recepita e condivisa da Pagano la prima parte dell'assunto pufendorfiano relativo alla '*utilitas Reipublicae*' come *ratio* della pena, nessun margine di discrezionalità era da configurarsi circa l'effettiva irrogazione. Per importanti riflessioni sul pensiero penalistico del sassone cfr. V. FIORILLO, "Salus populi suprema lex esto:": *il potere punitivo, come 'officium Regis', nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, in *Samuel Pufendorf Filosofo del diritto e della politica*, Atti del Conv. Internazionale, Milano 11-12 novembre 1994, a cura di V. Fiorillo, Napoli, La Città del Sole, 1996, pp. 139-169.

(30) AJELLO, *I Saggi politici*, cit., p. 44.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Entrambe le giovani 'promesse' segnalavano, per vero, una spinta in avanti notevole, quanto mai indicativa dell'insufficienza, per le necessità del momento, di una ragione che imparziale e prudente si ponesse al di sopra del paesaggio. Di qui le riflessioni critiche (31) al pur osannato Montesquieu rivelatrici dell'irreversibilità del processo di trasformazione in atto, ma in un orizzonte dilatato: Pagano e Filangieri, ciascuno in una prospettiva peculiare (32).

Pagano, in particolare, affermava che puntare *tout court* ancora sulla *balance des pouvoirs* si traduceva in un 'immobilismo sistematico', quant'è a dire la paralisi dello Stato. Nell'aspirare al trionfo degli ideali, però, bisognava essere ben cauti ad affidarsi ad un solo potere costituito (33), disfacendosi della *balance* appunto, ché si

(31) Parlando del « senso interno del bello » Filangieri rinviava esplicitamente a « il dottissimo *Saggio sulle belle arti* del dotto e virtuoso nostro concittadino Francesco Mario Pagano, dove ha vendicate le platoniche idee sul bello dalle opposizioni di alcuni rinomati moderni » (*La Scienza della legislazione*, cit., V, capo XXXI, 203). Era richiamato, come in altri passi relativi al concetto di 'sublime', il saggio *Del gusto, e delle belle arti* in PAGANO, *De' saggi politici*, cit., II, *Del civile corso delle nazioni*, VI, pp. 171-230, ma il solo tra i « rinomati moderni » contro cui si esprimeva apertamente l'autore (ivi, p. 203) era Montesquieu (*Essai sur le goût*, 1757).

(32) Cfr. G. GALASSO, *La filosofia in soccorso de' governi: la cultura napoletana del Settecento*, Napoli, Giuda, 1989. Sulla relazione tra governo e leggi processuali, con particolare riferimento a Montesquieu, cfr. A. GIULIANI, *La filosofia del processo in Vico ed il suo influsso in Germania*, in « Bollettino del Centro Studi Vichiani », XXII-XXIII, 1992-1993, pp. 345-67.

(33) In effetti, la questione politica si poneva per Pagano in rapporto immediato e diretto con il problema della riforma processuale: non è, quindi, da ritenere affatto occasionale che, nonostante le censure e le accuse neppur recondite di lesa maestà e di ateismo, Pagano dopo i *Saggi* pubblicasse le *Considerazioni sul processo criminale*, ossia un'opera giuridica ancora più fortemente critica verso il sistema monarchico feudale. Ma fu propriamente nella seconda stesura dei *Saggi Politici* che Pagano avrebbe riservato una puntuale analisi al pensiero politico di Montesquieu: in particolare la funzione moderatrice delle *intermedie potenze*, ossia della aristocrazia feudale interposta tra il monarca e la nazione, venne radicalmente confutata in quanto gli sembrava ancora legittimare, in senso antimoderno, i privilegi di pochi contro il modello di una monarchia costituzionale moderata nella quale le funzioni della sovranità venissero limitate e definite per legge. Se, infatti, « Montesquieu non ravvisa monarchia, dove non siavi un ordine di nobiltà, dove l'intermedie potenze de' nobili non reprimano gli estremi del dispotismo e della libertà popolare » (*Saggi politici*^{2}, cit., Saggio III, cap. XI), per Pagano è indubbio che « le costui ragioni fan peso veruno », giacché « Coteste potenze

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schiudeva su quel percorso l'adito al dispotismo costituzionale (34). In luogo della 'antiquata' *balance*, ma senza trascurare le esigenze di legalità, Pagano suggerisce d'introdurre un « separato e temporaneo rappresentate del potere tribunizio »: il ricorso alla mediazione magistratuale, tradizionalmente radicata nella cultura napoletana come rimedio efficace di soluzione nella dialettica politica, pur di

---

intermedie non giovano a moderare l'arbitrario potere, quando questo sul popolo voglia gravitare: i piccioli e subalterni despoti, potenti ad opprimere la plebe, sono inefficaci a resistere al potere arbitrario. Perciocché non hanno, per legge, funzione alcuna come corpo, né immediato interesse per lo bene del popolo. Per l'opposto, quando voglia il sovrano procurare il vantaggio del popolo, che nel tempo stesso è il suo vantaggio vero, queste intermedie potenze del Montesquieu oppongono un validissimo ostacolo, mettendo avanti le di loro oppressive prerogative, che le leggi favoriscono. In somma le braccia di così fatta aristocrazia formano le catene del popolo, e scavano sovente la tomba al despota medesimo ». Si veniva, così, a definire la concezione, centrale nel pensiero paganiano, sulla 'costituzione', in cui non doveva palesarsi alcuna proiezione pubblica dello *status* privato: in una costituzione dove i diritti dei cittadini fossero meramente "fissati dalle leggi", altro era da ritenere il governo della nazione, altro il patrimonio privato dell'aristocrazia. Importanti considerazioni filologiche e filosofiche sulla costituzione monarchica si trovavano, invero, già stabilite nella prima edizione dei *Saggi Politici*. Infatti, nell'esame delle antiche civiltà orientali, con cui si apre il primo dei *Saggi Politici* nella edizione del 1783, sul tema di derivazione vichiana della periodicità dei corsi della storia, particolare significato assume il capitolo X '*De' Caldei*' che contiene il primo giudizio completo sulla forma delle costituzioni monarchiche. Tra le due edizioni, al di là delle analogie, nella ripresa del pensiero vichiano, si palesano, però, varianti quanto mai significative. La monarchia, secondo la stesura del 1783, concludeva il corso storico-politico delle nazioni (« Le nazioni non riposano sotto la monarchia, che dopo di aver passate per tutti gli altri governi. L'ultimo stato delle nazioni è il regno », *De' Saggi Politici*, cit., I, X, 35). Nella 'monarchia', per la latente corrispondenza tra costituzione monarchica e decadenza delle società, si realizzava l''ultimo' stadio di evoluzione politica. Nella seconda stesura Pagano rivede questo pensiero: « Le nazioni non riposano sotto l'*assoluta* monarchia, che dopo di esser passate per tutti gli altri governi ». La variante segnalava, a ben vedere, il ricorso all'accezione 'assoluta monarchia' in un significato conforme alla distinzione vichiana tra regolare monarchia e *mera* monarchia, ove "mera" sta per *non limitata* dalle leggi. Questa modifica testuale si propone con assoluta rilevanza laddove si consideri, appunto, che tra la prima e la seconda edizione dei *Saggi Politici* vennero pubblicate le *Considerazioni sul processo criminale*, in cui la distinzione monarchia-repubblica, ed anzitutto il connesso criterio di 'legalità' si prospettava come il fulcro del sistema e di ogni soluzione giuridica.

(34) Sul pensiero 'costituzionale' di Pagano rilevanti sono i contributi di M. BATTAGLINI, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, Roma, Archivio Giudo Izzi, 1994, e V. CAIANIELLO, *Mario Pagano e la riforma delle istituzioni nella Repubblica napoletana del 1799*, Brienza 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fronte alle fin troppo ovvie obiezioni di 'utopia' nel voler immaginare concorrenti qualità morali e preparazione giuridica, non dissolve, così, l'aporia tra dimensione teorica e pratica. Si attesta a ben vedere ad un livello ideale destinato, come ben sappiamo dagli eventi, a naufragare. Almeno nel breve periodo.

Anche il Filangieri, per vero, nel 'criticare' il Montesquieu ([35]), abbracciava l'idea di una trasformazione totale, in vista della quale, però, la scienza doveva fungere da 'ancella' all'impegno etico, con la prospettiva di sovrapporre la '*soggettività dell'etica*' all''*oggettività della scienza*', l'utopia alla realtà. Un bel salto in avanti, una tensione ineludibile per scardinare gli assetti feudali, pur se foriera di sbocchi niente affatto congrui con gli intendimenti.

Ambedue i giovani, in effetti, in una fase di così significativa elaborazione intellettuale e pressoché nella medesima temperie, venivano a contatto con l'ambiente giuridico napoletano: ma Filangieri ebbe ben presto a tirarsi fuor della mischia, Pagano, invece, scelse con successo la strada forense, appassionandosi, non di meno, allo studio delle leggi, di cui più che mai finì per esaltare la precipua funzione di garanzia. E l'interferenza dello specifico contesto avrebbe portato ad esiti particolarissimi.

2. *Il volto sinistro di un ordinamento in rovina.*

La congiuntura che sul terreno peculiare della giustizia si offriva all'attenzione dell'osservatore era connotata da una significativa interferenza autoritaria, che lasciava tracce in diversi passi dei *Saggi* paganiani. Sul vecchio, ma collaudato e, con tutti i limiti del caso, in definitiva, affidabile sistema di controllo delle magistrature cadeva un pesante intervento politico. Ai giudici 'togati', forti della loro esperienza secolare, nel controllo della città di Napoli subentrava un sistema 'poliziesco' che, con una rete di spie e con lo strumento della delazione, metteva a repentaglio l'incolumità degli onesti che per non volersi prestare alla delazione di Stato erano sospettati di eversione. Ben noti erano i sistematici abusi praticati dalla stessa corona a danno delle giurisdizioni e sintomatici di come venissero

([35]) Sul sistema penale nell'opera di Montesquieu è naturalmente fondamentale M.A. CATTANEO, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli, E.S.I., 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

metodicamente ignorati i diritti della difesa: si praticava un vero e proprio '*monitoraggio*', cui nessuno per le affermazioni e le azioni poteva sottrarsi. L'ordinamento non si presentava più, neppure formalmente, come una salvaguardia contro le ingiustizie, ne diveniva, anzi, esso stesso strumento. Non determinava più scalpore che le norme venissero travisate o ignorate o, soprattutto, si seguissero le interpretazioni più sconsiderate e disparate per dare copertura formale alla decisione specificamente presa per il caso concreto. L'incancrenirsi della situazione, determinato da un complesso di fattori, ed anzitutto da disorganizzazione completa « della macchina giudiziaria, disordine e lentezza esasperante delle procedure, venalità dei forensi » (36), conduceva ormai ad esito letale l'ordinamento giuridico e sullo sfondo non si vedeva altra soluzione che un mutamento radicale di regime.

L'illuminismo giuridico, in effetti, fondava il suo discorso sul principio di legalità, ma attraverso un'opera di 'codificazione' puntava alla mera semplificazione del sistema giuridico esistente. Il giudice, per dirla con Filangieri, avrebbe dovuto limitarsi alla « cognizione del fatto e [all'] applicazione litterale della legge » (37) e secondo Pietro Verri interpretare significava « sostituire sé stessi al legislatore », immedesimarsi in lui per scoprire cosa avrebbe fatto nel caso di specie (38), ma senza andar mai oltre la pura apparenza della parola scritta. In tal senso, il giudice « si riduce[va] ad essere mero esecutore della legge », dovendo, quindi, 'eseguirla' nel « puro e stretto significato delle parole » (39). Interpretazione della legge e rispetto della sua lettera si ponevano, per vero, al centro del dibattito degli illuministi, ma nell'intento di por rimedio ad uno stato di estrema confusione, essi, manifestando un impegno forte e sincero, assunsero una posizione di difesa strenua del dato positivo della

(36) E. Palombi, *Mario Pagano e la scienza penalistica del secolo XIX*, Napoli, E.S.I., 1989^2, p. 9.

(37) G. Filangieri, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, Napoli, nella Stamperia di Michele Morelli, 1774 (rist. Napoli, Bibliopolis, 1982), §. V, p. 35.

(38) P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi*, in *Scritti vari*, Firenze, Le Monnier, 1854, II, p. 170.

(39) Idem, *Sulla interpretazione delle leggi*, in *Il Caffè*, tomo II, foglio XX, foglio XXVIII, p. 486.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legge, che, nella foga della polemica, portava persino a far dubitare del carattere propriamente giuridico delle loro opere (40). Si delineava, per vero, un atteggiamento demolitorio, più che propositivo nei confronti dell'oggetto degli attacchi, e tuttavia fu atto a suscitare nel pensiero moderno la coscienza della viva necessità di una scienza del diritto penale fondata su una struttura riconoscente la propria legittimazione in un « superiore principio direttivo » (41).

Intanto, la crisi dell'ordine antico sotto i colpi inferti dal ricorrente richiamo ai diritti di natura poneva con urgenza il problema dell'adeguamento del diritto positivo al diritto naturale: una prospettiva '*immobilizzante*' in coerenza ad una autosufficienza espressiva di una maggiore 'libertà' dai fatti concreti del mondo. In vista di un livello ideale di legislazione, scevra da critiche e come tale 'perfetta' (42), ci si avviava sulla scia dell'utopia, con la conseguente accusa di antistoricismo (43). Sotto questo profilo, sintomatica si presenta l'esperienza di Francesco Maria Pagano per 'impersonare' i tratti significativi di una 'sublimazione' in cui cardine del sistema era proprio il 'principio di legalità'. Lo stesso iter genetico nello specifico diviene funzionale al vaglio storico.

3. *La rigenerazione dal disfacimento.*

La classica dedizione 'totale' (44) agli studi di un giovane pro-

(40) PALOMBI, *Mario Pagano*, cit., p. 14.

(41) Ne parla il Delitala, sottolineando il « peculiare significato dell'opera del Beccaria » (G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1964, p. 965).

(42) Capitale sarà su questo profilo la riflessione di Humboldt. Cfr. G. SOLARI, *Dallo Stato giuridico allo Stato etico: Guglielmo von Humboldt e il suo pensiero politico*, in ID., *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Napoli, Guida, 1990, 5, pp. 129-182.

(43) Solari, in particolare, diffidava dal « condannare come antistorica l'opera legislativa del Pagano », giacché, se è vero che essa « cadde in un momento di torbidi politici », alla lunga, tuttavia, risultò connotata da uno spirito che finì per trovare pieno « svolgimento e conferme nell'età immediatamente posteriore » (G. SOLARI, *L'attività legislativa di Mario Pagano nel governo repubblicano del 1799*, Torino, Ed. de "L'Erma", 1934, p. 7).

(44) OTTONE, *M. Pagano*, cit., p. 4: « deliberatamente si dedicò tutto agli studii ed alla meditazione ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

veniente da un contesto agricolo (45) non poté di certo che aggravare in Pagano l'originario precario stato di salute sino a metterne a repentaglio la vita. Appena, però, il rimedio degli « antichi monti di Lucania » gli consentì di recuperare una condizione fisica accettabile, il Pagano fu pronto all'accesso nel *milieu* della giurisprudenza che significativamente realizzò con il *Politicum universae Romanorum nomothesiae examen* dedicato, altrettanto significativamente, a Leopoldo di Toscana (46). Lo scritto segnalava in pieno la conver-

(45) Da Brienza, che « faceva parte del Principato citeriore, proprio ai confini della Basilicata, nella zona a nord-est del Vallo di Diano », dai possidenti genitori Tommaso e Maria Anna Pastore, il dodicenne Francesco Maria giungeva a Napoli presso lo zio prete Nicola proprio per approfondire gli studi.

(46) Nella *Dedica* dell'*Examen* a Pietro Leopoldo, Pagano ricordava appunto le leggi penali provvisorie emanate nel Granducato. Tra queste citava espressamente i provvedimenti sulla revisione della 'carcere per debiti', ossia quel complesso di ordinanze sul fallimento e sulle esecuzioni concorsuali che furono pubblicate tra il 1777 e il 1782. L'abrogazione dell'esecuzione personale sui debitori rappresentò un'innovazione enorme nella legislazione europea e in Toscana avvenne per gradi, attraverso due distinti provvedimenti, entrambi del 1782. Proprio in quegli anni, nei *Saggi Politici*, Pagano dedicava il fondamentale capitolo XXIV del terzo dei *Saggi* alla questione "Del carcere privato e della servitù de' debitori", analizzando le leggi romane sul carcere privato per debiti, e le origini del sistema processuale che consentiva l'esecuzione personale per le obbligazioni civili, con un'evidente influenza del pensiero vichiano. Com'è noto, la prima legge toscana sul fallimento (legge XXVII del 1782) ancora prevedeva, sebbene con notevoli temperamenti e limitazioni, la carcerazione per debiti (« Se il fallito avrà potuto legittimamente giustificare la sua decozione non essere preceduta da dolo, ma da infortunio, ed avrà senza frode alcuna reso conto di sé, e de' suoi assegnamenti in guisa che abbia ottenuto una assoluzione dalla Criminalità […] sarà reputato come debitore civile […] e i suoi creditori dovranno soggettarsi alle Deliberazioni, che a forma degli Ordini saranno fatte da chi presiede alla cura, e protezione dei carcerati per *causa civile* ». Questa limitazione del potere dei creditori sulla persona del debitore in riferimento agli "Ordini" dei magistrati addetti alla "protezione dei carcerati per causa civile" aveva sottolineato — e si trattava quindi già di un notevole progresso — il rilievo pubblicistico della causa della detenzione, rispetto alla precedente concezione privatistica del carcere per debiti, profondamente criticata da Pagano. Finalmente, nel 1782, si sarebbe registrata in Toscana la definitiva abrogazione dell'istituto della esecuzione personale per debiti: con la legge *C* del 1782, infatti, Pietro Leopoldo avrebbe eliminato, con poche eccezioni relative ai titoli cambiari e di credito, l'istituto della responsabilità penale per le obbligazioni civili non adempiute. Un intervallo di un decennio circa era, quindi, intercorso dalla pubblicazione dell'*Examen* paganiano (Napoli, Raimondi, 1768) alle prime ordinanze di Pietro Leopoldo, e un analogo arco temporale doveva trascorrere per giungere alla pubblicazione, quasi contemporanea, in Italia di due dei maggiori

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

genza in lui di attrattive verso il passato che gli derivavano dagli studi dei classici e, nel medesimo tempo, verso il futuro: « la curiosità per le origini, il richiamo del primitivo erano in lui altrettanto forti quanto la volontà di scoprire le strade per una trasformazione futura » (47). Ne diveniva corollario l'abbondante citazione di libri del Cinque e Seicento a discapito dei 'contemporanei' evidenziando una « viva volontà di rifarsi [...] al mondo degli antiquari e degli interpreti degli arcaici costumi del mondo classico » (48), che trovava un limpido punto di riferimento nella legge delle XII tavole, « esempio aureo » per ogni legislazione 'civile', oltre l''inquinamento' arrecato dai giuristi. V'era, così, spazio per un sentito stupore ed una sincera ammirazione nei riguardi di un'antichità lontana la cui 'concisione' espressa per massime rivelava nei popoli primitivi un 'abito morale' e un rigore 'quasi giuridico', facendo percepire una loro peculiare tensione verso una « bonorum vitaeque aequalitas » (49), reale e non solo formale. Il pessimistico messaggio rousseauviano di una progressiva involuzione della società nella storia si mostra, a ben vedere, pienamente recepito: nel *corruptus civitatis status*, quant'a dire per Pagano il mondo moderno, la legge si configurava come « sintomo di disfacimento » sino al presente in cui « l'accavallarsi delle disposizioni legislative, il loro ripetersi e confondersi » denotava una crisi irreversibile. Di qui, l'ineludibile e non ulteriormente rinviabile « riforma della legislazione e della educazione pubblica » (50). Ma al di là del riscontro favorevole registrato, era proprio l'accentuazione sui profili classici ed umanistici, talora caricati di significati simbolici, come tratti preminenti del lavoro, che finiva per dissolvere l'impulso riformatore: un'impressione di fondo o poco più.

Le improvvise aspettative di libertà suscitate dall'appello di Antonio Gicca, *Voti dei Greci all'Europa cristiana*, comparso sulla

---

volumi di diritto penale del '700: le *Considerazioni sul processo criminale* furono pubblicate nel 1787 e la *Riforma della legislazione penale* vide la luce a Pisa nel dicembre del 1786. Nel giro dunque di un ventennio maturarono Italia le prime grandi riforme positive del sistema processuale penale moderno.

(47) VENTURI, *Riformatori*, cit., *Nota*, p. 788.

(48) *Ibidem*

(49) Ivi, p. 789.

(50) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gazzetta « Notizie del mondo », suscitarono la « tumultuaria », e del resto scritta in soli sei giorni, *Oratio ad comitem Alexium Orlow* (51), in cui il giovane Pagano esprimeva, d'impulso, sentimenti di speranza e di giustizia. Per contrasto, bruciante fu la disillusione nel 1774 allorché Turchi e Russi concordarono la pace e i ribelli del

(51) La *Orazione* (F. M. PAGANO, *Oratio ad comitem Alexium Orlow virum immortalem, victrici Moschorum classi in expeditione in Mediterraneum Mare Summo cum Imperio Praefectuma*, s.l.ed., ma Napoli 1771), scritta in occasione dell'intervento militare di Caterina II contro l'Impero Ottomano, riprendeva alcuni temi dell'*Oratio pro romanis legibus* di Gravina, uno degli scritti più eleganti sulle possibilità di rinascita della cultura greca, allora del tutto oscurata nei luoghi di origine: « Graeciam, doctrinarum nutricem, non sine frequenti profusione lacrymarum hodie omni luce literarum orbatam, et immortalibus ab se partis opibus jamdiu spoliatam, atque in tenebras, unde alios extraxerat, alte demersam intuentur » (G. GRAVINA, *Orationes*, Napoli, tip. F. Mosca, 1723, *Oratio pro romanis legibus*, ad Magnum Moschorum Imperatorem, pag. 202). Nella *Orazione all'ammiraglio Orlow* Pagano riprendeva, nelle forme proprie del classicismo, le pagine di Gravina: « ipsa artium pulcherrima, doctrinarumque nova veluti parens, atque perfectrix, Graecia totius Orbis ocellus, quae quondam universorum oculos in se convertit, nunc heu quam indigno rerum fato Thracia feritate oppressa, barbariae horrore circumfusa et penitus obumbrata est! » (*Oratio ad comitem Alexium Orlow*, cit., pag. VII). Il tema della decadenza della Grecia, delineato durante il Rinascimento, diviene ora occasione della celebrazione della filosofia e dell'arte della Grecia classica e dell'Italia antica. La liberazione della Grecia avrebbe riportato la rinascita del sapere e delle arti in Grecia e in Europa grazie all'azione militare della Russia: « Graeci autem servitute liberati ad pristinam gloriam revocarentur » aveva scritto Gravina, espressione ripresa da Pagano: « nobilesque Graeciae gentes ad pristinam gloriam revocetis » (*Oratio*, cit., pag. XXVI). Per quanto ci riguarda in questa sede, va messa in rilievo la corrispondenza con il pensiero storico graviniano svolto nell'*Oratio pro romanis legibus*, relativo al passaggio dalle indiscriminate violenze sociali all'ordine pubblico e da realtà territoriali frammentarie allo Stato unitario. Gravina trattava dello stato di dissoluzione della forza pubblica nelle province dell'impero e delle conseguenze nella vita civile della possibile rinascita dell'unità politica, che si sarebbe rafforzata attraverso la diffusione della cultura giuridica e filosofica classica, e lo studio delle leggi romane. Il processo di formazione dello Stato moderno, sorto, secondo Pagano, dall'esaurimento dei poteri feudali segue comunque l'iter della progressiva civilizzazione con l'evolversi della cultura e quindi della concentrazione nelle magistrature repubblicane dei poteri di composizione dei conflitti sociali, nei limiti necessari alla tutela della libertà civile. Si realizzava su questo percorso il difficile recupero della 'democrazia': cfr. P. VIDAL, *La democrazia greca nell'immaginario dei moderni*, Milano, 1996; R. ASSUNTO, *L'antichità come futuro, Studio sull'estetica del neoclassicismo europeo*, Milano, 1973, capitolo III; da ultimo L. CANFORA, *La democrazia, storia di un'ideologia*, Bari, Laterza, 2004, cap. I ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Peloponneso pagarono a caro prezzo l'insurrezione. Così, però, veniva temprandosi la formazione 'civile' del giovane lucano.

Accreditato come 'avvocato *primario*' in un contesto in cui la professione forense si proponeva di successo e lucrosa per lo stesso disordine che vigeva nella legislazione « proveniente dall'ingombro di più corpi di leggi, tutti del pari vigenti » (52), non ebbe particolari difficoltà a mostrarsi sul versante criminale « oratore gagliardo, facondo e di soda e profonda coltura » (53). Secondo prassi, anzi, alcune allegazioni vengon pure date alle stampe. Così, la comparsa *Contro di Antonio Gioia* ed i suoi complici, del settembre 1777, ampio spazio destinava alla tortura (*Che la tortura non abbia forza né di purgare né di snervare gl'indizi*) e quella *Per Niccola Corsino e suoi compagni* dell'anno seguente riservava pagine e pagine contro il giuramento elevato a mezzo di prova. Appariva evidente la nascita di una organica visione del diritto penale accompagnata dalla ferma convinzione della urgente necessità di attuare riforme. Certo, la « bella fama » oratoria acquistata gli consentiva pure di ascendere alla cattedra di morale e nel 1782 a quella di giurisprudenza criminale. Si era determinata, a ben vedere, una situazione favorevole e stringente al tempo stesso, un'opportunità straordinaria: in mezzo ad un numero incredibile di studenti, gli si offriva, in effetti, l'occasione di rivelare i « mali gravi e profondi che inquinavano il corpo della giustizia, e soprattutto la procedura penale » (54).

Sulla scorta di una solida preparazione tecnico-giuridica, Pagano portò avanti un audace disegno di riforma complessiva del sistema penale: più che esiti parziali e per ciò stesso limitati, a suo avviso bisognava realizzare interventi in profondità, radicali, ponendo, così, all'ordine del giorno un rinnovamento che avrebbe dovuto coinvolgere l'intero ordinamento giuridico del Regno, palesemente obsoleto alla luce delle idee che andavano diffondendosi a macchia d'olio in tutta Europa. Da ciò derivò la sua propensione per una riforma 'forte' che si dimostrasse adeguata ad eliminare *funditus*

(52) OTTONE, *M. Pagano*, cit., p. 5.
(53) Ivi, p. 6.
(54) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le cause della crisi in cui da tempo versava senza prospettive il ramo penale della giustizia (55).

E fu la 'pratica' che consentì a Pagano di elaborare un completo 'sistema' penalistico « articolato » in delitti, pene e prove, tre 'settori' in cui il giurista scandiva tutto il diritto criminale. E, su incarico dell'allora reggente della Vicaria, Luigi de' Medici, dava corpo al suo disegno: nelle *Considerazioni sul processo criminale* indicava nel processo di tipo accusatorio la più avanzata garanzia della libertà dei cittadini; nella *Teoria delle prove*, più conosciuta come *Logica dei probabili applicata ai giudizii criminali*, rivendicava al giudice il « compito responsabile di valutare, in base al proprio libero convincimento, i fatti di causa, senza essere irretito nel sistema meccanico delle prove legali » (56); nei *Principii del Codice Penale*, in riscontro agli « eccessi delle dottrine utilitaristiche » (57), portava innanzi, con molteplici argomentazioni, l''idea' di « giustizia in vista della salvaguardia dei diritti di libertà dell'individuo » (58). Pur « tradotti in tutte le lingue, esaltati da tutti i giureconsulti e premiati con menzione onorevole dall'Assemblea Nazionale di Francia » (59), quei lavori, ispirati a principi 'radicali', erano destinati ad incontrare in tempi vari una viva opposizione.

Tra il 1779 e il 1780 erano, intanto, apparsi i tre volumi delle *Riflessioni sopra l'ineguaglianza degli uomini* del Grimaldi, che Pagano avrebbe ricordato nel primo volume dei suoi *Saggi*, nel 1783, come lavoro di un « acuto spirito » che affrontava « un simile problema », qual era quello dell'uguaglianza, « tanto importante e tanto difficile ». Nel 1781 lo stesso Grimaldi, nel primo tomo degli *Annali del regno di Napoli*, analizzando le problematiche più delicate della congiuntura, affrontava il nodo complesso dei riflessi morali e politici delle ricerche sui popoli primitivi e sul sorgere delle civiltà, mentre già un anno prima erano venuti alla luce i primi due libri della *Scienza della legislazione*. Nel maggio 1784 si dava annuncio

(55) Sulla caotica amministrazione della giustizia, aggravata dalla proliferazione di fori privilegiati, cfr. A. De Martino, *Antico regime e rivoluzione nel Regno di Napoli. Crisi e trasformazioni dell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1972, p. 77 ss.

(56) Palombi, *Mario Pagano*, cit., p. 19.

(57) Ivi, p. 20.

(58) *Ibidem.*

(59) Ottone, *M. Pagano*, cit., p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'imminente pubblicazione del secondo volume dei *Saggi politici* di Pagano:

> « Sarà in quest'opera rischiarata la storia filosofica dei popoli e la mitologia dei poeti [...] vi si vedranno portate all'ultimo grado di filosofica speculazione le idee dell'immortale Giovanni Battista Vico, e rettificate quelle dei signori Pluche e Boulanger. [...]. Nel secondo volume si daranno alla luce due altri *Saggi* sul processo criminale » (60).

Alla pomposa presentazione destinata a promuovere l'interesse generale per l'opera si accompagnava, subitanea, qualche critica. Sulle « Novelle letterarie » del 4 maggio si scrisse: « vi sono delle idee, qualche volta originali, v'è [...] molta storia e molta erudizione, [...] ed è un peccato che tutto ciò non venga accompagnato da un miglior metodo e da una maggior precisione » (61). Radicalmente diverso era il giudizio apparso sul « Giornale enciclopedico di Milano », ove si mettevano in evidenza la 'sottigliezza di riflessioni', la generosità dei sentimenti, la libertà assoluta che informava il ragionamento dell'autore. Pareri opposti che scaturivano dall'accostamento, 'forzato', ma confortato dallo stesso autore, dei *Saggi* alla *Scienza Nuova*, di cui avrebbero rappresentato continuazione, integrazione e sviluppo. Naturalmente piovvero ad arte le accuse di panteismo, materialismo ed empietà, scorgendo nei *Saggi* uno « spirito profondamente irreligioso ». Alle quaranta proposizioni di accusa formulate e sottoposte all'attenzione del Cappellano Maggiore e da questi rinviate a due teologi (62), rispose lo stesso Pagano con un'orazione '*pro domo*' (63), in cui rivendicava di aver dissertato delle

(60) Cfr. VENTURI, *Riformatori*, cit., *Nota introduttiva*, cit., p. 796.

(61) Ivi, p. 807. Dopo un anno, il 23 settembre, sullo stesso periodico usciva la recensione del secondo volume dei *Saggi* comparati con l'opera di Hume, ma ritenuti più 'riconducibili' alla « *Istoria della civil società*, tanto applaudita, del signor Ferguson ».

(62) Per fortuna del Pagano i due teologi di corte, Francesco Diodato Marone e Francesco Conforti erano convinti anticurialisti.

(63) *Lettera a' dottissimi signori padre maestro Fr. Diodato Marone e Francesco Conforto avverso le imputazioni fatte a' Saggi politici.* Nell'opuscolo, con toni durissimi, Pagano si pronunciava anche contro altre critiche 'scagliate' contro di lui: « Alcuni ignoti rettili che strisciano per lo fangoso suolo della repubblica letteraria avevano sparso in un oscuro giornale, sotto finte lodi, una rabbiosa schiuma contro di un'opera di un loro concittadino » (*Riformatori napoletani*, cit., p. 809). Il periodico cui Pagano alludeva era il « Giornale enciclopedico di Napoli », nel cui numero di settembre 1785 Pietro Paolo Napoli, Si-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

antiche religioni '*indossando*' l'abito di '*filosofo della storia*' e di aver provato a fornire — mediante l'analisi delle evoluzioni naturali del pianeta e l'esame fisico-morale dell'uomo — una nuova base al sistema vichiano, cui pure riconosceva di essersi rifatto. Le accuse caddero, ma non è da trascurare la riflessione di Friedrich Münter il quale, a Napoli nel 1786, ritenne che con l'attacco a Pagano si era inteso colpire indirettamente il suo 'noto' amico Gaetano Filangieri. Certo, non poco turbamento dovettero arrecare al mite giurista le censure, le « propalazioni diffamatorie » (64), che vennero accentuandosi di pari passo con l'acuirsi della tensione politica.

4. *« Silva placet musis, urbs est inimica poetis ».*

Un elemento rassicurante, quanto meno nella condivisione degli ideali, era costituito dall'appartenenza alla massoneria, che, impostata secondo il tradizionale modulo inglese, intorno al 1786 « viene intaccata dall'interno dalla penetrazione delle tendenze più recenti, che hanno la loro origine in Francia e in Germania » (65). Proprio nel marzo del 1786 Friedrich Münter racconta di frequenti contatti con Pagano, d'intere serate con lo stesso, con Donato Tommasi e Jerocades. Le discussioni erudite e dotte, spesso nella casa di campagna di Pagano all'Arenella (66), non mancano di toccare le

---

gnorelli, dopo aver esordito con la difesa di Vico, contestava che la sua *Scienza* fosse degradata « da dense nubi » ed asseriva che il Pagano, con la scusa di salvarlo da quelle nubi, aveva finito per renderlo monco di parti importanti, quelle appunto che rendevano « sublime e bella » la sua concezione. In particolare, il Napoli Signorelli rinfacciava al Pagano di aver cercato di rimediare all'oscurità 'relativa' del pensiero vichiano attraverso un fondamento fisico e fisiologico del tutto nuovo in supporto dell'idea del corso storico. L'astio crebbe nel tempo e l'addebito di « fare a brani l'armonico sistema del libro de' *Principii* del Vico », passando per l'assimilazione al Boulanger, si tradusse nell'aperta contumelia di « plagiario e saccheggiatore » del Vico (F. Collotti, *Saggio sul pensiero filosofico e civile di F.M. Pagano*, in « Civiltà moderna », IV-4, Firenze, 1932, p. 445).

(64) M. Finzi, *Il pensiero giuridico di Mario Pagano*, Napoli 1915, p. 6.

(65) Venturi, *Riformatori*, cit., *Nota*, cit., p. 816.

(66) All'incontro del 29 ottobre 1786 sappiamo presenti lo storico tedesco Heeren, Tommasi, Albanese e l'immancabile Münter. Sulla porta del suo 'rifugio' Pagano aveva fatto scrivere « *Silva placet musis, urbs est inimica poetis* » (trad. dell'Autore: « La vita di campagna favorisce l'ispirazione, quella cittadina è avversa ai poeti »): emergeva forte l'aspirazione a tenersi lontano dal « secol rio, che la virtù, la fede lo stolto irride e vaneggia ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questioni politiche del momento: sovente ci si chiede se sia « possibile educare il popolo » (67), ma si parla anche di come debbano strutturarsi i tribunali e della legislazione napoletana. Immancabile la presenza di Münter, che solo il 19 gennaio 1787 avrebbe lasciato Napoli alla volta di Roma da cui sarebbe ritornato l'anno seguente per la tragica e prematura scomparsa di Gaetano Filangieri. Nell'occasione gli 'amici' si radunano per rendere onore all'amico scomparso ed è Tommasi che offre il ricordo del giorno delle esequie.

> « Tutte le Loggie della Dipendenza inglese [...] nel dì 20 settembre celebrarono in una gran casa di campagna i funerali di Filangieri. C'intervenni anch'io con Pagano ed Albanese. [...]. La Loggia era apparata di negro [...]. Aperta la Loggia si recitarono alcune prose esprimenti la cagione del nostro dolore [...]. Mario recitò il suo *Epicedio* ed io anche piangendo e tremando recitai un picciolo poemetto in versi sciolti (68).

L'*Epicedio*, composto dal Pagano e pubblicato di lì a poco, palesava lo scoramento e il senso di smarrimento per la labilità degli sforzi umani, senza, però, rinunziare entro una simbologia prometeica a rimettere in campo i temi principali del suo pensiero: « l'eterno ritorno delle cose, la simbologia del tempo e dello spazio » (69). Il disorientamento in una congiuntura, peraltro, delicatissima e di estrema tensione si riversava in misura del tutto particolare su Pagano nominato il 17 luglio 1789 avvocato dei poveri nel Tribunale dell'ammiragliato e consolato di mare, recente giurisdizione 'suprema' in materia mercantile e commerciale (70). Il precipitar degli eventi avrebbe, come ben sappiamo, radicalizzato le spinte verso '*fraternizzazioni*' e persecuzioni

---

(67) *Ibidem.*

(68) Cfr. VENTURI, *Riformatori*, cit., *Nota*, cit., pp. 817-8.

(69) *Ibidem*. Per l'elogio funebre cfr. *In morte del cav. Gaetano Filangieri: epicedio dell'avvocato e regio cattedratico Francesco Mario Pagano*, s.l., 1850.

(70) Il tribunale, istituito nel 1783, realizzava il tentativo di mettere al passo coi tempi le magistrature che esercitavano giustizia relativamente alle attività economiche. Pagano, mettendo pienamente a frutto la sua funzione 'difensiva', si rese parte attiva nello specifico settore e nel novembre 1789 dette alle stampe il *Ragionamento sulla libertà del commercio del pesce in Napoli*, con cui offriva una testimonianza inconfutabile della personale riluttanza ad essere un dottrinario, nella convinzione che non fosse sufficiente la mera libertà per vincere il « duro dominio dei pochi e dei potenti ». D'altro canto il tenace censore di Pagano, il Napoli Signorelli, non demordeva affatto, tant'è che nell'aprile del 1792 trovava modo dalle pagine della rivista napoletana « Analisi ragionata de' libri nuovi » di sferrare un nuovo attacco contro un « certo *catastrofista* italiano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

feroci contro i rei di Stato, che avrebbero visto Pagano protagonista fino all'esito supremo; per il momento, si tentava ancora di risolvere il contrasto lacerante tra gli sviluppi della vicenda storica e il dato giuridico positivo. Proprio per questo motivo i *Saggi politici* nelle due stesure (71) non coincidenti (72) del 1783-85 (73) e del 1791-92 (74) si presentano come un emblema di un 'passaggio' traumatico che l'Europa intera stava vivendo verso nuovi lidi del pensiero, della cultura, della società, della politica. I primi *Saggi* parlavano ancora la '*lingua*' massone; già nel 1787 Pagano riconosceva che il progetto era fallito e, per raggiungere l'obiettivo, bisognava ricominciare daccapo. Non è di poco rilievo che nella seconda edizione dei *Saggi* gli interessi giuridici e sociali rivestano una valenza preponderante: si manifesta, a ben vedere, l'intento di giungere ad una teoria politica. Il mutamento si avverte persino nella struttura del testo ove si sente perdurare la presenza di Locke, Montesquieu e Rousseau come capiscuola di un nuovo movimento di pensiero, ma ora l'attenzione si volge agli sviluppi degli studi di Voltaire, Robertson, Hume e Gibbon. Ed è con particolare insistenza che Pagano si concentra sull'equa suddivisione dei compiti a livello governativo e sul valore e sul rispetto della legge, proprio a seguito delle continue interferenze della Corte nell'amministrazione della giustizia e della consuetudine di comminare condanne senza neppure lo svolgimento di un vero processo. Nella società coeva, invero, la violenza si contrapponeva senza meno all'aspettativa di giustizia, la prepotenza al desiderio di ordine, ma ogni idea politica si sapeva essere condizionata dal loro rapporto (75): era, perciò, ine-

---

che s'è dato a snocciolar *Saggi politici* isolati e a fare a brani l'armonioso sistema del libro dei *Principii* del Vico » (cfr. VENTURI, *Riformatori*, cit., *Nota*, cit., p. 823).

(71) Per le edizioni delle opere paganiane si rinvia alle fondamentali "*ricerche bibliografiche*" in SOLARI, *Studi su Francesco Mario Pagano*, cit., III.

(72) Per l'analisi delle 'varianti testuali' cfr. F. M. PAGANO, *Saggi Politici. Luoghi e varianti della prima edizione (1783-1785) rispetto alla seconda (1791-1792) e altri scritti etico-politici*, a cura di L. Salvetti Firpo, Napoli, Vivarium, 2004.

(73) Il primo volume, come s'è detto (cfr. *supra*, p. 253), compare il 1783 'presso Gennaro Verriento', il secondo (*Del Civile Corso delle Nazioni*) il 1785 'presso Vincenzo Flauto'.

(74) F. M. PAGANO, *Saggi Politici. De' Principii, Progressi, E Decadenza Delle Società*, I, Edizione seconda corretta, ed accresciuta, Napoli, a spese di Filippo Raimondi, 1791; ID., *De' Saggi Politici*, II, Napoli, a spese di Filippo Raimondi, 1792.

(75) Come si ricorderà Vico, traendo frutto dalla lezione platonica in tema di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ludibile un patto sociale su cui fondare un ordine razionale. E Pagano per combattere l'arroganza del privilegio si armava di '*democrazia*', di democrazia '*civile*', non '*politica*': non vi erano ragioni naturali per stabilire l'inferiorità di alcuni individui ad altri, ma il governo era spazio gestibile solo dalle menti più elevate e virtuose.

5. *Senza legge « non può veruna società giammai sussistere ».*

Se i *Saggi* costituivano la '*trama*' fondante dell'orizzonte culturale e politico del Pagano, squarci di straordinaria valenza più squisitamente giuridica venivano dall'*ordito'* delle tre opere specificamente dedicate alla tematica penale: le *Considerazioni sul processo criminale*, pubblicata nel 1787, la *Logica de' probabili* e i *Principi del codice penale*, entrambe venute alla luce postume (76), rispettivamente il 1803 (77) ed il 1806 (78).

Le *Considerazioni*, elaborate, come già s'è detto, su richiesta del Medici, volevano costituire una risposta « allo stato miserevole dei giudizj penali, ancora mancipj di un sistema duramente inquisito-

---

persuasio et impulsio (*Respublica*, VII, 519-E), aveva asserito nel *De uno* (cap. CXVIII) che la potestà civile ha come fine peculiare la rimozione della violenza. Sulla relazione tra violenza ed ordine giuridico, sotto il profilo dell'analisi storico-filosofica, cfr. J. DERRIDA, *Forza di legge*, Torino, Boringhieri, 2003 [1994].

(76) Bisogna tener presente che le *Considerazioni* si presentano con un testo unico con limitate varianti tipografiche, in riferimento alle diverse tirature della prima edizione, mentre le opere postume vennero edite muovendo da manoscritti diversi. Per edizioni più recenti, *Considerazioni di Francesco Mario Pagano sul processo criminale*, in Napoli, MDCCLXXXVII, nella Stamperia Raimondiana, ed. an., con pref. di E. N. Buccico, Matera, 1995; F.M. PAGANO, *Principj del codice penale e Logica de' probabili*, rist. an. ed. Napoli 1819, Padova, Cedam, 1997; *Considerazioni sul processo criminale — Principj del codice penale — Teoria delle prove (Logica de' probabili) di Francesco Mario Pagano*, intr. di E. Palombi, pres. di G. Conso, 1998; *Principj del codice penale — Logica de' probabili per servire di teoria alle pruove nei Giudizi Criminali* (Napoli, 1815), in *Francesco Mario Pagano, Giustizia criminale e libertà civile*, intr. a cura di R. Racinaro, Roma, 2000.

(77) F. M. PAGANO, *Principj del codice penale [Teorie delle prove]*, Milano, presso Agnello Nobile libraio-stampatore, 1803.

(78) IDEM, *Principj del codice penale e Logica de' probabili, Per servire di teoria alle pruove nei Giudizj Criminali*, Napoli, presso Domenico Sangiacomo, 1806. Nel complesso dell'analisi del pensiero di Pagano bisogna parimenti aver presente il manoscritto del suo corso universitario *Della Ragion Criminale, Libri due, Dettati nell'Università degli Studi di Napoli dal dì 5 novembre 1794 sino a 3 giugno 1795* [BIBL. NAZ. NAPOLI, MS. XIX, 74].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rio » (79), che conosceva ampiamente l'onta della tortura, oltre ad essere viziato dall'arbitrio dei giudici. L'apparato giudiziario si mostrava chiaramente in difficoltà, non rispondendo ormai più alla sua funzione ed anzi determinando conseguenze sempre più gravi, ed al reggente della Vicaria Pagano sembrava l'uomo giusto per formulare proposte che consentissero di superare la crisi.

La frase di Tacito posta da Pagano in apice all'opera segnalava, emblematicamente, la sua percezione di un quadro politico che si deteriorava di giorno in giorno: *Sed, dum veritati consulitur, libertas corrumpebatur [Annales* 1.75.1].

Il Medici (80), invero, per aver espresso « una critica senza mezzi termini per l'organizzazione delle Segreterie » (81) rappresentava in quel periodo per gli intellettuali napoletani un punto di riferimento e Pagano nella lettera di presentazione delle *Considerazioni*, rivolta al reggente, poneva in chiaro quelle speranze, rammaricandosi per gli attacchi subiti in seguito alla pubblicazione dei *Saggi*, sottolineando, però, che « volere le riforme significava andare contro corrente, offendere numerosi interessi privati » (82). Nella stessa lettera, peraltro, rivendicava una necessità di concretezza, di attuazione dei '*principi fondamentali*' che bisognava urgentemente individuare, affinché l'ordinamento fosse interessato da un giusto cambiamento, contro un'accumulazione assurda di leggi secolari fautrice di ogni abuso (83).

---

(79) Finzi, *Il pensiero giuridico*, cit., p. 4. Di recente ha felicemente sintetizzato P. De Angelis, *Politica e giurisdizione nel pensiero di Francesco Mario Pagano con una scelta di suoi scritti*, pref. di G. Pugliese Carratelli, Napoli, 2006, p. 1: « Le *Considerazioni sul processo criminale* sintetizzano e perfezionano in molti punti la "istoria" politica dei sistemi giurisdizionali svolta nei *Saggi* e realizzano un programma di riforma degli ordinamenti penali, su basi storico-filosofiche. Al centro di questa analisi nelle *Considerazioni* si pone la critica dei sistemi processuali di tipo inquisitorio, una analisi sulla forma premoderna di costituzione a cui l'inquisizione corrisponde secondo l'analogia tra forma di governo e forma della giurisdizione penale ». Nel sistema delineato da Pagano la storia dell'evoluzione della giurisdizione e la critica dell'inquisizione divengono, a ben vedere, itinerari propri dell'indagine politica.

(80) Sulla contraddittoria figura del Reggente ed in particolare sulle riforme da lui poste in essere, cfr. *passim* G. Alessi, *Giustizia e polizia.* I. *Il controllo di una Capitale: Napoli 1779-1803*, Napoli, Jovene, 1992.

(81) Ivi, p. 77.

(82) Cfr. Venturi, *Riformatori*, cit., *Nota*, cit., p. 819.

(83) Del tutto evidente l'influenza esercitata dall'amico Filangieri. Già nella

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La riforma del processo costituiva, perciò, il primo passo, ma anche il più rilevante di una complessiva innovazione ordinamentale che doveva ruotare intorno ad un ben preciso, costante polo di riferimento: la libertà civile. Unico garante non poteva esserne che la legge stessa, « senza della quale non può veruna società giammai sussistere » (84). Il principio di legalità si poneva, quindi, come 'premessa' indispensabile per ogni ulteriore garanzia.

Circa la genesi, Pagano sembrava ripercorrere la diagnosi hobbesiana dello stato artificiale di natura.

> « Lo stato selvaggio e barbaro degli uomini è lo stato della guerra privata, della distruzione, del caos morale. Ivi ciascuno adopera le naturali forze dello spirito e del corpo, esercita le sue native potenze, per quanto l'appetito lo sprona. Gli oggetti da soddisfare gl'illimitati suoi desideri o non bastano, o dagli stessi gli oggetti medesimi vengono desiati, e quindi la collisione, la guerra, la dissociazione, l'universale di struggimento » (85).

Ma la soluzione alla 'violenza' trova in Pagano un iter assolutamente nuovo: l'idealismo di Leibniz, la cui purezza e presa di distanza dall'utilitarismo esercitano un fascino raro, si fonde con il pragmatismo lockiano e consente di realizzare una connessione tra il diritto, come dimensione teorica, e la realtà. Ha notato felicemente Cattaneo: « il diritto naturale [...] non è più visto come espressione della volontà divina [...] estranea all'essere umano, ma [...] come posto direttamente da Dio nel cuore e nella ragione dell'uomo » (86). Coerente nell'orizzonte così dischiuso si propone il cardine del 'sistema' paganiano:

> « l'architetto supremo della natura, che vuole la conservazione delle specie tutte, le quali ha colla divina sua mano nell'universo sparse e piantate, per mezzo dello sviluppo de' suoi bisogni medesimi e delle naturali facoltà sospinse l'uomo alla società, e lo ridusse sotto il freno di quell'eterna legge, scritta nel codice dell'universo, scolpita nella luce de' cieli, nel corso de' pianeti, e nel fondo del cuore umano » (87).

Scienza vi erano diffuse tracce del ricorso al metodo storico comparativo, come base per il superamento della teoria meramente formalistica del diritto. Secondo questo metodo, le leggi penali sono corrispondenti, in un rapporto di '*analogia*', con la '*natura*' del governo, con una duplice conseguenza, conoscitiva ed politica.

(84) *Considerazioni*, cap. I, *Della libertà civile*.

(85) *Ibidem*.

(86) M.A. CATTANEO, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*, Ferrara, De Salvia, 1974, p. 5.

(87) *Considerazioni*, cap. I, *Della libertà civile*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tale legge risulta caratterizzata dall'essere comunque « unica ed eterna ». Solo che, calandosi sul mondo 'fisico', vi « forma l'ordine » con specifico riferimento « al moto de' corpi »; presa in considerazione, per 'analogia', « in rapporto degli individui tutti componenti l'ampia famiglia del genere umano » assume le sembianze (« dicesi ») di « *legge di natura* »; rapportata « alle diverse nazioni, come particolari individui annoverate » vien designata « *legge delle genti* »; 'finalmente', nel flusso della storia, « adattandosi ad una particolar società », si propone come « *legge civile* ». In quanto 'limitazione' agli « esercizi delle naturali potenze » è all'origine della pace, della concordia, della società, trovando un punto di bilanciamento proprio nell''uguaglianza' in quella 'limitazione' estrinsecata:

> « di cotesta limitazione altra non è la norma, che la conservazione insieme combinata di ogni individuo e della specie intera: cosicché ciascuno possa a sua voglia usare le sue facoltà, come e quanto né a se né ad altrui noccia » (88).

Il liberalismo con le sue scorie di empirismo, che pur si percepisce ancora, sembra 'trasfigurarsi': la libertà è tale solo se si esprime in ordine ad un interesse generale ed in ciò, secondo Pagano, si realizza, appunto, « l'equilibrio e l'ordine ». Di conseguenza, la pena « nell'ordine morale è quanto la resistenza nei corpi »:

> « Gli esseri sensibili ed intelligenti, perché liberi, possono violentare ed essere violentati. Ma la pena è la resistenza, l'argine, la limitazione del libero ed illimitato esercizio delle naturali facoltà, la mantenitrice della società, la madre dell'ordine, la difenditrice delle leggi, o la legge medesima ».

Una vera e propria 'ipostasi' della legge, che tuttavia, non mette in orbace la dimensione storica, fin troppo presente all''avvocato' dalla prassi forense indotto a constatare che, se è pur vero l'assunto secondo cui « il dritto, che garantito non vien dalla forza, è nullo e vano », non è men vero che

> « se la legge fornisca il mezzo o ad un cittadino privato, o ad una intera classe ed ordine dello stato, ovvero al magistrato istesso di opprimer gli altri col braccio della pubblica forza, che deve tutti ugualmente difendere, non solo omettendo, ma commettendo altresì, spegne la libertà civile ».

---

(88) *Ibidem*. Sul 'nesso' fra natura e società spunti di grande interesse in P. COSTA, *Le api e l'alveare. Immagini dell'ordine fra 'antico' e 'moderno'*, in *Ordo Iuris. Storia e forma dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 373-409.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Di qui, secondo Pagano, la duplice funzione della legge: 'equilibrio' tra le pari 'libertà' dei cittadini e garanzia di questi nei confronti della benché minima traccia di 'compressione' della libertà — in tal senso era da respingere come 'oppressiva' persino l'opinione (89) — proveniente dal potere sovrano. Se la libertà si lega indissolubilmente all'abbandono di ogni espressione di giustizia negoziata a vantaggio di una giustizia egemonica (90), in cui non vi sia spazio per l'impunità, il processo diviene effettivamente la 'trinciera' della libertà che rischi ancor maggiori corre dall'abuso del magistrato:

> « se per indagare e punire i delitti sciolgansi soverchiamente le mani del giudice, ond'ei molto ardisca, ed illimitatamente adoperi; se la legge gli somministri il mezzo, per cui o il cieco zelo, o la malvagità coverta del manto del giusto possa attentare sui dritti del cittadino, abusare del sacro deposito del pubblico potere, la libertà e l'innocenza, i due gran numi che devono sovr'ogni altra cosa rispettare le leggi, non saranno giammai sicure ».

Evidente la centralità 'costituzionale' delle riflessioni in tema di processo in una prospettiva incentrata sui 'corsi'. Lungi da una prospettiva utopistica, Pagano effettivamente concorreva a dimostrare che le norme sulla procedura avrebbero potuto essere realmente riformate, come 'disciplina giuridica', solo avendo riguardo « al sistema penale colla natura del governo ». Già Filangieri (91), dichiarandosi espressamente debitore di Vico (92), aveva prospettato

---

(89) *Ibidem*: « Né solo col fatto, ma colla potenza eziandio di poterlo fare, anche che non si arrechi violenza alcuna, offendesi la libertà. La sua delicatezza si è pur tale e tanta, che ogni ombra l'offusca, ogni più lieve fiato l'adugge. L'opinione sola di potere impunemente essere oppresso ci dispoglia della libera facoltà di valerci de' nostri dritti. Il timore attacca la libertà nella sua sorgente istessa ».

(90) In questa chiave sviluppa la sua raffinata analisi M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa*, Bari-Roma, Laterza, 2004, pp. 163-205.

(91) *La Scienza della legislazione*, Tomo III, Libro III, *Delle leggi criminali*, Parte seconda, Cap. XXXV, *Del rapporto delle pene coi diversi oggetti, che compongono lo stato di una Nazione* (rist. an. Venezia, 2004, p. 71).

(92) In particolare, VICO, *De uno*, cit., cap. 100, cap. 124 e cap. 135, e ID., *De constantia*, cit., par. II, cap. 113. A differenza che nel citato Cap. XXXV del Libro III della *Scienza*, nel Libro V '*Delle leggi che riguardano la religione*' Filangieri non cita mai Vico, ancorché non vi sia « una sola idea direttiva che non si rinvenga, e talora con le medesime parole, nella *Scienza nuova* » (B. CROCE, *Bibliografia vichiana*, Milano-Napoli, Ricciardi, 1948, I, p. 331). Tuttavia, i ripetuti rinvii nel Libro V al capo 35 del Libro III, ed indirettamente allo schema evolutivo vichiano, consentono di ritenere integralmente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che la legislazione avrebbe convertito la *violenza privata* in *violenza pubblica*, segnando così il primo passaggio verso la formazione dello Stato di diritto. Pagano, nel *Generale prospetto della storia del regno*, con cui si chiudeva la prima edizione dei *Saggi Politici*, si soffermava sulle cause storico-politiche della decadenza delle forme legali del processo penale accusatorio, corrispondenti alle costituzioni più evolute, e sottolineava in particolare la connessione tra '*dispotismo*' e sistema penale. La decadenza politica si convertiva, quindi, in giudizi arbitrari, in processi straordinari, in cui la giustizia si realizzava *de plano*, *sine strepitu et figura judicii*, ossia secondo equità sommaria e 'naturale', quant'a dire priva di cultura e di metodo giuridico. Il metodo comparativo adottato nelle *Considerazioni* consentiva senza meno di asserire che

> « cotesta libertà civile vien custodita dalla criminale legislazione e da' pubblici giudizi, l'oggetto più principale e più interessante di quella. Il criminale processo, stabilendo la forma de' pubblici giudizi, è la custodia della libertà, la trinciera contro la prepotenza, l'indice certo della felicità nazionale ».

Era schiusa la strada per intervenire sul processo in coerenza alle nuove condizioni di 'eguaglianza' politica tra i cittadini, demolendo collateralmente alla giustizia feudale la connessione tra potere temporale e religioso (93).

6. *« Il processo fa quel corso medesimo, che compiono le nazioni ».*

È ben noto che Vico, al fine di esprimere il simbolismo processuale fondato sulla 'mimesi', ricorre al termine "*fabula*" *juris antiqui fabulas* (94) indicativo, secondo la terminologia aristotelica della poetica, dell'aspetto imitativo della procedura: la finta "violenza"

---

intrisa di Vico la trama filangieriana relativa all'origine contemporanea di un'autorità politica 'indistinta' da quella religiosa, la cui radice è ravvisata nell'autorità dei *patres* e nella pratica augurale domestica. Sono motivi di una lettura 'unitaria' presenti ugualmente in PAGANO, *De' saggi politici*, cit., II, pp. 22-43 e 65-77, e III, pp. 17-30.

(93) Cfr. in particolare DE ANGELIS, *Politica*, cit., p. I, *Religione e Stato nelle società politiche arcaiche.*

(94) VICO, *De uno*, CXXIV, *Ius Quiritium Romanorum — Fabula Iuris Gentium* [2]: « Et sic, per haec violentiae imitamenta, ius quiritium romanorum quandam iuris gentium fabulam agere videbatur ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ritualizzata aveva, quindi, estinto nel tempo le 'guerre private' e 'simbolicamente' costituito l'equità oggettiva delle procedure (95).

Filangieri, in un famoso passaggio del libro III della *Scienza della legislazione*, aveva ripreso la lettura vichiana delle fonti giustinianee (96) con qualche non marginale ritocco.

> « Il *Jus majorum gentium*, o sia il *dritto* della *violenza privata*, è l'unico dritto, che regna tra' capi di queste famiglie in questa primitiva società. La forza occupa i terreni; ne fissa i limiti; ne innalza i termini; ne difende il possesso. La *tutela* de' beni, della persona, e de' naturali dritti è a questa affidata. La giurisprudenza *formolaria* introdotta nelle società civili non è che il simbolo, che l'*immagine* di ciò che in questo stato di cose si praticava, e si pratica, da' popoli che si trovano ancora nelle medesime circostanze. Ciò che oggi sono nomi, sono formole, sono segni, erano allora atti reali » (97).

E Pagano, non tralasciando di aggiungere un'annotazione filologica (98), nel rappresentare della vicenda del processo il succedersi di diverse fasi storiche, riferisce senza meno: « Il processo romano antico ci presenta l'immagine di una guerra con ogni solennità eseguita » (99). Del resto, già Gravina, ben conosciuto da Pagano (100), aveva segnalato lo stesso sviluppo: « verum praelium in imaginarium aliud festucarum conflictu imitatum converteretur » (101). Il giurista brientino non poteva comunque non rilevare che tra il superamento della barbarie, connotata dal lungo protrarsi della vendetta privata, e l'effettiva introduzione dell'eguaglianza dinanzi alla legge e del pubblico processo penale si erano avuti

---

(95) VICO, *De constantia* [II, XXII-XXVII]: « Inde postremo cessere inter gentes vi exerceri privata iura, et successere illa *violentiae imitamenta* ».

(96) FILANGIERI, *La Scienza*, cit., Tomo III, Libro III, *Delle leggi criminali*, Parte seconda, Cap. XXXV, p. 71: « Giustiniano, forse per questa ragione, le chiamava *juris antiqui fabulas*; ed in fatti *Jus Quiritium* de' Romani, come lo dimostra il celebre Vico, non conteneva che i simboli di quello che si praticava nell'antico stato della naturale indipendenza ».

(97) Ivi, p. 71.

(98) PAGANO, *Saggi*, cit., I, *Appendice*, XVI: « Così fatte eroiche narrazioni furon dette *fabulae*, da' latini, e *mythoi* da' Greci. E *fabula* val quanto discorso, essendo originata da *fari*, discorrere. Ed è la medesima la nozione di *mythos*, che vale parola, detto ».

(99) PAGANO, *Considerazioni*, cit., VII.

(100) Alcuni passi dell'*Oratio* del giurista cosentino (cfr. *supra* nt. 51) erano stati puntualmente ripresi da Pagano nella *Oratio ad comitem Orlow*.

(101) G. GRAVINA, *Oratio pro romanis legibus*, in ID., *Orationes*, Neapoli 1723, VII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sviluppi intermedi, evoluzioni del tutto insufficienti, in cui perdurava il principio del risarcimento e della transazione privata (102). Solo a seguito della costituzione di un potere pubblico sovrano, « non più a' privati i fuggiaschi avean ricorso, ma al sovrano, ed al regnante senato [...] per far la pace e stabilire le transazioni ». Implicita la condanna per gli ordinamenti che, conservando la presenza feudale, erano connotati da frammentazione e particolarismo (103).

Certo, agli occhi dell'impegnato giurista il quadro dello stato della giustizia che gli si presentava era avvilente ed arcaico nella perdurante contrapposizione tra '*vera respublica*' e '*vis privata*'. Le tesi già sostenute sotto il profilo politico generale nei *Saggi* trovavano, così, puntuale riscontro nelle *Considerazioni.* Se l'impunità era configurata come « prima distruttrice della libertà civile », neppur era da spingersi all'estremo 'opposto', ossia « nell'eccesso del ri-

(102) Sulla giustizia 'negoziata' ancora una volta va rammentata la puntuale lettura di Sbriccoli, *Giustizia*, cit. (cfr. *supra*, nt. 90). Pagano esprimeva la più ferma ripulsa per ogni residuo di un regime reputato 'barbaro'. Per l'immunità reale anzitutto, che costituiva un residuo arcaico e nel Regno perdurava tuttavia, ben oltre il *Trattato di Accomodamento tra la S. Sede e la Corte di Napoli, conchiuso in Roma tra li Plenipotenziarj della Santità di Nostro Signore Papa Benedetto XIV e della Maestà di Carlo Infante di Spagna, Re delle Due Sicilie*, in Napoli MDCCXLI, istitutivo del Tribunale Misto. Parimenti condannata in maniera recisa era la transazione pecuniaria, su cui parole memorabili furono scritte nei *Saggi Politici* (« Questi barbari diritti, questa facoltà di transigere con certa quantità di denaro [...]; diritti e facoltà, che per vergogna del secolo colto e illuminato, in cui viviamo, sussistono ancora, che mettono in mano del suddito la suprema potenza legislativa, a cui solo si appartiene stabilire le pene e fissarne la qualità [...] pongono il suddito al di sopra del sovrano stesso ») e nei *Principj del codice penale* (« L'origine di siffatte transazioni ripeter si dee dall'epoca della barbarie delle Nazioni. Quando non erasi pienamente ancora sabilita la pubblica forza, ricorrevasi alla privata, e l'intestina guerra decideva delle controversie tutte [...] », cap. XVII).

(103) Già Vico, parlando dei propri tempi (« infino alla mia età ») metteva in rilievo la perdurante carenza della giurisdizione statale: « nel nostro Reame di Napoli [...] i baroni, non co i giudizi civili ma co' duelli vendicavano gli attentati fatti da altri baroni dentro i territori de' loro feudi » (Vico, *La scienza nova*, cit., V, 2). In effetti, nel contesto di un vasto processo di « dissoluzione dei poteri feudali, si registrava in Europa, sia pure in forma embrionale, progressivamente, il tentativo di limitare l'esercizio dei poteri giurisdizionali feudali, in un contrasto diretto a delimitare definitivamente le strutture politiche feudali contrapposte a quelle dello Stato » (De Angelis, *Politica*, cit., p. 20).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gore » (104) giacché « un soverchio impegno di punire i rei, un eccessivo rigore, un precipitoso gastigo si menano dietro di necessità funesti effetti » (105). L'esperienza forense offriva un affresco dell'abuso in ogni dettaglio, sostanziale e processuale, e, alla luce di quella, Pagano coglieva il nodo critico del sistema nella carenza di garanzia indotta dall'intreccio tra perdurante sussistenza della giustizia feudale (106) e conservazione di un 'impianto' inquisitorio:

> « Ove una legge, in caratteri di sangue impressa, comanda che il più leggero fallo non resti impunito, che ogni delitto dalle tenebre, nelle quali la fatalità l'involge talora, al chiaro giorno de' giudizi sia necessariamente tratto; che un momento non divida la pena dal delitto, ivi fa pur d'uopo che nelle mani del giudice ella confidi un arbitrario ed smoderato potere. La prontezza dell'esecutore esclude la formalità, e sostituisce al processo l'assoluta volontà dell'esecutore. La rigorosa ricerca dell'occulto non si adempie che per mezzo d'un illimitato potere, e di necessarie violenze ed attentati su la libertà dell'innocente. E sì fatto ed illimitato potere d'un terribile inquisitore non può esser soggetto ai legami d'un regolare processo ».

Seguendo un ragionamento puramente logico, in cui la coerenza dell'assolutismo in veste processuale non vien sindacata sotto il profilo etico, ma anzi 'depurata' di ogni elusiva correzione transattiva, si perviene alla conclusione di radicale inconciliabilità tra 'prassi inquisitoria' e 'regolare processo'. Il fine, segnalato nello sviluppo logico come determinante di ogni opzione, diviene in effetti il fulcro di ogni riflessione, ma anche di ogni intervento non limitato all'apparenza. Appare, persino, superata la polemica — così pun-

(104) PAGANO, *Considerazioni*, cit., V.

(105) *Ibidem.*

(106) PAGANO, *Saggi*, cit., III, cap. XVI: « vi sono cittadini, che imbrandiscono il terribil gladio della giustizia [e] emuli del trono l'annoverano tra l'eredità de' loro maggiori: ove si esige ubbidienza e fedeltà alla privata persona [...] ivi non v'ha civile libertà, non regno, ma una feroce aristocrazia oltraggiosa al sovrano e al popolo; ivi regna la barbarie, e son pur lontani i sereni e felici giorni della cultura e dell'umanità ». Se si tien conto che il brano si lega alla rappresentazione della tranquilla serenità regnante a Scheria, di cui al canto VII dell'*Odissea*, e che, facendo leva sulla nostalgia, suscita in Ulisse l'aspettativa di un 'clima' analogo per Itaca, ma soprattutto della sua presenza fin dalla prima edizione dei *Saggi*, quando da breve tempo era divenuto oggetto centrale del dibattito 'culturale' il libro III de *La Scienza della legislazione*, ci è dato cogliere il grado di maturazione del pensiero di Pagano, ma ancor più l'intensità della temperie politica determinatasi nel Regno.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tualmente iterata dall'amico Filangieri (107) — al Rousseau veicolato da Beccaria, sulla base di una 'coltivata' ponderazione storica:

> « In tale stato la libertà civile non può in alcun conto allignare. Noi non saremo giammai stanchi di ridire che dove i dritti civili possono essere impunemente offesi, che dove regna una forza, che non sia già quella della legge, la qual privata forza o ci tolga di fatti, o almeno possa impedire il libero esercizio della nostra volontà, ivi la pubblica sicurezza è perduta del tutto ».

Delineata, così, un'assoluta coerenza tra '*vera respublica*' e legge, il 'privato luogo de' giudizi', di per sé connotante la 'decadenza' di ogni autentica forma di vita pubblica, si rapportava, non meno coerentemente, a tutti i tratti peculiari dei sistemi inquisitori, ed anzitutto alla prassi del *secretum* tipica dell'inquisizione ecclesiastica (108). Quanto, peraltro, fosse rilevante lo scontro giurisdizionale

---

(107) Cfr. ad esempio, FILANGIERI, *La Scienza*, cit., Tomo III, Libro III, *Delle leggi criminali*, Parte seconda, Cap. XXIX, p. 22: « L'autore celebre del *Contratto sociale* tentò un'altra strada per giustificare l'uso di queste pene; ma, senza negare al ragionamento di questo filosofo quella profondità che ha sempre mostrata nelle sue produzioni, ardisco dire che vi sarà sempre come difendere il proposto sofisma, finché non si ricorra a' veri principi da' quali dedur si deve il dritto di punire ». A suffragare i 'veri principi', nel dare fondamento 'naturale' al 'penale, il filosofo napoletano chiama in causa la lettura del « più gran pensatore dell'Europa, l'immortale Locke » laddove dice: « Le naturali leggi, non altrimenti che tutte le altre leggi che s'impongono agli uomini in questa terra, sarebbero interamente inutili, se nello stato di natura niuno avesse il potere di farle eseguire e di punire coloro che le violano o contro ad un particolare o contro a tutto il genere umano, la conservazione del quale è lo scopo di queste leggi comuni a tutti gli uomini. Se dee dunque esistere nello stato di natura il dritto di punire i delitti, è chiaro che ciascuno deve avere questo dritto sopra tutti gli altri, poiché tutti gli uomini sono naturalmente uguali », ossia « perché il dritto che in questo stato ha uno come uomo, lo debbono necessariamente avere tutti gli altri uomini » (ivi, p. 24). Locke, per vero, sostiene: « For the Law of Nature would, as all other Laws that concern Men in this World, be in vain, if there were no body that in the State of Nature, had a Power to Execute that Law, and thereby preserve the innocent and restrain offenders, and if any one in the State of Nature may punish another, for any evil he has done, every one may do so » (J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, II, §. 7), ma di Locke, com'è noto, Filangieri aveva presente l'edizione francese (*Du gouvernement civil*, Genéve, Du Villard & Jacquier, 1724).

(108) All'origine della procedura del *secretum* ed alla sua stretta connessione con il metodo inquisitorio Pagano dedicava l'intero cap. XII delle *Considerazioni.* Al quarto paragrafo, in particolare affermava: « sotto i romani imperadori si stabilì la prima volta l'inquisizione. Ella per sua natura seco portava il secreto. Senza accusatore, e perciò

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in atto (109), non solo per le rivendicazioni della curia (110), ma anche sotto il profilo tecnico-giuridico era lo stesso Nicolò Caravita ad aver messo in opportuno rilievo (111), da un lato rendendo palese la particolare stortura realizzata dalle procedure nei reati d'*eresia* (112),

---

senza citazion de' rei informavasi l'inquisitore de' celebri delinquenti [...] Federico II adottò da' Romani l'antico sistema dell'inquisizione colla costituzione *Inquisitiones generales*, ma non col metodo degli antichi se ne valse; ma bensì con quel terribile e feroce introdotto dagli ecclesiastici [...]. Veggasi l'intero titolo delle decretali *de accusationibus*, e da quello si scorgerà ben chiaro, che gli ecclesiastici dalla pastorale vigilanza dedussero il fatale dritto d'inquirere. Innocenzo III, nel 23 cap. del titolo citato ripete l'autorità d'inquirere dal Vangelo [...]. L'istesso Innocenzo nella XIII decretale del tit. *de Judiciis*, ove gitta i fondamenti dell'universale monarchia, ed alla tiara tenta soggettar lo scettro, erigendosi giudice in una contesa tra il re di Francia e d'Inghilterra, dice, che in qualunque fatto umano siavi peccato, estendasi la giuridizione papale, onde ei conoscer ne debba; poiché nel vangelo vien ordinato a ciascuno di fare alla chiesa palese, che il peccatore fraternamente pria corretto non abbia voluto emendarsi. Si scorgerà ben anche dalle decretali de' papi introdotto l'uso funesto di condannare il reo in vigore del processo inquisitorio, uso che Federico nelle sue costituzioni adottò. Né dunque l'ignoranza della voce latina, né il disuso de' pubblici combattimenti la secreta maniera ne' giudizi introdusse, ma un passo di più dato da' papi nel sentiero dell'inquisizione, aperto dapprima dagl'imperadori romani ». Del resto, P. SARPI (*Discorso dell'origine, forma, ed uso dell'Ufficio dell'Inquisizione nella città, e dominio di Venezia*, s.l., 1638) aveva da tempo indicato quanto i cerimoniali giudiziari canonici fossero finalizzati a tutelare meri interessi particolari.

(109) Anche per un'ampia rassegna della specifica letteratura cfr. A. CERNIGLIARO, *La "polizia del Regno" per moderare la Manomorta ecclesiastica*, in « Archivio Storico per le Province Napoletane », CXXIV, 2006, pp. 167-250

(110) Ne era segno estremamente significativo quel *Nullum ius* di NICOLÒ CARAVITA che, diffusissimo nei circoli illuministici napoletani, avrebbe avuto larghissima fortuna per merito della Pimentel (*Niun diritto compete al Sommo Pontefice sul Regno di Napoli. Dissertazione istorica-legale del consigliere Nicolò Caravita*, tradotta dal latino, ed illustrata con varie note. Aletopoli, 1790, Discorso preliminare di Eleonora de Fonseca Pimentel).

(111) N. CARAVITA, *Ragioni a pro della Fedelissima Città di Napoli e Regno di Napoli contr'al procedimento straordinario nelle cause del Sant'Officio, Divisate in tre capi* [BIBL. NAZ. NAPOLI, ms. XV B 2]. Vi si sofferma ampiamente DE ANGELIS, *Politica*, cit., p. 163.

(112) Commentando l'editto del 1692 che, operando in tema di *haeretica pravitas*, pretendeva di sfuggire alla delibazione dell'*exequatur*, scriveva nel 1709 CARAVITA: « Finalmente vien l'editto a perducere ad ultimo compimento il grande intendimento di non lasciar niuna persona non soggetta alla inquisizione e comanda che si denunzino i conventicoli. Per questo titolo potrebber tutti coloro, che [...] si raunano a ragionare insieme con loro amici di cose a Filosofia, o Matematica, appartenenti: [...] che si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dall'altro, sostenendo in ogni caso come ineludibile la contestazione formale e pubblica (113). Ora, Pagano appuntava la sua critica all'adozione da parte della giurisdizione dello Stato dei medesimi criteri inquisitori, rivolti a ben vedere alla manutenzione di interessi particolari, mentre, essendo fine precipuo dello Stato « la conservazione e difesa de' dritti naturali degli uomini ridotti in società », al grado di sicurezza di esercizio di quei diritti — soprattutto dei diritti politici — per tutti i consociati restava affidata l'effettività della libertà civile (114). Radicalmente nuovi erano i principi di riferimento, incentrati tutti nella originale e 'rivoluzionaria' accezione di *vis publica* come « forza che accorda la tutela nella giustizia e resiste alla violenza » (115). Ma ancora una volta si avverte nel Pagano 'costituzionalista' l'influsso della formazione genovesiana quando si delinea, per una giustizia in una prospettiva liberale, l'esigenza di contemperare ragione e volontà:

> « In ciascuna operazione degli esseri intelligenti conviensi distinguere più cose; prima, la conoscenza di ciò che debbasi fare, cioè a dire de' scopi a' quali è da tendere, la volontà di operare e l'azion medesima: intelligenza degli oggetti, a' quali il corpo sociale deesi guidare, volontà ed esecuzione. L'intelligenza forma la legge, la volontà ne stabilisce la sanzione, l'operazione è l'esecuzione medesima. L'intendimento però o vede in generale ciò che convengasi oprare, e si forma le generali norme dell'oprare, cioè le leggi; ovvero ne' particolari casi investiga quello che a tenor delle generali norme sia da fare, ed è questo il potere giudiziario; e, quando opera secondo coteste speciali deliberazioni, esegue. Il poter giudiziario adunque è medio tra il legislativo e l'esecutivo, e dell'uno e dell'altro è partecipe. È legislatore ne' particolari casi, ed esegue le norme generali » (116).

In questo quadro rimane decisivo il criterio dell'uguaglianza, proprio al fine di evitare che le leggi penali divengano meri 'pretesti della violenza', come aveva in tema di tortura indicato Beccaria:

> « La tortura è stata abolita nella Svezia, abolita da uno de' piú saggi monarchi dell'Europa, che avendo portata la filosofia sul trono, legislatore

---

dinunziassero per ogni sospetto, o perché alla Inquisizione piacesse d'averli per sospetto. E così già sottomesso è tutto il mondo al Tribunale della inquisizione ».

(113) Anche nei delitti di fede Caravita espressamente asseriva che « saper non si puote, se vera sia l'accusa, o la scusa, per niuna miglior guisa, che ascoltando insieme, accusatore e 'l reo » (*Ragioni*, cit., II, 54).

(114) In tema della 'regolarità del governo' come espressione stessa della libertà civile cfr. De Angelis, *Politica*, cit., p. 25.

(115) *Ibidem.*

(116) Pagano, *Saggi*[2], cit., V, XXII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> amico de' suoi sudditi, gli ha resi uguali e liberi nella dipendenza delle leggi, che è la sola uguaglianza e libertà che possono gli uomini ragionevoli esigere nelle presenti combinazioni di cose. La tortura non è creduta necessaria dalle leggi degli eserciti composti per la maggior parte della feccia delle nazioni, che sembrerebbono perciò doversene più d'ogni altro ceto servire. Strana cosa, per chi non considera quanto sia grande la tirannia dell'uso, che le pacifiche leggi debbano apprendere dagli animi induriti alle stragi ed al sangue il piú umano metodo di giudicare » (117).

Ed il tema centrale dell'eguaglianza come 'trama' della legge, la cui carenza si converte in sostanziale conservazione della 'violenza privata', veniva proposto da Pagano nei *Saggi* con espressioni divenute giustamente famose.

> « Quando la legge in favor di una parte de' cittadini restringa i dritti dell'altra, quando ella presti la mano e la pubblica forza all'oppressione di una classe dello Stato, come avviene nel governo feudale, direttamente eziandio rovescia le fondamenta della libertà civile.
>
> Se ella poi trascuri di opporre i necessarj ostacoli alla violenza privata, se non pensi a render sicuro il cittadino, se, per difetto di buon ordine, gli esecutori delle leggi, abusando della pubblica autorità, impunemente opprimano il cittadino, indirettamente allor la legge favorisce la servitù civile » (118).

Il sistema penale si poneva, quindi, in funzione della 'libertà civile' come segnalato nella 'Introduzione' delle *Considerazioni*, ove, però, veniva introdotto un elemento di assoluta originalità. Dopo la già indicata dedica a Luigi de' Medici, Pagano, offrendo le linee generali sui principi del diritto, sinteticamente soggiungeva che

> « Cotesta libertà civile vien custodita dalla criminale legislazione, e da' pubblici giudizj, l'oggetto più principale e più interessante di quella ».

Si trattava di una vera e propria dichiarazione programmatica: se la legislazione penale occupava l'orizzonte dell'imminente riforma degli ordinamenti, la procedura penale, ossia la scienza della 'forma dei giudizj', ne costituiva l'elemento 'più principale', il nucleo.

7. *Ascoltare insieme « l'accusatore, e 'l reo ».*

Bisogna dire, intanto, che la posizione politica di Pagano restava

---

(117) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Firenze, Le Monnier, 1854, §. XVI.
(118) PAGANO, *Saggi*[2], cit., V, XVI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ancora incerta. Aveva sì già rintuzzato nella *Lettera apologetica* (119) le accuse, più che mai gravi nella specifica congiuntura, di ateismo e lesa maestà contro di lui rivolte dopo la pubblicazione dei *Saggi* e le sue ragioni un'evidente presa dovevano aver fatto se il Medici si era sbilanciato ad averlo incaricato di articolare un progetto di riforma. Ma era lo stesso invito al ministro contenuto nella *Lettera* ad assumere una posizione di rottura con il 'partito dei conservatori' (120) che esplicitamente preludeva a connotare le linee di un piano 'articolato' rivolto ad intervenire, 'complessivamente' e *funditus*, alle radici di un sistema denotante quelle « profonde piaghe, che infermo e guasto rendono l'universale criminal sistema d'Europa ». Di contro ai giuristi che mettevano in campo « la memoria per ragione e l'autorità per evidenza » Pagano evocava la 'filosofia della storia' come 'luce della cultura' nelle 'tenebre del foro' (121). Trovava, così, una ponderata valutazione lo sviluppo che si prospettava dalla *vis privata* alla *vis publica* (122), che propriamente si rendeva coerente ad un più moderno concetto di sovranità in cui la mera autotutela si convertiva in forza pubblica dello Stato: come aveva già detto Gravina, *a rixis ad judicia* (123). Seguendo questo crinale, le differenziazioni tra modelli processuali diversi, ed in effetti contrapposti, non rientrano più come 'rappresentazioni', a volte persino sottili e raffinate, entro uno schema, tipico delle opere scolastiche, in grado tuttavia di chiamar in gioco innanzi alle medesime corti di giustizia ambedue le varianti secondo le circostanze, ma vengono proposte in una effettiva, radicale alternatività non solo scientifica, ma politica, in stretta congruenza con i sistemi costituzionali di riferimento. 'Accusatorio' ed 'inquisitorio' non si propongono più come formule

(119) Cfr. *supra*, nt. 63.

(120) « Un autore, il quale non ha sposato, che il partito della verità, che altro interesse non ha, fuor che il pubblico bene, offender deve sovente gli interessi privati di molti, de' quali si attira addosso l'inimicizia, e la maldicenza » (*Lettera*, cit.).

(121) Sono termini ed espressioni ricorrenti nella *Dedica* delle *Considerazioni*: « Oso colla fiaccola della filosofia correr per entro le tenebre del Foro ».

(122) La *vis* non viene scalfita, ma muta radicalmente di significato a seguito di una metamorfosi strutturale: « Il dritto che garentito non vien dalla forza, è nullo e vano. Nello stato selvaggio e barbaro la forza privata sostiene il dritto di ciascuno. Nella città la pubblica forza del sommo impero protegger dee i dritti dei cittadini » (PAGANO, *Considerazioni*, cit., I).

(123) GRAVINA, *Oratio pro romanis legibus*, cit., VII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'complessivamente' vaghe, in considerazione di una 'sostanziale', arbitraria, compatibilità nella prassi, ma divengono sfere assolutamente separate, ognuna con specifici e distinti tratti. Sullo scorcio del Settecento prevalevano quasi ovunque profili tipici della prassi inquisitoria, ed anzitutto il rito segreto, il sistema di prova privilegiata e, quindi, il ricorso alla tortura, l'ampio uso della redazione in scritto della testimonianza, l'esecuzione pubblica (124). Non era, tuttavia, radicalmente esclusa una concorrente, residuale, presenza di istituti 'accusatori' derivanti da una sotterranea persistenza di figure romanistiche, come l'intervento probatorio delle parti private (125). Commistione di prassi (126), riti alternativi, *praevia inquisitione* erano, in effetti, tutti sintomi di un'insufficiente distinzione, persino nella dottrina (127), quanto meno continentale (128). Una

(124) In tal senso la pressoché coeva lettura di Cremani: « Verum, cum apud nos secus apud antiquos Romanos, probationes inscio reo quaerantur, occulta manet et quasi tenebris involuta jacet inquisitorii processus forma, donec in probationibus illis simul colligendis industria judicis occupatur » (A. CREMANI, *De jure criminali. Libri tres*, Ticini, apud haeredes Petri Galeatii, 1791, III, V, p. 530, e diffusamente cap. VI). Sulla complessa figura del giurista aretino sono rilevanti i numerosi e puntuali contributi di E. DEZZA (da *Accusa e inquisizione dal Diritto comune ai codici moderni*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 142-4, a *Il magistero di Luigi Cremani e la formazione del giurista a Pavia nell'età delle riforme*, in *Formare il giurista: esperienze nell'area lombarda tra Sette e Ottocento*, a cura di M.G. di Renzo Villata, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 107-72) e il recente saggio di M. MONTORZI, *Luigi Cremani: il problema dell'*imputabilitas *nella crisi del Diritto Comune pre-codificatorio*, in ID., *Crepuscoli Granducali. Incontri di esperienza e di cultura giuridica in Toscana sulle soglie dell'età contemporanea*, Pisa, ed. ETS, 2006, pp. 115-146.

(125) Questa ascendenza viene ritenuta un 'luogo comune' in una « produzione tutto sommato attardata, anche in esempi assai illustri come quelli di Filippo Maria Renazzi o Luigi Cremani » da G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 131.

(126) Proprio Pagano lo rilevava con 'indignazione': « si formò un mostruoso mescuglio d'inquisitorio e di accusatorio processo » (*Considerazioni*, cit., XXII).

(127) Per il riemergere di « legami con concezioni ed *auctoritates* del diritto comune » persino in giuristi come Tommaso Briganti che davano ad intendere di aver superato sul terreno del 'libero convincimento' i 'fallaci' dibattiti sul sistema di prova legale, rivolgendo l'attenzione alle regole legislative sulla pronuncia dell'accusa e alle relative eccezioni (T. BRIGANTI, *Pratica criminale delle corti regie e baronali del Regno di Napoli*, Napoli, per Vincenzo Mazzola, 1754, tit. II), cfr. le osservazioni di G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, Jovene, 1979, p. 203.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nitida scelta non si riscontrava, a ben vedere, nel sistema penale leopoldino (129), ma neppure nei più significativi studi teorici, soprattutto in riferimento al valore da attribuire agli atti della fase 'preliminare'.

Un « profondo senso della realtà » (130), acquisito con l'esercizio della professione forense, miscelato a radicate convinzioni giuridiche, politiche e filosofiche, consentiva a Pagano di definire scientificamente una limpida contrapposizione formale tra rito accusatorio ed inquisitorio, che si sarebbe presentata decisiva verso le legislazioni processuali moderne. Così il 'sentito' riguardo per l'esperienza storica, « censura de' secoli trascorsi, e norma insieme dell'avvenire » (131), induceva il giurista brientino a tener in particolarissima considerazione le opere di Giuseppe Valletta (132) e di Nicolò Caravita, da cui muoveva nell'argomentare le tesi della necessità del contraddittorio e della pubblicità nella giurisdizione, veri caposaldi delle teorie giuridiche processuali moderne.

A tal punto, la cesura era realizzata, e due anni dopo la pubblicazione per i tipi della Stamperia Raimondiana, nell'anno fatidico, le *Considerazioni* apparivano in francese a cura di De

(128) Sul modello inglese ed in particolare sull''immagine positiva delle garanzie processuali del *common law*' prospettata da Jean-Louis De Lolme e William Blackstone cfr. ALESSI, *Il processo penale*, cit., pp. 119-128.

(129) Vi permaneva 'irrisolto' il nodo cruciale dell'efficacia della prova nelle diverse fasi del giudizio. Spunti interessanti, oltre gli 'entusiasmi', in ALESSI, *Il processo penale*, cit., p. 150.

(130) DEZZA, *Accusa*, cit., p. 188.

(131) PAGANO, *Considerazioni*, cit., VI.

(132) Il pensiero vallettiano, particolarmente rilevante nel quadro dell'analisi degli sviluppi del giusnaturalismo in tema di processo, con specifico riferimento ai delitti d'opinione politica e di fede religiosa, è stato oggetto di attenzione sotto il profilo 'filosofico' nei classici contributi di V.I. COMPARATO, *Giuseppe Valletta, un intellettuale napoletano della fine del Seicento*, Napoli, Ist. Ital. Studi Storici, 1970; L. OSBAT, *L'inquisizione a Napoli. Il processo degli ateisti, 1688-1697*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 1974; B. DE GIOVANNI, *Cultura e vita civile in Giuseppe Valletta*, in *Saggi e Ricerche sul Settecento*, Napoli, Ist. Ital. Studi Storici, 1968, e ID., *La vita intellettuale a Napoli fra la metà del '600 e la restaurazione del Regno*, in *Storia di Napoli*, VI, 1, pp. 401-534. Nucleo centrale della lettura processualistica vallettiana era la netta distinzione delle giurisdizioni, civile ed ecclesiastica, « altro essendo la ragione di Stato, altro quella della Religione », passo indispensabile per confutare recisamente la compatibilità della covigenza di due ordini di giurisdizione nello Stato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Hillerin (133), la cui introduzione — *A Monsieur, Frère du Roi* — si presenta come una vera e propria 'carta di tornasole' per valutare l'accoglimento in Francia dell'opera del Pagano nell'imminenza della Rivoluzione, quant'è a dire, consente a noi di conoscere l'effettiva incidenza che le teorie sulla forma del processo, sostenute nelle *Considerazioni,* ebbero sull'iter riformista, concluso, di lì a poco, con la codificazione penale.

Fu, in effetti, anche in seguito alla circolazione massonica che a Pagano con le *Considerazioni* arrise subito una larga fortuna in tutta Europa. La efficace sintesi espositiva connessa alla originale filosofia politica professata nei *Saggi* se non schiudeva *tout court* una 'sessione codificatoria', quanto meno si innestava, con singolare tempestività e vigore, nel solco della spinta codificatoria che si andava delineando. Un flusso cosmopolita di pensiero si diffondeva e in tempi brevi le opere appena pubblicate venivano tradotte e spesso largamente recepite. A ben vedere, la filosofia politica proiettava un'influenza diretta sulla codificazione inducendo una vera e propria rivoluzione culturale. Certo, la fondazione di un opportuno metodo giuridico era impresa ardua, soprattutto perché si trattava di definire i principi 'direttivi' sottraendoli alle utopie costituzionali senza, tuttavia, reciderne le più radicali connessioni.

Se, per dirla con Filangieri, il fine da raggiungere era trattare l'accusato da "cittadino", la legislazione toscana emanata a Pisa nella versione definitiva da Pietro Leopoldo nel 1786 ed ampiamente citata da Pagano costituiva un intervento 'progressivo', come tale dal giurista ben percepito fin dagli esordi. L'eliminazione della "carcere per debiti" costituiva per l'epoca uno sviluppo giuridico notevolissimo e già nell'*Examen* Pagano ne registrava puntualmente i primi passi. Ma per la definitiva abrogazione del 1782 il percorso da compiere era ancora lungo, sin quasi alla vigilia della pressocché coeva comparsa della *Riforma* leopoldina, nel 1786, e delle *Considerazioni*, nel 1787. È dato, così, riscontrare che in un breve torno d'anni, in assoluta coerenza con la piega radicale che veniva assumendo gli orientamenti politici più avanzati, si inaugurava il processo penale moderno.

---

(133) *Considérations Sur La Procédure Criminelle, par M. Pagano, professeur royal de droit criminel en l'université de Naples. Ouvrage traduit de l'italien, et Deédié a Monsieur, Frère du Roi, par M. De Hillerin*, Strasbourg, de L'Imprimerie Ordinnaire Du Roi, 1789.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se la *Riforma* pisana di Pietro Leopoldo costituiva nei suoi punti focali il primo coerente esempio di trasposizione in un codice moderno del quadro complessivo e sistematico di pensiero suscitato da un'opera filosofica come quella di Beccaria, era questa genesi appunto a lasciare ancora in penombra alcuni delicati punti che Pagano avrebbe chiaramente evidenziato ponendo le basi del diritto processuale moderno. Così il giuramento, la prova privilegiata, la discrezionalità del giudice in ipotesi di arresto preventivo, non meno che il valore della scrittura, letti in un orizzonte filosofico e rimasti nient'affatto fugati dalla legislazione toscana, vengono rivisitati scientificamente dal Pagano in rapporto ai principi 'naturali' della pubblicità del processo e dell'ineludibilità del contraddittorio. Nel quadro di un compiuto affresco storico del processo penale, sulla scorta della lezione vichiana, si realizza un'effettiva e originale comparazione tra sistema accusatorio ed inquisitorio, posti in rispettivo stretto collegamento con le peculiari forme costituzionali. L'analisi dell'esperienza romana porta così Pagano a mettere in evidenza che era stata la 'legge repubblicana' a fissare « l'indispensabile ordine, e le certe formalità dei giudizj » (134), un processo caratterizzato dalla pubblicità e dal contraddittorio. A seguito della *divinatio* il *civis* diveniva magistrato in ordine alla proposizione dell'accusa nell'interesse pubblico, ma chiusasi la fase dell''inquisizione', si addiveniva al giudizio vero e proprio in cui « ciascuno produceа i suoi testimonj [...] interrogava e confutava i testimonj della parte contraria ». A ben vedere, e il capo XXXII delle *Considerazioni* ne fa fede, sono già sostanzialmente delineate soluzioni che sarebbero state formalizzate a livello costituzionale un decennio oltre: in un contesto di comparazione storica dei due modelli processuali a partire dall'età romana sino alla specifica congiuntura coeva, s'imponeva il superamento normativo di tutti gli istituti inquisitori. La critica diviene puntuale, serratissima, persino ironica (135) e il tema della 'ripetizione

(134) PAGANO, *Considerazioni*, cit., VII.

(135) Così allorché esclama: « si crede che ogni testimonio ammesso dal fisco sia un evangelista », ma anche: « ritrovandosi falso in parte [*il*] racconto fiscale, crolla l'intero sistema », ed ancora: « Il più diligente inquisitore vien reputato colui che meglio sa tessere siffatto sistema ». In buona sostanza, l'irragionevolezza del sistema processuale vigente che per questo si articolava sulla tortura era tutta ravvisabile in quella necessità, ben notata da Manzoni nell'*Appendice storica sulla colonna infame*, di « far quadrare le parole » con le tesi dell'accusa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

testimoniale' (136) la chiave di volta dell'intero sistema. Così l'abrogazione dell'istituto del giuramento, come di ogni procedura sacra in genere, si prospetta finalmente « all'interno di un programma giuridico ispirato a una rigorosa logica dimostrativa » (137). E Pagano segnalava che il deferimento del giuramento all'accusato arrecava una tortura di natura morale e, come tale, andava abrogato, non perché « causa di commissione di ulteriori, spesso fantastici peccati » (138). Il piano probatorio acquisiva un nuovo significato nel contesto dell'esperienza razionale e la logica analitica si configurava come l'unico vero mezzo per far luce sul delitto. Sotto questo profilo Pagano andava oltre Beccaria, volendo questi tutelare la pur rilevante libertà di coscienza, il giurista meridionale, invece, sviluppare completamente una logica dell'argomentazione, costituendo « in modo scientifico il diritto moderno della prova nella giurisdizione penale » (139).

8. *Le leggi « contente non sono della sola convinzione del giudice ».*

In esordio del capitolo III delle *Considerazioni* Pagano scolpiva la definizione di 'processo':

> « Quella serie, quell'ordine di giudiziarie azioni, e quel metodo, secondo il quale il giudice si dee condurre nella ricerca del delitto e del reo, e quindi nella di lui condanna ».

(136) Il 'ripetere in giudizio' manzoniano.

(137) DE ANGELIS, *Politica*, cit., p. 68, ove, in una minuziosa ricostruzione sull'istituto, l'Autore mette opportunamente in rilievo che l'abrogazione prevista dal *Bando sopra il non darsi il Giuramento nelle cause Criminali o Miste, a' Rei delinquenti* pubblicato fin dal 1679 in Toscana e ribadita negli *Ordini diversi da osservarsi nelle cause criminali* emanati a Firenze nel 1744, più che segnalare un vero progresso sul piano squisitamente processuale, configurava meramente non funzionale il deferimento del giuramento « reflettendo alla poca stima che si fa ne' presenti tempi di giurare il falso ». La *ratio* dell'abolizione era, quindi, da individuare ancora nell'intento di evitare profanazioni del sacro e di ribadire i criteri inquisitori persino di contro a quell'estremo espediente difensivo dell'inquisito. Il provvedimento leopoldino in merito, estensivo al fatto altrui dell'abrogazione di cui alla legge del 1679 che vietava solo di « obbligare il Reo a giurare quanto a sé », costituiva un passo importante, perché strettamente connesso alla separazione del potere politico da quello religioso come segnalava la stessa norma del Granducato del 1784 che aveva previsto la sottoposizione degli ecclesiastici per le cause criminali ai tribunali secolari.

(138) Ivi, p. 72.

(139) Ivi, p. 74.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un 'ordine' e un 'metodo', quindi, che si integrano strutturalmente, sicché venendo meno l'uno cade anche l'altro. Una visione 'razionale' che a monte ricusa in chi deve giudicare ogni margine d'arbitrio: « Non dee dunque nel giudice oprare che la fredda ragione » (140). Solo lungo questo rigido percorso si sviluppava per Pagano il principio del libero convincimento, inteso a demolire la 'falsa' e 'stolta' dottrina dell''individuità' del processo, che 'abusandosi' della ragione si era delineata entro quello 'spirito di sistema' colpevole di aver fatto « perdere di mira la verità ». In tal senso, in posizione di sostanziale divergenza rispetto a Beccaria ed alla prevalente corrente illuministica che, sulla scia del più avanzato giusnaturalismo, per il giudizio penale ritenevano sufficienti le doti morali del giudice, Pagano si fa inequivoco assertore di una indefettibile disciplina legislativa del processo secondo una 'chiave' di evidente valenza 'costituzionale'.

> « Ne' saggi e moderati governi le leggi ne hanno sempre mai ordinata la forma, prescritte le solennità. Elle, gelose custodi de' sacri inviolabili dritti del cittadino, comandano che niuno sia dispogliato del menomo suo dritto, fuorché per un misfatto, con un legittimo processo provato. Contente elle non sono della sola convinzione del giudice, ma richiedono altresì tal pruova, che ogni ragionevole uomo esser ne debba convinto, la quale sia certa, stabile, permanente, vale a dire, che in perpetui ed inalterabili monumenti consista. Vogliono che nelle stabilite forme l'intero giudizio si compia, e fra inviolabili confini il procedimento del giudice venga rinchiuso. Quindi non solo determinano la pena di ciascheduno delitto ma benanche la quantità e la qualità della pruova; l'ordine ed il metodo di acquistarla, di accordare le difese all'accusato, e di proferire tutti i decreti insino alla sentenza finale » (141).

La vicenda degli sviluppi della sovranità non può essere disgiunta dalla storia del prevalere della legalità sull'arbitrio, ed è così che, tramite i criteri tracciati nelle *Considerazioni*, i 'principi' già delineati nei *Saggi politici* sarebbero confluiti, precisandosi, nella teoria delle prove, definita nei *Principi del codice penale*. Il 'metodo della legalità' faceva il suo ingresso nel sistema penale delle prove ponendosi in radicale antitesi al sistema delle prove 'naturali' (142), secondo cui la deposizione dell'accusato costituiva la condi-

(140) PAGANO, *Considerazioni*, cit., XIX.

(141) Ivi, III.

(142) PAGANO, *Considerazioni*, cit., VI: « le barbare nazioni amano una pronta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione 'principe' per l'obiettivizzazione del reato. La centralità della confessione (143), con il 'corollario' della tortura al fine di conse guirla, già rilevata e confutata da Beccaria (144), veniva inficiata alla base.

> « La confessione dev'essere sostenuta dalla prova del delitto. Questa o dee precedere, o almeno seguire la confessione. Dee in ogni conto essere estrinseca, e separata da quella » (145).

La confessione, proponendosi come un semplice 'argomento', poteva così essere valutata 'liberamente' dal giudice rientrando in uno schema normativo che, ricusando ogni 'funzione' impropria, si configurava esclusivamente come metodo logico-giuridico autonomo di accertamento del reato. Veniva definitivamente meno (146)

---

giustizia ed alle loro semplici idee conforme; attendono alla sola realità del fatto, ed alla naturale pruova ».

(143) Ai fini della condanna penale l'irrilevanza dei soli indizi e la conseguente importanza della confessione erano state, com'è noto, enfatizzate dalla *Constitutio Criminalis Carolina*: « Il est aussi à observer, que personne ne doit être condamné enfin à une punition criminelle sur aucun indice, soupçon, signe ou suspicion, mais que l'on doit seulement y employer la question, lorsque l'indice sur la recherche que l'on aura faite, sera trouvé suffisant; la condamnation finale à la peine criminelle, ne pourra avoir lieu que dans le cas de la confession ou de la conviction, ainsi qu' on le trouvera clairement expliqué dans d'autres endroits de cette Ordonnance, mais non pas dans le cas de la suspicion ou des indices » (*Code criminel de l'Empereur Charles V, vulgairement appelé La Caroline*, imprimé à Zug en Suisse, chez. H.A. Schell, 1743, art. XXII). Sulla *Carolina* (l'edizione citata, e così nota a Pagano, recava a fronte la redazione in tedesco con titolo *Ordung des peinlichen gerichts Kayser Carl des fünfften in Gemein genannt Die Carolina*, su cui si basa l'edizione critica curata da F.C. SCHROEDER, *Die Carolina*, Darmstadt, 1986) e sulla più rilevante letteratura cfr. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., p. 95 e nt. 142; *Idem*, *« Pour pourvoir au bien de notre justice ». Legislazioni statali, processo penale e modulo inquisitorio nell'Europa del XVI secolo*, in « Diritto@Storia », n. 3 (maggio 2004), § 6.

(144) BECCARIA, *De' delitti e delle pene*, cit., XII: « la confessione del reo [...] in alcuni tribunali si esige come essenziale alla condanna; perché nel misterioso tribunale di penitenza la confessione dei peccati è parte essenziale del sagramento. Ecco come gli uomini abusano dei lumi più sicuri della Rivelazione ».

(145) PAGANO, *Teoria delle prove*, cit., XI. Ed ancora: « il reo che confessa altro non è che un testimone singolare » (*ibidem*).

(146) Esplicito il Nostro nella *Allegazione contro Sabato Totaro*, ove si afferma: « La prova adunque testimoniale non è di diversa natura della congetturale, anzi l'una coll'altra si mescola e si confonde: E la pruova indiziaria è sempre men sospetta della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la distinzione tra prove 'perfette', fondate sulla narrazione diretta (confessione, deposizione di testimoni, prove scritturali), e prove logiche o 'indirette' (indizi o argomenti), con le rispettive condanne a pena ordinaria o straordinaria: si schiudeva, ora sì in prospettiva assolutamente limpida, la stagione del processo moderno, quella che felicissimamente è stata definita « penalistica civile » (147). E con l'« ingresso della giustizia nell'esclusivo dominio della legge » — rileva con fine intelligenza lo Storico — quel 'tema' di così rimarchevole valenza politica « dopo la lunga stagione in cui era stato avocato [...] da ideologi e *philosophes*, proprio per la sua essenza di « materia tecnica », tornava nel suo alveo 'naturale', « nella responsabilità dei giuristi » (148). Nuovi e cangianti orizzonti — si trattò molte volte, invero, di oscurità e di tenebre — si sarebbero delineati e si segnalano tuttavia, a conferma, ove taluno ne avvertisse ancora il bisogno, che « la fuoruscita dalla vendetta non è, da secoli, impresa da poco » (149).

testimoniale [...] ed avvicinasi assai dappresso alla geometrica dimostrazione » (cap. III, in PALOMBI, *Mario Pagano*, cit., p. 132). Rispetto a questo livello di mera probabilità, tuttavia, Pagano non realizza in via previa alcun grado di certezza, giacché il 'più piccolo grado di dubbio' è sempre in grado di condizionare la decisione del giudice comunque fondata ed ispirata dalla certezza morale.

(147) SBRICCOLI, *Giustizia*, cit., p. 193 ss.

(148) *Ibidem.*

(149) Ivi, p. 205.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

WOLFGANG NAUCKE

DIE ZWECKMÄßIGE UND DIE KRITISCHE STRAFGESETZLICHKEIT, DARGESTELLT AN DEN LEHREN J. P. A. FEUERBACHS (1775-1832)

I. Einleitung. — II. Die Kennzeichen jeder Strafgesetzlichkeit bei Feuerbach. — III. Die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit bei Feuerbach. — IV. Die vielfältigen Formen zweckmäßiger Strafgesetzlichkeit im Anschluß an Feuerbach. — 1. Die Gesetzlichkeitslehre Feuerbachs als abwandelbares Muster. — 2. Die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit in der klassischen und in der modernen Schule der Kriminalpolitik. — 3. Die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit in den Diktaturen des 20. Jahrhunderts. — 4. Die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit im Rahmen der sozialistischen Gesetzlichkeit und im Rahmen der positiven Generalprävention. — 5. Fazit. — V. Konturen einer kritischen Strafgesetzlichkeit bei Feuerbach. — VI. Die kritische Strafgesetzlichkeit. — 1. Kritische Strafgesetzlichkeit im positiven Recht. — 2. Die vom positiven Recht unabhängige kritische Strafgesetzlichkeit.

I. *Einleitung.*

Am Anfang des 19. Jahrhunderts entwirft Feuerbach in seiner « Revision » (1) und in seinem « Lehrbuch » (2) ein profiliertes Bild zweier Arten der Strafgesetzlichkeit: der zweckmäßigen und der kritischen Strafgesetzlichkeit. Die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit ist genau ausgeführt (unten II. und III.) und erweist sich in der Folgezeit als vielfältig abwandelbar (unten IV.). Die kritische Strafgesetzlichkeit hat Feuerbach nur in ersten, nicht deutlichen Konturen beschrieben (unten V.). Diese Konturen müssen entschiedener gezeichnet werden. Erst dann entsteht die Balance zwischen zweck-

(1) Paul Johann Anselm FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erster Theil, Erfurt 1799; Zweiter Theil, Chemnitz 1800 (zitiert als: Revision 1 und 2).

(2) Paul Joh. Anselm FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1. Aufl., Giessen 1801; 14 Aufl., herausgegeben von C. J. A. Mittermaier, Giessen 1847 (zitiert als: Lehrbuch).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mäßiger und kritischer Strafgesetzlichkeit, die Feuerbach angestrebt, aber verfehlt hat (unten VI.).

II. *Die Kennzeichen jeder Strafgesetzlichkeit bei Feuerbach.*

Feuerbach formuliert eine Reihe von Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit überhaupt von Strafgesetzlichkeit, gleich welcher Art, gesprochen werden kann.

« Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus (Nulla poena sine lege) ». Dieser Grundsatz dulde keine Ausnahme und begründe erst die rechtliche Möglichkeit einer Strafe (3). Die Straftat muß im Gesetz genau beschrieben sein (heute abgekürzt: nullum crimen sine lege) (4) . Ein richterliches Ermessen bei der Annahme einer Straftat und ein Ermessen bei der Strafzumessung muß ein genaues Gesetz ausschließen (5). Das Gesetz mache das Vorliegen einer strafbaren Handlung zur « rechtlich notwendigen Voraussetzung » für das Verhängen einer Strafe: « Nulla poena sine crimine » (6). Wird eine gesetzlich genau beschriebene Straftat begangen, so muß nach dem Prinzip der Legalität bestraft werden: « Nullum crimen sine poena legali. Denn... durch das Gesetz wird an die bestimmte (Straftat) das Übel als eine notwendige rechtliche Folge geknüpft » (7). Feuerbach führt ein Analogieverbot, ein Rückwirkungsverbot und ein Verbot des strafrechtlichen Richterrechts noch nicht explizit aus. Doch sind diese Verbote in seiner Vorstellung von der « Natur eines Gesetzes überhaupt » (8) und in seiner Bestimmung des Verhältnisses von Richter und Gesetz enthalten (9). Die Hauptsätze, die die Ausformulierung jener Verbote in der Folgezeit nahelegen, lauten: « Das Strafgesetz ist gültig durch sich selbst. Seine Anwendung kann nicht erst abhängen von einer besonderen Beurteilung seiner Zweckmäßigkeit oder Rechtmäßig-

(3) FEUERBACH, *Lehrbuch*, 3. Aufl., 1805, § 20 I.
(4) FEUERBACH, *Revision* 1 (Fn 1), S. 132 ff.
(5) FEUERBACH, *Revision* 1 (Fn 1), S. 136 f., 140 f.
(6) FEUERBACH, *Lehrbuch* (Fn 3), § 20 II.
(7) FEUERBACH, *Lehrbuch* (Fn 3), § 20 III.
(8) FEUERBACH, *Lehrbuch* (Fn 3), § 74.
(9) FEUERBACH, *Lehrbuch* (Fn 3), §§ 73 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

keit » (10). Es « muß jedes richterliche Urteil durch gesetzliche Gründe bestimmt sein, um gerecht zu sein » (11) «... das Gesetz ist heilig.... Der Richter ist sein Diener » (12).

Zusammengefaßt: Strafbarkeit und Strafe müssen gesetzlich genau bestimmt sein. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für Strafbarkeit und Strafe vor, so besteht die gesetzliche Verpflichtung, die Straftat zu verfolgen und die vorgesehene Strafe zu verhängen.

III. *Die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit bei Feuerbach.*

Dieses Bild wird in der gängigen Betrachtung als Ausdruck eines « rechtsstaatlichen Wollens » Feuerbachs gesehen (13) . Doch widerspricht diese Auffassung Feuerbachs Texten und verstellt den Blick auf die Schwierigkeiten, die seit der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert in der Lehre von der Gesetzlichkeit des Strafrechts aufgetreten sind.

Feuerbach macht unübersehbar darauf aufmerksam, daß das skizzierte Bild der Strafgesetzlichkeit einen massiven politischen Hintergrund hat und nur vor diesem Hintergrund zu verstehen ist. Die zitierten « Grundsätze » seien nur « untergeordnete Grundsätze »; sie « fließen » aus einem übergeordneten « höchsten Prinzip » (14). Damit ist klargestellt, daß die Strafgesetzlichkeit für Feuerbach nicht autonom ist, daß sie einer Begründung bedarf, daß sie sich gegen ein Strafrecht ohne Gesetzlichkeit behaupten muß, damit auch abhängig wird von einem überzeugenden Beleg für ein « höchstes Prinzip » als Quelle strikter Strafgesetzlichkeit.

---

(10) FEUERBACH, *Lehrbuch* (Fn 3), § 74.

(11) FEUERBACH, *Lehrbuch* (Fn 3), § 74.

(12) FEUERBACH, *Revision* 1 (Fn 1), S. XXV.

(13) Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., 1965, S. 244; KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, 1983, S. 18 ff. - Die neuere Feuerbach-Debatte in Deutschland hat diese einfache Einordnung aufgegeben. Die Differenziertheit dieser Debatte ist abzulesen an zwei Sammelbänden: Gedenkkonferenz für den Juristen P. J. A. FEUERBACH, *Wissenschaftliche Zeitschrift der Friedrich- Schiller-Universität Jena, Gesellschaftswissenschaftliche Reihe*, 32. Jahrgang, Heft 4/1984; GRÖSCHNER und HANEY (Herausgeber), *Die Bedeutung P. J. A. Feuerbachs (1775- 1833) für die Gegenwart*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 87, 2003.

(14) Alle Zitate aus FEUERBACH, *Lehrbuch* (Fn 3), §§ 20, 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Feuerbach entwirft ein epochemachendes Modell für das Verhältnis zwischen einem « höchsten Prinzip » und einer Strafgesetzlichkeit. Das Modell heißt: « Notwendigkeit eines psychologischen Zwanges im Staat » (15).

Diese Kennzeichnung stellt klar, daß die Beschreibung der Strafgesetzlichkeit erst möglich ist, wenn die Begriffe von Staat und Recht festgelegt sind. Der Staat ist für Feuerbach die Verfassung der bürgerlichen Gesellschaft. Der Staat hat einen « Zweck ». Dieser Zweck ist die « Errichtung des rechtlichen Zustands » und die Verteidigung dieses Zustands gegen Verletzter. Es ist « schlechthin notwendig, daß im Staate gar keine Rechtsverletzungen geschehen » (16). Was « Rechtsverletzungen » sind, bleibt an dieser Stelle offen. Dies wird eine bleibende Offenheit in der Lehre von der Strafgesetzlichkeit.

Mit dem Zweck des Staates, Rechtsverletzungen zu verhindern, hat Feuerbach jenes höchste Prinzip festgelegt, das zur Strafgesetzlichkeit führt. Feuerbach folgert:

Rechtsverletzungen müssen verhindert werden. Dazu braucht man Zwang. Dieser Zwang kann physisch sein; man legt alle Bürger in Ketten. Das ist aber absurd. Also bleibt nur psychischer Zwang. Man muß es dem Bürger psychisch unmöglich machen, Rechtsverletzungen zu begehen. Das zweckmäßigste Mittel, diesen Zwang zu organisieren, ist das Strafgesetz. Das Strafgesetz muß genau sein, damit der Bürger weiß, was er zu unterlassen hat. Das Gesetz muß präzise und hart drohen, damit der Bürger die geplante Rechtsverletzung aufgibt. Das Gesetz muß ohne weitere Überlegung in jedem einzelnen Fall der Verletzung exekutiert werden, damit die strafgesetzliche Drohung ernst genommen wird (17).

Daraus ergibt sich die Forderung nach einer Strafgesetzlichkeit mit genauer Bestimmung von Straftat und Strafe und einem festen Legalitätsprinzip.

Von weitreichender Bedeutung für die Diskussion der Strafgesetzlichkeit ist, daß Feuerbach diese Strafgesetzlichkeit abhängig

(15) FEUERBACH, *Lehrbuch* (Fn 3), Überschrift vor § 8.

(16) Die angeführten Stellen sind entnommen aus FEUERBACH, *Lehrbuch* (Fn 3), §§ 8, 9.

(17) Die Formulierungen folgen der Argumentation FEUERBACHS, *Lehrbuch* (Fn 3), §§ 8 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

macht vom Zweck des Staates und des Rechts, den Bürger vor Rechtsverletzungen zu schützen. Feuerbach begründet damit die juristische Denkform der zweckgebundenen Strafgesetzlichkeit. Die strikte Strafgesetzlichkeit ist nur eine kriminalpolitische Ableitung aus der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit (18). Die für den Staat zweckmäßige Strafgesetzlichkeit ist die erste der beiden Arten der Strafgesetzlichkeit, die sich im Anschluß an Feuerbach ausbilden. Feuerbach verkennt nicht, daß seine Lehre die Tradition säkularer Rechts- und Staatslehren seit Hobbes verpflichtet ist und diese Tradition für das Strafrecht modernisiert und zuspitzt (19). Das Aufnehmen und Verstärken dieser Tradition fördert die Wirksamkeit der Lehre Feuerbachs von der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit.

IV. *Die vielfältigen Formen zweckmäßiger Strafgesetzlichkeit im Anschluß an Feuerbach.*

1. *Die Gesetzlichkeitslehre Feuerbachs als abwandelbares Muster.*

Die Feuerbach'sche Denkform der Verbindung von sicherndem Staatszweck und steuerndem Strafgesetz, die Denkform der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit, entfaltet im Strafrecht eine große Anziehungskraft. Staatliche Gesetzgebung, Strafpraxis und Strafrechtswissenschaft erhalten, was sie zu brauchen meinen. Feuerbachs Beispiel erweist sich als außerordentlich abwandelbar. Dabei wird ein bei Feuerbach vorgeprägtes Muster aufgenommen und umgeformt. Stets aber bleibt es bei der ersten Art der strafrechtlichen Gesetzlichkeit, der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit.

In allen Formen zweckmäßiger Strafgesetzlichkeit werden der

(18) Ähnlich BOHNERT, *Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*, 1982, S. 9 ff.

(19) FEUERBACH, *Anti-Hobbes*, 1797, S. 24 und 48 (Freude über die Nähe zu Hobbes), s. auch Anti-Hobbes, S. 20 Anmerkung: Feuerbach stimmt ausdrücklich Rousseaus Vorstellung vom säkularen Sicherheitsstaat zu; ähnlich: Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverrats, 1798, S. 14; eine Art Hymne auf den säkularen Sicherungsstaat (« o Staat! ») findet sich in der Schrift: Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft, 1804, S. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Staatszweck der Sicherheit und die Drohungskraft des Gesetzes beibehalten. Aber Feuerbachs Auffassung, es gebe nur ein einziges Mittel zur Sicherung des Bürgers gegen Straftaten, nämlich das genau drohende und nach Begehung der Tat ausnahmslos angewandte Strafgesetz, diese Auffassung erweist sich als Illusion. Feuerbachs Verbindung von Staatszweck und genauer Strafgesetzlichkeit ist schwach. Der Motor der Entwicklung vielfältiger Lehren von der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit ist die ständig variierte Antwort auf Feuerbachs Frage, welches Mittel das wirksamste für die Sicherung gegen Straftaten ist. Bei der Suche nach immer neuen Antworten auf diese Frage kommt es zu einem massiven Wettbewerb. Es ist der Wettbewerb um den Zugang zu staatlicher Macht.

Die profiliertesten Typen zweckmäßiger Strafgesetzlichkeit, die im 19. und 20. Jahrhundert nach dem Vorbild Feuerbachs entstehen, sind zu schildern (ich folge der Entwicklung in Deutschland, die aber ähnlich überall in Europa nachweisbar ist). Die Tendenz der Entwicklung ist vorweg zusammenzufassen: Jede neue kriminalpolitische Antwort auf die Sicherheitsfrage wirkt zurück auf die Strafgesetzlichkeit. Diese Rückwirkung ist eine stetige Minderung der genauen Strafgesetzlichkeit. Die Bewegung weg von Feuerbachs Lehre, allein eine genaue Gesetzlichkeit sei eine zweckmäßige Gesetzlichkeit, ist unaufhaltsam. Die Verbote der analogen Anwendung des Gesetzes, der Rückwirkung des Gesetzes und der Bildung richterlichen Gewohnheitsrechts werden eingeschränkt.

2. *Die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit in der klassischen und in der modernen Schulde der Kriminalpolitik.*

Im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts konkurrieren zwei Aktualisierungen der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit um die Nachfolge Feuerbachs: die sog. klassische Schule Bindings und die sog. moderne Schule v. Liszts. Beide Schulen halten den Zweck der Strafe für den Zentralbegriff des Strafrechts: « alle Strafe ist Zweckstrafe » (Binding) ([20]); « die Strafe ist... Mittel zum Zweck » (v.

([20]) BINDING, *Grundriß des Deutschen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1907, S. 235.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Liszt) (21). Beide Schulen tragen gezielt zur Schwächung der Strafgesetzlichkeit bei.

Bindings klassisch genannte Lehre sieht im Strafrecht einen Beitrag zur Erhaltung und zur Formung der Gesellschaft. Diesen Beitrag leistet das Strafrecht — oberflächlich betrachtet — mit dem Mittel des strikten Verhängens eines Übels als Vergeltung für den Verstoß gegen positives Recht. Binding feiert das positive Recht als « herrlich » (22). Doch eine präzise und bedingungslose Einhaltung der Gesetzlichkeit folgt aus dieser Meinung nicht. Das positive Recht ist nur deshalb herrlich, weil es die Normen erkennen läßt, die die « soziale Selbstbehauptung » der Gesellschaft garantieren. Die Festigung dieser Normen ist der Zweck des vergeltenden Strafrechts (23). Die Qualität der Gesetzlichkeit wird durch die Rückbindung des Gesetzes an die Norm bestimmt. Ist die Norm stabil, ist auch das Gesetz stabil. Ändert sich die Norm, ändert sich das Gesetz. Der Zweck des Strafrechts — Sicherung der gesellschaftlichen Norm durch unabdingbare Bestrafung des Gesetzesverstoßes — wirkt auf die Strafgesetzlichkeit zurück. Binding verlangt die objektive, an den Stand der gesellschaftlichen Norm gebundene Auslegung, verspottet die subjektive Auslegung und wendet sich gegen das Analogieverbot (24). Bindings angebliche Vergeltungstheorie enthält eine weitreichende Abwandlung Feuerbachs. Die Änderung des Strafzwecks (Unterstützung einer wandelbaren Norm) führt zu einem anderen Inhalt der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit. Die Strafgesetzlichkeit wird unscharf.

Die modern genannte Lehre v. Liszts verstärkt diesen Verlauf. V. Liszt setzt auf direkte Resozialisierung des einzelnen Straftäters zur Verminderung von Abweichung in der Gesellschaft als Strafzweck. Die Strafe ist ein kriminalpolitisches Instrument, das gegen den Täter eingesetzt wird (25). Das Strafgesetz spielt in dieser

(21) V. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 3 (1883), S. 22.

(22) Binding, *Grundriß* (Fn 20), S. 228 und Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band 1, 4. Aufl., 1922, S. 419.

(23) Binding, *Grundriß* (Fn. 20), S. 228 f. und *Die Normen* (Fn 22), S. 418 f., bes. S. 419 Anm. 5.

(24) Binding, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, S. 213 ff., 454 ff.

(25) V. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (Fn 21), S. 1 ff., bes. S. 23 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Festsetzung des Strafzwecks und in der Konstruktion der Mittel zum Zweck keine Rolle. Erst nachträglich, widersprüchlich und unüberzeugt, wird ein Zusammenhang zwischen Strafzweck und Strafgesetzlichkeit hergestellt. V. Liszt formuliert den vielzitierten Satz, das Strafgesetzbuch sei die Grenze der Kriminalpolitik (26). Der Frage, wie das begrenzende Gesetz beschaffen sein muß, widmet v. Liszt keine große Aufmerksamkeit. Die Kriminalpolitik arbeitet selbständig. Das Gesetz ist eine als « paradox » registrierte Beengung der Kriminalpolitik (27). Die Abtrennung des Strafzwecks von den rechtlichen Mitteln, diesen Zweck zu erreichen, eine Abtrennung, die sich bei Binding schon findet, wird bei v. Liszt verstärkt. Die Form der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit, die die moderne Schule v. Liszts absteckt, hat den Schwerpunkt auf die zweckmäßige Verbrechensbekämpfung verlagert. Die Verbindung zur Strafgesetzlichkeit ist lose, anders als bei Feuerbach, aber mit Feuerbachs Denkformen erreicht.

3. *Die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit in den Diktaturen des 20. Jahrhunderts.*

Die Plastizität, d. h. die politische Anpassungsfähigkeit des Feuerbach'schen Konzepts « zweckmäßige Strafgesetzlichkeit » zeigt sich im Strafrecht der Diktaturen des 20. Jahrhunderts. Strafzweck ist die Erhaltung der Macht und die Erhaltung einer bestimmten Gesellschaftsform. Diese Ziele sind vage und erfordern eine ständige Justierung der strafrechtlichen Mittel. Vergeltung, Abschreckung und Resozialisierung, alle Mittel werden genutzt, wenn sie nur Wirkung versprechen (28). Das Gesetz wird in dieses harte Zweck-Mittel-Denken hineingezogen. Das Gesetz wird als kriminalpolitisches Druckmittel eingesetzt, wenn dies politisch opportun ist. Stört das Gesetz die Kriminalpolitik, muß es mißachtet werden können. Dazu dienen: Generalklauseln im Gesetz, Aufhe-

(26) V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 2. Band, 1905, S. 80. Genaue Interpretation dieser Wendung: EHRET, *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, 1996.

(27) V. LISZT (Fn 25), S. 80.

(28) WERLE, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989*, für die NS-Diktatur.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bung des Analogieverbots, Mißachtung des Rückwirkungsverbots, politische Führung des Richters, Einführung der von genauer Gesetzlichkeit befreiten Maßregeln und Verdrängung des Strafrechts durch Polizei und Verwaltung ([29]). Von der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit ist nur die unbegrenzte strafende Zweckmäßigkeit übriggeblieben ([30]). Diese Erosion der Bedeutung der Gesetzlichkeit ist freilich bei Feuerbach als Möglichkeit schon vorhanden und durch Zwischenschritte bei Binding und v. Liszt vorbereitet. Diese Erosion ist eine Möglichkeit der ersten Art der Strafgesetzlichkeit, der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit.

4. *Die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit im Rahmen der sozialistischen Gesetzlichkeit und im Rahmen der positiven Generalprävention.*

Die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts revidiert diesen Zustand der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit nicht mehr. Die Vorstellung Feuerbachs, die Drohung mit dem genauen, strikt durchgeführten Gesetz verhindere Straftaten, gilt als empirisch falsch. Damit zerbricht die politische Grundlage für strikte Strafgesetzlichkeit. Die Rückkehr zu einer zweckmäßigen Strafrechtshandhabung auf der Grundlage präziser Gesetzlichkeit ist praktisch und theoretisch verbaut. Die präzise Strafgesetzlichkeit hängt in der Luft. Die kriminalpolitisch zweckmäßige präzise Gesetzlichkeit kehrt in keiner Abwandlung der klassischen oder der modernen Schule der Kriminalpolitik in der Zeit nach dem 2. Weltkrieg wieder. Vielmehr bestätigt diese Zeit die bisherige Entwicklung und Feuerbachs Bedeutung für diese Entwicklung: die an einen Strafzweck gebundene Gesetzlichkeit höhlt die Gesetzlichkeit aus.

Freilich enthält die Konzentration der Darstellung auf die Dominanz der zweckmäßigen ungenauen Strafgesetzlichkeit in der

([29]) CATTANEO, *Terrorismo e Arbitrio*, 1998, S. 115 ff., 237 ff., 299 ff. (deutsch unter dem Titel: CATTANEO, *Strafrechtstotalitarismus*, 2001, S. 120 f., 227 ff., 279 ff.); Werle (Fn. 28), S. 681 ff.; RÜPING/JEROUSCHEK, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 4. Aufl., 2002, S. 273 ff.; KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, 1983, S. 23 ff.

([30]) Zusammenfassend für die Diktaturen des 20. Jahrhunderts in Deutschland, in Italien und in der Sowjetunion: CATTANEO, *Strafrechtstotalitarismus* (Fn 29), S. 131 ff., 181 ff., 243 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nachkriegszeit eine Verkürzung. Diese Zeit entdeckt langsam, daß mit dem Aufgeben der psychologischen Zwangstheorie, mit dem Aufgeben der Vorstellung Feuerbachs also, der Strafzweck der negativen Generalprävention erzwinge eine genaue Strafgesetzgebung, daß mit dieser strafjuristischen Situation eine genaue Strafgesetzgebung keinen natürlichen politischen Befürworter mehr hat. Anders als die klassische und als die moderne kriminalpolitische Schule, die das Abschleifen der Gesetzlichkeit als normale Folge ihrer Lehren auffaßten, sehen die Lehren der Nachkriegszeit eine Art Verantwortung für eine von einem Strafzweck abgetrennte, schutzlos gelassene genaue Gesetzlichkeit. In den eigenständig begründeten Fortführungen der klassischen und der modernen Kriminalpolitik tritt das Bemühen hervor, neben der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit eine andere Art der Gesetzlichkeit mitzuführen. Man kann diese andere Art eine kontrollierende Gesetzlichkeit nennen. Es entstehen Versuche, die Auflösung der Strafgesetzlichkeit durch den Strafzweck zu verlangsamen. Doch auch diese Versuche entkommen der Herrschaft des Strafzwecks über die Strafgesetzlichkeit nicht.

Zwei hervorgehobene Versuche und ihre Abhängigkeit von Feuerbach sind zu beschreiben.

Im Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik bildet sich von 1949 bis 1989 die Vorstellung von einer sozialistischen Gesetzlichkeit aus (Art. 7 StGB der DDR). Bereits die Wortwahl ist dem Modell der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit verpflichtet. Man ist für Strafgesetzlichkeit, aber die Gesetzlichkeit muß einem Zweck, der Förderung des Sozialismus, dienen. Das ist Feuerbach, nur der Zweck ist ausgetauscht. Dieser Zweck verändert den Inhalt der Gesetzlichkeit. Gesetzlichkeit hat dienende Aufgaben. Das ist seit Feuerbach nichts Neues. Aber das Ziel des Dienstes ist unscharf. Was als Dienst verlangt wird, hängt ab vom Grad des Erreichens einer sozialistischen Gesellschaft. « Die Auslegung (der Strafrechtsnormen) muß auf der Politik der Arbeiterklasse und ihrer Partei in der konkreten Etappe der gesellschaftlichen Entwicklung basieren » ([31]). Das Gesetz muß flexibel sein und flexibel gehandhabt werden. In der sozialistischen Strafgesetzlichkeit als Ausprägung des

([31]) Autorenkollektiv (Reuter), *Strafrecht der DDR, Lehrbuch*, 1988, S. 140.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gedankens der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit besteht der eindeutige Vorrang des Zwecks. Das liegt in der Tendenz der Entwicklung seit Feuerbach.

Das Strafgesetzbuch der DDR enthält aber unvermittelt auch jene andere Art der Gesetzlichkeit, auf die ich hingewiesen habe. Art. 4 IV StGB der DDR formuliert eine politisch unbedingte strikte Strafgesetzlichkeit mit Analogie- und Rückwirkungsverbot. Die Verbindung dieser Vorschrift zu Feuerbach wird ausdrücklich hergestellt ([32]). In einem modernen StGB ist deutlich zu sehen das Auseinandertreten einer zweckmäßigen und einer weiteren Strafgesetzlichkeit, die bei Feuerbach vereint erscheinen. Modellhaft informieren Text und Deutung des StGB der DDR, wie in der Moderne das positivrechtliche Auseinandertreten von zweckmäßiger und anderer, kontrollierender Strafgesetzlichkeit aufgehoben wird. Das Gesetz selbst (Art. 7 StGB der DDR) deutet nur an, daß die zweckmäßige sozialistische Gesetzlichkeit den Vorrang vor der kontrollierenden hat. Die Strafrechtstheorie macht klar, daß auch die kontrollierende Gesetzlichkeit zu verstehen ist als Förderung der Entwicklung einer sozialistischen Gesellschaft, dem Geist der Präambel zum StGB der DDR entsprechend ([33]). In einem StGB des 20. Jahrhunderts sieht man die Überwältigung einer kontrollierenden Strafgesetzlichkeit durch die zweckmäßige. Feuerbachs Versuch, die strikte Strafgesetzlichkeit als einzig zweckmäßige zu festigen, ist schon im 19. Jahrhundert durch die Änderung der Strafzwecke gescheitert. Das Bemühen, die strikte Strafgesetzlichkeit zu retten, indem man sie positivrechtlich von der zweckmäßigen trennt, scheitert, wie das Beispiel des StGB der DDR eindringlich lehrt, an der Fähigkeit der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit, sich der Kontrolle zu entziehen.

In der Bundesrepublik Deutschland entsteht seit etwa 1980 eine in den Denkformen parallele, freilich in den Inhalten politisch verschiedene neue Art zweckmäßiger Gesetzlichkeit als Folge der positiven Generalprävention. Am leichtesten ist die positive Generalprävention als Auseinandersetzung mit Feuerbach zu begreifen. Es bleibt in dieser Auffassung dabei, daß die Strafe aktuelle Zwecke

([32]) Autorenkollektiv (Reuter), Fn 31, S. 126.
([33]) Autorenkollektiv (Reuter), S. 126 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zu erfüllen hat, nämlich die Stabilisierung der gesellschaftlich nützlichen Norm (34). Die Normentheorie Bindings wirkt nach. Zu stabilisieren sind die « fundamentalen Normen » (35) der Gesellschaft, nicht das Gesetz. Die Bestrafung nach dem Gesetz ist Mittel der Normstabilisierung. Im Verhältnis von zweckmäßiger Strafe und Gesetz tauchen die gleichen Probleme auf wie bei Binding. Das Gesetz muß hochgehalten werden, sonst leidet die Norm.

Die positive Generalprävention nimmt allerdings auch die Erfahrung der zweiten Hälfte des 19. und der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts auf, daß der Strafzweck, gerade der gesetzlich verfolgte Strafzweck, die Strafgesetzlichkeit überhaupt zerstören kann. Die Lehre von der positiven Generalprävention sieht es als Teil ihrer Bemühungen an, der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit, der sie verpflichtet ist, mit « Vorsicht » zu begegnen, die « dunklen » Seiten des zweckmäßigen Strafens nicht zu übersehen (36). Man unterscheidet die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit mit dem Ziel der positiven Generalprävention von einer anderen Strafgesetzlichkeit mit dem Ziel, die Vorsicht vor der positiven Generalprävention zu stärken. Freilich kann sich diese Lehre zu einer eindeutigen Trennung zweier entgegengerichteter Gesetzlichkeiten nicht entschließen. Vielmehr versucht sie, beide strafjuristischen Tendenzen in einer Denkform aufzuheben: der « Formalisierung » der zweckmäßigen Bestrafung (37). Es ist eine Teilrückkehr zum « Modell Feuerbach ». Die zweckmäßige und die strikte Strafgesetzlichkeit fließen in der « Formalisierung » sozialer Kontrolle zusammen. Aber es wirkt sich tiefgreifend aus, daß der Strafzweck von der negativen zur positiven Generalprävention entwickelt worden ist. Feuerbachs negative Generalprävention läßt die Folgerung zu: nur wenige, zudem sehr genaue Gesetze können den Strafzweck erfüllen. Bei der positiven Generalprävention liegt diese Folgerung nicht auf der Hand. « Vorsicht » und « Formalisierung » dürfen nicht so weit gehen, daß das Erreichen des Zwecks der Normstabilisierung gefährdet wird. Ge-

(34) HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl. 1990, S. 324 ff. in *Distanz zu Feuerbach* (S. 309 ff.).

(35) HASSEMER (Fn 34), S. 326.

(36) HASSEMER (Fn 34), S. 326.

(37) HASSEMER (Fn 34), S. 316 ff., bes. S. 326 f.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

naue Gesetze, Analogie- und Rückwirkungsverbot werden zwar hoch geschätzt (38), aber dem gesetzlichen Strafrecht muß, damit Normstabilisierung möglich bleibt, ein « berechtigter Bedarf an Vagheit » eingeräumt werden; eine « Verbindung von Präzision und Flexibilität » wird befürwortet; die kontrollierende Gesetzlichkeit ist lediglich als « Programmsicherung », nicht, was für eine vom Strafzweck scharf getrennte Gesetzlichkeit unerläßlich wäre, als « Ergebnissicherung » aufgefaßt (39). Folgerichtig wird die juristische Figur einer Abwägung zwischen den Vorzügen der Formalisierung und den Vorzügen der Entformalisierung entworfen (40).

Der in die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit eingesetzte Zweck der Normstabilisierung hebt die strikte Gesetzlichkeit an entscheidenden Stellen auf. Aber das ist nur eine Modernisierung Feuerbachs.

5. *Fazit.*

Feuerbachs Verbindung von Strafzweck und genauer Gesetzlichkeit war künstlich, einseitig gebunden an den Strafzweck der negativen Generalprävention und daher leicht auflösbar. Die Auflösung geschieht mit den Denkmitteln Feuerbachs. Der Strafzweck wird verändert. Jede Änderung des Strafzwecks baut das Verhältnis zur Gesetzlichkeit um. Eine klare Tendenz ist zu sehen. Die Strafzwecke, die sich nach Feuerbach durchsetzen, lösen die Gesetzlichkeit überhaupt auf.

Dabei lassen sich zwei Epochen, getrennt durch das zweckmäßig-terrorisierende Strafrecht der Diktaturen des 20. Jahrhunderts, unterscheiden. In der ersten Epoche dominiert die Suche nach dem besten Strafzweck. Die Gesetzlichkeit muß sich nach den Notwendigkeiten des Strafzwecks richten. Repräsentiert wird diese Überwältigung der Strafgesetzlichkeit durch den Strafzweck von der klassischen und der modernen Schule der Kriminalpolitik. Die zweite Epoche, die Zeit nach dem Ende der Diktaturen des 20. Jahrhunderts, bleibt in der Tradition der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit, ist freilich bemüht, juristische Mechanismen zur Kon-

(38) HASSEMER, *Nomos Kommentar zum StGB*, 1. Aufl. 1995, Rn 301 ff. vor § 1.
(39) HASSEMER (Fn 38), Rn 18, 19, 20 zu § 1.
(40) HASSEMER (Fn 38), Rn 487 vor § 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trolle der Kraft des zweckmäßigen legalen Strafens zu finden. Dieses Bemühen führt nicht weit. Die Kontrollmechanismen weichen vor den Forderungen des zweckmäßigen legalen Strafens zurück. Der kriminalpolitische Sog, der von der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit ausgeht, ist zu stark. Praktisch wird diese Entwicklung in den Folgen der Auffassung einer sozialistischen Gesetzlichkeit und in der Konstruktion einer positiven Generalprävention.

Die variantenreiche, politisch genehme Ausbildung zweckmäßiger Strafgesetzlichkeit ist eine stetige Gefährdung der Strafgesetzlichkeit überhaupt. Die Gefährdung ist zu mindern, wenn man die nach den Diktaturen des 20. Jahrhunderts formulierte Frage, wie sich die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit zu einer anderen, der Zweckmäßigkeit widerstreitenden Strafgesetzlichkeit verhält, aufgreift und entschieden beantwortet. Die entschiedene Antwort ist: scharfe Trennung von zweckmäßiger und kritischer Strafgesetzlichkeit und nicht « rechtsstaatliches Sicherheitsstrafrecht » (41) als Amalgam von Verbrechensbekämpfung und deren Kritik, einem Amalgam, in dem die legierten Teile ununterscheidbar sind. Bei der Sicherung dieser Antwort kann Feuerbach hilfreich sein. In seinen Texten ist das Problem der Trennung zweier Strafgesetzlichkeiten angedeutet. Die Lösung dieses Problems ist bei Feuerbach widerspruchsvoll, läßt sich aber weiterführen.

V. *Konturen einer kritischen Strafgesetzlichkeit bei Feuerbach.*

Die zweite Art der Strafgesetzlichkeit, die kritische Strafgesetzlichkeit, die unerläßlich ist, soll die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit im Zaum gehalten werden, kommt bei Feuerbach vor (42) und hat in den Versuchen über kontrollierende Strafgesetzlichkeit nach dem 2. Weltkrieg überlebt. Man träfe Feuerbachs Absichten auch, wenn man diese zweite Strafgesetzlichkeit eine absolute, autonome oder reine Strafgesetzlichkeit nennte. Aber

(41) HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Herausgeber), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2007, S. 136/137.

(42) Eine systematische Darstellung dieser Seite von Feuerbachs Lehre bei: CATTANEO, *Anselm Feuerbach*, filosofo e giurista liberale, 1970.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« kritische » Strafgesetzlichkeit ist am treffendsten. Es geht Feuerbach darum, die Gefahr der Verhärtung, der jede zweckmäßige Strafgesetzlichkeit ausgesetzt ist, zu mindern. Feuerbach bemüht sich, die Kennzeichen jeder Strafgesetzlichkeit, die sich aus seinen Erwägungen zum Zweck der Strafe ergeben (s. oben I.), als Maßstab für alles Strafrecht, als Grundlage der Kritik an allem Strafrecht, auch am zweckmäßigen, auszuweisen. Den politischen Opportunismus der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit, ein Opportunismus, der die Strafrechtsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts charakterisiert, wollte Feuerbach theoretisch einschränken.

Als Instrument zum Erreichen dieses Ziels dient Feuerbach die kantische Philosophie, die er vor dem Erscheinen seiner strafrechtlichen Hauptwerke studiert hatte (43). Er versucht, die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit als Erkenntnis aus reiner Vernunft in der Nachfolge Kants aufzufassen (44), die Zweckmäßigkeit also von der Zweckmäßigkeit zu reinigen, ohne sie aufzugeben. Er schließt sich Kants Satz an, der Staat sei nichts anderes als die Vereinigung einer Menge Menschen unter Rechtsgesetzen (45), also kein in Gesetzesform auftretendes Sicherheitsunternehmen. Aus der Aufgabe des Staates, das Recht zu garantieren, entnimmt Feuerbach seinen sehr engen Verbrechensbegriff. Verbrechen sei immer Rechtsverletzung. Damit rückt das Verbrechen in die Nähe der Menschenrechtsverletzung (46). Dieser enge Begriff des Verbrechens ist in Feuerbachs Denken ein wichtiges Mittel der Kritik gegen ein ausuferndes zweckmäßiges Strafrecht und seine Gesetze.

Und das Gesetz selbst ist in Feuerbachs Lehre nicht ein offenes Gefäß, das auf zweckmäßige Inhalte wartet, sondern wegen seiner würdigen Inhalte ein würdiger Teil einer rechtlichen Staatsverfassung. Das Gesetz nennt Feuerbach einen « kategorischen Impera-

(43) FEUERBACH, *Biographischer Nachlaß*, veröffentlicht von seinem Sohn Ludwig Feuerbach, 2. Ausgabe 1853, 1. Band, S. 51.

(44) FEUERBACH, *Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Gültigkeit der natürlichen Rechte*, 1795, abgedruckt in: HANEY (Herausgeber), *Naturrecht und positives Recht, Ausgewählte Texte von Paul Johann Anselm Feuerbach*, 1993, S. 16 ff.

(45) FEUERBACH, *Lehrbuch* (Fn 3), §§ 8 ff.

(46) FEUERBACH, *Lehrbuch* (Fn 3), §§ 8 ff., 21 f.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiv » und beruft sich dazu auf Kant (47). Mit einem solchen Gesetzesbegriff läßt sich Widerstand gegen die kriminalpolitische Trivialisierung des Gesetzes leisten.

Im Zentrum der Kant-Verehrung Feuerbachs steht die kantische Forderung, den Menschen im Strafrecht niemals bloß als Mittel zum Zweck zu gebrauchen. Die Anziehungskraft, die dieser Satz hatte und hat, ist bei Feuerbach zu lesen und zu spüren. Er übernimmt diesen Satz bedingungslos. Er setzt ihn in eben jener Absicht ein, in der Kant ihn vorgetragen hat: zur Kritik eines nur zweckmäßigen Strafrechts (48). Feuerbach verwirft unter Berufung auf Kant die Verbindung von Strafe und Erziehung; diese Verbindung benutze den Straftäter als Mittel zum Zweck (49).

Theorie und Praxis des Strafens nach Feuerbach belegen, daß Feuerbachs Versuch, die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit durch ein parallel geführte kritische Strafgesetzlichkeit zu kontrollieren, mißlungen ist. Die Berufung auf die reine kantische Vernunft erweist sich bei Feuerbach als inhaltsarme Floskel. Feuerbachs « Staat als Garant reinen Rechts » kann dem Staat als Garanten wechselnder politischer und wirtschaftlicher Interessen, durchgesetzt auch mithilfe des Strafrechts, wenig entgegensetzen. Der Verbrechensbegriff verkommt noch zu Feuerbachs Lebzeiten zum offenen Begriff der Güter- und Interessenverletzung (50) und erweist sich als kritikresistent gegenüber dem Hinweis, das Verbrechen sei beschränkt allein auf die Verletzung von absoluten Rechten. Feuerbachs ernster Gesetzesbegriff wird theoretisch mühelos umgeformt in den Begriff der Zwangsregel für vielfältige Ziele. Das « Kategorische » am Strafgesetz wird, ähnlich wie schon bei Feuerbach, genutzt zur Machtverstärkung des Gesetzes. Feuerbachs bewunderter Kant-Satz, der Mensch dürfe im Strafrecht nicht als Mittel zum Zweck gebraucht werden, verliert schnell jede kritische Kraft. In der Resozialisierungsdebatte, in der gesamten Straftheorie-Debatte des 19. und 20. Jahrhunderts, kann man den Satz mißachten, ohne eine

(47) FEUERBACH, *Revision* 1 (Fn 1), S. 141 Anmerkung.

(48) FEUERBACH, *Revision* 1 (Fn 1), S. 48.

(49) FEUERBACH, *Revision* 1 (Fn 1), S. 78 ff.

(50) BIRNBAUM, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, S. 149 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

praktische oder wissenschaftliche Sanktion befürchten zu müssen. Wahrscheinlich liegt das an Feuerbachs Umgang mit Kants Satz selbst. Feuerbachs eigene Lehre, die kategorische Strafe am Täter sei notwendig, um die Autorität des Gesetzes zu stärken, ist, gemessen an der Forderung, den Menschen im Strafrecht nicht als Mittel zum Zweck zu gebrauchen, unmöglich.

Die Konturen einer kritischen Strafgesetzlichkeit findet man wohl bei Feuerbach. Es zeichnet sich bei ihm die Forderung nach einer ständigen Prüfung der vorhandenen zweckmäßigen Strafgesetze ab. Feuerbachs Kriterien der Prüfung ermöglichen auch einen Zweifel an Legitimation und praktischem Nutzen des weiten zweckmäßigen Strafrechts. Enge Verbindung von Staat und reinem Recht; theoretisch gesicherter Respekt vor dem genauen Gesetz; enger Verbrechensbegriff; Schutz des einzelnen Bürgers gegen das Benutztwerden durch einen Straftäter oder durch den strafenden Staat: das ist eine Ansammlung von Möglichkeiten der Kritik an zweckmäßigem Strafrecht.

Feuerbachs Auffassung von der kritischen Strafgesetzlichkeit hatte aber gewichtige Schwächen. Diese Schwächen haben es leicht gemacht, den Stand, den Feuerbach in der kritischen Strafgesetzlichkeit erreicht hatte, nicht weiter zu verfolgen. Eine Schwäche lag in der allzu lockeren Verbindung zu Kant. Feuerbach hat es vermieden, die ganze Reichweite der kantischen Kritik an der Lehre vom zweckmäßigen Strafrecht aufzufassen. Kants Urteil: « Eine bloß empirische Rechtslehre ist [...] ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! daß er kein Gehirn hat » (51), wird bei Feuerbach nicht erörtert. Die möglichen Ergebnisse einer solchen Erörterung, nämlich: die psychologische Zwangstheorie ist als nur empirisch und damit als hohl einzustufen oder diese Theorie muß völlig neu begründet werden, diese Ergebnisse wären für straftheoretisches Denken zu sperrig. Feuerbach und die straftheoretische Folgezeit müssen in ihren Überlegungen immer einen Vorteil für das zweckmäßig-sichernde Strafen finden.

Was ein an Kant anknüpfendes System kritischer Strafgesetzlichkeit sein könnte, ist bei Feuerbach schließlich nur eine

(51) KANT, *Metaphysik der Sitten*, Erster Teil, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre*, § B.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Verschönerung seiner eigenen Lehre einer zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit. Ein Grundproblem des Verhältnisses von kritischer und zweckmäßiger Strafgesetzlichkeit hat Feuerbach freilich gesehen, gestaltet und weitergereicht. Kritische und zweckmäßige Strafgesetzlichkeit verwenden, um sich durchsetzen zu können, die gleichen Begriffe, in erster Linie den Begriff des Gesetzes. Seit Feuerbach steht fest: das Strafgesetz ist zweckmäßige Machtverstärkung und kann zugleich Machtkritik sein.

Das Hauptproblem, das Feuerbach der Debatte der Strafgesetzlichkeit hinterlassen hat, lautet also in Frageform: kann die Strafgesetzlichkeit unvermeidlich zweckmäßig und doch notwendig zugleich kritisch sein bei ständiger gegenseitiger Durchdringung?

VI. *Die kritische Strafgesetzlichkeit.*

Das Beispiel Feuerbach belegt, daß die Antwort auf die Frage, ob sich zweckmäßige und kritische Strafgesetzlichkeit trennen lassen und dann gegeneinander arbeiten können, schwierig ist. Feuerbach hat die Art der Strafgesetzlichkeit, die man kritisch nennen kann, als kriminalpolitisch zweckmäßig begründet und damit den Aufbau einer unabhängigen kritischen Strafgesetzlichkeit erschwert, die Konturen einer solchen Strafgesetzlichkeit sogar auflösbar gemacht. Diese strafjuristische Situation führt auf die Frage, ob eine selbständige kritische Strafgesetzlichkeit formulierbar ist, durchaus in Auseinandersetzung mit Feuerbach. Es gibt *zwei Antworten* auf diese Frage.

1. *Kritische Strafgesetzlichkeit im positiven Recht.*

Die *erste Antwort* auf die eben gestellte Frage lautet:

Es gibt die *kritische Strafgesetzlichkeit als positives Recht*. Anders als bei Feuerbach ist diese Art der Strafgesetzlichkeit nicht in die Kriminalpolitik integriert. Vielmehr wird die Kontrolle des Strafens, die bei Feuerbach unvollkommen ausgebildet ist, in der Strafrechtsentwicklung seit der Französischen Revolution als eigenständiger Teil des positiven Rechts verfaßt. Ein Modell findet sich in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789. Die Erklärung enthält eine moderne Philosophie des Strafge-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

setzes. Sie geht davon aus, daß Kriminalpolitik im Staat, also Machtausübung durch Strafen, unvermeidlich genutzt wird; das Gesetz muß aber sicherstellen, daß Kriminalpolitik, wie zweckmäßig sie auch sei, kontrollierbar bleibt. Das Gesetz muß die natürlichen Rechte der Person respektieren; das Gesetz muß die Freiheit der Person achten; ohne Gesetz gibt es keine Handlungsverbote; das Gesetz muß sich auf notwendige Strafen beschränken; das Gesetz muß die Unschuldsvermutung garantieren; das Gesetz muß willkürliche Verhaftungen verhindern (Art. 7-9 der französischen Erklärung von 1789). Das scheint die beispielhafte Form kritischer Strafgesetzlichkeit zu sein. Es zeigt sich allerdings schon an der Erklärung von 1789, daß das bei Feuerbach formulierte Hauptproblem der Strafgesetzlichkeit, die gegenseitige Durchdringung von zweckmäßiger und kritischer Strafgesetzlichkeit, durch positives Recht nur schwer lösbar ist. Die gleichen Artikel der Erklärung von 1789, die eine kritische Strafgesetzlichkeit formulieren, legen zugleich fest, daß der Umfang der Kritik, den das Gesetz festlegt, bei Strafe nicht ausgeweitet werden darf und daß die für eine Erhaltung von Staat und Gesellschaft « notwendigen » Strafen durch Gesetze angedroht und ausgeführt werden müssen (Art. 7, 8). Das ist massive zweckmäßige Strafgesetzlichkeit. Eine Abstimmung der kritischen auf die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit gibt es im Text der Erklärung von 1789 nicht. Das ist das strafjuristische Feuerbach-Dilemma als positives Recht. Zweckmäßige und kritische Strafgesetzlichkeit stehen einander positivrechtlich gegenüber. Das positive Recht bestimmt keinen Vorrang. Daß die gesetzliche Kriminalpolitik kräftiger ist als die kritische Gesetzlichkeit, ist erwartbar und zeigt sich bereits in der Politisierung und Brutalisierung der Strafpraxis in der Französischen Revolution.

Mit diesem Inhalt wird das Problem im positiven Recht der Folgezeit erhalten, ausgebaut und fortgeschrieben. Das Muster ist: die kritische Strafgesetzlichkeit wird im Allgemeinen Teil eines StGB, zusätzlich im Allgemeinen Teil einer Verfassung abgelegt. Zugleich betreiben die Einzelvorschriften der Strafgesetzbücher und die Texte des Nebenstrafrechts bei der Beschreibung der Straftaten und bei der Organisation der Sanktionen massiv Kriminalpolitik durch zweckmäßige Gesetzlichkeit.

Die positivrechtlichen Texte zur kritischen Gesetzlichkeit sind

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inzwischen so zahlreich und so differenziert, daß ein System kritischer Gesetzlichkeit zu entwerfen wäre. In Europa müßten folgende Texte zusammengesehen werden, die ihrerseits nur die Formulierungstradition seit der französischen Erklärung von 1789 abbilden: Art. 92 ff. des deutschen Grundgesetzes; §§ 1, 2 des deutschen Strafgesetzbuchs; § 152 der deutschen Strafprozeßordnung als Beispiel für den Zustand der kritischen Strafgesetzlichkeit in einem nationalen Strafrecht. Art. 6, 7 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte; Art. 6 ff. des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte; Art. 22 ff. des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs; Art. 47 ff. der Charta der Grundrechte der Europäischen Union als Beispiel für den Zustand der internationalen kritischen Strafgesetzlichkeit. Aber alle diese Texte sehen die kritische Strafgesetzlichkeit nur als Gegengewicht, zudem als ein unkoordiniertes Gegengewicht zur zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit. Was Feuerbach vorgedacht hat, tritt in allen modernen Texten des positiven Rechts zur kritischen Strafgesetzlichkeit hervor. Das Strafgesetz ist zunächst und vor allem Mittel zur Herstellung von Sicherheit (ausdrücklich: Art. 5 I 1 EMRK; Art. 6 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union). Wenn man versucht, sich zur Förderung einer kritischen Strafgesetzlichkeit auf das positive Recht zu verlassen, muß man außerdem beachten, daß die Techniken, positives Recht durch Nichtbeachtung, Interpretation und schnelle Änderung zu schwächen, beachtlich ausgebaut sind. Die positivrechtlichen Regeln zur kritischen Strafgesetzlichkeit haben unter diesen Techniken zu leiden. Die positivrechtlichen Regeln zur zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit werden durch diese Techniken gefördert. In der Bundesrepublik Deutschland wird ein Hauptelement der kritischen Strafgesetzlichkeit, die Genauigkeit des Gesetzes, durch eine beständige Praxis abgeschliffen; die Verfassungsgerichtsbarkeit stützt die kritische Strafgesetzlichkeit nur zögernd (52). Die in der deutschen Rechtslehre ausgebreitete Meinung, es gebe nicht nur eine Sicherheitspolitik, sondern ein Verfassungsrecht auf Sicherheit auch durch Strafrecht (53) lähmt die kritische Strafgesetzlichkeit. Schließlich hat die

(52) Vgl. KRAHL, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht* (Art. 103 Abs. 2 GG), 1986.

(53) S. ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, 1987.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gesetzgebung die Möglichkeit, die positivrechtliche kritische Strafgesetzlichkeit durch positives Recht abzuschaffen.

Gemessen am Textbestand des positiven Rechts wäre es wohl gegenwärtig möglich, ein System der kritischen Strafgesetzlichkeit zu entwerfen. Die Aussicht aber für die kritische Strafgesetzlichkeit, der Kontamination durch die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit zu entgehen, ist gering, so gering wie schon bei Feuerbach. Über das positive Recht ist eine selbständige kritische Strafgesetzlichkeit nicht zu sichern.

2. *Die vom positivem Recht unabhängige kritische Strafgesetzlichkeit.*

Es muß eine *zweite Antwort* auf die Frage geben, ob eine selbständige kritische Strafgesetzlichkeit formulierbar ist. Teile der Antwort liegen auf der Hand. Als strafjuristische Realität gibt es eine durchgearbeitete kritische Strafgesetzlichkeit nicht. Formulierbar ist sie also nur als Programm. Eine solche Programmdebatte mag finden, daß die kritische Strafgesetzlichkeit in der aktuellen Situation des Strafrechts Utopie ist. Ein wirklicher Einwand gegen das Entwerfen eines vollständigen Programms einer kritischen Strafgesetzlichkeit wäre das nicht. Es gibt zu wenig Utopie in der aktuellen Strafrechtsdebatte.

Für den Inhalt einer kritischen Strafgesetzlichkeit ist gewiß, daß sie als vorpositives Programm gelingen muß. Für « vorpositiv » kann man setzen: autonom, zweckunabhängig, politikfrei, rein. An dieser Stelle findet man das komplizierteste Stück der kritischen Strafgesetzlichkeit seit Feuerbach. Er hoffte, dieses komplizierte Stück mit Kant-Anspielungen bearbeiten zu können und begründete damit das Verfahren einer kantianisierenden kritischen Strafgesetzlichkeit. Die Machtlosigkeit dieses Verfahrens gegenüber der zweckmäßigen Strafgesetzlichkeit verlangt nach einer Änderung dieses Verfahrens. Die Anknüpfung an Kant wird bleiben müssen. Keine andere Philosophie hat die Denkformen für das Ausbilden einer kritischen Strafgesetzlichkeit entwickelt. Feuerbach hat das gespürt. Doch zum Programm einer kritischen Strafgesetzlichkeit gehört ein geduldigeres, konzentrierteres Bemühen um Kant als man es bei Feuerbach findet, vor allem in der Frage der Erkenntnisthe-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

orie. Feuerbach hat sie vernachlässigt. Kants kritische Strafrechtslehre steht in der 'Metaphysik der Sitten'. Kantische säkulare Metaphysik ist Theorie des richtigen Erkennens. Eine kritische Strafgesetzlichkeit wird nur gelingen, wenn Feuerbachs Annäherung an Kant aufgegeben und durch eine zähe Arbeit an den Voraussetzungen der Erkenntnis richtiger Kritik-Kriterien ersetzt wird. Diese Arbeit muß zum Ziel eine säkulare Strafrechtsmetaphysik für kleine Bereiche des Strafrechts haben. Eine Tradition für diese Arbeit gibt es nicht. Zum Programm einer kritischen Strafgesetzlichkeit gehört die Begründung einer solchen Tradition, an dieser Stelle also ein Überwinden der durch Feuerbach eingeleiteten erkenntnistheoretischen Bequemlichkeit im Strafrecht.

Zum Programm der kritischen Strafgesetzlichkeit gehört weiter das mühsame Unternehmen, das zweckmäßige Strafrecht von einer kritischen Strafgesetzlichkeit scharf abzutrennen. Das widerspricht heftig den strafjuristischen Denk- und Arbeitsgewohnheiten seit Feuerbach. Wissenschaftlich wichtig wäre es, könnte man die Kriminalpolitik abdrängen in bloße Regelhaftigkeit und das Gesetz reservieren für die kritische Strafgesetzlichkeit. Der Kriminalpolitik wäre dann genommen, was sie seit Feuerbach schätzt: das Gesetz als Verstärker der Kriminalpolitik zu nutzen. Es stünden sich dann klar gegenüber die kriminalpolitischen Regeln, die sich ständig ändern, vermehren, verstärken, und eine Gesetzlichkeit, die konzentriert den Bewegungen der Kriminalpolitik folgt und sie hartnäckig mithilfe der immer gleichen Kriterien begrenzt. Dann stünden sich gegenüber die *Politik* der Verbrechensbekämpfung und das *Recht* der Begrenzung dieser Verbrechensbekämpfung. (54) Die Kriminalpolitik wäre Sache des regierenden politischen Systems. Das Verbrechensbekämpfungsbegrenzungsrecht wäre Sache der Wissenschaft. Wahrscheinlich entstünden unversöhnliche Lager mit unsicheren Zugehörigkeiten zu den Lagern.

Der Einwand, das gehe praktisch nicht, ist nur teilweise plausibel. Die Trennung von Kriminalpolitik und Recht geht nur heute nicht, bedingt durch die mit Feuerbach eingeleitete Verklammerung

(54) Überblick über den Stand der Debatte zu diesem Problem bei: Lisa Kathrin SANDER, *Grenzen der instrumentellen Vernunft im Strafrecht*, Dissertation Frankfurt a. M., 2007, S. 320 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

von Kriminalpolitik und begrenzendem Strafrecht. In einer längeren Periode unabhängiger wissenschaftlicher Arbeit wird diese Trennung von Kriminalpolitik und Strafrecht wieder möglich. Beginnen kann man sofort mit einer Sichtung der großen positivrechtlichen Regelungsmasse im nationalen, europäischen und internationalen Recht. Diese Masse läßt sich jetzt schon trennen in kritische und zweckmäßige Strafgesetzlichkeit. Zweifelsfälle wären nur ein Anlaß, das Trennungskriterium zu schärfen. Dieser Teil des Programms einer selbständigen kritischen Strafgesetzlichkeit ist alles andere als Utopie. Dieser Teil ist ständige Aufgabe einer freien Strafrechtswissenschaft, die für die Offenlegung des jeweils aktuellen Geistes des positiven Strafrechts zuständig ist.

Ein weiterer gewichtiger Teil eines Programms einer kritischen Strafgesetzlichkeit ist die Sicherung der Kriterien der Kritik, wobei, noch einmal, diese Sicherung abhängt vom Gelingen einer erkenntnistheoretischen Grundlegung der Richtigkeit dieser Kriterien. (55) Aber es läßt sich mit Gewißheit sagen, welches mindestens diese zu sichernden Kriterien sind (56). Das Nachfragen bei Feuerbach ist an dieser Stelle ergiebig.

Eine kritische Strafgesetzlichkeit ist in einem analytischen Verfahren nicht bestimmbar. Sie ist eine Ableitung aus einem kritischen Rechtsbegriff, der seinerseits abhängt von einem kritischen Staatsbegriff. Den Zusammenhang von Staat, Recht und Strafrecht muß man in einer kritischen Strafgesetzlichkeit als notwendig annehmen und in seinen Einzelheiten beherrschen, um irgendeine strafrechtliche Frage entscheiden zu können. Feuerbach ist an dieser Stelle Vorbild. (57) Der Folgezeit ist dieser Zusammenhang unbequem.

Es kommt darauf an, den richtigen Staatsbegriff so zu bestimmen, daß die strafende Tätigkeit von vornherein begrenzt ist, daß Strafrecht folglich diese Begrenzung nur ausarbeitet und daß eine kritische Strafgesetzlichkeit das Einhalten dieser Begrenzung stetig

---

(55) S. hierzu, gerade in Auseinandersetzung mit Feuerbach: CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, 1981 und CATTANEO, *Metafisica del diritto e ragione pura*, 1984.

(56) Sammlung und Ordnung dieser Kriterien, mit dem Ziel der Kritik an der modernen Strafrechtsentwicklung, von Peter-Alexis ALBRECHT, *Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*, 2. Aufl., 2006.

(57) S. erneut FEUERBACH, *Lehrbuch* (Fn 3), §§ 8 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

überprüfen und durchsetzen kann. Die Kriminalpolitik muß in jeder politischen Epoche auf einen limitierten Staats- und Rechtsbegriff und auf eine Praxis kritischer Strafgesetzlichkeit treffen, also auf Gegner treffen, die sich nicht leicht überwinden lassen.

Das Ausarbeiten des Zusammenhangs von Staat, Recht und kritischer Strafgesetzlichkeit in Einzelheiten kann sich wiederum an Feuerbach orientieren:

Das Gesetz ist kein wohlfeiles Druckmittel für jede strafpolitische Richtung, sondern Begrenzung jeder strafenden Staatsmacht und Begrenzung der Macht eines Täters, Straftaten zu begehen. Das Gesetz hat einen unzerstörbaren Charakter. Es ist unabhängig von den Interessen der gerade maßgebenden Politik, von den Interessen des Gesetzesanwenders und den Interessen des Gesetzesverletzers. Dieses Gesetz verlangt den unabhängigen Richter. Feuerbach hat mit seiner Forderung, der Verbrechensbegriff müsse sehr eng sein, dürfe mehr nicht umfassen als die Überwältigung des Willens des Einzelnen und der Gesellschaft durch Macht oder unwiderstehliche List, einen wichtigen Teil der kritischen Strafgesetzlichkeit benannt. Die Formulierung der Mindestbedingung menschenwürdigen Lebens, die Kennzeichnung der Überwältigung eines Einzelnen durch Macht und List anderer Einzelner oder organisierter Gruppen als absolutes Unrecht, ist die Formulierung der Verfassung einer kritischen Strafgesetzlichkeit. Erneut ist die schwierige Voraussetzung für das Gelingen einer solchen Verfassung einzuräumen: die *Erkenntnis* der Richtigkeit dieser Verfassung. Nur persönliche Bekenntnisse zu einer solchen Verfassung, wie Feuerbach sie formuliert hat, oder die Summierung solcher Bekenntnisse zu einem Konsens reichen nicht, stärken nur die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit.

Das Programm einer ausgearbeiteten kritischen Strafgesetzlichkeit ist nicht das Programm eines machtvollen Sicherheitsunternehmens, sondern ist das Programm einer Verteidigung des Einzelnen gegen ein machtvolles, immer leicht begründbares Sicherheitsunternehmen. Der Kritikbegriff ändert sich, verglichen mit Feuerbach und der von ihm abhängigen Wissenschaftstradition. Kritik ist nicht länger, wie bei Feuerbach und später, Kritik der Wirksamkeit einer bestimmten Straforganisation mit dem Ziel, eine wirksamere Straforganisation zu etablieren. Sondern Kritik, jene

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Kritik, die der kritischen Strafgesetzlichkeit den Namen gibt, ist Kritik der Begründbarkeit überhaupt allen zweckmäßigen Strafens, setzt das zweckmäßige Strafen immer wieder der Frage aus: Ist das Recht? Die Frage ist von Kant geborgt. Er verdächtigte die juristische zweckmäßige Strafgesetzgebung, sich unter Berufung auf ihre « Majestät » der Kritik ihrer Richtigkeit entziehen zu wollen (58). Diese Kant-Linie fehlt bei Feuerbach.

Die kritische Strafgesetzlichkeit wird, auch wenn ihr Programm noch nicht vollständig ausgeführt ist, genug Arbeit haben, solange die zweckmäßige Strafgesetzlichkeit immer weiter entfaltet wird (59). Sollte die kritische Strafgesetzlichkeit erfolgreich sein, entsteht ihr freilich ein Problem, das so groß ist wie das praktische Wirksamwerden eines kritischen Strafrechts. Bei Erfolg, wenn die kritische Strafgesetzlichkeit keinen Gegner mehr hätte, müßte sie die Frage beantworten, wie ein der Kritik nicht mehr bedürftiges, ein richtiges Strafrecht aussehen könnte. Zum Programm einer kritischen Strafgesetzlichkeit gehört also der Entwurf eines idealen modernen gesamten Strafrechts. Und auch wenn das ideale Strafrecht niemals gebraucht würde (was wahrscheinlich ist, weil das zweckmäßige Strafrecht schwerlich verschwinden wird) — schon das Bemühen um ein ideales Strafrecht würde die Kritikmacht der kritischen Strafgesetzlichkeit stärken.

(58) KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, Vorrede zur 1. Auflage, 1781, Anmerkung.

(59) Für den großen Bereich des sich ausbildenden europäischen Strafrechts ist dies belegt von BRAUM, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, 2003.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIA ROSA DI SIMONE

PROGETTI DI CODICI PENALI NELLO STATO PONTIFICIO DELLA RESTAURAZIONE

Introduzione. — Il progetto di Luigi Gigli e il parere di Giovanni Rufini. — Il progetto del governo. — Reazioni e giudizi. Il progetto degli avvocati concistoriali. — Il progetto di Agatone de Luca Tronchet e l'opera della congregazione cardinalizia speciale.

Introduzione.

Il *Regolamento sui delitti e sulle pene* emanato da Gregorio XVI il 20 settembre 1832, a lungo trascurato dalla storiografia, è stato reso oggetto negli ultimi anni di studi volti ad analizzarne i contenuti e le caratteristiche e a ricostruirne la posizione e il ruolo nel quadro della codificazione penale degli Stati italiani preunitari. Questo risveglio di interesse era già emerso alla fine degli anni Settanta nei risultati delle pionieristiche ricerche di un gruppo di studio sulla codificazione pontificia, dove il rilievo del settore penalistico era stato opportunamente sottolineato da Mirella Castracane Mombelli, che era in seguito tornata sull'argomento fornendo ulteriori preziose informazioni sulle fonti archivistiche reperibili (1). Un decisivo progresso, poi, si è verificato grazie alle meritorie iniziative promosse da Sergio Vinciguerra, nell'ambito delle quali è stata avviata una serie di indagini che hanno cominciato a far luce su questo testo

Abbreviazioni: ASR: Archivio di Stato di Roma; ASV: Archivio Segreto Vaticano.

(1) M. CASTRACANE MOMBELLI, *Le fonti archivistiche per la storia delle codificazioni pontificie (1816-1870)*, in « Società e storia », VI, 1979, pp. 838 ss.; EAD., *Fonti e metodologia per uno studio sulle riforme del sistema penale pontificio nel XIX secolo*, in « Nuovi Annali della scuola speciale per archivisti e bibliotecari », VII, 1993, pp. 177 ss.; EAD., *Il motu-proprio del 6 luglio 1816 e l'elaborazione di una nuova pratica criminale pontificia nell'età consalviana*, in *Studi in onore di Arnaldo D'Addario*, a cura di L. BORGIA, F. DE LUCA, P. VITI, R. M. ZACCARIA, IV, Lecce, Conte, 1995, pp. 1501 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

normativo fornendo notizie più precise sulle vicende della redazione e valutazioni più meditate sui contenuti (2). Tali contributi hanno senza dubbio arricchito le scarse conoscenze che si possedevano ma, nella varietà delle conclusioni e dei giudizi formulati, hanno anche dimostrato la complessità del tema e l'opportunità di proseguire gli studi in materia.

Uno degli obiettivi principali delle ricerche finora realizzate è apparso quello di verificare la fondatezza del giudizio generalmente negativo sul *Regolamento*, che era stato formulato durante l'Ottocento sull'onda del diffuso anticlericalismo risorgimentale per essere poi recepito e perpetuato nel secolo successivo. Al riguardo le opinioni risultano tutt'altro che uniformi. Laura Fioravanti ha rivalutato il testo gregoriano ravvisando in esso un importante esemplare di codificazione europea, riconoscendogli una certa autonomia e originalità rispetto ai modelli coevi e individuando l'adozione di alcuni principi in linea con le legislazioni più avanzate dell'epoca (3), Tullio Padovani ha considerato « singolarmente moderna » l'organizzazione della materia nella parte generale e ha rinvenuto numerosi elementi di interesse e di novità nei suoi contenuti, apprezzando i segni di una sensibilità nei confronti di alcuni principi come quello della colpevolezza e della considerazione dell'atteggiamento psicologico del reo (4). Per contro Mario Da Passano ha ritenuto che i lavori preparatori per la redazione del codice siano approdati ad « un risultato abbastanza modesto » in confronto ad altre normative preunitarie (5), mentre decisamente negativo è il giudizio di Alberto Cadoppi che ha evidenziato importanti incertezze e incongruenze negli obiettivi e nella struttura del testo, rilevando i difetti formali e

(2) L. FIORAVANTI, *Il regolamento penale gregoriano*, in *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Studi coordinati da S. Vinciguerra, Padova, Cedam, 1993, pp. 273 ss.; *I regolamenti penali di papa Gregorio XVI per lo Stato pontificio (1832)*, ristampa anastatica con scritti di S. AMBROSIO ET ALII, raccolti da S. VINCIGUERRA, Padova, Cedam, 2000.

(3) FIORAVANTI, *Il regolamento penale gregoriano*, cit., pp. 296 ss.

(4) T. PADOVANI, *Considerazioni sulla « Parte generale » del Regolamento gregoriano*, in *I regolamenti penali di papa Gregorio XVI*, cit., pp. XLIII ss.

(5) M. DA PASSANO, *I tentativi di codificazione penale nello Stato Pontificio (1800-1832)*, ivi, pp. CXLIII ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sostanziali che, a suo avviso, lo resero decisamente inferiore rispetto alle altre esperienze italiane della Restaurazione (6).

In questi studi, si è discusso anche sui modelli di riferimento del *Regolamento*, rintracciando le influenze della codificazione penale francese e austriaca, mentre Giovanni Minnucci ha esaminato in particolare il legame con il diritto canonico (7), Mario Da Passano e Riccardo Ferrante hanno ricostruito il lungo lavoro di preparazione esaminando contenuti e metodi dei progetti che lo avevano preceduto (8), Mario Sbriccoli ha avviato una analisi sulla scienza penalistica dello Stato pontificio fino a quel momento pressoché ignorata dalla storiografia (9).

Alcune di queste ricerche hanno dato conto di giudizi espressi dai giuristi dell'epoca tra i quali è apparso particolarmente significativo e autorevole quello di Mittermaier che nel 1834 aveva evidenziato i limiti del testo gregoriano (10). Il giurista tedesco, fra l'altro, riteneva fonte di ulteriore corruzione la galera, che veniva dispensata in modo eccessivamente frequente e duro, finendo per rivestire un ruolo primario rispetto alle altre pene, criticava l'uso di comminare per alcuni delitti sanzioni fisse, quasi il codice fosse un'ordinanza fiscale dove ad ogni infrazione corrispondeva una determinata tassa, credeva inopportuno definire la gravità della punizione in base al danno provocato da certi reati di profilo

(6) A. Cadoppi, *Struttura e funzione di un codice penale. A proposito del « Regolamento sui delitti e sulle pene » del 1832, il « brutto anatroccolo » dei codici penali della Restaurazione*, ivi, pp. LV ss.

(7) In particolare su questo ultimo punto cfr. G. Minnucci, *Diritto penale canonico e diritto penale secolare nello Stato Pontificio durante il pontificato di Gregorio XVI: qualche riflessione*, ivi, pp. XXIX ss.

(8) Da Passano, *I tentativi*, cit.; R. Ferrante, *Pratica legale e codificazione nella Roma di Gregorio XVI. Il progetto di codice penale di Camillo Trenti*, ivi, pp. CLXXXV ss.

(9) M. Sbriccoli, *Giuseppe Giuliani, criminalista. Elementi per una biografia*, ivi, pp. CCLIX ss. Il lavoro è stato aggiornato in Id., *Giuseppe Giuliani. La vicenda di un penalista moderato nell'Italia del XIX secolo*, in « Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata », V, 2000-2004, pp. 1 ss.

(10) K. J. Mittermaier, *Das neue Criminalgesetzbuch für den Kirchenstaat*, in « Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes », VI, 1834, n. 6, pp. 80 ss. Una traduzione di alcuni passi salienti di questo articolo è stata realizzata in S. Vinciguerra, *Un'esperienza di codificazione fra emergenza politica e suggestioni del passato: i regolamenti penali gregoriani*, in *I regolamenti penali di papa Gregorio XVI*, cit., pp. XXI-XXII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

privatistico non essenziale, come l'incendio, disapprovava l'indeterminatezza delle disposizioni relative alle offese al governo, che attribuiva a quest'ultimo un potere repressivo arbitrario, considerava particolarmente inadeguata la disciplina sul duello, sulla bestemmia e sullo stupro e inaccettabile il criterio per cui l'omicidio era definito sempre premeditato se veniva compiuto dopo le 24 ore successive dalla provocazione (11). Per contro erano a suo avviso da apprezzare le norme volte a differenziare le pene per i minori di venti anni, a colpire i reati di falso attraverso una articolata e raffinata distinzione di diversi casi, a tutelare gli avvocati dalle offese o lesioni ricevute nell'esercizio della loro funzione, a proteggere le opere d'arte (12). Anche la concisa formulazione del testo era indicata da Mittermaier come esempio da imitare, ma l'elencazione di questi pregi non arrivava a modificare sostanzialmente il suo giudizio sul carattere mediocre e insufficiente del codice gregoriano.

Alle valutazioni del giurista tedesco si contrapposero qualche anno dopo quelle di Maurice Pujos che nel 1862 affermava di sentire il bisogno di esaminare in modo imparziale la legislazione pontificia per controbattere i diffusi pregiudizi e la condanna generalizzata che gravavano su di essa nelle pubblicazioni sulla questione romana che in quegli anni si stavano moltiplicando (13). Egli pur riconoscendo che gli ordinamenti dello Stato della Chiesa non erano compiuti e perfetti, osservava che il tanto discusso *Regolamento* gregoriano, ispirato al modello francese e a quello austriaco, aveva apportato rispetto al primo alcuni miglioramenti introducendo persino modifiche « qui sont demandées à titre de réformes par quelques-uns des principaux criminalistes français » (14). Nell'esame delle analogie e differenze tra i due codici, Pujos ridimensionava le critiche rivolte al sistema pontificio, riconducendo alcune sua soluzioni, universalmente bollate come retrograde, alla volontà di adeguarsi ai principi della religione cattolica, che in quel contesto istituzionale avevano

(11) MITTERMAIER, *Das neue Criminalgesetzbuch*, cit., pp. 100 ss.

(12) Ivi, p. 102.

(13) M. PUJOS, *De la législation civile, criminelle et administrative des États Pontificaux*, Paris-Rome 1862, pp. 1 ss.

(14) Ivi, p. 15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un rilievo tutto particolare ed erano vivamente sentiti come irrinunciabili dalla popolazione (15).

Al di là delle analisi dei giuristi esteri, tuttavia, il *Regolamento* apparve ben presto inadeguato e incompleto anche nello Stato pontificio tanto che, pochi mesi dopo la sua emanazione, si avviò un lungo lavoro di revisione che, se non approdò mai alla pubblicazione di un nuovo testo legislativo, offre una interessante testimonianza degli orientamenti della scienza giuridica e dei problemi della prassi in questo Stato durante la Restaurazione. L'attività di progettazione registrò due fasi particolarmente intense intorno alla metà degli anni Trenta e alla fine degli anni Quaranta, mentre proseguì con maggiore lentezza e meno energia negli anni Cinquanta per arenarsi definitivamente nel decennio successivo. La ricostruzione della vicenda nella sua completezza trova un notevole ostacolo nel fatto che attualmente è escluso dalla consultazione il ricco fondo del Consiglio di Stato conservato presso l'Archivio Segreto Vaticano, che presumibilmente consentirebbe di colmare una buona parte delle numerose lacune presenti nella documentazione reperibile nell'Archivio di Stato di Roma (16). Tuttavia il materiale a disposizione è sufficiente per delineare alcune tappe fondamentali nella storia dei tentativi di riforma del codice penale del 1832 e per individuarne le motivazioni e gli obiettivi. In questa sede si prenderanno in considerazione le iniziative intraprese durante il pontificato di Gregorio XVI, che evidenziarono i principali problemi della legislazione vigente, prospettarono modifiche di vario genere e fornirono un ricco materiale di riflessione e discussione nei lavori sulle riforme penali sotto Pio IX.

Il progetto di Luigi Gigli e il parere di Giovanni Rufini.

Una significativa testimonianza delle perplessità e del malcontento diffusi tra i magistrati nei confronti del *Regolamento* è offerta dall'iniziativa di Luigi Gigli, governatore di Monte Carotto che già

(15) Ivi, pp. 55 ss.

(16) Sull'importante materiale conservato nel fondo *Consiglio di Stato (1850-1870)* dell'Archivio Segreto Vaticano cfr. M. CASTRACANE MOMBELLI, *La codificazione civile nello Stato pontificio*, I: *Il progetto Bartolucci del 1818*, Napoli 1987, p. XXXI, nota 46.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il 20 dicembre 1833 presentò al papa un complesso progetto di riforma (17). Questa prima redazione del lavoro non è stata finora ritrovata ma è possibile consultare la seconda, che fu proposta a Pio IX nel 1848, quando il suo autore ricopriva la carica di giudice del tribunale di prima istanza di Urbino, e che appare sostanzialmente invariata nei criteri e nei contenuti (18). Si tratta di un manoscritto rilegato di 266 pagine, diviso in tre parti delle quali la prima contiene un minuzioso esame critico del *Regolamento* gregoriano, la seconda indica i miglioramenti da apportare ad esso e la terza consiste in un codice penale completo, corredato di una ulteriore approfondita analisi nella quale l'autore commentava e motivava le norme proposte.

Il testo, denominato, come quello gregoriano, *Regolamento sui delitti e sulle pene*, era sorretto da una sistematica articolata e complessa che rispecchiava la preoccupazione di prevedere tutti i casi possibili, inquadrandoli in una costruzione scientificamente ineccepibile e completa. Oltre alle disposizioni preliminari, il codice comprendeva tre libri che al loro interno presentavano una complicata suddivisione in parti, titoli, capitoli e sezioni per un totale di 728 articoli che rendevano la sua dimensione quasi doppia di quella del codice vigente. L'insieme è prolisso e spesso ripetitivo, il linguaggio discorsivo e poco tecnico, ma il lavoro rivela lo sforzo di assicurare la certezza del diritto mediante una distribuzione razionale ed efficiente della materia, tale da rimediare alla confusa e incerta struttura del codice vigente. Esso riflette l'intento di modernizzare gli strumenti della repressione alla luce di una visione più mite del sistema penale. La sistematica del progetto si ispirava al modello francese e i principi teorici che lo informavano riflettevano l'influenza della dottrina illuministica, mentre i contenuti, forse anche

(17) La data è indicata in una dettagliata relazione stilata nel 1834 da Giovanni Rufini: cfr. *Esame sulle Osservazioni per la miglioranza del Regolamento penale proposte dal Governatore di Monte Carotto*, in ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1551, fasc. 1834.

(18) *Progetto di legislazione penale dell'avvocato Gigli Giudice nel Tribunale di prima Istanza in Urbino*, in ASR, *Commissione per la compilazione dei codici legislativi*, b. 9, fasc. 80. Confrontando questo testo con l'*Esame sulle Osservazioni per la miglioranza del Regolamento penale*, cit., si evince che la versione del 1848 era, salvo qualche marginale variazione, del tutto analoga a quella del 1833. Lo stesso parere è stato espresso in CASTRACANE MOMBELLI, *Le fonti archivistiche*, cit., p. 861.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per la necessità di adattare le norme alla realtà dell'ordinamento pontificio, risentivano talvolta del retaggio del passato.

Nelle disposizioni preliminari emergeva in particolare la preoccupazione di fornire le definizioni, che mancavano nel *Regolamento* gregoriano e Gigli riteneva invece indispensabili per la chiarezza del testo (19), e di indicare le basi teoriche sulle quali esse si appoggiavano. Il codice si apriva con la nozione di legge come « precetto generale emanato dalla sovrana autorità nella Società civile per dirigere le azioni esterne dei Concittadini al bene dello Stato » (art. 1), rivelando subito una visione del diritto tendenzialmente autonoma dalla morale, mentre l'art. 2 secondo il quale « la sanzione penale che rende precettiva la legge consiste nella perdita di un diritto proporzionato alla qualità e gravezza del delitto, ad esempio dei cittadini » rifletteva la concezione tipicamente illuministica della funzione e delle caratteristiche della pena. Nel commento, l'autore sottolineava che la proporzione doveva essere calcolata « in ragione geometrica alla qualità del reato, ed in ragione aritmetica alla sua gravezza » avendo come scopo precipuo di trattenere gli altri soggetti dal delitto attraverso il pubblico esempio (20).

Il criterio della irretroattività della legge, esplicitamente fissato nell'art. 3, era attenuato solo dalla regola per cui nei delitti commessi anteriormente al codice, si sarebbe applicata la pena più mite tra i due sistemi (art. 4) mentre le leggi precedenti venivano abrogate solo per le materie contemplate nel nuovo testo, restando in vigore per le altre (art. 5). Il principio di stretta legalità era enunciato in maniera indiretta nella definizione di delitto che consisteva in « qualunque violazione imputabile di legge penale a danno ingiusto della Società o de' suoi cittadini », mentre molto chiaro era il divieto dell'analogia e la limitazione dell'azione del giudice alla mera applicazione della legge (artt. 16-18). Al riguardo Gigli spiegava che la funzione legislativa spettava unicamente al sovrano, come la commutazione e la riduzione delle sanzioni o la concessione della grazia (art. 19), e perciò l'estensione delle disposizioni a casi simili avrebbe configurato un abuso di potere da parte del magistrato, il quale « come

(19) *Progetto di legislazione penale dell'avvocato Gigli*, cit., p. 49.
(20) Ivi, p. 51.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ognun vede, non è altro che un'autorità secondaria » (21). In armonia con la concezione anticorporativa della società civile, era abolito ogni privilegio relativo alla potestà di dispensare dalle pene, spettante fino ad allora a corpi e ceti (art. 20), ed era affermato il principio della personalità della pena (art. 21), mentre l'ideale pedagogico dello Stato si rifletteva nella disposizione per cui il codice penale avrebbe dovuto essere insegnato ai fanciulli e richiamato alla mente degli adulti, col supporto di compendi, e la sua conoscenza avrebbe dovuto formare un requisito indispensabile per tutti i funzionari pubblici (art. 10).

Il primo libro, *Delle pene e delle regole generali per la loro applicazione*, rispecchiava l'esigenza di definire e precisare i concetti in modo più razionale e dettagliato rispetto alla legislazione del 1832. I suoi quattro titoli dedicati rispettivamente alla qualità, alla proporzione, all'applicazione e agli effetti delle sanzioni, dettavano una disciplina particolareggiata, espressa in una forma spesso prolissa e ripetitiva che, se nel complesso non si discostava in modo troppo vistoso dalle disposizioni vigenti, riusciva ad introdurre qualche elemento nuovo.

Derivante dal modello napoleonico era, ad esempio, la distinzione delineata all'art. 23 tra le pene criminali (morte, galera, opera pubblica, reclusione, esilio, relegazione, civica degradazione, interdizione, multa), correzionali (prigionia, esilio correzionale, multa) e di polizia (detenzione, mandato in casa, multa, confisca del corpo del delitto) dalla quale era fatta discendere la gradazione dei delitti in maggiori, minori e contravvenzioni (artt. 13-15, 25). Nel commento, Gigli si diffondeva in una perorazione contro la confisca dei beni, ricordando che era stata deprecata da molti illustri scrittori fra i quali Beccaria perché rispecchiava il regime tirannico degli imperatori romani e appariva ingiusta e controproducente in quanto puniva gli innocenti familiari del reo mandandoli in rovina e spin-

(21) Ivi, p. 58. Sull'origine del principio di stretta legalità e la relativa bibliografia cfr. M. A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, Comunità, 1970, pp. 446 ss.; G. VASSALLI, voce *« Nullum crimen sine lege »*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, Utet, 1965, pp. 493 ss.; ID., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VIII, Torino, Utet, 1994, pp. 278 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gendoli a delinquere (22). Passando poi alla descrizione delle pene, egli, sulla scia di alcuni giuristi illuministi, sosteneva che, per rispettare il principio dell'eguaglianza, era necessario differenziare le sanzioni in base alla estrazione sociale del reo perché « vi sono alcuni ceti di persone, che per la diversa educazione ricevuta soffrirebbero una doppia pena se dovessero espiarla nei soliti luoghi della galera, e dell'opera pubblica ». Per evitare questa ingiustizia, bisognava prevedere « per alcune qualità di delitti, che per lo più si commettono da persone o ricche, o colte, o che hanno avuto un'educazione particolare » la reclusione in appositi e specifici stabilimenti (23).

Grande cura era dedicata sia alla minuziosa definizione della gradazione delle pene e del passaggio da un grado all'altro (artt. 44 ss.), che rispecchiava l'intento di ridurre drasticamente l'arbitrio del giudice, sia alla indicazione delle persone soggette all' applicazione delle pene (artt. 44 ss.). Nella trattazione di questo ultimo punto vanno notate l'importanza attribuita al diritto naturale, la violazione del quale comportava la punizione dello straniero da poco soggiornante nello Stato (24), la valorizzazione dell'obiettivo della rieducazione dei giovani nella normativa sui minorenni (25) e l'interpretazione utilitaristica delle regole relative ai rei settantenni i quali, secondo l'autore, non dovevano essere condannati a morte perché l'esecuzione avrebbe suscitato la compassione degli astanti vanificando « il vero scopo della punizione, che è il pubblico esempio » (26).

Alla distinzione delle azioni in dolose e colpose era dedicato un ampio capitolo, nel cui ambito si approfondiva in particolare il caso dell'ubriachezza, individuandone tre tipi per ciascuno dei quali era previsto un trattamento diverso. Così, l'ubriachezza « accidentale o involontaria », causata da fatti indipendenti dalla volontà del soggetto, non era imputabile, quella « inconsiderata », derivante dalla leggerezza del reo, comportava la riduzione di un grado, mentre

(22) *Progetto di legislazione penale dell'avvocato Gigli*, cit., pp. 59 ss.

(23) Ivi, pp. 62-63. Questa opinione era stata espressa tra gli altri da Francesco Vigilio Barbacovi e da Filippo Maria Renazzi. Cfr. M. R. Di Simone, *Legislazione e riforme nel Trentino del Settecento. Francesco Vigilio Barbacovi tra assolutismo e illuminismo*, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 153-154.

(24) *Progetto di legislazione penale dell'avvocato Gigli*, cit., pp. 66-67.

(25) Ivi, pp. 69 ss.

(26) Ivi, p. 73.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella « avvertita », ossia premeditata al fine di delinquere, era punita con il massimo della pena stabilita per il reato commesso (artt. 71 ss.) (27). Nello stesso capitolo, ampio spazio era attribuito alle varie forme della partecipazione di più soggetti al reato (artt. 75 ss.), che secondo Gigli dovevano essere definite con grande precisione per guidare il giudice che « nel pronunziare una sentenza non può fare altro che comparare l'azione commessa con la legge » (28). Anche la materia del tentativo era elaborata in modo più articolato ed esteso poiché prevedeva, oltre ai consueti gradi di conato remoto e prossimo, anche quello di delitto fallito, ossia non portato a termine « per cagione estrinseca all'agente » (artt. 81 ss.), ma la disciplina seguiva sostanzialmente i principi della legislazione gregoriana che prevedeva una riduzione della pena proporzionata alla azione già svolta, differenziandosi così dal codice napoleonico che puniva il tentativo come il reato consumato (29).

La trattazione delle modalità di applicazione delle pene rivela lo sforzo dell'autore di conciliare i principi illuministici con la tradizione vigente. Nel commento alla pena di morte egli partiva dalla affermazione che essa era « il più terribile, e più pericoloso » dei diritti della società e che andava perciò esercitato con la massima cautela, solo nei casi strettamente necessari e abolendo il barbaro uso, tanto diffuso in passato, di inasprire la condanna con i tormenti. Se questa opinione lo mostra più vicino alle posizioni di Filangieri che a quelle di Beccaria, le osservazioni successive, ispirate ad un accentuato utilitarismo, sembrano frutto di un compromesso tra lo spirito umanitario e filantropico dell'Illuminismo e i metodi del passato. La pena capitale era inflitta mediante decapitazione (art. 104), come nel *Regolamento* gregoriano. Nell'illustrare gli artt. 105 e 106, secondo i quali l'esecuzione doveva avvenire in luogo pubblico, alla luce del sole e nei giorni feriali, Gigli sottolineava che

(27) Ivi, pp. 77 ss. Sulla repressione penale dell'ubriachezza nella dottrina e nella prassi giuridica tra medioevo ed età contemporanea cfr. *La vite e il vino. Storia e diritto (secoli XI-XIX)*, a cura di M. DA PASSANO, A. MATTONE, F. MELE, P. F. SIMULA, *Introduzione* di M. MONTANARI, Roma, Carocci, 2000.

(28) *Progetto di legislazione penale dell'avvocato Gigli*, cit., p. 80.

(29) Sul tentativo di reato nella scienza giuridica dal medioevo alla codificazione cfr. R. ISOTTON, *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli, Jovene, 2006.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quelle norme miravano a consentire ai cittadini di intervenire numerosi e di vedere bene « lo spettacolo » senza essere impediti dalle tenebre della notte o distratti dalle cerimonie e dai divertimenti dei giorni festivi (30). In questo modo la pena avrebbe ottenuto il suo scopo precipuo di dissuadere dal delitto i presenti e lo stesso obiettivo dovevano perseguire le modalità che si adottavano per la morte « in caso di speciale esemplarità ». Al riguardo, l'autore riteneva poco opportuna la misura della fucilazione alle spalle prevista nel codice vigente, in quanto essa non costituiva un esempio efficace, e suggeriva di sostituirla con « segni e formalità lugubri e di lutto tanto al patibolo quanto al condannato », atti ad impressionare gli astanti. Egli osservava che in passato si era commesso l'errore di eccedere in questo campo, suscitando nei cittadini pietà, piuttosto che riprovazione, nei confronti del delinquente e disgusto nei confronti della giustizia. In realtà, per essere efficaci, le misure aggiuntive avrebbero dovuto « infliggere terrore, ma non orrore alla legge » e perciò Gigli, agli artt. 107-108, prevedeva di aggravare l'esecuzione esemplare trasportando il condannato a piedi nudi, vestito di sacco, velato di nero e con un cartello indicante il delitto (31).

Le altre pene erano descritte particolareggiatamente nei loro vari gradi specificando il tipo di ceppi e di lavoro da imporre ai condannati e i luoghi di espiazione, che dovevano essere organizzati in modo da evitare sia i pericolosi contatti tra i detenuti, sia l'infamia che avrebbe colpito anche chi aveva commesso infrazioni leggere (artt.110 ss.). La condanna perpetua alla galera o alla reclusione comportava la morte civile del soggetto, ossia la perdita dei beni e l'apertura della successione « come se egli fosse morto senza testamento » (art. 137), misura che l'autore riteneva necessaria appoggiandosi all'autorevole opinione di Beccaria secondo cui il reo perdeva i diritti di cittadino e ciò produceva nei confronti della società gli stessi effetti della morte naturale (32).

Il secondo libro, *Dei delitti e loro punizione*, presentava una

(30) *Progetto di legislazione penale dell'avvocato Gigli*, cit., p. 91.

(31) Ivi, pp. 13, 92.

(32) Ivi, pp. 99-100. Sull'istituto della morte civile cfr. M. R. Di Simone, *L'identità giuridica e la sua perdita nell'istituto della morte civile in Francia tra il XVII e il XIX secolo*, in « Rivista di storia del diritto italiano », LXXIV-LXXV, 2001-2002, pp. 21 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistematica che confermava l'ispirazione illuministica e rivelava il tentativo di conciliare i principi della separazione della sfera giuridica dalla religiosa e la concezione tendenzialmente laica e costituzionale dello Stato con la realtà di un ordinamento di natura ecclesiastica. La stessa terminologia rifletteva una cultura politica formatasi sul pensiero dei riformatori settecenteschi italiani e francesi, mentre la collocazione dei reati contro lo Stato davanti agli altri indicava una scala dei valori alquanto diversa da quella della legislazione gregoriana.

Esso si articolava in due parti (*Dei delitti contro il corpo sociale* e *Dei delitti contro i privati*), la prima delle quali comprendeva due titoli: *Dei delitti contro l'unione sociale*, e *Dei delitti contro l'ordine pubblico*. Il primo titolo era a sua volta ripartito in due capitoli (*Dei delitti contro la volontà generale*, *Dei delitti contro la forza generale*), nei quali si stabiliva una dettagliatissima disciplina contro i reati politici, gli attentati ai cardinali e alle autorità, le offese al governo, l'usurpazione dei diritti sovrani, il tradimento e il reclutamento di armati. Il progetto definiva con estrema cura le caratteristiche dei reati di perduellione, cospirazione, congiura, ribellione, sedizione, tumulto e società segrete distinguendo le responsabilità dei partecipanti e prevedendo per ciascuno di essi pene differenziate (artt. 151 ss.). Al riguardo, Gigli spiegava che sarebbe stato un errore applicare a tutti la pena di morte perché ciò avrebbe incoraggiato anche il soggetto coinvolto marginalmente « a concorrere direttamente alla consumazione del delitto principale essendo certo che non si aumenterebbe la di lui pena » (33). Ampliando la normativa gregoriana, particolare attenzione era riservata alle società segrete (artt. 171 ss.) con una nutrita serie di articoli volti a colpirne la fondazione, la propaganda, la partecipazione, i mandanti, i sicari, i corrispondenti,

(33) *Progetto di legislazione penale dell'avvocato Gigli*, cit., p. 105 ss. Sulla repressione dei reati politici nella Restaurazione pontificia cfr. E. GRANTALIANO, *Spirito pubblico e difesa dello Stato nell'età della seconda Restaurazione*, in *Roma fra la Restaurazione e l'elezione di Pio IX. Amministrazione, economia, società e cultura*, a cura di A. L. BONELLA, A. POMPEO, M. I. DI VENZO, Roma-Freiburg-Wien, Herder, 1997, pp. 63 ss.; M. CALZOLARI, *Il nuovo sistema informativo di polizia per la repressione dei delitti politici (1815-1820)*, ivi, pp. 79 ss.; M. CALZOLARI, E. GRANTALIANO, *La legislazione di polizia dello Stato pontificio da Pio VII a Gregorio XVI*, in *I regolamenti penali di papa Gregorio XVI*, cit., pp. CCXXVII ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i gestori di affari, i falsificatori, i complici, e in generale tutte le attività svolte nel loro ambito e le persone in qualche modo collegate ad esse. Erano anche puniti coloro che trascuravano di denunciare al governo le azioni proibite poiché « quest'omissione costituisce un vero delitto nel cittadino, che manca al dovere di cooperare al pubblico bene » (34). La sezione dedicata alla usurpazione dei diritti sovrani arricchiva e integrava la materia trattata nel titolo VII del *Regolamento* gregoriano, vietando l'arbitrario uso di prerogative spettanti solo al pontefice e ai funzionari dello Stato come emanare leggi, esercitare funzioni pubbliche, dichiarare la guerra, falsificare le monete, sigilli, bolli e marchi. Il commento a questi articoli offriva al Gigli l'occasione di esporre la sua concezione eudemonistica dello Stato, di sottolineare il ruolo fondamentale del sovrano, di illustrare il principio della eguaglianza dei diritti fra le Nazioni e l'importanza di un regolare commercio per il benessere e la felicità della comunità (35).

Il secondo titolo era diviso in quattro capitoli (*Dei delitti contro l'amministrazione dei poteri politici*, *Dei delitti contro la subordinazione ai poteri politici*, *Dei delitti contro i costumi pubblici*, *Dei delitti contro la Religione*). Il primo di essi rifletteva l'alta considerazione dell'autore per l'importante ruolo rivestito dal funzionario pubblico e per la sua grande responsabilità nei confronti dei cittadini e dello Stato, che richiedeva particolari doti di onestà, rettitudine ed efficienza. Una numerosa serie di articoli, ampiamente commentati, tendeva a garantire il comportamento corretto dei magistrati colpendo la « baratteria », nell'ambito della quale il corruttore era punito più severamente del corrotto (artt. 233 ss.) perché in lui era ravvisabile « sempre maggior malizia », e perseguendo la concussione, che era ben distinta dalla corruzione e considerata più grave perché scaturiva da un abuso di potere (artt. 249 ss.). Ma, oltre a queste fattispecie fondamentali, ne erano previste molte altre in una apposita e lunga sezione dove trovavano posto fra l'altro, la denegata giustizia, l'omissione di atti di ufficio, la disobbedienza agli ordini superiori, la falsificazione dei documenti, il conseguimento di un interesse privato negli affari pubblici, l'assenteismo ma anche la

(34) *Progetto di legislazione penale dell'avvocato Gigli*, cit., p. 112.
(35) Ivi, pp. 114 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

negligenza nel controllo del comportamento degli impiegati subalterni e persino nella correzione dei familiari e dei domestici (artt. 254 ss.). Ne scaturiva l'immagine idealizzata di un funzionario di alto profilo morale, con un forte senso del dovere, corretto nell'espletare i suoi compiti istituzionali, attento all'organizzazione del suo ufficio e al tempo stesso irreprensibile nella vita privata e familiare.

In questo gruppo di norme ve ne erano alcune specificamente indirizzate a salvaguardare i cittadini dagli abusi delle autorità, come quelle che vietavano ai funzionari di introdursi « nel domicilio di un privato fuori dai casi preveduti dalla legge » e di usare metodi violenti senza giustificato motivo (artt. 268, 269), mentre una particolare cura era dedicata alla disciplina dei custodi delle carceri ai quali era proibito sia favorire i detenuti dimettendoli senza autorizzazione o collaborando alla loro fuga, sia di maltrattarli con punizioni corporali o con inasprimenti della pena di vario genere (artt. 279 ss.). Una sezione autonoma era dedicata ai reati degli avvocati, curiali e procuratori, materia che era stata trattata nel codice gregoriano nel solo articolo 207 e qui riceveva una attenzione decisamente maggiore, con una serie di regole volte ad evitare i comportamenti scorretti e l'avidità dei difensori ai danni dei loro clienti (artt. 287 ss.).

Tra i reati contro i poteri politici erano annoverati la resistenza ai pubblici ufficiali e gli oltraggi ad essi anche dopo la cessazione del servizio, gli atti violenti diretti a tutelare l'esercizio di diritti senza ricorrere alle autorità, l'omissione da parte degli esercenti professioni sanitarie o dei locandieri di denunciare delitti (artt. 294 ss.). Quanto alle fughe dal carcere, esse dovevano essere perseguite solo nel caso fossero state accompagnate da lesioni o effrazioni (artt. 329 ss.) mentre secondo Gigli le evasioni « semplici » non erano punibili in quanto, sebbene il delinquente fosse obbligato a subire la pena, bisognava riconoscergli il diritto naturale di tentare di migliorare la propria condizione ([36]).

Il capitolo relativo ai delitti contro i costumi pubblici, molto dettagliato e in certi casi più severo del codice gregoriano, si apriva con una sezione sui « delitti preparatorj » che conteneva alcune novità rispetto alla legislazione vigente (artt. 339 ss.), riunendo le

([36]) Ivi, pp. 154-155.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

misure repressive di atti che preludevano a reati più gravi. Tali erano l'irruzione nella casa di una donna onesta, che violava la sua riservatezza e metteva in pericolo la sua reputazione, gli abbracci e baci imposti con la forza ad una donna in pubblico, che « offendono sempre la pubblica decenza » e menomavano il decoro della vittima, il lenocinio, che facilitava la diffusione del libertinaggio offrendo occasioni e comodità, la vendita di profilattici, che favoriva l'immoralità perché tali mezzi « mentre per una parte liberano l'uomo dai mali, che tante volte derivano dalle prostituzioni per l'altra impediscono la procreazione della prole, per cui maggiormente rimangono occulti simili delitti » (37).

Dopo questa parte introduttiva, il progetto prendeva in considerazione il ratto, la fornicazione, il concubinato, lo stupro, l'adulterio, l'incesto e i « delitti carnali contro natura ». A Gigli il *Regolamento* vigente sembrava incompleto nella parte riguardante la tutela della moralità, in quanto, ad esempio, in esso non erano previste sanzioni per il rapporto carnale volontario tra uomini e donne liberi né per il concubinato, ossia « una fornicazione consuetudinaria (…) con società di vita simile al matrimonio », che andavano invece repressi perché la « vaga venere » era contraria alla morale, alla procreazione e all'educazione dei figli. D'altra parte egli riteneva ingiusto punire solo l'uomo per lo « stupro volontario » nei confronti di una vergine, poiché questa in realtà traeva vantaggio dalla norma che imponeva al colpevole di dotarla o di sposarla, sicché a suo avviso, le regole vigenti incoraggiavano addirittura le donne ad usare la seduzione per indurre gli uomini al reato (38). Di conseguenza nel suo progetto entrambi i responsabili di rapporti fuori dal matrimonio, di convivenza e di stupro volontario venivano puniti con multe, opera pubblica e reclusione a seconda di diversi casi analizzati particolareggiatamente (artt. 368, 372 ss.). Introducendo una novità rispetto alla legislazione gregoriana che non l'aveva contemplato, Gigli aggravava le san-

(37) Ivi, p. 159.

(38) Ivi, pp. 23 ss. Sull'evoluzione della problematica dottrinale relativa al reato di stupro dall'età del diritto comune alla codificazione cfr. G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, Giuffrè, 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni se i soggetti coinvolti in qualità di rei o vittime erano ecclesiastici o monache (artt. 370, 371).

Nella disciplina sulla tutela della fedeltà nel matrimonio va notata una certa mitigazione della severità delle norme vigenti e allo stesso tempo una maggiore eguaglianza tra i due sessi. Se infatti la pena per l'adulterio volontario era mutata dai cinque anni di galera ai tre di prigionia per entrambi i delinquenti, era punito anche il marito che teneva una concubina in casa, ma questi reati potevano essere denunziati solo dai coniugi e il loro perdono impediva la condanna (artt. 389 ss.).

Significativo appare che i delitti contro la religione, che ora risultavano in coda alla prima parte e compresi tra quelli contro la società anziché collocati davanti agli altri e in una posizione autonoma come nel codice vigente, erano distinti in tre categorie a seconda che offendessero direttamente « i divini attributi », o « il culto a Dio stabilito » o « le persone e le cose a Dio consacrate ». Nella prima, le sanzioni erano addolcite rispetto a quelle gregoriane in quanto si comminava la prigionia per bestemmie, ingiurie e imprecazioni e, pur mantenendosi la morte per la dispersione di ostie consacrate, era prevista la riduzione alla galera perpetua se l'azione era stata compiuta non per oltraggiare la religione ma « per effetto di collera, di disperazione, e simili » (art. 418). Va notato che nel secondo gruppo erano contemplati i reati di apostasia, eresia, scisma, sortilegio, magia e simonia che gli illuministi, sulla scia dei giusnaturalisti, avevano considerato non rilevanti per il diritto, per i quali il progetto rinviava al diritto canonico (art. 420). Nella terza categoria, Gigli puniva più severamente le azioni dirette contro sacerdoti solo se essi erano nell'esercizio delle loro funzioni, altrimenti le considerava alla stregua di quelle rivolte contro gli altri cittadini (art. 424), mentre giudicava meritevoli di vari aumenti di pena le irruzioni nei conventi di clausura e i reati commessi nelle chiese (artt. 425 ss.).

La seconda parte del secondo libro, dedicata ai delitti contro i privati, era divisa in due titoli riguardanti rispettivamente i reati contro le persone e quelli contro la proprietà. Nel primo erano distinte le azioni contro la vita, cioè l'omicidio, l'aborto, il veneficio, l'esposizione degli infanti, il duello, da quelle contro la libertà e la sicurezza personale, nelle quali erano compresi le minacce, il porto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'armi proibite, la calunnia, lo spergiuro, la falsa testimonianza in giudizio e il falso.

Per quanto riguarda l'omicidio, la disciplina era alquanto più dettagliata di quella del codice gregoriano e tendeva nel complesso ad attenuarne la severità. Il progetto individuava le categorie di omicidio volontario e legittimo o necessario, facendo rientrare in questa ultima l'uccisione ordinata dalla legge o dall'autorità, quella eseguita in difesa di se stessi o di altri, nei confronti del ladro notturno scoperto nel tentativo di entrare in casa, del ladro armato, di chi si opponeva con le armi al mandato di arresto e il « caso semplice », ravvisabile quando il soggetto « ottiene nelle sue azioni un effetto totalmente diverso da quello, che si era proposto, e che era moralmente impossibile a prevedere » (artt. 436 ss.). Omicidio « scusato » dalla legge, e perciò considerato colposo anziché doloso, era quello commesso dal coniuge contro il coniuge e il correo sorpresi in flagrante adulterio, dal padre o altro ascendente contro la figlia o discendente e l'uomo trovati « in turpe copula », dai genitori o altri parenti della rapita o stuprata contro il reo, da estranei accorsi in difesa della donna assalita a scopo di violenza carnale contro l'aggressore, da chiunque contro saccheggiatori e devastatori notturni di campi, dal soggetto percosso o ferito durante una rissa non provocata da lui stesso, e infine quello avvenuto involontariamente, per imprudenza, disattenzione, negligenza o inosservanza dei regolamenti (art. 440). Molta cura era dedicata al chiarimento dei concetti di rissa e provocazione (artt. 441 ss.) e alla definizione dei reati di parricidio, infanticidio e veneficio (artt. 447 ss.) mentre le circostanze aggravanti ricalcavano sostanzialmente quelle del codice gregoriano (art. 444). Nel complesso le pene risultavano mitigate poiché solo per gli omicidi più gravi era prevista la morte mentre gli altri erano puniti con la galera temporanea e gli « scusati » con la prigionia di primo grado. (artt. 450 ss.).

La disciplina relativa agli altri reati contenuta in questo titolo seguiva nella sostanza i criteri informatori della legislazione gregoriana anche se era esposta in modo più analitico e particolareggiato e tendeva a ridurre le sanzioni nella durata e nella qualità.

La normativa del secondo titolo, vertente sugli illeciti contro la proprietà era ripartita in tre capitoli dedicati rispettivamente ai delitti « contro il possedimento dei beni naturali », « contro il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possedimento dei beni civili » e « contro il possedimento dei beni morali ». Nel primo, dove erano collocate le disposizioni sui reati di furto, usurpazione, abuso di fiducia, stipulazioni illecite, gioco, incendio e devastazione, va segnalata la speciale attenzione attribuita al furto che era trattato in modo particolarmente ampio e minuzioso analizzando le più varie circostanze e comminando una serie articolatissima di pene corrispondenti ad esse (artt. 583 ss.). Il secondo capitolo, sebbene contasse solo tre articoli, appare senza dubbio una grossa novità poiché riguardava l'impedimento di diritti civili o politici e le frodi elettorali, ma esso presupponeva un regime politico ben diverso da quello dello Stato pontificio negli anni Trenta sicché è da supporre che non facesse parte della redazione del 1833 ma sia stato aggiunto in quella del 1848. L'ultimo, invece, contemplando varie fattispecie di ingiurie e offese non faceva che ampliare le norme vigenti.

Il libro terzo, *Delle contravvenzioni di polizia*, era necessario, secondo Gigli, per rimediare ai gravi inconvenienti dovuti alla mancanza di un regolamento generale di polizia valido per tutto il territorio dello Stato. Gli avvisi e le notificazioni pubblicate dalle varie autorità provinciali erano infatti difformi tra loro e ciò produceva « la mostruosità » di punire le stesse infrazioni in modo molto diverso, mentre per garantire la pubblica tranquillità erano necessarie l'uniformità e la completezza della disciplina (39). La materia era distribuita in tre titoli rispettivamente dedicati alle contravvenzioni contro l'ordine pubblico, contro le persone, contro la proprietà ai quali seguiva quello sulle disposizioni generali dove si definivano i vari gradi delle sanzioni fissando il minimo e il massimo entro i quali potevano muoversi i regolamenti di polizia.

Questo progetto che, sia pure con qualche contraddizione e incongruenza, traeva la sua ispirazione dai principi dell'illuminismo e dal modello francese, aveva scarse probabilità di trovare accoglienza favorevole in un contesto ideologicamente avverso alle novità teoriche e giuridiche emerse nell'età rivoluzionaria e napoleonica e decisamente impegnato nella difesa delle impostazioni dell'antico regime. L'esame del testo fu affidato dal segretario di Stato, il cardinale Antonio Domenico Gamberini, all'avvocato Giovanni Ru-

(39) *Progetto di legislazione penale dell'avvocato Gigli*, cit., pp. 251-252.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fini che aveva ampia esperienza in materia, avendo rivestito un ruolo importante nella redazione dei codici penale e di procedura criminale (40). Questi, il 24 febbraio 1834, restituì il manoscritto corredato da una accurata analisi nella quale emergevano le sue posizioni conservatrici e contrarie ai principi di matrice francese (41). Dopo avere osservato che le critiche di Gigli al *Regolamento* gregoriano non aggiungevano nulla di nuovo a quelle già da tempo espresse da alcuni tribunali dello Stato, Rufini affermava che la sua indagine si era indirizzata soprattutto a scoprire le basi teoriche e ideali sulle quali era stato costruito il testo, allo scopo di appurare se esse erano compatibili con quelle del governo pontificio e se perciò il codice poteva essere adottato.

L'impressione dello scrivente era stata sin dall'inizio decisamente negativa poiché l'impostazione del lavoro e il linguaggio usato facevano sospettare che esso fosse stato preparato « per un Governo in cui la potestà sovrana fosse dipendente dai vincoli del chimerico patto sociale tanto ora magnificato », mentre l'eccessiva mitigazione delle pene fomentava l'aumento dei delitti e le norme, concepite « in non piccola opposizione, e talvolta in ostilità alle leggi ecclesiastiche », sembravano più adatte ad un « governo soltanto seco-

(40) Sulla partecipazione di Rufini alla codificazione penale pontificia cfr. Castracane Mombelli, *Fonti e metodologia*, cit.; Da Passano, *I tentativi di codificazione penale*, cit., pp. CLXXX-CLXXXI; Ferrante, *Pratica legale e codificazione*, cit., pp. CXCI ss.

(41) Rufini, *Esame sulle Osservazioni per la miglioranza del Regolamento penale*, cit. L'avversione al sistema francese aveva indotto Rufini a partecipare ad una cospirazione contro la Repubblica Romana, azione per la quale fu processato nell'aprile 1799 da una commissione militare francese che lo condannò a morte in contumacia: cfr. L. Londei, *Giovanni Barbieri fiscale generale pontificio tra politica e amministrazione della giustizia nella crisi dell'antico regime*, in *Grandi tribunali e rote nell'Italia di antico regime*, a cura di M. Sbriccoli e A. Bettoni, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 657 ss., in particolare pp. 674-675. Durante la Restaurazione, egli si dimostrò poco favorevole allo spirito innovatore delle iniziative di Consalvi, e svolse con scarsa convinzione le funzioni di presidente della commissione speciale contro il brigantaggio di Frosinone, affidategli nel 1822 dal segretario di Stato: cfr. al riguardo M. Di Sivo, *Una storia « riservata ». Il fondo cosiddetto della Commissione speciale per la repressione del brigantaggio (1814-1840)*, in *Roma fra la Restaurazione e l'elezione di Pio IX*, cit., pp. 99 ss., in particolare pp. 109 ss. La biografia e l'opera di Rufini sono assai poco conosciute e meriterebbero di essere approfondite: numerosi documenti a lui relativi sono conservati nella Biblioteca Universitaria Alessandrina di Roma; cfr. G. Rita, *I manoscritti 236-450 dell'Alessandrina di Roma. Prolegomeni alla storia di una biblioteca*, Roma, Bulzoni, 2003, pp. 111 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lare » (42). Già nella definizione della legge, giudicata peraltro inutile in un regolamento penale, Rufini ravvisava una pericolosa sottovalutazione del potere del sovrano accompagnata dall'affermazione del principio rappresentativo, in quanto a suo avviso l'autore aveva inteso indicare nella legge « quel precetto proposto e discusso dai deputati della Nazione nelle due camere legislative emanato poi dalla Sovrana autorità di quel Fantoccio a cui la società civile va ad imporre di essere l'organo della volontà supposta generale » (43). A conferma di ciò, notava che il potere di grazia risultava limitato dalla condizione che fosse esercitato « quando il pubblico bene, e l'utilità dello Stato lo esigga » e che, nella disciplina relativa ai delitti contro lo Stato, era stato eliminato il « vecchio vocabolo di lesa Maestà così aborrito dai fautori del patto sociale » (44).

Anche la insufficiente repressione per l'uccisione e gli attentati alla vita dei ministri e magistrati dello Stato appariva a Rufini la spia di una pericolosa erosione del rispetto dovuto all'autorità pubblica ma ancora più grave egli giudicava il non avere previsto speciali misure repressive per il tentativo di omicidio e l'omicidio nei confronti dei cardinali, delitti che nel sistema vigente erano puniti rispettivamente con la morte e la morte esemplare (45). Ciò confermava ai suoi occhi che il progetto era diretto « ad un governo rappresentativo, giacché in questo i cardinali non vi possono essere », poggiava sull'idea di contratto sociale, tendeva « a rovesciare la religione e la Sovranità » e favoriva « in tutti i modi ed in tutti i dettagli le rivoluzioni ed i rivoltosi » (46). Ulteriore prova di questa impostazione ideologica poteva essere individuata nelle norme che prescrivevano di insegnare le leggi penali ai fanciulli e agli adulti e imponevano anche ai parroci di spiegare quella materia, inducendoli a trascurare il commento del Vangelo. Esse rispecchiavano l'idea

(42) RUFINI, *Esame sulle Osservazioni per la miglioranza del Regolamento penale*, cit, f. 80 v.

(43) Ivi, ff. 81r-81v.

(44) Ivi, f. 82r. Sul delitto di lesa maestà nella dottrina del diritto comune cfr. M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974.

(45) RUFINI, *Esame sulle Osservazioni per la miglioranza del Regolamento penale*, cit, ff. 83r ss.

(46) Ivi, f. 84r.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cara ai fautori del contrattualismo per cui « la pubblica istruzione è la prima molla della civilizzazione » (47), ma ancora più gravi apparivano allo scrivente l'estrema indulgenza per i delitti contro l'ordine pubblico (48) e la palese intenzione di laicizzare l'ordinamento. Quest'ultima poteva essere individuata nella abolizione della giurisdizione ecclesiastica, che emergeva da alcune disposizioni nelle quali i religiosi risultavano soggetti alle norme del nuovo regolamento come i laici, e nella inadeguatezza delle pene per i reati contro la fede, gli oggetti di culto, e « le persone costituite negli ordini sacri » (49).

Proseguendo nella sua analisi, Rufini rilevava l'insufficienza delle norme per salvaguardare i buoni costumi, nelle quali mancava la previsione del lenocinio, e l'inopportunità delle numerose norme relative allo stato di guerra che mal si conciliavano con la natura essenzialmente pacifica dello Stato pontificio, mentre con eccessiva indulgenza era considerato il duello « che i fautori del patto sociale riguardano con una specie di venerazione » (50). Una sintetica ricognizione delle sanzioni comminate dal progetto per i principali reati, infine, rivelava che « in tre quinti almeno delle penali proposte la nuova misura è al disotto della metà di quella che attualmente è prescritta » (51) mentre non valeva la pena di discutere la parte relativa alle contravvenzioni di polizia, che appariva pedissequamente ricalcata sul codice francese, perché il governo si era orientato verso la compilazione di un regolamento autonomo. Rufini concludeva la sua analisi affermando che i principi fondanti del codice di Gigli erano incompatibili con la natura dello Stato pontificio e che l'adozione anche parziale del progetto avrebbe comportato una sostanziale e radicale riforma del *Regolamento* il quale era in vigore

(47) Ivi, f. 84v.

(48) Ivi, ff. 85r ss.

(49) Ivi, ff. 87v ss.

(50) Ivi, ff. 88v ss. Sul duello nella legislazione italiana cfr. D. Fozzi, M. Da Passano, *Uno « scabroso argomento: il duello nella codificazione penale italiana (1786-1889)*, in « Acta Histriae », VIII, 2000, pp. 243 ss.; per la dottrina del diritto comune in materia cfr. M. Cavina, *Il duello giudiziario per punto di onore. Genesi, apogeo e crisi nell'elaborazione dottrinale italiana (sec. XIV-XVI)*, Torino, Giappichelli, 2003.

(51) Rufini, *Esame sulle Osservazioni per la miglioranza del Regolamento penale*, cit, ff. 90v ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da appena un anno e, pur necessitando di qualche rettifica, non meritava di essere totalmente stravolto (52).

Il progetto del governo.

La proposta Gigli fu messa da parte ma l'esigenza di correggere il sistema vigente era fortemente avvertita dal governo che, sin dai primi mesi successivi all'emanazione del *Regolamento*, aveva avviato una sua revisione, come attesta la lettera del 29 aprile 1833 con la quale Rufini, ottemperando agli ordini ricevuti dal Gamberini, presentava una serie di modifiche al testo gregoriano (53). Le iniziative di riforma approdarono infine alla elaborazione di un progetto ufficiale che, senza sovvertire completamente le norme vigenti, mirava a migliorarle in alcuni punti. Nella primavera del 1834 fu inviato ai tribunali dello Stato e ad autorevoli giuristi uno stampato, intitolato *Minuta di codice sui delitti e sulle pene*, che costituiva una articolata proposta di rettifiche e aggiunte alla legislazione gregoriana la cui compilazione è stata attribuita al Rufini e all'avvocato concistoriale Giuseppe Luigi Bartoli (54). Esso era accompagnato da una circolare, datata 6 aprile 1834, nella quale si affermava che « con la scorta dell'esperienza » si era riconosciuta la possibilità di migliorare la legislazione vigente e si era perciò compilato un progetto sul quale si chiedeva di esprimere un parere, da scriversi in margine al testo spedito, in forma succinta e senza dar conto delle discussioni avvenute (55).

La *Minuta*, pur non alterando in modo sostanziale l'impostazione generale del *Regolamento*, presentava sensibili modifiche miranti a colmare alcune tra le principali lacune lamentate nella sua formulazione. Significativa è già la scelta della denominazione « codice » in sostituzione di « regolamento », che indica l'ambizione di superare la portata limitata della compilazione gregoriana per realizzare una normativa più completa e moderna. Il nuovo codice era

(52) Ivi, ff. 93r-93v.

(53) ASV, *Segreteria di Stato esteri*, b. 31, fasc. 2. Il testo delle modifiche manca.

(54) CASTRACANE MOMBELLI, *Fonti e metodologia*, cit., p. 203. La *Minuta di codice sui delitti e sulle pene* è conservata in ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1551, fasc. 1835.

(55) ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1551, fasc. 1835.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diviso in due libri, ripartiti rispettivamente in 11 e 30 titoli, per un totale di 392 articoli sicché risultava più lungo di quello vigente, che contava 9 titoli nel primo libro, 28 nel secondo e 368 articoli, ma più importante della dimensione appare la distribuzione della materia e l'inserimento di nuovi elementi. Nel complesso la parte generale risultava rimaneggiata non solo nella sistematica ma anche in qualche contenuto, mentre quella speciale era riprodotta quasi integralmente, salvo qualche piccola aggiunta e la diversa disposizione dei titoli.

Nel primo libro, che presentava una distribuzione della materia più razionale rispetto a quella del *Regolamento*, il titolo I (*Delle leggi criminali in generale*), rimaneva pressoché invariato, salvo marginali integrazioni volte a precisare che l'ignoranza della legge non costituiva una scusante (art. 2) e che l'efficacia delle disposizioni penali preesistenti « nei diversi rami di pubblica amministrazione, o negli oggetti di disciplina strettamente locali » era limitata ai casi non contemplati espressamente nel codice (art. 6). Completamente nuovo è invece il titolo II (*Del delitto in generale*), nel quale emergeva l'intenzione di rimediare alla mancanza di definizioni, considerata come uno dei difetti della legislazione gregoriana, e di fissare alcuni principi basilari. Così l'art. 9 affermava che il delitto era la « dolosa violazione di una legge penale antecedentemente promulgata, o si eseguisca l'atto che vieta, o si ometta quello che comanda », enunciando sia pure senza enfasi il principio di stretta legalità la cui esplicitazione mancava nel codice gregoriano. Gli articoli successivi precisavano il concetto di delitto doloso, distinto nei gradi di massimo, medio e infimo a seconda della « pravità dell'animo » e dell'entità del danno (artt. 10-14) e quello di quasi delitto o delitto colposo (artt. 15, 16), dimostrando, al di là dello stile involuto, discorsivo e spesso poco chiaro, la volontà di raggiungere una maggiore certezza nelle nozioni di diritto.

Analoga preoccupazione rivelava il titolo III (*Del delitto tentato, ossia del conato*), che pur mantenendo sostanzialmente la normativa gregoriana, era più ampio in quanto si apriva con la definizione del conato e la sua distinzione in prossimo e remoto (artt. 17, 18). Seguivano i titoli riguardanti le circostanze aggravanti e attenuanti nei quali alcuni articoli erano riformulati in modo più esteso ma confermati nei contenuti, mentre veniva inserita la norma per cui

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« l'errore accidentale di persona o di cosa non iscusa mai l'azione delittuosa » (art. 26) ed era affermato il principio per cui « i pensieri e le interne determinazioni non sono imputabili nel foro esterno allorché non vengono manifestate con qualche atto esplicito » (art. 27). Il titolo VI (*Degli agenti principali, correi, complici, e partecipi nei delitti*), risultava in gran parte nuovo per lo sforzo di definire con precisione il differente grado di responsabilità dei soggetti nella partecipazione al reato. La disciplina sul concorso di reati, sulla recidiva e sui reati dei condannati durante l'espiazione della pena rimaneva invariata mentre nuovo era il titolo IX (*Dei delitti commessi in estero Stato*), che stabiliva di punire i sudditi pontifici per delitti compiuti all'estero a danno di privati concittadini e di stranieri o colpevoli di ordire trame contro lo Stato della Chiesa. Le norme che stabilivano la tipologia e la gradazione delle pene e quelle sulla estinzione dei delitti e delle pene non presentavano novità.

Il secondo libro, contenente la parte speciale, fu modificato rispetto al testo gregoriano soprattutto nella distribuzione dei titoli e nell'inserimento delle definizioni dei delitti, mentre le sanzioni restarono le stesse. I primi tre titoli, dedicati ai reati contro la religione, alla lesa maestà e alla violenza pubblica furono lasciati invariati, ma nell'ordine dei seguenti emergeva lo sforzo di dare una sistemazione più razionale cercando di mettere in successione logica le varie materie in modo da stabilire un collegamento tra loro. A tale scopo vennero collocate dapprima le disposizioni sui reati contro lo Stato, come la resistenza alle autorità costituite, l'usurpazione di autorità, il reclutamento di armati, gli incendi e le devastazioni (titoli IV-VII), poi quelle relative ai buoni costumi e la sanità (titoli VIII-IX), le misure contro il reato di falsificazione di monete, documenti, passaporti e certificati (titoli X, XI, XIII), accanto alle quali furono poste quelle contro la falsa testimonianza nei giudizi (titolo XII) e la calunnia (titolo XIV), che nel *Regolamento* erano riunite in un unico titolo, e quelle contro l'abuso di potere e la concussione di magistrati, ministri e ufficiali pubblici (titolo XV). Seguivano le norme repressive dei reati contro la persona come l'omicidio, le ferite, il duello, l'esposizione di infanti, l'aborto procurato, le ingiurie, la violenza privata (titoli XVI-XXII). Se questa sistemazione realizzava sicuramente un miglioramento rispetto alla distribuzione incoerente e casuale del *Regolamento*, incongrua ap-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pare la decisione di inserire a questo punto un gruppo di regole dirette a punire trasgressioni di competenza della polizia come il porto d'armi, i giochi, gli schiamazzi, il vagabondaggio, il disturbo di spettacoli (titoli XXIII- XXV) per proseguire poi con i reati contro il patrimonio quali furto, rapina, truffa, usura, ricettazione (titoli XXVI-XXX).

L'esigenza di salvaguardare alcune parti del sistema passato si rifletteva negli artt. 146 e 181 dove si rimandava ad alcune specifiche norme precedenti, richiamando il disposto generale del citato art. 6. Venivano così espressamente confermati l'editto del cardinale Alessandro Lante dell'11 aprile 1806 sul trattamento dei condannati nei luoghi di pena (56) e la costituzione *Inveterata Reipublicae incommoda*, emanata da Benedetto XIV il 10 gennaio 1751 per definire la disciplina sui danni dati (57). Si trattava di due materie particolar-

(56) *Editto di monsignore Alessandro Lante della Santità di Nostro Signore e sua Reverenda Camera Apostolica Tesoriere Generale per il Regolamento de' condannati alle galere, ed alle opere pubbliche*, Roma, presso Lazzarini stampatore della Reverenda Camera Apostolica, 1806, conservato in ASR, *Camerale II*, *Carceri*, b. 6. Il provvedimento conteneva una ampia e dettagliata normativa indirizzata a garantire « insieme col bene della civile società anche quello de' medesimi condannati ». A tale scopo si prescriveva innanzitutto di organizzare un regolare svolgimento delle celebrazioni religiose e della assistenza spirituale ai rei (§§ 2-3), poi si dettava una serie di misure per impedire le fughe, definendo con esattezza gli obblighi e le cautele da usarsi dagli « agozzini » nei confronti dei forzati (§§ 4 ss.) nonché i compiti dei carcerieri, le loro responsabilità e i limiti delle loro azioni punitive (§§ 41-42). Numerose norme sull'assistenza medica, gli obblighi degli ospedali, l'igiene personale, la pulizia dei locali, gli indumenti e il vitto (§§ 43 ss.) miravano ad assicurare accettabili condizioni di vita ai condannati. Si prevedevano pene per le fughe, le bestemmie e altri delitti commessi durante l'espiazione (§§ 18 ss, 39, 40), ma anche premi (che giungevano fino alla liberazione) per la rivelazione di congiure (§ 21) e somme di denaro da attribuire a chi consegnasse monete, medaglie e statue trovate durante i lavori (§§ 37, 38). Va notato, in particolare, che la durata della condanna era ridotta per buona condotta in proporzione al disagio procurato dal tipo di luogo di pena: a coloro che lavoravano nelle insalubri zone pontine o a Ostia « saranno rimessi dieci giorni di pena per ogni trenta giorni di lavoro assiduo, e diligente. In tutti gli altri luoghi saranno rimessi giorni dieci per ogni cinquanta giorni di travaglio sotto le condizioni medesime » (§ 62). L'editto si concludeva con l'indicazione della procedura da seguirsi nell'accertamento delle mancanze dei forzati (§§ 65 ss.). Sul cardinale Lante cfr. G. MORONI, *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica da S. Pietro ai nostri giorni*, XXXVII, Venezia, Tipografia emiliana, 1846, pp. 115 ss.

(57) Nella costituzione, Benedetto XIV affermava espressamente di volere porre rimedio agli innumerevoli disagi derivanti dalla difettosa e incompleta regolamentazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente complesse da regolare e gestire, come dimostrano le numerose questioni e i dubbi sollevati al riguardo negli anni successivi, che indussero alla reiterata emissione di circolari e notificazioni volte alla conferma degli antichi provvedimenti (58).

Una differenza di qualche rilievo rispetto alla legislazione vigente era introdotta dagli artt. 194 e 328 secondo i quali l'adulterio « senza violenza » e le ingiurie di vario tipo potevano essere perseguiti solo su istanza della parte offesa, che nel primo caso era costituita dal marito, dal padre e dall'avo della donna. Ma la maggiore novità di questo libro era data dal titolo XXIV, *Dei vagabondi e della mendicità riprovata*, dove si puniva con la detenzione da un mese a un anno « quelli che non dando conto di loro stessi, e non avendo né domicilio fisso, né mezzi di sussistenza, non si applicano a verun arte o mestiere, o danno fondato motivo da riguardarsi come persone perniciose per lo stimolo permanente in cui trovansi di commettere padroneggi, e delitti » (art. 342). I colpevoli appartenenti ad altra provincia dello Stato venivano « accompagnati e rimessi a quella » (art. 343) e gli stranieri erano puniti

---

delle liti sui danni dati. Egli ricordava che nel 1588 Sisto V aveva istituito un commissario generale specificamente incaricato di applicare le pene previste dagli statuti locali nei confronti di tutti i soggetti, ad eccezione dei cardinali e di pochi altri, ma questo sistema era stato soppresso nel 1592 da Clemente VIII, il quale, dietro il pagamento di una considerevole somma, aveva restituito alle comunità gli antichi diritti, senza tuttavia definire la giurisdizione e il metodo di cognizione delle cause. Benedetto XIV confermava l'autonomia delle comunità, ma dettava una disciplina rigorosa e precisa sulle competenze dei giudici ecclesiastici e laici, definiva nei dettagli la procedura e abrogava tutta la normativa precedente. Per il testo della costituzione cfr. *Santissimi Domini Nostri Benedicti Papae XIV Bullarium*, III, Venetiis, Bartholomaei Occhi, 1768, pp. 141 ss. Sulla evoluzione della materia prima della emanazione di questo provvedimento cfr. A. DANI, *Il processo per danni dati nello Stato della Chiesa (secoli XVI-XVIII)*, Prefazione di P. SIRENA, Bologna, Monduzzi, 2006.

(58) Si veda l'ordine circolare a stampa del 10 novembre 1840, in cui il cardinale Gamberini confermava i provvedimenti di Benedetto XIV sui danni « semplici, studiosi e manuali » e la nutrita documentazione su questi reati in ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1553, fasc. 1846. Cfr., inoltre, la notificazione a stampa 21 novembre 1840 n. 8261, emanata dallo stesso Gamberini, dove si precisava che tra le disposizioni confermate dal *Regolamento* era compreso l'editto Lante, e la circolare 12 luglio 1856 n. 33250 del ministro dell'Interno Teodolfo Mertel che ne ribadiva la vigenza (ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1552, fasc. 1841; *Commissione per la compilazione dei codici legislativi*, b. 8, fasc. 66).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con l'esilio « con comminatoria della galera per cinque anni in caso di prima trasgressione » (art. 344). L'accattonaggio era vietato solo « a chi essendo sano e robusto accatta abitualmente per le strade, o alle case di città, o di campagna invece di applicarsi a qualche mestiere, o servigio » e i rei venivano dapprima ammoniti « di applicarsi a stabile mestiere » e poi puniti con la detenzione e, in caso di recidiva, con l'opera pubblica fino a tre anni. Erano perseguiti, con detenzione fino ad un mese, anche gli invalidi che entrassero senza permesso in case o recinti chiusi, simulassero infermità, formulassero minacce o chiedessero l'elemosina in gruppo (art. 346). In ogni caso « i delitti commessi da vagabondi o mendicanti validi sono sempre puniti col massimo della pena imposta ai rispettivi titoli » (art. 348).

Reazioni e giudizi. Il progetto degli avvocati concistoriali.

Le osservazioni e i commenti alla *Minuta*, che non tardarono ad arrivare da vari organi giudicanti, giuristi e magistrati dello Stato, sono in parte andati dispersi. Tra i documenti conservati, va segnalata la lettera scritta a Gamberini, il 24 maggio 1834, da Benedetto Solustri, presidente del tribunale civile e criminale di Ancona. Egli ricordava che nel 1807 era stato compilato un progetto di codice penale per il Regno d'Italia (59) e sottolineava che esso era stato giudicato eccelso dal docente romano Filippo Maria Renazzi, il quale ne aveva lodato la solidità dei principi, la precisione di idee, la chiarezza di metodo, l'armonia tra gli articoli e la gradazione delle pene. In seguito quel codice era stato arricchito dalle osservazioni di insigni giuristi, tra i quali il Cremani, e di alti magistrati e, secondo lo scrivente, era stato « sotto l'occhio » dei redattori sia del *Regolamento* gregoriano sia della *Minuta* perché il linguaggio e molti titoli erano gli stessi « e vi ha letteralmente trascritte moltissime disposizioni ». Tuttavia il risultato finale non era a suo parere soddisfacente sembrandogli « che non sieno conservati i pregi di quello, che si è preso di guida » sicché Solustri suggeriva di tornare a prendere in considerazione quel modello tanto esaltato dal Renazzi, affidandone l'esame a persone oneste, capaci e in grado di apportarvi le aggiunte

(59) ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1551, fasc. 1835.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e le modifiche « che le discipline, il carattere del nostro Governo, e le circostanze dei tempi imperiosamente comandano ». In tal modo, Roma « maestra di ogni civile disciplina, lo sarebbe ben anche per una riforma criminale compiuta e perfetta per quanto il consente la somma arduità dell'argomento ».

Gamberini si dimostrò interessato a questa ipotesi, tanto da richiedere l'invio di una copia dei lavori preparatori del codice del 1807 (60) al Solustri il quale si affrettò a soddisfare il suo desiderio e, in una lettera di accompagnamento ai volumi, aggiunse un prospetto del contenuto di essi con altre indicazioni per facilitarne la lettura e una tabella di raffronto tra gli articoli del progetto e quelli corrispondenti della *Minuta* (61).

Di particolare rilievo appare l'intenso il lavoro di revisione effettuato dal collegio degli avvocati concistoriali al quale il Gamberini aveva spedito la *Minuta*, con richiesta di parere, il 15 aprile 1834 (62). Le riunioni iniziarono immediatamente, come attestano alcuni fascicoli manoscritti nei quali furono raccolte le osservazioni e le proposte emerse nel corso delle sedute (63). Sin dall'inizio si decise di procedere dapprima a correggere il contenuto degli articoli e in un secondo momento a riordinare le norme, distribuendole in maniera più adeguata e razionale. Dai resoconti dei lavori emerge un atteggiamento generalmente avverso alle novità introdotte nel progetto, che la maggior parte delle volte erano giudicate controproducenti e peggiorative rispetto al sistema vigente, tanto da dovere essere cancellate. In particolare erano decisamente disapprovate, e perciò da eliminare, tutte le definizioni che, come si è visto, costituivano uno degli elementi innovatori e caratteristici della *Minuta*. Così l'intero titolo II, dove si enunciavano i concetti di delitto, di

(60) Si tratta della *Collezione dei travagli sul codice penale pel Regno d'Italia*, 6 voll., Brescia, Nicolò Bettoni, 1807.

(61) ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1551, fasc. 1835.

(62) La lettera del Gamberini al decano del collegio Tommaso Gnoli è conservata in ASV, *Avvocati concistoriali*, b. S. Sul collegio degli avvocati concistoriali cfr. M. R. DI SIMONE, *La « Sapienza » romana nel Settecento. Organizzazione universitaria e insegnamento del diritto*, Roma, Ateneo, 1980, pp. 34 ss.; G. ADORNI, *Statuti del Collegio degli avvocati concistoriali e statuti dello Studio romano*, in « Rivista internazionale di diritto comune », VI, 1995, pp. 293 ss.

(63) ASV, *Avvocati concistoriali*, b. S.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dolo e di colpa, e si fissavano i criteri per valutare la gravità dell'azione criminosa, andava soppresso perché il suo contenuto era inadatto ad un testo legislativo « appartenendo piuttosto, ove meglio fossero espresse le idee, alle preliminari istruzioni del diritto criminale, che alle funzioni di un giudice ». Di rincalzo, una nota scritta sul testo della *Minuta* (64) affermava che le massime espresse in quel titolo, se da una parte avrebbero avuto un effetto negativo sull'amministrazione della giustizia perché « possono dar motivo a molte dubbiezze nell'animo di chi deve occuparsi della punizione dei delitti », dall'altra erano superflue in quanto già universalmente note perché « formano la base principale della scienza criminale e senza la di loro cognizione niuno potrebbe applicarsi ad essa ». Analoghe considerazioni inducevano ad eliminare le definizioni presenti nei titoli III e VI, che miravano rispettivamente a fissare la nozione di tentativo e a distinguere i vari tipi di complicità.

Accanto a numerose modifiche formali dirette a rendere più coerente e chiaro il testo, gli avvocati concistoriali proponevano alcune riforme sostanziali che modificavano non solo le soluzioni introdotte nella nuova versione, ma anche quelle ereditate dal *Regolamento* gregoriano. Fra esse di particolare rilievo è l'abolizione della morte civile, ritenuta opportuna dal collegio per evitare i complicati problemi giuridici derivanti da questo istituto che toglieva al condannato alla galera perpetua la capacità di testare, di succedere e di contrarre obbligazioni, nonché la patria potestà ed altri diritti di famiglia. Gli avvocati concistoriali osservavano che « per le frequenti grazie, e consuetudini pochi sono quelli che condannati al remo anche in perpetuo non sono liberati. Ma quei che sono graziati e che hanno la sorte di tornare in società, accadute che fossero delle novità ne' suoi diritti di famiglia, come potrebbe trovarvisi riparo? ». Essi ritenevano che la soluzione di questi problemi e l'intera materia spettassero al diritto civile piuttosto che al criminale e concludevano « quindi si tolga da questo Codice un così pericoloso semenzaio di liti familiari ».

Altra pena da evitare era la multa che appariva generalmente « odiosa perché grava chi meno è favorito di denaro e chi è disperato

(64) Il testo stampato della *Minuta*, con le annotazioni manoscritte, è conservato *ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e plebeo. Inutile perché il disperato e plebeo non potrà mai pagarla. Gravosa perché non potendo essere pagata, resta in carcere a carico dello Stato ».

In certi casi il collegio richiamava i compilatori all'osservanza del diritto romano dal quale essi si erano discostati: in particolare per graduare le attenuanti in base all'età del reo si sarebbe dovuto fare riferimento ai 14 anni, anziché ai 15 come indicava la *Minuta* nell'art. 28, mentre la prescrizione doveva essere ridotta da trenta a venti anni, tornando alla tradizione.

Numerose erano le correzioni formali nel secondo libro, dove fra l'altro venivano considerate scorrette le norme che facevano riferimento alla persona del criminale, in quanto la legge non doveva punire il soggetto delinquente ma l'azione criminosa, che pertanto andava indicata in modo astratto e generale. Anche in questa parte non mancavano critiche indirizzate ad aspetti sostanziali. Così, nel titolo II dedicato ai delitti di lesa maestà, il collegio sosteneva la necessità di togliere l'art. 114 che puniva con la detenzione da uno a tre anni chi teneva anche un solo libro o articolo relativi a società segrete senza il permesso del governo. La misura sembrava « vessatoria più che utile » poiché anche un buon cittadino poteva avere quel materiale per curiosità o per caso, e « ridicola poiché col chiedere il permesso al Governo si potrebbe andare incontro alla pena stabilita ». Anche l'art. 119, dove si condannavano coloro che omettevano di denunciare riunioni clandestine e società segrete, andava cancellato « per riguardo alla decenza e non costringere i pacifici cittadini ad occuparsi degli affari degli altri ».

Gli avvocati concistoriali mostravano di avere una concezione precisa della importante funzione del codice quale strumento ordinatore del sistema delle fonti giuridiche: ciò emergeva dal loro giudizio decisamente negativo sugli articoli 146 e 181 che, come si è detto, rinviavano rispettivamente all'editto Lante sui delitti dei condannati e alla costituzione di Benedetto XIV sui danni dati. Riguardo al primo si affermava che « siccome però la legislazione di ogni Stato deve essere certa, ed unica, e a tutti comune », era necessario inserire nel codice penale la disciplina precedente col « ridurre in articoli le più interessanti disposizioni penali che nel predetto editto si trovano intorno alla fuga dei condannati », completandola con nuove disposizioni. Analogamente bisognava ripor-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tare in un articolo gli elementi utili del provvedimento di Benedetto XIV, dove la maggior parte delle norme era di natura processuale e quindi non pertinente al codice penale.

Come nel primo libro, anche nel secondo furono cancellate le definizioni come, fra l'altro, quella di prevaricazione, abuso di potere e concussione (art. 259) « contenendo una circonlocuzione astratta, ed inutile, ed anche nociva », quella di omicidio (art. 272) perché, descrivendo i mezzi con i quali si poteva compiere il reato piuttosto che le caratteristiche dello stesso, risultava superflua e inadeguata, e quelle delle ferite dolose (art. 294) e del furto (art. 352) per la loro imprecisione e inutilità.

Grande attenzione fu riservata al titolo XVII relativo alle ferite, nell'ambito del quale fu preso in esame il caso delle lesioni prodotte in stato di ebbrezza, che non era contemplato nella *Minuta*, ma sembrava al collegio di notevole importanza, data la frequenza di tale reato a Roma, dove era molto diffusa l'abitudine di bere appositamente per acquistare maggiore forza e sicurezza nell'aggressione. Il reato in linea di principio meritava, secondo gli avvocati concistoriali, una punizione severa, tuttavia, considerando che i tribunali avevano da tempo introdotto la consuetudine di ridurre di un grado la pena per gli ubriachi e che l'applicazione del codice non era limitata alla capitale ma si estendeva a tutte le altre città dello Stato, nelle quali l'abuso di alcol e le conseguenti lesioni erano molto meno frequenti, si decise infine di mantenere l'uso invalso della riduzione di un grado per le ferite inferte « nello stato di ubriachezza da chi non è solito ubriacarsi ». Nella valutazione della gravità del reato, gli avvocati suggerivano, poi, di non fondarsi solo sulla prima relazione del medico, dove spesso lo stato della vittima appariva più grave di quanto non fosse in realtà, ma di permettere al reo di presentare perizie successive. Fu osservato inoltre che mancava la previsione del caso di omicidio o ferite del coniuge o ascendente contro « le persone che loro appartengono » sorprese in « delitto contro i buoni costumi », ma data la varietà di pareri emersi nella discussione, si deliberò di rimandare la decisione in merito alla seconda revisione del testo.

Il titolo XXIII sulle armi fu ritenuto così difettoso da dovere essere completamente riformulato e si affidò la sua nuova redazione all'avvocato Filippo Baffi che presentò una serie di minute precisa-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni sul tipo di armi e una nuova gradazione delle pene. Completamente soppresso invece fu il titolo seguente, dedicato al vagabondaggio e alla mendicità, i quali a giudizio del collegio « possono tutto al più considerarsi come circostanze aggravanti » mentre, se si fossero voluti annoverare tra i delitti, sarebbero spettati « al Dicastero della Polizia », come il mantenimento dell'ordine nei luoghi di spettacolo che era erroneamente inserito nel titolo XXV.

La disciplina sul furto fu giudicata molto lacunosa in quanto, come fece notare Baffi, mancava completamente la previsione dei piccoli furti di campagna che erano frequentissimi e spesso restavano impuniti perché i costi del procedimento scoraggiavano il ricorso alle autorità. Lo stesso avvocato assunse il compito di redigere alcune norme in materia, e il titolo fu integrato anche con uno specifico articolo sui furti di cose sacre che non doveva essere incluso fra le aggravanti in quanto costituiva, secondo il collegio, una autonoma e gravissima forma di delitto.

In un'altra relazione manoscritta e non datata (65), l'anonimo autore esponeva una serie di rilievi in gran parte coincidenti con quelli emersi nelle riunioni del collegio, evidenziando ulteriori incongruenze, confusioni e oscurità. Anche egli si pronunciava decisamente contro le definizioni, ritenendole più adatte ad un trattato teorico che ad un codice, e contro il rinvio all'editto Lante, facendo notare che tale soluzione comportava la riattivazione di altri quattordici provvedimenti in esso richiamati, e ciò avrebbe creato « una grandissima deformità », in contrasto con le norme del 1832 che avevano inteso unificare il diritto penale dello Stato. Lo scrivente inoltre deplorava, fra l'altro, la nuova norma per cui i giovani tra i 18 e i 20 anni avrebbero potuto essere sottoposti alla pena capitale, definendola « disposizione barbara, condannata da tutte le leggi della ragione e da tutti gli autori criminali », lamentava che mancassero la precisa indicazione delle pene infamanti, la distinzione tra galera e opera pubblica e la definizione della stretta custodia, criticava l'incompletezza della disciplina sui delitti di Stato e la poca chiarezza di quella sul duello, ironizzava sulla proibizione di impugnare qualunque arma non vietata, per cui « bisognerà bandire anche dalle tavole di pranzo i coltelli », considerava « tutto un

(65) *Osservazioni alla Minuta di Codice sui delitti e sulle pene*, *ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vaniloquio » la disciplina sul furto, riteneva grave omissione il non avere trattato le contravvenzioni di polizia. Il giudizio formulato alla fine del suo esame era decisamente negativo: « dalle quali cose tutte, è forza concludere, che cattivo è il *Regolamento* 20 settembre 1832, ma peggiore il Codice proposto, per cui né l'uno né l'altro sono adottabili senza un nuovo impasto delle materie, una nuova classificazione e distribuzione, e più adatta estensione propria di una legislazione penale ».

Questa convinzione indusse gli avvocati concistoriali, a redigere un nuovo testo legislativo, alternativo alla *Minuta*, che traducesse in pratica gli orientamenti emersi durante il lavoro di revisione. Lo attesta un progetto di codice penale nel quale gli articoli, sono corredati da annotazioni esplicative che riproducono, talvolta letteralmente, le osservazioni formulate nelle riunioni (66). Tale compilazione è incompleta, comprendendo solo 231 articoli, ma un indice conservato tra i documenti ad essa relativi consente di conoscere la sua struttura definitiva, che era composta da titoli e capitoli perché, come avvisa una nota all'inizio del progetto, questa suddivisione era sembrata preferibile rispetto a quella in libri e titoli adottata nel *Regolamento* gregoriano e nella *Minuta*. Rispetto a quest'ultima, nel complesso, il progetto presentava una sistematica più razionale e compatta ma non introduceva modifiche radicali nei contenuti e nei criteri fondamentali, né provvedeva a fissare la disciplina sulle contravvenzioni di polizia, la cui mancanza era stata additata come una lacuna da colmare (67). Il primo titolo comprendeva, seguendo

(66) *Progetto di codice dei delitti e delle pene*, *ibidem*.

(67) L'indice del *Progetto di codice dei delitti e delle pene* è il seguente: Titolo I: *Disposizioni preliminari sui delitti e sulle pene*. Cap. I: Dell'osservanza in generale delle leggi criminali; Cap. II: delle circostanze e qualità che aggravano il delitto; Cap. III: Delle circostanze che escludono o diminuiscono il delitto; Cap. IV: Del delitto tentato ossia conato; Cap. V: Della correità e complicità nei delitti; Cap. VI: Del concorso di più delitti commessi da un reo e dei recidivi; Cap. VII: Dei delitti commessi dai condannati nel tempo dell'espiazione della pena; Cap. VIII: Dei delitti commessi in estero Stato; Cap. IX: Delle pene in generale; Cap. X: Dell'estinzione dei delitti e delle pene. Titolo II: *Dei delitti in ispecie di oggetto pubblico e della loro punizione*. Cap. I Dei delitti contro la Religione e i suoi Ministri; Cap. II: Dei delitti di lesa Maestà; Cap. III: Dell'ingaggiamento e dell'acquisto di armi ed effetti militari; Cap. IV: Della falsificazione della firma del Sovrano, de' suoi Ministri ed autorità publiche; Cap. V: Della falsificazione delle monete, delle carte di publico credito, e dei Campioni publici; Cap. VI: Della falsifica-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un modello ormai consolidato, la parte generale, mentre una novità era rappresentata nella parte speciale dalla netta distinzione tra i delitti di natura pubblica e quelli di natura privata, che venivano raggruppati separatamente nei due titoli seguenti. Tuttavia, a parte la cancellazione di ogni definizione, l'assenza di rinvii a norme precedenti, i ritocchi formali, la variazione di qualche sanzione, il linguaggio più preciso e qualche spostamento di articolo, l'impostazione generale non sembra discostarsi in modo sostanziale e deciso da quella della *Minuta* e la modifica più rilevante appare l'abolizione della morte civile.

Il codice predisposto dall'autorevole collegio, percepito come sensibilmente diverso dal modello redatto dal governo, venne reso oggetto di attenzione particolare e giudicato un contributo di primaria importanza alla riforma del sistema vigente. Oltre ad esso, come attesta una memoria preparata per l'udienza papale, fu presentata una serie di pareri e puntualizzazioni di vario genere ed estensione e due interi progetti di codice da parte del tribunale di Perugia e dell'avvocato Raffaele Ala (68). Le numerose e interessanti osservazioni pervenute da vari operatori del diritto sulla *Minuta*

---

zione dei Passaporti e dei certificati; Cap. VII: Dell'usurpata autorità publica; Cap. VIII: Delle offese, e resistenze alle Magistrature ed ai Depositari della Forza publica; Cap. IX: della prevaricazione ed abuso di Potestà, e della concussione; Cap. X: Delle armi; Cap. XI: Della violenza publica; Cap. XII: Dei delitti contro la publica sanità; Cap. XIII: Dei delitti di incendio e devastazione. Titolo III: *Dei delitti in specie contro le cose private e della loro punizione*. Cap. I: Degli omicidi; Cap. II: Del duello; Cap. III: Dell'aborto procurato; Cap. IV: Dell'esposizione ed occultazione degli infanti; Cap. V: Delle ferite; Cap. VI: Dei delitti di falso nei documenti; Cap. VII: Dei delitti contro i buoni costumi e l'onestà; Cap. VIII: Della calunnia e della falsa testimonianza in giudizio; Cap. IX: Delle ingiurie; Cap. X: dei furti; Cap. XI: Dei furti con violenza personale; Cap. XII: Della truffa; Cap. XIII: Della violenza privata, Cap. XIV: Della usura e contratti illeciti; Cap. XV: Del giuoco; Cap. XVI: Dell'occultazione dei delitti e della ricettazione dei delinquenti; Disposizioni transitorie.

(68) La memoria è conservata in ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1551, fasc. 1835. I due progetti non sono stati finora trovati. Nel 1838, Raffaele Ala presentò il suo codice fra i titoli per il concorso alla cattedra di Istituzioni di diritto criminale presso l'Università di Roma, nel quale risultò vincitore. In una copia manoscritta dei suoi requisiti si affermava che il testo comprendeva 666 articoli ed era stato da lui redatto in quattordici giorni, su richiesta degli avvocati concistoriali: cfr. ASR, *Sacra Congregazione degli Studi*, b. 159, fasc. 1011. Su questo giurista cfr. R. ABBONDANZA, voce *Ala, Raffaele*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, I, Roma, 1960, pp. 548-549.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

furono esaminate e « poste sotto un solo punto di vista, con estrarle e riunirle sotto ciascun articolo illustrato, variato, supplito o corretto » e una nota in margine alla memoria, informava che tutto il materiale fu presentato il 24 novembre 1834 al pontefice, il quale nominò una commissione, formata dal suo uditore Girolamo Bontadosi, dall'avvocato fiscale Giuseppe Luigi Bartoli e da Giovanni Rufini, incaricandola di esaminare i documenti per procedere alla redazione di un nuovo codice (69).

Rufini asseriva in una lettera che la commissione, alle sedute della quale partecipò tre o quattro volte anche Giuseppe Sebregondi, si riunì « per più mesi in lunghissime sessioni dalle prime alle più alte ore della notte due volte a settimana ». Per volontà di Bontadosi e Bartoli, nei lavori « si partì sempre dalla base di un ulteriore progetto che avea presentato il Collegio degli Avvocati Concistoriali in risposta, o a meglio dire in totale opposizione a tutto quello che l'antecedente minuta aveva suggerito d'innovare », finché il pontefice decise di incaricare Bartoli della definitiva compilazione del testo. Tuttavia, dopo qualche altro mese « e prima di terminare il lavoro », fu avvisato che « il nuovo congresso si sarebbe tenuto all'epoca che avrebbe indicato un ulteriore biglietto, dopo di che null'altro si è saputo ». Così, a causa della interruzione delle convocazioni, i lavori restarono sospesi e non si approdò ad alcun risultato concreto (70).

Il progetto di Agatone de Luca Tronchet e l'opera della congregazione cardinalizia speciale.

Se l'iniziativa ufficiale si era per il momento arenata, la perdurante esigenza di riforma del sistema vigente è testimoniata da un parziale progetto di codice inviato il 22 novembre 1837 da Agatone de Luca Tronchet, governatore di Vetralla e procuratore del fisco del tribunale di Viterbo (71). Nella lettera al cardinale Gamberini, lo

(69) ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1551, fasc. 1835.

(70) Cfr. la lettera del 15 ottobre 1835, *ibidem*, e la lettera di Rufini del 14 agosto 1841 in ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1599, fasc. 1845.

(71) *Regolamento sui delitti e sulle pene*, in ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1551, fasc. 1838.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scrivente avvisava di avere inviato solo il primo libro, contenente la parte generale, per ricevere un parere sulla opportunità di proseguire il lavoro, che sarebbe stato solo alla fine completato con l'apparato « delle note dimostrative e delle allegazioni del Gius comune, con cui è di pieno accordo tutta l'opera ». Il suo scopo era di rendersi meritevole presso il governo migliorando il settore criminale poiché la legislazione vigente « non tutela in ogni caso le persone, e le proprietà, e lascia aperta una larga strada all'arbitrio dei Giudici » (72).

Il progetto era mosso, come quello di Gigli, dall'intento di razionalizzare la sistematica, chiarire i concetti e precisare le sanzioni, ma nel complesso seguiva una impostazione assai più conservatrice che confermava l'orientamento del codice vigente, del quale riproduceva il titolo, dimostrandosi talvolta anche più retrivo nei contenuti e usando una forma discorsiva, spesso prolissa e ripetitiva.

Il primo libro comprendeva sette titoli per un totale di 100 articoli ed era quindi più lungo di quello gregoriano che nella stessa parte contava 72 articoli distribuiti in 9 titoli. Nel primo titolo (*Delle leggi criminali in generale*) va notata la preoccupazione di definire i principi fondamentali del diritto penale ormai acquisiti nelle legislazioni moderne e lasciati in ombra nel *Regolamento* gregoriano, ma anche la volontà di confermare i capisaldi del sistema pontificio. Così gli artt. 3 e 4 enunciavano con chiarezza i principi della irretroattività e di stretta legalità, l'art. 7 vietava il ricorso all'analogia e gli artt. 12 e 15 lasciavano in vigore le norme precedenti solo se non contrastanti con quelle del codice, dimostrando di recepire alcune rilevanti conquiste dell'illuminismo. Ma l'art. 1, che conteneva la descrizione degli scopi della legge piuttosto che una vera e propria definizione di essa, rivelava l'obiettivo primario di salvaguardare i valori religiosi e morali professati nello Stato e la forma di governo esistente (73). Inoltre,

(72) *Ibidem*.

(73) « Le leggi criminali hanno per iscopo la tutela delle persone, e delle proprietà, mediante la conservazione dei diritti della religione, del Sovrano, della morale pubblica, e della forma di Governo dal Sovrano stessa stabilita. Qualunque atto contrario a sì interessante oggetto è dichiarato sovversivo, ed opposto agli inviolabili principi del giusto, e dell'onesto, che le leggi criminali si propongono di guarentire colla punizione dei delitti ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mentre l'art. 2 affermava l'eguaglianza di tutti gli abitanti dello Stato di fronte alla legge, l'art. 14 lasciava espressamente in vigore la competenza dei tribunali ecclesiastici e l'uso delle leggi canoniche « sia per le persone sia per la materia ».

Il secondo titolo (*Delle pene in generale*), distingueva le pene nelle tre categorie di afflittive ed infamanti (morte semplice o esemplare, galera perpetua o a tempo, interdizione perpetua o temporanea dai diritti civili o dai pubblici impieghi), afflittive non infamanti (opera pubblica, esilio, detenzione) e correzionali (detenzione in casa o nel carcere correzionale, multa), ispirate al modello francese. Nel complesso le sanzioni risultavano aggravate rispetto alle vigenti non solo per la maggiore durata e gravità stabilita in certi casi, ma anche e soprattutto per l'aggiunta di pene accessorie. Così, fra l'altro, il massimo della galera a tempo era aumentato rispetto al codice gregoriano di ben cinque anni (art. 24), quello per la contravvenzione all'esilio passava da un anno di opera pubblica a cinque (art. 30), quello del cumulo di pene temporanee era elevato da venti a venticinque anni (art. 52) e il conato prossimo era punito come il delitto perfetto (art. 55).

Come conseguenze delle pene più gravi, oltre alla morte civile, già presente nella legislazione gregoriana, il compilatore stabiliva di applicare, in numerosi casi specificamente indicati dalla legge, la berlina e la confisca dei beni, ormai scomparse nello Stato pontificio e ritenute dalla scienza giuridica europea obsoleti retaggi del passato, nonché la sorveglianza alta o semplice della polizia (art. 17). La berlina consisteva nell'esporre il condannato sulla pubblica piazza, per due ore, prima della traduzione al luogo di pena, con un cartello indicante le sue generalità e il delitto commesso (art. 25), mentre la confisca giungeva a colpire anche l'intero patrimonio del reo, se questi non aveva figli, e persino i beni del padre del delinquente poiché essa veniva eseguita sulla legittima che sarebbe spettata al figlio in eredità (artt. 48, 50).

Se queste disposizioni denotavano senza dubbio una concezione arretrata della funzione penale, rispolverando criteri da tempo stigmatizzati come iniqui, l'aspetto più caratteristico del progetto è la frequenza con cui si sottoponevano i rei a misure di polizia per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

limitarne la libertà personale e controllarne il comportamento dopo l'espiazione della pena. I contenuti di queste restrizioni erano precisati in alcune norme specifiche. L'alta sorveglianza prevedeva che il soggetto non avesse rapporti con persone sospette, che passasse la notte in casa, che si impegnasse in una attività lavorativa, si presentasse una volta al mese negli uffici della polizia per ritirare un certificato, non cambiasse il domicilio senza autorizzazione (art. 41) e le infrazioni venivano punite fino a cinque anni di galera (art. 42). La sorveglianza semplice imponeva di « non trattare con persone sospette, e di non girovagare nella notte senza positiva necessità », di non portare armi senza assoluta necessità, di non frequentare bettole di notte (art. 44) e le inosservanze comportavano sanzioni fino ad un anno di opera pubblica (art. 45). Se si considera che il primo tipo di sorveglianza veniva applicato per dieci anni dopo la galera temporanea e il secondo per tre anni dopo l'opera pubblica di secondo grado (artt. 28-29), insieme con numerose incapacità all'esercizio di diritti civili e funzioni pubbliche (artt. 27, 28), e che al direttore generale della polizia era attribuita la facoltà di ordinare la sorveglianza dei sudditi « per cause politiche di prima importanza o per imponenti circostanze di sicurezza » fino alla durata di dieci anni (art. 47), il progetto del 1837 appare, rispetto ai testi circolanti nell'epoca, ispirato ad impostazioni alquanto più repressive e autoritarie.

Il terzo titolo (*Dei delitti in generale, del conato, del dolo, della colpa, e del caso*) esprimeva l'intento di fornire definizioni esatte degli istituti trattati, in particolare di tracciare una distinzione tra i vari tipi del tentativo (artt. 54 ss.) e tra i gradi della colpa (art. 61). ma lasciava pressoché invariata la disciplina vigente, limitandosi a prevedere la sorveglianza di polizia per gli autori di tentativi di delitti che avrebbero comportato la galera o l'opera pubblica (art. 58).

Il progetto, nonostante l'adesione ad alcuni principi di derivazione illuministica, come quelli della irretroattività della legge, di stretta legalità, del divieto dell'analogia, proponeva contenuti di stampo autoritario e una disciplina più severa di quella vigente, riflettendo efficacemente i diffusi timori dell'epoca nei confronti dei turbamenti dell'ordine pubblico e la preoccupazione di prevenire e soffocare le cospirazioni politiche. Al di là dello spirito retrivo che lo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

informava, tuttavia, esso esprimeva efficacemente il disagio degli operatori del diritto nei confronti dei difetti delle fonti normative vigenti e la viva aspirazione ad una legislazione più sicura e chiara, che recepisse alcune soluzioni tecniche consacrate nel periodo rivoluzionario.

L'assenza di commenti lascia supporre che il lavoro non fu preso in considerazione, ma Tronchet sollevava un problema concreto e rilevante per la corretta amministrazione della giustizia nello Stato pontificio, quando sosteneva la necessità di assicurare la certezza del diritto e di rafforzare l'efficacia del codice penale attraverso la limitazione del potere arbitrario dei magistrati e l'obbligo di attenersi alle norme. Numerosi documenti attestano la difficoltà di far rispettare il *Regolamento* gregoriano, le cui disposizioni venivano spesso travisate o applicate in modo erroneo ricorrendo alla analogia. Ad esempio, una lettera scritta dal presidente del tribunale di prima istanza di Rieti al segretario di Stato per gli affari interni nel novembre 1836, informava che negli organi giudicanti della provincia si era diffuso l'uso di comminare semplici multe per i reati di lesioni personali senza tenere conto delle limitazioni imposte dall'art. 322, che ammetteva la pena pecuniaria solo in caso di provocazione e dopo avere scontato tre mesi di reclusione. Tale pratica sembrava allo scrivente lesiva dell'autorità sovrana e fomentatrice di ulteriori delitti sicché egli aveva richiamato i magistrati ad una esatta osservanza della legge, suscitando l'approvazione dell'autorevole destinatario (74). L'uso dell'analogia aveva provocato gravi incongruenze anche nel caso del reato di parricidio perpetrato in seguito a provocazione, che alcuni tribunali avevano punito in modo troppo lieve, applicando le norme sugli omicidi avvenuti durante la rissa o quelle sulle ferite inferte ai familiari, come è attestato in un ordine circolare a stampa del settembre 1839 dove Gamberini vietava questa arbitraria modificazione della legge (75).

In altri casi furono le stesse autorità a mutare di fatto il dettato

(74) ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1551, fasc. 1836.

(75) Ivi, fasc. 1839. Sulla repressione del parricidio nella legislazione francese e italiana della Restaurazione cfr. N. CONTIGIANI, *Il crimine di parricidio nel XIX secolo. Dal modello normativo francese alla realtà italiana dello Stato pontificio*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXXVII, 2007, pp. 21 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del codice senza correggerne la lettera, come avvenne per la condanna a morte esemplare, che secondo il *Regolamento* doveva eseguirsi mediante fucilazione alle spalle, ma che ragioni di opportunità e di natura religiosa indussero ad abolire. Da una parte infatti le truppe svizzere e pontificie si rifiutavano di giustiziare i soggetti condannati dai tribunali civili, dall'altra si era osservato che « questa specie di pena, che spesso non produce subito la morte, pone in grande pericolo le anime de' pazienti, come hanno riferito zelanti sacerdoti confortatori ». Per ovviare a questi inconvenienti nel 1837 fu proposto al papa (che approvò) di sostituire la fucilazione con la decapitazione, distinguendo la morte esemplare da quella semplice con l'esposizione della testa mozzata su una picca. La nuova norma non fu ufficialmente pubblicata, per evitare di emanare una disposizione contraria al codice, ma si decise di avvisare con un dispaccio la S. Consulta, alla quale ricorrevano tutti i condannati alla pena capitale, di seguire in futuro il nuovo sistema (76).

Nel 1841, fu nominata una congregazione cardinalizia speciale, incaricata di proporre modifiche ai codici penale e di procedura penale attraverso la soluzione di venticinque « dubbi » ad essa presentati per ordine del papa. Il collegio tenne « quattro lunghe sessioni », i lavori delle quali furono accuratamente annotati in verbali dai quali emerge il prevalente interesse per gli aspetti procedurali (77). Tuttavia la questione n. 24 poneva un problema di diritto sostanziale, chiedendo se era opportuno « il ristabilimento di pronte pene afflittive, segnatamente quelle delle nerbate, del cavalletto e della berlina ». Nella discussione solo uno dei partecipanti si oppose alle battiture « specialmente in riguardo alla decenza pubblica che gli sembrava alquanto compromessa per cotal mezzo » ma

(76) Cfr. la lettera inviata dal senatore Capaccini al Gamberini il 1° maggio 1837, la memoria per l'udienza pontificia del 15 maggio successivo e il dispaccio spedito il 20 maggio alla S. Consulta, in ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1552, fasc. 1841.

(77) *Relazione sulle risoluzioni prese dalla Congregazione speciale cardinalizia deputata dalla Santità di Nostro Signore a proporre utili modificazioni nei vigenti regolamenti penali, e di processura criminale nell'intento di procacciare all'Erario opportuni risparmi di spese*, in ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1599, fasc. 1845. I componenti della congregazione risultano essere: i cardinali Ugo Pietro Spinola, Domenico Antonio Gamberini, Costantino Patrizi, Giuseppe Alberghini, Antonio Tosti, Nicola Grimaldi, l'uditore della Camera, il governatore di Roma, il segretario della Consulta.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche egli si allineò alla maggioranza quando fu deciso che la pena sarebbe stata inflitta in luoghi inaccessibili alla popolazione e che, come le altre due, sarebbe stata regolata per legge.

Alla richiesta di proporre ulteriori riforme indipendentemente dai quesiti presentati, la congregazione suggeriva di organizzare frequenti visite di controllo ai tribunali e ai governi, di nominare « una commissione di valenti e accreditati giureconsulti per dare le occorrenti correzioni ai pochi articoli del regolamento penale che ne bisognino e per coordinarvi un regolamento di polizia che altamente si domanda dalla Direzione Generale e dai Presidi delle Provincie », di procedere subito alla modifica di alcuni articoli, aggravando le pene per il furto violento, la rapina a mano armata e la rapina con ferite o lesioni gravi, di istituire una commissione, includendovi il protesoriere e presidente della commissione dei sussidi e il governatore di Roma, per ideare provvedimenti atti a liberare la capitale da oziosi e vagabondi, di creare infine una commissione per migliorare la disciplina dei bagni penali e delle carceri, riducendo il numero di queste ultime e proporzionando la loro dimensione alla popolazione dei vari governi (78).

Alcuni fogli manoscritti testimoniano che le decisioni della congregazione furono sottoposte al parere di un anonimo, autorevole personaggio (dalla grafia sembra trattarsi ancora una volta del Rufini), che dopo avere lodato il lavoro svolto e « il modo lucido, succoso, e chiarissimo » della sua esposizione, presentava alcuni rilievi critici, assicurando che essi erano dettati da intimo convincimento e non da smania di contestare (79). Nell'esame delle proposte relative al dubbio n. 24, egli approvava l'introduzione delle battiture all'interno del carcere, che gli sembravano adatte soprattutto ai reati di borseggio, ferite semplici, porto d'armi, insulti e vagabondaggio. Esse potevano costituire un efficace mezzo di correzione senza infamare il reo « e quel ch'è più notabile non urtano, e non provocano il pubblico, ed i giornali », evitando di suscitare pericolose reazioni « perché viene ad essere una disposizione municipale di polizia ristretta alla Capitale e che farebbe troppo urto, se si estendesse a tutto lo Stato ». La berlina invece a suo avviso meritava

(78) *Relazione sulle risoluzioni*, cit.
(79) ASR, *Ministero dell'Interno*, b. 1599, fasc. 1845.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una più approfondita riflessione. Essa era stata eliminata dai codici penali di Napoli e Parma mentre restava in vigore in Francia dove, secondo i giornali locali, risultava controproducente perché finiva col dare luogo ad « un esperimento costante di impudenza » da parte dei condannati. Lo scrivente sottolineava la gravità di una sanzione che « meno che per la feccia della plebe, per ogni altro può considerarsi pena capitale » e richiamava l'attenzione sulle gravi conseguenze dovute al suo carattere infamante, che precludeva al reo la possibilità di trovare un lavoro onesto. Egli concludeva pronunciandosi decisamente contro la reintroduzione della berlina che avrebbe prodotto gravi effetti negativi: « se non corregge, infama, e rende peggiori, non saprebbe convenirsi nella ripristinazione di questa novità clamorosa (vi vuole un editto) e che darebbe luogo nei pubblici fogli alla detrazione del Governo senza produrre un reale vantaggio ».

Le proposte avanzate dalla congregazione nella conclusione del suo lavoro lo trovavano invece perfettamente d'accordo. Per quanto riguardava i controlli sui tribunali, ricordava che egli stesso da nove anni non aveva perso occasione per sostenerne la necessità, mentre l'idea di riformare il codice penale vigente gli sembrava ottima e proponeva di affidare tale compito al collegio degli avvocati concistoriali, che possedeva la necessaria competenza. Anche le altre modifiche prospettate dalla congregazione gli apparivano opportune, ma suggeriva di procedere all'inasprimento della repressione contro le rapine solo quando si fosse presentata un'occasione tale da dimostrarne la necessità.

Il 10 luglio 1841 le risoluzioni della congregazione cardinalizia furono presentate a Gregorio XVI, che approvò la reintroduzione delle pene corporali e della berlina nonché l'appesantimento delle sanzioni per i gravi casi di furto, ma decise di non procedere immediatamente ad introdurre queste riforme, ritenendo che esse fossero piuttosto « da emanarsi a momento opportuno, che sarebbe alla prossima eclatante rapina che accadesse a Roma » (80). Il 20 luglio successivo il pontefice nominò una commissione deputata a preparare le rettifiche legislative, che avrebbe dovuto avviare una

(80) Cfr. il *Rapporto per l'udienza di Sua Santità*, in ASR, *Commissione per la compilazione dei codici legislativi*, b. 8, fasc. 70.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuova fase nei lavori per la codificazione penale. Essa comprendeva il cardinale Antonio Maria Cagiano de Azevedo in qualità di presidente, l'avvocato concistoriale Giovanni Di Pietro, il luogotenente del tribunale del sovrano Pietro Benvenuti, il fiscale della S. Congregazione degli studi Giovanni Rufini, il sottosegretario della S. Consulta Tommaso Alessandri, il governatore di Roma e direttore generale della polizia Luigi Vannicelli Casoni. Alla morte del Rufini, nel 1842, subentrò il sostituto della segreteria di Stato Giacomo Antonelli, che fu nominato presidente del consesso nel 1844 e nello stesso anno entrò a far parte di esso Francesco Leggieri, già provveditore del Fisco e della Reverenda Camera Apostolica, che fu rimpiazzato, dopo la sua morte avvenuta nel 1845, da Roberto Roberti, sostituto della segreteria per gli affari di Stato interni. Il lavoro della commissione meritò il riconoscimento del pontefice, che nel 1845 assegnò una medaglia d'oro ai componenti e trenta scudi all'attuario Marco Evangelisti (81), ma, in realtà, nel suo ambito non si giunse a risultati significativi e, per il momento, la revisione della legislazione penale sembrò arenarsi.

La vicenda della compilazione di tanti progetti legislativi, al di là della diversità di obiettivi, soluzioni e metodi, dimostra la vivacità intellettuale di alcuni operatori del diritto al tempo di Gregorio XVI. Non mancavano magistrati e avvocati ben consapevoli dei difetti del sistema vigente, che sentivano fortemente l'esigenza di una riforma e si impegnavano nella sua realizzazione, ma il fallimento delle loro iniziative testimonia la difficoltà di procedere ad un effettivo svecchiamento della normativa in un contesto istituzionale e politico assai poco favorevole al rinnovamento. Alcuni dei codici elaborati in quel periodo rispecchiavano l'influenza più o meno marcata dei principi illuministici, e indicavano la ricerca di soluzioni tecniche in linea con il progresso dei tempi, ma le posizioni ufficiali emergenti dalla *Minuta* restavano decisamente avverse ad una evoluzione significativa e condizionate dalla preoccupazione di evitare la paventata introduzione di orientamenti vicini all'ideologia rivoluzionaria. Del resto, anche l'importante ruolo attribuito durante questi anni ad un tenace conservatore come il Rufini, sempre

(81) I documenti relativi alle nomine e alla consegna dei riconoscimenti sono conservati *ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presente in qualità di consulente o membro di commissioni, conferma la mancanza di una seria volontà di riforma. Solo qualche anno dopo, nel mutato clima politico seguito all'elezione al pontificato di Pio IX, si tornò ad affrontare con determinazione la revisione della legislazione penale e l'attività di progettazione fu ripresa con rinnovato dinamismo e entusiasmo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIAN SAVINO PENE VIDARI

NOTA SUL *CRIMEN LESAE MAIESTATIS*, I MOTI MAZZINIANI E LA CODIFICAZIONE ALBERTINA

1. In un libro divenuto ormai un 'classico' in materia Mario Sbriccoli ha illustrato la costruzione dottrinaria del *crimen lesae* nel diritto comune (1): senza voler né saper aggiungere nulla in proposito, penso di poter inserire — quasi come un'appendice — in questo ampio 'quaderno fiorentino' in suo ricordo una modesta 'nota', con riferimento ad alcune vicende della disciplina sabauda della prima metà dell'Ottocento.

In effetti, sin dal Settecento la prospettiva codificatoria — o meglio consolidatoria (2) — dei re di Sardegna ha portato già Vittorio Amedeo II a fornire nel 1723 una specifica sintetica trattazione legislativa del crimine di 'lesa maestà' con la prima redazione delle 'Regie Costituzioni' (3), praticamente confermata nelle due successive edizioni del 1729 (4) e 1770 (5). La problematica, peraltro, si presentava con caratteristiche un po' diverse a seconda che vi

(1) M. Sbriccoli, *Crimen lesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974.

(2) Lo studioso che ha per primo approfondito l'analisi delle 'Regie Costituzioni' sabaude, Mario Viora, ne ha sottolineato l'aspirazione, quasi ancora inconscia, verso la codificazione, ma ha preferito parlare piuttosto di « consolidazione » del diritto sabaudo esistente: M. Viora, *Le Costituzioni piemontesi (Leggi e Costituzioni di S.M. il Re di Sardegna): 1723-1729-1770. I. Storia esterna della compilazione*, Milano-Torino-Roma, Bocca, 1928, pp. 289-376, in specie pp. 311-325.

(3) *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, Torino, Valetta, 1723, pp. 323-325 (lib. IV tit. 33 cap. 7). Come noto, la raccolta era usualmente nota con la denominazione di 'Regie Costituzioni'.

(4) *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, Torino, Chais, 1729, II, pp. 181-185 (lib. IV tit. 34 cap. 2).

(5) *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, Torino, Stamperia Reale, 1770, II, pp. 201-205 (lib.IV, tit. 34, cap. 2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fossero coinvolti civili o militari: a questi ultimi infatti era portato in primo luogo a riferirsi il legislatore settecentesco, sebbene non sia poi pervenuto — nonostante i progetti — a dettare una disciplina apposita in materia militare (6).

Negli ultimi decenni del Settecento e nei primi anni della Restaurazione la normativa sabauda del crimine di 'lesa maestà' era basata quindi sulle 'Regie Costituzioni' del 1770, a cui si univa per i militari la disciplina particolare loro indirizzata (7). I lavori per la redazione di una raccolta apposita di legislazione penale militare, avviati dopo il ritorno di Vittorio Emanuele I in terraferma, sotto il suo regno non sono giunti a compimento (8), come d'altronde le altre caute iniziative di aggiornamento organico della legislazione (9), riguardo alla quale in questi primi anni della Restaurazione si preferiva non parlare nemmeno di codificazione ma di riforma delle Regie Costituzioni, per non evocare il 'triste' passato napoleonico (10).

Scoppiati i moti del '21, non esisteva quindi una normativa specifica per i militari rispetto ai civili nei casi di insubordinazione, cospirazione, tradimento, ribellione o rivoluzione. La Regia Delegazione, nominata il 26 aprile 1821 per giudicare i reati più gravi compiuti durante l'insurrezione del marzo, è stata perciò competente tanto verso i militari quanto verso i civili (11). Si trattava di un giudice straordinario, di designazione successiva ai fatti, sul cui operato le valutazioni possono essere state anche diverse, ma circa il

(6) V. VIORA, *La codificazione del diritto penale militare negli Stati sabaudi*, Savigliano, L'Artistica Savigliano, 1983, pp. 3-4, 11-12. Nel sec. XVIII, infatti, si temeva in specie l'eventuale insubordinazione dei militari, dato che la dinastia sabauda era ormai ben insediata nel territorio dopo la « guerra del sale » e dopo la soluzione del problema valdese.

(7) Ivi, p. 4.

(8) Ivi, pp. 5-9.

(9) In sintesi G. S. PENE VIDARI, *L'attesa dei codici nello Stato sabaudo della Restaurazione*, in « Rivista di storia del diritto italiano », LXVIII, 1995, pp. 110-123.

(10) Ivi, p. 112.

(11) G. PARLATO, *Introduzione* a G. MARSENGO-G. PARLATO, *Dizionario dei Piemontesi compromessi nei moti del 1821*, Torino, Istituto per la storia del Risorgimento italiano - Comitato di Torino, 1982, I, p. 48. Le patenti di nomina del 26.IV.1821 sono edite in *Raccolta di Regj editti, manifesti, e altre provvidenze de' Magistrati ed Uffizi*, Torino, Davico e Picco, 1821, pp. 211-212.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quale lo studio critico più approfondito oggi esistente ha concluso per una relativa equanimità, che poté anche lasciare insoddisfatti i fautori di pene rigide ed esemplari (12). Tra questi si può considerare lo stesso re Carlo Felice, al quale dovette sembrare poco ragionevole che molti di coloro che erano tenuti al rispetto del giuramento e della disciplina militare ed erano incorsi nei « délits de lèse Maiesté » non ne avessero pagato pesantemente le conseguenze (13).

In questa prospettiva, poteva sembrare opportuno al Governo feliciano fissare in generale, ma con precisione, certezza ed organicità — nonché con una buona rigidezza — in un editto penale militare la disciplina per i componenti dell'esercito, indicando pure gli organi chiamati a giudicare le infrazioni ed il procedimento da seguire (14). Le incertezze operative, le lentezze e le incongruenze del 1821 non dovevano ripetersi, a garanzia dell'ordine e del buon funzionamento dell'armata (15). Mentre i cauti passi verso un aggiornamento legislativo (senza nemmeno voler pensare a codici) durante il decennio di regno di Carlo Felice venivano lasciati cadere se non per alcune materie o casi indifferibili (16), una certa attenzione era riservata perciò alla disciplina militare, per la quale il regio editto del 27 agosto 1822 dettò infatti un cosiddetto « nuovo codice penale militare » (17).

Non si trattò però dell'avvio della codificazione, secondo le

(12) G. PARLATO, *Introduzione*, cit., pp. 52-54. Una valutazione generale pure in N. NADA, *Il Piemonte sabaudo dal 1814 al 1861*, in P. NOTARIO-N. NADA, *Il Piemonte sabaudo. Dal periodo napoleonico al Risorgimento*, Torino, UTET, 1993, pp. 164-165.

(13) G. PARLATO, *Introduzione*, cit., pp. 47 e 51 (il richiamo ai delitti di lesa maestà è in una lettera regia del 14 aprile 1821 edita a p. 47).

(14) Il progetto definitivo dell'editto penale militare del 1822 è esaminato con attenzione da V. VIORA, *La codificazione*, cit., pp. 11-34.

(15) G. PARLATO, *Introduzione*, cit., pp. 41-66, 95-96, 146-150.

(16) Si trattava in specie dell'ordinamento giudiziario e della disciplina ipotecaria, su cui in generale G. S. PENE VIDARI, *L'attesa*, cit., p. 123, nonché in specie E. GENTA, *Ricerche sulla storia dell'ipoteca in Piemonte*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 68-88 e P. SARACENO, *Storia della magistratura italiana. Le origini. La magistratura del Regno di Sardegna*, Roma, Centro copie Pioda, 1993, pp. 40-43. Come noto, inoltre, per l'isola della Sardegna si provvide alla raccolta del « Codice feliciano ».

(17) Questa è l'espressione con cui l'editto è indicato dalla redazione della *Raccolta di Regj editti, manifesti ed altre provvidenze de' Magistrati ed Uffizi*, Torino, Davico e Picco, 1822, p. 225. Tale denominazione resta pure negli anni Trenta.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prospettive della scienza giuridica: l'impostazione di politica legislativa del governo feliciano diretto dal Roget de Cholex non vi era certo favorevole. L'editto si colloca infatti entro il secolare sistema delle fonti incardinato sul diritto comune e sulle Regie Costituzioni del 1770, dettando una normativa specifica per coloro che appartengono all'esercito, nella quale la parte riguardante il procedimento per l'accertamento e la punizione dei reati militari è ampia quanto quella sostanziale (18). L'editto non ha — né vuole avere — nulla che lo avvicini alle prospettive della codificazione ottocentesca: persegue unicamente l'obiettivo di fare chiarezza nella disciplina militare per evitare le incertezze ed ambiguità del 1821 e per richiamare all'ordine coloro che 'servono' sotto la bandiera sabauda. In questa prospettiva, si rivolge ai soli militari, con la conseguenza — che emergerà in seguito — di non preoccuparsi molto di comprendervi pure i civili (19).

2. Carlo Felice di Savoia, giunto malvolentieri al trono, è riuscito nel decennio del suo regno a superare senza scosse particolari un periodo delicato: solo al termine della sua vita si profilò la strana congiura dei 'Cavalieri della libertà', disinnescata in fase di preparazione e ridimensionata anche nelle sanzioni effettive con il mutamento di sovrano (20).

Il 27 aprile 1831 il trentaduenne Carlo Alberto di Savoia-Carignano è subentrato infatti sul trono del Regno di Sardegna al defunto Carlo Felice di Savoia in base ad un lontano vincolo

(18) Significativamente, i primi 86 articoli dell'editto (su 196) si preoccupano degli appositi organi che devono perseguire e poi giudicare i militari per gli specifici reati (artt. 87-191), fra i quali primeggia naturalmente la disciplina della diserzione (artt. 100-141).

(19) In via quasi secondaria i civili entrano nella disciplina dell'editto, così come i militari per i delitti non militari: per questi casi l'art. 3 dell'editto prevede in generale che il giudizio sia effettuato da « Consigli misti » di giudici militari e togati.

(20) N. NADA, *Il Piemonte sabaudo*, cit., pp. 174-175. In particolare E. BOTTASSO, *L'appello a Carlo Felice dei « Cavalieri della Libertà » ed i suoi strascichi di disavventure*, in AA. VV., *Mazzini e i repubblicani italiani*, Torino, Istituto per la storia del Risorgimento italiano - Comitato di Torino, 1976, pp. 18-43 e P. CASANA TESTORE, *Giacomo Durando in esilio (1831-1841)*, Torino, Istituto per la storia del Risorgimento italiano - Comitato di Torino, 1979, pp. 13-19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parentale risalente a quasi due secoli prima (21). Il giovane re, invischiato nelle polemiche successive ai 'moti del '21', nell'ultimo decennio si era preparato con impegno alla successione ed aveva maturato la convinzione della necessità di aggiornare ai tempi l'ordinamento del regno, nel passato quindicennio caratterizzato da un tendenziale immobilismo, dato che i prospettati cauti progetti di adeguamento alle esigenze contemporanee non erano giunti a maturazione. Al potere 'arbitrario' del principe e ad un'applicazione equitativa (ma discrezionale) del diritto doveva sostituirsi il principio di legalità incardinato nei codici, in armonia con le aspettative di eguaglianza di fronte ad una legge certa e chiara. Lo 'svecchiamento' era indispensabile, anche se da attuare gradatamente, in armonia con il moderatismo di carattere (…altalenante) del nuovo re, ma in connessione pure con le consistenti resistenze al cambiamento della corte e dell'élite dirigente. Esso, in ogni caso, poteva servire per superare una certa insoddisfazione dell'ambiente intellettuale subalpino per la politica sabauda della Restaurazione, da cui traevano spunto anche alcune aspettative dei ridotti circoli liberali: intendeva introdurre innovazioni limitate, senza essere assolutamente 'rivoluzionario'. Nei confronti delle 'rivoluzioni', delle 'sette' e delle associazioni segrete il nuovo re nutriva anzi una profonda e radicale avversione, favorita da un personale disprezzo per la 'slealtà' di comportamento ai suoi occhi esistente da parte di chi tramava in segreto contro coloro che si accollavano alla luce del sole il gravoso compito di sostenere con saggezza la vita della società (22).

A differenza dei predecessori, il nuovo re non indirizzò ai sudditi alcuno specifico proclama al momento dell'ascesa al trono, ma preferì lasciar parlare direttamente i fatti. Eliminò subito alcuni istituti ormai incongruenti, nominò ben presto una Commissione per dotare di codici il suo regno, ed a poco più di tre mesi dal suo

(21) La più recente sintesi su re Carlo Alberto, riguardo alla cui figura la storiografia è stata — ed è — divisa, si trova in N. NADA, *Il Piemonte sabaudo*, cit., pp. 179-339, che in precedenza vi aveva dedicato un apposito libro (N. NADA, *Dallo Stato assoluto allo Stato costituzionale. Storia del regno di Carlo Alberto dal 1831 al 1848*, Torino, Istituto per la storia del Risorgimento italiano - Comitato di Torino, 1980) e che inquadra le discussioni storiografiche alle pp. 182-189.

(22) In proposito, con riferimento anche ai tentativi insurrezionali mazziniani del 1833, N. NADA, *Il Piemonte sabaudo*, cit., pp. 201-207.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

insediamento istituì un Consiglio di Stato, da affiancare ai 'suoi' ministri per procedere ad una migliore gestione del governo dello stato, ma anche per averne uno specifico consiglio nella sua attività legislativa. In tale occasione, anzi, nel preambolo dell'editto istitutivo del Consiglio, volle esprimere una serie di princìpi di politica legislativa, a cui pensava di ispirare il suo operato di principe attento alle esigenze dei sudditi, ma contrario ad aperture costituzionali (23).

L'avvio dell'opera di codificazione su modello francese (formalmente mediato tramite l'esempio napoletano) e l'istituzione del Consiglio di Stato dovevano essere la concreta e diretta attestazione, nel giro di pochi mesi, che lo stato sabaudo stava cambiando, che i sudditi dovevano aver fiducia nel nuovo corso avviato dal giovane re, alla ricerca di una soluzione istituzionale in parte nuova, diversa da quella 'costituzionale' auspicata dai gruppi liberali, sensibile però ai princìpi dell'eguaglianza civile, della certezza del diritto, di un maggior coinvolgimento 'consultivo' dei ceti dirigenti (24). La Commissione per i codici si mise al lavoro nell'estate 1831: nel novembre era già pronto un progetto di codice di commercio, nel luglio 1832 quello del primo libro del codice civile. Con il novembre 1831 il Consiglio di Stato aveva iniziato a funzionare, sebbene all'atto della realizzazione e durante la successiva attività abbia perso buona parte di quella carica innovativa che avrebbe potuto avere. Nella seconda metà del 1831 e nel 1832, comunque, qualcosa di nuovo emergeva nell'ordinamento del vecchio Regno di Sardegna (25).

3. Ciò non convinse o soddisfece, naturalmente, un 'patriota' e repubblicano impegnato come Giuseppe Mazzini, che proprio nel 1831 fondò a Marsiglia la Giovine Italia e ne diffuse capillarmente il messaggio, giungendo a programmare per l'estate 1833 un'insurrezione in diversi punti dello Stato sabaudo.

Sin dal gennaio 1833 la polizia subalpina si rivelava preoccupata

(23) G. S. PENE VIDARI, *Il Consiglio di Stato albertino: istituzione e realizzazione*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 26-27, 35-42.

(24) G. LOMBARDI, *Il Consiglio di Stato nel quadro istituzionale della Restaurazione*, ivi, pp. 64-84.

(25) G. S. PENE VIDARI, *L'attesa dei codici*, cit., pp. 127-128.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle cospirazioni settarie e mazziniane (26); in marzo-aprile il Governo predisponeva un progetto di legge per introdurre un passaporto per l'interno, al fine di controllare gli spostamenti di ogni suddito — sospetto — fuori del comune di appartenenza, ma non superava le perplessità del Consiglio di Stato (27). Nella seconda metà dell'aprile 1833, poi, alcune delle trame mazziniane sono state casualmente scoperte dalla polizia, prima a Genova, poi a Chambéry e ad Alessandria (28): sono stati perciò arrestati alcuni militari compromessi dalle dichiarazioni o 'propalazioni' di colleghi, e con essi alcuni civili, tra cui ad Alessandria l'avv. Girardenghi (29)ed il causidico Andrea Vochieri (30), rinchiusi nella locale cittadella (31).

Sin dai primi arresti genovesi il ministro degli Interni Tonduti de l'Escarène, dato che nella cospirazione si profilavano compromessi — oltre a militari — alcuni civili, ipotizzava a fine aprile in una lettera riservata di « proposer au Roi de soumettre à un jugement regulier par le moyen de l'Auditeur de Guerre ou des tribunaux ordinaires les militaires et les bourgeois, contre lesquels il existerait

(26) E. PASSAMONTI, *Nuova luce sui processi del 1833 in Piemonte*, Firenze, Le Monnier, 1930, pp. 13-20.

(27) Il Consiglio di Stato nelle sedute dell'aprile 1833 (dei giorni 13, 20, 23 e 26 aprile) ha discusso del progetto ministeriale di passaporto per l'interno, dimostrandosi molto perplesso (se non contrario), al punto che il progetto finì con l'essere abbandonato: *Archivio di Stato di Torino* (d'ora in poi A.S.To.), Verbali del Consiglio di Stato, 1° quadrimestre 1833.

(28) E. PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 36-58; N. RODOLICO, *Carlo Alberto negli anni di regno 1831-1843*, Firenze, Le Monnier, 1936, pp. 127-128

(29) E. PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 69 e 74, nonché pp. 234-246.

(30) Dell'ampia bibliografia sul « martire » mazziniano Andrea Vochieri interessa più specificamente nella prospettiva di questo lavoro il libro su *Il processo ad Andrea Vochieri*, Alessandria, Lyons club Alessandria, 1976, ristampato in gran parte — senza il consenso di tutti i collaboratori — in *Vochieri e Galateri: l'eroica scelta e il tetragono dovere* a cura di U. BOCCASSI-A. CAVALLI, Alessandria, I grafismi Boccassi, 2005. Sul Vochieri nel novembre 2003 si è tenuto a Frascarolo (Pavia), paese d'origine della famiglia (di cui era sindaco all'epoca il fratello), un convegno di studi, i cui « atti » sono in via di pubblicazione.

(31) La cittadella di Alessandria, con quella di Torino, era considerata uno dei luoghi più sicuri ed 'adatti' per la detenzione dei sospetti politici: nel 1833 vi furono inviati perciò anche sospetti di cospirazione di altre località, per procedere ad interrogatori « militari » sui legami mazziniani. L'ambiente interno favorì probabilmente dichiarazioni di imputati come il Ferraris ed il Menardi e le « propalazioni » di Viora, Pianavia, Girardenghi, Re.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des charges suffisantes » (32). Il ministro degli Interni aveva quindi già presente la problematica di un procedimento giudiziario eventualmente differenziato in caso di coesistenza di militari e di civili in una eventuale cospirazione, secondo la dettagliata disciplina dell'editto penale militare, che Carlo Felice aveva voluto introdurre, per superare l'impreparazione del 1821.

L'editto feliciano del 27 agosto 1822 prevedeva la competenza della giurisdizione militare per ogni « delitto militare », cioè per « l'infrazione di una legge, di un ordine o di un dovere puramente militare »(art.1): in genere, la sua disciplina era quindi dettata per i soli militari, anche se precisava che « la cognizione dei delitti militari, ancorché commessi da persona non addetta alla milizia, apparterrà esclusivamente ai tribunali militari »(art.2) ed aggiungeva che vi rientrava « la subornazione, istigazione, o complicità, in fatto di diserzione, d'ammutinamento, e d'insubordinazione » (art.3, 2° comma). Per giudicare invece i militari per reati diversi da quelli strettamente militari oppure i non militari in materia militare erano istituiti dei « Consigli misti » di giudici militari e togati (art.3, 1° comma) (33). Ferma quindi la competenza della giustizia militare per i militari, nel 1833 si trattava per il Ministero di individuare quella per i non militari a seconda delle violazioni attribuite.

Fra i « delitti militari » l'art. 144 dell'editto feliciano prevedeva espressamente l'alto tradimento: « ogni cospirazione di militari tendente a fare insorgere l'armata, o qualsivoglia parte di essa contro il regnante, la real famiglia o la sovrana autorità in qualunque modo, verrà considerata come delitto d'alto tradimento militare ». Le indagini in corso riguardavano proprio casi di questo tipo. In proposito, sempre l'art. 144 sanciva la morte ignominiosa per « gli autori o complici di tal delitto e coloro che, essendone informati, avranno tralasciato di denunciarlo »: la disciplina dell'art. 144 dell'editto risultava nel suo complesso indirizzata ai militari, ma valeva o poteva essere applicata o estesa anche per i civili? Il fatto stesso

(32) Lettera del ministro Tonduti de l'Escarène in data 29 aprile 1833 in A.S.To., *Corte*, Segreteria di Stato per gli affari interni, Gabinetto particolare di polizia, busta 83, Alessandria 1833, cart. 1-2-3, n. 1, edita nella parte essenziale in E. PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., p. 61.

(33) La disciplina del procedimento davanti ai Consigli misti è data negli artt. 62-74 dell'editto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che la legislazione del 27 agosto 1822 fosse stata espressamente dettata per i militari lasciava presumere che — ove non specificatamente indicato — essa si rivolgesse ai soli militari, ma non si poteva procedere unitariamente per una cospirazione coinvolgente sia militari che civili? L'editto militare sembrava lasciar intendere che di questi ultimi giudicassero i « Consigli misti » (art. 3), per i quali fissava regole specifiche, mentre la parte istruttoria veniva lasciata comunque agli Uditori di guerra, per non spezzare l'unitarietà delle indagini(artt. 62-74). La legislazione del 1822 aveva voluto prefigurare disciplina, organi e competenze per risolvere 'ex ante' quanto nel 1821 era stato deciso 'ex post' ma unitariamente: all'atto pratico proprio questa così attenta disciplina feliciana presentava però le sue lacune (34).

Le stesse autorità inquirenti si posero quindi il problema delle competenze, preoccupate in ogni caso di non fare passi falsi: già il 2 maggio 1833 (cioè il giorno successivo all'arresto del Vochieri) da Alessandria il governatore gen. Galateri investiva della questione il ministro degli Interni (35), che la esaminò subito con quello della Guerra e la portò a conoscenza diretta del Re. Ad una prima lettura infatti l'art. 144 dell'editto penale militare sembrava prevedere come autori di alto tradimento solo i militari. Gli artt. 1-3 dello stesso editto potevano però consentire di assoggettare anche dei civili — in quanto complici o istigatori dei militari — alla stessa disciplina con l'imputazione di alto tradimento (36)? Il secolare *crimen lesae maiestatis* poteva anche in questi casi essere perseguito con la più

(34) La sensazione dell'imperfezione dell'editto penale militare del 1822 doveva essere viva da tempo, se nel suo 'diario' Carlo Alberto il 6 gennaio 1832 annotava: « J'ai donné l'ordre à l'auditeur de guerre de préparer tous les materiaux pour retoucher notre Code Militaire, fort défectueux » (F. SALATA, *Carlo Alberto inedito*, Verona, Mondatori, 1931, pp. 126-127).

(35) Lettera del 2 maggio 1833 del gen. Galateri al ministro dell'Interno Tonduti de l'Escarène conservata in A.S.To., *Corte*, Segreteria di Stato per gli affari interni, Gabinetto particolare di polizia, busta 83, Alessandria 1833, cart. 1-2-3, n°1, edita nella parte essenziale in E. PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., p. 72.

(36) L'esame della problematica a livello ministeriale (con la presenza e l'assenso del Re) risulta dalla lettera del Villamarina al Galateri del 3 maggio 1833 edita da F. GASPAROLO, *Le carte alessandrine del Governatorato di Gabriele Galateri*, in « Rivista di storia, arte, archeologia per la provincia di Alessandria », XII, 1928, fasc. XLV-XLVI (gennaio-giugno), p. 85 (della numerazione specifica), doc. CCXXVIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spiccia disciplina chiarita nel 1822 per il tradimento di militari, o per i civili doveva invece essere ancora trattato secondo quella normale prevista dal diritto comune e sabaudo? Naturalmente, la *forma mentis* del gen. Galateri non poteva augurarsi che una risposta affermativa per un procedimento unitario e rapido, per dare un pronto e severo esempio, ma — da militare — chiedeva lumi giuridici (37).

Già il giorno successivo, 3 maggio, con una lettera « riservatissima » il ministro degli Interni Tonduti de l'Escarène rassicurava il gen. Galateri che Carlo Alberto era stato direttamente informato: « le Roi a décidé que le Fisc militaire ferait les informations » (38). Era quindi preannunciata la strada che sarebbe stata percorsa, completata poi delle motivazioni giuridiche opportune. A sua volta, il ministro della Guerra Pes di Villamarina scriveva anche lui lo stesso 3 maggio al Galateri una lettera « confidenziale segreta », in cui per il caso sollevato affermava: « Non credo assolutamente che occorra bisogno di una nuova Patente perché l'Uditorato di Guerra abbia la competenza d'istruttoria anche su borghesi, dacché trattasi qui di subborno di Militari, caso che deve essere previsto già in altra appropriata Sovrana provvidenza » (39). Il ministro, quindi, in via interpretativa, si sentiva abbastanza sicuro di poter unificare l'istruttoria sia per i militari che per i civili presso l'Uditorato di Guerra secondo la disciplina del 1822 (40).

4. Il re Carlo Alberto, sin dal 2 o 3 maggio aveva maturato la decisione di prendere un esplicito provvedimento, che superasse sia i dubbi sull'incriminazione dei civili sia le possibili critiche per un'estensione analogica a questi ultimi del procedimento previsto per i militari. Il 3 maggio già lo anticipava il ministro Tonduti de l'Escarène al Galateri, ed il successivo 4 maggio glielo comunicava

(37) È in pratica la conclusione della già citata (nota 35) lettera del Galateri al Tonduti de l'Escarène del 2 maggio.

(38) La lettera è edita in E. PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 73-75 (il passo citato è a p. 74).

(39) Il passo della lettera è riportato dalla citata edizione del Gasparolo (cfr. *supra*, nota 36).

(40) Ciò salvo rivendicare la competenza a tenere poi ancora a propria disposizione quei civili che — in seguito all'istruttoria militare — fossero stati assolti dal Consiglio di Guerra divisionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pure il ministro Villamarina, con altra lettera « confidenziale segreta » che precisava meglio il contenuto delle Regie patenti emanate il giorno seguente, 5 maggio (41). Queste sono rimaste però nell'ombra (42), dato che non sono apparse né nella consueta « raccolta degli atti del Governo di Sua Maestà il Re di Sardegna » della Stamperia Reale né nella « raccolta dei Regi editti » pubblicati in via quasi ufficiale dalla tipografia Davico e Picco (43). Le patenti hanno cercato di portare ad una soluzione omogenea delle indagini in corso: nel presupposto che le attività istruttorie fossero proseguite dagli Uditori di guerra anche riguardo ai civili, trattandosi di un'unica trama eversiva, hanno inoltre nominato una Commissione di tre giuristi per seguire e coordinare le indagini e per suggerire al Re i provvedimenti da adottare, in tal modo ispirandone — ma pure 'coprendone' — le decisioni successive.

Lo spirito di legalità presente nel 'nuovo corso' albertino voleva scostarsi dalla giustizia 'arbitraria' precedente, ma nello stesso tempo poteva paventare una diversità di valutazioni e di comportamento

(41) Per la lettera del 3 maggio, cfr. *supra*, nota 38. Quella del 4 maggio è edita da F. Gasparolo, *Le carte*, cit., pp. 87-89 (della numerazione specifica), doc. CCXXIX.

(42) Su queste Regie patenti c'è una certa nebulosità non solo per la ridotta pubblicità, ma anche per la modalità di formazione. Il testo afferma infatti che sono state emanate « avuto il parere del nostro Consiglio », che si deve presumere fosse il Consiglio di Stato (cfr. *supra*, nota 23). Non risulta però dai verbali di quest'organo che esso abbia trattato formalmente del problema (A.S.To., Verbali del Consiglio di Stato, 1° e 2° quadrimestre, riunioni del 13, 20, 23 e 26 aprile, e del 2 maggio). Analogo silenzio formale si deduce dai verbali del Consiglio di Conferenza (A.S.To., *Corte*, Materie giuridiche, Verbali del Consiglio di Conferenza, mazzo 4, riunioni del 18 e 25 aprile, e del 2 e 9 maggio). La frase della patente si rivela quindi 'di stile', dato che il Consiglio non risulta formalmente essere stato « sentito »: è un'ulteriore anomalia. Si può pensare alla fretta, ma può esserci pure qualche dubbio legato alla volontà di riservatezza…

(43) Ne offrono l'edizione A. Luzio, *Carlo Alberto e Giuseppe Mazzini*, Torino, Bocca, 1923, pp. 171-172 e F. Gasparolo, *Le carte*, cit., pp. 90-91 (della numerazione specifica), doc. CCXXXI. Una copia è in A.S.To., Controllo generale di Finanze, Delegazioni, 1833, reg. 10 fo. 36, cc. 36-37; altre copie in A.S.To., *Corte*, Materie giuridiche, Materie criminali, mazzo 15 da inventariare ed ivi, Alta polizia, Ministero Interni-Lettere confidenziali 1821-30, mazzo 394, copia autentica allegata alla lettera dell'8 maggio 1833 del ministro de l'Escarène al Governatore di Torino Revel (su cui cfr. pure L. Sinisi, *Giustizia e giurisprudenza nell'Italia preunitaria. Il Senato di Genova*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 86).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli organi inquirenti o giudicanti nelle varie sedi (44): poiché si era giunti « a scoprire macchinazioni e delitti non soggetti tutti alla giurisdizione dei Tribunali militari », il Re prendeva atto degli « atti d'inquisizione intrapresi dai rispettivi Uditori di Guerra » e confermava così in modo indiretto anche per il futuro — salva diversa decisione della Commissione — la competenza unitaria dell'attività istruttoria militare, favorendo perciò celerità, efficacia e incisività delle inchieste in corso (però con minori garanzie degli imputati…). Il Re nello stesso tempo precisava pure che « è mente nostra che prima di ultimarne il procedimento si esplorino le Sovrane nostre determinazioni », riservandosi di prendere posizione in seguito circa un'eventuale differenziazione degli organi giudicanti (45): per essere consigliato in proposito e per seguire unitariamente le vicende delle diverse città in cui si erano scoperti focolai mazziniani (al momento Genova, Alessandria e Chambéry) il Re nominava perciò la Commissione di tre giuristi, incaricata di procurarsi « tutti gli atti ai quali si procede riflettenti li sovra narrati delitti » per una « più pronta spedizione dei Processi » ed « una superiore direzione per l'istruzione e compimento de' medesimi » da parte degli organi che la Commissione riterrà competenti, ed inoltre perché questa « ci proponga quegli altri provvedimenti che crederà più utili, ed opportuni al bene dello Stato, e della nostra Corona » (46).

Il Re seguiva direttamente la situazione e copriva con la sua autorità legislativa eventuali dubbi dell'amministrazione: ambiva non scostarsi formalmente dai princìpi di legalità che si era imposto, riconoscendo pure che esistevano casi per cui non erano strettamente competenti gli organi militari, ma con le patenti del 5 maggio, « derogando come deroghiamo ad ogni legge in contrario » confermava il lavoro già svolto e da svolgere ancora in sede istruttoria,

(44) Da indicazioni di poco successive si deduce che non tutti erano soddisfatti dell'andamento delle indagini a Genova, ove con eccessiva precipitazione si erano con troppa facilità promesse « immunità » ai primi « propalatori » (PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 62-64). Per Genova, inoltre, esistevano perplessità riguardo alla severità « esemplare » di alcuni magistrati, che qualche voce maligna tacciava di debolezza o connivenza — anche parentale — con elementi delle « sette » eversive (SINISI, *Giustizia*, cit., pp. 87-88). Un punto di riferimento unitario poteva quindi rivelarsi opportuno.

(45) GASPAROLO, *Le carte*, cit., p. 90.

(46) Ivi, p. 91.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rinviando ogni decisione per la fase giudicante. In tal modo si trovava una soluzione di compromesso, che riconosceva l'esigenza di legalità, ma in ogni caso salvava quanto già effettuato dagli organi militari e cercava di sanare una 'falla' dell'ordinamento, tanto più deprecabile in quanto il Re intendeva mostrare energia e risolutezza di fronte ai tentativi mazziniani, per intima convinzione, per motivi di prestigio personale, per ragioni politiche d'ordine sia interno che internazionale. Si ritornava (…dopo il 1821…) alle trame ed alle agitazioni delle « sette » e Carlo Alberto 'non poteva' dimostrarsi debole, per la sua stessa credibilità. Desiderava non scostarsi dalla legalità, ma pure dalla fermezza: per non sentir accusati il suo governo e i suoi funzionari di aver esteso in semplice via analogica la normativa per i militari ai civili, provvide direttamente con apposite patenti predisposte con rapidità.

In pochi giorni, quindi, Re, Governo e funzionari avevano agito con tempestività. In meno di una settimana dalle prime notizie (29 aprile) su civili alessandrini sospetti, questi erano stati arrestati (Vochieri 1 maggio, Girardenghi 2 maggio); i ministri dell'Interno e della Guerra, sollecitati dai dubbi sulla competenza a procedere sollevati dai loro stessi subalterni, ne avevano subito interessato il Re, che aveva deciso per la competenza militare (3 maggio), su possibile proposta dello stesso ministro degli Interni, il quale il medesimo giorno ne aveva già inviato la comunicazione ad Alessandria, seguito il giorno dopo (4 maggio) dal ministro della Difesa; infine il 5 maggio erano state ufficialmente emanate le Regie patenti interpretative dell'editto del 1822, che consentivano di procedere d'ora in poi senza dubbi con l'istruzione militare anche nei confronti dei civili (47).

Per il momento si andava avanti così, ed infatti il fascicolo riguardante i cinque civili alessandrini arrestati era inviato il 7 maggio al locale Uditore di Guerra, Avenati, dall'autorità di polizia (48): sino ad ora era stata quindi quest'ultima ad avere formalmente in carico i civili arrestati. Adesso l'inquisizione militare poteva procedere. Le Regie patenti del 5 maggio avevano però preso

(47) PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 67-80; RODOLICO, *Carlo Alberto negli anni di regno 1831-1843*, cit., pp. 129-132.

(48) Il documento è edito in *Il processo ad Andrea Vochieri*, cit., pp. 53-54.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posizione solo circa la fase istruttoria, per non rallentare le indagini: il Re aveva incaricato la Commissione con esse nominata di approfondire le questioni restanti. Fra queste c'era senza dubbio quella dell'organo giudicante, che si poteva ipotizzare anche diverso dal Consiglio di guerra divisionario competente per i militari.

5. La Commissione nominata il 5 maggio era composta di tre giuristi impegnati in organi diversi (49), uno dei quali esperto di trame cospirative, un altro in fama di non eccessiva severità (50): seguì — come indicato dalle patenti — tutti gli sviluppi del caso (51) e si documentò sui pareri da esporre al Re, mentre l'attività istruttoria locale procedeva, via via lasciando emergere che alle prime limitate notizie sulla cospirazione altre se ne erano aggiunte, e che la trama di quest'ultima aveva una dimensione maggiore, che col passar del tempo — e con ulteriori successive « propalazioni » — si rivelò ancor più estesa e ramificata (52), per

(49) Si trattava del consigliere di stato Benedetto Andreis di Cimella (o Cimiez), dell'uditore generale di guerra Giuseppe Mercurino Arborio di Gattinara e dell'avvocato fiscale generale presso il Senato di Piemonte Giuseppe Gromo.

(50) Il conte Andreis di Cimella aveva fatto parte della Commissione del 1831 per i « Cavalieri della libertà » ed era considerato un esperto — severo — delle trame eversive dallo stesso Carlo Alberto (che nel 'diario' del 1831 e 1832 lo ricorda per ciò: SALATA, *Carlo Alberto*, cit., pp. 236 e 293). Il Gromo, già membro della Commissione per i moti del 1821, dallo stesso Brofferio era giudicato corretto ed equanime(A. BROFFERIO, *Storia del Piemonte dal 1814 ai giorni nostri*, Torino, Magnaghi, 1849, III, p. 40). L'Arborio di Gattinara aveva invece fama di particolare severità antisettaria, e proprio nella Commissione del 1833 si segnalò in tal senso. Tali sono le valutazioni che restarono nell'ambiente della magistratura subalpina e che riporta — con ulteriori particolari — C. DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, Torino, Roux e Favale, 1881, II, pp. 450 (sull'Andreis di Cimella), 509 (sull'Arborio di Gattinara), 466 (sul Gromo). Mentre la partecipazione a questa Commissione del 1833 qualificò pesantemente la figura e l'opera dell'Andreis e del Gattinara, la fama del Gromo non ne fu intaccata, tanto da essere richiamato poi in servizio per presiedere una sezione della Cassazione e da essere nominato senatore in epoca statutaria.

(51) Da quanto conservato in A.S.To. risulta che la Commissione riceveva copia di tutta la documentazione sulla cospirazione, raccolta e scambiata fra i diversi uffici, e quindi ha seguito le vicende in proposito in ogni dettaglio.

(52) Un quadro generale si può desumere dal libro del Passamonti, a commento delle « propalazioni » del Pianavia, del Girardenghi e del Re, con i testi in appendice (PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 150-374, con l'appendice di pp. 385-435).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quanto nel complesso piuttosto superficiale e in definitiva probabilmente poco incisiva (53).

Col passar del tempo, però, la fase istruttoria si avviava alla conclusione, almeno nei confronti di alcuni civili inquisiti, mentre per altri — scoperti solo in seguito — si veniva aprendo: era necessario pensare perciò pure alla fase del giudizio per le istruttorie ormai completate, per proseguire con celerità (54). In maggio la Commissione centrale nominata con le patenti del 5 di tale mese aveva avuto modo di approfondire la questione dell'organo competente a giudicare i civili, fornendone i ragguagli al Governo: il giorno 1 giugno 1833 fu emanato uno specifico Regio biglietto, anch'esso ignorato dalle solite raccolte legislative dell'epoca (55), « a maggior spiegazione del disposto degli articoli 3 e 144 del Regio Editto nostro Penale militare del 27 agosto 1822 », espressione quindi di interpretazione autentica del legislatore e pertanto retroattiva. Esso è stato dissepolto dall'oblio nel 1928 dal Gasparolo (56) e sembra di un certo rilievo dal punto di vista storico-giuridico (57). Trattandosi di interpretazione — o, meglio, « spiegazione » — di norma esistente, nonché di Regio biglietto (58), non si sentì la necessità di

(53) La ramificazione della congiura fra i civili era senza dubbio estesa, mentre si può dubitare della sua probabile futura efficacia e pericolosità, se si pensa che scarse nel complesso erano le adesioni fra i militari (inoltre di rango non elevato) e che le armi non erano certo numerose, al punto che fra quelle 'segrete' c'era una pistola che sparava spilli, per quanto avvelenati… (PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 187 e 282).

(54) Diverse indicazioni, speso indirette, lasciano trasparire l'aspirazione del Re, che seguiva direttamente ogni passo della vicenda eversiva, di giungere con rapidità ad un certo numero di sentenze 'esemplari', per dimostrare capacità ed efficacia agli occhi dell'opinione pubblica interna ed internazionale. Tale obiettivo spiega quindi in parte anche la rapidità e la severità dimostrate sin verso la fine di giugno, ed una certa minor vigoria successiva.

(55) Ignorato sia dalla 'raccolta' della Stamperia Reale sia da quella di Davico e Picco, non si può dire che il Regio biglietto abbia avuto molta pubblicità…

(56) GASPAROLO, *Le carte*, cit., p. 92 doc. CCXXXIV.

(57) PENE VIDARI, *Introduzione*, cit., pp. 12-13 (non numerate), seguito poi da SINISI, *Giustizia*, cit., pp. 86-87.

(58) In effetti, con il Regio biglietto non si sarebbe potuto intervenire su una norma giuridica, per cui di per sé sarebbero stati necessari un editto o una patente (in base alla disciplina del 1741), ma in epoca albertina (prima del codice del 1837) esisteva la possibilità che con Regio biglietto si interpretasse una legge esistente (*Manuale forense*, I, Novara, Artaria, 1838, p. 13). La situazione era però tendenziale, e non rigida, come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avere il parere del Consiglio di Stato, chiamato dal 1831 ad esprimersi su ogni nuova proposta legislativa.

Il Regio biglietto è piuttosto breve e non offre motivazioni particolari: precisa solo che il Re ha « ravvisato opportuno di manifestare essere stata Nostra mente » (quindi con valore retroattivo, nella continuità del potere regio) che il « delitto di subornazione (…) nel citato articolo 3 comprendesse qualunque pratica o maneggio adoperato verso i militari per farli deviare dai loro doveri di disciplina militare, eccitarli all'insubordinazione, o rivolta, od a sconvolgere il nostro Governo. E che il delitto contemplato nell'art. 144 dovesse ravvisarsi militare, e come tale di cognizione dei Consigli di Guerra Divisionarj, anche in ordine agli autori, e complici, ancorché estranei alla milizia ».

In tal modo anche i civili dovevano essere giudicati e valutati secondo la disciplina prevista dall'editto del 1822 per i soli militari: in quanto istigatori dei militari (art. 3) all'alto tradimento (art. 144), erano trattati alla loro stessa stregua, pur non essendo soggetti alla specifica disciplina militare fissata da tale editto (proemio e art. 1), il caso rientrando comunque fra i delitti militari (art. 2), in base all'affermazione del Regio biglietto albertino.

La soluzione enunciata dal Regio biglietto è senza dubbio la più semplice ed anche la più lineare, ma non era certo ovvia, anzi. Il 1° comma dell'art. 3 dell'editto penale militare prevedeva infatti per i civili complici di militari un giudizio apposito affidato a « Consigli misti » di giudici civili e militari, su cui l'editto si soffermava negli articoli 62-74: nel nostro caso, quindi, il procedimento contro i civili avrebbe dovuto seguire quanto stabilivano questi ultimi articoli e svolgersi in modo 'misto'. Il secondo comma del già citato art. 3 dell'editto faceva però un'eccezione al sistema 'misto': riconduceva comunque sotto il più rigido stretto sistema 'militare' i casi di « subornazione, istigazione o complicità, in fatto di diserzione, d'ammutinamento e d'insubordinazione ». Vi rientravano quelli della cospirazione per cui si indagava? Il Regio biglietto vi dava una

---

fanno notare con approfondimenti I. SOFFIETTI - C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati sabaudi: le fonti (secoli XV-XIX)*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 79-80. L'editto o la patente, d'altronde, lasciavano l'impressione di passare meno inosservati di un biglietto, emanato a precisazione dell'esistente, senza prospettiva di alcuna indicazione innovativa…

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

risposta positiva: i civili che erano complici — o peggio, istigatori — erano trattati come i militari quanto al disposto dell'art. 144 dell'editto, cioè all'alto tradimento, considerato in ogni caso « delitto militare ». Tale è stata l'interpretazione 'autentica' del Re, tale è stata la linea seguita dagli uffici dopo di essa (59).

In effetti, però, l'interpretazione 'autentica' esposta nel Regio biglietto non pare così lineare come a tutta prima sembrerebbe. Infatti, se l'art. 3, 2° comma dell'editto del 1822 considera delitti comunque « militari » quelli di istigatori e complici « d' ammutinamento e d'insubordinazione », non vi menziona invece l'alto tradimento quale è previsto nell'art. 144. In materia penale un'estensione analogica, per di più peggiorativa per l'imputato, è come minimo inopportuna, se non illecita. Ammutinamento e insubordinazione sia sul piano concettuale che nella realtà sono a loro volta diversi dalla fattispecie dell'art. 144 (« ogni cospirazione di *militari* tendente a far insorgere l'armata ») qualificata come « alto tradimento ». Lo stesso editto feliciano tratta di questi casi in modo separato: prima l'alto tradimento (artt. 144-145), poi l'ammutinamento e l'insubordinazione (artt. 147-166). È alquanto difficile quindi sostenere che il legislatore del 1822 ha 'dimenticato' nel 2° comma dell'art. 3 l'alto tradimento (che invece risulta poi differenziato da ammutinamento e insubordinazione nella seconda parte dell'editto) e che citando ammutinamento e insubordinazione intendeva comprendervi il tradimento. A 'buon senso' si potrebbe fors'anche includervelo, ma il 'buon senso' non basta a colmare una lacuna in materia penale. E qui l'eccezione introdotta dal 2° comma dell'art. 3 dell'editto alla previsione del 'Consiglio misto' non comprende espressamente l'alto tradimento: nel caso di quest'ultimo delitto, quindi, un civile non avrebbe potuto essere giudicato dal Consiglio di guerra divisionale con procedimento 'militare', quanto piuttosto dal 'Consiglio misto' e secondo il procedimento 'misto'.

Il Regio biglietto ha operato l'estensione, ma la sua interpretazione 'autentica' sembra essere andata oltre la disciplina dell'editto feliciano. Tale è stata la 'mente' del Re, su probabile consiglio

(59) Il Brofferio (cfr. *infra*, nota 66) si meraviglia di ciò, ma pare comprensibile che l'amministrazione regia, dal Galateri in giù, si sia adeguata acriticamente: era legge… non si « interpretava » più, si eseguiva.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'apposita Commissione, ma tale 'mente' non si fonda sul solo testo dell'editto feliciano, ma ne estende la portata, con efficacia retroattiva agli inquisiti già esistenti della cospirazione. Non si tratta solo di un problema processuale, bensì della qualificazione di un delitto come 'militare' anche se attribuito ad un civile, e quindi la questione è anche di natura penale. Nel 1821, nel sistema 'arbitrario' dell'epoca, la Commissione giudicante (detta « Delegazione ») era stata istituita *ex post*; per prevenire ciò, l'editto del 1822 aveva cercato — pur con imperfezioni — di fissare (*ex ante*) sia i reati sia le competenze degli organi inquirenti e giudicanti; nel 1833 il Re, con due suoi espressi interventi, in un clima aspirante alla 'legalità', sembra forzare la mano, *ex post*, verso una situazione ed una soluzione non favorevoli ai civili imputati. Non si può non rilevare che la scelta operata può essere stata ispirata dalle gravi preoccupazioni politiche del momento, dal re Carlo Alberto considerato particolarmente delicato, ma ancora una volta non si può non constatare che in momenti di difficoltà politica i buoni propositi di governo purtroppo finiscono con l'essere dimenticati, e pure che in fin dei conti il *crimen lesae maiestatis* — secondo la prospettiva di fondo del libro di Mario Sbriccoli — ha pur sempre un suo specifico risvolto politico, anche quando si richiami la pura applicazione della legge. È stata la scelta 'politica' della 'mente' del Re quale traspare dal Regio biglietto ad affossare le eventuali residue speranze dei civili implicati nella cospirazione mazziniana di non cadere sotto la giustizia militare: da tale scelta fu dettata l'azione dei subalterni, per sfuggire ad essa non mancarono poi le « propalazioni ».

La semplificazione derivante dal procedimento militare e la composizione puramente militare dell'organo giudicante, indicati dal Regio biglietto per i cospiratori civili, potevano indurre a presumere maggiore rapidità e durezza, per attestare agli occhi del mondo vigore e rigore 'esemplare' nel comportamento tenuto dal Re e dal suo governo per contrastare le iniziative delle 'sette' rivoluzionarie. È lo stesso Carlo Alberto a volerne far risaltare il significato in un suo scritto autobiografico (60): « Les moments étaient fort sca-

(60) Si tratta del manoscritto « Comment je me tirai de quelques pas difficiles », conservato nella Biblioteca Reale di Torino, redatto verso il 1842, su cui F. SALATA, *Carlo Alberto*, cit., pp. 377-379, che lo riporta alle pp. 407-429: il cap. XIX riguarda « la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

breux, la peur était dans le coeur de plusieurs; l'inquiétude dans ceux de grand nombre; on ne pouvait connaître tous les complices, diverses personnes redoutaient de se compromettre, les compétences étaient mixtes. On redoutait quelques magistrats pour l'instruction et la décision des causes. Je pris le parti de signer un billet royal qui attribua à la justice militaire et aux Conseils de guerre tous les procès intentés pour rébellion. Ces tribunaux militaires ressortaient du Comte de Cimella, que je chargeai de l'instruction de cette conspiration, ayant déjà presidé celle de l'année 1831 des Chevaliers de la liberté » (61).

Il Regio biglietto troncò dubbi ed indugi, a favore della soluzione più rigida, naturalmente a danno degli imputati civili. Non tutti ne condivisero la sostanza (62). Non risulta però dagli atti processuali che una persona così direttamente interessata — e colpita — come il causidico Vochieri si sia pronunciata in proposito (63). Invece alcuni successivi inquisiti contestarono il procedimento e la stessa competenza del Consiglio di guerra divisionario a giudicarli e posero quindi senza remore il problema della legittimità della dichiarazione regia (64): vi fecero riferimento, in specie, alcuni inquisiti genovesi, con l'appoggio di parenti ed avvocati locali (65). Il

---

seconde conspiration » (pp. 416-420) e si riferisce a quella mazziniana del 1833, con riferimento ai nostri casi a pp. 418-419.

(61) SALATA, *Carlo Alberto*, cit., p. 418.

(62) Sembra, addirittura, che se ne sia lamentato, per la riduzione di competenza che la « spiegazione » del Regio biglietto comportava per il Senato di Piemonte, il suo primo presidente Luigi Montiglio (RODOLICO, *Carlo Alberto negli anni di regno 1831-1843*, cit., pp. 133-134). Poco più di sei mesi dopo, toccherà al Senato di Savoia far sentire, con un certo successo, la sua voce nello stesso senso (cfr. *infra*, note 68-69). La « spiegazione », quindi, per gli stessi supremi ambienti forensi del tempo non era così pacifica… in proposito cfr. pure SINISI, *Giustizia*, cit., pp. 88-91.

(63) PENE VIDARI, *Introduzione* a *Il processo ad Andrea Vochieri*, cit., pp. 25-29, 32 (non numerate). Il Vochieri fu, come noto, il primo civile ad essere colpito — e danneggiato — dal Regio biglietto: non risulta che l'abbia contestato, neppure quando prima del giudizio finale gli fu chiesto, a norma di legge, se avesse qualcosa da dire ancora. Si ha, peraltro, la sensazione che l'imputato si fosse chiuso ormai in un personale comportamento negativo verso le istituzioni.

(64) PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 340-341; LUZIO, *Carlo Alberto*, cit., pp. 147, 152-153, 202-203; RODOLICO, *Carlo Alberto negli anni di regno 1831-1843*, cit., pp. 131-134 (con attribuzione però ad altra data del Regio biglietto 1 giugno).

(65) Significativa in proposito è una « memoria », presentata con una supplica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rilievo, non privo di fondamento, restò nella tradizione 'democratica' ed è stato ripreso con la solita virulenza tribunizia dal Brofferio nell'effervescente atmosfera del 1848-49: « violando la legge comune e torcendo a sinistra interpretazione un articolo del Codice Penale militare cominciò la Commissione a stabilire che tutti gli accusati, anche i non militari, fossero sottratti ai Tribunali ordinarii, e sottoposti a Consigli di guerra. Un ufficiale che siedeva giudice nel Consiglio d'inchiesta interrogava un Giureconsulto sopra alcuni generali principi di diritto criminale. Rispondeva il Giureconsulto che a norma di tutte le leggi e di tutti i codici del mondo il Consiglio d'inchiesta non poteva a meno di dichiararsi incompetente a giudicare i non militari. Quanto a questo, rispondeva candidamente l'ufficiale, noi abbiamo ordine preciso dal Generale di dichiararci competenti. E l'ordine del Generale divenne sentenza di magistrato » (66).

Pur prendendo le distanze dalla prosa polemica del Brofferio, pubblicata 'prudentemente' solo nel più permissivo periodo poststatutario di quindici anni dopo (67), non si può non constatare l'incongruenza dell'interpretazione autentica del giugno 1833 con le vicende savoiarde dell'anno successivo, a non molto più di sei mesi di distanza. In seguito al completo fallimento dell'invasione di bande armate mazziniane dell'1-2 febbraio 1834, due stranieri ivi arrestati

---

rivolta « ai piedi » della « Sacra Real Maestà » dai familiari di quattro inquisiti genovesi, predisposta dall'avvocato genovese Domenico Solari e sottoscritta da altri quattro colleghi, data come parere « pro veritate » sull'illegittimità del Regio biglietto 1 giugno 1833: si tratta di un ms. di 24 cc. dal titolo *Quesiti legali di cui si propone lo scioglimento in senso di verità*, conservato in A.S.To., *Corte*, Materie giuridiche, Materie criminali, mazzo 15 da inventariare. Sulla vicenda, cfr. SINISI, *Giustizia*, cit., pp. 88-91.

(66) BROFFERIO, *Storia*, cit., p. 40. In effetti, dopo il Regio biglietto del 1 giugno era difficile pensare ad una « interpretazione » diversa, specie per militari…

(67) Sono note, d'altronde, le perplessità sul « doppiogiochismo » di un personaggio come il Brofferio, su cui alcuni anni fa si sono ancora soffermati, contemporaneamente, sia il Bottasso che il Ratti: E. BOTTASSO, *Il doppio gioco di Angelo Brofferio*, in « Studi piemontesi », VII-2, nov. 1978, pp. 297-305 e G. RATTI, *Angelo Brofferio e i Cavalieri della Libertà tra delazioni, ricatti e polemiche giornalistiche*, ivi, pp. 306-316. Forse nel 1849 Angelo Brofferio poteva sentirsi più libero di criticare l'operato del Governo di un re ormai caduto, ma si può pure notare che non attaccava Carlo Alberto (che forse ne conservava ammissioni compromettenti sul 1831) ma la Commissione regia, a cui attribuiva ogni colpa…

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— il lombardo Volonteri ed il francese Borrel — furono subito incriminati davanti agli Uditori di guerra in base a quanto prevedeva il codice penale militare, in naturale connessione con la disciplina del Regio biglietto dell'1 giugno 1833. Si era trattato di reato di lesa maestà, ma senza coinvolgimento di militari sabaudi: di per sé la competenza sarebbe stata del Senato di Savoia. Tale Corte suprema difese le sue prerogative ed inviò perciò una vibrata protesta a Torino. Mentre nella capitale si valutava la linea da seguire, a Chambéry il procedimento militare contro i due civili inquisiti andava avanti: il Consiglio di guerra li condannò — rapidamente — a morte il 15 febbraio, sentenza eseguita due giorni dopo (68). Dopo l'esecuzione, la risposta torinese accolse le rimostranze del Senato, la cui competenza fu riconosciuta per gli altri 12 incriminati — tutti contumaci — nei confronti dei quali il Senato pronunciò il 22 marzo la condanna a morte per delitto di lesa maestà (69). A meno di un anno dall'emanazione del Regio biglietto, la sua interpretazione 'autentica' nel 1834 fu piegata in più direzioni riguardo ai fatti dell'invasione mazziniana in Savoia. Non era quindi la sola, e tanto più la rigidità del giugno 1833 strideva con la flessibilità del 1834. Le grandi preoccupazioni per le trame eversive, che ancora nel 1842 Carlo Alberto attribuiva nel suo ricordo al periodo maggio-luglio 1833 (70), erano però ormai rientrate: ci si poteva permettere un'oscillazione interpretativa, che la grave situazione di sei mesi prima non consentiva, naturalmente però a scapito della coerenza.

Il Luzio ed il Passamonti non prendono in considerazione il Regio biglietto 1 giugno 1833 e le sue conseguenze, pur registrando incidentalmente le lamentele o le opposizioni di alcuni civili inquisiti

(68) E. Burnier, *Histoire du Sénat de Savoie*, Paris, Durand, 1865, II, pp. 418-419 e da ultimo diffusamente G. Ratti, *La Savoia e la Giovine Italia. Note e documenti sulla spedizione del 1834*, in AA. VV., *Mazzini e i repubblicani*, cit., pp. 77-78, 90-94. L'ultima lettera del Volonteri è edita da Luzio, *Carlo Alberto*, cit., p. 206. Col senno di poi (e la risposta torinese alle rimostranze del Senato di Savoia) si sarebbe dovuto tacciare d'incompetenza il Consiglio di guerra, ma ormai la condanna a morte era stata eseguita ed era irreversibile…

(69) Burnier, *Histoire*, cit., II, pp. 419-420, con la riproduzione della sentenza di condanna (in contumacia) alle pp. 550-553 (doc. 21).

(70) Salata, *Carlo Alberto*, cit., pp. 418-420.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per l'incompetenza dell'organo giudicante (71). In specie, colpisce il parere di cinque avvocati genovesi inviato al Re con una supplica dai familiari di quattro incriminati: oltre ad argomenti solo relativamente incisivi (72), toccava nel complesso nel segno l'osservazione che con il Regio biglietto non si procedeva in effetti solo a « spiegazione » dell'editto feliciano, ma si introducevano retroattivamente innovazioni, che in materia penale erano illegittime (73). Il problema della 'legalità' era un tasto delicato, date le aspirazioni del Governo albertino a farne il proprio punto di riferimento rispetto all' 'arbitrarietà' precedente. Il guardasigilli Barbaroux, di fronte a tale parere, richiese una motivata risposta alla Commissione istituita con la patente del 5 maggio, la quale sul piano del diritto e su quello dell'opportunità politica difese la legittimità del Regio biglietto e la successiva attività (74). Il Re ne fu informato, la supplica non fu accolta e sul piano formale si procedette oltre, pur con qualche accomodamento di fatto (75). Era, d'altronde, direttamente lo stesso Carlo Alberto che intendeva tenere uniti i giudizi sui militari con

(71) LUZIO, *Carlo Alberto*, cit., pp. 134, 147, 152-153; PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 340-341. Ne parla invece RODOLICO, *Carlo Alberto negli anni di regno 1831-1843*, cit., pp. 131-135, considerandolo del tutto legittimo, pur se attribuendolo ad altra data.

(72) Ad esempio, la vigenza dell'editto del 1822 per i soli militari; la competenza della sola magistratura, e non del legislatore, ad interpretare una norma; il divieto d'interpretazione in campo penale in sfavore del reo; il diritto alla difesa tecnica.

(73) *Quesiti legali* …cit. (cfr. *supra*, nota 65), c. 20: « l'interpretazione sovrana è legge e la legge non si applica mai ai fatti passati perché la legge non ha effetto retroattivo ».

(74) Il fascicolo riguardante la questione — come si è detto (cfr. *supra*, nota 65) — è in A.S.To., *Corte, Materie giuridiche, Materie criminali, mazzo 15 da inventariare*. Su esso cfr. pure SINISI, *Giustizia*, cit., pp. 88-90. La Commissione, già a suo tempo ispiratrice del testo del Regio biglietto 1 giugno 1833, insisteva sulla correttezza della sua « spiegazione » (che a suo giudizio non era certo integrazione) dell'editto feliciano e quindi della retroattività. Le perplessità degli avvocati genovesi non potevano certo far cambiare tesi alla Commissione, forte dell'autorità legislativa di un re ancora 'sovrano'. Sul piano dell'opportunità politica, poi, la Commissione faceva presente che la linea non poteva certo essere cambiata dopo le condanne a morte già eseguite (di Vochieri e Gavotti).

(75) In effetti, pur essendo la difesa degli imputati sul piano formale attribuita dall'art. 27 dell'editto feliciano solo a militari, si percepisce dalla stessa documentazione ancor oggi esistente che in concreto si consentì ad avvocati genovesi di collaborare alla difesa di alcuni inquisiti, contro quanto in un primo tempo avvenuto per Vochieri (SINISI, *Giustizia*, cit., pp. 90-91).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quelli sui civili, dimostrandosi quasi stizzito che da Genova — e da suoi stessi subalterni — giungessero richieste di scindere i procedimenti. In risposta a tali richieste, il ministro Tonduti de l'Escarène comunicava seccamente per conto del sovrano: « Le Roi n'entend point que les seuls militaires soient mis en jugement, qu'en les séparant de ceux-ci les bourgeois changent de jurisdiction. S.M. n'entend point qu'il y ait pour les militaires et pour les bourgeois deux poids et deux mesures. Sa résolution est que la procédure soit poussée jusqu' à la sentence » (76).

La posizione ufficiale di Commissione e Governo non poteva quindi mutare. Continua però a lasciare — come minimo — perplessi che, ammesso dalle stesse Regie patenti del 5 maggio che il giudizio sui civili non rientrasse nella completa giurisdizione militare, meno di un mese dopo un ulteriore Regio biglietto sostenesse in via di interpretazione autentica (quindi retroattiva) la piena competenza della giustizia militare — e non 'mista' — a giudicare i civili, in quanto istigatori e complici dei militari (tenuti peraltro questi ultimi in più al giurato rispetto della loro specifica disciplina) (77). L'esplicita esistenza di una normativa piuttosto chiara come quella del 1822 non aveva consentito di muoversi — come nel 1821 — senza un espresso intervento regio: Carlo Alberto si è dimostrato convinto della posizione assunta, ma ha dovuto esporsi direttamente, naturalmente scontentando in modo palese liberali e 'democratici', non solo i mazziniani. Può aver rivelato polso fermo sul piano politico, ma su quello della 'legalità' può aver forzato un po' troppo la mano. La sua aspirazione di discontinuità rispetto all'arbitrarietà del passato, messa alle strette dalla preoccupazione politica, ha mostrato un palese limite (78).

6. Fatta questa scelta da parte del Re, la sorte dei civili è

(76) Lettera del 10 luglio 1833, edita da LUZIO, *Carlo Alberto*, cit., p. 180.

(77) La stessa ammissione del manoscritto carloalbertino (cfr. *supra*, nota 60) che « les compétences étaient mixtes » lascia trasparire l'opinabilità della soluzione, di cui peraltro il Re si assunse la responsabilità nel superiore fine della salvezza e tranquillità del Paese, come fa lui stesso notare alle pp. 419-420.

(78) Sottolinea, sinteticamente ma efficacemente, il mutamento di prospettiva di Carlo Alberto, dal governo 'arbitrario' dei predecessori a quello sempre assoluto ma di legalità ed amministrativo-consultivo, NADA, *Il Piemonte sabaudo*, cit., p. 181.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stata notevolmente compromessa, se già non segnata. Sul piano formale — preso atto dell'interpretazione regia — gli atti processuali non lasciano trasparire formali violazioni della 'legalità', come fanno notare sia il Luzio che il Passamonti (79). Senza dubbio però le possibilità di difesa dei civili furono ridotte in modo considerevole. Alla supplica del fratello del Vochieri, che si consentisse all'imputato almeno la difesa di un avvocato, non si diede seguito (80). A circa un mese di distanza, in un 'clima' ormai meno teso e preoccupato, ad alcuni imputati genovesi si consentì poi di aggiungere alla sola difesa militare prevista dall'editto feliciano una qualche altra « esposizione scritta » predisposta da avvocati (81), cercando con ciò di ridurre di fatto lo scontento per il rigetto della supplica indirizzata ad ottenere un organo giudicante non strettamente militare (82).

Alcuni inquisiti con le loro leggerezze ed imprudenze favorirono l'acquisizione di prove a loro danno (83), ma non si può non constatare che nella cittadella di Alessandria parecchi inquisiti — certo non Andrea Vochieri — finirono col fare « propalazioni »

(79) LUZIO, *Carlo Alberto*, cit., pp. 145-147; PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 95, 305 e 377-378.

(80) PENE VIDARI, *Introduzione*, cit., p. 24, con il testo in *Il processo ad Andrea Vochieri*, cit., pp. 89-90 doc. XIII. Nel processo davanti al Consiglio di guerra divisionario la difesa era assunta da un militare e nessun avvocato era previsto (art. 27 editto 1822): in margine alla supplica si annotò « nihil ». Il fratello del Vochieri, anch'egli avvocato, non contestò invece la legittimità del Regio biglietto 1 giugno, tacendo in proposito.

(81) Già lo segnalava, con una certa enfasi ottimistica, LUZIO, *Carlo Alberto*, cit., pp. 146-148. Nel già citato mazzo dell'Archivio di Stato di Torino (cfr. *supra* nota 65) è pure conservata (in copia) parte di un intervento scritto del giovane avv. Cesare Cabella, in seguito assurto a notorietà. In proposito, SINISI, *Giustizia*, cit., pp. 90-91.

(82) Cfr. *supra*, note 65 e 72-75. Se la supplica non fu accolta, i quattro imputati per cui era stata inoltrata — col relativo parere giuridico — riuscirono però ad evitare la pena capitale…(SINISI, *Giustizia*, cit., p. 91): empirismo equilibrativo, 'prudenza' di opportunità politica, efficacia d'intervento forense, oppure puro e semplice buon giudicato rispetto ai fatti addebitati?

(83) Si può prendere ad esempio lo stesso Andrea Vochieri, che riuscì con le sue confidenze ad un custode e con gli scritti redatti in carcere (…naturalmente subito sequestrati…) a fornire per autolesionismo prove molto forti contro se stesso, dato che le ispezioni a casa non avevano trovato molto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consistenti (84). Alcuni richiesero — ed ottennero — una riduzione o mutazione di pena, altri 'parlarono' senza specifici vantaggi: la tradizione liberale e 'democratica' imputò al gen. Galateri intimidazioni e violenze, che naturalmente non avevano riscontri documentali, ma che sembravano come minimo probabili (85). Un'attuale valutazione equilibrata non può non portare con sé qualche — o più consistente — maligno dubbio sul rispetto della stessa non eccelsa legalità dell'epoca nei lunghi giorni della detenzione in cittadella…

Le « propalazioni » alessandrine di personaggi addentro nell'organizzazione della 'Giovine Italia' effettuate dietro la promessa di 'sconti' di pena, come quelle del Vivaldi Pianavia, dell'avv. Girardenghi o di Giovanni Re (86), salvarono loro la vita, ma consentirono all'autorità costituita di debellare la rete mazziniana tessuta per anni (87): agli occhi dei liberali apparvero tradimenti dei confratelli e degli ideali e fecero per contrasto brillare la figura integra e leale di Andrea Vochieri. Si contestò spesso la frequenza delle promesse d'impunità, avviate dagli stessi funzionari per favorire « propalazioni » di inquisiti ormai prostrati sul piano personale, fisico o psicologico (88). Ci si chiese se alla 'legalità' dello Stato fosse consentito promettere sconti di pena (…commisurati all'entità ed all'incidenza delle rivelazioni…) rispetto alle sanzioni indicate dalle stesse leggi, secondo metodi da Stato di polizia e non da Stato di diritto. Mi pare però che si possa notare che all'epoca l'editto penale

(84) Il 'clima' entro la cittadella non doveva essere certo rasserenante, data questa tendenza: è difficile non dubitare di pressioni di vario genere (solo psicologiche?).

(85) Fa una certa impressione la presa di posizione dura ed energica contro il Galateri di un autore moderato come Carlo Dionisotti, sensibile però — alcuni decenni dopo — ai ricordi rimasti nell'ambiente forense: DIONISOTTI, *Storia*, cit., II, p. 59 nota 1.

(86) Il testo in PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 385-434.

(87) È la stessa valutazione generale di Carlo Alberto, nel suo specifico manoscritto (cfr. *supra*, nota 60): SALATA, *Carlo Alberto*, cit., pp. 419-420.

(88) Si fece notare che la promessa d'impunità, già discutibile ma fors'anche accettabile da una fin troppo realistica 'ragion di Stato' volta a scoprire le 'trame cospiratrici', non doveva comunque giungere a far sì che le « propalazioni » fossero usate dai giudici — in assenza di altre prove — per condannare gli inquisiti. Significativo in proposito il passo della difesa dell'imputato ligure Orsini, preparata — sembra — materialmente dal poi ben noto avvocato genovese Cabella, conservato in copia in A.S.To., *Corte*, Materie giuridiche, Materie criminali, mazzo 15 da inventariare, edito nella parte essenziale da LUZIO, *Carlo Alberto*, cit., pp. 204-205.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

militare del 1822 prevedeva qualcosa di analogo per la diserzione (art. 131) (89) e che verso la 'legalità' Carlo Alberto si stava avviando, ma ancora non vi era giunto; che lo stesso Re, d'altronde, sembra aver almeno forzato la legalità con i suoi due interventi interpretativi e che è stato sempre a lui — o almeno ai suoi ministri — che i funzionari locali hanno espressamente fatto capo per promettere riduzioni di pena ai « propalatori » (90); che ancor oggi uno Stato, come il nostro, attento alla 'legalità' non si astiene (con previsione legislativa) dall'utilizzazione di « pentiti » di reati, destinatari di modificazioni di pena o altri vantaggi. Il giudizio può essere negativo sul piano morale, e pure sull'opportunità, ma purtroppo non può ignorare l'aspirazione istituzionale alla lotta all'eversione, che a seconda dei tempi può presentarsi in modi diversi.

Nel 1833 i procedimenti penali, partiti da scarsi indizi ma sostenuti poi dalle « propalazioni » (91) e da indicazioni di un'ampia ramificazione cospirativa (nel complesso però ridotta quanto a pericolosità per le istituzioni), si conclusero — all'inizio — con pene pesanti, spesso 'esemplari', da parte dei giudici militari (92); si cercò,

(89) L'esenzione dalla pena, prevista in via di per sé eccezionale per alcuni casi di diserzione, sembra essere stata sistematicamente usata durante le inchieste per la cospirazione, a partire da quelle genovesi iniziali, riguardo alle quali peraltro le promesse per le « propalazioni » sembrarono all'autorità centrale essere state troppo 'generose' (E. PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 63-64, 101-102).

(90) Ivi, ad es. pp. 101-102, 269-270 e 302-304, 341-342.

(91) In effetti, le notizie sulla cospirazione a fine maggio 1833 erano alquanto labili (PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 98-101): se per il ministro degli Interni « l'essentiel n'est pas de punir, mais de découvrir » (lettera del 24 aprile 1833: ivi, p. 58), in un mese non si era fatta molta strada ed i sospettati potevano esser corsi ai ripari. Furono proprio le « propalazioni » che diedero prima impulso alle ulteriori inchieste e poi ampie notizie sulla cospirazione: le tre più importanti avvennero quando si era ripartiti (e sono edite dal Passamonti in appendice), ma ad esse non si sarebbe nemmeno giunti se non ci fossero state quelle più modeste — ma decisive per i primi riscontri — dei furieri Viora, Ferraris e Menardi, che accusarono il Vochieri, convinto che col suo silenzio poteva ancora salvare le notizie principali della trama, divulgate a partire dalle rivelazioni del Pianavia.

(92) Le pene 'esemplari' (con 14 fucilazioni) si ebbero soprattutto all'inizio. A leggere i ricordi carloalbertini, sembra quasi che in seguito non se ne sia più sentita la necessità (SALATA, *Carlo Alberto*, cit., p. 419): ma viene allora da chiedersi se le condanne fossero guidate dall'alto per scelta politica e non conseguenti dal giudizio pronunciato dagli appositi organi giudicanti sui comportamenti tenuti dai singoli imputati.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inoltre, di non consentire ai sospettati di mettersi in salvo espatriando, per 'assicurare alla giustizia' statale coloro che avevano cospirato contro l'ordine costituito (93). La lotta alle 'sette' ed agli eversori comportò inizialmente per la politica albertina non solo rigidità delle sanzioni, ma pure ricerca della loro applicazione in modo 'esemplare' ed ampio (94): di qui la decisione di perseguire i civili come i militari, presa nella primavera 1833 ma presentata come presente nell'ordinamento sin dal 1822.

Ben diverso era stato l'atteggiamento 'arbitrario' — ma 'paterno', anche se autoritario — del 1821, ed anche del 1831, quando attraverso le maglie dalla giustizia — piuttosto larghe — non pochi erano riusciti — con connivenze diverse — a passare senza danni eccessivi (95). Carlo Alberto nel 1833, passati i primi due mesi di particolare apprensione dopo la scoperta della cospirazione, prese atto di poter controllare ormai la situazione: considerò perciò più opportuno attenuare l'iniziale rigidità del maggio-giugno, grazie alla quale era riuscito peraltro a conoscere la parte essenziale delle 'trame' mazziniane tramite le « propalazioni » conseguenti alle promesse di impunità (per lo più parziale). La 'saggezza' regia veniva quindi inclinando verso quella maggiore 'moderazione' dimostrata nel 1821 e 1831, come lascia intendere lo stesso Re nei suoi ricordi del 1842 (96). La rigidità mostrata verso i primi inquisiti civili — e già

(93) Un caso particolare, anche perché un po' tardo, è quello di Giovanni Re, incarcerato, delatore liberato per fornire prove… e poi fuggito all'estero, su cui — fra gli altri — U. BARENGO, *Il generale Galateri e le accuse di Giovanni Re*, in « Rivista di storia, arte e archeologia per la provincia di Alessandria », XLII, 1933, pp. 89-117.

(94) Nel suo manoscritto (di un decennio dopo) Carlo Alberto tende a presentare la 'sua' giustizia come bonaria quando il pericolo sembrava un po' scongiurato, ma ricorda pure la linea rigida scelta all'inizio, quando il momento sembrava molto difficile: ed i suoi due interventi legislativi del 5 maggio ed 1 giugno 1833 sono stati di conseguenza duri e pesanti, con buona pace (a pochi mesi di distanza) di un trattamento omogeneo degli imputati, quindi con un'impostazione ancora pienamente 'arbitraria' della giustizia… con il Re a dare istruzioni ai 'suoi' giudici.

(95) Si può pensare in proposito allo stesso Angelo Brofferio, in qualche modo 'aiutato' nel 1831 dal *milieu* regio (e da Carlo Alberto stesso?) dietro possibili ammissioni e notizie di vario genere, che ebbero lunghi strascichi polemici e nei momenti decisivi poterono condizionare gli atteggiamenti dell'avvocato e giornalista torinese, come hanno fatto notare sia il Bottasso che il Ratti (cfr. *supra* nota 67).

(96) SALATA, *Carlo Alberto*, cit., pp. 419-420. Sottolinea quest'impostazione, pur

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

condannati a morte — Vochieri o Gavotti non era più la stessa verso i vari Azario, Noli, Caffarena o Castagnino. Lo spirito di 'legalità' ispiratore del 'nuovo corso' albertino era però palesemente contraddetto dal ritorno di quella 'arbitrarietà' nelle decisioni, da cui intendeva staccarsi. La dura pratica della politica intaccava quindi alcuni di quei princìpi generali, che alla sua ascesa al trono Carlo Alberto — con l'avvio della codificazione e l'istituzione del Consiglio di Stato — aveva voluto mostrare come ispiratori del suo futuro operato.

Se questi erano la 'mente' e l'atteggiamento del Re, potevano discendere facilmente in quelli del 'suo' Governo; ma ci si può chiedere se potessero altrettanto facilmente discendere nell'apparato statale, al punto da condizionare in modo quasi automatico anche le decisioni dei giudici, che si trovavano a valutare la posizione dei diversi inquisiti: se così fosse stato, si sarebbe allora oggi indotti a dubitare fortemente tanto dell'autonomia degli organi giudicanti quanto della corrispondenza delle loro sentenze con l'attività a suo tempo tenuta dagli inquisiti. In tal caso, infatti, un altro colpo piuttosto duro verrebbe inferto a quello spirito di 'legalità' ispiratore del 'nuovo corso' albertino, perché la parte essenziale delle decisioni sarebbe stata 'preconfezionata' dall'alto a seconda dell'opportunità politica.

Non si ha, naturalmente, alcuna documentazione specifica in proposito, se non l'esistenza e l'attività dell'apposita Commissione dei tre giuristi, che doveva coordinare tutti i lavori sulle trame cospirative. La documentazione conservata nella sezione 'Corte' dell'Archivio di Stato di Torino ne lascia trasparire l'indubbio impegno sino allo scioglimento del 1835 (97), ma certo non il capillare intervento su ogni organo o decisione locale. Una considerazione complessiva delle vicende dell'opposizione alla cospirazione mazziniana lascia però intendere una sostanziale corrispondenza — pur nella varietà dei singoli casi concreti — tra le linee generali regie

---

facendola maturare un po' più tardi, N. RODOLICO, *Carlo Alberto negli anni di regno 1831-1843*, cit., pp. 142-145. Lo fa pure notare, in sintesi ma con chiarezza, NADA, *Il Piemonte*, cit., p. 203.

(97) Il progetto del provvedimento è in A.S.To., *Corte*, *Materie giuridiche, Materie criminali, m. 15 da inventariare*; la conclusione è il Regio biglietto 16 novembre 1835, estremamente elogiativo dell'operato della Commissione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o governative e l'operato dei diversi organi, compresi quelli giudicanti con le loro sentenze (98). Può anche darsi che i giudici militari si siano rivelati più sensibili alle direttive di quelli togati ordinari. Se ne può dedurre quindi una buona capacità di comunicazione delle linee di governo dal centro alla periferia, ma anche — ed in specie, nella nostra prospettiva — un profondo dubbio sull'automatismo della corrispondenza delle sentenze alla gravità dell'attività svolta a suo tempo dai diversi imputati, valutati — a distanza di non molti mesi — in modo diverso e non omogeneo circa le azioni o i comportamenti accertati a causa delle interferenze della politica repressiva governativa, nonché la constatazione che l'aspirazione del giovane Carlo Alberto salito al trono di scostarsi dall''arbitrarietà' precedente si è venuta corrompendo o immiserendo di fronte alle difficoltà politiche concrete. Non è certo questo il solo caso di 'tentennamenti' di questo re.

Si può concludere, inoltre, che la Commissione dei tre giuristi nominata all'inizio del maggio 1833 per dare una « superiore direzione per l'istruzione e compimento » dei processi si è mossa in modo abbastanza solerte ed efficace secondo le aspettative regie, venendone ufficialmente gratificata (99). La stessa patente regia di costituzione, d'altronde, parlava di « superiore direzione »: perché non intravvedervi anche l'aspettativa regia di una qualche 'indicazione' della Commissione agli stessi organi giudicanti per le rispettive sentenze? Nel complesso, si può notare una certa uniformità d'azione sia degli Uditori sia dei Consigli di guerra con quella minore rigidità o durezza che interviene nei confronti dei civili col luglio-agosto 1833. La Commissione ha quindi 'coperto' in genere le

(98) Si può prendere, ad esempio, l'immagine più immediata, quella delle esecuzioni capitali. Nel suo memoriale il re Carlo Alberto parla di 11 casi, ma il Luzio ne annovera 14 (LUZIO, *Carlo Alberto*, cit., p. 156): quasi tutte avvennero entro due mesi, quindi con rapidità ed efficacia « esemplari ». Poi ci si accontentò di molto meno. Lo sottolinea NADA, *Il Piemonte*, cit., p. 203. In Liguria ed a Novara, inoltre, si usò un certo riguardo per elementi nobili o notabili nella società locale (LUZIO, *Carlo Alberto*, cit., pp. 153-155 e 169).

(99) Ai membri della Commissione giunsero infatti onorificenze e promozioni, come fanno notare BROFFERIO, *Storia*, cit., pp. 54-55 (con spirito polemico), PASSAMONTI, *Nuova luce*, cit., pp. 306-307 e DIONISOTTI, *Storia*, cit., II, pp. 450, 466, 509 (l'Andreis di Cimella fu pure nominato, contro ogni previsione, presidente del testé costituito Senato di Casale…).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aspettative immediate del Re: quest'ultimo agli stessi Alessandro Luzio o Nicolò Rodolico appare però sempre direttamente in prima linea contro le trame mazziniane (100). Le scelte essenziali delle decisioni politiche di fondo — ma probabilmente anche molte altre meno significative — si possono ascrivere perciò allo stesso Carlo Alberto: per questo gli scostamenti da quella 'legalità' che ne aveva ispirato il programma iniziale di regno possono avere un loro specifico significato.

7. La storiografia fa notare che la cospirazione mazziniana, per quanto prevenuta senza danni nel 1833, ha influito parecchio sulla personalità di Carlo Alberto. Tralasciando la conseguenza di tali vicende sulle pur importanti successive scelte politiche generali maturate nel Re, mi pare si possa fare qui qualche più specifica osservazione finale riguardo alla sola codificazione, che all'inizio del suo regno egli auspicava si realizzasse presto e bene. Dopo le aspettative fin troppo rosee tra fine 1831 ed inizio 1832 (101), in Carlo Alberto era subentrata un po' di delusione per la mancanza immediata di buoni risultati, che però si augurava di veder raggiunti nel corso del 1832 (102). Dopo l'edizione nel 1832 del progetto di primo libro del codice civile, proprio tra la primavera e l'estate 1833,

(100) LUZIO, *Carlo Alberto*, cit., pp. 151, 182; RODOLICO, *Carlo Alberto negli anni di regno 1831-1843*, cit., pp. 131-133, 144-145.

(101) Dal 'diario' carloalbertino emerge il rilievo dato dal Re al codice, « la plus importante des opérations de mon règne », che « avance à grands pas et sera sous peu terminé » (10 dicembre 1831, in SALATA, *Carlo Alberto*, cit., p. 71). Dello stesso tenore è un'annotazione del 17 dicembre, con riferimento al progetto di codice di commercio ormai terminato (…che resterà sempre nel cassetto!) ed ai lavori che si dovranno chiudere in pochi mesi (ivi, p. 88): su essi torna poco dopo, l'8 gennaio 1832, con ottimismo anche riguardo alla rapidità di conclusione (ivi, pp. 128-129).

(102) Sin dal 14 gennaio Carlo Alberto registra le perplessità sulla bontà dei lavori da parte dello stesso ministro Barbaroux (ivi, p. 144), di cui annota il 26 lo stato di esaurimento nervoso (ivi, p. 166), che persiste in febbraio, tanto da renderlo insicuro e critico sui progetti elaborati e da voler abbandonare l'impresa (ivi, pp. 209-210): il 24 marzo il Re gli affianca il Gloria ed il Falquet per « une refonte » dei progetti, che gli si riferisce essere « en général mal faits », al fine di rivitalizzare la Commissione (ivi, p. 257). Le critiche, piovute da più parti (e dallo stesso Guardasigilli), ai lavori per la redazione del codice civile dovevano quindi aver fatto una certa breccia nelle valutazioni di Carlo Alberto, che persisteva però nel considerare opportuna l'opera di codificazione in corso.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in un momento così turbato dalle preoccupazioni cospirative, il progetto della parte centrale e più significativa del codice civile, ormai stampato, era all'esame dei Senati e della Camera dei conti, a cui era stato inviato per averne il parere. Parecchi magistrati erano o contrari o perplessi, ed in genere preferivano proseguire col sistema esistente (103). Tra questi si segnalava in proposito il primo presidente del potente Senato di Piemonte, Luigi Montiglio. Senza dubbio gli oppositori riuscirono in vario modo a far sentire la loro voce critica al Re. Penso che in questo contesto si possano anche collegare, più di quanto si è fatto sinora, le vicende della codificazione con la repressione penale della cospirazione mazziniana, proprio con riferimento alle vicende in precedenza esposte.

È plausibile pensare che sia stato fatto giungere alla constatazione del Re che proprio l'esistenza dell'editto penale militare del 1822, con i suoi precisi articoli, ha richiesto l'espresso intervento interpretativo — ed estensivo — regio riguardo ai cospiratori civili, mentre in assenza di una disciplina così dettagliata avrebbe potuto bastare l'interpretazione giudiziale delle secolari regole del diritto comune, su cui si appoggiavano le specifiche norme sabaude, in primo luogo le Regie Costituzioni. I critici della codificazione in corso avevano così buon gioco di sollevare dubbi sull'opportunità di procedere oltre in tal senso, perché — se questo era un caso che si era purtroppo direttamente già presentato — era comprensibile chiedersi quanti altri se ne sarebbero posti quando i vari codici previsti fossero stati in vigore. L'eguaglianza civile espressione della 'legalità', attuabile con la codificazione, era un obiettivo, per raggiungere il quale si doveva pagare un prezzo, che si paventava però eccessivo: non era il caso di rifletterci meglio, anziché buttarvisi a capofitto, come sembrava aver fatto la politica legislativa sabauda dalla metà del 1831 in poi (104)? Oltre alle specifiche osservazioni, che i singoli « Corpi » interpellati potevano avanzare sui diversi articoli del progetto di codice civile preparato dalla Commissione di legislazione, probabilmente già di una certa consistenza, c'era questo

(103) PENE VIDARI, *L'attesa*, cit., pp. 128-131.

(104) Si possono ricordare, inoltre, le perplessità della Chiesa sulla disciplina dei registri dello stato civile, che stavano creando non poche difficoltà con la Santa Sede, elemento non trascurabile per un re molto religioso come Carlo Alberto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ben più preoccupante dubbio di fondo da superare. I tempi, d'altronde, erano procellosi: era proprio il caso ed il momento di procedere verso la codificazione, o non era meglio una pausa di riflessione?

Sappiamo dalla diretta e documentata — anche se interessata — ricostruzione di Federico Sclopis, nonché da altre indicazioni, che proprio verso l'estate 1833 a Torino la propensione per la codificazione era in fase nettamente calante (105) e che lo stesso Re doveva avere tentennamenti in proposito (106). Non è difficile vedervi un collegamento anche con le preoccupazioni per le cospirazioni mazziniane, non solo a livello strettamente politico, ma pure in conseguenza della stessa impostazione della politica legislativa sabauda ispirata dalla codificazione. Per convincere il Re a proseguire nella strada intrapresa, senza lasciarsi irretire dai dubbi e dalle malignità dei contrari (in primo luogo alcuni alti magistrati) il giovane Federico Sclopis, in consonanza con il vecchio Prospero Balbo presidente dell'Accademia delle Scienze, colse l'occasione della presenza del Re alla solenne celebrazione del cinquantenario di questa — il 31 ottobre 1833 — per sostenere con un appassionato discorso l'opportunità di proseguire nei progetti di codificazione (107). In qualche modo i fautori dei codici riuscirono a far ripartire e proseguire i lavori (108). Il peggio, per questi,

(105) F. SCLOPIS, *Storia della legislazione negli Stati del Re di Sardegna dal 1814 al 1847*, in « Memorie della R. Accademia delle Scienze di Torino » s. II tomo XIX, 1860, pp. 56-59 dell'estr.; RODOLICO, *Carlo Alberto negli anni di regno 1831-1843*, cit., p. 234 con la testimonianza (riportata in modo un po' approssimativo) di Alessandro Pinelli; molto negativo sui codici è inoltre un personaggio di rilievo dell'epoca come C. SOLARO DELLA MARGARITA, *Memorandum storico politico*, Torino, Speirani e Tertone, 1851, p. 35.

(106) Ciò si può desumere dalle indicazioni dello stesso suo « diario », anche se interrotto col maggio 1832: Carlo Alberto sin dalla prima metà di quest'anno appare perplesso non solo sullo stato di salute mentale del Guardasigilli Barbaroux, ma anche dei lavori, a sentire quanto lo stesso Guardasigilli riferisce (cfr. *supra*, note 101-102). A ciò si aggiungano poi le critiche dei vari magistrati (il presidente Montiglio in testa), che incontra in varie occasioni (cfr. *supra*, nota 103).

(107) Il 'discorso' è stato edito, con altri tre tenuti in seguito dallo stesso Sclopis alla medesima Accademia, in F. SCLOPIS, *Della legislazione civile discorsi*, Torino, Stamperia reale, 1835, pp. 1-7. Il volumetto è stato recentemente riprodotto in F. SCLOPIS, *Della legislazione civile discorsi*, Torino, Giappichelli, 1996 con una mia breve premessa esplicativa.

(108) PENE VIDARI, *L'attesa dei codici*, cit., pp. 131-132, 151-156.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

era passato: anche se con lentezza, andarono avanti sino al codice civile del 1837 e poi a quello penale del 1839.

Dopo questo, nel 1840 vide la luce pure un nuovo codice penale militare (109), in una prospettiva ormai marcata dal sistema del diritto codificato e non più — come nel 1822 — da quello del diritto comune. Vi aveva provveduto una Commissione specifica, di militari e magistrati, che non aveva certo potuto ignorare i lavori per il codice penale del 1839, ma che aveva proceduto però in modo autonomo, partendo dal testo dell'editto feliciano del 1822 (110). Naturalmente, il tempo trascorso aveva fatto emergere la necessità di alcuni cambiamenti in generale, non però quello della separazione in materia militare fra parte sostanziale e parte processuale, che persistono unite nello stesso codice del 1840 (come nel 1822), sebbene sin dal 1831 la Commissione di codificazione avesse chiaramente differenziate le parti sostanziali da quelle processuali, prevedendo in generale due codici separati: di conseguenza, anche il codice penale militare del 1840 inizia con la disciplina processuale (libri I e II) e solo in un secondo momento tratta di quella sostanziale (libri III e IV).

Il codice penale militare del 1840, pur prendendo come base l'editto del 1822, non può ignorare anche in tema di 'lesa maestà' il codice penale del 1839, che a sua volta si ispira a quello francese del 1810 (111). Se l'inizio del libro III di quest'ultimo riguardava i reati contro la « cosa pubblica » e lo stato, e non parlava più di « lesa maestà » (112), il codice penale sabaudo aveva invece preferito (nel corrispondente libro II) usare ancora la denominazione di reati di

(109) *Codice penale militare per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna*, Torino, Stamperia reale, 1840.

(110) Lo stesso Carlo Alberto nel suo 'diario' aveva annotato nel 1832 la notizia dell'incarico di « retoucher » la disciplina del 1822 (cfr. *supra*, nota 34): sui lavori e sul codice cfr. V. Viora, *La codificazione*, cit., pp. 47-54.

(111) Mi sembra che, a conclusione di questa 'nota' si possa rilevare qualche variazione anche in tema di 'lesa maestà'.

(112) Il termine, di per sé, sapeva piuttosto di *ancien régime* ed ai codificatori francesi non poteva sembrare se non superato. In effetti, però, se questo poteva andare bene per i primi periodi rivoluzionari (e per i codici penali anteriori), nel 1810 la posizione dell'impero napoleonico era ormai tornata verso la stessa tutela della persona dell'imperatore e della sua famiglia (artt. 86-90) e si riparla di « crime de lèse-majesté », colpito come il parricidio (art. 86).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« lesa maestà » (titolo II) (113), recependo peraltro poi la distinzione francese di quelli contro la sicurezza o esterna o interna dello stato. Indirettamente, di queste distinzioni risente anche il codice penale militare sabaudo, pur rifacendosi alla struttura dell'editto del 1822 ed iniziando quindi a trattare della diserzione (lib. IV tit. I cap. I). Quest'ultima, anche se comunque importante per la stessa disciplina militare, alla luce degli avvenimenti contemporanei si rivelava nel complesso meno attuale e preoccupante della cospirazione o della ribellione, come le stesse recenti vicende italiane e sabaude avevano messo in mostra. Rispetto al passato, quindi, pur rimanendo nel codice del 1840 in generale la normativa della diserzione (come in precedenza), vi si è affiancata in modo ben più ampio di prima quella anticospirativa, sulla base anche dell'esperienza appena trascorsa. In materia, d'altronde, c'era già una trattazione alquanto precisa sin dal codice penale napoleonico, a cui naturalmente si era ispirato quello sabaudo del 1839. Il nuovo codice penale militare introduce quindi nel 1840 una disciplina molto più dettagliata dei reati di 'lesa maestà', andando ben oltre l'editto del 1822, sotto l'influenza sia delle vicende cospirative del 1833 sia del codice penale sabaudo del 1839.

Quest'ultimo, seguendo quello napoleonico del 1810, disciplinava a fondo e colpiva entro la 'lesa maestà' sia iniziative ed attentati contro i regnanti sia cospirazioni antigovernative sia scritti di propaganda o sediziosi in proposito: il codice penale militare del 1840 vi faceva eco seguendone la linea e sanzionava in particolare i comportamenti dei militari, ma si preoccupava pure di colpire — a differenza dell'editto del 1822 — ogni propaganda ed istigazione dei civili verso i militari: l'esperienza del 1833 faceva espressamente prevedere questi reati come « militari » e quindi di piena competenza dei Consigli di guerra ordinari (artt. 2; 14-17; 33), pur continuando ad essere previsti nel codice quelli misti (artt. 41-53): il nuovo codice militare si allineava quindi alla soluzione data dal Regio biglietto del giugno 1833.

Anche per un altro punto in materia le soluzioni dei processi

(113) Ad un re come Carlo Alberto, che faceva della continuità dinastica (specie dopo le trame contro la sua successione) e monarchica la base del suo potere, il termine quindi poteva continuare ad andar bene.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

antimazziniani di quest'anno sembra abbiano avuto influenza sulla nuova codificazione penale militare. Il codice napoleonico (art. 108) ammetteva già l'esenzione (o riduzione) di pena per i « propalatori » che avessero favorito la scoperta delle cospirazioni (o dei cospiratori); l'editto del 1822 riconosceva qualcosa di analogo nella sola ipotesi di diserzione (art. 131); la prassi seguita durante le inquisizioni militari del 1833 ne aveva allargato parecchio le maglie; il codice penale del 1839 (art. 209) ha ripetuto le previsioni napoleoniche senza estenderle; il codice penale militare del 1840 ha esteso a sua volta anche (art. 250) ai casi di lesa maestà (e non solo diserzione, come nel 1822) le esenzioni (o riduzioni) di pena per i « propalatori » di dati effettivamente utili, recependo quindi l'esperienza del 1833, considerata dallo stesso re Carlo Alberto in senso positivo ancora verso il 1842 (114).

L'emanazione dei nuovi codici albertini fu espressione del nuovo senso di legalità, che in armonia con le aspirazioni dei tempi il giovane re intendeva dare all'ordinamento del suo stato, in sostituzione dell' 'arbitrarietà' precedente, senza accedere certo ad alcuna concessione costituzionale (115). In questa prospettiva, però, proprio la trattazione della delicata materia dei crimini di lesa maestà in epoca carloalbertina può indurre a pensare che il precedente sistema dell'arbitrarietà non sia stato del tutto abbandonato, o che almeno abbia lasciato comunque ancora delle vischiosità nell'ordinamento. A questa valutazione conducono, tra l'altro, lo sconto o la cancellazione di pena (ed a volte il pagamento) per i propalatori, a discrezione dell'autorità inquirente (116); l'assoggetta-

(114) Verso tale anno (cfr. *supra*, nota 60), Carlo Alberto parla delle « propalazioni » in senso positivo, dato che permisero di scoprire praticamente tutte le trame mazziniane e di prevenire anche per l'avvenire iniziative analoghe (SALATA, *Carlo Alberto*, cit., pp. 419-420).

(115) Il caso — o meglio gli avvenimenti contemporanei — ha poi voluto che nel 1848 fosse proprio Carlo Alberto a concedere la costituzione… Ma nella vita politica le inflessibilità di un periodo possono finire col ridursi e col perdersi.

(116) Artt. 195-196, 209 c. pen.; art. 250 c. pen. mil. La decisione in proposito — per quanto è noto nella prassi — non spetta direttamente all'inquirente: questo, venuto a conoscenza della disponibilità a « propalazioni », ne informa i suoi superiori gerarchici (sino al Re), che autorizzano o meno la promessa di 'sconto' di pena, che sarà poi stabilita discrezionalmente — a seconda dell'importanza e della produttività delle informazioni avute — dopo la condanna.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento dei civili al più rapido e meno garantistico procedimento e giudizio in atto nei confronti dei militari (tenuti peraltro ad una ben più rigida disciplina) se di questi complici o istigatori; la fattispecie dell' « alto tradimento militare » discrezionalmente ampia ed oscillante, tanto da poter venire a colpire ogni progetto anche di civili (artt. 251-252 c. pen. mil.). È facile pensare che questa disciplina sia stata ispirata da comprensibili fini preventivi e derivi in parte dalle vicende della repressione antimazziniana del 1833, in cui peraltro si ha la sensazione che, alla fin fine, l'arbitrarietà e la 'ragion di Stato' abbiano finito col ridurre il vincolo alla legalità, proprio per scelta del Re. Anche i buoni propositi di Carlo Alberto non sono riusciti a reggere del tutto di fronte alla dura realtà dei fatti: in definitiva, la situazione non era ancora completamente mutata rispetto a quella individuata da Mario Sbriccoli per l'età moderna, riguardo ad « un potere che era di per sé arbitrario e non poteva dunque lasciarsi limitare dalla 'legalità' quando si trattava di eliminare i suoi nemici mortali » (117).

(117) M. SBRICCOLI, *Crimen*, cit., p. 365.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il dibattito dottrinale: fra Otto e Novecento

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

A EVOLUÇÂO DA DOUTRINA E DO ENSINO DO DIREITO PENAL EM PORTUGAL, C. 1800-C. 1910 (*)

1. Iluminismo. — 2. Utilitarismo, reformismo. — 3. Disciplina estadual e legalismo. — 3.1. Centralização normativa e anti-doutrinarismo. — 3.2. Objectivação do juízo criminal. — 3.3. Iluminismo: conclusão. — 3.4. O panorama penalista em Portugal nos finais do Antigo regime e no primeiro liberalismo. — 4. Um breve panorama europeu. A « Escola clássica ». — 5. A escola « neo-clásica » (ecletismo, retribuição mais reeducação). — 5.1. O correcionalismo de K.-F. Krause e a sua influência em Portugal (meados do séc. XIX). — 5.2. Codificação e reforço do legalismo. — 6. A escola positivista. — 6.1 Influência em Portugal. — 7. A reacção anti-positivista. — 8. Bibliografia geral.

O texto que se segue — originariamente concebido para introduzir uma edição electrónica do conjunto da literatura doutrinal sobre direito penal, em Portugal no século XIX —, procura traçar um panorama sistemática da penalística portuguesa oitocentista, com anotação do seu enquadramento num mundo doutrinal mais vasto, uma vez que a doutrina penal, tanto mantinha ligações estreitas com a doutrina de outros ramos de direito — nomeadamente, com a do direito constitucional, com a da reforma judicial e com a da filosofia do direito (1) — como era fortemente internacio-

(*) Agradeço os úteis comentários de Tiago Pires Marques e Elena Burgoa.

(1) Por isso, a compreensão dos traços gerais de evolução ganha muito com o seu confronto com a evolução da doutrina constitucional e política, que descrevi tanto no meu livro *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 2004, em « O constitucionalismo monárquico português. Breve síntese », em A. M. Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, *Fontes para a história do direito penal em Portugal (c. 1800-c. 1910). Dvd.* Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2005. Também existem homologias de perfil com a evolução da dogmática do direito administrativo. Cf., sobre esta, « O direito administrativo como emergência de um governo activo (c. 1800- c. 1910) », *Revista de história das ideias*, Ihe, Fl-Uc 26 (2005) 119-159. Também em A. M. Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, *Fontes para a história do direito administrativo em Portugal (c. 1800-c. 1910). Dvd.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nalizada, mantendo laços sustentados — primeiro, por via de leituras, mais tarde também pela participação de portugueses em reuniões internacionais — com a comunidade académica europeia, com destaque para a francesa e para a italiana, através das quais chegavam ecos do que se passava no mundo alemão, tanto na área da filosofia — Kant, Krause, Hegel —, como na do direito. Não estamos ainda em condições de avaliar, em concreto, dos perfis e ritmos dessa influência estrangeira (2), mas o estudo do conteúdo das obras e as citações bibliográfica já permite ver que esta ligação internacional é poderosamente influente, quer no plano da política penal, quer na dogmática do direito criminal.

Se estas ligações da doutrina ficam aqui basicamente cartografadas, o mesmo não acontece com as ligações entre, por um lado, a doutrina e a sua realização jurisprudencial e, por outro lado, entre a doutrina e as conjunturas político-criminais. Para não falar das relações, também ausentes deste estudo, das mútuas implicações entre a doutrina estritamente jurídico-penalista e os estudos criminológicos ou os de política penitenciária.

O primeiro aspecto deveria constituir, na minha opinião, um dos investimentos prioritários da história penal portuguesa, nos próximos anos. Feito a partir de uma exploração dos arquivos judiciais e policiais (3), que elabore dados estatísticos sobre os tipos penais, os grupos sociais e de género, apanhados nas malhas da justiça, bem como sobre as diferenciações regionais ou urbano-rurais da criminalidade perseguida. Mas que não se fique por aqui e que, ao lado destes estudos sobretudo quantitativos, leve a cabo estudos qualitativos sobre a prática jurisprudencial de aplicação das

---

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. 2006. Também publicado em *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 30(2006), Escuela Libre de Derecho, México.

(2) Temos em curso um estudo das compras de livros de direito para a Universidade de Coimbra, entre os anos '40 do séc. XIX e os finais da primeiro terço do séc. XX. Nessa altura, ritmos de importação e autores importados poderão ser mais exactamente avaliados.

(3) Ou mesmo apenas — sem a fiabilidade estatística propiciada pela consulta dos núcleos arquivísticos — sobre os casos que são objecto de tratamento ou notícia nas revistas jurídicas, uma fonte muito mais prática, mas muito desatendida até agora. Hoje, dispõe-se de um belo instrumento de trabalho: Luís Bigotte CHORÃO, *O periodismo jurídico português do séc. XIX*, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leis e das doutrina, estas induzidas a partir das citações e das razões de decidir expressas nas sentenças.

Estes estudos policiais e jurisprudenciais, por sua vez, fornecem a ponte para a segunda ligação indispensável — a da doutrina com as conjunturas sociais e políticas do país. Por muito que o debate doutrinal dê uma imagem de auto-referencialidade e de fechamento às realidades não jurídicas envolventes, o próprio facto de muitos dos jurisconsultos terem, paralelamente, carreiras políticas, de publicistas e de causídicos, decerto que fomentava a sensibilidade aos contextos sociais e políticos. Nem tudo está por fazer. Na bibliografia final, registam-se já importantes trabalhos de sociologia histórica da criminalidade e da sua repressão, bem como estudos monográficos de certos tipos criminais, em que as envolventes sociais ganham destaque.

Aqui, de qualquer modo, o centro de atenção é a doutrina. Pelo que este estudo não pode ser considerado senão como um dos panos de político bastante mais vasto e rico.

1. *Iluminismo.*

A primeira fase do pensamento jurídico-penal moderno pode ser subsumida numa palavra — iluminismo; embora esta palavra possa ser glosada de várias formas, situadas em vários níveis de análise, que vão desde a filosofia penal a questões mais práticas de realização da disciplina na sociedade. Vê-lo-emos nos parágrafos seguintes.

2. *Utilitarismo, reformismo.*

A literatura penalista portuguesa dos inícios do séc. XIX (4), é

(4) Sobre a história do direito penal em Portugal, Eduardo Correia, *Lições de direito criminal*, Coimbra, 1964; Paulo Merêa, « Esboço de uma história da Faculdade de Direito », *Bol. Fac. de dir. da Univ. Coimbra*, 28 (1952), p. 100 ss.; 29 (1953), 23 ss.; 30 (1954) p. 142 ss.; 31 (1955), p. 72 ss.; Id., « Lance de olhos sobre o ensino do direito (cânones e leis) desde 1772 até 1804 », *Ibid.*, 33 (1957), 324 ss.; Henriques Seco, « Da história do direito criminal português desde os mais remotos tempos », *Rev. leg. jur.*, 4(1871/72), p. 575 ss.; 5(1872/73), pp. 19 ss., 34 ss.; Id., « Bibliographia do direito

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

marcada por duas características básicas. Por um lado, pré-compreensão disciplinadora da função de governo, que cometia ao príncipe a idealização e aplicação de um modelo racional de sociedade, impondo uma disciplina racional ao caos da sociedade pré-política, ou natural. Depois, uma orientação utilitarista sobre o fundamento do direito de punir e sobre os fins das penas, que se relaciona estreitamente com a tal ideia de engenharia social. O direito penal — como, em geral, o governo e o direito — orientam-se para uma disciplina racional da sociedade e apenas para isso. Motivações transcendentais — nomeadamente puramente religiosas ou morais — são-lhe alheias (5). Isto levará a excluir do direito penal a punição de actos socialmente irrelevantes: disposições puramente internas (como o pensamento e a opinião *in mente retenta*; os actos apenas relativos a si mesmo — aquilo a que Pereira e Sousa chamava « vícios » e que vão desaparecer do direito penal (6) —, os actos relativos às convicções religiosas, nomeadamente, as ofensas à religião, tanto a partir da consideração « utilitarista » de que o direito penal apenas se deve ocupar de actos susceptíveis de causar mal à

criminal português », *Rev. leg. jur.*, 5 (1872/73), p. 146 ss.; Henrique DA SILVA, *Elementos de sociologia criminal e direito penal*, 1905; Mário LEITE SANTOS, « Melo Freire. Sistemática e autonomização do direito criminal português », *Direito e justiça*, 6 (1992) e 7 (1993); Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, « Apontamentos sobre a autonomização do direito criminal português », *Direito e justiça. Volume de Homenagem ao Prof. Cavaleiro de Ferreira*, 2(1981-1986); Peter HÜNERFELD, *Die entwicklung der kriminalpolitik in Portugal*, Bonn, Ludwi Rührscheid Verlag, 1971 [= *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenchaft*, 86 (1974)]; Fernanda PALMA, « Do sentido histórico do ensino do Direito Penal na Universidade portuguesa à actual questão metodológica », *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 9 (1999) 351-447. Para uma aproximação plurifacetada à história do crime e da punição no séc. XIX, Tiago Pires Marques & Pedro Tavares DE ALMEIDA, *Crime e castigo no liberalismo em Portugal*, Lisboa, Livros Horizonte, 2005. Para a história do direito penal no Brasil, v. *http://paginas.terra.com.br/educacao/clementino/historiadireitopenalbrasil.htm*.

(5) Cf., para Portugal, Pascoal José DE MELO FREIRE, já nas *Institutiones iuris criminalis lusitani*, Conimbricae, Typ. Academiae, 1794; sobretudo no seu *Projecto de Código Penal* (Pascoal de Melo, *Ensaio de Código Criminal a que mandou proceder a Rainha D. Maria I*, Lisboa, 1823. ed. Miguel Setaro; há outra edição, acompanhada das « Provas », Coimbra, Imprensa da Universidade, 1844).

(6) Assim, desaparece a embriaguês, a credulidade ou superstição, a masturbação (que também era pecado). Residualmente, ficarão a eutanásia, o comércio de órgãos corporais próprios, a auto-mutilação e, para certos pontos de vista, o aborto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sociedade (e não a Deus) como com o argumento de que só Deus pode retribuir as ofensas à sua lei (7).

A punição é, assim, um dos meios de realizar a disciplina social, só se justificando pela sua utilidade para este fim. Daí que tudo o que exceda esta utilidade política, terrena, racionalizada lhe deva ser alheio, como o deve ser em relação à própria natureza da pena. Por isso, a natureza e aplicação das penas devem obedecer a este mesmo princípio da utilidade,abandonando tudo o que exceda este objectivo. Elas não devem retribuir — nem espelhar, na sua liturgia — o mal praticado (reparar a ordem religiosa, moral ou jurídica, ofendida pelo crime), mas apenas, ou dissuadir o delinquente de reincidir ou, em geral, atemorizar qualquer outro de praticar aquele crime (8): ou seja, prevenção especial e prevenção geral (9). Melo Freire pronuncia-se forma muito clara sobre a necessidade de distinguir a « reparação » do direito — ou « retribuição do mal feito » (nos termos em que Kant e Hegel usarão tais conceitos) — da simples pena: « A pena difere da restituição. É que a restituição, ou reparação da injúria, é exigida por causa da perfeição do direito; a pena, no entanto, é imposta pela violação da lei (I, I, 7) ». Lei e pena têm,

(7) Sendo, em todo o caso, certo que o direito, como garante da « ordem e moral públicas », continuará a punir os desacatos contra a religião e contra os bons costumes (ou seja, contra a ética institucionalizada e, por isso mesmo, definidora também do lícito e do ilícito). E, assim, a criminalização das ofensas à religião mantém-se (até hoje), mas apenas enquanto estas possam constituir um factor de perturbação da paz e ordem pública, um motivo de escândalo público ou — mais modernamente — uma ofensa de bens que outros cidadãos prezam e incorporam no seu conceito de dignidade própria.

(8) É esta a raiz do famoso « humanitarismo » Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, 1738-1794 (*Dei delitti e delle pene*, 1764), que, realmente, condenava a crueldade das penas, não tanto por razões humanitárias, mas sobretudo por razões utilitárias. As penas cruéis eram inúteis ou mesmo contraproducentes, por suscitaram a piedade (e, logo, a simpatia) pelo criminoso. Para além de que, de acordo com as suas bases político-filosóficas contratualistas, não podia conceber que alguém, no contrato social tivesse conferido ao governante o direito de lhe infligir castigos cruéis. Porém, numa época em que as possibilidades práticas de punir eram pequenas, por falta de um enquadramento policial do território e por certas características da ordem jurídica a que voltaremos, a punição assumia, por vezes, uma crueldade extravagante — leia-se, por exemplo, a descrição da execução dos Távora e de outros inculpados no alegado atentado contra D. José —, destinada utilitaristicamente a, com uma punição excepcional, infundir o terror virtuais criminosos.

(9) Melo Freire, *Institutiones iuris criminalis*, cit., I, I, 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

portanto, finalidades bem mais limitadas, directamente relacionadas com a instituição e defesa de uma, igualmente limitada, ordem terrena.

Por detrás desta estratégia punitiva está a ideia utilitarista de que a decisão de delinquir é precedida, na mente do criminoso, de um cálculo das vantagens e dos inconvenientes (da felicidade e da dor) que podem resultar do seu acto. Neste cálculo, para além da ponderação do gozo e do sofrimento, entra também a avaliação do risco. Assim, quanto menor for o risco de se ser punido, tanto mais se tem que aumentar o rigor da pena, o que explica a eventualidade de aplicar penas cruéis, a que já nos referimos antes (10).

Passemos em revista alguns dos corolários desta orientação utilitarista.

— a pena só deva ser dirigida a quem pode ser dissuadido por ela (11);

— só se devem punir factos prejudiciais à sociedade, podendo

(10) A aflição ou dureza da pena é directamente proporcional às vantagens psicológicas do crime, mas indirectamente proporcional à probabilidade de ser aplicada; numa fórmula *dureza da pena=impulso criminal/probabilidade da punição.* Ou seja, ficcionando uma tabela que dê conta de como varia a pena em função da variação das outras componentes:

Furto de	Probabilidade de se ser punido (numa escala 0-100)	Pena
10	50	0,2
50	50	1
80	50	1,6
80	80	1
1000	20	50

O que é certo é que a « gravidade » do crime nunca deixou de ser considerado e, por isso, o cálculo da pena nunca foi baseado exclusivamente nos factores utilitaristas-hedonistas.

(11) Ou seja, a quem for capaz de vontade e de razão; os casos de punição por mera culpa em rigor não são delitos, mas apenas quase delitos (MELO FREIRE, *Institutiones iuris criminalis*, I, I, 3); por isso, não se devem punir os que estão em estado de furor, insânia ou completa embriaguez, os menores muito jovens (meninos, *pueri*), os ignorantes ou os simplórios, vítimas de erro ou ignorância de direito de facto, desde que involuntária e invencível - ou seja, todos aqueles a que faltar a inteligência ou a vontade,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

os cidadãos fazer livre e impunemente todas as coisas que não estejam proibidas especificamente pelas leis da cidade (nisto consistindo a liberdade civil) (12);

— só se devem punir os factos externos (13);

— as penas excessivas ou cruéis apenas se poderão justificar — quando puderem — como meios de dissuasão geral, sendo, ainda assim, encaradas com antipatia pela literatura coeva;

— a pena não se deve transmitir a outrem que não o criminoso;

— e, sobretudo, é mais importante prevenir os delitos do que puni-los.

Já a ideia de correcção, reeducação ou regeneração do criminoso não tinha aparecido ainda.

Uma ulterior característica do discurso penal iluminista é a sua mania classificadora. A doutrina iluminista dedica-se a uma tarefa de classificação dos crimes — um pouco na sequência do que já existia na tradição de direito comum —, traçando taxinomias e árvores classificatórias, tão comuns na literatura jurídica jus-racionalista. De facto, o jus-racionalismo assenta sobre uma concepção axiomática do direito que promove esta mania classificadora, agrupando as sub-espécies em espécies e estas em géneros. José Joaquim Pereira e Sousa, no seu *Classes de crimes [...]*, 1803, é um exemplo patente —

« único princípio da acção humana) (Melo Freire, *Institutiones iuris criminalis*, I, I, 6, regra 3.

(12) « 23. Só se devem punir aqueles delitos que se têm por tal que ofendem a república. » (Melo Freire, *Institutiones iuris criminalis*, I, I, 23). Mas não factos inócuos, como a magia ou o fanatismo; ou puramente danosos para o próprio, como a embriaguez, o vício do jogo, o adultério, a usura. Os factos ofensivos da religião eram punidos, na medida em que fossem um factor de escândalo público (Melo Freire, *Institutiones iuris criminalis lusitani*, II, 29). O suicídio era punido como um mal objectivo, que dizia respeito a todos (Melo Freire, *Institutiones [...]*, I, I, 23). Também Pereira e Sousa, definindo « crime » como « facto de ilícito, e espontâneo que infringe a ordem civil em detrimento do público, ou dos particulares », esclarecia que « o crime difere do delito, como a espécie do género. Delito é toda a infracção da ordem. Há três sortes de delitos: a saber, pecado, crimes e vícios. A infracção da ordem divina é que se diz pecado. Se a infracção é da ordem civil, e tende em detrimento do próximo, se chama propriamente crime. Si é relativamente a nós mesmos, é ou que se entende por vício » (§ 6, n. 6)Sobre a tradição doutrinal destas classificações, v. em Portugal, Henriques da Silva, *Sociologia e direito criminal*, cit., n. 69.

(13) A própria tentativa só deve ser punida se se traduzir em actos externos (Melo Freire, *Institutiones iuriscriminalis*, I, I, 6, regra 3).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mas não singular — na literatura jurídica desse tempo. Embora no âmbito de uma obra sintética ou « compendiária » (14). Isto facilita, naturalmente, uma progressiva construção da referência de crimes a bens jurídicos violados (15), embora não adiante muito nem quanto ao fundamento do direito de punir, nem quanto às finalidades das penas (16).

3. *Disciplina estadual e legalismo.*

O discurso do direito criminal colhe, assim, exclusivamente da lei do príncipe os valores e os objectivos que prossegue, nos termos de um positivismo legalista que — talvez mais aparentemente do que realmente (17) — caracteriza o iluminismo tardio. José Joaquim Pereira e Sousa abrirá o seu livro com esta afirmação abertamente legalista-utilitarista: « a jurisprudência criminal não é outra coisa mais que o hábito prático de julgar rectamente as acções dos homens, *segundo as leis criminais* [...] (sublinhado meu); este juízo consiste no conhecimento das leis criminais, e na sua aplicação aos casos ocorrentes. A colecção das leis criminais, é que se chama direito criminal ». Aparentemente, a doutrina criminal não tem outro objecto que não seja este de aplicar as leis, punindo os crimes

(14) Melo Freire não deixa de recordar especificações dos crimes que vinham de trás (*Institutiones iuriscriminalis*, I, I, §§ 3-6). Se virmos bem, o próprio elenco dos crimes nas *Ordenações* assenta numa classificação implícita, não estando desprovida de uma lógica sobre a natureza dos crimes ou dos bem jurídicos ofendidos. Cf. A. M. HESPANHA, « Da 'Iustitia' à 'disciplina'. Textos, poder e política penal no antigo regime », *in* António M. Hespanha (org.), *Justiça e litigiosidade. História e prospectiva*, Lisboa, Gulbenkian, 1993, pp. 287-379.

(15) E, eventualmente, uma teoria particular dos crimes.

(16) Fernanda Palma, « Do sentido [...] », cit., 358.

(17) Digo isto, porque, ao lado de cruas afirmações de legalismo, os autores não deixam de exprimir ideias de política legislativa em matéria criminal. Para eles, nem tudo o que a lei dispõe corresponde aos princípios da razão; por isso se empenhando — como Melo Freire — na redacção de projectos de codificação penal. É a corrente reformista, de que são exemplo, Cesare Beccaria (1738-1794; *Dei delitti e delle pene*, 1764; cf. *http://en.wikipedia.org/wiki/Cesare-Beccaria*) e Gaetano Filangieri (1752-1788; *La Scienza della legislazione*, 1780; cf. *http://en.wikipedia.org/wiki/Gaetano-Filangieri*), entre outros menos notáveis. Em Portugal, foi, claramente, o caso de Pascoal José de Melo Freire.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nelas previstos, a bem da utilidade social, tal como o Príncipe a concebe.

A esta identificação tendencial da lei com o direito — no plano da política dos objectivos e fontes do direito criminal — corresponde, como veremos, — no plano das doutrina criminal — uma tendência para reduzir a « ilicitude » à « tipicidade »; ou seja, a definição daquilo que é criminalmente ilícito depende exclusivamente da possibilidade de enquadrar os factos num tipo de conduta prevista (tipificada) na lei penal. Estas serão as linhas de força do direito criminal, em Portugal, até ao fim da primeira fase do liberalismo, podendo mesmo dizer-se que, se salvo breves episódios filosófico-doutrinais de sentido contrário, tais linhas quase se manterão intactas até aos inícios do séc. XX.

Em face desse legalismo assumido, não admira que os penalistas dêem automaticamente por bons os fins previstos nas leis — mesmo quando estas se dirijam à repressão de factos moralmente pouco ofensivos ou mesmo moralmente inócuos, mas perturbadores da paz da República (o jogo, a mendicidade, a usura, o uso de armas, o luxo imoderado) (18) — e que tenham por mais importante contribuir para uma sua correcta aplicação do que para uma determinação de critérios abstractos e « naturais » para definir os crimes, para os distinguir de « contravenções », ou para especular sobre as modalidades da sua punição. Neste sentido, estamos numa época que distingue claramente (a) um discurso político dirigido ao legislador (uma « ciência da legislação », aqui no domínio do direito penal) de (b) um discurso jurídico dirigido aos aplicadores, aos juízes, em que a principal preocupação é a de que eles entendam a lei e lhe obedeçam.

Esta nova concepção legalista do direito penal exigia, naturalmente, reformas da legislação penal e processual penal, bem como leis de reforma judiciária (*reformismo*, penal ou da organização judiciária). Pois, para o pensamento desta época, quem define a arquitectura político-social e as consequências políticas do seu desrespeito é a lei, sendo também a lei quem define as utilidades (bens) sociais a proteger, os meios de prevenir o atentado contra esses bens, o estatuto dos juízes, a sua deontologia e o processo da sua deci-

(18) Melo Freire, *Institutiones iuris criminalis*, Tit. X.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

são (19). Uma legislação penal que descrevesse precisamente os crimes e as penas, de acordo com as normas estabelecidas pela utilidade pública, tal como era definida pela nova « ciência da legislação » (20) ou, como diria Jeremy Bentham, pela nova « teoria das penas e dos prémios legais » (21); que fixasse formalidades certas, seguras e justas de julgar; que estabelecesse uma escala de penas certas (não deixadas ao arbítrio do juiz (22)), adequadas aos fins preventivos e utilitaristas a prosseguir pelo direito penal, de acordo com os critérios do Estado (23), e libertas de tudo aquilo que fosse bárbaro ou inútil para a dissuasão do crime (24).

Porém, a influência da ideia de contrato social faz com que os autores não deixem, agora, de invocar, misturando tópicos anti-

(19) Sobre as reformas criminais e institucionais iluministas, v., recentemente, Luís Eloy DE AZEVEDO, « Direito Penal, Magistratura e inquérito judicial no século XIX português » (Texto produzido com vista à participação no colóquio internacional *Les enquêtes judiciaires en Europe au XIXe siècle Acteurs-Imaginaires-Pratiques* realizado na Sorbonne em Paris, entre 19 e 21 de Maio de 2005).

(20) Cf. Gaetano FILANGIERI (1752 - 1788), *La Scienza della legislazione*, 1780.

(21) *Théorie des peines et des récompenses: ouvrage extrait des manuscrit de M. Jérémie Bentham*, trad. par Et. Dumont, 2ª ed., Paris-Londres, Bossange et Masson, 1818. Houve tradução portuguesa (*Theoria das penas e dos premios legaes*, 1822; em Jeremy BENTHAM, *Traducção das obras politicas do sabio jurisconsulto Jeremias Bentham, vertidas do inglez na lingua portuguesa por mandado do soberano congresso das Cortes Geraes Extraordinárias*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1822). Cf. também, neste sentido de uma concepção quase pavloviana do direito penal (e da administração da graça), em *Delle Virtù e de' Premj* (Napoli, 1765, de Giacinto Dragonetti (1738-1818), publicado conjuntamente com um comentário seu ao *Tratado dos delitos e das penas* de Beccaria; trad. em francês (*Traité des Vertus et des Récompenses*, J. Gravier, Paris), em 1767 e em inglês em 1769 (*A Treatise of Virtues and Rewards*, London 1769). Sobre este clima intelectual, cf. Anna Maria RAO, « Récompenser et punir: la circulation du Traité des vertus et des récompenses de Giacinto Dragonetti dans l'Europe des Lumières », in *Transactions du Neuvième Congrès International des Lumières, Studies on Voltaire and the Eighteenth century*, Oxford, The Voltaire Foundation, 1996.

(22) Como as « penas arbitrárias do direito penal do direito comum. Note-se que as penas arbitrárias não eram o produto de uma especial « maldade » ou gosto pela falta de regra, mas o reconhecimento, então muito firme, das insuficiências da regra fixa e rígida face a variabilidade das situações da vida.

(23) Que, por outras palavras, salvasse os povos da « desembargocracia », ou seja, do poder dos « desembargadores », dos juízes, sobretudo dos altos tribunais.

(24) Como a pena de talião, as penas cruéis, as penas ridículas, as penas transmissíveis à família, as penas espirituais, etc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gos (25) com ideias novas, um ingrediente que podia compatibilizar o direito de punir com os novos fundamentos contratualistas do poder. Daí decorria alguma insistência na ideia de que a pena também era querida pelo próprio criminoso. Por um lado, a obrigação do delinquente de reparar o dano surgia do facto mesmo da ofensa (*ex re nascuntur*) e, como esta tinha sido voluntária, não excluía o seu consentimento na pena (26). Por outro lado, no contrato social, os cidadãos teriam feito uma doação dos seus direitos a favor da república, aceitando desta, implicitamente, a violação deles (da vida, da integridade corporal, da liberdade). Mas bem se percebe que estes argumentos são simples coberturas teóricas para o problema do fundamento do poder de punir, reflexo, neste plano, da questão geral da legitimidade do poder. Não estando preparados para assumir frontalmente que o poder é a força instituída e que o direito penal é a sua vontade de instituir a disciplina, procuravam-se justificações que se acomodassem bem aos pressupostos contratualistas da ideologia dominante, agora que o jusnaturalismo tradicional, fundado na mera autoridade do soberano, entrava em crise e que a institucionalização da democracia política pelas revoluções vincara ainda mais a ideia de que não se podia produzir nenhum efeito jurídico na esfera dos particulares que não tivesse, antecipadamente, previsto e querido por eles. Seja como for, predominava uma concepção legalista do direito penal, em que as penas legais, legitimadas como vontade do soberano ou como produto de um contrato social, tutelavam valores político-sociais legitimados da mesma forma.

3.1. *Centralização normativa e anti-doutrinarismo.*

Perante esta política de redução do direito (e, concretamente e enfim, do direito penal) à lei, havia que evitar dois perigos, típicos do ordenamento jurídico do direito comum clássico, e particularmente críticos para a política penal.

No direito comum clássico, era a doutrina — e não a lei —

(25) Como o do desejo da pena como forma de expiação que permitia reintegrar a comunhão dos justos, de acordo com a teologia cristã.

(26) Neste sentido, Aristóteles chamou ao delito um contrato involuntário (*Ética a Nicómaco [...]*, cap. 2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quem estabelecia o parentesco entre todos os direitos na ordem jurídica corporativa (27): que levava a cabo aquela aproximação do direito canónico em relação ao direito civil que fazia do pecado crime (28), que combinava o direito comum com os direitos próprios. Em termos tais que o problema *da ilicitude* — ou seja, o problema de saber o que é que era o direito e, logo, o « contra o direito » — se tornava dependente da opinião dos juristas e, logo, coisa problemática e incerta.

Em obra anterior já caracterizei suficientemente esta fase da história do direito penal do Antigo Regime — que, de resto, tem raízes doutrinais medievais e mesmo anteriores — em que cabe aos juízes — e *não aos legisladores* — a modelação do direito, em geral; e, também, do direito penal, em especial (29). Realmente, os valores penalmente protegidos estavam definidos numa multiplicidade de fontes de direito, entre si não coerentes. Direito canónico (nele embebida a moral católica), direito comum, direito do reino, direitos locais; tudo isto definia crimes e penas. Mas talvez pior que isso — na perspectiva da unificação de uma política social e, por isso também, criminal — era o facto de que a entidade que decidia sobre a primazia entre estas várias fontes não era o monarca, *mas sim o juiz*. O qual, para além disto, podia atenuar, agravar (30) ou mesmo perdoar (31) penas, de acordo com o seu sentido de misericórdia ou

(27) A. M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, Lisboa, Europa-América, cap. 5.3.

(28) Francisco TOMÁS Y VALIENTE, « Delincuentes y pecadores « , en AA. VV., *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, 1990, 11-31; também, pp. 33-55, « El crimen y pecado « contra natura » ».

(29) HESPANHA, « Da justiça à disciplina [...] », cit.

(30) Melo Freire ainda admite « penas sem delito ». Mas isto não se explica pelo arbítrio do juiz, mas antes pela necessidade de fazer cumprir a lei, mesmo quando as provas existentes no processo não fossem suficientes, embora fossem do conhecimento privado do julgador (MELO FREIRE, *Institutiones [...]*, cit., I, I, 24 (quando o juiz se baseia na sua consciência ou ciência, ainda que não provada nos autos ou quando se pune para evitar um delito ainda não cometido ».

(31) Embora se reconheça aos magistrados a possibilidade de agravar ou de atenuar as penas, nos termos previstos as leis (MELO FREIRE, *Institutiones [...]*, cit., I, I, 23) proíbe-se-lhes, rigorosamente, a faculdade de perdoar, essa específica do monarca (Melo Freire, *Institutiones [...]*, cit., I, I, 26). Sobre a crítica aos juízes e tribunais — que tinha o mesmo sentido — no início do liberalismo, v. os documentos publicados em

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o seu rigor justiceiro; não contando já com o facto de que, frequentemente, as fontes previam « penas arbitrárias », ou seja, penas cuja natureza e medida ficavam ao arbítrio do juiz.

Mesmo no plano da justiça (que não coincidia com o da utilidade, que era, então, o critério dominante no domínio da política do direito), era indispensável que o direito se tornasse certo e que, neste domínio do direito penal, ninguém fosse punido senão nos termos de uma norma unívoca anterior que definisse (claramente) os supostos de facto (*Tatbestand*, *fattispecie*) do crime e que estabelecesse (também claramente) a pena a aplicar aos infractores. Esta positivação da definição do crime e da pena tornava-se necessária uma vez que se deixara de acreditar que a noção de mal estava inevitável e igualmente impressa na consciência moral de cada um ou numa ordem divina que se inscrevia na alma dos homens.

Porém, quando se insistia na teoria da tipicidade, não se estava apenas a resolver um problema dogmático. Estava-se também a realizar um objectivo de política da disciplina social, justamente destacada pelo pensamento iluminista: estava-se a dissuadir, em geral, da prática de crimes (prevenção geral), já que só fica dissuadido quem saiba concreta e objectivamente, preto no branco e antecipadamente, o que é que se está proibido de fazer, sob pena de castigo no caso de desobediência. Desta prévia publicidade dependia o cálculo da utilidade e do sofrimento que cada indivíduo faria ao figurar cometer um crime (32).

Note-se, ainda, que o risco da diluição e obscuridade da ilicitude — ou seja, o risco da criação de uma ordem jurídica tão incerta que a sua violação se tornasse também incerta — não terminara com o ocaso do direito comum. Podia permanecer ou mesmo agravar-se com o jus-racionalismo. Porque agora, em nome de um direito criminal natural, tirado (subjectivamente) dos princípios, se podiam encontrar bens jurídicos (e as respectivas normas incriminatórias da

---

Maria Benedita Duque Vieira, *A justiça civil na transição para o Estado liberal, estudo e documentos*. Lisboa, Edições João Sá da Costa, 1992.

(32) Conforme era teorizado por Jeremy Bentham, na sua *Theoria dos Premios Legaes, extrahida dos Manuscriptos do Sabio Jurisconsulto inglez Jeremias Bentham*, Lisboa: Na Imprensa Nacional, Anno 1822 (trad. port de Théorie des Recompense, Paris, Dumontm 181, que faz par com *The rationale of punishment*, London, Robert Heward, Wellington Street, the Strand, 1830).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sua ofensa) extraídos da natureza humana e social … mas do modo como cada juiz entendesse isso. Daí a importância da codificação, que garantiria que, sob a forma compacta de um código, todos pudessem dispor de um elenco claro e « oficial » dos crimes e das penas, como que de um epítome da política de disciplina do Estado (33).

Por isso, o princípio do *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, bem como o da não retroactividade da lei penal são estabelecidos geralmente em todas as novas constituições. Sem que se desconheça que este tópico — que garante contra o arbítrio judicial — se entende agora que garante também contra a acção (neste caso punitiva) arbitrária (não democraticamente consentida) e inesperada do Estado.

Uma boa parte da certificação do direito e da proscrição do arbítrio judicial estadual exigido pelo princípio acima referido era resolúvel por meio de medidas processuais, que estipulassem um maior rigor no desenvolvimento da lide penal, e que não deixarão de estar previstas, quer nas *Institutiones iuris criminalis*, quer, mais tarde, no *Projecto do Código Criminal* de Melo Freire. Outra parte era evitável por meio de reformas judiciais globais que alterassem definitivamente o papel constitucional dos juízes nas monarquias de Antigo Regime. Disso tratou longamente o reformismo iluminista europeu, sobretudo o francês e o italiano, cujas propostas foram positivadas, depois, com as legislações pós-revolucionárias.

3.2. *Objectivação do juízo criminal.*

Porém, para além disto, na perspectiva de uma política de disciplina legal, era importante evitar que, *pela via da dogmática*, se voltasse a expropriar o Estado da definição da sua política de disciplina social, pelo que havia que tentar minimizar a « teoria do agente ».

De facto, as etapas para a criminalização de alguém em con-

(33) Sobre o significado da codificação penal, v., recente e interessante, Tiago PIRES MARQUES, « O *momentum* da codificação criminal. Reflexões metodológicas sobre a análise histórica dos códigos penais », em Pedro Tavares de Almeida & Tiago Pires Marques, coords., *Lei e ordem. Justiça penal, criminalidade e polícia nos sécs. XIX e XX*, Lisboa, Livros Horizonte, 2006, 15-44 (*max.*, 21-31).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

creto, eram duas. Uma delas — como se disse — era a de definir em geral com clareza os bens jurídicos a proteger, bem como as penas que os tutelavam, estabelecendo claramente qual era o direito que indicava uns e outras. Outra dessas etapas era a fixação das condições psicológicas que se haviam de verificar no agente do crime para que este pudesse ser punido: se quis mesmo delinquir (*dolus*, nas suas várias modalidades), se foi descuidado em termos tais que tornou muito provável a produção daquele resultado (*negligentia* ou *mera culpa*, nos seus vários graus), se o produziu apenas por mero acaso ou má sorte (*casus*), se estava no seu juízo normal ou se o seu juízo não era, por ventura, « anormal », e se esta « anormalidade » ocorria permanente ou apenas episodicamente.

Tudo isto tem a ver com uma análise voltada, desta vez, não para a materialidade dos factos, mas para a situação do agente, supondo uma construção doutrinal muito fina do seu estado psicológico, a fim de determinar aquilo a que os penalistas de há muito chamavam a « culpa », em sentido lato.

Esta análise não faltava no direito comum. Só que, de tão fina que era — sobretudo por influência do direito canónico —, fazia correr o risco de inutilizar toda a prevenção geral, já que todos os criminosos poderiam alimentar a esperança de que, vistas bem as coisas, se poderiam sempre encontrar nas suas taras, nos seus momentos de insânia, nos seus erros e nas suas ignorâncias, os « seus motivos » para delinquir (e para pecar). Na teologia, era aí que tinha chegado o chamado « molinismo » (34).

Em contrapartida, a doutrina iluminista tendia a objectivar a culpa (neste sentido de « a intenção »), supondo-a, em geral, em todos os crimes.

Claro que ocupar-se da psicologia do agente podia ser indis-

(34) A expressão « molinismo » vem do nome do teólogo espanhol e professor eborense, Luís de Molina, autor de uma teologia moral que, por abundar na consideração das circunstâncias dos actos humanos concretos, quase que encontrava uma justificação para todos eles, instaurando, assim, uma moral probabilista e bastante leniente, contra a qual reage, nomeadamente, o rigorismo jansenista. Cf. *http://en.wikipedia.org/wiki/Molinism*; *http://www.newadvent.org/cathen/10437a.htm*; para Portugal, Orlando Romano, *O Molinismo: esboço histórico*, Porto, O. Romano, 1976; Id., *O molinismo: esboço histórico da génese de conceitos filosóficos*, Lisboa, 1968, vol.1: « O livre arbítrio e as virtudes naturais ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pensável, mesmo na perspectiva de um direito que se interessasse exclusivamente com a utilidade da sociedade. Por exemplo, se o fim é dissuadir de praticar crimes, há que distinguir aqueles sujeitos que têm a razão e a vontade suficientes para entenderem a ameaça (e as suas consequências) dos que não têm nem uma coisa nem a outra; e, por isso, há que distinguir estados psicológicos, como o dolo, a culpa, o erro, o acaso. Em princípio, o direito penal só se dirigia a quem sabia « deitar contas à vida » e, por isso, o verdadeiro delito havia de ser apenas o doloso, aquele que correspondesse a uma vontade deliberada e pensada de delinquir (35). Os que agissem por mera negligência, por erro ou ignorância, por força ou por acaso, poderiam ter que ser punidos, mas apenas se isso fosse exigido *pela defesa da sociedade* e, mesmo assim, nunca de tal modo que o desconforto social pela sua punição excedesse o desconforto causado pelo mal que eles tivessem feito. Em suma: se um dos axiomas de Melo Freire era de que o delito pressupunha a intenção (v. « axiomas », antes), isso não tinha a ver — como terá mais tarde — com uma qualquer ideia de necessidade de poder censurar ou imputar moralmente o crime ao delinquente, mas apenas com a ideia de que a ameaça penal (a « prevenção geral ») apenas funcionava em relação a indivíduos capazes de « calcular racionalmente a felicidade ». E por isso é que a doutrina penal iluminista — essencialmente utilitarista — haverá necessariamente, no fim de contas, de pender para uma doutrina da tipicidade tal como esta resultar da lei, presumindo no agente uma capacidade para entender as suas cominações e ameaças.

Assim, a doutrina penal iluminista desembocou num duplo objectivismo » (ou « positivismo »), caracterizado, (i) por « fixar » os valores tutelados (e os factos que os ofendiam) naqueles que *a lei definia como tal*, reduzindo assim a dogmática penal à dogmática da tipificação legal e, logo, à exegese da norma legal incriminadora; e (ii) por *descurar os elementos subjectivos do crime*, criando uma espécie de « responsabilidade objectiva » pelo seu cometimento; com isto minimizando a dogmática da culpa.

(35) Mesmo numa perspectiva meramente utilitarista dos fins das penas, abstraindo de quaisquer considerações de justiça subjectiva.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3.3. *Iluminismo: conclusão.*

Reforçando ideias anteriores, podemos dizer que, afinal, política legislativa e dogmática constituíam um corpo comum. É que, tanto uma como outra, tinham papéis, e papéis indispensavelmente complementares, na reforma do anterior direito penal.

No plano legislativo, era necessário reforçar a autoridade da lei, como o faz, em Portugal, a Lei da Boa Razão, de 18.8.1769.

No plano da lei e da doutrina, era preciso pôr cobro ao arbítrio judiciário.

E, finalmente, no plano dogmático, havia duas tarefas a levar a cabo, ambas visando também a restrição do arbítrio dos juízes (e dos juristas):

por um lado, clarificar a lei, por meio da exegese e de esforços de sistematização e de classificação (36), levando a cabo uma descrição exacta do elenco dos elementos de facto que constituíam um delito, ou seja, trabalhando sobre a *tipificação*;

por outro lado, era necessário antepor — como já se disse — uma *doutrina do delito* a uma *doutrina do delinquente*.

Legalismo, tipicidade, pressuposição do dolo, eis os tópicos marcantes da doutrina penal nos finais do séc. XVIII e inícios do séc. XIX. Por isso se explica a centralidade que nela ocupa a matéria do corpo do delito, compreendendo (a) se o delito foi cometido; (b) quem o cometeu e (c) em que circunstâncias. Isto correspondia à centralidade da tipificação legal dos crimes como o fundamento da acção penal, como se a lei — na sua definição dos actos concretos que violavam o direito (que eram « ilícitos ») — fosse soberana e definitiva, como se não houvesse direito senão nas leis incriminadoras, como se a estas leis incriminadoras pouco interessassem os « porquês » dos agentes.

3.4. *O panorama penalista em Portugal nos finais do Antigo regime e no primeiro liberalismo.*

Regressemos, porém, à evolução da doutrina penalista portuguesa.

---

(36) Como aquele levado a cabo por J. J. Pereira e Sousa, em *Classes dos crimes [...]*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

O compêndio de Melo Freire (*Institutiones iuris criminalis lusitani* [Conimbricae, 1794], aprovado como texto obrigatório de ensino em 7.5.1805) constitui uma peça notável de literatura universitária. Trata-se de um manual « compendiário », composto de acordo com as instruções pombalinas, mas obedecendo na forma e no conteúdo a um modelo europeu do seu tempo. O que marca a sua excepcional qualidade é o facto de, revelando um profundo conhecimento da tradição penalista anterior, não deixar de inovar, em diversos planos.

No plano da política criminal, propondo abertamente uma noção laicizada do crime; no plano conceptual, repudiando claramente as anteriores teorias retributivas, baseadas na ideia de uma antecipação, na Terra, dos castigos celestes, ou numa concepção absoluta do mal, cuja retribuição deveria constituir o principal objectivo do direito criminal. É, sobretudo, notável como Melo Freire — escudado, é certo, na criminalística reformista do iluminismo italiano, alemão e austríaco — pôde apresentar, numa obra descritiva e não programática, propostas profundas de revisão da interpretação das *Ordenações*, chegando ao ponto de as considerar como revogadas pelo uso, naquelas partes em que elas chocavam abertamente com uma política utilitarista do direito penal. Mais tarde, ao redigir ou *Projecto do Código Criminal*, o carácter reformista do pensamento de Melo Freire ficará ainda mais claro. Mas trata-se, então, de redigir um projecto *de iure constituendo* e não apenas de elaborar um manual expositivo do *ius constitutum*.

Uma vez que o centro da política criminal era ocupado pela definição, em especial, de cada crime, a « parte geral » reduz-se a uns poucos parágrafos — como, de resto, acontecerá com a obra de Pereira e Sousa (37). Não nos enganemos, todavia. Isto não se deve à pobreza doutrinal dos seus autores — largamente desmentida nas eruditas notas que acompanham estas curtas introduções — mas, por um lado, à inutilidade de repetir coisas que eram sabidas e ressabidas pela criminalística daquele tempo e, por outro lado, porque o ponto central da política criminal estava na rigorosa definição dos crimes, das penas e das formas processuais. Por isto é

(37) *Classes dos crimes [...]*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que são estas as matérias que preenchem quase todo o livro, como mais tarde acontecerá no *Projecto*.

O compêndio de Melo Freire estará, portanto, em condições de durar muito tempo como manual universitário pois, tão depressa, não se fará nenhum Código Penal. Em 1821, depois da revolução, as Cortes nomearam uma comissão para elaborar um código criminal. Em 1823, a CL de 14.2 oferecia um prémio de 15000 cruzados e uma medalha ao seu autor (38), promessa renovada pela CL de 25.4.1835. Em 1836, Giovanni Carmignani oferece às Cortes um projecto de código (39). Nesse mesmo ano, uma portaria governamental (de 19.12) manda rever o projecto apresentado por José Manuel da Veiga, que acabou por ser mandado aplicar, logo que oficialmente publicado, pelo dec. (ditatorial) de 4.1.1837. Este decreto não passou no *bill* de indemnidade de 27.4.1837 (40), pelo que, tanto na teoria geral adoptada, como na tipificação especial dos crimes, ou ainda nas formas processuais, o livro de Melo Freire continuava actual, tanto mais que o seu reformismo, utilitarismo e humanitarismo tinham antecipado muitas das inovações da legislação liberal. Por outro lado, em Portugal como em Itália, a figura do « penalista »

(38) Nesta sequência, é oferecido um projecto, em 1823, por José Maria Forjaz de Sampaio, Cf. Paulo Pinto de Albuquerque, *A reforma da justiça criminal em Portugal [...]*, cit., 110 ss.. Os projectos oitocentistas de reforma do direito processual penal estão hoje publicados, por Paulo Pinto de Albuquerque, em *Direito Processual Penal, Projectos Legislativos*, Volume I, Mello Freire, Forjaz Sampaio, Giovanni Carmignani, Corrêa Telles, Joaquim Sant' Anna, *Direito Processual Penal, Projectos Legislativos, volume II, Navarro de Paiva, Alexandre de Seabra, José de Alpoim*, Coimbra, Almedina, 2005-2006. Agradeço à minha colega Elena Burgoa, estas indicações, bem como outras sugestões de aperfeiçoamento do texto.

(39) Cf. Paulo Pinto de Albuquerque, *A reforma da justiça criminal em Portugal [...]*, cit., 184 ss.. Giovanni Carmignani (1768 -1847) foi professor de direito penal e de filosofia do direito em Pisa; obras: *Iuris criminalis elementa* (1808), *La Teoria delle leggi della sicurezza sociale* (1831), *Storia delle origini e dei progressi della filosofia del diritto* (1851).

(40) Sobre a política e a prática criminal durante o vintismo, v. José Subtil *O Vintismo e a criminalidade (1820-1823)*, Lisboa, Unl, 1986 (diss. policop.), que destaca muito bem como uma parte do problema penal era resolvido ao nível de um 'infra-direito' policial. Maria Fernanda Palma (em « Do sentido histórico [...] », cit., 364 chama a atenção para o interesse de estudar os papéis da Comissão de justiça criminal das Cortes vintistas. Sobre a história do Código Penal de 1837, v. Silva Ferrão, *Theoria do direito penal [...]*, cit., I, ivi ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tardava em autonomizar-se, como especialista de um ramo de direito particular (41).

A cadeira de direito criminal — essa sim — autonomizar-se-á em 1836 (dec. de 5.12), incluindo o direito penal militar (42). Será, de novo, anexada pelo direito civil, em 1838; depois, pelo direito administrativo, em 1843; só em 1853 ganhando, finalmente uma autonomia que não voltaria a perder.

4. *Um breve panorama europeu. A « Escola clássica ».*

A crítica deste positivismo iluminista — positivismo legal, mas também « positivismo psicológico » — vai surgir em breve, logo nos inícios do séc. XIX, à medida que o avanço do idealismo temperava o voluntarismo dos primeiros anos da Revolução.

Nesta época, também se verificam orientações anti-legalistas semelhantes noutros ramos do direito, pois a doutrina começa a querer reconstruir, sobre a base das novas realidades legislativas, teorias menos empíricas e exegéticas, mais soltas do império do legislador. Teorias que, no plano de política dos grupos profissionais, voltassem a atribuir aos juristas — professores ou juízes — o primado na construção do direito.

No direito penal, a oportunidade aparece quando — sob o impulso da ética de Kant (43) — se quer refundar o direito de punir

(41) O primeiro titular de uma cadeira autónoma de direito penal (Basílio Alberto de Sousa Pinto) não é ainda um penalista de raiz, embora já o sendo os seguintes.

(42) Para o qual tinha sido elaborado, muito precocemente (1815; cf, Nuno ESPINOSA G. DA SILVA, *História do direito português*, Lisboa, Gulbenkian, 408 s.), um Código, decerto por influência das reformas, tanto disciplinadoras como racionalizadoras do Conde de Lippe. Sobre as relações entre o Código Penal Militar e as reformas militares de Lippe, v., agora, Fernando Jorge DORES COSTA, *Insubmissão, Aversão e inconformidade sociais perante os constrangimentos do estilo militar em Portugal no século XVIII*, Faculdade e Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, 2005, *maxime*, 378 ss.

(43) Cf., sobre a influência de I. Kant sobre a teoria penalista, v. Carl Ludwig VON BAR *et al.*, *A history of continental criminal law*, Union, New Jersey, The Lawbook Exchange, Ltd., 1999, 422 (trad. ingl.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no carácter censurável do acto criminoso (44), em termos de valores absolutos (45). Isto exige duas coisas.

A primeira exigência é a de que se disponha de um catálogo de bens jurídicos, tendencialmente absolutos, universais e abstractos, libertos das contingências da política legislativa: para se ser moralmente censurável, tem-se que o ser perante grandes valores, ligados à liberdade e à natureza do homem, e não apenas em face de valores propostos conjunturalmente por um legislador, no âmbito de uma concreta política de disciplina social. A ilicitude — ou seja, a violação do direito — tem que-*ter* foros ontológicos, tem que se fundar numa teoria da justiça, não podendo limitar-se a ser uma mera violação dos tipos legais de crime que um qualquer legislador imaginou em vista da utilidade da república. O que vai ser punido não é a simples desobediência a uma lei do Estado, mas a ofensa a grandes valores. Valores como a liberdade e a dignidade do homem. Qualquer ofensa a estes valores seria, em absoluto, um mal, que devia ser retribuído, independentemente de quaisquer considerações de oportunidade (de política social ou de educação/melhoramento dos indivíduos) (46).

---

(44) « Mesmo se a sociedade civil tivesse que ser dissolvida com o consentimento dos seus membros […] o último assassino encontrado na prisão devia ser primeiro executado de modo a poder receber aquilo que era merecido pelos seus actos », KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, p. 100 (cit. por von Bar, p. 423). Segundo este autor, a insistência de Kant na natureza categórica do imperativo que fundamentava o Direito Penal não resiste a um teste histórico, que documentará a variabilidade dos sentimentos morais (exs. de incongruências, 423); correcta seria, pelo contrário, a ideia de que o destino de um criminoso não podia estar dependente de considerações de oportunidade; bem como a crítica feita à ideia iluminista de que da punição é querida pelo próprio punido, ideia que cedo será retomada, no entanto, por Feuerbach.

(45) Não se deduza daqui que a influência estrangeira fosse em Portugal, nesta geração dos anos 30 e 40, muito importante ou variada. Na minha opinião, o que se lia era quase apenas os reformistas italianos, Bentham, alguma literatura francesa, induzida pela codificação penal de Napoleão, e vulgarizadores (e adaptadores) do idealismo kantiano em língua francesa, como Pellegrino Rossi. Para Itália, na mesma época e no mesmo sentido, Mario SBRICCOLI, « La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita », Aldo SCHIAVONE, coord., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, Laterza, 1990, 147-232 (concretamente, 147 n. 1).

(46) A ideia volta a ser reformulada, anos mais tarde, por Carlo Salomon ZACHARIÄ, *Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechts*, 1805.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Outros autores faziam decorrer o dogmatismo axiológico da própria natureza da ciência, tal como Kant a teorizara. Qualquer saber científico devia basear-se em princípios, dos quais todas as proposições tiravam a sua legitimidade. O mesmo se passaria com a ciência do direito penal, cujo princípio base seria o fundamento do direito de punir, ou seja, a razão pela qual era legítimo punir. « Puisque toute science se fonde sur un principe, et le droit de punir est le principe de la science pénale, puisque l'on n'a commencé qu' à cette époque seulement à véritablement examiner ce principe sous les différentes faces de sa légitimité, de sa base et de son extension, nous pouvons sans exagération affirmer que c'est sous nos yeux qu'est née, qu'est apparue cette science et que c'est presque comme compagne et contemporaine de notre génération qu'elle a grandi et s'est développée », escreve Levy Maria Jordão (47).

A segunda exigência refere-se ao estado psicológico do agente. Naturalmente que esta ideia de retribuição estava baseada na culpa do agente e, logo, na sua liberdade; ora, livre arbítrio e primado do sujeito casam bem com romantismo. A partir de aqui, todas as distinções que possam ser feitas neste plano — entre dolo, culpa, negligência e outros conceitos ainda mais afinados — constituem dados de primeira relevância para julgar da responsabilidade pessoal, da possibilidade de punir e da medida da pena. Porque, agora, punir é dirigir uma censura ética a um sujeito; a censura ética está ligada à consciência, à vontade, ao discernimento, à liberdade; mais até — ou, pelo menos, na mesma medida — do que ao acto praticado. Daí que, ao lado ou mesmo antes da *teoria da acção*, se perfile uma *teoria do agente*.

No entanto, se todos estes dados psicológicos concretos forem tidos em conta, as avaliações, dúvidas e indeterminações — quanto aos valores, quanto à consciência, quanto à vontade, quanto à liberdade, quanto à valoração do erro e da ignorância — iriam ser muitas. Em princípio, tantas que a imposição de uma pena, tornada tão dependente da avaliação psicológica (e, como consequência, moral) do agente do crime se tornaria difícil. A única forma de ultrapassar estas dificuldades será — no direito penal, como no

(47) Levy Maria JORDÃO, Visconde de Paiva Manso, *Cours de droit pénal*, Lisbonne, Typ. de Lallemant, 1858, 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

direito político — pressupor um agente homogéneo e monótono, racional, livre e consciente, um agente cuja consciência e a vontade não sofram de limitações; pressuposto que, por muito longe que andasse da prática, constituiu a base da escola penalista, a que se chamou « clássica », da primeira metade do séc. XIX; tal como constituía a base da teoria político-constitucional liberal, no seu conjunto (48), onde a teoria da representação política também pressupunha que os cidadãos estavam conscientes, livres e capazes de resistir à pressão dos outros (nomeadamente dos mais ricos e dos mais sábios) no momento de votar (49).

Tratava-se, evidentemente, de um mito, como míticos eram os fundamentos da teoria constitucional e do direito político da época — « liberdade », « igualdade », « cidadania geral e abstracta ». No caso do direito penal, este mito levava à atribuição a todos de qualidades que, quando muito, apenas pertenciam a uma elite sócio-cultural.

No entanto — tendo em vista o universo social a que este direito penal realmente se dirigia —, este « idealismo » acabava por ser muito « realista »; pois o universo de valores dos grupos dirigentes (a sua « moralidade » e os seus « bons costumes ») correspondia àquilo que a moral kantiana definia como universal. No fim de contas, como os vários romantismos, também os romantismos jurídicos tinham razão — as sociedades eram todos orgânicos, dominadas por valores estabelecidos, longamente estabelecidos, cultivados pelas suas elites sociais, e, logo, « racionais », não cabendo ao legislador — um agente jurídico puramente conjuntural — inovar nestas matérias; antes devendo transformar em lei, formal ou « natural », as concepções morais e políticas (dos grupos) dominantes. E, consequentemente, punir a contravenção a esta lei como um imperativo categórico de retribuição (reconstituição) do mal causado. Resta acrescentar que, no mundo a que este direito se dirigia — um mundo burguês cultivado e masculino —, o pressuposto do livre arbítrio não era muito improvável, mesmo na prática. Salvo nos

(48) Quase o mesmo se pode dizer, por essa altura, dos outros ramos de direito, a começar pelo direito civil.

(49) Estas assunções serão objecto de crítica pelas escolas sociológicas e « realistas », como veremos. Mas, passada esta onda, voltarão, já nos inícios do séc. XX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

casos de patologias mentais, neste mundo só praticava crimes quem realmente queria.

Quanto aos outros, aos que não participavam nesta elite social — que eram muitos: mulheres, rústicos, pobres, nativos das colónias — ou se lhes aplicava, sem comiserações de maior, o direito penal pensado para a elite (50), ou se resolvia as suas situações penais a um 'nível infra-jurídico', que podia ir desde o « tratamento » na esquadra de polícia, à disciplina doméstica ou a medidas administrativas, frequentes, por exemplo, no espaço colonial.

A posição idealista-retributiva tinha, ainda, consequências dogmáticas também importantes. Porque, transformados os bens penais em valores social e moralmente evidentes, já era possível censurar quem os infringisse, usando mal a sua liberdade e desvalorizando a sua própria dignidade; com isto, ao mesmo tempo que se desvalorizava a teoria da tipicidade — ou seja, da descrição legal precisa dos elementos do crime, que agora eram como que intuitivosou estabelecidos em leis fundadas nessa intuição (em leis « conformes ao génio da sociedade », « gravadas na alma de cada homem ») (51) —, põe-se no primeiro plano a teoria do agente, nomeadamente a teoria da culpa, cuja verificação se torna indispensável para se punir ou para graduar a pena, dada a já referida conexão necessária entre liberdade, censurabilidade e culpa.

Um breve percurso pelos meios doutrinais europeus em que se inspirava a criminalística portuguesa pode concretizar a evolução, mapeando uma série de referências que encontraremos nos textos portugueses.

Em Itália, a um período de predomínio da escola utilitarista — que lá tinha propriamente nascido, com Filangieri e Beccaria — segue-se, naturalmente, um período de aplicação dos seus postulados, com o primado da política criminal, traduzida ou não em projectos de codificação. Na Alemanha, autores muito influentes,

(50) Ou seja, pressupondo neles os cânones morais e os modelos de juízo ou avaliação dos comportamentos próprios das elites.

(51) Anote-se apenas como esta ideia do carácter imanente dos valores penais podia desvalorizar nitidamente conceitos que mais tarde se haviam de afirmar como cardinais na dogmática do direito penal, tal como a necessidade da anterioridade da lei penal incriminadora em relação ao facto punível (*nullum crimen sine lege*), que parece voltar a ser um critério decisivo apenas para a doutrina alemã, com von Liszt e Binding.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

como P.-J. von Feuerbach (52), orientam-se no mesmo sentido, criticando a existência de um direito criminal baseado na natureza das coisas, bem como uma concepção de punição baseada na culpa e, logo, na liberdade do agente. Neste sentido, Feuerbach opõe-se ao idealismo de Kant, ao considerar que a pena não é a retribuição moral de um mal livremente causado, mas uma pena *cívica*, imposta pela lei do Estado, em vista de certos objectivos de política social.

Apesar de disto, a semente idealista não tinha caído em chão estéril, tanto mais que estava de acordo com a sensibilidade mais profunda do romantismo. Assim, em termos menos rigorosos do que os do legado kantiano, produz-se uma reacção contra esta criminalística reduzida à política criminal e à correspondente legislação, aspirando-se a uma ciência do direito penal que, pelo contrário, decorresse « dos princípios de onde devem derivar, a nosso ver, as leis da justiça criminal [...] », como escreve Pellegrino Rossi(1787-1848), no « Préface » da edição em francês do seu *Traité de droit pénal* (53). Tende-se, nas palavras de Rossi, para um direito penal baseado « na justiça intrínseca da punição derivada da imoralidade do facto praticado » (54); uma justiça intrínseca, fundada na natureza

(52) Paul-Johann A. von FEUERBACH (1775-1833; *Über die Strafe als Sicherungsmittel*, 1800; *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1801. Sobre ele, v. *http://en.wikipedia.org/wiki/Paul-Johann-Anselm-Ritter-von-Feuerbach*. Reprint, Paul Johann Anselm von FEUERBACH, *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts* […] *mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen*...hrsg. von [ed. por] Karl Joseph Anton Mittermater. - 2. Neudruck der 14. Aufl. Giessen 1847. - Aalen, Scientia Verlag, 1986. - XXXII, 878 p.. Feuerbach foi o renovador da teoria de que o fim das penas era a prevenção geral de atentados contra certos princípios invioláveis de conduta: media a pena pela gravidade dos actos e pela perigosidade e intensidade dos impulsos do criminoso.

(53) Bruxelles, Louis Hauman et Cie., 1835. É certo que o autor não desconhece de que modo esta orientação filosofante contrariava a anterior orientação prático-utilitarista: « As teorias inspiram naturalmente muita desconfiança; mas, seja como for, elas insinuam-se em tudo; mais ou menos completas, dominam sempre as acções dos homens, saibam-no eles ou não. Nunca se escapa ao império dos princípios gerais; o mundo pertence-lhes, sendo uma glória para o homem-*ter* que lhes obedecer ».

(54) Cit. por F. PALMA, « Do sentido [...] », 371. Pellegrino Rossi não é um penalista de profissão, mas antes um jurista de muitos interesses e, sobretudo, voltado para uma « teoria política do governo », um pouco como o português Basílio Alberto de Sousa Pinto. Sobre Rossi, v. Mario SBRICCOLI, « La penalistica civile [...] », cit., 150; o primeiro penalista especializado é, de facto, Giovanni Carmignani (professor em Pisa,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que, afinal, coincidia com a ordem estabelecida, ao serviço da conservação da qual o direito penal se deveria colocar.

5. *A escola « neo-clásica » (ecletismo, retribuição mais reeducação).*

As correntes retributivas — sob vestes variadas, desde as de inspiração teológica (55), até às filiadas na filosofia de Hegel (56) — continuaram a influenciar a criminalística, ao longo da segunda metade do século XIX, com prolongamentos no século XX (57), formando uma constelação eclética — misto de continuidade e de reacção frouxa —, a que alguns chamam « Escola neo-clássica ».

Na verdade, o dogmatismo axiológico da Escola clássica, o carácter abstracto com que olhava o crime e a sua aparente desconsideração em relação a questões como a política criminal concreta — centrada na utilidade social (prevenção geral: defesa de valores político-sociais concretos, prevenção da criminalidade, como no

---

então o mais importante centro universitário nesta área), autor de uma *Teoria delle leggi di sicurezza sociale*, 1831 (*ibid.*, 151).

(55) Cf. v. BAR *et al.*, *A history of continental criminal law [...]*, cit., 464 ss. (Schleiermacher, Stahl, Daub).

(56) Cf. v. BAR, *et al.*, *A history of continental criminal law [...]*, cit. p. 460 ss. Hegel considera a pena como a negação do mal e a restauração dialéctica do bem (*Grundilinien der Philosophie des Rechts*, §§ 82 ss.), A pena visava tornar consciente no espírito do criminoso o mal cometido, restaurando aí o seu sentido do direito. No caso dos crimes, em que o direito é objectiva e subjectivamente repudiado pelo criminoso, é necessário mostrar por meios externos que o mal não prevalece (*i.e.*, a sua não realidade, a sua contradição com o a razão universal). Estes meios de « anular » o mal hão-de corresponder à gravidade da violação do bem causada pelo crime, à importância dos valores ofendidos; tal a valoração, no entanto, incumbe ao Estado, como garante da racionalidade da vida política.

(57) Julius von KIRCHMANN (1802-1884; *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral als Einleitung in das Studium rechtsphilosophischer Werke.* 1873; *Erläuterungen zu Kant's Metaphysik der Sitten*, 1882; sobre ele, *http://de.wikipedia.org/wiki/Julius-von-Kirchmann*) converte o imperativo categórico de Kant num dever absoluto de obediência em relação a qualquer autoridade estabelecida; cf. v. BAR *et al.*, *A history of continental criminal law [...]*, cit., 487. Franz v. Liszt (1851-1919; *Das deutsche Reichstrafrecht*, Berlín/Leipzig, Ed. J. Guttentag, 1881) tem um prcurso mais matizado. V. adiante; também, von Bar *et al.*, *A history of continental criminal law [...]*, cit., p. 492). O mesmo se passa com Karl Lorenz BINDING: 1841-1920; *Grundriss zur Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht*, 1879; *Handbuch des Strafrechts*, 1885; *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, 1905 (*ibid.*, p. 492 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

caso de Feuerbach) ou na utilidade do próprio criminoso (na sua correcção: prevenção especial, correcção) — suscitaram, como reacção, o aparecimento de outras correntes, das quais a mais influente em Portugal é a que salienta a função educativa ou correccional (correctiva) da pena.

Esta teoria abandonava a ideia de um criminoso absolutamente responsável e capaz, suporte suficiente para uma censura moral sem restrições, para o considerar como um adulto carecido de educação no sentido de uma socialização adequada, como um indivíduo nas fronteiras da normalidade, ainda incapaz de entender os limites do bem e do mal, mas corrigível (58) (um « garoto »; o crime, uma « garotice » [Bubenstück, F. Groos]). A ideia de correcção obrigava a abandonar o modelo de um homem abstracto, reduzido apenas a uma consciência moral universal, sem particularidades de carácter e de inserção na sociedade; e a considerar factores de individualização. Deixava de haver crimes (i.e., abstractos atentados a valores), passando a haver, antes, criminosos, que ofendiam esses valores, mas com motivos particulares e específicos. Assim a responsabilidade teria que ser avaliada, não em abstracto e apenas perante a magnitude do mal cometido, mas em concreto, tidas em linha de conta as circunstâncias de cada delinquente, não só para punir justamente, mas também para punir utilmente; já que, agora, as virtualidade reeducadoras da pena passam a contar. A pena deveria contribuir para a ressocialização do criminoso (59) e para a sua reintegração na rede de solidariedades e de mutualidade de serviços que sustentava a sociedade (60).

Este carácter reeducador da pena traz para o proscénio as questões de política penitenciária, naturalmente descuradas pela escola clássica. Daí a importância dos trabalhos de Charles Lucas

(58) Logo, diferente do louco ou tarado.

(59) Nesta perspectiva, a questão da culpa quase não tinha relevância, já que o que interessava era o estado objectivo de deseducação do criminoso.

(60) Note-se que, nesta perspectiva, os crimes políticos, nomeadamente os crimes cometidos por razões ideológicas (como a rebelião), dificilmente poderiam ser considerados como puníveis, pois se alguma coisa representavam, não era uma atitude irresponsável, mas talvez hiper-responsável.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(1803-1889), fundador da *Société générale des prisons* e autor de um livro traduzido em português (61).

Os principais representantes desta corrente são, em França, François Guizot (1787-1874) — o todo poderoso ministro de Luís Filipe —, autor de um *Traité de la peine de mort en matière politique* (1822), o italiano Pellegrino Rossi (1787-1848), autor de um *Traité de droit pénal* (1829), e Joseph-Louis E. Ortolan (1803-1873), autor de várias obras de direito penal. E, na Europa central, F. Groos (62), K. Krause e H. Ahrens (e William Belime (63), embora estes últimos mais no plano da fundamentação filosófica das anteriores posições).

5.1. *O correcionalismo de K.-F. Krause e a sua influência em Portugal (meados do séc. XIX).*

É de destacar a influência que, quer K. Krause, quer de H. Ahrens, tiveram na Península Ibérica (64). Karl Christian F. Krause

---

(61) Charles LUCAS, *História do sistema penitenciário na Europa e nos Estados-Unidos da América, trad. em portuguez pelo Dr. José Cardoso Braga*, [S.l., s.n.] (1836, Lisboa, Imp. de M. de J. Coelho); mais importante foi, porém, o seu livro *Réforme des prisons* (1836-1838).

(62) Friedrich GROOS, *Der Skepticismus in der Freiheitslehre in Beziehung zur strafrechtlichen Theorie der Zurechnung*, Heidelberg, Engelmann, 1830.

(63) *Philosophie du droit, ou cours d'introduction a la science du droit*, Paris, [sn], 1844-1848).

(64) Cf., em resumo, v. BAR, *A history of continental criminal law [...]*, cit., p. 444. Sobre a influência de Krause em Espanha e Portugal, Elías DIAZ, *La filosofía social del Krausismo español*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1973; Gustavo Bueno Sánchez, « Historiografía del krausismo y pensamiento español », em *http://www.filosofia.org/mon/kra/k1997gbs.htm*; Enrique M. UREÑA y Pedro ÁLVAREZ LÁZARO (eds.), *La actualidad del krausismo en su contexto europeo*, Editorial Parteluz, Madrid 1999; P. MAYOBRE, *O Krausismo en Galicia e Portugal*. Edicións do Castro. A Coruña, 1995; Luís Cabral DE MONCADA, « Subsídios para a história da filosofia do direito em Portugal (1772-1911) », em *Bol. Fac. Direito Coimbra*, 1938; *O krausismo em Portugal*, Braga, Universidade do Minho - Centro de Estudos Lusíadas, 2001; António BRAZ TEIXEIRA. « A reacção espiritualista em Portugal: krausismo e eclectismo - primeira parte », em: *Ciências Humanas,* Rio de Janeiro, número 17 (abril/junho 1981): pg. 32-40; « A reação espiritualista em Portugal: krausismo e eclectismo - segunda parte », em *Ciências Humanas,* Rio de Janeiro, n^0 18/19 (julho/dezembro 1981): pg. 32-41. Ahrens insiste na restauração do sentido da ordem jurídica, mas no espírito do criminoso, com o que se afasta das teorias absolutas ou categóricas, que se referem a uma reconstituição *objectiva* do direito.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(1771-1832) (65) era um jusnaturalista algo eclético, tal como Heinrich Ahrens (1805-1874), que se tornou num divulgador do segundo, sobretudo nos países latinos, pois as suas obras principais foram publicadas em francês (66). Krause era muito claro em considerar a pena como um meio de educação, equiparando portanto o criminoso a um incapaz sob tutela, exercida para seu bem; nesta medida, o indivíduo não era funcionalizado em relação aos interesses da comunidade, o que permitia a Krause salvaguardar os fundamentos éticos individualistas que bebera de Kant. Mas, por outro lado, falta aqui o realce dado por Kant à ideia de retribuição (castigo) pela quebra dos valores jurídicos, porque a aplicação de uma pena é mais um remédio do que uma sanção, devendo ser aplicada de forma a não atentar contra a dignidade do criminoso (« Punir ni plus qu' il n'est juste, ni plus qu' il n'est utile »). Estas ideias, numa altura em que permaneciam ainda muito das antigas concepções terroristas e expiatórias da pena, não podiam deixar de causar perplexidades (67).

A influência de K. Krause exercia-se, entretanto, por intermédio de Vicente FerrerNeto Paiva (68), Dias Ferreira e Rodrigues de Brito, no domínio da filosofia do direito, de onde passava, porém, para o direito penal, dando origem a um pensamento algo eclético.

Por um lado, parece que alguns dos penalistas portugueses destes meados do século — nomeadamente Basílio Alberto de

(65) Karl Christian Friedrich Krause; sobre ele, v. *http://en.wikipedia.org/wiki/Karl-Christian-Friedrich-Krause*.

(66) *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit* (Bruxelles, 1836-39). H. Ahrens foi um discípulo de KRAUSE: *Grundzüge des Naturrechts und der Rechtsphilosophie* (2ª ed., 1860). Sobre ele, Max KLÜVER, *Sozialkritik und Sozialreform bei Heinrich Ahrens*, Dissertation, Hamburg 1967.

(67) Cf. v. BAR, *A history of continental criminal law [...]*, p. 445 s.

(68) Cf., sobre ele, Mário Reis MARQUES, « A Determinação do 'Principio do Direito' em Vicente Ferrer Neto Paiva »; Fernando CATROGA. « Individualismo e Solidarismo. De Ferrer ao Sociologismo Juridico »; A. Castanheira NEVES. « O Liberalismo juridico de Vicente FERRER DE NETO PAIVA: terá errado simultaneamente Kant e Krause », todos em *Vicente Ferrer Neto Paiva. No segundo centenário do seu nascimento, a convocação do Krausismo*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Stvdia Ivridica 45, Coloquia 4, 1999, pp. respectivamente: 171-194: 131-149; 195-210 e A. Simões DIAS. *A filosofia do Direito de Vicente Ferrer*, Lousã, Câmara Municipal da Lousã, 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sousa Pinto — professavam um dogmatismo ético-jurídico que considera a pena somente como um castigo que retribuía o atentado aos valores jurídicos da comunidade. Fossem eles imanentes e, logo, nem sequer carecendo de uma especial positivação pelo Estado se não fora o estabelecimento do princípio da legalidade no direito penal com o advento do Estado de Direito; ou dependessem eles de uma expressa declaração pelo Estado, por não gozarem da generalidade e evidência que a filosofia kantiana neles supusera. A primeira linha corresponde à filosofia do direito de Kant; a segunda, à de Hegel, reforçada pelas exigências, já referidas, do princípio da legalidade, e, por isso, destinada a-*ter* uma influência mais permanente na penalística (69). Por outro lado, com esta filosofia « retributiva » (70) combinava-se, porém, o contributo das ideias de prevenção especial (correcionalistas, com as de Krause e Ahrens), chegando-se a uma concepção eclética ou compromissória dos fins da pena: o crime era (i) um facto que negava a racionalidade do direito, (ii) a qual devia ser purgada (purificada) pela punição, (iii) nomeadamente na consciência do agente, de modo a reeducá-lo.

Nesta combinação tripartida, a ideia retributiva constituía o elemento hegemónico. O idealismo, a soberania dos grandes ideais, e o correspondente desprezo pelos objectivos práticos e por todas as formas de empiricismo, caracterizam este meio século, principiológico e elitista. No entanto, a ideia retributiva não escapava, como vimos, aos apelos sensatos dos que achavam que o direito penal tinha que cooperar nos fins práticos da vida em

(69) Sendo retomada, já nos anos '80 do séc. XIX, pela teoria normativa (Normentheorie), uma recuperação mais tardia da 'escola clássica' que considerava a pena como o castigo da desobediência à ordem penal estabelecida (representada, então, pelo 'primeiro Liszt' [*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1871 (26 eds. até 1932)] e, sobretudo, por Karl Binding),1841-1920; principais obras: *Die Normen und ihre Übertretung* [As normas e a sua violação] (1872-1919); *Die Schuld im deutschen Strafrecht* [A culpa no direito penal alemão] (1919). A sua fama, porém, deve-se às suas teorias penais sobre o suicídio e a eutanásia, que legitimavam a legitimicdade do extermínio das vidas « indignas de viver » (*Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwertem Lebens* [A legitimidade da destruição das vidas indignas de viver], 1920), utilizado, depois, para justificar os programas de eutanásia e assassínio em massa dos nazis.

(70) Por contraste com as concepções 'utilitaristas', clássica (prevenção geral) ou 'correccional' (prevenção especial).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sociedade e, com isso, ia perdendo a sua pureza. E, de facto, a prevenção geral e a prevenção especial iam-se combinando num utilitarismo de dupla face. Na verdade, entregar ao Estado a definição dos valores penalmente protegidos equivalia a uma aproximação do utilitarismo político-social, em que o direito penal era posto ao serviço de uma ordem estadual. Por outro lado, destacar a função reeducadora da pena era sublinhar a *utilidade* do direito penal, agora na consecução de um aperfeiçoamento individual, no sentido dos valores definidos pelo Estado. Tudo somado, o direito penal « estadualiza-se », transformando-se num instrumento com o qual o Estado educa os cidadãos naqueles valores que por ele foram antes definidos — na lei penal — como fundamentos do convívio social.

Isto explica o peso do « utilitarismo » em Basílio Alberto de Sousa Pinto — referida por F. Palma (71). Na avaliação da imoralidade do facto do praticado, a medida não era tanto a dimensão subjectiva da *culpa* do agente, mas o critério *objectivo* da desconformidade com os padrões de conduta socialmente — ou melhor, estadualmente — esperados. Senão, veja-se: « A opinião de Rossi é, que se atenda à natureza do direito violado e à moralidade do agente; mas que meios tem justiça humana para conhecer os diversos quilates da natureza do acto e a moralidade do agente ? [...] esta doutrina da Rossi, suposto possa-*ter* muita aplicação, é todavia deficiente, porque a consciência pública pode achar-se desvairada por prevenções, prejuízos e interesses » (*Lições* [...] 1845, p. 64). Ou seja, era preferível a fiável e estabelecida moral social, declarada nas leis, a uma sabe-se lá que moral imaginada pelo intérprete ou interiorizada pelo agente. Anos mais tarde, o seu discípulo Levi Maria Jordão, explicará isto mais claramente, ao comentar a definição de crime do Código Penal de 1852 (art. 1): « *Declarado punível pela lei penal...* Não quer o Código dizer com isto que fica ao arbítrio dos homens designar quais as acções que são ou não criminosas; uma tal proposição iria abalar todos os princípios do direito e da moral; « dizer que só é justo ou injusto o que as leis positivas mandam ou proíbem — escreveu Montesquieu — é dizer que antes de se traçar o circulo os raios não eram

(71) « Do sentido [...] », p. 366 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

iguais ». O autor do *Espírito das leis* tinha razão; o direito é um principio absoluto superior ao homem; à inteligência incumbe descobri-lo e à vontade executá-lo e todas as vezes que a lei não for a expressão exacta desse principio é injusta, é arbitrária. O Código pois, partindo do principio de que o Legislador se deve guiar pelo justo, não quis estabelecer uma doutrina errónea, mas sim um principio de segurança para os cidadãos, declarando-lhes que só a lei, e não a vontade do poder executivo ou judiciário, pode significar quais as acções, que aos olhos do direito são criminosas » (72). Em suma, Basílio Alberto (nas suas *Lições [...]* de 1844-45) (73) rejeitava o utilitarismo mais instrumentalizador do sujeito (p. 60), mas afastava-se também do doutrinarismo moral de P. Rosssi, por temer o seu subjectivismo. Era um doutrinário conservador: preferia a referência ao direito estabelecido na consciência pública, um direito que, progressivamente, se ia, todavia, positivando nas novas instituições do direito penal liberal (*Lições [...] de 1861*, 61) (74). Hesita na questão da punição dos crimes

(72) Levi Maria JORDÃO, *Commentario ao codigo penal portuguez*, Lisboa: Typ. de José Baptista Morando, 1853-1854. 4 vols., I, 8. Note-se, no entanto, que Jordão era um correcionalista, combinando este dogmatismo — ratificado pelo « Estado racional » — quanto aos princípios que deviam orientar a definição do crime com objectivos utilitaristas, de correcção do delinquente, no plano dos fins das penas: « Em conclusão pois, se o crime perturba o estado-de-direito; se o Estado, pela obrigação que tem de o manter, deve restabelecê-lo quando perturbado; se para isso carece de meios ou condições, e estas são as penas, como nós as determinámos, é certo que o Estado tem o direito de as impor, tem o direito de punir. O fundamento portanto deste direito é a natureza e fim racional do Estado; o seu fim, o restabelecimento do estado-de-direito perturbado pelo crime [remete para a lição de Krause] », ult^{a} pág.

(73) Haverá uma 'sebenta' litografada de 1844/845 (que não se encontrou); *Lições de direito criminal, redigidas segundo as prelecções oraes do Illm^{0} Sr. Basílio Alberto de Souza Pinto, feitas no ano lectivo de 1844-45 e adaptadas às Instituições de direito criminal portuguez de Pascoal José de Mello Freire, por Francisco d'Albuquerque e Couto e Lopo José Dias de Carvalho, estudantes do 5^{0} anno de Direito*, Coimbra, Imprensa da Universidade; *Lições de direito criminal portuguez (...) segundo as prelecções oraes do excelentissimo senhor Basílio Alberto de Sousa Pinto, redigidas (e) impressas com a sua permissão por A.M. Seabra d'Albuquerque*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1861.

(74) Esta proximidade entre consciência pública e leis era uma das características do romantismo político, em que Basílio Alberto se enquadra. V. António Manuel HESPANHA, *Guiando a mão invisível. Direitos, lei e Estado no liberalismo monárquico*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contra a religião, pouco compatível com uma equívoca garantia constitucional (75) — que recusa nas *Lições* de 1845 (p. 149), mas aceita nas de 1861 (76); continua a criminalizar todos os factos que ofendam a moral pública e os bons costumes, com excepção daqueles em que a publicidade conferida pela perseguição criminal possa agravar ainda a dissolução moral. Era, na verdade, mais sensato passar uma esponja sobre um atentado sórdido aos valores sociais do que alardear em público a sua ocorrência (77). António Luís Henriques Seco (78), lente de 1861-1879, manteve a orientação de Basílio Alberto.

Como noutros ramos de direito, o *idealismo positivava-se*.

De resto, as questões políticas envolvidas no direito penal — que eram muitas e muito evidentes, como a questão da ordem pública, desde a repressão do bandidismo rural, ao dos tumultos e das « comoções » urbanas, até à criminalidade puramente individual, largamente endémica — tinham sempre uma válvula de escape: a « polícia ». Na verdade, muita da repressão penal exercia-se sobre

---

português, Coimbra, Almedina, 2004, 11.2.1; remetendo para Pierre ROSANVALLON, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1996.

(75) A *Carta*, embora perfilhasse a doutrina da religião de Estado (art. 6), dispunha, no art. 145, § 4 que « Ninguém pode ser perseguido por motivos de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a Moral Pública ». Sobre as relações entre direito e religião nesta época, v. Cristina NOGUEIRA DA SILVA, « Cidadania e tolerância religiosa no Ultramar português no séc. XIX » (a publicar brevemente em *História constitucional*).

(76) Influência da concordata, entretanto celebrada (1857) ?; ou, simplesmente, a ideia conservadora de que « sem religião não há para a sociedade ordem e segurança possível » (Cf. F. PALMA, « Do sentido [...] », 178).

(77) Isto passava-se, nomeadamente, na esfera da moral sexual; mas o princípio era extensível a outros campos, sempre que fosse mais razoável salvar as aparências a excitar o escândalo público.

(78) António Luís Henriques SECO, « Do direito criminal na Escola », *Rev. Leg. Jur.*, 5 (1872 a 1875), 37; « Direito criminal. Elementos de direito criminal. Teoria da coacção », *Rev. Leg. Jur.*, 8(1876), 394-397; Henriques Seco (com a colaboração de Emídio Garcia e Paiva Pitta), *Lições litografadas de 1878/879* (não encontradas); Manuel DIAS DA SILVA, & Manuel de Oliveira CHAVES E CASTRO, (1882-1883) — *12ª cadeira. 4º anno 1882-1883*, Coimbra, Lytographia Academica, Rua das Cosinhas; (sebenta litografada — 1 vol., 685 + 32 pp. [sobre a organização judiciária]). Também: Henriques Seco (1881), *Codigo penal portuguez, precedido pelo decreto com força de lei de 10 de Dezembro de 1852, seguido de um appendice e annotado por Antonio Luiz de Sousa Henriques Secco* Coimbra, Imprensa da Universidade, 1881.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

camadas populares não integradas no universo político do Estado liberal: e que este, expeditamente, tratava com medidas de polícia, e não com medidas penais: vigilância policial, chanfalho, « passagem » pelo posto de polícia (com eventual « correctivo » ou « abanão »), detenção meramente fáctica ou policial. Este mundo de práticas punitivas infra-penais não se reflectia nem na legislação nem na dogmática. A morte pelo chanfalho, durante uma carga de cavalaria, não era a « pena de morte »; a detenção arbitrária nos calabouços da polícia urbana ou à ordem de um cabo de esquadra rural não era um atentado à segurança (antes, frequentemente, uma garantia da segurança dos outros). A proibição ou dispersão administrativas de uma manifestação popular não bulia com as liberdades de reunião, nem a repressão dos rumores e boatos com a liberdade de expressão. Tudo isso fazia parte de um outro mundo, situado no poder disciplinar da administração, a quem competia zelar pela ordem pública (79).

Só quando estavam em causa os bens jurídicos relevantes para os grupos politicamente integrados (segurança pessoal, propriedade, liberdade de expressão, de consciência, de ordeira reunião) é que se entrava claramente nas áreas do direito penal e da sua dogmática.

Era esta dualidade que fazia com que o direito penal acabasse por ser um ramo quase tão liberto de tensões como o direito civil e, neste sentido, claramente menos visível, para o grande público, do que o direito político ou constitucional. A penalística, liberta das grandes questões políticas, uma vez estabelecidas as liberdades burguesas, vive num ambiente de acalmia, podendo tender ou no sentido de um saber exegético da legislação criminal, ou no sentido de um saber mais construtivo, preocupado com questões dogmáticas como a teoria da interpretação e da integração da lei penal, a teoria da culpa, da tentativa, do concurso de crimes, das circunstâncias de agravamento ou de atenuação das penas, na linha do que, em Itália, estava a ser feito pelo fundador da escola criminal *clássica*, Francesco Carrara (*Programma del corso di diritto criminale*, 1860), que, aí, gozará de uma hegemonia de cerca de 30 anos, referindo os aspectos

(79) V., sobre a repressão criminal neste mundo 'infra-jurídico', José SUBTIL, *O Vintismo e a Criminalidade*, Lisboa, Universidade Nova, 1986 (tese de mestrado).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

técnicos da tradição doutrinal do direito comum à nova situação legislativa e jurisprudencial (80).

Claro que algumas questões políticas permaneciam em aberto, como a da punição das ofensas à religião católica, a da punição dos crimes políticos (81), a abolição da pena de morte e a criminalização das associações (nomeadamente operárias). Como ficavam de fora a questão da escala penal (na qual entravam questões como a da pena de morte e dos trabalhos públicos), bem como a organização carcerária e a das suas finalidades.

Porém, muitas destas questões, que podiam ser naturalmente relacionadas com a visão filosófica de um direito penal visando retribuir o mal, voltam a ser colocadas, de novo, num plano prático-utilitarista, como se a questão do fundamento e finalidade do direito de punir estivesse ultrapassada, novamente na base de um positivismo legalista que definia as penas como « o mal que, em conformidade com a lei do Estado, os magistrados infligem àqueles que são, de acordo com as formalidades devidas, reconhecidos como culpados de um delito » (Carrara, 1871, cit. por Mário Sbriccoli), no âmbito da ideia, de novo utilitarista, de que « o fim primário da pena é restabelecimento da ordem externa da sociedade » (Carrara), para isso devendo ser o castigo ser penoso fisicamente ou moralmente, exemplar, certo e irremediável, pronto, público, divisível e maleável (82), reparável em casos de erro, adequadas ao crime, na sua qualidade, quantidade e grau (idem, *ibid.*, 168).

5.2. *Codificação e reforço do legalismo.*

E, na verdade, as grandes questões dogmáticas estavam ultrapassadas, agora que, por meio de códigos ou de legislação avulsa, a nova ordem tinha definido os bens sociais a proteger e, por isso, o novo elenco, positivo-legalista, dos crimes. A esta situação se adequava bem a reformulação doutrinal que, com origem na

(80) Cf. Mário Sbriccoli, « La penalistica civile [...] », 160 ss.

(81) Trazida para a ordem do dia pela agitação político-social dos anos quarenta a setenta (Maria da Fonte, Remexido, João Brandão), tal como na Itália o seria pelo banditismo do início dos anos '60.

(82) Embora esta maleabilidade coloque, de novo, a questão da certeza.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alemanha (Kant, Hegel, mais tarde Franz v. Liszt e K. Karl Binding (83)), assimilava o crime a uma violação da ordem jurídica positiva, a qual consubstanciava o modo como o Estado definia os valores de salvaguarda indispensável e o modo de punir o seu desrespeito.

Esta ênfase no papel do Estado na instauração da ordem, faz com o direito penal seja considerado como um ramo do direito em que o que está fundamentalmente em causa é a relação entre quem pune (o Estado) e quem é punido (o criminoso). Um terceiro elemento — no entanto, fundamental na relação criminosa, a vítima — desaparece de cena (84), pois o Estado, como auto-suficiente garante dos interesses sociais — que se supõe serem interesses apenas e exclusivamente públicos —, não concede ao titular dos interesses ofendidos grande espaço para cooperar ou participar na acção penal, a não ser sob a figura de « assistente » (85). Subjacentes a esta marginalização estão duas ideias. A primeira é a de que o tempo da vingança privada tinha passado e que, a bem da racionalidade da reacção penal, bom era que o ofendido — ferido, fora de si e vingativo — estivesse ausente do centro da acção penal. A outra era a de que os interesses da vítima (nomeadamente, patrimoniais ou traduzidos em reparações deste tipo) estavam protegidos pelas competentes acções de direito civil (indemnização por perdas e danos). Tudo o que fosse a mais do que reparar danos, era da conta do Estado, já que, a mais dos danos privados, só havia danos públicos, de que o Estado era o nato curador.

---

(83) Sobre estes, v. adiante.

(84) Como muito bem notou Rita Garnel, num artigo pioneiro sobre este desaparecimento da vítima (« A vítima e e o direito penal português (séc. XIX) », em Pedro TAVARES DE ALMEIDA & Tiago PIRES MARQUES, *Lei e ordem. Justiça penal, criminalidade e polícia. Séculos XIX e XX*, Lisboa, Livros Horizonte, 2006, 45-66). O início deste processo dá-se ainda no Antigo Regime, com o surgir de crimes que tutelam valores puramente públicos (a lesa majestade, nas suas duas vertentes, de lesa-majestade divina e humana, a sedição, a assuada, etc.).

(85) A figura do 'assistente', como alguém que auxilia subsidiariamente o Estado na perseguição do criminosos, nunca deixa de existir. Aparece na Constituição de 1822, art. 196, a propósito dos crimes dos funcionários, disposição que reaparece, ampliada, na Carta Constitucional, art. 124. Em todo o caso, trata-se de casos raros e em que se teme a conivência dos poderes estabelecidos com os seus funcionários.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Paralelamente a este apelo estadualista não cessara, entretanto (em Portugal como em Itália), o movimento codificador, nem com o fracasso do Código de 1837 (86), nem com o doutrinarismo — e consequente desvalorização da lei — da escola « clássica » (entenda-se Basílio Alberto - Henriques Secco). Em 1845 (dec. 10.12), foi criada uma Comissão encarregada de redigir um novo Código Civil e Criminal. Perante a inanidade desta, a tarefa foi, em 1850, atribuída ao Visconde de Seabra, que apresenta um projecto em 30 de Setembro de 1852, aprovado por dec. 10.12 do mesmo ano e ratificado em cortes a 1.6.1853. Embora a Comissão elaboradora não tivesse publicado qualquer justificação de motivos, detecta-se que as suas fontes são, no plano legislativo, o Código Criminal de Napoleão de 1810, o de Nápoles de 1819, o brasileiro de 1831 e o espanhol de 1848; no plano doutrinal, principalmente a doutrina italiana (P. Rossi) e francesa (Chaveau e F. Hélie) da época (87). As suas soluções (88) são criticadas no próprio parlamento (89) pelos dois nomes mais sonantes da criminalística portuguesa contemporânea — Levy Maria Jordão (90) e Francisco António F. da Silva Ferrão (91).

---

(86) Cf. José Manuel DA VEIGA, *Código penal da Nação portuguesa, Lisboa*, Imprensa Nacional, 1837.

(87) Cf. Eduardo CORREIA, *Direito criminal [...]*, cit., 107; Levi Maria JORDÃO, *Commentario ao Código Penal [...]*, xviii.

(88) A pena de morte, que não se executava desde 1846, é mantida. Outros defeitos são, na opinião de Eduardo Correia, as limitações excessivas à liberdade religiosa e de associação, a consagração da morte civil, a falta de regulamentação da pena de prisão (em todo o caso, v. Francisco de Almeida [Francisco DE ALMEIDA, *Breves considerações sobre a necessidade e meios de melhorar as prisões em Portugal*, 1834] e a tradução de Ch. Lucas, antes citado).

(89) Pelo par Silva Ferão e pelo deputado Melo e Carvalho (7-8.4.1853). Defesa na *Gazeta dos Tribunaes*, n. 1665 (1853).

(90) No seu *Cours de droit penal*, Typ. De Lallemant et Cie., 1858; o curso fora o resultado de uma série de lições, dadas em 1854 no Instituto de Coimbra. A sua publicação em francês explica-se pelo facto de ser dedicado a Edouard Laboulaye e a Carl Joseph Anton Mittermaier, professor em Heidelberg e deputado liberal no Parlamento da Pauls Kirche, em Frankfurt, em 1848; *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über dem Strafverfahren*, 1856); *Die Todesstrafe*, 1862), promotor da codificação penal na Alemanha, bem como pelo desejo do autor de se tornar conhecido em França e na Alemanha, donde vinha a sua inspiração.

(91) Na sua monumental *Theoria do direito penal applicada ao Codigo Penal*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Jordão começa por criticar o seu ecletismo, notando nele a falta de harmonia e sistematicidade que a doutrina jurídica organicista e proto-conceitualista dos meados do séc. XIX requeria aos seus vários ramos (92). Aqui, sobretudo, faltar-lhe-ia a fonte teórica de toda a regulamentação — o fundamento do direito de punir (93), não se decidindo entre o utilitarismo e o moralismo retributivo. Para além de defeitos particulares e de um espírito pouco liberal, nomeadamente no que respeita às liberdades de consciência e de associação.

Quanto a Silva Ferrão (94), é mais moderado na crítica, embora ela parta também de uma censura à deficiente fundamentação teórica do novo código. Embora o autor valorize o sistema como « uma arte de bem combinar e de bem usar as ideias », recusa a ideia de que, nomeadamente numa obra legislativa tudo possa decorrer de uma teoria, por muito autorizada que fosse (cf. *Theoria do direito penal [...]*, cit., xiv). Em todo o caso, como pensa também que o direito penal é uma ciência, « tanto em sentido puramente filosófico, como sob o ponto de vista social » (*ibid.*), procura na sua longa obra

---

portuguez comparado com o Codigo do Brazil, leis pátrias, codigos e leis criminaes dos povos antigos e moderno [...], Lisboa, Typ. Universal, 1856-1857, 8 vols.

(92) « [...] a legislação deve formar um sistema completo, É tão absurdo intercalar-lhe partes heterogéneas sem-*ter* coordenado todas as outras disposições, como pretender reparar a perda de um membro no corpo organisado com outro de qualquer indivíduo », *Commentario [...]*, cit., p. xix.

(93) Tema a que Levi Maria Jordão dedicara uma monografia, anos antes: *O fundamento do direito de punir*, 1853, confessadamente inspirado na obra de K. Krause, por intermédio de K. Roeder (« O sistema, que temos apresentado, é no essencial, o mesmo de Roeder, filósofo alemão da escola de Krause. A noticia, que dele tínhamos unicamente pela obra de Ahrens tinha-nos feito inclinar à sua ideia fundamental, desde que estudámos o direito penal; agora porém que podémos alcançar a sua obra, *Zur Begründung der Besserungstheorie* [Heidelberg, 1847], mais nos confirmamos em nossa opinião, posto que em algumas coisas discrepemos do ilustre criminalista [...] », nota final (n. 26)); sobre Roeder, V. BAR, *History of continental criminal law [...]* . cit., 446 (obra principal: Karl David August ROEDER, *Besserungsstrafe und Besserungsstrafanstalten als Rechtsforderung, eine Berufung an den gesunden Sinn des deutschen Volks*, Leipzig [u.a.], Winter, 1864; *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen: eine kritische Vorarbeit zum Neubau des Strafrechts*, Wiesbaden, Niedner, 1867).

(94) Levy Maria JORDÃO (ou Visconde de Paiva Manso (1831-1875), *Commentario ao codigo penal portuguez*, Lisboa, Typ. José Baptista Morando, 1853-1854.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« alcançar o conhecimento da *verdade*, como *base* de toda a nossa Teoria » e, com isto, estabelecer as bases para um novo código que, ao contrário do então vigente, fosse « fundado nos princípios da filosofia, ligadas, por um laço indissolúvel, a moral e a politica, a razão e a civilização do século » (*ibid.*, 64).

É nomeada uma nova Comissão para o modificar, composta pelos anteriores críticos e por Basílio Alberto de Sousa Pinto. Jordão apresenta um projecto em 1861 (95), inspirado no correcionalismo de Roeder. Levado às cortes no mesmo ano, não é discutido; o mesmo acontecendo em 1864, ano em que Jordão refunde o seu projecto. Parte do projecto é consagrado na lei de 1.7.1867, que abole a pena morte e de trabalhos públicos, adoptando o sistema de isolamento carcerário (96) (mais próximo, portanto, do sistema de Filadélfia do que do de Auburn) (97).

Entretanto, no ensino …

De 1836 a 1841, o lente de Direito criminal é Liz Teixeira, que continua a adoptar o compêndio de Melo Freire (98). No ano de 1841/2, o direito criminal é dado conjuntamente com Direito Civil (99).

De 1843/1844 a 1853/54, uniram-se as cadeiras de Direito Público Português e Direito Público Universal, o que permitiu a restauração da Direito Criminal, que passa a ser dado, no 5^{0} ano, em conjunto com Direito Administrativo (cadeira de Direito criminal e direito administrativo). O lente é Basílio Alberto Sousa Pinto, que

(95) Sobre este projecto e a ulterior história da codificação penal, Henriques DA SILVA, *Elementos de sociologia criminal e direito penal*, Coimbra, 1905, I, p. 72 ss. (n. 22 e ss.). Fontes: *Codigo Criminal Português*, Tomo I. Levy Maria Jordão (relator), Relatório da Comissão, Lisboa, Imprensa Nacional, 1861; *Codigo Criminal Português*, Tomo II. *Projecto da Comissão*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1861.

(96) Sobre os sistemas penitenciários e a sua discussão em Portugal v. Mário Maldonado, Alguns aspectos da história da criminologia em Portugal, Coimbra, 1960 (sep. Boletim da administração penitenciária e dos institutos de criminologia).

(97) O instituto da liberdade condicional só surge em 1893; as colónias para menores só em 1911; a detenção suplementar só em 1936.

(98) Paulo MERÊA, *Esboço de uma história da Faculdade de Direito. 1º período: 1836-1865*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, vol. XXVIII (1952), Coimbra Editora, 148, nota 5.

(99) « Para se beneficiar o ensino do direito romano », cf. Paulo MERÊA, *Esboço de uma história da Faculdade de Direito. 1º período: 1836-1865*, 106.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

escreve lições desde, possivelmente, 1844: em 1844 (ou 1845 ?), uma « sebenta » litografada (100); depois, impressas, *Lições de direito criminal, redigidas segundo as prelecções oraes do Illm. Sr. Basílio Alberto de Souza Pinto, feitas no ano lectivo de 1844-45 e adaptadas às Instituições de direito criminal portuguez de Pascoal José de Mello Freire, por Francisco d'Albuquerque e Couto e Lopo José Dias de Carvalho, estudantes do 5^{0} anno de Direito*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1845 e 1849.

O período de 1853/54 a 1861, quando Basílio Alberto de Sousa Pinto abandona a cadeira, assiste à autonomização de Direito Penal da cadeira de Direito Administrativo, o que coincide com a entrada em vigor Código Penal de 1852. O nome da cadeira (dada no 5. ano) é, simplesmente, « Direito Criminal ». O professor publica novas versões das suas lições: *Lições de Direito Criminal segundo as prelecções orais (...), redigidas por um bacharel formado em Direito*, Lisboa, 1857 e *Lições de Direito Criminal Portuguez (...) segundo as prelecções oraes do excelentissimo senhor Basílio Alberto de Sousa Pinto, redigidas (e) impressas com a sua permissão por A.M. Seabra d'Albuquerque*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1861, embora sempre sob a responsabilidade de « sebenteiros ». Estas últimas lições correspondem já ao período de autonomização da cadeira de Direito Criminal.

Assim, no período anterior à entrada em vigor do Código de 1852, a « sebenta » de 1844/845 tem por base as exposições orais do professor, e serviu de suporte à « edição melhorada » do ano subsequente (101). Após 1853, e para além das lições de 1857 e 1861, Basílio Alberto Sousa Pinto publicou o Programa da Cadeira (em 1853) (102), algo que os seus sucessores não fizeram (103). A sua posição doutrinal é — como já vimos — o ecletismo, inspirado

(100) Não se conseguiu encontrar esta edição de 1845.

(101) Paulo Merêa, *Esboço de uma história da Faculdade de Direito. 1º período: 1836-1865 [...]*, cit., 149, nota 1.

(102) Transcrito em *O Instituto*, vol. IV, p. 13.

(103) Em 1885, e atendendo a um ofício da Direcção Geral da Instrução Pública, o Conselho da Faculdade de Direito deu ordens a todos os Lentes proprietários ou professores substitutos para elaborarem os programas das respectivas cadeiras. Mas nem Trony (1825-1886) nem Henriques da Silva o redigiram.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sobretudo na obra de Pellegrino Rossi (1787-1848) (104) e na de seu discípulo Joaquín Pacheco (105) (os quais, de acordo com o próprio Sousa Pinto, eram os seus « principais guias », conjuntamente com Boibard (106) e Chaveau (107)). Na parte especial o método de exposição é puramente exegético (108).

Em 1861, o nome da cadeira muda para Direito Criminal (e Medicina Legal) — a partir de 1865, Princípios Gerais de Direito Penal. O lente é António Luís de Sousa Henriques Seco (1822-1892) (com muito breves e esparsas interrupções, durante as quais as aulas foram asseguradas por Manuel Emídio Garcia (1838-1904), José Pereira Paiva Pitta (1840-1922) e António Cândido Ribeiro da Costa(1850-1922) (109)).

As *Instituições* de Mello Freire continuaram a ser adoptadas até 1868/1869. As *Lições* de Sousa Pinto também permaneceram, até que Henriques Seco terminasse o seu manual, o que nunca veio a acontecer (110) (do prometido compêndio, o docente apenas publi-

(104) 1787-1848. Professor de direito criminal em Pavia desde 1874, tem um passado de militância na causa da unidade e independência italiana. Colaborou com Between 1819 and 1821, S. Sismondi na publicação de uma revista jurídico-económica de fama internacional, os « Annales de legislation et d'économie politique ». Ideologicamente, esteve próximo do doutrinarismo do F. Guizot. Publicou, em 1829, o seu *Traité de droit penal*, que lhe grangeou uma autoridade europeia. Apoiado por Guizot, ganha uma cátedra no *Collège de France* em 1833. Termina a sua carreira pública como diplomata. v., sobre ele, *http://www.newadvent.org/cathen/13204a.htm*; sobre as suas ideias penais, v. v. Bar, *A history of continental criminal law [...]*, cit., 453.

(105) Joaquín Francisco Pacheco Y Gutiérrez Calderón (1808-1865), professor de direito penal e constitucional em Madrid, desde 1844: *El Código Penal Concordado y Comentado*, Madrid, 1867. (cf. *http://www.boadilla.com/pages/pacheco.htm*). V., sobre a influência desta geração na América latina, Heleno Cláudio Fragoso, « O direito penal comparado na América Latina », em *http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno-artigos/arquivo30.pdf*

(106) Joseph Edouard Boïtard, 1804-1835, *Leçons de droit criminel de feu M. Boitard,... publiées... par Gustave de Linage,...* Paris, Alex-Gobelet, 1836.

(107) Adolphe Chaveau et Faustin Hélie, 1799-1884, *Théorie du code pénal*, 2e éd., Paris, E. Legrand, 1843,

(108) P. Merêa, ob. cit., 149 e 150.

(109) Que regeu a cadeira em parte do ano lectivo de 1881/882.

(110) Jubilou-se em 1885; sobre ele, Guilherme Braga da Cruz, *História da Revista [...]*, cit., 57, n. 112. Ensaio de manual de Henriques Seco (com a colabora-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cou uma série de artigos na *Revista de Legislação e Jurisprudência* (111)).

As suas lições apoiavam-se muito nas de Basílio Alberto (112) e

---

ção de Emídio Garcia e Paiva Pitta) foram Lições litografadas de 1868/869, que não pudemos encontrar. Paulo Merêa observa que estas lições dadas neste ano não são resultado da exposição oral de uma mesma pessoa, pois, nesse ano, a docência da cadeira foi assegurada, de 22 de Abril até 20 de Maio (último dia de aulas da cadeira) — um total de 14 lições — por Manuel Emídio Garcia. Além disso, « as poucas lições sobre o assunto (crimes em especial) incluídas nas sebentas de 1868-69 devem ter sido feitas pelo Dr. Pitta em substituição do catedrático » (Paulo Merêa, « Esboço de uma história da Faculdade de Direito (continuado do Vol. XXX) », *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, vol. XXXI (1955), Coimbra Editora, 74, 2. Merêa dá conta de um programa genérico manuscrito de 1869/870, que transcreve: *« História geral (3 lições) — História pátria (2 lições) — Definição do delito; elementos; divisão (5 lições) — Causas derimentes e atenuantes de imputabilidade (10 lições) — Execuções penais (2 lições) — delitos acumulados; delitos conexos; delitos de reincidência; delitos por cumplicidade (10 lições) — Definição da pena; divisão; exame de algumas (3 lições) — Sistema penitenciário (6 lições) — Causas extintivas dos delitos e penas (4 lições) — Exame especial de diversos artigos do Código Penal (35 lições) »* (Paulo MERÊA, *Esboço de uma história [...]*, cit., 73, n. 2). Henriques Secco — que planeava escrever umas lições em dois volumes*, o primeiro dos quais seria dedicado aos delitos e o segundo às penas »* (Paulo MERÊA, *História do ensino [...],* cit., 73) - escreveu ainda um texto que, não sendo um manual, tem muitas informações de interesse para a história do direito penal, Seco, Henriques (1880 — 1º vol.; e 1889 — 2º vol.), *Memorias do tempo passado e presente para lição dos vindouros*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1880, 1889; assim como um comentário ao Código penal de 1852, de aquisição obrigatória pelos estudantes entre 1881/882 a 1888/889: Henriques Seco, *Codigo penal portuguez, precedido pelo decreto com força de lei de 10 de Dezembro de 1852, seguido de um appendice e annotado por Antonio Luiz de Sousa Henriques Secco*, Coimbra, Imprensa da Universidade.

(111) « Elementos de Direito Criminal », *Rev. Leg. Jur.,* Ano 5(1872), 209-213, 226-228, 306-310; Ano 8, 465-468, 497-498, 513-515, 529-531,545-548, 561-563, 577-580, 593-596; Ano 9, 2-4, 17-20, 33-34, 49-52, 65-67, 81-83, 97-99, 113-114, 129-131, 145-148, 161-163, 177-179, 193-195, 209-211, 225-227, 241-244, 257-259; também, « Da História do Direito Criminal Português desde os mais Remotos Tempos », *Rev. Leg. Jur.*, Ano 4(1871), 450-453, 482-486, 499-502, 530-533, 547-550, 579-584, 594-596; « Do Direito Criminal na Escola », *Rev. Leg. Jur.*, Ano 5(1872), 19-21, 34.37; « Bibliografia do Direito Criminal Português », *Rev. Leg. Jur.*, 5(1871), 146-150.

(112) Cujas lições terão um sucesso durável, mesmo para além do período de domínio das posições teóricas em que se inspiravam — de cunho doutrinário e, formalmente, próximo das escolas retributivas, embora eclético —, pois, segundo Paulo Merêa, « os alunos que redigiam as sebentas da 15ª cadeira ainda recomendavam a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

na literatura estrangeira que o inspirara, basicamente a escola neoclássica dos meados do século, conservadora e doutrinária, com destaque para P. Rossi, Brissot de Warville, Joseph-Louis E. Ortolan (113). A primeira parte do curso era — segundo Merêa — consagrada à história do direito penal em geral e do direito penal português. Depois, tratava-se sucessivamente das fontes e ciências auxiliares do direito penal, do fundamento do direito de punir (114), e, por fim, dos delitos e das penas em geral. A propósito de cada assunto — v.g., cumplicidade, acumulação de crimes, reincidência — começava-se por expor o direito penal « filosófico », passando-se depois ao direito positivo, que em regra era explicado de uma forma sucinta. É duvidoso que Secco chegasse a dar a matéria dos crimes em especial.

Um exame perfunctório das *theses* sobre direito penal defendidas nos actos de conclusões magnas das últimas décadas do séc. XIX mostra que as ideias retributivas quanto aos fins das penas, eventualmente temperadas pela influência correcionalista, dominavam largamente.

1860	José Dias Ferreira	V. Non malum poena. VI. Nullum ex puniendi juris fundamentis, hucusque propositis, verum existimandum.

aquisição daquelas Lições como « excelente auxiliar » para o estudo do Direito Penal » — *História do ensino do direito [...]*, 72, nota 2).

(113) Pellegrino Rossi (1787-1848), Joaquín Pacheco (1808-1865; *El Código penal*, 1856), Joseph Louis Elzear de Ortolan (1803-1873; *Cours de législation pénale comparée; introduction historique; histoire du droit criminel en europe depuis le XVIIIe. siècle*, 1841 e *Cours de législation pénale comparée*, 1859) e ainda o girondino, Jacques Pierre Brissot de Warville (1754-93), autor de uma obra de reformismo penal (*Théorie des lois criminelles*, 1781) (cf., mais cursivamente, P. Merea, ob. cit., 74 e 75).

(114) Nesta significativa matéria, ele preconizava (na esteira de Basílio Alberto) uma combinação das conveniências sociais com o princípio do justo, declarando expressamente aderir ao « sistema ecléctico ». As suas inspirações continuam a ser as das escolas ecléticas doutrinárias e conservadoras dos meados do século

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1860	Henriques Seco	III No duplo sentimento innato — do amor polo bom e de repulsão pelo rnal, — que é a base natural da moralidade humana, está o legitimo fundarnento do direito do premiar e do punir. IV O criterio da graduacão e app1icacão das penas é a utilidade social.
1860 (?)	José Pereira Jardim	IV *Propositi Codicis Poenalis Lusitani poenitentiarium systema neque admitti debet, neque in praesenti nostri aerarii statu effici potest*.
1865	José Braz Mendonça Furtado	IV E. de Girardin de poenalitate rejicimus systema.
1871	Júlio de Vilhena	III Contra Girardin *(Du droit de punir*, Paris, 1871) sustentarnos que a sociedade tem o direito de punir. IV Funda-se este direito no fim do Estado.
1868 (?)	A. M. Avelino Calisto	Contestamos o ideal regenerador dos systemas. Penitenciarios.
1868 (?)	José de Paiva Pitta	III A reforma moral do crirninoso deve ser o fim principal da pena.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1872	Eduardo Dally Alves de Sá	I A consequeneia do crime só pode ser a responsabilidade civil e a exclusão para fóra do territorio. Defendo, porém, no actual estado o emprego dos meios de regeneracão moral, e especialmente: *a*) a prisão cellular; II *b*) a colonisação penal, tendo por base a familia e a propriedade III A aggravação da pena pela reincidencia não depende da natureza crime.
1875 (?)	Guimarães Pedrosa	III o fim da pena deve ser a regeneração pela correcção, educação, ou ainda cura do delinquente. IV As medidas de liberdade provisoria ou preparatoria são um progresso nas instituicões penaes.
1876	Assis Teixeira	IV O fundamento do direito de punir encontra-se propria idea e deducções do direilo.
1884 (?)	Manuel Chaves e Castro	IV *Juris puniendi fundamentum absoluta justitia.* V *Ut turbata civium pax componatur, tendit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1885	Manuel Dias da Silva	III Contra Mandsley *(Le crime et la folie) e Lombroso (L'uomo delinquenle)* sustentamos que o crime nem sempre é uma consequencia fatal d'um estado patliologico.
1894	Artur Montenegro	III Os *incorregiveis* devem ser sujeitos a penas de máximo indeterminado.
1895	Afonso Costa	III O crime é produzido por causas sociaes.

6. *A escola positivista.*

Voltemos, de novo, ao panorama internacional, agora nestas duas últimas décadas do séc. XIX.

Afonso Costa (1871-1937), que frequentara como estudante (1888-1894) e, depois, como docente (1895-1910), a Faculdade de Direito de Coimbra, relembra, em 1895, o grande corte que se verificara, por volta dos anos '70 nos saberes penalistas, anos em que as escolas clássica e neo-clássica são submergidas pela onda positivista: « Foi sobre este conceito da justiça absoluta que os metafísicos erigiriam a legitimidade da punição e, portanto, o fundamento inabalável da escola clássica. Deixando de parte as teorias da vingança *providencial*, da vingança *enobrecida* e da *reparação*, e pondo de lado o conceito, insustentável, da utilidade e o princípio, mal formulado, mas parcialmente verdadeiro, da defesa social, os fautores do classicismo fixaram-se, durante o século XVIII e ainda nos primeiros anos do actual, na teoria do contrato de sociedade, que, embora com variantes, explicava o direito social de punir pela soma de todas as porções de liberdade natural de que cada homem se despojara para melhor conservar e defender o resto; mas logo, fazendo ressurgir as velhas doutrinas de Platão, a Alemanha, por esforços de Kant, Hegel, Schelling e Krause e muitos outros, e a Itália, por esforços de Romagnosi e tantos mais, edificaram a teoria

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da justiça absoluta [...]. Segundo esta teoria, demasiadamente conhecida para ser preciso desenvolvê-la aqui, a pena jurídica, isto é, o castigo pronunciado pela lei para um crime ou para um delito contrario à lei, não pode jamais ser infligido como meio de alcançar outro bem, mesmo em proveito do culpado ou da sociedade de que ele faz parte, mas pela simples razão de que fez o mal. Quer dizer, a pena não tem por fim regenerar o criminoso nem intimidar os outros homens,.nem defender a sociedade, mas sim somente desagravar a justiça, a divindade ferida. É esta a doutrina ainda hoje dominante nos arraiais da metafísica. Todos os clássicos a perfilham com entusiasmo [...] "Deus pune o ladrão e o assassino — escrevia o representante mais ilustre da escola —, não para defender o homem, mas porque o homicídio e o roubo são um mal, e porque a justiça quer que aquele, que pratica o mal, sofra um mal" [Carrara, 1876]; como, porém, a sociedade só pode tomar conta de actos externos que violem a lei social, Deus cedeu-lhe uma parte do direito de punir e permitiu-lhe que o exercesse para sua conservação [cita Ortolan, Joseph de Maistre e Rossi] [...]. Desta concepção, a que não era estranho o ateu materialista Voltaire [...] saiu o conjunto de princípios que caracterizam a escola clássica. Se o sentimento da justiça é inato em todo o homem, é evidente que este distingue o que deve fazer e o que não deve fazer. [Porém] como vemos o homem constantemente infringindo as leis morais e as jurídicas que naquelas se baseiam, é de rigor acreditar que ele tem livre arbítrio, que pode escolher a pratica do bem ou do mal, e que por isso deve, no primeiro caso, ser premiado e, no segundo, punido pelos outros homens, encarregados pela lei eterna da ordem de defender as leis morais necessárias à conservação da sociedade. Para consolidar o edifício já pouco falta. Geralmente falando, o homem tem inteligência para distinguir o bem do mal, o justo do injusto; tem liberdade para seguir um caminho ou o outro; deve, pois atribuir-se-lhe responsabilidade, quando pratique uma falta, pela lei social declarada injusta [cita Ortolan] » (115). E prossegue, na denúncia do carácter ilógico de algumas das consequências desta doutrina — como a reclusão (equivalente, na ordem prática, à pena de prisão)

(115) *Comentário ao Código penal portuguez. I. Escolas e princípios da criminologia moderna*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1895, 24 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dos inimputáveis, o estabelecimento de circunstâncias atenuantes para os casos de diminuição da pressuposta liberdade, a punição mais pesada dos crimes para os quais o criminoso tem mais motivos pessoais (e, logo, menos liberdade de decisão) para delinquir.

Fora da academia, um diagnóstico semelhante é feito, pelos mesmos anos, por alguém ligado aos meios da política penitenciária: « No actual momento histórico — escreve um penalista especialmente preocupado com o impacto da punição na reforma dos criminosos e da sociedade, António de Azevedo Castelo-Branco (116) — está calorosamente travada a luta contra os partidários do antigo direito penal, baseado em concepções metafísicas, e entre os arrojados propugnadores do positivísmo aplicado ao estudo da criminalidade e dos meios de a reprimir e debelar. É na Itália, terra clássica do direito, que os contendores denodadamente pelejam em volta das bandeiras respectivas. Uns sustentam as tradições de Beccaria,a cujas ideias deram o desenvolvimento lógico, que constitui a glória da escola clássica; os outros retemperam-se na onda vigorosa do naturalismo, e propugnam por uma renovação das leis penais, baseada no estudo do delinquente e do delito, feito à luz da ciência antropológica e da sociologia ». Neste texto, a referência a Beccaria — aparentemente apresentado como uma fonte de inspiração da escola clássica — é estranha. Realmente, as suas posições caracterizam-se antes por ideias pouco compatíveis com a filosofia retributiva dos clássicos: o utilitarismo e reformismo (« um poderoso instrumento de destruição das velhas legislações, o ponto de partida das reformas e a primeira pedra do edifício da legislação nova! »), e a emancipação do direito penal — como os penalistas que agora combatiam o doutrinarismo e o estatalismo das escolas retributivas e neo-clássicas — « da influência nefasta do misticismo e da razão de Estado » (*ibid.*).

Que se passara, então ?

Em 1859, Charles Darwin apresentou a sua teoria da evolução das espécies, segundo a qual o progresso biológico se efectuava mediante um processo de selecção entre as variantes naturais dos descendentes, dos quais triunfavam os mais fortes ou mais aptos. Foi

(116) *Estudos penitenciários e criminaes*, Lisboa, Typ. Casa portuguesa, 1888, 107 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esta ideia que Cesare Lombroso (1835-1909), juntamente com os seus discípulos Enrico Ferri (1856—1929) e Raffaele Garofalo (1851—1934), aplicaram ao estudo do crime, fundando aquilo que se veio a chamar a Escola Italiana de Sociologia Criminal (117), que se opunha, tanto às ideias do utilitarismo tradicional (Beccaria e Bentham), como às teorias da reparação ou retribuição ético-jurídica (Kant e Hegel). Agora, não se falava mais, em rigor, de um « direito de punir » — nem baseado no direito do Estado de buscar a utilidade pública, nem num direito « como que natural » de retribuir o mal com o mal —; mas antes numa como que gestão da desviância, que podia passar pela aplicação de medidas coercivas que se assemelhavam, externamente, a penas; mas que, quanto aos seus objectivos e legitimidade, estavam mais próximas das medidas terapêuticas dos médicos.

Outra característica muito importante destas escolas é a sua rejeição do livre arbítrio e a profissão de fé no determinismo; o que prejudicava a aplicação de ideias como as de livre escolha, responsabilidade, culpa e expiação, no tratamento dogmático e institucional das questões penais. E, novamente, aproximava a reacção penal da terapêutica médica e o criminoso de um doente.

Para além disso, propunham um estudo do crime (e das penas, ou seja, do todo o direito penal) baseado no método empírico e experimental, semelhante ao utilizado nas ciências naturais. O que, por sua vez, excluía a aceitação de princípios de natureza absoluta ou metafísica, como os « princípios do justo » em que se baseara a escola doutrinária-retributiva. Ainda, aqui, nova aproximação das ciências naturais, nomeadamente da biologia e da medicina, dominadas por métodos de observação e de experimentação, típicos do pensamento mecanicista e causalista.

Se os pressupostos eram comuns, os modelos explicativos da génese do crime diferiam de autor para autor.

Cesare Lombroso (1835-1909), baseado nos seus estudos antropométricos de médico militar, acreditava poder encontrar uma relação entre, por um lado, as características bio-físicas transmissíveis pela hereditariedade (nomeadamente, os biótipos e certos dados antropométricos mais particulares, como as bossas cranianas ou

(117) Sobre a qual v., *http://en.wikipedia.org/wiki/Italian-school-of-criminology*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certos sinais de regressão psico-física [atavismo]) e, por outro, os actos criminosos (118).

Oposto ao biologismo e psicologismo estritos de Lombroso estava a teoria criminológica de Enrico Ferri (1856—1929) (119), que considerava um leque mais alargado de factores criminogénicos, incluindo o ambiente social. E. Ferri desenvolveu a teoria do criminoso nato — já presente na obra de Lombroso — que representaria cerca de um terço dos criminosos, caracterizado pela imbecilidade, frequentemente relacionada com síndromas de epilepsia. Mas, ao lado deste, destacar-se-ia o criminoso passional — em que se integravam 91 % dos assassinos —, virtualmente feminino, e dominado por paixões impetuosas e ferozes, normalmente de natureza provocado por sentimentos de tipo altruísta (amor, ciúmes). Outras categorias seriam o criminoso para-demente (cleptómanos, ninfomaníacos, ébrios, pederastas) e os criminosos ocasionais, que sofreriam de uma anormalidade psíquica ligeira.

Por sua vez, Raffaele Garofalo (1851—1934; *Criminologia*, 1885), reconhecendo algumas das conclusões anteriores, salientava que o decisivo num acto criminoso é o facto de ele ofender os sentimentos morais elementares (naturais) vigentes na sociedade. Daí que o crime fosse « um mal em si », por ofender sentimentos universais; e o criminoso, fosse, antes de tudo, alguém a quem faltava um desenvolvimento adequado de sentimentos naturais de probidade e de altruísmo. Isto manifestar-se-ia em quatro tipos principais de delinquentes (assassinos, criminosos violentos, desonestos e lascivos). O fim das penas deveria, portanto, ser mais do que

(118) Bibliografia mais recente: Mary GIBSON, *Nati per il crimine: Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica* (trad. ital.), Mondadori, Milano, 2004; Daniele VELO DALBRENTA, *La scienza inquieta. Saggio sull'antropologia criminale di Cesare Lombroso*, CEDAM, Padova, 2004; Delia FRIGESSI Castelnuovo, *Cesare Lombroso*, Einaudi, Torino, 2003; Luigi GUARNIERI, *L'atlante criminale. Vita scriteriata di Cesare Lombroso*, Mondadori, Milano, 2000; Pierluigi BAIME BOLLONE, *Cesare Lombroso, ovvero il principio dell'irresponsabilità*, SEI, Torino, 1992; Renzo VILLA, *Il deviante e i suoi segni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Franco Angeli, Milano, 1985. Sobre as suas influências em França, de onde vieram muitas inspirações para Portugal, Laurent MUCCHIELLI (ed.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, l'Harmattan, 1994.

(119) *Download* da sua *Sociologia criminale*, 1884 (em versão inglesa: *http://www.gutenberg.org/etext/477*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o de tratar e de reabilitar (que pressupunham uma liberdade e responsabilidade que faltariam ao criminoso), o de defender a sociedade dos riscos que a faziam correr indivíduos portadores de estigmas criminogéneos, não tanto no sentido biológico de Lombroso, mas no sentido de deficiências mentais na compreensão dos elementos naturais do convívio humano. Estando a reacção penal centrada na defesa social, já se entende que a medida da pena haveria de ser avaliada pela gravidade dos riscos causados pelos défices « morais » de um presumível delinquente (120) e não pela sua culpa psicológica ou ética, admitindo-se mesmo que a reacção criminal pudesse anteceder a prática do delito (como acontecerá no caso de aplicação das chamadas « medidas de segurança »).

Entretanto, na Bélgica, Adolphe Prins (1849-1919; *Science pénale et droit positif*, 1899; *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, 1910) (121), embora rejeite o determinismo, mostra-se adepto de penas de medida indeterminada, em função da permanência ou não da perigosidade social. Mais um grave entorse num princípio basilar das escolas clássicas (122) — que afectava também questões constitucionais de garantia de direitos (como a do princípio *nulla poena sine lege*) (123).

---

(120) Note-se que E. Ferri e R. Garofalo faziam diminuir a pena no caso dos delitos políticos, justamente pelas finalidades altruistas que os seus autores perseguem, o que os torna menos perigosos para a sociedade. Mas havia quem, em contrapartida, considerasse a falta de sensibilidade para com a necessidade de ordem (anarquismo) ou da propriedade privada (socialismo) como estigmas criminais.

(121) Já é citado por Henriques DA SILVA, nos *Elementos de sociologia criminal e direito penal*, 1906.

(122) O italiano GRAMATICA (*Principes de défense sociale*, 1934) tira daqui as últimas consequências, entendendo a reacção penal como uma acção terapêutica, exercida, depois ou antes do cometimento do delito, por meio da prisão ou por outros meios, como fim aplicar a homens reconhecidos como anti-sociais medidas de ressocialização tendentes ao seu melhoramento e à sua reintegração social. Os riscos que isto fazia correr às garantias individuais e ao princípio da legalidade suscitaram, então, bastantes críticas. Mas este filão, que dissolvia o direito penal numa política criminal sem fronteiras, não deixou de inspirar algumas medidas dos Estados autoritários da época.

(123) A ideia de defesa social regressa muito mais tarde, com a obra clássica de Marc ANCEL (1902-1990), *La défense sociale nouvelle*, 1954. Agora, menos do que a defesa da sociedade, estava em vista a defesa do indivíduo, no sentido da recuperação do seu sentido de responsabilidade e da sua consequente ressocialização, mediante a mobilização de todos os recursos das ciências humanas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6.1. *Influência em Portugal.*

Tudo isto se reflecte em Portugal, e não só no ensino do direito, mas também na política prisional.

No ensino, em Coimbra, entre 1885 e 1888, o proprietário da cadeira foi José Adolfo Troni, (1825-1886) (124), sendo professor substituto Manuel Henriques da Silva (1850-1906) (125). De 1887/890, muda o titular da cadeira (que passa a ser José Dias Ferreira, 1837-1909) (126)), mas não o seu regente. Em 1891/892, muda novamente o titular (agora, passa a ser António Cândido Ribeiro da Costa (127)). É só em 1892 (até 1906) que Henriques da Silva adquire a titularidade de uma cadeira (que, a partir de 1902, se chamará « Sociologia Criminal e Direito Penal »). Escreve lições, algumas delas apenas litografadas (a que não pudemos, em geral,-*ter* acesso): Henriques da Silva, *Lições de 1893-94* (128); *Lições de Direito Penal: 5^{0} anno juridico 1896-1897/ José Alberto dos Reis, Eduardo de Almeida Saldanha*, s/ ed., 1897; *Lições de Direito Penal. 1889-1899. Colligidas por João Ferreira Gomes, Heitor da Cunha Oliveira Martins, Luiz Teixeira de Macedo e Castro*, Coimbra, Lithographia das Cosinhas. Mas apenas publicou, *Elementos de sociologia criminal e direito penal. Resumo das lições do anno lectivo de 1904-1905 na 14ª cadeira da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (1^{0} volume), Coimbra, 1905; *Elementos de sociologia criminal e direito penal* (2º volume), Coimbra, Coimbra, 1906 (129).

Encarregado, efectivamente, da cadeira de Direito Criminal desde 1887, Henriques da Silva inova profundamente o ensino do

(124) Não chegou a reger a cadeira.

(125) Regeu a cadeira a partir de Outubro de 1886, mas só até Novembro; em Fevereiro de 1887 tomou de novo conta, e então definitivamente, da 14ª cadeira (Merêa, « Notas para o ensino [...] », cit., 75, nota 2). Henriques DA SILVA, *Lições de 1887/8*, 1887; Lições de 1893/4, 1893; Lições de Direito Penal 1889-1899, 1898; *Elementos de Sociologia criminal e direito penal* (1º e 2º volumes) *Lições do ano lectivo 1905/06 na 14ª cadeira da Fac. Direito Coimbra*, 1906.

(126) Segundo MERÊA, *« só regeu* (a cadeira) *de um modo efémero »* (Merêa, *Notas para o ensino [...]*, cit., 72, nota 1).

(127) Também não chegou a reger a cadeira.

(128) Que Merêa encontrou na Biblioteca Municipal da Figueira da Foz.

(129) Foram os únicos que se publicaram, por Henriques da Silva ter morrido pouco depois, não completando, assim, a sua obra.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

direito penal. Fiel a uma formação que, com origem em Herbert Spencer (1820-1903) (130), valorizava o utilitarismo positivista e sociológico, defendendo uma concepção correspondente dos fins das penas; que, na sua opinião, eram principalmente a prevenção geral e, como fim acessório, a prevenção particular (131); integrando, ulteriormente, este património de ideias com as da escola italiana de sociologia criminal, mais na sua vertente sociológica do que antropológica ou psicológica. Explicava, a esta luz, o Código Penal de 1886 (132), nomeadamente o seu Livro I, a propósito do qual fazia uma longa introdução de índole histórica e doutrinal. Esta formação sociologista reflecte-se bem nos seus *Elementos de sociologia criminal e direito penal*, de 1905-1906 (133). Para ele, « a ciência do crime é alguma coisa mais que uma disciplina jurídica » (loc. cit. 6), Citando Ferri, justifica a sua tese notando que, até então, os criminalistas se tinham concentrado no estudo do crime, considerado não como um « episódio revelador de um modo de existência, mas simplesmente como uma infracção às leis », ou seja, um facto puramente jurídico. Feita esta apologia de uma abordagem sociológica do crime, cuja inexistência explicava a falta de um progresso nas ciências penais, correspondente ao que se verificava então em todos os domínios da actividade humana, segue-se a crítica da escola clássica (p. 7 ss.), responsável pelo fracasso das políticas retributivas na irradicação da

(130) Sobre ele, *http://en.wikipedia.org/wiki/Herbert-Spencer*. Obras suas mais influentes no domínio do direito: *L'individu contre l'état*, Paris, Félix Alcan, 1885; *Les bases de la morale evolutioniste*, Paris, Germer Baillière et Ce, 1880; *Da educação moral, intelectual e fisica*, Lisboa, Nova Livr.. Internacional, 1887; *Essais de morale, de science et d'esthétique*, Paris, Félix Alcan, 1885; *Essais de Politique*,1885; *Introduction à la science sociale*, Paris, Germer Bailliére, 1874; *Justice*, Paris, Guillaumin et Cie, 1893) há trad, port., de Augusto Gil), *Les premiers principes*, Paris, Germer Bailliére, 1871; *Principes de Sociologie*, Paris, Germer Baillière et Cie., 1882.

(131) P. Merêa, *História da Faculdade [...]*, cit., 75, n. 3.

(132) *Codigo Penal Portuguez. Nova publicação official ordenada por decreto de 16 de Setembro de 1886,* Coimbra, 1898. Antecedido de uma *Nova reforma penal approvada por Decreto de 14 de Junho de 1884*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1884.

(133) Mas as ideias que presidiram à elaboração desse trabalho remontam ao período que estamos esboçando, conforme atestam as lições litografadas redigidas sobre as suas prelecções e algumas outras obras que publicou. Cf. Paulo Merêa, *História da Faculdade [...]*, cit., 75 a 78.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

criminalidade: em virtude da ideia de uma simples expiação moral e pelo descuido, quer da prevenção, quer mesmo de uma correcção cientificamente fundada (i.e., fundada nos dados da psicologia e da sociologia). E, explicando melhor a razão da ruptura com a escola clássica, continua, citando de novo E. Ferri: « O criminalista clássico sabe muito bem distinguir a tentativa do delito frustrado e do consumado, gradua os comparticipantes no crime segundo a importância do papel que nele desempenharam, levou mesmo à perfeição o estudo de alguns capítulos do direito penal, mas não saberia, acrescenta o mesmo escritor, responder aos mais instantes problemas para os quais a sociedade moderna reclama uma solução prática e eficaz. Encerrado na sua consciência de homem honesto, emprestando aos criminosos os seus próprios sentimentos (*auto-morfismo*), supondo que as acções deles são todas deliberadas, como o são em regra os actos do homem reflectido e psiquicamente bem ponderado, e que os *motivos* de resolver têm para eles o mesmo valor que para um agente normal, cura de organizar a *coação psicológica* suficiente para neutralizar a inclinação maléfica e afirmar o direito, desconhecendo que há delinquentes que não deliberam [...] assim como são privados daquele grau de senso moral necessário para que o crime lhes inspire repugnância [...] » (ob. cit., p. 14).

Parafraseando um outro autor conhecido, do que se tratava, agora, era de modificar o mundo da criminalidade, não de continuar a analisá-lo e explicá-lo em termos metafísicos lógico-jurídicos, pressupondo no criminoso uma natureza idealizada em que se projectam os valores e as motivações do próprio estudioso. Por isso, se antes estivera na ordem do dia o estudo abstracto do delito, agora tratava-se, em termos práticos, de conseguir a sua diminuição, por meio do seu estudo concreto, tomado como « acção humana, como facto natural e social [...] cujo conhecimento habilite à descoberta de remédios eficazes » para suster ou diminuir a criminalidade (*ibid.*, 14).

É este o *leit motiv* dos anos que se vão seguir. Embora o prato forte desta orientação não fosse a dogmática do direito penal, o autor não deixa de abordar criticamente alguns problemas deste foro sobre os quais a escola positiva tinha as suas perplexidades: a questão da irretroactividade de lei penal (*ibid.*, n. 50, p. 156), a teoria

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da infracção penal (134), a distinção entre crimes e contravenções (*ibid.*, n. 71, p. 235). Em contrapartida, quase nada é dito sobre a questão da imputabilidade, onde se cruzavam as questões da liberdade e do determinismo, questões sobre que a escola positiva preferia remeter para as ciências próprias, a psicologia, a psiquiatria ou mesmo a sociologia.

De 1906 a 1907, o lente de Penal foi Manuel Dias da Silva, autor de *Elementos de sociologia criminal e direito penal. Lições do anno lectivo de 1906-1907 na 14ª cadeira da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1906.

Manifesta-se com Dias da Silva uma primeira reacção contra os entusiasmos do naturalismo. Inspirando-se em autores que marcaram, no ambiente da Europa ocidental, o início de uma reacção anti-sociologista, como R. Salleiles (que expressamente cita), Dias da Silva procura reservar um lugar autónomo para a dimensão jurídica e ética do crime:

« Mas, desde que essas providencias [aconselhadas pelos estudos sociológicos e psicológicos], firmadas embora em averiguações sérias, com o concurso de todas as sciencias *auxiliares* [sublinhado nosso], tenham de ser aplicadas *coercitivamente,* como restrições da liberdade individual, há que indagar outro ponto: se, sendo úteis, como meios para o fim particular do triunfo sobre o crime, são socialmente úteis no sentido ético-juridico, isto é, *justas.* E a decisão deste ponto pertence naturalmente a outro ramo da sociologia, que, estudando o problema da utilidade social sob este aspecto particular e depois de teoricamente determinar as leis da luta pelo direito, firmou os princípios fundamentais da *ordem juridica,* que faz parte da *ordem social* » (135). Não se pode deixar de ouvir aqui um eco da crítica de Raymond Salleiles (1865-1912; *L'individualisation de la peine,* Paris, 1898) à escola sociológica italiana, segundo a qual « esta teria reduzido o direito à ideia de defesa social não vendo nele senão a valorização da sociologia criminal, perdendo de vista este aspecto importante e esta é a sua principal lacuna. O direito penal é política de defesa social: sem dúvida, visto que este é o seu objectivo directo; mas politica de defesa social adaptada às necessidades inatas da ideia

(134) V. conclusões do autor, *ibid.*, n. 63, p. 218.
(135) *Ibid.*, p. 21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de justiça ». Na verdade, não se trata — note-se (mesmo nas expressões do autor) — de sair da sociologia; mas agora de uma sociologia dos valores, que lida com as convicções difusas acerca do justo e do injusto: « O direito penal é sociologia criminal: sim, mas sociologia criminal que desce das alturas de uma ciência puramente abstracta para se adaptar aos sentimentos da multidão, ás concepções que são como a seiva circulante do corpo social, isto é, á ideia de justiça, à ideia da distinção do bem e do mal » (136). Ideia esta que, segundo Dias da Silva, estaria ligada à ideia de igualdade na realização das utilidades sociais (137).

Seria neste sentido que se justificaria uma « volta ao direito, respondendo-se afirmativamente com o velho Liszt à pergunta que este formulara, a propósito da tendência de substituir a arte jurídico-penal pelo utilitarismo da política criminal: « Teremos nós ainda hoje necessidade da arte dos juristas? Deveremos realmente continuar a olhar com respeito supersticioso esse velho monumento composto de complicadas noções, que chamamos direito penal, e escorá-lo com dificuldade para impedir a sua ruína, ou antes abater-lhe resolutamente os muros decrépitos para deixar lugar ao novo e arrojado edifício da política criminal? Na minha opinião por mais paradoxal que ela possa parecer, o código penal é a *magna* carta do criminoso. Não protege, nem a ordem legal, nem a sociedade, mas antes o individuo que se revolta contra elas, Assegura-lhe o direito de não ser punido fora das condições e dos limites legais. A dupla máxima: *nuilum crimen sine lege. nulla poena sine lege,* é o baluarte do cidadão contra a omnipotência do Estado, — contra a omnipotência sem reservas da maioria, contra o *Leviathan* » (138). Na verdade, as posições de Dias da Silva correspondem à revalorização dos elementos normativos do direito penal ocorrida na Alemanha com a chamada teoria normativa. Embora o Autor cite von Liszt em seu apoio, a referência só se justifica se se considerar o « primeiro Liszt », quando, em 1871, publica o *Lehrbuch des deutschen Strafre-*

(136) *Ibid.*, p. 23-24.

(137) Pergunta crucial e muito oportuna no domínio do direito penal: será que uma lei punitiva útil se deverá aplicar retroactivamente, instituindo a desigualdade?

(138) Cit. por DIAS DA SILVA, *ibid.*, a partir do *Bulletin de l'Union international de droit pénal,* 4º vol., livr. II, pag. 132 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chts [Manual de direito penal alemão], 1871 (26 eds. até 1932), o qual representa um padrão da dogmática criminal típica do Estado de Direito liberal oitocentista. Já no seu *Der Zweckgedanke im Strafrecht* [A ideia de finalidade no direito penal, 1882], Liszt faz uma correcção significativa a estes pontos de vista, procurando ultrapassar as teorias penais « metafísicas » de Kant e de Hegel (139), no sentido de, tomando como base os métodos das ciências naturais, averiguar as causas concretas dos crimes e contribuir para a sua prevenção especial. Neste sentido, Liszt aproxima-se do naturalismo e, na verdade, é considerado como um dos fundadores da moderna criminologia (140). Isto prova como a influência do sociologismo ainda era forte em Dias da Silva. No entanto, ele é já, no essencial, um autor de reacção, reaproximando-se do método jurídico da escola clássica, embora com a concessão — nada irrelevante — de que os ideais de justiça não eram entes abstractos mas sentimentos vividos na consciência da comunidade, que haveria que averiguar, também sociologicamente.

De 1907 a 1910, o professor de direito penal é Caeiro da Matta, que publicou *Sociologia Criminal e Direito Penal*, Coimbra, 1907; *Sociologia Criminal e Direito Penal. Lições para o curso da 14ª cadeira da Faculdade de Direito no anno lectivo de 1909-1910*, Coimbra, 1910; *Direito Criminal Português*, Coimbra, 1911 (141).

Caeiro da Matta retoma, porém, com vigor e uma notável e actualizada informação, a via das escolas sociológicas, discutindo embora, no segundo volume do seu manual, as questões clássicas da dogmática penal. Logo a propósito do título da cadeira, marca a distância entre as escolas clássicas e as escolas sociológicas e anuncia as suas opções: « As expressões *direito penal* e *direito criminal* são,

(139) Então melhor representada por Karl Binding e pela sua pela « teoria normativa ». Sobre Binding, v. antes, n. 1028.

(140) O fundamental da obra de Liszt estava acessível em francês, em publicações luso-alemãs, como a seguinte: *Le droit criminel des états européens*, ed. L'Union Internationale de Droit Pénal, Berlin Lisbonne, Otto Liebmann, Ferin, 1894. - XXVI, 706, XI p.; 28 cm. - (*La législation pénale comparée*; 1); *Traité de droit penal allemand*, trad. M. René Lobstein, pref. M. E. Garçon, 17éme. ed. - Paris, M. Giard, E. Briére, 1911. Não o estava, porém, a sua obra mais caracterizadamente « naturalista », *Der Zweckgedanke im Strafrecht*.

(141) 2 vols., o 1º com 298 pp; o 2º com 320 pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

muitas vezes, empregadas indistintamente. Mas a segunda expressão é mais ampla do que a primeira. Desde uma longa época só houve direito penal; os filósofos não conheciam outros meios para corrigir senão os cárceres, a pena. À ciência da penalidade sucedeu a ciência da criminalidade. Estuda os crimes sob todos os seus aspectos; reage contra eles e evita-os, pela organização do trabalho e da propriedade e, de uma maneira geral, por todas as medidas legislativas destinadas a corrigir e sanear o meio social » (142). Por isso mesmo é que o direito criminal se mantinha « estreitamente vinculado » à sociologia criminal (*ibid*., p. 8).

A sua oposição à escola clássica é radical. Desde logo, por uma questão central, de ordem filosófica: a da frontal oposição de Caeiro da Matta à existência de livre arbítrio (143), em que se fundavam a imputabilidade nas concepções penais retributivas (144). Daí a sua

(142) *Direito criminal português*, Coimbra, F. Amado, 1911, p. 7.

(143) « O livre arbítrio do homem, como factor principal d'aqueles, é uma utopia, uma concepção metafísica sem valor. A noção de liberdade moral desapareceu perante a concepção do determinismo, segundo a qual o homem obedece a leis gerais, sujeito ás condições do meio em que vive (cita MARUCCI, *La volontà secondo i recenti progressi deita biologia e della filosofia*, 1903, pag. 88 e segg.; PETRONE, *I limiti dei determinismo scientifico*, 1903, pag. 84 e ss.).

(144) Mais tarde, ao estudar, já no segundo volume, a teoria da imputabilidade, Caeiro da Matta socorre-se da substituição, proposta por E, Ferri, da ideia de responsabilidade moral pela ideia de responsabilidade social: « Sobre o problema da existência do livre arbítrio ou do determinismo das acções humanas encontram-se em oposição absoluta a escola positivista e a antiga escola clássica espiritualista. Ao contrario da teoria da liberdade de indiferença, à qual a prende, no entanto, um estreito parentesco, a doutrina do livre arbítrio, defendida pela escola clássica, não vai como aquela até á quimérica abstracção de negar a existência e a influência dos motivos sobre a vontade, que reconhece e afirma, como elementos integrantes da actividade d'esta; mas, como aquela, certamente falsa e absurda, mas porventura mais coerente e mais lógica, defende que a escolha entre os motivos de conduta e o poder de determinação são apanágio da vontade que resolve autonomamente, em ultima instância, seguir um motivo de preferência a outro, sem sujeição a motivo mais forte (p. 282). Para a escola positivista, o livre arbítrio não existe e a crença na nossa liberdade moral é uma ilusão proveniente da ignorância das diversas causas que nos determinam [..., p. 283] D'estes princípios infere logicamente a teoria determinista a negação da liberdade psicológica e, consequentemente, da responsabilidade moral [...] A esta, como base da responsabilidade criminal, substitui, consentâneamente aos seus princípios, a responsabilidade social, o que, no seu conceito mais geral, quer dizer, como escreve Ferri, que o homem é imputável e responsável só porque vive em sociedade », *ibid*, II, p. 285.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adesão aos dogmas da escola positiva (fundada nas ciências positivas, biológicas e sociológicas), que enumera:

« *a*) o homem criminoso, pelas suas anomalias orgânicas e psíquicas, hereditárias e adquiridas, é uma variedade especial do género humano; *b*) os crimes aparecem, aumentam, diminuem e desaparecem por outras causas que não pelas penas consignadas nos códigos e aplicadas pelos juízes; c) o livre arbítrio é uma pura ilusão subjectiva, desmentida pela fisio-psicologia positiva » (*ibid*., I, p. 11). Daí decorre a economia das suas lições, baseada na tríade dos fundadores (145).

A fidelidade de Caeiro da Matta aos pressupostos sociologistas leva-o a criticar, não apenas as correntes que se filiavam num « novo espiritualismo » — etiqueta sobre que ele classificava todos os defensores radicais ou mais moderados do livre arbítrio (146), — naturalmente anti-positivista, mas ainda a desprezar com arrogância, a tentativa de conciliar, numa base eclética, clássicos e positivistas, como se tentara nos congressos da União Internacional de Direito Penal, organizados por Prins e Von Liszt, cuja 7ª sessão de 1897 se celebrara em Lisboa (147).

---

(145) « É a Lombroso que cabe a glória de-*ter* dado impulso á cultura da nova ciência criminal. Mas se o *Uomo delinquente* de Lombroso representa o ponto de partida do novo sistema, a *Criminologia* de Garófalo representa o ponto de chegada ás applicações de ordem jurídica e a *Sociologia criminale* de Ferri o traço de união entre aquele e esta. Fundiremos, por isso, os tres livros, na nossa sínthese expositiva » (*ibid*., I, p. 38/39).

(146) Aí distinguindo, porém, duas correntes: « o antigo grupo orthodoxo, que continua a mostrar-se francamente hostil á escola criminal positiva, e que considera as teses desta escola por vezes engenhosas, por vezes ridículas, e sempre quiméricas e perigosas »; e a « nova tendência », que concebia o livre arbítrio como liberdade essencialmente relativa e, assim, conciliável com certas posições positivistas. Sobre este neo-espiritualismo cita Senito ANDRADE, *Estudio de antropologia criminal espiritualista*, 1899; Agostino GEMELLI, *Le dottrine moderne della delinquenzia*, 1908, pag. 3 e seg..

(147) « Não nos demoraremos na critica das doutrinas eclécticas da União Internacional de Direito Penal, que não representam senão uma transacção de consciência científica. Simplesmente lembraremos que, a despeito dos princípios expostos nos estatutos da União, quase todos os seus defensores se debatem ainda entre o sentimento místico da liberdade moral e as provas científicas do determinismo [Vid., por exemplo, SALEILLES, *L'individuatisation de Ia peine*, 1896, pag. 5 e segg.; PRINS, *Science penale et droit positif cit*, pag. 156 e segg.] », *ibid*., pp. 196-198. Ou seja, as posições de Salleiles que, antes, tinham movido Dias da Silva.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Isso não o impede, porém, não apenas de reconhecer a necessidade de repressão (148), como ainda de percorrer — defendendo, por sistema, as posições mais próximas dos postulados positivistas — os pontos centrais da dogmática clássica do direito penal (149). A sua conclusão sobre a prestabilidade da teoria clássica para uma prevenção da criminalidade — que estaria em crescimento por todo o lado (*ibid*, I, 204 ss.) — relacionava a sua ineficácia com o seu carácter mítico: ela basearia « a legislação penal no princípio da liberdade e responsabilidade absolutas e não conhecia senão o tipo do homem inteiramente normal ou perfeito e absolutamente responsável, por um lado, e, por outro, o do homem absolutamente anormal e irresponsável. Aquele pertencia exclusivamente à repressão, este exclusivamente à medicina mental [...] ». Porém « entre os dois limites extremos da perfeição e da imperfeição humanas, existe uma larga zona intermédia com infinitas gradações, que compreende a média dos seres humanos. Quando o individuo delinqüe, a função

(148) « Ao lado da prevenção, a repressão aparece como um mal necessário, como um expediente a que, em ultimo lugar, é necessário recorrer. Qualquer sistema penal representa sempre um freio para os hesitantes, um meio de intimidar os indivíduos perigosos, embora dificilmente possa constituir uma medida de regeneração dos malfeitores. Mas, ainda n'esta função acessória, a justiça penal vê a sua utilidade e eficácia subordinada á condição de se inspirar na realidade concreta da vida. O juiz não pode limitar-se a verificar a reunião dos elementos da definição teórica do delito, mas deve também apreciar a natureza mais ou menos perigosa do delinquente e o grau de intensidade do móbil anti-social que o domina, bem como as condições do ambiente em que ele vive » (*ibid*., p. 252). Pelo contrário, « Os magistrados não deverão dar sentenças definitivas, como na actualidade sucede, em que se fixa de antemão a duração indefectível da pena, não podendo discutir-se nem revogar-se a sentença que transitou em julgado: os juízes, em um sistema penal cientifico, só darão decis6es provisórias, sempre discutíveis e susceptíveis de ser rectificadas. A duração do tratamento penal não deverá ser determinada antecipadamente » (*ibid*., I, 253).

(149) No volume II, Coimbra, F. França Amado, 1911. Aí admite, com certas restrições, a retroactividade da lei penal (« Nova manifestação da reacção individualista e anti autoritária, a que nos referimos, e que domina no direito penal vigente », p. 41 ss.); problematiza a existência de « delitos naturais », conceito a que até alguns positivistas (Garofalo, Durheim e Ferri) tinham aderido, embora em termos « não metafísicos » (« acções puníveis (delictos) as determinadas por motivos individuares e anti-sociais, que perturbem as condições de existência e ofendam a moralidade media de um povo em um momento dado ») (*ibid.* II, 128 ss.); recusa a distinção entre ilícito civil e ilícito penal (p. 136 s.); recusa o conceito de imputabilidade moral, substituindo-o pelo de imputabilidade social (*ibid.*, II, 281 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da justiça repressiva consiste em considerar os caracteres da sua imperfeição ou da sua anormalidade e em escolher o remédio a opor, isto é, em aplicar uma medida de defesa social em relação com a natureza do agente ». Coisa que nem a doutrina — fixada na oposição rígida entre imputáveis e dementes —, nem a legislação — centrada numa concepção pouco diversificada e pouco maleável da pena (150) —, estavam capazes de fazer (151).

Entretanto, em Coimbra, fizera o seu concurso num tema de direito penal o jovem doutor Afonso Costa (1871-1937). Apesar de em breve se ir dedicar à política e de, na universidade,-*ter* tido a seu cargo outras cadeiras, o seu futuro teria sido, seguramente, o de um penalista, dada a índole das obras que publica, orientadas também no sentido do positivismo sociológico, ao qual já nos referimos (152); mas em que convirá destacar um pendor socialista e uma especial sensibilidade humanista (153).

7. *A reacção anti-positivista.*

A obra de Caeiro da Matta constitui a última síntese universitária cavalgando a onda positivista, já que o livro introdutório de Afonso Costa, *Commentario ao codigo penal portuguez: introdução, escolas e principios de criminologia moderna*, 1895, não teve continuidade, com a passagem do seu autor para a alta política do país e, depois do fim da I República, com o seu exílio. A partir, portanto, de Caeiro da Mata surgem duas orientações (154) que, embora não

(150) « O nosso código, — diz Caeiro da Matta — que não conhece senão a pena e a absolvição, é demasiado simplista para a solução de um problema tão complexo » (*ibid*., II, 298).

(151) Cf. *ibid*. II, 289; era por isso que, enquanto « o direito penal, fundado sobre a concepção absoluta da responsabilidade moral, chegava ao conflito entre juristas e médicos », « o direito criminal, baseado na concepção relativa da defesa social chega, pelo contrario, a um acordo ».

(152) Afonso Costa, *Commentario ao codigo penal português. Iintrodução: escolas e pricipios de criminologia moderna*, Coimbra, Impr. da Universidade, 1895. Versão digitalizada em *http://purl.pt/722*; *Os peritos no processo criminal: legislação portuguesa — crítica — reformas*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1895.

(153) Sobre ele, Maria Fernanda Palma, « Do sentido histórico do ensino do direito penal na Universidade Portuguesa. A actual questão metodológica », cit., 383 ss.

(154) Este dualismo tem como origem a criação de uma segunda Faculdade de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

coincidentes, abandonam o positivismo. Ou em troca de um regresso ao tecnicismo jurídico-dogmático e exegético que remontava à escola clássica e, para além dela, à penalística do Antigo Regime clássico, ou trilhando as vias de um ecletismo que, segundo a inspiração retributiva da escola clássica para os imputáveis, se mantinha atento à ideia de prevenção, pondo, de alguma forma, a ideia de castigo a servir o objectivo da prevenção, quer geral, quer especial. A primeira orientação domina em Lisboa, com Abel de Andrade e Marcelo Caetano. A segunda, em Coimbra, com Beleza dos Santos e, depois, num sentido que tende de novo para uma concepção valorativa do direito penal, com Eduardo Correia e seus seguidores (155).

8. *Bibliografia geral.*

« A não extradição dos criminosos políticos perante a história », *Revista dos Tribunais*, 5(1886). Ano, 65-66, 81-82.

« A propósito da obra de António Azevedo Castelo Branco », *Estudos Penitenciários e Criminais* (Lisboa, 1888 », in *Revista de Educação e Ensino*, vol. III, Lisboa, 1888, p. 263.

« A superstição e o Direito Penal », *Revista dos Tribunais*, 23(1905), 321-322.

« A tatuagem », *Revista dos Tribunais*, 9(1890), 129-130.

« Alterações que sofreu o Código Penal de 1852 relativamente aos Casos em que a puniçao dependia de acusação particular, ou participação dos ofendidos », *Rev. Leg. Jur.*, Ano 23(1891),418-420.

« As sugestões Criminosas e o hipnotismo », *Revista dos Tribunais*, 13(1895), 289-290, 305-306, 337-338; 13(1895) Ano, 17.

« Atentado ao pudor », *Revista dos Tribunais*, 19(1900), 17-18.

« Casa de Correcção », *Revista dos Tribunais*, 6(1887), 193-194, 257-258.

« Congresso Penitenciário », *Revista dos Tribunais*, 9(1890), 97-98.

« Crime de Dinamitismo e Anarquismo », *Revista dos Tribunais*, 28(1909), 289-290.

« Criminalidade em Portugal », *Revista dos Tribunais*, 16(1900), 227-229.

Direito em Lisboa que, estando — até pelo nome — fadada para vir a ser um novo pólo do pensamento jurídico-sociológico, virá afinal a ser coisa diferente.

(155) V., sobre esta fase, que já não cabe na economia deste trabalho, Maria Fernanda PALMA, « Do sentido histórico do ensino do direito penal na Universidade Portuguesa. A actual questão metodológica », cit., 387 ss.; bem como a própria prognose de CAEIRO DA MATA, « Actuais Tendências Legislativas em Matéria Criminal », in *Revista da Universidade de Coimbra*, Imprensa do Universidade, Vol. III (1914), pp. 430-446.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« Da embriaguez como circunstância extintiva do crime e como circunstância atenuante », *O Direito,* 1(1869), 673-674.

« Das penas, segundo o Novo Código Penal Italiano », *Revista dos Tribunais*, 10(1891), 97-98.

« Difamação dos empregados públicos por factos relativos as suas funções, e dos particulares, ou empregados públicos por factos criminosos. Penas e processos aplicáveis. Interpretação dos Artigos 408, ns. 1., 2. e 409. do Código Penal », *O Direito*, 10(1878), 329-331.

« Direito de extradição aplicado aos crimes políticos », *Revista dos Tribunais,* 4(1885), 145-146.

« Do delírio da chicana », *Revista dos Tribunais*, 13(1895) 241-244.

« Dos serviços antropométricos », *Revista dos Tribunais*, 14(1895), 33-34; 65-66, 97-98.

« Elementos a que se tem de atender nos Processos contra Criminosos em estado de alienação por parte dos Tribunais e dos Peritos Encarregados dos Respectivos Exames », *Revista dos Tribunais*, 17(1899), 353-356.

« Escolas Penais », *Revista dos Tribunais,* 22(1904), 35 3-354.

« Estatística penal e os crimes italianos », *Revista dos Tribunais*, 3(1884), 209-210.

« Estudos de Criminologia », *Revista dos Tribunais*, 16(1897), 145-148, 161-162, 177-179, 193-194, 225-227, 257-260, 321-324; 17(1896) 1-5, 17-19, 33-36, 49-51, 65-68.

« Injúrias por meio de bilhetes postais », *Revista dos Tribunais*, 9 (1890), 81-82.

« Irresponsabilidade de criminosos. Asilos para alienados criminosos », *Revista dos Tribunais,* 13(1894), 65-67, 97-99, 113-115, 129-131, 145-146.

« Mendicidade », *Revista dos Tribunais,* 17(1899), 225-226.

« O autor de um artigo ou noticia e obrigado a explicar as frases alusivas ou equivocas por ele empregadas », *O Direito*, 7(1875), 353-354.

« O erro criminal », *Revista dos Tribunais*, 8(1891), 225-226.

« O hipnotismo e o direito criminal », *Revista dos Tribunais*, 12(1894), 337-339, 354.

« Os cleptómanos », *Revista dos Tribunais*, 14(1895), 113-115, 289-291

« Os crimes cometidos contra as Comissões de Recenseamento são punidos a requerimento do Ministério Público », *Revista dos Tribunais*, 7(1888), 98-99.

Os redactores da "Justiça de Guimarães" e o juiz de direito F. H. de Souza Secco Guimarães, Typ. Vimaranense, 1872.

« Prisões », *Revista dos Tribunais,* 2(1884), 242-243, 259, 274-275, 291-292, 310.

« Procurador. Advogados de Provisão. Nulidades de Processo. Penas em que incorre o que falsamente se faz passar por Advogado », *Revista dos Tribunais,* 18(1899), 2-4.

« Saúde pública », *Revista dos Tribunais*, 13(1894), 177-178.

« Sistema Penitenciário. Aplicação do Artigo 64 da Lei de 1 de Julho de 1867 », *Revista dos Tribunais*, 1(1883). 370-371; 2(1884), 4-5.

« Ultraje à moral pública », *Revista dos Tribunais*, 2(1882), 34-35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« Um caso de exibicionismo, *Revista dos Tribunais*, 13(1895), 161-163.

Abranches, João Pina Madeira, *Dissertação sobre a theoria da solidariedade social deffensiva applicada no projecto do Código Penal portuguez*, Coimbra, Imprensa Litteraria, 1866.

Abreu, Luís Filipe, *Theses ex universo jure selectae... pro laurea doctorali obtinenda in Conimbricensi Academia / propugnandas Ludovicus Philippus de Abreu: Se é justo e conveniente voltar a deportação para a pena, e no caso afirmativo, em que termos*, Conimbricae, Typis Academicis, 1859, 1859.

Abreu, Luis Filippe de, *Estudos sobre o projecto do Código Penal Portuguez'b8* Coimbra, Imprensa da Universidade, 1862.

Albuquerque, Paulo Pinto de, *A reforma da justiça criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra, Almedina, 2003.

Almeida, Francisco de, *Breves considerações sobre a necessidade e meios de melhorar as prisões em Portugal*, Paris, Off. Typ. de Casimir, 1834, 1834.

Almeida, Pedro Tavares de & Marques, Tiago Pires, coord., *Lei e ordem. Justiça penal, criminalidade e polícia nos sécs. XIX e XX*, Lisboa, Livros Horizonte, 2006.

Andrade, Abel de, « Novo Direito Penal », em *Três Estudos de Direito Penal*, [S.l., s.n.], (Lisboa, Tip. Emp. do Anuario Comercial), 1938.

Andrade, Abel de, *Cadeira de direito penal: sumário das lições magistrais no ano lectivo de 1935-1936*, [S.l., s.n.], (Lisboa, Tip. Emp. do Anuario Comercial), 1936.

Andrade, Abel de, *Direito penal. Cadeira de direito penal: sumário das lições magistrais no curso de 1929-1930*, [S.l., s.n.], (Lisboa, Tip. Emp. do Anuario Comercial), 1930.

Andrade, Abel de, *Direito Penal. Cadeira de direito penal: sumário das lições magistrais no curso de 1931-1932*, [S.l., s.n.], (Lisboa, Tip. Emp. do Anuario Comercial), 1932.

Andrade, Abel de, *Direito Penal. Sumários das Lições de 1930/31*, [S.l., s.n.], (Lisboa, Tip. Emp. do Anuario Comercial), 1931.

Andrade, Abel de, *Sumário das lições de 1932-1933, direito penal, curso complementar*, [S.l., s.n.], (Lisboa, Tip. Emp. do Anuario Comercial), 1933.

Araujo, Álvaro de Mendonça Machado de, « Injúrias às autoridades », *Gazeta da Relação de Lisboa*, 21(1906), 129-130, 137-138.

Augusto, Antonio Ferreira, *Legislação penal mais importante e que não está codificada*, Coimbra, Livraria Académica, 1905, 2 vols.

Azevedo, Luís Eloy de, « Direito Penal, Magistratura e Inquérito Judicial no Século XIX Português » (Texto produzido com vista à participação no colóquio internacional *Les enquêtes judiciaires en Europe au XIXe siècle Acteurs-Imaginaires-Pratiques* realizado na Sorbonne em Paris, entre 19 e 21 de Maio de 2005.)

Barbosa de Magalhaes, « Excitar a sediçéão não é punível se não houver sediçéão », *O Direito,* 22(1890), 242-243.

Barreiros, José António, « As Instituições Criminais em Portugal no Século XIX: subsídios para a sua história », em *O Século XIX em Portugal. Comunicações ao Colóquio organizado pelo Gabinete do Investigações Sociais,* « Análise Social, 9(1979) Lisboa, Editorial Presença/Gabinete de Investigações Sociais, 1979, pp. 237-265.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BERNARDO LUCAS, *A Loucura perante a lei penal*, Porto, Barros, 1888.

BLANCHE, M., « A lei criminal », *O Direito,* 1(1868), 7-9, 20-21, 39-41, 53-55, 71-73, 85-87, 103-105.

Cadeias e manicómios: uma reforma necessária, Lisboa, Imp. Minerva, 1891.

Caetano, Marcelo, *Lições de Direito Penal, súmula das prelecções feitas ao curso do 4o ano jurídico no ano lectivo de 1938-3*, [S.l., s.n.], 1939 (Lisboa, Tip. O Jornal doComércio)

CALISTO, JOAO MARIA BAPTISTA, *Algumas palavras sobre o estado actual das prisões em geral e sua reforma*, Coimbra, 1860.

CARDOSO, ANABELA DOS SANTOS RAMOS, *Violência e Justiça em terras de Montemor (1708-1820).* Coimbra, 1996 (polidact.).

CARVALHO, JORGE BRANDAO, « Conflitos sociais em Adaúfe (1835-1880) - Uma perspectiva a partir dos livros do juízo de paz », em *Bracara* Augusta, Vol. XLIV, n9 96 (109), 1996, pp. 247-305.

CASTELLO BRANCO, ANTÓNIO DE AZEVEDO, *Estudos penitenciarios e criminaes*, Lisboa, Typographia - Casa Portugueza - Papelaria, 1888.

CASTELLO BRANCO, ANTÓNIO DE AZEVEDO, *Notice sur l'évolution du droit penal portugais*, Lisbonne, Imp. Nationale, 1888.

CASTELLO BRANCO, ANTÓNIO DE AZEVEDO, *Os encarcerados — Estudo psychologico do natural pelo dr. Antonio Marro — Traduzido do italiano e annotado*, Lisboa, Henrique Zeferino, editor (1 vol., 194 pp).

CASTELO BRANCO, ANTÓNIO DE AZEVEDO, Top of Form.

CASTELO BRANCO, ANTONIO DE AZEVEDO, « A ESCOLA PENAL POSITIVA », *Revista de Educação e Ensino*, III volume, Lisboa, 1888, pp. 84-88 e 97-100.

CASTRO, JOSÉ LUCIANO DE, « Qual é a pena Aplicável aos cúmplices do crime de rebelião? », *O Direito*, 23(1891), 129-133.

Catálogo da livraria do...Visconde de Paiva Manso, Lisboa, Typographia Universal, 1877, 114 p.

CATROGA, FERNANDO, « Individualismo e Solidarismo. De Ferrer ao Sociologismo Juridico », em *Vicente Ferrer Neto Paiva. No segundo centenário do seu nascimento, a convocação do Krausismo, Bol. Fac. de Dir. da Univ. Coimbra. Stvdia Ivridica* 45, *Coloquia* 4 (1999), 131-149.

CERVEIRA, JOSÉ RODRIGUES, « Do crime de adultério », *O Direito,* 5(1873), 242-244.

CHORAO, LUÍS BIGOTTE, *O periodismo jurídico português do séc. XIX*, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2002.

Código Penal approvado por Decreto de 10 de Dezembro de 1852, 7º, Lisboa, 1877.

Código penal approvado por decreto de 10 de Dezembro de 1852, Lisboa, Imprensa Nacional, 1855.

Código penal da Nação Portuguesa, Lisboa, Imprensa Nacional, 1837.

Código penal portuguez. Nova publicação oficial ordenada por decreto de 16 de Setembro de 1886, Coimbra 1919.

Codigo Penal Portuguez, Tomo I. *Relatório*, Tomo II, *Projecto de Código Penal Portuguez,* Lisboa, 1864.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Codigo Penal Portuguez. Nova publicação official ordenada por decreto de 16 de *Setembro de 1886*, Coimbra, 1898.

CORREIA, EDUARDO, *Direito criminal. Lições do Prof. [...] ao Curso do IV Ano Jurídico*, [compil.] Francisco Pereira Coelho, Manuel Rosado Coutinho, Coimbra, Atlântida, 1949.

CORREIA, EDUARDO *Lições de direito criminal*, Coimbra, 1964.

CORREIA, EDUARDO, & DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito criminal*, Coimbra, Almedina, [D.L. 1964].

CORREIA, EDUARDO, *Direito criminal*, Coimbra, Almedina, 1968.

COSTA, AFFONSO, *Commentario ao codigo penal português. Introdução: escolas e princípios de criminologia moderna*, Coimbra, Impr. da Universidade, 1895. Versão digitalizada em *http://purl.pt/722*.

COSTA, AFFONSO, *Os peritos no processo criminal. Legislação portugueza — Crítica — Reformas*, Coimbra Manuel de Almeida Cabral Editor, 1895

COSTA, MARIO JÚLIO DE ALMEIDA, « Apontamentos sobre a autonomização do direito criminal português », *Direito e justiça. Volume de Homenagem ao Prof. Cavaleiro de Ferreira*, 2(1981-1986).

COUTINHO, ANTONIO XAVIER DE SOUSA, « Os desacatos contra os mandados da autoridade perante a lei penal », *Revista dos Tribunais*, 8(1890), 226-227.

CRUZ, FRANCISCO IGNACIO DOS SANTOS, *Da prostituição na Cidade do Lisboa (1841),* Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1984 (ed. original: 1841).

CURTO, DIOGO RAMADA, « Crimes e Antropologia criminal », *Revista Lusitana,* n. 13-14, 1995, pp. 179-198.

DEUSDADO, FERREIRA, « A mulher delinquente », *Revista de Educação e Ensino*, ano VIII, 1893, p. 19.

DIAS, A. SIMÕES, *A filosofia do Direito de Vicente Ferrer*, Lousã, Câmara Municipal da Lousã, 1999.

DIAS, JOSE GUILHERME BAPTISTA, « O Crime e a ciência de hoje », *Revista dos Tribunais,* 6(1889), 258 ss.

DIDIER, JOAQUIM LISBANO D'ALMEIDA, *O Digesto criminal precursor do Novo Codigo Penal Portuguez,* Porto, Liv. Arquivo Juridico de A. G. Vieira Paiva, 1884

Direito Penal: apontamentos de lições para o 5º ano jurídico de 1956-57, çõícompil. por Eduarda da Silva Casca, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1956.

FATELA, JOÃO, *O Sangue e a Rua. Elementos para uma antropologia da violência em Portugal*, Lisboa, Dom Quixote, 1989.

FERRÃO, FRANCISCO ANTONIO FERNANDES DA, *Theoria do direito penal applicada ao Codigo Penal portuguez comparado com o Codigo do Brazil, leis pátrias, codigos e leis criminaes dos povos antigos e moderno [...]*, Lisboa, Typ. Universal, 1856-1857, 8 vols.

FERREIRA, AUGUSTO, ANTÓNIO, « Um Caso de Direito Criminal e de Medicina Mental », *Revista de direito,* Ano 3(1907), 17-19, 65-67.

FERREIRA, FATIMA MOURA, « Entre saberes: a centralidade do saber jurídico na consubstanciação da ordem liberal », *Revista de História das Ideias,* 24(2003), pp. 177-212.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FERREIRA, JOSE DIAS, *Discurso sobre a Reforma Penal proferido na sessão de 18 de Abril de 1884,* Lisboa, 1884.

FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Lições de Direito Penal*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1941.

FERREIRA, SILVESTRE PINHEIRO, *Memória sobre a Administração da Justiça Criminal segundo os Princípios do Direito Constitucional*, trad. por Filippe Ferreira de Araujo e Castro Lisboa, Typ. Lusitana, 1841.

FREIRE, PASCOAL JOSÉ DE MELO, *Ensaio de Código Criminal a que mandou proceder a Rainha D. Maria I*, Lisboa, 1823. ed. Miguel Setaro; há outra edição, acompanhada das « Provas », Coimbra, Imprensa da Universidade, 1844.

FREIRE, PASCOAL JOSÉ DE MELO, *Institutiones iuris criminalis lusitani*, Conimbricae, Typ. Academiae, 1794.

FREITAS, BARJONA DE, « Discurso na Câmara dos Deputados », *Diário do Governo*, de 1 de Março de 1867.

FRIAS, ROBERTO, *O Crime. Apontamentos para a sistematização da criminalidade,* Porto, Typ. de Alexandre da Fonseca Vasconcellos, 1880, 1880.

GOES, F. HENRIQUES « Se aos curandeiros deve ser Aplicada a Pena do Alvará de 1810 ou a do Código Penal », *Revista dos Tribunais,* 22(1903), 226-227.

GOUVEIA, ANTÓNIO AIRES DE, *A Reforma das Cadeias em Portugal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1860, pp. 36-37.

HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL, *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio,* Mem Martins, Publicações Europa-América, 2003.

HESPANHA, ANTONIO MANUEL, *Da « Iustitia » à « disciplina ». Textos, poder e política no Antigo Regime.* Separata do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - « Estudos em Homenagem ao Prof Doutor Eduardo Correia »*, Coimbra, Atlântida, 1989.

HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL, *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português,* Coimbra, Almedina, 2004.

HOLSTEIN, SOUSA, *Theses ex universo jure selectae... pro doctorali obtinenda in Conimbricensi Academia / propugnandas Marchio de Souza Holstein: Se o sistema das circunstâncias atenuantes e agravantes é conveniente ou prejudicial ordem pública*, Conimbricae, Typ. Academicis, 1838.

HÜNERFELD, PETER, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, Bonn, Ludwi Rührscheid Verlag, 1971 [= *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenchaft*, 86 (1974)].

JORDÁO, LEVY MARIA (ou Visconde de Paiva Manso), *Commentario ao codigo penal portuguez, Lisboa, Typ. José Baptista Morando, 1853-1854.*

JORDÁO, LEVY MARIA, « Fundamentos do direito de punir. Dissertação inaugural apresentada na Faculdade de Direito de Coimbra, no ano de 1853 », *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 51, 1975, pp. 289-314.

JORDÁO, LEVY MARIA, *Cours de droit penal*, Typ. De Lallemant et Cie., 1858.

JORDÁO, LEVY MARIA, *O fundamento do direito de punir. Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1853.

JORDÁO, LEVY MARIA, *Projecto de Codigo Penal Portuguez*, I Tomo, Lisboa, 1861.

JORDÁO, LEVY MARIA, *Tratado Theorico e Prático das Provas no Processo Penal*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Coimbra, Livr. Portuguesa e Estrangeira do Editor Manoel de Almeida Cabral, 1895.

LEITE, DIOGO TAVARES DE MELLO, « Da responsabilidade criminal dos loucos », *Rev. Leg. Jur.*(1885), Ano 17(1885), 570-572, 586-589, 603-605; Ano 18, 12-13, 25-27, 42-44.

LOPES, ALFREDO LUÍS, *Estudo estatístico da criminalidade em Portugal nos anos 1891 a 1895, Lisboa*, 1897.

LUCAS, CHARLES, *História do sistema penitenciário na Europa e nos Estados-Unidos da América, trad. en portuguez pelo Dr. José Cardoso Braga*, [S.l., s.n.] 1836 (Lisboa, Imp. de M. de J. Coelho).

MACIEIRA, ANTONIO, « Direito Penal. Crimes contra a Religião », *Gazeta da Relação de Lisboa*, 24(1910), 185-186.

MACIEIRA, ANTONIO, « Leis de Excepção. Liberdade de Imprensa. Juízo de Instruçéão Criminal », *Gazeta da Relação de Lisboa,* 24(1910), 201-202.

MAGALHAES (Filho), BARBOSA DE, « Crimes contra a Religião », *Gazeta da Relação de Lisboa*, 23(1908), 89-91.

MAGALHAES, J. M. BARBOSA DE, « A nova Lei de Imprensa de 11 de Abril de 1907 », *Gazeta da Relação de Lisboa*, 20(1907), 609-610.

MAGALHAES, J. M. BARBOSA DE, « Crime do cárcere privado », *Gazeta da Relação de Lisboa*, 23(1910), 609-610.

MAGALHAES, J. M. BARBOSA DE, « Liberdade de Imprensa », *Gazeta da Relação de Lisboa,* 20(1906), 329.

MAGALHAES, J. M. BARBOSA DE, « Liberdade de Imprensa », *Gazeta da Relação de Lisboa,* 24(1910), 297-298, 321-322, 329-330, *353-*354, 369-370, 449-450, *513-514*, 585-586, 665-666, 25(1911), 217-218.

MALDONADO, AUGUSTO DE SOUSA, « Lei de Imprensa », *Gazeta da Relação de Lisboa,* 21 (1907), 41-42.

MALDONADO, MARIO, *Alguns aspectos da história da criminologia em Portugal*, Coimbra, 1960 (sep. *Boletim da administração penitenciária e dos institutos de criminologia*).

Manual prático dos novos juízes ordinários e seus escrivães, segundo a lei de 16 de Abril de 1874, Lisboa, Imprensa Nacional, 1875.

MARQUES, MARIO REIS « A Determinação do 'Principio do Direito' em Vicente Ferrer Neto Paiva », em *Vicente Ferrer Neto Paiva. No segundo centenário do seu nascimento, a convocação do Krausismo, Bol. Fac. de Dir. da Univ. Coimbra. Stvdia Ivridica* 45, *Coloquia* 4 (1999), 171-194.

MARQUES, MARIO REIS, « O Krausismo de Vicente Ferrer Neto Paiva ». *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 66*(1990), pp. 1-45.

MARQUES, MARIO REIS, « Sobre as Prelecções de Direito Natural do Doutor Joaquim Maria Rodrigues de Brito », em *Actas do Colóquio « O Krausismo na Península Ibérica »*, Braga, 2001, pp. 63-98.

MARQUES, TIAGO PIRES, *Crime e Castigo no Liberalismo em Portugal*, Lisboa, Livros Horizonte, 2005.

MARTENS, FERRAO DE CARVALHO, « Proposta de Lei de Organização Judicial apresentada à Câmara dos Deputados por João Baptista da Silva a 28 de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Fevereiro de 1860 », *Boletim do Ministério dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça - 1860*, p. 85.

MARTINS, JÚLIO AUGUSTO, « Bíblias Protestantes », *Gazeta da Relação de Lisboa,* 21(1907), 273-274.

MARTINS, JÚLIO AUGUSTO, « Difamação por Meio de Imprensa », *Gazeta da Relação de Lisboa*, 24(1911) 763-764.

MARTINS, JÚLIO AUGUSTO, « Lei de Imprensa », *Gazeta da Relação de Lisboa,* 20(1907), 665-666, 737-738, 21(1908).0 Ano, 257-258.

MARTINS, JÚLIO AUGUSTO, « O facto de conservar-se alguém de chapéu à passagem de uma procissão não constitui crime », *Gazeta da Relação de Lisboa*, 21(1906), 345-346.

MARTINS, JÚLIO AUGUSTO, « Ultraje a Moral Pública », *Gazeta da Relação de Lisboa,* 24(1911), 787.

MARTINS, ROCHA, « Impressões de uma demorada visita à Penitenciária », *Ilustração Portuguesa*, 1.º semestre, 1906, pp. 180-187.

MATTA, JOSÉ CAEIRO DA, « Actuais Tendências Legislativas em Matéria Criminal », in *Revista da Universidade de Coimbra*, Imprensa do Universidade, Vol.III(1914), pp. 430-446.

MATTA, JOSÉ CAEIRO DA, *Direito criminal português*, COIMBRA, F. FRANÇA AMADO, Editor, 1911, 2 vols.

MATTA, JOSÉ CAEIRO DA, *Do furto (Esboço histórico e jurídico)*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1906.

MAYOBRE, P., *O Krausismo en Galicia y Portugal*. Edicións do Castro. A Coruña, 1995

MEDINA, JOÃO, « Degredo e colonização portuguesa: Um círculo vicioso », *Direito e Justiça*, vol. Especial 2004, 15-34.

MELLO, LOPO VAZ DE SAMPAIO E, « Relatório da proposta de lei da nova reforma penal », *Rev. Leg. Jur.,* Ano 18 (1885), 209-212, 225-228, 241-243, 257-259, 273-275, 289-292, 305-308, 321-325, 337-340, 353-357, 369-372, 385-388, 401-404, 417-418.

MELO, FRANCISCO FREIRE DE, *Discurso sobre delitos e pennas e qual foi a sua proporção nas diferentes épocas da nossa jurisprudência principalmente nos três séculos primeiros da monarchia portugueza*, Londres, Imp. por F. C. Hansard, 1816.

MELO, FRANCISCO FREIRE DE, *Prologo de Francisco Freire de Mello ao Codigo Criminal mandado ordenar pela Rainha D. Maria I*, Lisboa, na Typ. Rollandiana, 1823.

MERÊA, PAULO, « Esboço de uma história da Faculdade de Direito 1º periodo: 1836-1865 », *Bol. Fac. de dir. da Univ. Coimbra*, 28 (1952), p. 100 ss.; 29 (1953), 23 ss.; 30 (1954) p. 142 ss.; 31 (1955), p. 72 ss.

MERÊA, PAULO, « Lance de olhos sobre o ensino do direito (cânones e leis) desde 1772 até 1804 », *Ibid.*, 33 (1957), 324 ss.

MONCADA, LUÍS DE CABRAL, *Subsídios para uma Historia do Filosofia do Direito em Portugal (1772-1911)*, Coimbra, Atlântida, 1938; sep. *Bol. Fac. Direito Coimbra*; agora reed., com prefácio de António Braz Teixeira, Lisboa, Imp. Nac. Casa da Moeda, 2003.

MOURA, JOSÉ JOAQUIM FERREIRA DE, *Reflexões criticas sobre a administração da*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

justiça em Inglaterra tanto no cível como no crime, e sobre jury, 2ª edição, Lisboa, Typographia de A.J.C. da Cruz, 1836.

NAZARETH, FRANCISCO J. DUARTE, *Elementos de Processo Criminal para uso dos seus discipulos*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1846 (1ª ed.).

NEVES, A. CASTANHEIRA, « O Liberalismo Jurídico de Vicente Ferrer de Neto Paiva: terá errado simultaneamente Kant e Krause », em *Vicente Ferrer Neto Paiva. No segundo centenário do seu nascimento, a convocação do Krausismo, Bol..Fac. de Dir. da Univ. Coimbra. Stvdia Ivridica* 45, *Coloquia* 4 (1999), 195-210.

Nova reforma penal approvada por decreto de 14 de Junho de 1884, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1884.

O krausismo em Portugal, Braga, Universidade do Minho - Centro de Estudos Lusíadas, 2001.

Olhares Cruzados entre Arquivistas e Historiadores: Mesas-redondas na Torre do Tombo. Coord. Maria de Lurdes Henriques. Capítulo II: Os arquivos judiciais e a história social; A experiência fascinante de um regresso ao passado / Irene Vaquinhas: Documentação judicial e a criminalidade oitocentista / Maria João Vaz: O crime e o castigo em oitocentos / Maria José Moutinho Santos: Arquivos judiciais de Coimbra / Ana Maria Leitão Bandeira: Os arquivos do Tribunal da Boa-Hora e polícia judiciária / Maria Adelaide Proença: Arquivos judiciais na Torre do Tombo / Maria Teresa M. Plantier Saraiva: O tratamento dos arquivos judiciais / António Sousa, [Lisboa], Instituto dos Arquivos Nacionais/Torre do Tombo, D.L. 2004.

OLIVEIRA, ANTÓNIO BRAZ DE, « As Execuções Capitais em Portugal num Curioso Manuscrito de 1843', in *Revista da Biblioteca Nacional,* Lisboa, *Biblioteca Nacional*, Vol. 2, N 9 1, Série 1, Jan,/Jun. 1982, 109-127.

PAIVA, JOSE DA CUNHA NAVARRO DE, « Crime 1910 ou Delito e Contravenção », *Revista dos Tribunais*, 27.º Ano, 49-51, 81-84, 113-116; 29.º Ano, *2-5*, 145-148.

PAIVA, JOSE DA CUNHA NAVARRO DE, « Crimes políticos », *Revista dos Tribunais,* 20(1902), 257-259.

PAIVA, JOSÉ DA CUNHA NAVARRO DE, « Observações à Nova Reforma Penal », *Revista dos Tribunais*, 3.(1884), 19-20, 49-52.

PAIVA, JOSÉ DA CUNHA NAVARRO DE, *Relatório dirigido ao Conselheiro Procurador Geral da Coroa e Parecer sobre um novo Regulamento do Ministério Publico*, Ponta Delgada, Typ.de M. C. Botelho, 1866.

PAIVA, JOSÉ DA CUNHA NAVARRO DE, *Tratado Theorico e Prático das Provas no Processo Penal*, Coimbra, Livr. Portuguesa e Estrangeira do Editor Manoel de Almeida Cabral, 1895.

PALMA, MARIA FERNANDA, « Do sentido histórico do ensino do Direito Penal na Universidade Portuguesa à actual questão metodológica », *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, N.3 (Jul.SET.1999), pp. 351-447

PALMA, MARIA FERNANDA, « Criminalidade », Joel Serrão, António Barreto e Maria Filomena Mónica, *Dicionário de História de Portugal*, Porto, Figueirinhas, 1999-2000.

PERRY, JOSÉ RIBEIRO, & GALVAO, LUIS GUILHERME FURTADO, *Pecúlio do processo criminal [...] contendo a synopse dos accordãos do Supremo Tribunal de Justiça desde 1863 até 1882 sobre matéria crime [...]*, Lisboa, Livraria do Archivo Jurídico, 1891.

PINTO, BASÍLIO ALBERTO DE SOUSA, *Lições de Direito Criminal Portuguez (...)*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

segundo as prelecções oraes do excelentissimo senhor [...] redigidas (e) impressas com a sua permissão por A.M. Seabra d'Albuquerque, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1844.

PINTO, BASÍLIO ALBERTO DE SOUSA, *Lições de direito criminal redigidas segundo as prelecções [...] no anno lectivo de 1844 a 1845 e adaptadas às Instituições de direito criminal portuguez do Senhor Paschoal Jozé de Mello Freire* por Francisco d'Albuquerque e Castro e Lopo José Dias de Carvalho, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1845.

Polícia Civil de Lisboa - Mapas estatísticos do ano de 1886 a 1892, Lisboa, 1887 a 1893.

REBELLO, JOSÉ M. PACHECO TEIXEIRA, *Codigo penal [de 1886] annotado [...]*, Porto, Typ. Guthenberg, 1895.

REIS, MARIO SIMÕES DOS, « Delinquência e Alcoolismo em Portugal », em *Congresso do Mundo Português. Actas, Memórias e Comunicações do Congresso Nacional do Ciências da População,* XVIII, Lisboa, 1940, pp. 605-617.

REIS, MARIO SIMOES DOS, *A Vadiagem e a Mendicidade em Portugal*, Lisboa, Imprensa Libanio do Silva, 1940.

Repertório dos lugares das leis extravagantes, regimentos, alvarás, decretos, assentos e resoluções régias, promulgadas sobre materiais criminaes antes, e depois das compilações das ordenações por ordem chronologica, [S.l., s.n.], S.C. 7051 P.

ROCCO, ARTURO, *Il Problema e il Método della Scienza del Diritto Penale, em Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, vol. I. p. I., 497 ss. e 561 ss. (=*http://www.trani-ius.it/radici/Rocco-penale-1.htm*).

ROCHA, MANUEL ANTONIO COELHO DA, « Sobre a prisão por dívidas », *O Direito,* 1(1869), 129-132.

RODRIGUES, JOSÉ DAMIÃO, « Criminalidade e violência em Ponta Delgado no final do Antigo Regime (1706-1817): para uma outra leitura das relações sociais », em Fátima Sequeira Dias, José Júlio Ribeiro, coords, *Ponta Delgada: 450 anos de cidade*, Ponta Delgada, Câmara Municipal, 1997.

SALGADO, HELIODORO, « O Limoeiro », *Revista Ilustrada*, n. 39, de 31 de Outubro de 1891, p. 247.

SAMPAIO, JOSÉ MARIA FORJAZ DE, *Extracto de Projecto do Codigo de Delitos e Penas e da Ordem do Processo Criminal, offerecido* a *Censura da Opinião Publica*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1823.

SANTOS, JOSÉ BELEZA DOS, *Lições de Direito Criminal,* coligidas por F. Gaito, Coimbra, Coimbra Editora, 1946.

SANTOS, MARIA JOSÉ MOUTINHO DOS, & COELHO, MARGARIDA SANTOS; fotog. LUÍS FERREIRA ALVES E OUTROS, *O Palácio da Relação e Cadeia do Porto*, Asa, 1993.

SANTOS, MARIA JOSÉ MOUTINHO DOS, « Pensar a história das prisões em Portugal: entre resultados e desafios », *Direito e Justiça*, vol. Especial 2004 *35-46*

SANTOS, MARIA JOSÉ MOUTINHO DOS, *A Sombra e a Luz. As prisões do Liberalismo*, Porto, Afrontamento, 1998.

SANTOS, MARIO LEITE, « Melo Freire. Sistemática e autonomização do direito criminal português », *Direito e justiça*, 6 (1992) e 7 (1993).

SEABRA, ALEXANDRE DE, « Da responsabilidade criminal pelos acidentes dos caminhos de ferro », *O Direito,* 14(1882),17-18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SEABRA, ALEXANDRE DE, « Dos crimes e contravenções », *O Direito*, 1(1869), 706-708.

SEABRA, ALEXANDRE DE, « Dos crimes por abuso de liberdade de imprensa », *O Direito*, 6(1874), 465-467.

SEABRA, ALEXANDRE DE, « Não constituem crime de injuria, ou resistência a autoridade pública, as injúrias ou violências praticadas contra os que prendem em flagrante delito como pessoas do povo », *O Direito*, 15(1883), 17-18.

SEABRA, ALEXANDRE DE, « O direito de defesa aplica-se também quando a nossa propriedade é atacada sem haver arrombamento ou escalamento. Deve aplicar-se o mesmo princípio com relação a casa habitada ainda que o ataque seja feito somente por chave falsa. Ainda que se verifique a espécie do Artigo 37.º do Código Penal e a pena tenha de substituir-se devem ser observadas as regras gerais na aplicação da pena substituida », *O Direito*, 2(1870), 355-357.

SECCO, ANTONIO LUIZ DE SOUSA HENRIQUES, « Bibliografia do Direito Criminal Português », *Rev. Leg. Jur.*, 5(1871), 146-150.

SECCO, ANTÓNIO LUIZ DE SOUSA HENRIQUES, « Elementos de Direito Criminal », *Rev. Leg. Jur.*, Ano 5 (1872), 209-213, 226-228, 306-310; Ano 8, 465-468, 497-498, 513-515, 529-531,545-548, 561-563, 577-580, 593-596; Ano 9, 2-4, 17-20, 33-34, *49-52*, 65-67, 81-83, 97-99, 113-114, 129-131, 145-148, 161-163, 177-179, 193-195, 209-211, 225-227,241-244,257-259.

SECCO, ANTÓNIO LUIZ HENRIQUES, « Da História do Direito Criminal Português desde os mais Remotos Tempos », *Rev. Leg. Jur.*, Ano 4(1871), 450-453, 482-486, 499-502, 530-533, 547-550, 579-584, 594-596.

SECCO, ANTÓNIO LUIZ HENRIQUES, « Do Direito Criminal na Escola », *Rev. Leg. Jur.*, Ano 5(1872), 19-21, 34-37.

SECCO, ANTÓNIO LUIZ HENRIQUES, *Codigo penal portuguez, precedido pelo decreto com força de lei de 10 de Dezembro de 1852, seguido de um appendice e annotado por* [...], Coimbra, Imprensa da Universidade. 1881.

SILVA, AGOSTINHO LÚCIO DA, *A tuberculose na Penitenciária Central de Lisboa. Relatório apresentado a Sua Excelência o Ministro da Justiça*, Lisboa, 1888.

SILVA, HENRIQUES DA « Crimes, Delitos e Contravenções (com aplicação ao Código Penal Português) », *EJ* (1903), 402-419.

SILVA, HENRIQUES DA, *Elementos de Sociologia criminal e direito penal. Lições do anno lectivo de 1905-1906 [...]*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1905-1906, 2 vols.

SILVA, MANUEL DIAS DA, *Elementos de sociologia criminal e direito penal. Lições do anno lectivo de 1906-1907 na 14ª cadeira da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Imprensa da Universidadde, 1906.

SILVA, MANUEL DIAS DA, *Estudo sobre a responsabilidade civil conexa com a criminal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1886, 2 vols.

SILVEIRA, PHILIPPE CARLOS DA, « A prisão por dívidas », *Gazeta da Relação de Lisboa*, 2(1886), 281 ss.

SOUSA, JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E, *Classes dos Crimes por ordem systematica*, Lisboa, Typ. J. M. F. Campos, 1816.

SOUSA, JOSÉ FERREIRA MARNOCO E, « A Legitima Defesa no Direito Penal Português », *EJ* (1903), 290-313.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SOUSA, JOSÉ FERREIRA MARNOCO E, « Da Reincidência no Direito Penal Português », *EJ* (1902), 14-35.

STOERK, FÉLIX, « Lei de Imprensa » (1905), *O Direito*, 41(1909), 129-130, 145-146, 161-162, 177-178.

SUBTIL, JOSÉ MANUEL LOPES, « A Comissão do Justiça Criminal e as Cortes Constituintes e Ordinárias (1821-1823). A Crise do Antigo Regime e as Cortes Constituintes de 1821-1822 », Sep. *Anais.* Série História, Lisboa, U.A.L, 1991, Vol. I, pp. 170-249.

SUBTIL, JOSÉ MANUEL LOPES, « Criminalidade e Estado Nação », *Ler história*, 16(1982), p. 63-82.

SUBTIL, JOSÉ MANUEL LOPES, *O Vintismo e a criminalidade (1820-1823)*, Lisboa, UNL, 1986 (diss. policop.).

TEIXEIRA, ANTONIO BRAZ, « A reacção espiritualista em Portugal: krausismo e eclectismo - primeira parte », em *Ciências Humanas*, Rio de Janeiro, número 17 (abril/junho 1981), p. 32-40.

TEIXEIRA, ANTÓNIO BRAZ, "A reação espiritualista em Portugal: krausismo e eclectismo - segunda parte", em *Ciências Humanas*, Rio de Janeiro, número 18/19 (julho/dezembro 1981), p. 32-41.

TOMAS Y VALIENTE, FRANCISCO, « Delincuentes y pecadores », en AA. VV., *Sexo, barroco y otras transgresiones premodernas,* Madrid, 1990, 11-31.

VALLE, PEREIRA DO, « Anotações ao Livro Segundo do Código Penal Português », *Revista dos Tribunais*, 20(1902), 289 a 372; 21(1903), 2-4 e 353-354; 22(1904), 3-5 e 33-34; 24(1906), 81-82 e 369-371; 25(1905), 2-4 e 369-371; 26(1906), 2-4 e 369-370; 27(1907), 17-19 e 337-340; 28(1908), 2-5 e 369-371; 29(1909), 81-82 e 337-339; 30(1910), 17-20 e 337-339; 31(1911), 2-4 e 337-339; 32(1912), 17-20 e 321-322; 33(1913), 49-50 e 369-371; 34(1914), 1-3 e 257-258; 35(1915), 37-38 e 67-68.

VAQUINHAS, IRENE MARIA MENDES, *Violência, justiça e sociedade rural. Os campos de Montemor-o-Velho e Penacovo de 1858 a 1918,* Coimbra, 1990.

VAQUINHAS, IRENE, « Alguns aspectos da violência nos campos portugueses do século XIX », *Revista de História da Sociedade e da Cultura*, 1, 2001, pp. 285-325.

VAQUINHAS, IRENE, « Alguns aspectos da violência rural nas comarcas de Coimbra, Montemor-o-Velho e Penacova de 1858 a 1918 », *Ler história* 23(1993), p. 23-60.

VAQUINHAS, IRENE, *Violência, Justiça e sociedade rural: os campos de Coimbra, Montemor-o-Velho e Penacova de 1858 a 1918*, Porto, Afrontamento, 1996.

VAZ, MARIA JOÃO & MARINHO, SOFIA, « Quando o crime é notícia. Relato do crime no Diário de Notícias no final do século XIX », *Conferências. Instituições Sociais e a Justiça Social - o caso da prisão de não nacionais, 15 de Setembro de 2005*, ISCTE, Av. Forças Armadas, na Cidade Universitária de Lisboa.

VAZ, MARIA JOAO, « *Atitudes Populares e Repressão Policial da Criminalidade em Lisboa (1880-1910)* », *Direito e Justiça*, vol. especial 2004 47-69

VAZ, MARIA JOAO, « Crime e sociedade em Portugal no final do século XIX », *Ler história*, 32(1997), p. 33-65.

VAZ, MARIA JOAO, « Crimes e Cidades: Lisboa nos finais do século XIX », em

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Maria João Vaz, Eunice Relvas e Nuno Pinheiro (org.), *Exclusão na História,* Oeiras, Celta, 2002, pp. 139-147.

VAZ, MARIA JOAO, « Ideais Penais e Prisões no Portugal Oitocentista », comunicação ao IV Congresso Português de Sociologia, em *http://www.aps.pt/ivcong-actas/Acta030.PDF*

VAZ, MARIA JOAO, *Crime e Sociedade. Portugal na segunda metade do século XIX,* Lisboa, 1996 (Oeiras, Celta, 1998).

VIEIRA, LOPES « A classificação do crime de cópula imperfeita ou incompleta em face do Direito Penal Português », *Revista dos Tribunais,* 20(1901), 49-50.

VIEIRA, LOPES, « A cópula com mentecaptos de maior idade », *Revista dos Tribunais*, 23(1905), 322-323.

VIEIRA, LOPES, « A Desfloração », *Revista dos Tribunais*, 23(1904), 195-196.

VIEIRA, LOPES, « A embriaguês, em face do Artigo 39. n. 21. e Artigo 50. » do actual Código Penal Português », *Revista dos Tribunais*, 20(1903), 373-374.

VIEIRA, LOPES, « A imputabilidade criminal », *Revista dos Tribunais*, 20(1902), 24 1-242.

VIEIRA, LOPES, « Análise Médico-legal dos artigos *358.* e *355.* do Código Penal Português, ou os Crimes de Aborto e de infanticídio », *Revista dos Tribunais*, 22(1904), 306-308.

VIEIRA, LOPES, « As Lacerações do hímen em Medicina Legal », *Revista dos Tribunais*, 20(1901), 209-210.

VIEIRA, LOPES, « Como reconhecer, em Caso Crime, se houve ou não Cópula Imperfeita e coito vulvar, por adaptaçéão de pénis ao adito vaginal? », *Revista dos Tribunais*, 20(1901), 17-18.

VIEIRA, LOPES, « Doença e impossibilidade para o trabalho serão uma e a mesma coisa para os efeitos do artigo 360. e seus números do Código Penal? », *Revista dos Tribunais*, 20(1902), 273-274; 21(1903), 26-27.

VIEIRA, LOPES, « Importância Social da Medicina Legal », *Revista dos Tribunais*, 20(1901), 2-3.

VIEIRA, LOPES, « Necessidade da Reforma do Código Penal Português », *Revista dos Tribunais*, 12(1904), 244-245.

VIEIRA, LOPES, « O Aborto de Molas », *Revista dos Tribunais*, 23(1904), 2-4.

VIEIRA, LOPES, « O artigo 393. do Código Penal Português ou a copula ilícita por violenta intimidação », *Revista dos Tribunais, 25(1906)*, 129-130.

VIEIRA, LOPES, « O art. 391 e o seu § un. Do Código Penal Português e a desmoralização dos menores púberes », *Revista dos Tribunais*, 22(1903), 49-50.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SEBASTIÁN MARTÍN

PENALÍSTICA Y PENALISTAS ESPAÑOLES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (1874-1944) (*)

I. Una historia pendiente. — II. Entre la búsqueda de lo irrealizado y la corroboración ideológica de lo tradicional. — III. Las bases de la reflexión: el iusnaturalismo legalista vs la crítica positivista del legalismo (1874-1915). — IV. La defensa política de la legalidad (1926-1932). — V. Revisión jurisprudencial, eclecticismo político-criminal y conciliación garantista (1931-1936). — VI. Guerra, exilio y mediocridad (1939-1947). — VII. Vuelta al mundo penal decimonónico, negación ontológica de la legalidad y reverso disciplinario del principio (1940-1944).

I. *Una historia pendiente.*

La diferencia posiblemente sea la condición indispensable de la objetivación historiográfica. Sólo reconociendo al pasado su propia lógica de ordenación, cualitativamente diversa de la contemporánea, puede garantizarse el efecto epistemológico de la restitución histórica y el efecto práctico de liberar a la historiografía del uso político o, en un sentido más amplio, de emancipar el presente de las constricciones del pasado. La conciencia inexorablemente creciente de la cesura que media entre nuestra actualidad y el más inmediato pretérito explica la progresiva aproximación de la historia jurídica española a momentos cada vez más recientes, abandonando primero el limbo medieval e instalándose, por último, en nuestro más cercano tracto constitucional. A pesar de todo, este desplazamiento del interés científico no ha cubierto aún

(*) Este trabajo se ha elaborado con los fondos del proyecto del ministerio de educación « Vidas por el Derecho », ref. SEJ 01919/2004, y su realización hubiese sido imposible sin la permanente disponibilidad del personal de la biblioteca de mi universidad.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el siglo XX, prácticamente intransitado por la historia jurídica (1) tanto por una cuestión generacional, puesto que la mayoría de los catedráticos actuales atravesaron los últimos años de la dictadura franquista, como por las razones políticas que acercan demasiado a nuestro presente las tragedias y las intensidades ideológicas del siglo anterior, pesado lastre que no puede carecer de consecuencias científicas.

Rondando la treintena la generación nacida bajo el régimen democrático, y trazado ya por los historiadores sociales y de la política el marco general para la comprensión panorámica de la pasada centuria — escenario frecuentemente compuesto de prohombres eminentes, hitos legislativos, iniciativas e idearios de partidos políticos y acontecimientos singulares —, acaso haya llegado el momento de explorar a fondo el aspecto estrictamente jurídico-institucional de este período, reconstruyendo los avatares del Estado español, desde sus representaciones culturales — fermento ideológico de las clases política, judicial y burocrática — hasta la aplicación de la ley en los tribunales. Con este avance en la objetivación historiográfica de nuestro más reciente pasado no sólo se ganaría en el plano literario, a veces fatigado por la reiteración penosa de idénticos argumentos políticos. También se persigue con él afianzar aquel régimen democrático desde el que ahora se escribe, en el convencimiento de que éste no se sostiene espontáneamente por su racionalidad intrínseca sin el conveniente sustento cultural, al que aquí se trata de contribuir a través de la concepción de este período contemporáneo — que alcanza hasta la constitución de nuestro

(1) Salvando, claro, dignas excepciones, como la de Bartolomé Clavero, quien ya en 1978 abordaba las recomposiciones internas de una civilística superficialmente socializada hasta su pacífico ingreso en el franquismo, en *La propiedad considerada como capital: en los orígenes doctrinales del derecho actual español*, « Quaderni Fiorentini » (QF, en adelante), 7 (1978), 509-548; y una década después se adentraba en « la operación de fraude constitucional » de la posguerra civil para mostrar el ajuste de la ciencia constitucional — y del derecho administrativo — a la nueva realidad, en *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, Tecnos, 1986 (2º reimpresión), pp. 144-154. Y la de Carlos Petit, que hizo avanzar la historia disciplinar hasta bien entrado el siglo XX, con uso de fuentes hasta el momento inéditas y abriendo nuevas rutas que aquí no se hace sino proseguir, en *El Código inexistente (II). Por una arqueología de la Civilística española*, « Anuario de Derecho Civil » (ADC, en adelante), 49 (1996), 1415-1450.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

actual sistema civil — como singularidad cerrada, como acontecimiento histórico clausurado que, en virtud de tal naturaleza, se hace políticamente inutilizable.

No basta con introducir dicho propósito historiográfico sin prestar atención a los supuestos hermenéuticos que lo hacen viable. Esta historia jurídico-institucional del siglo XX resultaría impracticable si la historicidad del derecho se detuviese en la génesis del modelo constitucional, que introduciría una clara fractura respecto del modelo pluralista anterior, pero que absorbería en sus premisas fundamentales la evolución ulterior basada ya en códigos y Constituciones. Operando de este modo, estaríamos abocados a representar la suerte del modelo constitucional como el cumplimiento progresivo de una indeleble sustancia espiritual, materializada institucionalmente en un origen terrenal muy precisamente datado, y que, a pesar de conocer en su despliegue aberraciones transitorias — las cuales, por su intrínseca maldad, sólo confirmarían la persistente validez del modelo ideal —, logran una razonable — y sospechosa — culminación en la etapa actual. Frente a esta representación escatológica, cabría ampliar aún más la historicidad del derecho, renunciando así a representar el período constitucional como la realización paulatina de un idéntico programa espiritual. Entre otras cosas, este enfoque supondría la marcación de las numerosas discontinuidades que atraviesan, entre otras permanencias, a la de los argumentos filosóficos, y dejaría con ello al descubierto la desigual función que tales construcciones teóricas desempeñan en cada estrato del completo yacimiento histórico-constitucional.

Aparte de otros apoyos metodológicos funcionales a la perspectiva aquí adoptada, no quisiera cerrar esta presentación sin mencionar lo que considero su razón de ser. Al apogeo historicista que tiene lugar en la Europa de entreguerras, cuya duración podríamos prolongar hasta los años setenta del pasado siglo, ha sucedido una vigorosa restauración del imaginario ilustrado que sigue tendiendo a representar el movimiento histórico como la paulatina realización terrenal de la razón. Como detrás de las ideas siempre hay hombres, una observación más detenida arroja la conclusión de que, salvo excepciones, los profesionales de la cultura partidarios de tal diagnóstico pertenecen a la generación de *longue durée* que, al menos en

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el caso hispano, protagonizó en su juventud la formación del actual régimen político, se incorporó también tempranamente a su puesto profesional y, en la actualidad, domina el panorama académico, político, económico y cultural. Poco se comprende su irreemplazable legado intelectual si no se pone en relación con su específico periplo biográfico, conexión que, llevada a su extremo, acaso pudiera sugerir que la parábola de su experiencia guía el sentido de su obra. Saturado el régimen de competencia, instalados en un *presente perpetuo* que parece excluir giros sustanciales voluntariamente anhelados y disueltas en una complejidad irreductible las bipolaridades ideológicas, la generación actual ha de realizar una labor reflexiva acorde con su concreta experiencia si aspira a legar algún aporte sustantivo. De proyectar hacia el futuro las tendencias — económicas, políticas, sociales, culturales — que vienen liberándose desde años atrás, y que hoy son francamente predominantes en el proceso social, se obtendrá un escenario apoyado en supuestos bien diferentes de aquellos que, cimentando el bienestar actual, explican el resurgir del espíritu ilustrado. De ahí que, para poder seguir aspirando a la realización de dicho espíritu, sea necesario adaptar el pensamiento a estos supuestos emergentes (2) .

II. *Entre la búsqueda de lo irrealizado y la corroboración ideológica de lo tradicional.*

Los resultados de una aproximación histórica al principio de legalidad penal dependen en buena medida de *cuándo* se realiza ésta y en qué *campo disciplinar*. Por ejemplo, el tratamiento que el asunto obtiene por parte de la disciplina hipotéticamente más competente para ello puede convertirse, si se encara sin las prevenciones antedichas, en una vía que oblitere el examen de su configuración en la doctrina penal del siglo XX. Efectivamente, de permanecer en los

(2) Se comprende entonces que entre los autores de cabecera de esta orientación figuren aquellos a los que parecía « casi un capricho querer construir la historia universal en función de categorías tales como libertad y justicia », pues quienes hacen del bien la « ley inmanente » del proceso histórico « se han identificado, sin quererlo, con la opresión que pretendían abolir », en Max HORKHEIMER y Theodor ADORNO, *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos* (1969 — 3ª edición —), Madrid, Trotta, 2003 (trad. Juan José Sánchez), pp. 267 y 268.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

límites marcados por la historia legislativa tradicional producida en España, aunque nuestra atención alcance siglos remotos, tropezará irremediablemente con los comienzos del pasado siglo, tracto histórico que, de abordarse, o se hace de soslayo, o expresando sorpresa ante su singular fisonomía (3) — pues se prejuzga más próxima a la nuestra de lo que realmente es —, o, si atendemos al ámbito de la cultura jurídica, cobrando lo pasado una desorientadora vigencia en el presente (4).

Pasemos al ámbito de la penalística actual y la recreación de rigor de los axiomas constitutivos de la disciplina. Aquí aparece el principio de legalidad como « la reacción ilustrada contra la inseguridad jurídica y la arbitrariedad del viejo régimen », una « conquista de la ideología liberal de los siglos XVIII y XIX » fundada en la doctrina del contrato social y en la división constitucional de los poderes estatales, que encuentra su inspiración ética en « la escrupulosa salvaguardia de los derechos y libertades individuales » y su base institucional en « la supremacía del poder legislativo », la cual impide, a través de una « reserva sustancial y absoluta de ley », el establecimiento de delitos y penas por « el Ejecutivo y el Judicial ». Aunque su origen es enteramente espiritual, « la filosofía de la Ilustración », ésta se identifica sin más con « aquel momento histórico en el que el pueblo pasa de ser instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del Monarca que lo encarna, a controlar

(3) Nos sirve el caso de Juan SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaén, 2004, grueso volumen que detiene su examen de la legislación en la codificación decimonónica — con menciones insustanciales a regulaciones posteriores (pp. 33, 40, 43-44) — y su estudio de la doctrina en el criminalista Rafael Salillas y el penalista Luis Silvela, autor, este último — según veremos —, característico de la cultura jurídica del cambio de siglo, cuya apertura a la fuente consuetudinaria descoloca a nuestro historiador: « Sorprende en el (*sic*) obra de Silvela su negación del principio de legalidad en el derecho penal que, en esta época, [era] admitido por textos jurídicos y por la doctrina », p. 67, afirmación, por cierto, del todo errada.

(4) Eso al menos sugieren Emma MONTANOS FERRIN y José SÁNCHEZ-ARCILLA, *Estudios de Historia del derecho criminal*, Madrid, Dykinson, 1990, cuando dialogan con la obra de Franz von Liszt o Quintiliano Saldaña (p. 7), o cuando, corrigiendo « graves anacronismos » a Eugenio Cuello Calón — penalista fundamental en estas páginas, que escribe su primer trabajo en 1901 —, lo colocan entre « los penalistas actuales », p. 24, n. 32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y participar en ese poder ». Más tarde se aclara que este descenso desde las ideas a la distribución del poder político no es posible sin la mediación del « triunfo de la Revolución francesa », acontecimiento que convierte el principio « en uno de los pilares fundamentales del Derecho penal liberal » (5).

Un resultado diverso obtenemos de la dogmática constitucional contemporánea cuando se propone rastrear la vigencia histórica de las garantías jurídicas. Pese a situarse también su « origen » en « la Ilustración », y entendiéndose asimismo como « un epifenómeno del principio de división de poderes », la reconstrucción histórica exige ya utilizar el término democracia en « un sentido *comparativo* », esto es, entendiendo que « una Asamblea, por muy censitaria que sea, siempre expresa una voluntad más 'democrática' que la voluntad unipersonal del Rey ». Ya recortado el alcance del principio, se hace ahora reconocible en la historia, y pasa a ser, con su consagración constitucional explícita, « *acervo común* de todas las tendencias políticas », signo indiscutible de que « el Estado absoluto había fenecido y con él la arbitrariedad del Derecho penal ». No obstante la pronta victoria, su concreción legislativa no deja de menoscabarlo, según el ejemplo elocuente del código de 1848, cuya « elaboración y aprobación » monopolizó el poder ejecutivo, inaugurando con ello « una constante de nuestra historia constitucional », consistente en « constitucionalizar el principio de legalidad y luego permitir que el Gobierno elaborara y aprobara el Código penal », sin excesiva deferencia por el debate en aquella Asamblea que se reputaba 'comparativamente' democrática (6).

El juicio se hace aún más severo en sus exigencias cuando está

(5) Extraigo las citas del último — y quizá el único — estudio monográfico de la dogmática penal española, debido a Rosario de VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 14-29.

(6) Ruiz ROBLEDO, *El principio de legalidad penal en la historia constitucional española*, « Revista de Derecho político », 42 (1996), pp. 140-167, pp. 140-142, 140 n. 12 y 154-158, texto que recuerda mermas aún más sustantivas del principio durante su hipotética realización decimonónica, como la debida al artículo 19 del codigo penal de 1850, que ampliaba la competencia para establecer penas a la « ordenanza ó mandato de Autoridad á la cual estuviere concedida esta facultad ». Por otra parte, no se entiende la razón por la que el principio se presenta como una consecuencia inexorable de la división de poderes, cuando de una separación estricta entre éstos se deduce más bien la posibilidad del arbitrio judicial.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presente la valencia política de oponerse a dictaduras y de proponerse reformas democráticas. Así lo demuestran dos prestigiosos penalistas españoles, maestro y discípulo respectivamente (7). En el primer caso, con la sensibilidad democrática despierta, pero aún limitada por los horizontes materiales del momento, se mira con horror el sistema punitivo del arranque decimonónico español, cuando reales órdenes prescribían « la pena de muerte a delitos de Prensa » o « el descuartizamiento de los salteadores de caminos y la exposición de sus restos » (8). Al código de 1848, aquél cuyo inspirador, Joaquín Francisco Pacheco, el primero de los penalistas españoles modernos, presentaba como la abolición de la persistencia del antiguo régimen en territorio hispano (9), se le conceden tan sólo « tímidas conquistas liberales », pronto malogradas por « la reforma reaccionaria » de 1850 (10). Aún más implacable se hace la crítica histórica cuando, saliendo de la dictadura franquista, la ciencia penal siente la necesidad de contribuir a la constitución política de la sociedad. Ahora se reprueba enérgicamente al código de 1848 la imposición de la pena de muerte « por la mera tentativa para

(7) Lo sé por la *Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de derecho penal en el siglo XX* de Antonio CUERDA RIEZU, publicada en el « Anuario de derecho penal y ciencias penales » (en adelante, ADP), 43 (1990), 99-115, sobre la que recibo noticia del penalista Enrique Anarte.

(8) « Una penalidad medieval ha estado vigente hasta mediados del siglo XIX », se lamentaba, escribiendo sobre el código aprobado durante la dictadura de Primo de Rivera, José Antón ONECA, *Los antecedentes del nuevo Código penal*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia » (« RGLJ », en adelante), 154 (1929), pp. 30-61, p. 33, aduciendo no sólo la brutalidad de las penas, extremo periférico al principio de legalidad, sino la regulación por decreto (real orden de 12 de Junio de 1830 « y otra de 1831 ») de semejantes castigos.

(9) Cf. Joaquín Francisco PACHECO, *El Código penal. Concordado y comentado* (1852 — 3ª edición —), Madrid, Edisofer, 2000, pp. 77-87.

(10) Antón ONECA, *Los antecedentes del nuevo Código* (cit. n. 8), p. 34. Cf., también, Antón ONECA, *El Código penal de 1848 y don Joaquín Francisco Pacheco*, « ADP », XVIII (1965), 473-495. Insistiendo más en la ausencia del principio durante el XIX hispano, puede trascribirse el artículo 3º del real decreto de 19 de marzo de 1848 que aprobaba el código: « El Gobierno propondrá por sí cualquiera reforma, si fuere urgente, dando cuenta á las Cortes tan pronto como sea posible », precepto en el que se amparó la remodelación autoritaria de 1850. Hay reciente monografía sobre el asunto: Mª Dolores del Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC, en adelante), 2004.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

destruir la independencia o integridad del Estado », o la previsión de « penas extraordinariamente severas para una serie de delitos de carácter político y religioso », es decir, para los delitos que ocupan aquel terreno difuso en el que la legalidad penal, garantía jurídica de los individuos frente al poder punitivo del Estado, se torna fácilmente en su contrario: instrumento de persecución del adversario político (11).

La alternativa entre la reconstrucción ideológica y legalista por parte de la penalística actual y las aberraciones destacadas con finalidad política por la penalística de los setenta, nos colocan ante el dilema de saber si la historia del principio de legalidad penal es el relato de « un progreso constante hacia la civilización » (12) o la radiografía de su incumplimiento crónico. La solución más razonable, en mi opinión, sería renunciar a esta disyuntiva de partida, introduciendo el principio de legalidad en el proceso social como un impelente elemento normativo, determinante de la producción y aplicación del derecho criminal, mas desigualmente materializado: desde la perversión que, consciente de su calado moral, lo instrumentaliza con fines que le son extraños, hasta la reivindicación y codificación más respetuosas. Precisamente porque ha de huirse de las disyuntivas absolutas, pues representan « una muestra de heteronomía » del poder respecto del pensamiento (13), deben excluirse

(11) Rasgo de la penalidad decimonónica que se hace perfectamente visible desde unos años de transición en que es necesario prescribir la obligatoria renuncia del derecho penal « a convertirse en instrumento para la imposición de ideologías políticas o concepciones morales que impidan una organización pluralista de la sociedad », en Marino BARBERO SANTOS, *Política criminal y Derecho penal en España*, Madrid, Túcar, 1977, p. 30 y, especialmente, la desiderata final: « 11. Presupuestos para su reforma de acuerdo a los principios hoy prevalentes », que no vendría mal hoy recordar, por formar parte también del tan invocado espíritu constituyente español.

(12) En palabras de Mario Sbriccoli, quien realiza la sugerencia — aquí seguida — de entender la vida de la justicia penal entreverada de « crisis y regresiones », y a veces « sometida a diseños tiránicos y a proyectos de dominio político » que exceden la teratología dictatorial, en Mario SBRICCOLI, *Justicia criminal*, en Maurizio FIORAVANTI (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho* (2002), Madrid, Trotta, 2004 (trad. Manuel Martínez Neira), pp. 159-196, p. 160.

(13) Para continuar recordando orientaciones dignas de recuperarse, trascribo el pasaje: « La mentalidad dominante presenta con preferencia alternativas entre las cuales elegir […]; lo que cumple al pensamiento filosófico es no participar en ese juego. La

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del conocimiento histórico tanto la posibilidad pura ilustrada, apologista de la espontánea y progresiva racionalización de la realidad, como la que niega cualquier virtualidad normativa en su vida histórica al principio de legalidad penal, el cual no sólo estaría destinado a ser maliciosamente instrumentalizado, sino que sería precisamente la cobertura ideológica de un dominio político amoral. Quizá con excesiva frecuencia, el análisis histórico que la penalística actual hace de sus axiomas fundadores reproduce acríticamente la mitología de la modernidad (14), lo que le conduce a hacer ideología, si da la espalda a la realidad histórica, o a la perplejidad, la incomprensión y la estéril crítica del pasado, si tropieza con el precario arraigo institucional y político del principio durante el hipotético período de su realización. Por este motivo, y con una intención primordialmente correctora, en absoluto desencantada respecto de la idoneidad ética de las garantías jurídicas, urge extirpar del razonamiento científico ciertas preconcepciones teleológicas que comprometen el rigor de sus conclusiones.

El verdadero obstáculo a la historia como conocimiento proviene de una oposición simplista — similar en su apariencia a las consignas políticas y no al pensamiento complejo — que contrapone, al estudiar el ocaso del mundo antiguo y el comienzo de la época constitucional, el caos al orden, la tiranía a la libertad, la arbitrariedad a la seguridad. En el ámbito del derecho penal, el citado contraste se tensa hasta su límite máximo, menos como consecuencia de la falta de vigencia del principio en el *ancien régime*, que por razón de la brutalidad de su sistema punitivo. Al estar fundamentada dicha tensión en comprensibles convicciones humanitarias — que escapan, a pesar de todo, al perímetro de la legalidad penal (15) —, se recae con frecuencia en una batalla entre el bien y

---

alternativa alegada es ya una muestra de heteronomía […] La insistencia en la confesión de un punto de vista es la cláusula de conciencia prolongada en la teoría. Lo que le corresponde es el embrutecimiento », en ADORNO, *Dialéctica negativa* (1966), Madrid, Akal, (trad. Alfredo Brotons Muñoz), p. 40.

(14) En el sentido de mitificar determinados principios realizando con ello un « traspaso di un mecanismo di *conoscenza* in un mecanismo di *credenza* », según advierte con atino Paolo GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 4, 45 y ss.

(15) Aunque originariamente cabe suponer que lo segundo provenga de lo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el mal, cuyo primer mal es impedir realizar bien la ciencia historiográfica. Si se representa el régimen penal *clásico* exclusivamente como el reino del *ius incertum* se cierra el paso a cualquier tipo de comprensión interior al propio modelo que, tratando de averiguar su modo específico — por aborrecible que sea — de organizar la penalidad (16), logre conocer desde sus funciones políticas hasta sus propósitos morales (17). Concibiendo el sistema punitivo de la época constitucional solamente como protección institucional de los derechos, se veta todo tipo de acercamiento que aspire a desentrañar el reverso del programa ilustrado, por lo que comporta de replantea-

---

primero, la separación entre el carácter más o menos humanitario de un régimen punitivo y su articulación de acuerdo al principio de legalidad debe ser una premisa de partida en el análisis de la historia criminal, puesto que son perfectamente concebibles aplicaciones benévolas amparadas, por ejemplo, en la gracia regia — recurso habitual, por otra parte, hasta bien entrado el siglo XX — o en el arbitrio judicial, y, en cambio, modelos de implacable dureza adecuados al principio. Puede citarse como elocuente anécdota la penalidad prevista en el código diseñado por Anselm Feuerbach, acuñador del brocardo latino *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*, cuyo propósito original, no debe olvidarse, era la prevención general: « In legal technique the Anselm Feuerbach's Bavarian Criminal Code of 1813 was a distinctly progressive step, as compared with the eighteenth-century codifications, but in its system of punishment it followed the harsh tendencies of the period: the death penalty, life imprisonment in chains, and the house of correction were the basis of the system », en Georg RUSCHE y Otto KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure* (1939), New Brunswick/London, Transaction Publishers, 2007, pp. 99 y ss., donde se detalla la intensidad de los castigos en los primeros códigos ilustrados. Por su parte, un protagonista de estas páginas ya nos advierte que « desde la idea de la *retribución* es posible encuadrar técnicamente el principio *nulla poena sine lege* », en Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El principio 'nullum crimen sine lege' y la cuestión de la analogía*, Madrid, Galo Sáez, 1936, p. 8.

(16) Célebre ejemplo del análisis de « la economía del castigo » en la época clásica, centrado además en la experiencia que irradia su influencia por toda Europa, es el de Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), Madrid, Siglo XXI, 2000, pp. 38-74, quien alega que « el suplicio es una técnica y no debe asimilarse a lo extremado de un furor sin ley », p. 39, y parte del principio de que la sucesión de modelos punitivos « es el paso de un arte de castigar a otro, no menos sabio que él », p. 261.

(17) A mi entender, y pese a deslizar juicios morales 'extrahistóricos' o aplicar divisiones anacrónicas, lo consigue en la historia jurídica hispana, Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, pp. 45, 89 o 117, para tales juicios y divisiones, y pp. 117 ss., 164 ss. y 203 ss., para ejemplos de comprensión interior al modelo antiguo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

miento del diseño del poder y, más en particular, de los procedimientos adoptados para declarar el derecho, instrumento de disciplina social de primera magnitud (18).

Dejando a un lado los — conscientemente queridos — efectos *positivos*, económicos muy particularmente, de la represión penal (19), para reconstruir la vigencia decimonónica del principio debemos en primer término reponernos del efecto nocivo que para la historiografía tiene el uso de sus acotaciones temporales, asimilando que el siglo XIX, salvo excepciones transitorias, es la época « del absolutismo en decadencia » (20), con la consiguiente presencia del poder regio en la conformación de las normas políticas, el primordial papel desempeñado por el poder ejecutivo y el frecuente carácter decorativo de la cámara popular, viciada su representatividad desde el origen y convenientemente compensada con la de cuño aristocrático. De interiorizarse tal diagnóstico, bastaría un primer y superficial acercamiento a la « España liberal » para percibir el angosto espacio que deja a la concreción institucional del principio de legalidad, siempre y cuando

(18) Dicha indicación no hace sino seguir las enseñanzas de Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar* (cit. n. 16), autor de esta conocida proposición: « Las Luces, que han descubierto las libertades, inventaron también las disciplinas », p. 225. En efecto, la legalidad penal sería para Foucault la ficción jurídica amparadora de la disciplina carcelaria; la prisión se colocaría así en el punto en que « el poder codificado de castigar » se trueca en « un poder disciplinario de vigilar », p. 226.

(19) Ejemplos de racionalización del poder en lo que atañe a los medios empleados, pero de evidente irracionalidad en los fines perseguidos, frecuentemente dirigidos a suprimir la 'peligrosidad social' de las capas más desfavorecidas, y cuyo logro había necesariamente de violar los mandatos anejos al principio de legalidad, como el de igualdad ante la ley. Cf., para ello, la valiosa obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure* (cit. n. 15), pp. 101-113.

(20) Utilizando una expresión de un autor inspirativo de estas páginas: Otto KIRCHHEIMER, *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos* (1961), Granada, Comares, 2001, (trad. R. Quijano), p. 48, quien recuerda asimismo que « en el largo período de transición del absolutismo a la democracia » la supremacía de la ley sirvió con frecuencia a los gobiernos legales para introducir « leyes represivas que frenaran la actividad de los movimientos democráticos », pp. 152 y 158-166. Se trasluce así también la presencia en este escrito — incluso de su propósito de contrarrestar el contraproducente triunfalismo de la modernidad — de Arno J. MAYER, *La persistencia del Antiguo Régimen* (1981), Madrid, Alianza, 1984 (trad. Fernando Santos Fontanela), donde acaso sobren categorías sociológicas evanescentes y se eche en falta mayor proporción de crónica de acontecimientos tangibles.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no lo cercenemos hasta hacerlo irreconocible. En segundo lugar, hay que rastrear el proceso de publicación y difusión de las normas jurídicas, requisito indispensable para la más elemental eficacia del principio, precario en la historia constitucional hispana hasta el extremo de encontrarnos no con desviaciones anecdóticas dispersas, sino con rasgos estructurales que fragmentan el contenido hipotéticamente unitario de las leyes, fían su publicidad a la instantaneidad de la transmisión oral o impiden el manejo material de las leyes sancionadas por los tribunales (21). En tercer lugar, es un componente fundamental de la vigencia del *nullum crimen* el estatuto profesional de la judicatura, basado, al menos en el arranque constitucional, en méritos ajenos a la pericia jurídica, y muy relacionados con la conducta moral o las simpatías políticas (22); del mismo modo, debería desentrañarse también la racionalidad del cuerpo judicial, con sus debidos antecedentes en la literatura académica y de oposiciones, pesquisa de la que podríamos obtener infiltraciones morales y religiosas ajenas a los requerimientos de la legalidad (23). Por último, debe descenderse hasta el plano de la persecución del delito y de la ejecución de la pena, cuyas prácticas fraudulentas del ordenamiento vigente llevan, por ejemplo, a una administración del castigo gestionada por la policía y desprovista de tutela judicial (24).

---

(21) Vid. Marta LORENTE SARIÑENA, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, CEPC, 2001.

(22) Vid. la tesis ejemplar de Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español*, Madrid, CEPC, 1999.

(23) Infiltraciones no genuinas entonces de tiempos dictatoriales. Baste citar las palabras de un presidente del Tribunal Supremo español en plena República: « bueno es adquirir la técnica que la Universidad prepara, y las investigaciones posteriores aumentan; pero no se puede olvidar que la confirmación solamente se consigue con la práctica continuada y vigilante […] preparando con visión exacta la vida judicial de España, el Gobierno de la República ha concedido sendas indemnizaciones y viáticos para que funcionarios de la juventud de nuestras Carreras [fiscal y judicial] puedan adquirir en las Universidades y Tribunales del extranjero los conocimientos teóricos indispensables para modificar, en lo que esté justificado, el espíritu de nuestras leyes y las costumbres de los Tribunales; pero siendo esta iniciativa muy digna de loa y de agradecimiento por nuestra parte […] más beneficiarán a esta causa bendita la rectitud moral y la experiencia de los funcionarios que todas las concepciones científicas », en Diego MEDINA GARCÍA, *Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de Septiembre de 1933*, en « RGLJ », 163 (1933), 288-305, pp. 292-293.

(24) Puede mencionarse el ejemplo — continuamente invocado por los penalistas

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

De forma que, para concluir, la contradicción que hallamos en el siglo XIX hispano entre el principio de legalidad y su materialización efectiva no se debe a factores fortuitos ni tampoco « intrínsecos al principio » (25), sino a la incapacidad sustancial del llamado Estado liberal de derecho para poder realizar uno de sus hipotéticos postulados fundadores, que, en múltiples ocasiones, queda adaptado al engranaje efectivo de las instituciones como marchamo de legitimidad. En efecto, la aporía sucede entre modelos: entre aquél que implica garantía de los derechos frente al poder público, cuya vigencia política es igual de efímera que celebrado es su éxito teórico, y aquel otro en el que los derechos carecen de garantía institucional y, con frecuencia, conforman un capítulo a disposición del poder público. Reducida la norma fundamental a *Frame of Government*, suprimida la independencia de una judicatura transformada en órgano subalterno del ejecutivo, subordinados los derechos al dictado de la ley y excluida del procedimiento legislativo una representación parlamentaria sustantiva, el principio de legalidad penal, inicialmente pensado como garantía frente al dominio político, pasa a ser, en buena medida, uno de los principales instrumentos de tal dominio, en cuanto pauta y modo para crear y aplicar el derecho, y como correlativa supresión de otras fuentes que, a pesar de todo, no logra erradicar (26) .

---

que poblarán los presentes párrafos — del arresto quincenal por impago de multa al que se sometía a individuos sospechosos según el criterio unilateral e incontrastable de la autoridad gubernativa. Vid. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El nuevo Derecho penal. Escuelas y códigos del presente y del provenir*, Madrid, Paez, 1929, pp. 129 y 130.

(25) Siguiendo la acertada advertencia de Luigi Ferrajoli, según la cual deben distinguirse escrupulosamente la debilidad intrínseca del principio de legalidad — pues el silogismo judicial es « un'illusione metafisica », al igual que es imposible una perfecta representatividad democrática — de los factores extrínsecos, evitables y reducibles, que lo merman, como la subordinación del parlamento y la justicia al ejecutivo, el razonamiento moral — *potere di disposizione* — de la judicatura o la tipificación penal de categorías no empíricas, rasgos que concurren en el modelo penal hispano del XIX. Vid. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004 (8ª edición), pp. 12 y 19.

(26) Cf. Bartolomé CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 52 y 60 ss, a quien también se debe un reciente recorrido crítico del dogma constitucional de la división de poderes, del que unánime y acríticamente se infiere el principio de legalidad: *El Orden de los poderes. Historias constituyentes de la Trinidad constitu-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si la existencia del principio ha sido atribulada durante el siglo XIX, más problemática se hace aún cuando el poder llega al extremo de declarar a determinados seres humanos « culpables de existir » (27). Del mismo modo que el carácter intachable de los mandamientos éticos ilustrados condicionan el análisis historiográfico, la rotundidad de la irrupción totalitaria ensombrece todo lo acaecido con inmediata anterioridad, convirtiendo *ipso facto* las ideas y prácticas pretotalitarias en antecedente y cómplice del terror o en consciente resistencia y cauto presagio de lo que se avecinaba, es decir, restándoles buena parte de su especificidad (28). Así pues, la consecuencia de conferir al siglo XIX el mérito de la realización del principio de legalidad se transmuta en la reducción de la historia de su quebrantamiento al tiempo del totalitarismo. En el estudio del principio de legalidad durante la primera mitad del siglo XX, conviene entonces continuar evitando las prenociones habituales de la penalística actual, para la que, en efecto, la « crisis del principio » proviene, por una parte, de la contestación doctrinal debida a las escuelas positivista y correccionalista, ambas defensoras « del arbitrio judicial y de la sentencia indeterminada » (29), y por otra, de su abolición explícita en los regímenes nazi y soviético. Es comprensible que, al seguir el relato teleológico, y horrorizado por la cercana barbarie totalitaria, se exclame: « creíamos que bastaba el siglo XIX

---

cional, Madrid, Trotta, 2007, pp. 124-128. Para el marco teórico-jurídico de este estatalismo liberal europeo, Maurizio FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 139 ss. El marco teórico-político del caso hispano lo suministra Antonio RIVERA GARCÍA, *Reacción y revolución en la España liberal*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006, donde — pp. 20-23 y 96 ss. — se explica la proveniencia moderantista de la « omnipotencia del ejecutivo » que mina los derechos individuales, entre ellos la legalidad penal.

(27) George STEINER, *Gramáticas de la creación* (1990), Madrid, Siruela, p. 14.

(28) Valga el ejemplo de Francisco Muñoz Conde, quien abre su muy elogiable monografía sobre Mezger con un capítulo — « los antecedentes » — sobre la « dogmática jurídico penal en la República de Weimar » en el que trata de describir « cómo muchas de las ideas que Hitler tomó para 'renovar' el Derecho penal estaban ya implícitas en planteamientos que se hicieron en la etapa anterior », en *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 30 ss. y 51.

(29) Rosario de VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal* (cit. n. 5), pp. 22 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

para proteger esta criatura del siglo XVIII guarecida por las declaraciones de derechos » (30), desconociendo, por ejemplo, la efectiva vigencia de tales declaraciones en el Estado liberal, el uso clasista del derecho penal decimonónico, la tipificación de delitos en este derecho contra « la dignidad, la fe ó los intereses de la nación » (31) o la inclusión de cláusulas indeterminadas que daban cobertura a prácticas arbitrarias (32), factores que, de aspirarse a una reconstrucción rigurosa, han de considerarse jalones de la organización política burguesa.

Para proporcionar algo de espesor al recorrido historiográfico común, puede añadirse que, durante este período, además de su absoluta violación por los regímenes dictatoriales, el principio encuentra su primera oportunidad de realizarse institucionalmente, en un contexto constitucional de base democrática y con garantía jurisdiccional de los derechos. En el plano teórico, si nos referimos a la doctrina producida bajo la II República, junto a las negaciones explícitas — fundamentadas de diversa forma y con distintos fines — del principio de legalidad, lo habitual es encontrar su reconocimiento expreso, desprovisto del — hoy comúnmente atribuido — « fundamento político-democrático » y acompañado del beneplácito a instituciones — in-

(30) Sergio García Ramírez, *Panorama de la justicia penal*, en Vvaa, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, Unam, 1998, p. 722. Sobra decir que no existe en estas líneas ni un ápice de comprensión y disculpa de la barbarie, ni tampoco insinuación de que ésta sea sólo y simplemente continuidad de la iniquidad inherente al modelo liberal.

(31) Delito contemplado entre los que « comprometen la paz ó la independencia del Estado » y recogido en el art. 150 del *Código penal de 1848*, que permanece intacto en la revisión de 1850 y que experimenta una revisión secularizadora en el *Código penal de 1870*, cuyo art. 149 restringe el delito a « la dignidad ó los intereses de la Nación », aunque, según se cita en la nota siguiente, amplía el círculo de su aplicación. Cf. Jacobo López Barja (et. al.), *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Madrid, Akal, 1988.

(32) Por utilizar el código penal de 1870, aprobado bajo la vigencia de una Constitución — la de 1869 — que se pretende democrática y protectora de derechos, pueden citarse: « Art. 138. Será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á muerte: […] 3º. El español que […] favoreciere el progreso de las armas enemigas *de un modo no comprendido en el artículo anterior* ». « Art. 149. El funcionario público que abusando de su cargo comprometiere la dignidad ó los intereses de la Nación española *de un modo que no esté comprendido en este capítulo*, será castigado con las penas de prisión mayor é inhabilitación perpétua ». Artículo, este último, supérstite en el 236 del código de 1928, el 136 del de 1932 y el 131 del de 1944.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dividualización penal, sentencia indeterminada, peligrosidad social, arbitrio judicial — que, observadas de forma retrospectiva, comprometen su integridad. De otra parte, en la doctrina franquista, acompañando a la ideología de que el nuevo régimen se reviste, abiertamente negadora del axioma, hallaremos su estratégica persistencia, trasferida incluso al código de 1944, y obligatoriamente condescendiente, a través de diversas excusas, con su reiterado y estructural incumplimiento por parte del « nuevo Estado ».

De tan sumaria presentación debiera deducirse que la historia efectiva del principio comienza con su modulación institucional de la segunda posguerra (33), y que su condición genuina no es la de ser un atributo de la razón política inexorablemente destinado a materializarse, sino un principio de organización racional del poder punitivo sumamente frágil, irrealizable por completo y constantemente en peligro si no se rodea de los convenientes apoyos jurídicos y culturales. Elaboradas estas páginas en un momento en que parece definitiva y pacíficamente asentado, es natural que se sublime hasta convertirlo en un « parámetro de racionalidad de cada sistema penal » (34), destinado en nuestra particular prospección a resaltar las áreas en que el pensamiento penal anterior incumple su más exigente delimitación contemporánea (35). Sin embargo, conocidos

(33) Con mayor acierto que las reiteradas visiones panorámicas, Roberto BERGALLI cifra el comienzo del principio « cuando la forma del Estado constitucional de derecho adquirió plenitud en tiempos recientes », inflexión sustantiva respecto « del derecho penal de los Estados meramente legales », *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*, « Jueces para la democracia », 32 (1998), pp. 58-63.

(34) En expresión de FERRAJOLI, *Diritto e ragione* (cit. n. 25), p. 13.

(35) Que representa inmejorablemente Luigi FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, (cit. n. 25), pp. 71 ss., sobre el principio de stricta legalidad. Véase también Luis ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, en « Revista española de derecho constitucional » 8 (1983), 9-46, quien también solapa orígenes doctrinales y arranque institucional, pues no repara ni en la inexistencia de « asamblea legislativa democráticamente representativa », ni en la problemática independencia de los tribunales respecto de la administración durante la época liberal, ambos fundamentos del *nullum crimen*, y que el autor mismo, al menos en lo concerniente al primer requisito, no llega a incorporar a su discurso: « desde el plano del Estado, en su proyección normativa sobre los individuos, la determinación legal de la conducta prohibida y de la pena responde a la necesidad de *hacerles presentes* (sic) *su voluntad de ordenar o prohibir* una conducta concreta », p. 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

los avatares que atraviesa hasta su única y reciente institucionalización histórica, consciente entonces de su vulnerabilidad, contingencia e historicidad, se tratará no exclusivamente de cotejar, siguiendo un propósito ético actual, lo pensado en la doctrina pasada con el *modelo límite* de su concepción democrática contemporánea, sino de singularizar los contornos efectivos que obtuvo el principio en cada momento de su formulación, sin posterior comparación con parámetro ideal alguno, aunque persiguiendo todavía animar el vígil esfuerzo de su conquista y mantenimiento. Sólo de esta forma se podrá aspirar a dilucidar las razones de un maridaje — el que contraen el principio y las tendencias que degenerarán en prácticas autoritarias —, que no ha de ser comprendido como un síntoma de esquizofrenia científica. Valga por ahora advertir, desde un enfoque general, que si contemplamos el principio de legalidad penal también como una técnica de organización social, inscrita necesariamente en la lucha por el dominio político, las contradicciones internas del pensamiento penal comienzan a disiparse. Por otra parte, contra lo sugerido por la reductora imagen académica de la controversia entre la escuela clásica y la positivista (36), algunas tendencias que se reputan síntomas del declive de la reforma penal ilustrada, ya se encuentran de forma embrionaria en ésta, ya sea la potencial relevancia del « conocimiento del delincuente » — que abrirá la puerta al concurso de las ciencias psicológicas y antropológicas —, la « necesidad de una individualización de las penas » — suscitada por la proporcionalidad matemática de los crímenes y los castigos (37) —, la idea de la defensa social, apoyada en concepciones orgánicas de la sociedad ya en circulación durante el régimen liberal o, finalmente, el arbitrio judicial, incubado precisamente en una de las primeras consecuencias del principio como es la prohibición de denegación de justicia. Diseñado, pues, el marco interpretativo general, adoptadas las precauciones pertinentes y presentados los distintos niveles de lectura aquí ensayados, cumple ahora narrar la vida del principio en la experiencia cultural hispana.

(36) Contra la cual no cesa de alertarnos Mario SBRICCOLI. Vid., por ejemplo, *Il diritto penale sociale 1883-1912*, en « Quaderni fiorentini » 3-4 (1974-75), 557-642, pp. 566-567.

(37) FOUCAULT, *Vigilar y castigar* (cit. n. 16), pp. 25, 103, 132, 198 y 277-278.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

III. *Las bases de la reflexión: el iusnaturalismo legalista vs la crítica positivista del legalismo (1874-1915).*

No se comprende el debate científico producido en las décadas de los treinta y los cuarenta si prescindimos de su inmediata antesala, a la que todos los autores se refieren continuamente. Si bien con tonalidad genuina, también en España se produce la confrontación entre una escuela basada en los postulados tradicionales y otra, de composición unipersonal, pero de prolífica actividad, que recoge las influencias de la antropología criminal. La modulación precisa que recibe el principio de legalidad en los autores seguidamente presentados, más que caracterizada por la defensa clásica contra la negación positivista, ha de entenderse relacionada con la oposición entre, de un lado, la creencia en un orden natural objetivo meramente declarado — y defendido — por la ley penal, y de otro, la negación de tal creencia y la aspiración a basar el derecho penal, no en una legalidad legitimada de forma trascendente, sino en otro tipo de legalidad, igualmente objetiva, pero estrictamente racional, histórica, humana y de horizonte utópico (38). Así, al derivar la legislación penal del orden divino, existe tanta negación del principio entre sus defensores iusnaturalistas como afirmación en su crítica positivista, que aspira a construir un sistema penal asentado sobre otro tipo de legalidad, más representativa que la tradicional.

Nos encontramos ante la disciplina con mayor grado de diferenciación de toda la enciclopedia del derecho, en cuyo seno se desarrolla uno de los debates más intensos de la ciencia jurídica del cambio de siglo. La revolución traída a la disciplina por los positivistas italianos no pasa desapercibida en España, donde proliferan traducciones, estudios monográficos y premios oficiales que incentivan el estudio de las corrientes del derecho penal extranjero (39). Sin embargo, la plena

(38) Entendiendo esta dimensión utópica no en el sentido corriente, sino en relación a su carga antagónica y destructiva del orden vigente; es decir, del mismo modo que lo entendió Antón ONECA en su comúnmente simplificado texto *La utopía penal de Dorado Montero*, Universidad de Salamanca, 1951, pp. 85 ss.

(39) Ejemplifican este interés el discurso, cargado de severos reproches, pronunciado por Félix de ARAMBURU sobre *La nueva ciencia penal. (Exposición y crítica)*, Madrid, Fernando Fé, 1887, y la monografía, de tono más admirativo, aunque no carente de original crítica, escrita por Dorado Montero bajo el título de *La Antropología criminal en*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

incardinación de la penalística española en la controversia mediterránea no la sustrae de la diatriba académica que caracteriza el campo del saber jurídico hispano del momento. En efecto, pese a su mayor grado de autonomía respecto de otras materias, también en el derecho penal contienden los defensores del *orden jurídico católico-liberal* (40) y sus detractores *krauso-positivistas*. Los nombres propios conceden mayoría a la doctrina ortodoxa, integrada, entre otros, por Luis Silvela y José María Valdés Rubio; Pedro Dorado Montero representa en solitario la conciencia crítica de la asignatura (41).

En lo que concierne a la legalidad penal, su hipotético valimiento proviene de la escuela que en estos momentos se proclama mayoritaria. Semejante conclusión se explica sólo por las deficiencias interpretativas de la lectura *presentista* de las fuentes doctrinales pretéritas. Me refiero, en términos generales, a dos negligencias cometidas habitualmente por esta lectura « estéril »: en primer lugar, se realiza una selección de contenidos que omite o minimiza, como si fuese el juicio de un menor de edad, toda referencia teórica considerada acientífica desde los parámetros actuales de valoración de la cientificidad, con la visible finalidad de « mostrar cómo se ha llegado a las opiniones de nuestros días » (42); en segundo lugar,

---

Italia, Madrid, Revista de Legislación, 1889. De forma colateral, suministra útil información sobre el influjo del positivismo penal en la doctrina española, Carlos PETIT, *'Qualcosa che somiglia all'ammirazione'. Ecos de la civilística italiana en España*, en « ADC » 67 (2006), 1429-1478, pp. 1440 ss.

(40) Trato de esquematizar esta mentalidad jurídica ortodoxa de la España de la Restauración en *Fe católica y razón liberal en el derecho político. La anónima relevancia de Juan de Dios Vico y Brabo (1845-1908)*, en Adela MORA (ed.), *La enseñanza del derecho en el siglo XX*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 272-374.

(41) Aunque sin obra sistemática, el penalista Jerónimo Vida se suma en sus artículos y conferencias a las nociones que Dorado difunde infatigablemente. Cf. Carlos PETIT, *Revistas españolas y legislación extranjera. El hueco del derecho comparado*, en « QF » 35 (2006), 255-338, pp. 323 n. 178, 324 y 325 n. 183, única aproximación a este significativo penalista que conozco.

(42) Me permito transcribir la valiosa consideración escrita por Elias Canetti en 1967: « Todos los libros que lo único que hacen es mostrar cómo se ha llegado a las opiniones de nuestros días, a las opiniones vigentes sobre los animales, el hombre, la Naturaleza, el mundo, me desagradan. ¿Y adónde hemos llegado? Buscamos en las obras de los pensadores del pasado las frases que poco a poco nos han llevado a nuestra visión del mundo y con ellas se forma un corpus. La parte más importante de sus opiniones, la errónea, la lamentamos. ¿Puede haber una lectura más estéril que ésta? », en *La*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suelen tomarse en consideración las representaciones teóricas como un refrendo o una crítica de lo oficialmente legislado, pretiriendo con ello el sentido propio de la producción científica. Partiendo de este enfoque, una vez prescrita en el art. 1º del código de 1870 la necesaria predeterminación legal de la conducta punible, algunas afirmaciones de Silvela y Valdés Rubio no harían sino afianzarla. En efecto, el derecho penal se considera el producto de la « función punitiva » del Estado, cuyo propósito principal es « declarar en la Ley penal lo que es delito ó falta y las penas correspondientes á cada uno », haciendo inadmisible la declaración de « nuevos delitos y penas » por los Tribunales, « porque de lo contrario se caería en la arbitrariedad ». El delito constituye una « infracción de la ley escrita », una conducta « ilegal » consistente en « el acto ú omisión previsto, definido ó declarado como delito, y penado por la ley positiva vigente », fuente exclusiva del derecho penal. La consecuencia de la negación de esta norma « consignada en el Derecho positivo » ha de ser « la pena jurídica », sólo aplicable cuando existe « un delito ó falta previamente cometidos » (43).

Con tales antecedentes, la legislación penal vigente y la doctrina que dice explicarla mantienen aparentemente firme la existencia del principio. Olvidemos, por el contrario, lo previsto en el código y tratemos de ofrecer una visión completa de esta penalística, sin amputar sus contenidos con el fin de ajustarla a propósitos presentes. Comencemos conjeturando sobre la fisonomía teórica más apropiada a las exigencias de la legalidad. Si de formar abogados y jueces se trata, y si la actividad de éstos ha de ajustarse en el procedimiento

---

provincia del hombre. Cuaderno de notas (1942-1972) (1973), Madrid, Taurus, 1982, (trad. Eustaquio Barjau), p. 277, libro sobre cuya pista me pone Esteban Conde.

(43) Son expresiones de José María VALDÉS RUBIO, *Derecho penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia* (1889) I, Madrid, Francisco de Sales, 1903 (3ª edición, corr. y aum.), pp. 14, 22, 25, 36, 91, 101. En el esclarecedor proemio de la segunda edición del tratado de Luis SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* I, Madrid, Ricardo Fé, 1903, se halla también una vigorosa defensa de la legalidad penal frente a las propuestas de Dorado, que de implantarse convertirían los códigos en una suerte « de normas directivas » de las que « los funcionarios de la ciencia social podrán prescindir cuando les parezca adecuado », p. XIII. La primera edición de este tratado data de 1874, y puesto que « no han cambiado las ideas del Autor hasta el punto de que necesite una rectificación fundamental » (p. V), señala el arranque del período que tratamos ahora de bosquejar.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a lo prescrito por la ley penal, el tipo de saber más apropiado debiera instruir en el manejo técnico del ordenamiento vigente. La complexión científica del derecho penal de entre siglos, sin embargo, es bien distinta de la dogmática jurídica. Su condición epistemológica es más bien la de una disciplina moral y especulativa cimentada sobre « fundamentos inmutables » e « invariables principios ». El referente semántico que articula todo el discurso es la existencia de un orden natural, continuo e indisponible cuya comprensión está trabada estructuralmente al saber teológico en el que se formaron todos los licenciados en derecho y cánones, que ahora ejercen de catedráticos. Las discrepancias no se suscitan por la desigual interpretación de que es susceptible la legislación vigente, sino por el grado de identidad — o diferencia — entre tal legislación y el orden inmanente que ha de materializar. Las prioridades temáticas son asimismo deudoras de esta configuración teórica: mientras que carece de relevancia el análisis de las fases que atraviesa la elaboración jurídica del delito y de la pena, atrae todas las atenciones la llamada « vida del delito », problemática muy vinculada al dogma católico del libre albedrío, cuya traducción jurídico-penal es la importancia consiguiente de todo lo relativo a la culpabilidad y la imputabilidad del delincuente. Por último, el profesional que trata de formar este derecho penal no es tanto un « jurisperito », experto en leyes y sentencias, como un « jurisprudente », un « sacerdote de la Justicia » conocedor de las leyes morales eternas a las que « arregla y normaliza su propia vida, ejercitando las virtudes individuales y sociales », y regulando « después la conducta de los demás » al traducir « el ideal en preceptos si legisla » o al dar « a cada uno lo suyo en justa sentencia, si administra justicia » (44).

Descendamos a las concepciones jurídicas estrictas para corroborar lo antedicho y confirmar la nula semejanza entre tales planteamientos y los requeridos por la concepción moderna de la legalidad. El derecho no es aquí ordenamiento de leyes positivas en vigor, sino un precipitado terrenal de un perfecto y antecedente *ordre naturel* de estirpe católica. La atención científica se concentra en desentrañar los principios universales regidores de dicho orden, los cuales pugnan inexorable y espontáneamente por materializarse

(44) VALDÉS, *ob. cit.*, pp. 57-60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en el proceso social. El cumplimiento externo de « mi esencia », la realización efectiva de la naturaleza objetiva e incontrovertible de la sociedad, que es la « armonía » entre todas las esferas de la actividad humana, conforma el sentido del « Bien », entendido aquí como una categoría moral « de igual naturaleza » que el derecho, en la que éste debe subsumirse. Concebido así el derecho como un « orden ético, moral o espiritual » que trata de realizar el más envolvente y global orden divino (45), el derecho penal se reputa « jurídico » porque persigue « la realización de la justicia », es decir, « la vocación y el propósito de hacer siempre el bien con laboriosidad, de inspirar en todos los actos la conducta en la equidad y rectitud, iluminadas por la ciencia y por el amor y temor á Dios » (46).

La actividad legislativa que ha de tipificar la desviación punible no se concibe tampoco como una decisión institucional originada en la soberanía popular, ni aparece por ningún lado, en consecuencia, el requisito de la reserva de ley. La potestad legislativa, atribuida al Estado en su conjunto, sin división estricta de poderes, se interpreta de forma bien diversa: « Ciertamente que para nadie medianamente ilustrado — arguye Silvela — el legislar es un acto de la voluntad arbitraria, ni de una persona, ni de todo un pueblo, en el sentido de que por él se cree ó se forme un derecho que antes de ser declarado no existía »; antes bien, consiste en « dar una forma práctica, temporal y transitoria á lo que por su naturaleza es eterno é inmutable ». Si para algo ha de concurrir la voluntad de los ciudadanos es para proveer de órganos al Estado y de esta forma « constituir el poder legislativo », el cual habrá de desplegar la función punitiva en conformidad con los « principios de justicia » (47).

Si bien pudiera creerse ajustado a las exigencias del principio el que la articulación del saber penal tradicional gravite sobre las figuras del delito y de la pena, debe replicarse que ni la escuela ortodoxa renuncia a indagar en el temperamento psicológico del

(45) SILVELA, *ob. cit.*, pp. 35-39 y 69.

(46) VALDÉS, *ob. cit.*, p. 61. El cumplimiento del derecho que el Estado ha de garantizar consiste, efectivamente, en conformar « la vida social con la ley objetiva bajo los dos aspectos de 'no hacer el mal' y 'hacer el bien debido expresa y tácitamente' », p. 15.

(47) SILVELA, *ob. cit.*, pp. 67 y 88; VALDÉS, *ob. cit.*, p. 25.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delincuente (48), ni tampoco deriva ambas instituciones jurídicas de un poder legislativo autónomo determinante de la praxis judicial. Su delimitación conceptual requiere más bien el auxilio de la « Ética », que « contribuye a fijar exactamente la apreciación de los hechos perturbadores de las relaciones jurídicas y, por lo tanto, constitutivos de delito o falta ». No basta así con representar el delito como una conducta « ilegal », sino que han de concurrir necesariamente los requisitos de inmoralidad y de injusticia (49). Trazados el orden jurídico y el orden moral católico como dos círculos concéntricos, sustancialmente idénticos, aunque de menor radio — por cuanto vinculado exclusivamente a los hechos externos — el primero de ellos, es previsible que se recuerde que « todo delito es pecado, aunque no todo pecado es delito », coincidiendo ambos « en cuanto uno y otro nacen de determinaciones libres de la voluntad que se aparta del bien ». « El delito — concluye Silvela, con escasa precisión para la mirada contemporánea — es lo injusto, lo malo; se confunde con lo inmoral, con lo irreligioso y con otras nociones más o menos afines » (50). La pena, por su parte, constituye la respuesta social institucionalizada al quebranto delictivo con la finalidad de restaurar la armonía, la « afirmación categórica » de la colectividad « absolutamente indispensable para su ordenado funcionamiento » (51).

La definición del derecho penal que obtenemos de este esbozado *percorso* no puede entonces asimilarse a la actualmente sostenida en virtud de la concepción democrática del principio. Siendo « el orden la manera de ser de las cosas », y su « quebrantamiento un hecho anormal cuya desaparición pide la misma idea de orden », la rama jurídico-penal se conceptúa en virtud de su función, que no es otra que la restauración del orden jurídico perturbado. Silvela la

(48) SILVELA, *ob. cit.*, « El sujeto activo del delito en general », pp. 160 ss.; VALDÉS, *ob. cit.*, pp. 342 y ss. donde desfilan alcohólicos, enfermos mentales o epilépticos.

(49) VALDÉS, *ob. cit.*, pp. 59, 101 y 129. Aún más: « Así como Derecho es lo recto, el delito es lo torcido », p. 103.

(50) SILVELA, *ob. cit.*, pp. 55 y 97. Con mayor claridad, Valdés piensa que muchos de los criminales que quedan impunes por ineficacia de la represión del delito indemnizan de alguna forma á la víctima « por medio del sacerdote y bajo secreto de confesión », *ob. cit.*, p. 24.

(51) SILVELA, *ob. cit.*, p. XIV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

denomina — con significativo uso de las mayúsculas — « el derecho para el restablecimiento del Derecho », o, todavía más elocuente, « el Derecho del Estado nacional para la reparación del Derecho del Estado natural » (52). Ni siquiera el legalista Valdés, que tilda el derecho penal de « conservador de las instituciones del Estado, porque mediante él se hace cumplir la ley », circunscribe el delito a la infracción de las disposiciones legales, puesto que para él también es el delito « una negación del orden ético, de la ley del bien » y el derecho penal un intento ineludible de recomponer la « armonía social », de reparar « el orden jurídico perturbado criminalmente » (53).

Basta con lo expuesto para demostrar hasta qué punto es discutible la hipotética defensa del principio de legalidad por parte de la doctrina tradicional. Desencantado el mundo desde hace al menos décadas, en proliferación creciente las divergencias en torno a los atributos del orden natural, asediada la elitista producción académica por un descontento popular sin traducción textual propia y admitida la separación entre la religión y el derecho por los mismos autores oficiales, debe reputarse errónea la consideración de estos juristas como garantes de un orden de justicia objetivo e intangible, haciendo así del iusnaturalismo católico una suerte de guardián secular de la dignidad humana. Sucede más bien justo lo contrario: desempeña aquí el escolasticismo una función legitimadora de la distribución efectiva del poder político, atribuyéndole cualidades providenciales, indisponibles por acuerdo colectivo, en pleno tiempo constitucional. Se trata concretamente de sustentar un modelo económicamente ultraliberal, agresivo frente a la adopción de las medidas más elementales de protección social (54), y moralmente católico, en cómodo refrendo del predominio institucional de la iglesia oficial. De ahí que la aparente aporía entre la razón liberal y la fe católica se disipe al atribuir a este saber jurídico una condición eminentemente ideológica, dada la provechosa legitimación intelec-

(52) SILVELA, *ob. cit.*, pp. 57, 64 y 91.

(53) VALDÉS, *ob. cit.*, pp. 17, 21-24.

(54) Cf. el título representativo de Adolfo A. BUYLLA, Adolfo G. POSADA, Luis MOROTE, *El Instituto del Trabajo. Datos para la historia de le reforma social en España con un discurso preliminar de* José Canalejas, Madrid, Ricardo Fé, 1902.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tual que suministra a una monarquía autoritaria asentada, más que sobre cualquier tipo de voluntad democráticamente articulada, en la oligarquía propietaria, la jurisdicción militar, la familia patriarcal y el control moral ejecutado por los eclesiásticos.

Ciñéndonos a nuestro asunto, la inefabilidad de la versión ilustrada de la legalidad en los textos de los autores citados es irremediable, pues para su formulación debiera basarse la comprensión de la sociedad política en el contrato social, la división de poderes y el predominio de la asamblea popular sobre la judicatura. La imposibilidad de su proposición radica en las mismas bases del paradigma triunfante: entendido el sustrato social de las instituciones estatales según la categoría de la nación, entidad histórico-natural inmodificable por la voluntad constituyente, este derecho penal responde a los rasgos anticontractualistas y estatalistas del saber social posrevolucionario, que entiende las instituciones jurídicas, incluidas las penales, como el pausado sedimento del desenvolvimiento histórico de la comunidad. Finalmente, no menos disfuncionales a las exigencias de la organización racional del poder punitivo son los contenidos que difunde esta disciplina penal, de presencia constante en « los programas de los exámenes y ejercicios de las carreras jurídicas » (55). Elaborada desde las premisas del absolutismo moral, la habilitación cultural que esta corriente puede proporcionar a los futuros profesionales del derecho no es precisamente la requerida por un sistema garantista, al proponerse como reto fundamental que « el Juez, Fiscal y Abogado apliquen la Ley objetiva ó natural á la vida social para la conservación del orden ó su restablecimiento si se hubiese perturbado » (56).

En cambio, el más flagrante negador del apotegma de la legalidad, Dorado Montero, es quien más seriamente sienta las bases para su implantación, al renunciar en la máxima medida posible al orden objetivo natural, apelar al convencionalismo moral y perseguir con ahínco la representatividad de las instituciones jurídicas (57). Qué

(55) SILVELA, *ob. cit.*, p. V, de cuyas nociones, según expone, « sigue participando con no muy numerosas excepciones la generación presente ».

(56) VALDÉS, *ob. cit.*, p. 56.

(57) Para no sobrecargar el siempre excesivo cuerpo de notas, paso a enumerar las obras suscritas por Dorado de que me sirvo en las páginas que siguen: *Problemas de*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

duda cabe de que la obra de Dorado constituye una completa respuesta al paradigma tradicional y, en tal medida, una decidida réplica a la garantía de la legalidad en sí misma y un meditado apoyo a todas las propuestas institucionales que pretenden sucederla. Aunque su argumentación se inscribe en el relato moderno, atribuyendo al sistema punitivo del antiguo régimen un abuso insoportable y, por consiguiente, considerando la llegada de la legalidad como una « verdadera conquista », no es menos cierto que Dorado percibe el advenimiento de una nueva fase cultural y política a la cual no puede resistirse eternamente el edificio penal clásico. El « extraordinario impulso » experimentado por las ciencias naturales, en efecto, está detrás del nacimiento de una « concepción realista de la vida y del mundo » que inevitablemente afecta a las « ciencias del espíritu ». Se trata entonces de, con audacia, abandonar por completo la cosmovisión anterior y rendirse ante « las corrientes actuales de cooperación y solidaridad ». A Dorado no dejan de preocuparle los « derechos de la personalidad », entre ellos, muy destacadamente, las garantías penales, pero hasta tal punto estima que han pasado a formar parte del patrimonio jurídico de los países civiliza-

---

derecho penal, Madrid, Revista de Legislación, 1895, con capítulos — todos útiles a nuestro propósito — titulados de forma ya elocuente: « I. Sobre el valor de la ley, como única fuente de derecho en materia penal », « II. Otras fuentes del derecho penal, además de la ley », « III. La interpretación de las leyes penales », « IV. La ley penal en el tiempo y sus efectos », « V. Sobre la ignorancia de la ley penal »; *Estudios de derecho penal preventivo*, Madrid, Victoriano Suárez, 1901, « I. Del derecho penal represivo al preventivo »; *Nuevos derroteros penales*, Barcelona, Imp. Heinrich y Cía, 1905, « II. El problema trascendental y nuestra posición frente al mismo », « III. Lo subjetivo é inseguro del orden moral », « IV. Diversidad de criterios é igual valor de los mismos »; *Valor social de leyes y autoridades*, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler, s.f., pp. 31, 89, 93-94, 96-98, 121, 144-145; *Bases para un nuevo derecho penal*, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler, s.f., pp. 10-13, 25, 28-30, 34, 45, 102-105 y 111; *El derecho y sus sacerdotes*, Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1909, pp. 11-13, 19-23, 29, 31-38, 83-87, 104, 115, 122, 133 y 138; y *El derecho protector de los criminales*, Madrid, Victoriano Suárez, 1915, de cuyo primer tomo utilizo las pp. 13-15, 538-541, los epígrafes « I.A.III. El concepto de delito, relativo é impuesto », « I.A.V. Contenido variable del orden jurídico » y el capítulo quinto « Misión de la justicia criminal en el porvenir », mientras que del segundo tomo me sirvo de los capítulos « XVI. La sentencia indeterminada » y « XVII. ¿Pena ó medida? ». La fecha de edición de esta recopilación de trabajos cierra el período abordado en este epígrafe, que, según se dirá, culmina con el triunfo relativo de las ideas penales de Dorado sobre la doctrina católico-liberal.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dos que, a su juicio, no hay ya necesidad de establecer « la garantía formal y exterior que las Constituciones les venían prestando », bastando para su integridad con una « conciencia jurídica social » dispuesta en todo momento a rebelarse contra cualquier tentativa de usurpación.

Dorado no hace así sino llevar a su extremo los postulados del liberalismo racionalista, confiado al instinto humano de libertad para la justa coordinación de lo social. Pero avanzar en el trayecto de la modernidad parece significar la renuncia a uno de sus postulados fundamentales: el *nullum crimen sine lege*. En efecto, la contestación de Dorado recorre todas las fases del principio y todas sus garantías anejas. Comienza, evidentemente, por el sistema de fuentes del orden jurídico-penal, tratando, en resumen, de equipararlo al sistema sancionado en el orden civil, para dar cabida en el proceso criminal, ante todo, a la costumbre. La desmitificación del poder legislativo « como el único creador del derecho » constituye uno de los rasgos definitorios del nuevo tiempo organicista y socializador. La producción de las normas corresponde más bien al conjunto de la sociedad, que en su desenvolvimiento progresivo va forjando las reglas más adecuadas para su desarrollo y evolución. De esta comprensión del derecho se colige de inmediato una revalorización de la costumbre, la más fiel intérprete del « complexo de derechos y obligaciones recíprocos » que constituye toda comunidad. El « derecho consuetudinario », « siempre que sea racional », debe así prevalecer forzosamente sobre la ley en caso de conflicto, « por cuanto responde mejor que aquélla a las exigencias populares ». Junto al rescate de la costumbre, Dorado desafía al principio invocando la jurisprudencia, principal intercesora entre el imperativo abstracto de la ley y la trama auténtica de los intereses sociales. Su revalorización no se limita a equiparar a « *todos* los tribunales » con « el Tribunal Supremo » a efectos del rango jurisprudencial de sus respectivas decisiones. La proximidad estructural de los magistrados a la fuente prístina de la justicia lleva a Dorado a defender el más extenso arbitrio judicial, inmejorable antídoto frente al peligro del *summum jus, summa injuria*. Nuevamente, no entiende cómo se escamotean al juez penal los recursos que el juez civil tiene a su disposición, ya que las leyes penales no son indefectiblemente más precisas o justas que las civiles. Semejante agravio comparativo sólo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

puede provenir, en opinión de Dorado, de la extendida convicción que considera la justicia criminal « una cosa *mala* y *odiosa* », calificativo concebible exclusivamente desde la reluctante visión retributiva de la pena. Sin embargo, tal enfoque del problema, pese a su comprensible justificación cuando « los antiguos poderes » oprimían arbitrariamente, se revela inconveniente si « arraiga en la conciencia popular la creencia de que el Juez penal, al cumplir su misión, hace una obra *justa* y *buena* »; si la pena, dejando de suponer una venganza institucionalizada para « *expiar* con un nuevo mal el mal ya causado », pasa a ser una medida « preventiva y beneficiosa » para mejorar y reintegrar al delincuente. Entonces, cuando se haya invertido la opinión común sobre el derecho penal, ya « no habrá que *temer* el arbitrio judicial »; bastará con un sistema eficiente para exigir la responsabilidad a los magistrados que abusen de sus prerrogativas.

En resumen, una vez que se ha operado la inflexión epistemológica, las consecuencias que agravan el estado del principio se deducen lógicamente de seguido. De mayor extensión y valor moral que la ley, el « Derecho » conforma la segregación ética de la vida social a la que han de ajustarse todos los órganos jurídicos. Explicándose el fenómeno delictivo por « el engranaje de la causalidad natural », la justicia criminal debe emplear terapias benéficas para la « educación y rehabilitación » de los desviados, sustituyendo « la pena justamente *merecida*, por la *necesidad* del tratamiento protector ». Adoptado este doble enfoque, la irretroactividad de las leyes penales, por ejemplo, deja de tener sentido, pues la declaración de una norma jurídica se valora como un mayor acercamiento de la legislación a las necesidades sociales, lo que justifica la proyección de sus efectos hacia el pasado, dado que lo previsto en la nueva ley penal, pese a su mayor severidad, no ha de suponer una agresión a los derechos, sino una ortopedia útil para su reconstrucción. Asimismo, desde esta perspectiva, la comisión responsable de la conducta punible deja de ser la condición indispensable de la pena, pues se trata más bien de detectar, mediante un diagnóstico científico-natural, los peligros potenciales para el desenvolvimiento armónico de la convivencia con el fin de erradicarlos antes de su materialización. Lo mismo sucede con el tipo y la duración de las penas: siendo éstas « tratamientos » y no retorsiones, su fijación taxativa por la ley

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

constituye más bien un entorpecimiento a la función profiláctica y terapéutica del derecho penal, de ahí que se abogue por las sentencias y las condenas indeterminadas. Partiendo, en fin, de tales presupuestos, las garantías del principio de legalidad se estiman tan absurdas como exigir a un facultativo que sólo debe « curar las enfermedades contenidas en una lista preparada de antemano, y no otras, aun cuando existieran y él supiera tratarlas ».

Con lo citado hasta ahora, resulta palmaria la prototípica, y bien argumentada, abrogación teórica del principio, motivada en el apogeo de las ciencias naturales y en la genérica preferencia de la equidad frente al mandato abstracto y formal de las leyes. Debiera entonces detenerse aquí la narración, y clausurar el análisis otorgando a Dorado Montero la condición de obstinado y coherente negador de las garantías penales, concibiéndolo acaso como un inconsciente promotor de prácticas institucionales autoritarias. Sin embargo, cuando se procede de este modo, irreflexivamente se considera que sus ideas están atacando la concepción que del principio de legalidad penal se mantiene en la actualidad. Si consultamos la penalística en activo, podremos contemplar — en la enumeración de los fundamentos básicos del principio — la reiterada alusión al pilar democrático-representativo, al afán por garantizar la seguridad jurídica y, en fin, a la tutela del ciudadano frente a los posibles abusos del poder político (58). Pues bien, pudiera ser que, dadas las condiciones culturales, políticas y sociales del período, el célebre penalista salmantino no tratase sino de reubicar el pensamiento penal en unas bases democráticas, que suministrasen el máximo de seguridad jurídica posible y, además, protegiesen a los ciudadanos frente al exceso del poder estatal. Más aún, quizá sus planteamientos no se propongan sino la liberación de lo que, aguardando un hipotético perfeccionamiento del análisis científico, permanecía encerrado en el modelo clásico en estado potencial. Creo que este punto de vista puede ilustrase enmarcando sus reflexiones en cuatro coordenadas básicas. En primer lugar, urge situar sus ideas penales en una mentalidad jurídica de rasgos muy acusados, como lo es la hispana del último tercio del siglo XIX y la primera década del XX. Consecuencia de ello ha de ser la compren-

(58) Cf. De Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal* (cit. n. 5), pp. 28-32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sión de sus postulados en relación dialéctica con la corriente doctrinal opuesta, el liberal-catolicismo conservador ya examinado. Pese a lo evidente que resulta, su aporte necesita también ser referido al contexto político-social en que se produce. Por último, sus críticas al axioma de la legalidad deben relacionarse con el sentido completo de su obra, más aún cuando es propósito medular de su autor construir un sistema coherente (59).

El más destacado entre los rasgos característicos de la genuina mentalidad jurídica hispana de entre siglos es, sin lugar a dudas, la contraposición entre el orden particular de la legislación y el orden universal de la moral. La consecuencia ineluctable de dicha racionalidad, genérica y simplificadamente denominada iusnaturalista, es la consideración de las leyes en función de su mayor o menor proximidad respecto del orden objetivo de los valores. Si la corriente ortodoxa establece una relación de razonable identidad entre ambos planos, la corriente crítica se distingue por realizar un contraste *negativo* entre ellos con el fin de restar legitimidad política al ordenamiento vigente. Con mayor resolución y radicalismo que los restantes miembros de la escuela, Dorado reproduce la crítica del krauso-positivismo a la irracionalidad del legislador oficial e invoca, como contrapeso a su autoridad, el entramado de intereses y necesidades que conforma la sociedad, esto es, invoca una « realidad social » entendida como la personificación del « verdadero legislador, fuente de toda regla jurídica ». Abstengámonos de reprochar ingenuidades y guiémonos por el exclusivo propósito de realizar una comprensión interior al propio pensamiento de Dorado, porque prácticamente todo su sistema penal se basa en esta aseveración liminar. La oposición global entre el orden legal y el orden universal toma en Dorado la forma de una estricta subordinación de la norma jurídica al plexo de necesidades sociales reales. De aquí se infiere

(59) En cierto modo, la todavía más iluminante monografía sobre Dorado, además de — en pleno régimen franquista — invitar a un baño « en los ideales de la pena tutelar », trata fundamentalmente de situar su obra en el contexto cultural y sociopolítico en que se produjo. Sólo así podía conjurarse « la incomprensión que la generación posterior tuvo sobre la de Dorado », en José Antón ONECA, *La utopía penal de Dorado Montero* (cit. n. 38), pp. 11-14 y 35, texto publicado en 1951, pero escrito — según confiesa el autor — al suceder a Dorado en la cátedra salmantina recién comenzada la década de 1920.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lógicamente que « la opinión pública », y no la ley, sea « la verdadera garantía de la seguridad del ciudadano », y que, en caso de « divorcio » entre el legislador y la opinión pública, prevalezca ésta en cuanto « representa realmente la conciencia nacional ». Este carácter subalterno de las leyes respecto del « pueblo mismo, para cuyo servicio justamente nacen », además de una crítica negativa a lo legislado, constituye una rotunda advertencia al poder político para que adecue sus decisiones al relieve social efectivo, logrando así la *representatividad* democrática y el influjo *ético* de que carecen, dos atributos indispensables para una organización legal y racional del poder punitivo (60).

Semejante ataque al Estado oficial lo enfrenta de inmediato a la corriente opuesta, convencida de la idoneidad moral del ordenamiento establecido. La contestación de Dorado al célebre brocardo de la legalidad se incardina así en un intento de desautorización global de la visión iusnaturalista dominante, y no en una descontextualizada y particular tentativa de refutación. El pensamiento jurídico común, aquél sostenido por « los sacerdotes del derecho », parte de la indemostrable existencia de un orden natural objetivo, infrangible e imperecedero del cual las leyes son expresión declarativa exterior. A su juicio, estas « pretendidas bases filosóficas de la facultad punitiva del Estado », al basar la ley en una legitimidad de carácter absoluto, justifican la admisión de los « delitos naturales », los cuales mantienen su naturaleza conceptualmente delictiva independientemente de la sanción legal. Frente a esta pretensión de fundar unilateralmente la diferencia entre lo justo y lo injusto — no tan sólo secundada por los penalistas católicos españoles, sino también por autores tan eminentes como Carrara o Pessina —, Dorado defiende el relativismo moral más extremo. Convencido de que aquellos que presumen de « haber sondeado los designios » de la « voluntad divina » sólo pueden excusarse en el atrevimiento de su ignorancia, Dorado entiende el orden moral como una irreductible y agónica multiplicidad de creencias subjetivas con idéntico

(60) Me sirvo de la sugerente propuesta de José Luis Díez Ripollés sobre la racionalidad legislativa en el ámbito penal, en *Presupuestos de un modelo racional de legislación penal*, « Doxa » 24 (2001), 485-523, especialmente: « 4. Los contenidos de la racionalidad legislativa penal ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

valor y sólo facultadas para pactar acuerdos transitorios, revisables y nunca identificados con la « eterna naturaleza de las cosas ». A mi entender, este solipsismo jurídico, en la medida en que humaniza el contenido de las leyes (61), prepara a su manera el terreno de la futura legalidad. Al neutralizar cualquier intento de apropiación del contenido de las leyes por un determinado cuerpo de creencias, el convencionalismo moral de Dorado coloca la cuestión de la legalidad penal a un paso del relativismo propio de la racionalidad democrática (62) y, en igual medida, de la consiguiente legitimidad autorreferencial — no trascendente — de la legalidad penal. En efecto, a Dorado le repugna la habitual denominación del delito como la perturbación del — en singular — orden, y de la función penal como su consiguiente restauración, porque el concepto « orden » es « tan general, que apenas si tiene contenido alguno » más allá del « que cada cual quiera ponerle ». No existiendo entonces convicciones morales que por su propia naturaleza sean superiores a las restantes, la noción de delito es imposible de enunciar si la colocamos en el « vivero complicadísimo de las concepciones individuales », pudiendo tan sólo consistir en aquello que la voluntad de quienes detentan la potestad legal describe como una desviación delictiva y punible, esto es: « todo acto que la ley de un Estado prohíbe y castiga ». El problema radica entonces en hacer de los detentadores del poder sus legítimos administradores. Pero si Dorado reconoce al « derecho legislado » una « importancia civilizadora de primer orden »; si el Estado cumple, a su juicio, la « inexcusable » función de « objetivar » y « despersonalizar » las normas sociales más aptas para el desarrollo de la comunidad, con la finalidad — siempre promovida por « los espíritus tenidos por más liberales y progresivos » — de « constitucionalizar y someter á reglas

(61) « Todo orden jurídico que han de obedecer los hombres es un orden creado ó re-creado por los hombres »; « el derecho natural viene á ser, en todo caso, una concepción completamente subjetiva ». Frases lapidarias como las antepuestas, enunciadas en un ambiente cultural donde la voluntad humana es suprimida del proceso de constitución política de la sociedad, creo que explican suficientemente la labor que Dorado hace por la venida de la mentalidad política moderna adecuada a la legalidad penal democrática. En *El derecho y sus sacerdotes* (cit. n. 57), pp. 12 y 136.

(62) Recuérdese aquí el memorable texto de Hans KELSEN, *Esencia y valor de la democracia* (1921), Granada, Comares, 2002 (trad. Luis Legaz Lacambra).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legales las distintas funciones y actividades públicas »; si el « *referéndum* » como forma de « participación » ciudadana « en la obra legislativa » sucederá a la costumbre; si, en fin, el « progreso » de la sociedad se cifra para Dorado en la identificación paulatina del « concepto del orden, la inmoralidad y el delito, en el legislador, con el concepto que del orden, la inmoralidad y el delito domine en la mente de la mayoría », puede entonces afirmarse que en su filosofía penal se encuentra ya bosquejada la futura legalidad democrática, enunciada ahora, en esta fase embrionaria, en oposición a los restantes modelos teóricos que, pasando hoy por defensores de la legalidad, se esforzaban entonces « en hacer la delimitación del concepto de delito por su propia naturaleza, independientemente de la ley ».

Prosigamos en la misma línea interpretativa. Planeando constantemente sobre ambos la costumbre — trasunto jurídico del tejido primordial de los intereses —, el juez y el legislador son los principales interpelados para llevar a cabo la tarea de cristalizar en decisiones jurídicas las aspiraciones sociales y, en consecuencia, son también los responsables de que tales aspiraciones queden desatendidas jurídicamente. Obsérvese que la lógica que anima a Dorado es la misma lógica garantista de la legalidad, pues se trata ante todo de preservar la autonomía de los ciudadanos frente a cualquier exceso de quien se halla investido de autoridad. Lo que ocurre es que, a su juicio, los abusos del poder pueden provenir tanto de un juez arbitrario como de un legislador ajeno a las exigencias populares, y la realidad parece apuntar más bien a los excesos del legislador que a los de la judicatura, de ahí que, para legitimar la función punitiva, acuda a la función judicial y a los fines de la pena descuidando el valor de la legislación. Sin embargo, este permanente escapismo del ordenamiento, sin duda contrario a los requerimientos del principio, además de con el auge de las corrientes positivistas, debe relacionarse con el modelo socio-político vigente durante estos años. En efecto, a un examen sincrónico no puede pasar desapercibida la *descripción* que autores secundados por Dorado hacen del régimen canovista, al que estiman basado en una forma de gobierno oligárquica y caciquil y en la ignominiosa exigencia del cumplimiento de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la ley pese a su ignorancia (63). Sobre este último asunto, incide enérgicamente Dorado. Vista la plaga de analfabetismo que devora la sociedad, y demostrada ampliamente la ineficacia de los modos de publicación y difusión de las normas, el tratamiento que la ignorancia de la ley obtiene de los « penalistas de la corriente individualista y humanitaria » sólo puede explicarse por la ya citada creencia en un orden natural absoluto, el cual, grabando en el interior de cada hombre los deberes que debe cumplir, permite presumir el conocimiento universal de las conductas punibles. Procediendo de tal forma, la corriente mayoritaria confunde los deberes legales con los morales y, por consiguiente, funda todo el edificio penal sobre una ficción, no tanto a la espera de una ilustración masiva que posibilite el acatamiento consciente de las leyes cuanto en un diseño deliberado de una técnica de sometimiento clasista « cuyo objeto es causar males al individuo ». Para desvanecer semejante simulacro de legalidad sólo cabe, entonces, acudir a las normas de que la comunidad libremente se dota. Así, la apelación a la costumbre o la sobrevaloración de la jurisprudencia resultan incomprensibles sino se conectan con esta referencia al « derecho popular », suponiendo ambas, en consecuencia, factores que propician la seguridad jurídica de los ciudadanos desconocedores de la ley oficial y la defensa frente a los abusos del poder público, lo cual volvería a situar a Dorado en una órbita cercana a la de la legalidad penal.

Si de la aproximación a la mentalidad jurídica, a la diatriba académica y al contexto sociopolítico del momento pueden inferirse significativas afinidades entre las exigencias del principio y las premisas de Dorado, no menos ilustrativo resulta encuadrar su opinión en el sentido general de su teoría penal.

Precisamente porque Dorado concibe su obra como « un todo orgánico » que no es susceptible de aplicación fragmentaria, desfiguraríamos su noción del principio de legalidad si la extirpásemos del conjunto y la transplantásemos al modelo clásico. Es más, el maestro salmantino llega a confesar que su propuesta teórica no

(63) Me refiero a los conocidos textos de Joaquín COSTA, *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, Madrid, Fortanet, 1901; y *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Barcelona, Soler, s. a.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aspira tanto a negar el paradigma anterior como a sustituirlo completamente para, a través de su culminación, perfeccionar su eficacia político-criminal. Inspirados los códigos clásicos, por una parte, en la humanización del castigo y, por otra, en la autoconservación de la sociedad frente a los peligros a través de la prevención general, sus ideas sobre el derecho penal preventivo no hacen sino coronar esta inercia mental de « la conservación y la prosperidad de un orden social concreto », transformando la pena en tratamiento, al juez en « médico cariñoso » e « indulgente », al delincuente en enfermo y el delito en peligrosidad (64).

Dorado no está, como una interpretación simplista pudiera suponer, abogando por una potestad discrecional de los jueces para infligir castigos en quienes consideren, según su buen entendimiento, peligrosos para la convivencia social (65). En primer lugar, el correccionalismo del que participa le hace defender una pena entendida como técnica espiritual, disciplinante de la conducta y apoyada en la legalidad objetiva de las ciencias naturales (66), y su propósito, más que inculpar a determinados estratos sociales, es eximirlos de toda responsabilidad criminal. Hasta tal punto considera beneficiosa la terapia penal para quien la necesita que, en lugar de ser la consecuencia de su desviación, constituye un « verdadero derecho » inalienable del delincuente frente al Estado (67), cuyo fin

(64) Para encajar la prevención y la peligrosidad en el modelo tradicional, Dorado menciona el ejemplo de las causas de justificación y de inimputabilidad, a las que considera explicables precisamente porque la clásica función penal no se propone castigar un mal sino evitar un peligro futuro al tranquilo desenvolvimiento de la comunidad. Cf. *El derecho protector de los criminales* (cit. n. 57), pp. 113, 131-136, 162-166.

(65) Como posteriormente defendieron, por ejemplo, los autores nacionalsocialistas. Marca la distinción entre el correccionalismo preventivo y el autoritarismo penal, Antón Oneca, *La utopía penal de Dorado Montero* (cit. n. 38), pp. 46-47.

(66) La « justicia penal es una verdadera cura de almas », dice en *El derecho protector de los criminales* (cit. n. 57), p. 183. Para el tránsito, aquí operativo, del remedio religioso de los males del cuerpo con la cura de almas a la terapia médica de los males del alma con la cura del cuerpo, véase Pierre Bourdieu, *La disolución de lo religioso* (1985), en *Cosas dichas*, Barcelona, Gedisa, 1993, (trad. Margarita Mizraji), pp. 102-107.

(67) Sigue así Dorado el rumbo que a la penalística diese el correccionalista Carl Röder, autor traducido y difundido en España por Francisco Giner de los Ríos. Vid. Giner, *Resumen de filosofía del derecho* (1898), II, en Francisco Giner, *Obras completas*, vol. XIV, Madrid, La Lectura, 1926, sobre todo: « II.V. La Tutela penal ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principal es procurarle garantías para su plena realización personal, entendiendo ésta como proceso inseparable de una adecuada integración social. En segundo lugar, y como consecuencia, lo que Dorado plantea no es tanto una revisión del modelo penal vigente, sino su completa abolición y sustitución por métodos administrativos de tutela. El comprensible reparo que lo transforma en un defensor inconsciente de prácticas aberrantes olvida entonces que el antiestatalismo es una divisa teórica fundamental de Dorado, quien cree « indispensable la mayor limitación posible de la actividad del Estado oficial y su derecho legislado » y, por consiguiente, aconseja la supresión de « todo el actual aparato de jueces, magistrados, tribunales » y demás instituciones penales (68). Por tal razón pienso que Dorado es, ante todo, un abolicionista de la función punitiva del Estado, a la cual administrativiza (69) hasta el punto de construir un derecho penal « sin delito » y, « cada vez más, sin pena », cuya legitimidad, basada en su carácter tutelar, se agota en el momento en que la sociedad sea capaz de protegerse autónomamente de los peligros que comprometan su bienestar. Si esto es así, las exigencias mismas del principio de legalidad penal resultarían inobjetables frente a una función meramente administrativa, que, en razón de la eficiencia perseguida, habría de desplegarse con mayor discrecionalidad y apego a la labor de los técnicos.

Mas, permaneciendo por completo el autor en el campo de la reflexión penal, llevar hasta el extremo esta lectura ocultaría tendencias que, obviamente, se encuentran activas en el ideario de Dorado. Sin embargo, su forma de discurrir es tan próxima en algunos aspectos al discurso de la legalidad democrática que para legitimar los aspectos de su pensamiento más ajenos a ésta se ve forzado a

(68) Aunque desprovisto de mención al ámbito penal, en relación a esta dimensión antiestatalista de Dorado puede consultarse Vicente RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, *La in-sumisión en Dorado Montero. El tema iusnaturalista en la encrucijada de la Restauración*, Salamanca, Hespérides, 1993.

(69) Las mismas palabras de Dorado corroboran la hipótesis: « Lo judicial y lo administrativo en materia penal deben unificarse », en *Bases para un nuevo derecho penal* (cit. n. 57), p. 117; « Solamente su carácter de función tutelar es lo que justifica la existencia de la autoridad de la ley », en *Valor social de leyes y autoridades* (cit. n. 57), p. 89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

entrar en tensión con sus propios postulados. Tal acontece cuando, olvidando sus proposiciones sobre el relativismo moral y la concurrencia de los órdenes axiológicos equivalentes, justifica la intervención penal para preservar a la comunidad, unívocamente concebida, de los peligros que amenacen su pacífico desenvolvimiento. Desde la perspectiva de esta sociedad orgánicamente representada comienza a ser posible, en efecto, valorar como un índice de civilización la adopción de medidas penales — de terapias educativas — frente a vagos y mendigos, o la reeducación forzosa de los « coasociados » que, por sus hábitos, resultan amenazantes a los ciudadanos de orden (70). Explicar tal incoherencia exige, en cambio, una precaución y una fuga de sus textos a categorías sociológicas hasta cierto punto inasibles. La cautela — que habrá de guiarnos hasta el final de esta exposición — estriba en que, si bien los primeros pueden ser instrumentalizados para la implantación del segundo, no deben confundirse estos planteamientos 'defensistas' con la articulación de un sistema punitivo con el propósito explícito del dominio político. Concluir de este modo sería un injusto desmerecimiento a la aportación de quien, pese a reconocer una indiscutible función social a todo Estado, no cesaba de rechazar el uso clasista que el legislador hacía del arma penal (71).

---

(70) En efecto, es un mismo autor quien aboga por medidas penales de defensa contra los « socialmente decaídos, como son los vagabundos, mendigos, alcoholistas inveterados: gentes, en fin, que no siempre han cometido delitos objetivamente graves, y hasta á veces ni siquiera han cometido delito ó infracción legal alguna, […]; pero en cuya presencia se sienten alarmados sus convecinos á causa del peligro que en aquellos encuentran para seguir haciendo tranquilamente su vida », y aquel otro que advierte de la frecuencia con que « han sido siempre y siguen siendo perseguidos como delincuentes muchos hombres apellidados superiores », proclama que « los hechos en sí no son buenos ni malos » y, concluyendo, exclama: « Si los jueces que administran justicia se convirtieran en procesados […], ide qué distinto modo entenderían la justicia! », en *El derecho protector de los criminales* I (cit. n. 57), pp. 23, 133, 529 y *Nuevos derroteros penales* (cit. n. 57), p. 22-45. No me resisto a indicar que este segundo Dorado trae excepcionalmente a la disciplina penal las divisas heteróclitas de Friedrich NIETZSCHE: « No existen hechos morales », en *Crepúsculo de los ídolos*, Madrid, Alianza, 1998 (trad. Andrés Sánchez Pascual), p. 78.

(71) Aunque sin el seguimiento, las prevenciones ante el positivismo y el compromiso con que se hacía en el socialismo jurídico italiano, perfectamente conocido por Dorado, quien, al menos en parte sustantiva de su obra — como más arriba se ha indicado — se encuentra reconciliado con el orden burgués y, en la parte restante,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si la concepción espiritualmente unitaria de la colectividad se explica por el organicismo, positivista o católico, que imbuye a todos, su mantenimiento por Dorado — único relativista convencido entre los juristas del período que conozco — le hace incurrir en una aporía insalvable que sólo se explica si nos referimos a condiciones sociales externas a — y a la vez determinantes de — su reflexión penal. Para no extenderme en un ámbito que pudiera desorientarnos, baste decir que este mundo social de la « primera modernidad », aunque ha derretido los sólidos estamentos del modelo antiguo, ha recreado otra estratificación no menos rígida que, dividiendo y extrañando las recíprocas experiencias vitales, hace germinar cosmovisiones morales opuestas entre sí (72). Para comprender esta falta de coherencia en un sistema teórico distinguido por su compacidad, deberíamos, pues, referirnos a algo tan sumamente vago como la constitución moral de uno de esos estratos, en cuyas manos está la producción de las autorrepresentaciones que hoy nos llegan como fuente y cuya disposición anímica, moral y espiritual, amén de extraña a la nuestra, es inconmensurable respecto de la constitución moral de otros sectores sociales carentes hoy de memoria escrita. Aunque no poca de la legitimidad moral que las tendencias positivistas reclaman para sí proviene precisamente de su hipotética capacidad para, aplicando un instrumental cognitivo universal, concebir los resortes de esos estratos sociales periféricos, numerosos y marginales, la diferencia — racial, cultural, sexual, económica — es hasta tal punto constitutiva de esta primera sociedad moderna, que se explica entonces que un mismo autor pueda simultáneamente defender la inexistencia moral de delincuentes y la existencia empírica de ciudadanos socialmente peligrosos.

Pero en todo caso nos estaríamos refiriendo, según se ha insinuado, a una estructura mental compartida por todos los juristas, unánimemente convencidos de tutelar a una masa en estado crónico de minusvalía mental, necesitada incluso de la intervención penal

---

marcada por su acusado antiestatalismo, se aproxima más a doctrinas anarquistas. Vid., para el contraste, Mario SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale* (cit. n. 36), pp. 584-594 y 612-617.

(72) Para el apunte sobre la « primera modernidad », me apoyo en Zygmunt BAUMAN, *Modernidad líquida* (2000), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006 (trad. Mirta Rosenberg), pp. 9 ss. y 36-38.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

para su propia mejoría. Más que acusando a un solo autor de haber comprometido la vigencia doctrinal del principio, se debería entonces concluir considerando prácticamente inconciliables la mentalidad reinante en la época y las exigencias discursivas del principio de legalidad. En el período examinado, la enunciabilidad del principio consistiría, de una parte, en la derivación de la ley penal de una legalidad inconmovible, absoluta y trascendente, materializada por la soberanía unitaria e indivisible del Estado, de manera que « el castigo derive del crimen, que la ley parezca ser una necesidad de las cosas, y que el poder obre ocultándose bajo la fuerza benigna de la naturaleza » (73). De otra, la formulación positiva del principio consistiría en la destrucción del absolutismo moral y en la insistencia de la necesaria representatividad de las leyes, tendencias que, en mi opinión, sitúan la reflexión jurídica en la misma frontera de la concepción democrática y garantista de la legalidad. En términos negativos, por el contrario, resulta mucho más patente la inefabilidad del principio. Resulta inconcebible, en efecto, en un paradigma anticontractualista que, por razones de gobernabilidad, ha renunciado a la soberanía popular para sustituirla, primero, por la soberanía nacional, « y luego por la del Estado » (74). No menos impensable resulta para una racionalidad que no ha consumado ni la secularización del pensamiento jurídico ni ha operado una estricta y constante separación entre el derecho y la moral, ni tampoco entre el derecho y la naturaleza. Del mismo modo que no puede predicarse de una disciplina cuya cientificidad se basa en el conocimiento de los orígenes metafísicos o naturales del fenómeno jurídico-penal, tendente siempre a buscar la legitimación trascendental de la facultad punitiva y a derivar las instituciones penales de totalidades objetivas, espirituales o naturales, lo cual le conduce a contemplar el contenido efectivo de la ley penal como un subproducto contingente y provisto de interés científico secundario.

Pese a la brecha que media entre esta mentalidad jurídica y la que la sucederá, en estos años han quedado apuntaladas las bases de la futura reflexión penal. Por una parte, de ahora en adelante encontraremos el registro tradicional del principio de legalidad,

(73) En palabras de FOUCAULT, *Vigilar y castigar* (cit. n. 16), p. 110.
(74) Dorado MONTERO, *Problemas de derecho penal* (cit. n. 57), p. 12 n. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

carente ya de remisión a legitimidades trascendentales, pero agotado en el dato mismo de la autoridad del Estado sin ulterior sustitución del derecho natural por el derecho popular. Por la otra, no cesarán de expandirse las teorías defensistas y correccionales de Dorado, y las figuras del « arbitrio jurisdiccional », « la individualización del tratamiento penal », « la sentencia y la pena indeterminadas » o « el estado peligroso », cuya comprensión sistemática ya esbozó Dorado, continuarán ganando adeptos. Sin embargo, a todos ellos les faltará la contumacia de su predecesor, y, mezclando elementos de una y otra cosmovisión, cumplirán el pronóstico de Dorado, quien creía que la lógica férrea de su sistema penal se perdería para quedar de él « la tendencia, dirección ó sentido que señala al ejercicio de la función penal del porvenir » (75).

IV. *La defensa política de la legalidad (1926-1932).*

Un segundo momento, igualmente digno de mención, en la singladura del principio de legalidad está acotado por la suspensión transitoria que la penalística hace de su quehacer científico para, a través de panfletos, conferencias y movilizaciones, descender al fragoroso terreno de la batalla política en defensa de las garantías penales frente a la dictadura de Primo de Rivera. Para que esto sea posible, la disciplina ha debido previamente abandonar las diatribas de estirpe teológica y convertirse en una materia inseparable de la legislación criminal, a la cual confecciona en las comisiones técnicas y expone después en las aulas. De hecho, es la preparación y aprobación del código penal de 1928 lo que provoca la rotunda contestación de algún sector de la penalística, encabezado por el catedrático madrileño Luis Jiménez de Asúa y que, además de denunciar la ilegitimidad del citado cuerpo legal, se impone el reto de abrogarlo y sustituirlo por otro acorde con un sistema democrático.

Evidentemente, no todos los penalistas reaccionan del mismo modo ante las iniciativas legales de la dictadura, ni tampoco se involucran en igual medida en sus instituciones. Por ejemplo, en el vano intento de legitimación que supuso la asamblea nacional consultiva, cuyos miembros fueron todos convocados personal-

(75) Dorado MONTERO, *Bases para un nuevo derecho penal* (cit. n. 57), p. 180.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente por Primo, figuran dos insignes penalistas, Inocencio Jiménez Vicente y Quintiliano Saldaña, partícipes activos de la elaboración del código (76). También en la comisión técnica de codificación comparece otro profesor de derecho penal, Eugenio Cuello Calón, quien sustituyó a Jiménez de Asúa después de que éste rechazase su nombramiento, y que desarrolla su labor asesora, entre otros, junto a Saldaña, comisionado también del órgano consultivo. La acogida que obtuvo la nueva regulación penal en sus co-creadores, y en alguno de sus discípulos, si bien abarca desde la apología hasta la exposición aséptica, dista mucho de cuestionar globalmente su representatividad o su idoneidad técnica. Así, para Saldaña, autor de su título preliminar y de parte de su articulado, el nuevo código, « infinitamente más científico que el de 1870 », debe pasar « a la Historia penal con este nombre: *Código de la defensa social* » (77). Jiménez Vicente, más resuelto, lo concibe como un encomiable ejemplo de perfeccionamiento político-criminal de la vetusta legislación punitiva. Producto de la sublime « técnica codificadora », el nuevo código se hallará mejor dispuesto que el anterior para terminar con la criminalidad, porque incorpora a su articulado instituciones unánimemente recogidas en las más avanzadas reformas penales extranjeras, como son « la punibilidad de todas aquellas actitudes que sean peligrosas » y un « amplio arbitrio judicial », ambas destinadas a robustecer la protección de la víctima de todos los delitos: « la sociedad misma, el Estado ». Para emprender un replanteamiento legislativo de tal envergadura ha sido inevitable, a juicio de Jiménez Vicente, la intercesión de un poder « fuerte », atrevido, « bueno », con la valentía suficiente para no seguir la pauta

(76) Asamblea constituida en septiembre de 1927, con posterioridad al comienzo de la elaboración del proyecto en la Comisión General de Codificación en marzo de 1926, año que abre el periodo que tratamos. Cf. María Pilar Hernando SERRA, *Catedráticos de derecho en la asamblea nacional consultiva*, en Adela MORA (ed), *La enseñanza del derecho* (cit. n. 40), 231-253, p. 238.

(77) Vid. Quintiliano SALDAÑA, *Al servicio de la Justicia. La orgía áurea de la dictadura*, Madrid, Morata, 1930, pp. 11 y 90, texto que, según se comprobará más adelante, es un ejercicio de retractación pública de su compromiso con la dictadura, un intento de justificar su « actuación » en ella, que no se transforma en crítica global del código, al cual reprocha tan sólo su elaboración apresurada y el haber prescindido del « Estatuto penal de la delincuencia política » en espera de una proyectada reforma constitucional, pp. 83-88.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

marcada por las « organizaciones que inquietan a los Gobiernos » y con « esa ingenua vocación constituyente » imprescindible para llevar a cabo reformas « románticas » que, legislatura tras legislatura, las Cortes se mostraron incapaces de acometer. Pero no bastaba con la intervención del poder. El código naciente, además de obedecer a la razón « aplastante » de poner de acuerdo la normativa penal con la — suspendida pero vigente — Constitución, expresa « un trabajo elaborado acaso por distintas generaciones »; no es, así — concluye Jiménez Vicente —, « el Código penal de este régimen; es el que ha podido producir España, a su manera, por el impulso de los hechos, por los elementos intelectuales de que disponía y por las aspiraciones legislativas reiteradamente manifestadas » (78).

La participación activa en el procedimiento codificador puede, a pesar de todo, no desembocar en inflamados panegíricos. Omitida toda alusión a la legitimidad originaria, la aprobación de la reforma da también cabida a una exposición aséptica de sus contenidos que, equilibrando ribetes críticos y localizados elogios, reclama tácitamente la imparcialidad propia de la técnica jurídica. Una vez que ha reducido la cuestión de la representatividad del código a una comprensible adaptación a « los grandes cambios » sucedidos en el país, Cuello estima su deber de penalista informar con neutralidad al lector culto de los contenidos de la nueva ley sin apenas levantar la mirada de ella, aunque sin « prescindir por completo de un espíritu crítico » (79). Fruto de la « patriótica aspiración » de acompasar el

(78) Concluye, en efecto, con un significativo e inconsciente desvelamiento de su principal carencia: la legitimidad democrática. Cf. Inocencio JIMÉNEZ VICENTE, *La reforma del Código penal*, en « Universidad » V (1928), 105-121, pp. 107, 110-112 y 114-117, quien, en una relevante autodefinición, se coloca entre los autores « espiritualistas ». Destacando también « la posición defensista » — inspirada en « la tradición penal española, eminentemente espiritualista » — y el « arbitrio judicial discreto y ponderado » — « alma de la reforma » —, y legitimando el código recién aprobado porque responde meritoriamente a las « exigencias de la Política » y, sobre todo, a las de la « Ciencia », encontramos al discípulo de Jiménez Vicente, José GUALLART y LÓPEZ DE GOICOECHEA, *El nuevo Código penal español*, en « Universidad » VI (1929), 363-377. Aplaude también el código, dando a luz un manual intempestivo, Federico CASTEJÓN, *Derecho penal. Tomo I. Criminología general y especial ajustada a la legislación española vigente hasta fin de 1930*, Madrid, Reus, 1931, pp. 60 ss. y 92.

(79) Para lo que sigue, cf. Eugenio CUELLO CALÓN, *El Proyecto de Código penal español preparado por la Sección 3ª de la Comisión general de Codificación*, en « RGLJ » 152

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistema punitivo español al « progreso realizado en la ciencia y en la legislación » extranjera, el código introduce novedades diseñadas con rigor por la técnica jurídica desde hace décadas. Como factor de modernización del país, no merece sino el reconocimiento de Cuello, quien subraya, entre otros extremos, la primicia de las medidas de seguridad, la referencia expresa — también inédita hasta el momento — a la peligrosidad social, el margen ampliado de arbitrio judicial, la « considerable atenuación de la penalidad », « la abolición de las cadenas y la degradación », la más extensa aplicación de las multas y el establecimiento de la garantía de ejecución.

Para Cuello, sin embargo, no todo son parabienes. A su juicio, el código se ha hecho acreedor de justificados reparos, todos ellos partícipes de una inconfesada cualidad común: encontrarse amparados en el políticamente inofensivo consenso científico. Así, empujado por la inercia del pensamiento penal europeo, Cuello reprocha a la nueva regulación que, conservando el carácter accesorio de las medidas de seguridad, no haya consumado su independencia respecto de las penas, o la persistente — pese a los tímidos avances — « desconfianza en el juzgador », que le ha conducido a una « desmedida restricción del arbitrio judicial ». También se suma al generalizado « sentimiento de humanidad » al lamentar la conservadora e imprudente prescripción de la pena capital, aplicable incluso en los grados de frustración y tentativa de algunos delitos. Y aplica el concepto usual de *código* al reprobar la entrada indiscriminada de leyes especiales en el articulado de la reforma, puesto que, si la legislación especial se caracteriza por responder a coyunturas políticas transitorias, el código « debe regular los fundamentos de la vida colectiva del estado sobre la base de una larga duración ».

El afán de ecuanimidad de Cuello no logra ocultar su complicidad, perceptible más por sus silencios que por sus elogios. Su pretendida actitud neutral, lejos de ser fruto de la afección política, se justifica por su convicción científica acerca del alcance del principio de legalidad penal, perfectamente respetado, en su opinión, cuando el establecimiento de los delitos y las penas se lleva a cabo

---

(1928), 257-278, pp. 256, 264-269, 271 y 277; y *El nuevo Código penal español (exposición y comentario)*, Barcelona, Bosch, 1929, pp. V-VI, 8-9,13-16, 19, 20 n. 14, 22, 27 n. 1, 29 n. 5, 75, 99 n. 15, 184-185 y 277-278.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mediante « decretos leyes y reales decretos », ya porque el Gobierno obre « por delegación del poder legislativo » o porque « haya asumido la función legislativa » (80). Partiendo de este postulado, se hace posible la descripción sumisa del contenido de las disposiciones gubernamentales, enriquecida quizá con críticas científicas y con inocuas advertencias sobre la necesidad de mejorar las infraestructuras penitenciarias para la correcta aplicación del nuevo código. La desmedida y privilegiada protección del rey y sus familiares, de la corporación católica y de la banca, la severa represión de las reivindicaciones obrera y regionalista, la inclusión expresa de la propiedad — en contra del criterio jurisprudencial — entre los derechos susceptibles de legítima defensa o la devolución del poder al caciquismo local mediante las competencias atribuidas a los juzgados municipales (81), pueden ser, en efecto, narrados como lo previsto textualmente en el dictado legal, acaso mejorable por incorporar preceptos de leyes especiales o por permitir « determinados abusos » al poner la función punitiva « en manos de jueces no profesionales ». No obstante, para enmascarar el uso político que la dictadura hace del derecho penal, Cuello no sólo ha de prescindir de valorar lo recientemente legislado, sino también de la misma subordinación a los decretos gubernativos que, en principio, parecía haber acatado. Efectivamente, la exposición y comentario del código ha de basar su coherencia en el silenciamiento de otras disposiciones, aprobadas por el mismo legislador y que, formando el contexto jurídico de su aplicación, comprometen su misma integridad, al menoscabar la independencia judicial, crear arbitrariamente inmunidades penales o sancionar por decreto la retroactividad de la ley penal.

Es aquí, en la denuncia del modelo punitivo global del régimen,

(80) Convicción, además, avalada por la vida jurídico-política cotidiana de la Restauración — « Durante la vigencia del Código de 1870 se introdujeron en su texto profundas modificaciones por decretos leyes y por reales decretos », en Cuello, *El nuevo Código* (cit. n. 79), p. 29 — y acorde con las prescripciones del código de 1928, que en su art. 5 otorga potestad punitiva a las « leyes municipales o cualesquiera otras especiales, [que] competan a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno ».

(81) Como buena muestra de ello, véanse los arts. 58, 217, 230, 231, 257, 259, 277, 289.3, 290 y 692 del código penal de 1928.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

donde entran en juego Luis Jiménez de Asúa y algunos de sus jóvenes discípulos, como José Antón Oneca y Emilio González López. La implacable crítica de Quintiliano Saldaña a la dictadura, teniendo el mérito de desvelar la corrupción que la caracterizaba, aparece ya una vez desplomada aquélla. El círculo de Asúa protagoniza el disentimiento: González López, aún por licenciarse en estos años, lidera el movimiento estudiantil contra el régimen; Antón Oneca, flamante sucesor de Dorado en Salamanca, realiza una sopesada y elegante crítica de la nueva legislación penal; y Asúa, desde la tribuna, el atril, el artículo y el foro no cesa ni un momento de incomodar a quienes detentan el gobierno. Aunque sin ella no se comprende la caída de la dictadura, lo que cuenta a nuestros efectos con menor relevancia es la intensa movilización estudiantil, si bien no deja de ser significativo que uno de sus promotores sea discípulo directo de Asúa (82), y que este mismo tenga a la « nueva generación » como interlocutora y cooperadora habitual de su resistencia frente al régimen (83). Lo destacable es la deslegitimación constante del sistema político vigente que estos penalistas llevan a cabo y cómo, para socavar su modelo punitivo, invocan constantemente las garantías penales.

En efecto, poco sentido tiene escoliar el código cuando carece de validez por reiterada anulación gubernamental de sus previsiones. En « estos tiempos preventistas y policíacos », los castigos que la dictadura impone a los desafectos revelan, más que cualquier desviación punible, delitos cometidos por el mismo directorio militar. Así, para desplegar su dominio, el régimen ha perseguido a los disidentes castigando hechos sin tipificar, violando reiteradamente el secreto de correspondencia — « garantía insuspendible », según la Constitución —, imponiendo multas confiscatorias o confinando

(82) No sólo líder, sino también historiador y teórico del movimiento estudiantil fue Emilio González López: vid. *El espíritu universitario*, Madrid, Morata, 1931, pp. 55 ss. y 101 para la detención por acompañar a su maestro a la estación de tren, desde la que partía como reo de confinamiento. Cf. también sus *Memorias de un estudiante liberal (1903-1931)*, A Coruña, Ediciós do Castro, 1987.

(83) Generación que en aquel entonces se autodenominó « del 29 », precisamente por unas connotaciones políticas difuminadas en la actual denominación, exclusivamente artística, « del 27 ». Cf. Jiménez de Asúa, *Al servicio de la nueva generación*, Madrid, Morata, 1930.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

arbitrariamente a ciudadanos, en un continuado incumplimiento de lo previsto en el código penal de 1870, hasta el momento vigente (84). Fijando el marco legislativo de la función penal del directorio, la arbitrariedad queda también sancionada por decreto. Se traspasa a la jurisdicción militar, donde « retroceden todas las garantías ciudadanas », la competencia sobre los delitos políticos y sobre los robos a mano armada, la comisión de crímenes por grupos parapoliciales afectos al régimen se declara completamente impune y, para culminar, la independencia judicial es suprimida al poner a disposición del gobierno « la separación, destitución, suspensión, traslado y destinos » de jueces y fiscales (85), consagrándose con ello de manera autoritaria una constante histórico-institucional hispana: « la carencia absoluta de un Poder judicial », la mera existencia de « una exigua administración de justicia » maniatada por « la amenaza perenne de la represalia » por parte del « único poder que ha gobernado a los españoles: el Poder ejecutivo » (86) .

Junto a la militarización de la justicia y la supresión de la independencia judicial, el directorio trata también de blindar a golpe de decreto su arbitrariedad, en el equívoco de que para la existencia de un Estado de derecho basta con la consagración normativa de las decisiones antijurídicas. Así, mediante un reglamento que dice dejar « en suspenso los preceptos constitucionales y legales » que lo

(84) Son denuncias, con nombres y apellidos de los afectados — Unamuno, Romanones, Ossorio, Maura, Marañón… —, formuladas por Jiménez de Asúa, *Notas de un confinado*, Madrid, Mundo Latino, 1930, pp. 11, 16, 19 y 25.

(85) Me refiero a los decretos de 13 de abril de 1924 sobre robo a mano armada, de 25 de diciembre de 1925 sobre delitos sociales, de 14 de octubre de 1926, donde además de la potestad para la libre separación de magistrados, se sanciona la potestad para suspender las sentencias de los tribunales de lo contencioso, y el de 16 de mayo de 1927, concediendo « indulto total » a los reos miembros del Somatén, todos citados por Saldaña, a quien pertenecen también las glosas trascritas, en *Al servicio de la Justicia* (cit. n. 77), pp. 19, 20-23, 31 y 37-38. Esta crítica severa — y posterior a los sucesos — de Saldaña se refiere, sin embargo, a la producción reglamentaria del ministro de justicia, y no a la obra general de la dictadura, plausible « en un plano de vida material », p. 158.

(86) Cito palabras, también posteriores a la lucha contra la dictadura, de otro discípulo de Asúa: Manuel López Rey, *Justicia. Poder civil*, Madrid, Morata, 1931, pp. 14 y 21. Por eso Asúa amonestaba a quienes esgrimían el avance obtenido por el código con el arbitrio judicial, cuando « el funcionario más alto de la Justicia derogaba los principios de garantía e independencia judiciales », en *Al servicio del Derecho penal. Diatriba del código gubernativo*, Madrid, Morata, 1930, p. 112.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contraríen, el gobierno se arroga « facultades discrecionales en la adopción de medidas e imposición de sanciones, sin otro límite que […] su rectitud y patriotismo »; las medidas adoptadas por ese procedimiento que rebasen las competencias previstas « en la Constitución o las leyes » habrán de acordarse por consejo de ministros, tendrán vigencia retroactiva desde la instauración del nuevo poder en septiembre de 1923 y no admitirán más recurso que el elevado al consejo ministerial, « cuya resolución será inapelable ». La reacción de Jiménez de Asúa contra lo que interpreta el alma jurídico-penal de la dictadura nos permite contemplar la vigencia política del principio. En efecto, si semejante disposición le parece aberrante, más aún que por autodeclararse « por cima de la Constitución », es porque en ella « no hay definición de hechos punibles, ni catálogo de sanciones », y se consagra la retroactividad penal; porque, en definitiva, con ella, « Primo de Rivera, de un solo sablazo, ha descuajado el principio, hasta ahora intangible, *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* » (87).

Suspendido en varias ocasiones de empleo y sueldo, censurado constantemente en sus intervenciones periodísticas, miembro de la « legión » que ya ha « visitado forzosamente la cárcel de Madrid, por criticar actos del dictador y sus epígonos », reo de confinamiento y colono penal, Asúa se distingue sin duda por su heroica oposición civil al régimen militar, en la que no le falta la entusiasta colaboración de los estudiantes, prestos a declararse en huelga cuando es objeto de tales sanciones, y de algunos de sus colegas, movilizados también en protesta por su deportación (88). A su activa condena de los métodos de la dictadura, se suma la no menos decidida censura — ahora avalada por su profesión jurídica — del supuesto logro legislativo y científico que constituye « el código gubernativo ». Ante todo, para Asúa la nueva norma carece de fuerza legal « por no haberse discutido y aprobado en las Cámaras », lo que convierte en

(87) Trata Jiménez de Asúa del decreto-ley de 16 de mayo de 1926. Vid. *Notas de un confinado* (cit. n. 84), pp. 98-102.

(88) Concretamente, José Antón Oneca y Mariano Ruiz Funes son los que más enérgicamente promueven la protesta, a la que se suma, con mayor tibieza, Cuello Calón, quien « hizo también gestiones amistosas para iniciar una súplica colectiva » en pro de su libertad. Se le confina por real orden de 29 de abril de 1926: vid. *Notas de un confinado* (cit. n. 84), pp. 28, 38 y 71-72.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una cuestión secundaria su grado de acierto técnico, porque, siendo la ley « la única fuente del Derecho penal », lo que cumple hacer ante un decreto que crea delitos y sanciones por un « procedimiento de absoluta ilegalidad » es reclamar « su nulidad sin penetrar en su farragoso contenido ». Tampoco ha contado con el apoyo de la opinión pública este « desdichado engendro con aires de Reglamento ». Su elaboración semisecreta, culminada con los retoques introducidos por el ministro de justicia en « su solaz veraniego » en compañía de algunos técnicos, y la negativa de este mismo ministro a someterlo a un debate público entre expertos, alegando que deseaba impedir que « las ansias de censuras y fracasos lo desfloren », han sustraído al código todo vestigio de representatividad (89). Por este motivo, y contra lo aducido por los colaboradores del régimen, Antón Oneca recuerda que « sería empeño vano » atribuir su « paternidad » a « la ciencia criminal española » (90). Es, en fin, la defensa política del principio lo que inspira y sostiene la disidencia de esta *penalística civil* (91).

Las reprensiones de Asúa a la « abortiva criatura » no se detienen en la puesta en evidencia de su falta de legitimidad. Su misma confección, monopolizada, a juicio de Asúa, por magistrados conservadores y por la intervención personal de Quintiliano Saldaña, explica que el código adolezca de « tendencia *retrógrada* y estilo y contenido *personalísimos* » en algunos de sus artículos. La participación de Cuello Calón fue beneficiosa al atemperar a los « retrógrados » y al « innovador », pero no consiguió evitar que la norma se resienta de conservadurismo retribucionista ni de « los pujos

(89) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Al servicio del Derecho penal* (cit. n. 86), pp. 42-43, 67, 84-85 y p. 99, donde trascribe las palabras del ministro Galo Ponte vertidas en entrevistas periodísticas.

(90) Cf. *Los antecedentes del nuevo Código* (cit. n. 8), p. 61, donde, sumándose al parecer de su maestro, señala que debería haberse pronunciado « la voluntad nacional, a quien corresponde resolver sobre ley de tanta trascendencia política », p. 31.

(91) Por utilizar el término acuñado por SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, en Aldo Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232, para resaltar el compromiso cívico que ha distinguido a algunos penalistas liberales, extensible a estos nombres que nos ocupan, pero sin que exista aquí referencia a un orden natural o a una trama social de intereses que trasciende el derecho, pues, como hemos visto, la contestación se vale del mismo principio de legalidad.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

originales » de Saldaña, cuyo estilo, cursi y singular — « que bien merece el mote de cursilianismo » —, se trasvasa a parte fundamental de su articulado (92). Merece también severos reproches desde el punto de vista científico-técnico, y a motivarlos y difundirlos han dedicado sus esfuerzos conjuntamente Asúa y Antón (93). Basta con destacar su extrema severidad, el « aluvión de preceptos arrastrados de leyes especiales », la consideración de grados del delito de la proposición, conspiración y provocación, la posible equiparación de la tentativa y la frustración al delito consumado, el mantenimiento de la agravante de vagancia — « que ya ha motivado condenas a muerte » —, el uxoricidio privilegiado (94), la amplitud de tipos como el de sedición y, en fin, la ocultación de sendas penas bajo el nombre de medidas de seguridad, como la restaurada vigilancia de autoridad (95). Mas, por encima de todos estos reparos, sobresale el reproche principal, aquel silenciado por Cuello, a saber: que lo diseñado aparentemente con fines de defensa social — advierte Asúa — sirve en realidad para ejercer « una desaforada defensa del régimen y de la clase dominante » (96), resultado predecible, puesto que la misma doctrina defensista — a juicio de Antón — es patrimonio de « los despotismos », siempre listos para invocarla con el fin de « justificar su existencia y poner la represión al servicio de su conservación en el Poder » (97). Así lo adveran aquellos tipos que condenan las impugnaciones de la autoridad regia, los que inhabilitan para la enseñanza pública por cometer delitos contra la religión

(92) Vid. Jiménez de Asúa, *Al servicio del derecho penal* (cit. n. 86), pp. 49-57. A estas acusaciones responde Saldaña en *Al servicio de la Justicia* (cit. n. 77), « III. Los raptores del código penal », pp. 74 ss, donde llama al código — al menos antes de que la intervención personal del ministro lo desvirtuara — « la obra de mi vida », p. 85. Aunque explicaría el encono de Asúa, que Antón no comparte en sus apreciaciones críticas, debe quedar para otro momento la reseña de la tensión científica y personal, con acusaciones de plagio incluidas, entre Asúa y Saldaña, ambos catedráticos de la Universidad Central.

(93) Luis Jiménez de Asúa, José Antón Oneca, *Derecho penal conforme al Código de 1928*, Madrid, Reus, 1929, 2 vols.

(94) Defectos señalados por Antón Oneca, *Los antecedentes del Código* (cit. n. 8), pp. 45-48, 55 y 57-58.

(95) Vid. Asúa, *Al servicio del Derecho penal* (cit. n. 86), pp. 87-89.

(96) *Ibid*. p. 86.

(97) Antón Oneca, *Los antecedentes del Código* (cit. n. 8), pp. 39-40.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oficial o los que abren la veda para suspender y disolver las empresas periodísticas (98).

Si Asúa se distinguió por su oposición a la dictadura, una vez vencida ésta, su protagonismo político y jurídico se incrementa con el advenimiento del nuevo régimen republicano. En primer término, preside la comisión parlamentaria que redacta el proyecto de Constitución, en la que finalmente se recogerán las garantías penales (99). Posteriormente, presidirá la Comisión Jurídica Asesora, sustituta de la decimonónica Comisión General de Codificación, cuya sección de derecho penal, bajo la presidencia de Antón Oneca, y ejerciendo de secretario otro de sus discípulos, José Arturo Rodríguez Muñoz, elaborará el proyecto de código penal de 1932 (100), culminación de la batalla política librada por la legalidad y conquista de uno de sus fundamentales corolarios: la subordinación de las leyes penales a lo establecido en la Constitución democrática.

La vida de la nueva legalidad penal comienza con la inmediata

---

(98) En definitiva, los tiempos de reacción no aconsejan reformas penales, pues, pese a los buenos propósitos técnicos, con las dictaduras se desmoronan los fundamentales postulados de partida: « las orientaciones liberales de las leyes punitivas », reconociendo así Asúa el propio error de haber propuesto « mudanzas legislativas » en plena dictadura sin reparar en que estarían abocadas a ser pervertidas, en Asúa, *Al servicio del Derecho penal* (cit. n. 8), pp. 34, 86, 89 y 90-93.

(99) « Art. 28. Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración ». « 29. Nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito ». No se comprende entonces cómo Ruiz Robledo, *El principio de legalidad* (cit. n. 6), pp. 160-161, considera más o menos equivalentes la regulación republicana y la prevista en la constitución alfonsina, que prescribe lo siguiente: « art. 4^0. Ningún español, ni extranjero, podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban »; « art. 16. Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez ó Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito ». No sólo los extranjeros quedan más desprotegidos en la segunda normativa, sino, sobre todo, la previa comisión de delito supone una garantía de mayor grado que la remisión al legislador — y al ejecutivo — a través de la prescripción legal, a cuyo amparo pudo cometerse « el abuso de las quincenas gubernativas que, aplicadas sin más solución de continuidad que un intervalo de pocas horas, han hecho que algunos desdichados cumplan por este procedimiento penas de prisión correccional », en Nicolás Pérez Serrano, *La Constitución española (9 diciembre 1931). Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1932, p. 147.

(100) Además de Asúa, Antón y Rodríguez Muñoz, también estaba comisionado el penalista y político Mariano Ruiz Funes. Cf. *Anteproyectos de ley e informes presentados al Gobierno por la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, 1933, p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anulación — que no derogación — del « código faccioso » y la recobrada vigencia del de 1870, cuya terminología se adapta al nuevo régimen republicano por obra directa de Asúa, en espera de una reforma de mayor alcance (101). Acompañan a esta restauración del principio significativas conculcaciones, ejemplificadas en el juicio político al rey caído y en un estatuto defensivo del nuevo Estado, que padece notable vaguedad en sus tipos delictivos. Asúa, todavía envuelto en el enfrentamiento político, justifica este « excepcional » quebranto sustrayendo el carácter penal a la ley de defensa de la República — que sólo contiene, a su juicio, « sanciones gubernativas » —, e invocando el « archivo de la Historia » para enjuiciar « los crímenes de los Reyes », el « Código más alto e inapelable » cuando se trata de enjuiciar a « un enemigo público » no amparado en « la ley común que protege a los ciudadanos » (102). El descuido de los contenidos esenciales del principio alcanza también al código de 1932, remodelación parcial del de 1870 aprobada mediante un proceso en el que, nuevamente, la deliberación parlamentaria se halla subordinada a la actividad del ejecutivo y al juicio de los expertos. Pese a gozar de cierta legitimidad democrática por la mayor intervención de la opinión pública y por las bases aprobadas en las Cortes limitando al gobierno en la reforma, la motivación del código siente la necesidad de justificar la parquedad de la discusión, la cual se ha descuidado no tan sólo por la indispensable y prioritaria mediación técnica en la elaboración de las normas punitivas (103), sino, sobre todo, porque, confirmando una constante de la *psicología*

(101) Son medidas adoptadas por el gobierno provisional por decretos de 15 de abril y 2 de mayo de 1931, respectivamente. Vid. Manuel López Rey, *La reforma del Código penal español*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1932, p. 8 n. 5.

(102) Jiménez de Asúa, *El Derecho penal vigente en la República española*, en « Revista de Derecho público » (Rdp, en adelante) I (1932), 39-48, « I. La República y su Derecho penal excepcional », donde, pese a reconocer justicia en el reparo a la « imprecisión » de los hechos punibles de la ley defensiva, secunda su contenido por la necesidad del fin que persigue: « combatir el desafecto de los funcionarios públicos al régimen recién obtenido », p. 42.

(103) Motivo aducido por López Rey, quien, según veremos, no aprecia en exceso el dogma de la voluntad general, en *La reforma del Código* (cit. n. 101), pp. 11-13, y 11 n. 10, donde se lee: « la gestación de la reforma de 1870 no tuvo ni mucho menos la publicidad de la actual ». En Antón Oneca, *El Código penal de 1870*, « Adp » 23 (1970), 229-251, se comenta (pp. 235-236) la tramitación de esta reforma decimonónica, de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

constituyente republicana (104), el nuevo código se presenta como una medida interina a la espera del auténtico y completo cuerpo punitivo de que se dotará el nuevo régimen, éste sí provisto ya de prolongado y diligente debate público (105).

Como se ha sugerido, a los efectos del principio de legalidad, la modesta reforma acometida por Asúa y sus discípulos interesa no tanto porque se proponga « humanizar » lo previsto en la norma precedente como por su deliberada intención de ajustar sus preceptos a lo consignado en la Constitución (106) . Consagrada por vez primera la independencia judicial en la norma fundamental (art. 94), adaptado a ésta el contenido del código, e incluidas expresamente en éste las garantías penales (arts. 1, 2, 23 y 85), el principio de legalidad alcanza el mayor grado de vigencia de la historia constitucional hispana, en buena parte, por obra de varios profesores de

---

mayor estrechez representativa que la de 1932 (pues menor deliberación y sujeción suscitan las leyes de autorización que las de bases).

(104) En efecto, si la *historia del Estado republicano* se limita a la obra legislativa llevada a cabo por las Cortes Constituyentes de 1931 a 1933, puede comprobarse reiteradamente esta provisionalidad con que, aguardando una más profunda modernización futura, se sancionan las normas. Así, contra el juicio común de *irrealismo* achacado a la labor reformadora republicana, cabe replicar que sus protagonistas creían estar ateniéndose al imperativo de sus *posibilidades*.

(105) Es así el código de 1932, según su *Exposición de motivos*, también redactada por Asúa, norma provisoria « que pueda extender su vida durante el tiempo preciso para componer, discutir y promulgar una nueva Ley de delitos y penas ». Vid., asimismo, Asúa, *La legislación penal de la República española*, en « Rglj » 159 (1931), 565-595, p. 595. Ruiz Funes, muy próximo a los planteamientos de Asúa, también recuerda al comienzo de la República el reto de « la tarea codificadora »: dejar de ser « la obra de excepción de una clase política », una « ley de seguridad pública », para reunir « técnica y consentimiento; elaboración científica y amplia discusión », en *La imputabilidad penal y sus fórmulas legales*, Barcelona, 1931, pp. 6, 7 y 16.

(106) Carecería de sentido recordar algunas conquistas de esta reforma penal si hoy no se interpretase la República, por degradación del marco político actual, como una especie de régimen suicida: por ejemplo, se exime de responsabilidad penal al menor de dieciséis años (8.2), la agravante de vagancia es proscrita, la inhabilitación absoluta para cargo público se vincula a la duración de la condena (34.3), se consagra la abolición de la pena de muerte y se suprime la reclusión perpetua. Vid. López Rey, *La reforma del Código* (cit. n. 101), pp. 24, 29, 32-33, 37-39, o el comentario que el mismo autor, junto a Félix Álvarez Valdés, publica: *El nuevo Código penal*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1933. En la humanización del código « reside la médula de esta reforma », decía su *Exposición de motivos*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derecho penal. A tan encomiable empeño se debe, por ejemplo, la protección penal del derecho de sufragio, la libertad religiosa, la independencia judicial y la libertad de cátedra (arts. 211, 218 y 222); se debe asimismo que, en desarrollo del concepto constitucional de propiedad — afectada ahora por la función social — se establezcan penas contra el *jus abutendi* (art. 555) (107); o, para concluir, que, en aplicación de la igualdad de sexos, sea despenalizado el adulterio y suprimido el uxoricidio privilegiado. Pese a su carácter provisional, la nueva ley recibe los comentarios de rigor (108) e inspira modificaciones sustanciales en los manuales y tratados en circulación. Como seguidamente veremos, Asúa aguarda el ocaso definitivo del régimen capitalista y de su derecho penal, a los que sucederá un Estado socialista provisto, según la profecía de Dorado, de un « derecho protector de los criminales », no necesitado ya de las garantías penales clásicas. Demostrada la « existencia torcida » que los avances doctrinales tienen bajo las dictaduras, y mientras se mantengan en pie los « regímenes liberales y democráticos de tipo

(107) Cf. Juan Bustos Ramírez, *Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código penal de 1932)*, en « Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense » (Rfdc, en adelante) 11 (1986) — número monográfico en homenaje a Jiménez de Asúa —, 147-164, pp. 147-150 y 161.

(108) Con igual pretendido tono neutral que su comentario anterior, escribe Cuello la *Exposición del Código penal reformado de 1932*, Barcelona, Bosch, 1933, si bien ciertas alusiones a la jurisprudencia decimonónica deslavazan las previsiones del código democrático: por ejemplo, al rellenar de contenido la agravante de ofensa a la dignidad (art. 10.15) con una sentencia del Supremo de 1881 que la refiere a « las diferencias que por razón de su respectiva posición social exista entre el ofensor y el ofendido », p. 139 n. 15, interpretación incompatible con la abolición de los privilegios de todo tipo por el art. 25 de la Constitución. Tampoco deja de causar rechazo más expreso el código, sobre todo en los que pertenecen a la generación anterior, de mentalidad jurídica viscosa e indiferenciada, como la exhibida por el magistrado Hilario Núñez de Cepeda, en su *1870-Código penal-1932. Comentarios, jurisprudencia, tablas de penas*, La Coruña, Imp. Noel, 1932, donde se echan de menos la pena capital porque « le escuece » al delincuente, « un título todo entero » enderezado a « ¡Hacer Patria! » y mayor número de delitos « contra la honestidad », en clara alusión al adulterio, pp. 87, 153 y 159. El choque generacional entre los ademanes afectados del siglo anterior — extraños al principio de legalidad — y la racionalidad técnico-científica del período posterior deja rastro anecdótico, cuando se califican los citados comentarios de « simples desahogos literarios que hubieren tenido lugar más adecuado en un artículo periodístico », en López Rey, *Recensión de* H. Nuñez de Cepeda, en « Rdp » II (1933), 127-129.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

burgués », la conservación del principio de legalidad es, en opinión de Asúa, innegociable, pudiéndose elaborar « a lo sumo » a « Códigos de tipo ecléctico », en los que « vengan emparejadas las aspiraciones de la ciencia y las garantías de la libertad » (109). Junto a la atemperación liberal proveniente de Antón y de Rodríguez Muñoz, este parecer de Asúa explica que el código definitivo planeado por estos penalistas para la República consagrase el principio de legalidad; código que, de haberse aprobado, habría permitido que el principio prosiguiese la senda de su implantación (110).

V. *Revisión jurisprudencial, eclecticismo político-criminal y conciliación garantista (1931-1936).*

Con lo avanzado hasta ahora, el cuerpo de penalistas españoles ha sido prácticamente presentado. De los que aún no conocemos, algunos de ellos, mayoritariamente de la generación anterior, son casi ágrafos (111) o, si bien llevan a la imprenta sus lecciones, permanecen anclados por completo en las nociones de entre siglos (112). En contraste con su mayor protagonismo durante los años precedentes, la presencia pública y literaria de los conservadores y — según se autodenominan — neoclásicos Inocencio Jiménez Vi-

(109) ASÚA, *El Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, Madrid, Reus, 1934, pp. 220-221.

(110) Vid. *Bases para un nuevo Código penal*, en *Anteproyectos de ley* (cit. n. 100), pp. 191 y ss. Aunque partidarias del arbitrio judicial, estas bases limitan el estado peligroso a la comisión del delito y conciben las penas « con predominio de la prevención general ». Sé que Antón Oneca y Rodríguez Muñoz fueron coautores de las mismas por palabras del mismo ASÚA, *Manual de Derecho penal* I, Madrid, Reus, 1933, p. 254, donde alude a la « preocupación constante de liberalismo » que distingue a sus dos discípulos, p. 410.

(111) Es el caso de Antonio Mesa Moles, catedrático en Granada, y de Vicente de MENDOZA Y CASTAÑO, cuyo único texto *El derecho y la fuerza. Discurso leído en la Universidad de Valladolid en el acto solemne de la inauguración del curso académico de 1916 a 1917*, Valladolid, Tip. Cuesta, 1916, sólo da ocasión a conocer que, durante la gran guerra, fue un germanófilo arrepentido.

(112) Me refiero al catedrático de Santiago Pedro Isaac ROVIRA CARREÓ, cuyo *Curso de Derecho penal. Parte fundamental*, Madrid, Reus, 1931, está aún prendido del holismo tradicional: « el *orden moral* referido a las relaciones sociales constituye el *orden jurídico* », p. 6; « la ciencia del Derecho penal estudia los principios racionales superiores […] para la oportuna y eficaz restauración del Derecho perturbado por el delito », p. 21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cente e Isaísas Sánchez Tejerina disminuye ahora notablemente (113). Correcto y bien informado, catedrático en Murcia y político en activo durante la República, Mariano Ruiz Funes participa desde convicciones democráticas en el eclecticismo que engloba prácticamente a todos. Modesto y operoso, con mayor proyección nacional e internacional durante el régimen primorriverista que bajo la República, Eugenio Cuello es el titular de la cátedra barcelonesa, alumno de Dorado en Salamancia y seguidor (y traductor) de la *terza scuola* (114). Aparte de estos profesores, los dos penalistas con mayor peso científico del momento, ambos discípulos y traductores de von Liszt, son Quintiliano Saldaña, autor prolífico y singular que pasará a la historia de la disciplina como impulsor del « derecho penal internacional », y Asúa, primer jurista español que esboza, partiendo de doctrina alemana, una teoría jurídica del delito (115). En torno a

(113) Durante estos años, la obra jurídico-penal de Inocencio Jiménez Vicente, catedrático en Zaragoza y director propietario del *Heraldo de Aragón*, se limita a la ampliación de una lección inaugural sobre *Los Tribunales tutelares de menores*, Universidad de Zaragoza, 1932. Algo más de empeño pone Sánchez Tejerina, profesor en Oviedo que, en el inicio de su carrera, se dedica a divulgar el código sin mayores aspiraciones en *Lo que castiga la ley (Código penal explicado)*, Madrid, Hesperia, 1917, suerte de diccionario penal donde no aparece la entrada « principio de legalidad ». En los años republicanos edita su *Teoría sobre los delitos de omisión*, Madrid, Reus, 1934, sin interés para nuestros propósitos.

(114) Testimonia el vínculo discipular y amistoso de Cuello con Dorado el epistolario que mantuvieron, depositado en el archivo de la Universidad de Salamanca y del que puedo disponer copia gracias a Carlos Petit. En él, por ejemplo, puede rastrearse el proceso de gestación de su tesis doctoral: « en la semana próxima empiezan en la clase del Sr. Giner las conferencias sobre el anarquismo […] yo como complemento hablaré de la delincuencia anarquista. El Sr. Giner me ha dicho que le interesa el tema por mí elegido, pues es cosa nueva para él; le pregunté qué libros le parecían mejores para tratarlo y no me indicó ninguno, pues dice que desconoce este asunto y que lo estudia al tiempo que nosotros […]. Por lo tanto le ruego me indique fuentes á que acudir y bajo qué puntos de vista podría tratarlo », carta de 15 de noviembre de 1900, sig. II 21 (4). Fruto de esta labor fué su tesis sobre *La criminalidad anarquista*, defendida en septiembre de 1901 y publicada por la Imprenta Católica Salmanticense en 1910. Podemos entonces corregir en algún extremo la *Tabla genealógico-científica* (cit. n. 7) de Cuerda Riezu, quien, al desconocer la tesis de Cuello (p. 116, n. 6), no le atribuye maestro. Cuello fue también traductor de Bernardino Alimena, *Principios de Derecho penal* (1910), Madrid, Victoriano Suárez, 1915-1916, 2 vols.

(115) Encontramos una ilustrativa reseña de este momento de la ciencia penal hispana en las semblanzas que de Cuello, Saldaña y Asúa hizo quien, a mi juicio, es el

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Saldaña, propugnador de una subespecie de doctrina defensista denominada *pragmatismo penal*, trabaja un grupo de estudiosos del que sobresale Jaime Masaveu. Muy cercano también a sus posiciones, aunque ajeno al correccionalismo, encontramos a Federico Castejón, profesor en Sevilla e introductor de Prins en España (116). Alrededor de Asúa se aglutina la nueva generación de penalistas: Antón, que pasará al tribunal supremo durante estos años; Rodríguez Muñoz, penalista en Valencia, más influyente por sus conferencias y por su traducción de Edmund Mezger que por sus propios textos (117); Emilio González López, catedrático desde 1931 y ocupado durante este período en sus quehaceres de diputado (118); y Manuel López Rey, quien obtiene su cátedra en 1935 y se consagra por completo a la ciencia penal.

La labor de la penalística española se concentra en dos planos: análisis del ordenamiento y elaboración teórica. Dejando a un lado algún excurso histórico-jurídico de cierto valor (119), los catedráticos de la materia, según hemos visto, se dedican con notable intensidad al examen sistemático de la legislación vigente, a la que se trata

---

penalista más brillante de los que están apareciendo en estas páginas: Antón ONECA, *La generación española de la política criminal*, en VVAA, *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Pannedille, 1970, 337-348, pp. 339-344.

(116) Adolphe PRINS, *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*, Madrid, Reus, 1912, (trad. Federico Castejón). Fue además director de la *Revista de los Tribunales* de Sevilla de 1929 a 1936.

(117) Cita « sus espléndidas conferencias en el Instituto de Estudios Penales » Juan DEL ROSAL, *Recensión* de M. LÓPEZ REY y F. ÁLVAREZ VALDÉS, *El nuevo Código penal*, en « RDP » III (1934), 284-285, anotando la influencia que tuvieron en el texto reseñado. De Rodríguez Muñoz es la traducción de la segunda edición de Edmund MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (1933), Madrid, Revista de Derecho privado, 1935, 2 vols., hito fundamental en la historia de la disciplina hispana.

(118) Comenta la oposición — en la que se enfrentaba a José GUALLART, que se retira antes de comenzar — en sus *Memorias de un estudiante liberal* (cit. n. 82), pp. 306-307. De su dedicación exclusiva a la política da buena cuenta en *Memorias de un diputado de las Cortes de la República (1931-1936)*, A Coruña, Ediciós do Castro, 1988. Con todo, antes de comenzar su compromiso público dio a la imprenta una digna monografía sobre *La antijuricidad*, Madrid, Tip. de Archivos, 1929.

(119) Me refiero a la tesis doctoral de LÓPEZ REY, *Un práctico castellano del siglo XVI (Antonio de la Peña)*, Madrid, Tip. de Archivos, 1935. Como motivación de este trabajo, su autor aducía la defectuosa tendencia de la historia jurídica hispana a recluirse en la legislación pretérita, con culpable descuido de las obras intelectuales.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

también de inscribir en la tradición jurídica para resaltar sus logros (120); no menos atención deparan las innovaciones legislativas extranjeras, puntualmente expuestas y criticadas. La construcción teórica gravita sobre los tres pilares de la materia penal: el delito, la pena y el delincuente. Tomando como guía esta tripartición, pueden realizarse distinciones esquemáticas entre las diferentes aportaciones de la ciencia penal hispana. Los autores que, por influjo del positivismo, otorgan preferencia a la tipología del delincuente y a los fines de la pena, pueden dividirse entre los que ponen el acento en la *defensa social* y aquellos otros que subrayan el deseable carácter *correccional* de las sanciones. Una vez que este tipo de construcciones ha perdido la compacidad que les confiriese Dorado, lo habitual es que en ellas el principio de legalidad se vea seriamente resentido. Entre los que, situados en esta órbita, apelan a la función defensista de las penas, destacan Quintiliano Saldaña y Federico Castejón (121). Por su parte, Asúa recoge el testigo correccionalista de Dorado, pero lo reserva para la sociedad sin clases de un futuro remoto. Junto a quienes resaltan la importancia de la pena y el delincuente, se encuentran aquellos otros autores interesados en desgranar el contenido jurídico del delito. El estudio de las diferentes fases de que se compone, inspirado particularmente en las ideas de Ernst Beling y Edmund Mezger, acoge el arranque de la dogmática jurídica hispana, y constituye el marco científico más adecuado a las exigencias del principio. Sus principales impulsores en este período son Jiménez de Asúa, González López, Rodríguez Muñoz y López Rey (122).

Los autores que se autodenominan *defensistas* aún están parcialmente enclavados en la *episteme* del paradigma anterior. Pese a

(120) RUIZ FUNES, *Progresión histórica de la pena de muerte en España*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1934, con reseña de los términos del restablecimiento de la pena capital por el gobierno conservador, pp. 101-103.

(121) Cuello Calón también entiende la pena como « una medida de defensa social », pero está libre de las concepciones epistemológicas que, según se comprobará, persisten en Saldaña y Castejón. Cf. CUELLO, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, Bosch, 1935 (3ª edición), p. 11.

(122) Cf. la descripción de Asúa, más amplia, aunque ordenada de acuerdo a un criterio dispar, en su *Manual de Derecho penal* (cit. n. 110), « III. 8. La escuela penal española », pp. 409-420. Confiesa aquí su primera adscripción defensista y su posterior evolución « hacia el sistema protector », p. 410, lo que debe leerse como el tránsito de Saldaña a Dorado como autores inspirativos de su ideario penal.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

señalar su superación, esta corriente todavía se encuentra determinada por las divisiones constitutivas de la mentalidad jurídica decimonónica entre materialismo y espiritualismo, determinismo y libre albedrío, orden jurídico y orden moral. La ley sigue siendo concebida como « traducción de una justicia inmanente y eterna », a cuyo cumplimiento debe subordinarse la función punitiva (123). Las cuestiones a ventilar se refieren aún al origen, fundamento y justificación del derecho penal, así como a la idoneidad moral y político-criminal de sus posibles modulaciones. Sus interlocutores continúan siendo la doctrina clásica y el giro positivista, al que ya se repudia por carecer de « valor filosófico » (124) y por sus desacertadas conclusiones, pero del que se recoge su fundamental aportación: haber rescatado para el estudio penal « la individualidad delincuente ». El propósito de la teoría de la *defensa social*, y de su homóloga del *pragmatismo penal*, es elaborar un sincretismo superador de la anterior dicotomía aprovechando indicaciones de ambas escuelas. De la visión distorsionada que mantiene del modelo clásico sólo parece recibir un registro descriptivo y reverencial de la legislación, sin ulterior propósito de construcción sistemática, pues la ley no es objeto de ciencia sino producto de autoridad. La principal diferencia que la distingue de la corriente clásica es que si ésta funda « el derecho de castigar » en la necesidad y su límite lo coloca en la justicia, para la defensa social « el fundamento de ese mismo derecho es la justicia, y el límite la necesidad » (125). Del positivismo, en cambio, los defensistas heredan la dirección marcada a la investigación penal, al basar la fenomenología criminal primordialmente en la legalidad de la naturaleza. Si dicen trascender la aportación positivista no es debido a una separación crítica, sino más bien a que los avances de la biología y la medicina — que ahora apuntan a las « glándulas endocrinas » como factores explicativos de la criminalidad — ya permiten condenar el antecedente lombrosiano por extraviado,

(123) Federico CASTEJÓN, *Derecho penal* (cit. n. 78), p. 33.

(124) Esto es, la falta de apertura a la moralidad y el consiguiente desplazamiento al « Materialismo », en Quintiliano SALDAÑA, *La última fase del positivismo en Italia*, Madrid, Reus, 1935, pp. 13-15.

(125) CASTEJÓN, *Derecho penal* (cit. n. 78), pp. 12 y 65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« inútil » y « desdichadamente simplista ». Se continúa entonces en la misma línea que se dice superar (126).

El criterio último para la construcción científica es el suministrado por una política criminal cuyo lema es el « combate contra el mal » (127). El derecho punitivo, « ciencia práctica » que estudia « realidades » y « verdades útiles para la vida social », « no es otra cosa que *Política penal limitada por normas jurídicas* » (128). En un lapsus esclarecedor, Castejón explica el objeto de su asignatura de esta guisa: « la desobediencia a la ley es una ruptura de la normalidad, cuyo restablecimiento intenta la ciencia jurídica, que comúnmente se llama derecho penal y que debía denominarse derecho de defensa y protección sociales » (129). Compete entonces a la disciplina cultivar aquellas ramas del saber que optimicen la persecución de los delitos y la utilidad social de las penas, como la penología y la antropología criminal (130), para cuyo estudio se fundan institutos donde poder escudriñar la psicología del delincuente (131). La

(126) Al querer transformar los tribunales en « laboratorios de investigaciones antropológicas », en SALDAÑA, *Nueva Criminología*, Madrid, Aguilar, 1936 (trad. del francés por Jaime Masaveu), pp. 20-21, y para « las inutilidades científicas » de « la doctrina del *tipo delincuente* », sucedida por la « de las secreciones internas o *Endocrinología* », pp. 224-230, 287 y 291.

(127) CASTEJÓN, *Datos para una reforma penal: discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1933 a 1934 en la Universidad de Sevilla*, Madrid, Tip. de Archivos, 1934, p. 11.

(128) Cf. Quintiliano SALDAÑA, *Modernas concepciones penales en España: teoría pragmática del Derecho penal*, Madrid, Calpe, 1923 (trad. del alemán por Jaime Masaveu), p. 69 y p. 21 n. 2, donde dice que la *defensa social* es « doctrina introducida por mí en España, en 1911 ».

(129) CASTEJÓN, *Derecho penal* (cit. n. 78), p. 3.

(130) La « ciencia del Derecho penal — afirma Saldaña — es, en primer término, *Penología* », en *Modernas concepciones* (cit. n. 128), p. 66, y al estudio de tal materia dedica su *Nueva Penología (Penas y medidas de seguridad)*, Madrid, Hernando, 1931. Castejón divide su *Derecho penal* (cit. n. 78) en una primera parte sobre « Criminología » y otra segunda sobre un « Tratado de la pena », pero advirtiendo, para marcar distancias respecto de Saldaña, que el correccionalismo debe reputarse ya un « hermoso e irrealizable sueño », p. 16. Cuello dice impartir en la cátedra barcelonesa, además de derecho penal, « Criminología y Penología »: *Derecho penal* (cit. n. 121), p. 17 n. 3.

(131) CASTEJÓN, *Datos para una reforma* (cit. n. 127), pp. 17-25, adjuntando las fichas para el estudio de delincuentes con que laboraban en el instituto sevillano de criminología, en las que se consignan entradas como estas: « defectos de educación: ocupación de la madre fuera de casa », « inmoralidad del padre », etc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dogmática jurídica, asunto indigno del estatuto científico, queda relegada a una materia de interés subalterno. Pese a tal actitud, a estos autores — como a sus predecesores decimonónicos — les preocupa sobremanera la reforma de la legislación punitiva, y a inspirarla en principios de « justicia » dedican sus reflexiones. Aquí, en sus propuestas legislativas, es donde mejor se advierte la suerte del principio, no tanto por las menciones usuales a la individualización de la pena, al arbitrio judicial o a la sentencia indeterminada, como por el modelo al que estas figuras jurídicas son transplantadas. En la justicia penal que Castejón diseña, la « averiguación del hecho » se decide rápidamente y de forma inquisitiva por el juez en « decisión irrevocable ». La « comprobación de la responsabilidad », ejecutada con el correspondiente auxilio pericial, conforma el núcleo del procedimiento penal. En ella se observa al delincuente — su « estado mental », su « educación moral e intelectual » — con el fin de precisar su grado de « normalidad » y « peligrosidad » para adecuar la pena a cada caso (132). En efecto, este modelo preventivo, incompatible con el de Dorado, localiza el criterio de punibilidad en el « estado peligroso del individuo », fundamento suficiente para activar la represión penal. Además de sustituir el delito por el peligro, la intención del defensismo, apoyada en « la evolución social », es abolir la pena y colocar en su lugar las medidas de seguridad, más idóneas para « *asegurar la vida colectiva* » (133).

Mientras Saldaña, aludiendo a la antropología, clama por una « *renovación científica* » del derecho penal (134), Asúa y su círculo de colaboradores comienzan a elaborar dogmática (135), acuñando una

(132) Introduce su *Derecho penal* (cit. n. 78), pp. I-VIII, con las bases para la elaboración de un código ideal. Posteriormente sigue detallando las dimensiones de su defensismo, al propugnar la responsabilidad penal de las asociaciones para mitigar « la intensidad del movimiento obrero », pp. 78 y 90.

(133) SALDAÑA, *Nueva Criminología* (cit. n. 126), p. 324, y *Nueva Penología* (cit. n. 127), pp. 15 y 39. Según se ha dicho, el influjo correccionalista de Saldaña — quien concibe la pena como castigo, y por eso promueve su supresión —, no informa los planteamientos de Castejón.

(134) SALDAÑA, *Nueva Criminología* (cit. n. 126), p. 267.

(135) Sobre Asúa y el nacimiento de la dogmática jurídico-penal en España pueden leerse, en el número de la « RFDC » citado (n. 107), Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA, *El Derecho penal en el mundo hispánico antes y después de Jiménez de Asúa*, pp. 263-278; Hans-Heinrich JASCHEK, *El significado de don Luis Jiménez de Asúa en el*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teoría jurídica del delito que, en contraste con la neutralidad de dicho título en Alemania, se declina aquí en un sentido de « fuerte oposición » a la « fórmula de la *defensa social* », mero « trasunto de algo viejo que ya habían visto nuestros teólogos y prácticos » (136). Además de esta consciente confrontación escolar, las razones que explican esta inflexión de la racionalidad jurídico-penal son de variada índole. El primer y fundamental motivo, directamente vinculado a la vida histórica del principio, lo esgrime quien se halla más sensibilizado con la trascendencia científica de las cuestiones políticas. Para Asúa, mientras no se logre una completa transformación del modelo social, y « la pena deje de ser pena », las propuestas positivistas, nacidas para ensanchar las libertades, están condenadas a servir a la defensa de clase. Colocada la esperanza socialista en el porvenir, la garantía de los derechos en el régimen liberal — « único que evita las arbitrariedades y las dictaduras » — impone al derecho penal una vuelta al clasicismo. Si en el sistema burgués la protección de la libertad se cifra en la ley, lo ética y científicamente procedente es entonces acometer el estudio de la técnica jurídica (137).

Concurren asimismo planteamientos de índole epistemológica, internos al propio desenvolvimiento de la ciencia jurídica, según los cuales lo producido décadas atrás en el ámbito jurídico-penal hispano se limita, o bien a una literatura practicona, limitada a parafrasear las leyes en vigor, o bien a obras sociológicas, biológicas y psicológicas, las cuales, en la mayoría de los casos, no superan el rango de *ideología científica* (138). Como también sucede en otras

---

desarrollo de la dogmática española en el campo de la teoría jurídica del delito, pp. 397-407; Antón Oneca, *La obra penalista de Jiménez de Asúa*, en « Adp » 23 (1970), pp. 547-555; y, últimamente, Enrique Bacigalupo, *La teoría jurídica del delito de Jiménez de Asúa (o el nacimiento de la dogmática penal de habla castellana)*, en Jiménez de Asúa, *La teoría jurídica del delito* (1931), Madrid, Dykinson, 2005, pp. V-XXXVI.

(136) Según las iluminantes palabras de López Rey, *¿Nueva crisis del Derecho penal?*, en « Rglj » 164 (1934), 155-165, pp. 160-161 y 164.

(137) Asúa, *La teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), pp. 22-24.

(138) Empleando la útil categoría de Georges Canguilhem, *¿Qué es una ideología científica?*, en *Ideología y racionalidad en la historia de las ciencias de la vida* (1988), Buenos Aires, Amorrortu, pp. 43-59. Comento la opinión de López Rey, *Concepto, método, fuentes y programas de Derecho penal*, 1935, pp. 17-18 y 28, memoria de cátedra depositada en el expediente de su oposición en el Archivo General de la Administración — Aga, en adelante —, (Sección Educación) sig. 32/13528.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

especialidades (139), el derecho penal naciente considera impropio inquirirse acerca de espinosas cuestiones como el libre albedrío o el origen y fundamento de la función punitiva, pues son técnicamente irresolubles y le harían recaer en la metafísica, la moral o la religión (140). Rehuye igualmente por su acientificidad las fundaciones « ambiciosas » e « hiperbólicas » del saber jurídico (141), ya provengan de la teología o de la sociología, y renuncia también a agotarse, como antes sucedía, en la política criminal, ahora representada como un « arte legislativo » desprovisto de la organicidad propia del saber científico (142). Sin embargo, si se intenta huir a toda costa de envolventes legitimaciones naturalistas o idealistas, también quiere evitarse la deriva del formalismo vacuo. Reproduciendo una constante de la mentalidad jurídica hispana del período (143), la nueva dogmática concibe el derecho como un orden de cultura cristalizado en leyes, pero abierto también al universo de los valores, al cumplimiento de fines humanos por parte de la comunidad política y, por lo tanto, irreductible a un tratamiento « lógico-abstracto ». Colo-

(139) El mismo proceso experimenta, en efecto, el derecho político, que, renunciando a interrogarse sobre los orígenes y fundamentos de la sociedad y el Estado, supera la anterior tradición sociológica y se vuelca en la realización de técnica jurídica. Cf. Nicolás PÉREZ SERRANO, *Estudio acerca del concepto, método, fuentes y programas del Derecho político español comparado con el extranjero* (1932), en *Escritos de Derecho político* I, Madrid, IEAL, 1984, pp. 13-64.

(140) ASÚA, *Teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), p. 31; LÓPEZ REY, *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 138), p. 19. Cuello, que participa igualmente de este positivismo jurídico, también quiere secularizar la disciplina: el « problema del libre arbitrio y del determinismo está fuera del campo del derecho penal », en *Derecho penal* (cit. n. 121), p. 311.

(141) ASÚA, *La teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), p. 24.

(142) LÓPEZ REY, *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 138), pp. 52-54.

(143) A saber: si en el derecho público europeo de entreguerras circulan un modelo formalista (Kelsen, Merkl, Verdross) y otro positivista (Duguit, Scelle, Jèze), también puede aislarse otro modelo más, inconfundible con el también extendido pluralismo jurídico, y que concibe dialécticamente las relaciones entre la realidad social y la normatividad jurídica. A esta corriente, aportando acaso la novedad de incluir las normas jurídicas en el ámbito de la *realidad* y reservando el plano normativo a los *valores* éticos, se suma la nueva generación de publicistas españoles. Para el derecho político, disciplina de la que hasta ahora me he ocupado, pueden recordarse dos influyentes autores que inspiran este enfoque dialéctico: Hermann HELLER, *Teoría del Estado* (1934), México, Fondo de Cultura Económica, 1985, y Dietrich SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich, Schulthess, 1932.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cado el derecho penal entre la realidad cultural de las normas jurídicas y las prescripciones teleológicas de los valores, el principal riesgo para su autonomía es que degenere en una « construcción lógica de los conceptos jurídico-penales », o bien en una « Filosofía » de los valores. Para conjurar este peligro, el penalista debe servirse de una comprensión dialéctica del binomio *realidad/valor*, extremos inescindibles e imbricados, tan sólo separables por el análisis conceptual. Adoptado este « método jurídico » se salva al jurista de una subordinación absoluta al dictado del legislador, a quien, además de objeciones técnicas, puede oponer fundados reparos éticos (144). Por otra parte, al pretender un entendimiento sistemático y de proyección universal del derecho penal que perfeccione técnicamente la función punitiva del Estado liberal, la dogmática jurídico-penal no es meramente una descripción sumisa de la voluntad legislativa nacional, sino la ordenación conceptual de una fase necesaria del proceso socio-político, lo cual explica su vocación comparatista y su misión de auxiliar, integrar y acreditar (o desacreditar) técnicamente lo legislado (145).

Se trata ante todo de no fundar la racionalidad jurídica en trascendencias morales o inmanencias naturales, pero mientras que la inspiración metafísica se proscribe por completo, el intrusismo naturalista sólo se aparta, por ajurídico, del campo del derecho penal, para ubicarlo en el ámbito contiguo y autónomo del saber

(144) El principal mantenedor de esta visión dialéctica, que marca distancias entre el llamado entonces *método jurídico* y la dogmática sumida en el ordenamiento nacional vigente, es López Rey, *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 138), pp. 16 n. 1, 24-25, 32-37 y 57-63. González López, miembro del tribunal que valoró los méritos de López Rey en su oposición a cátedra, decía « coincidir plenamente » con este enfoque, que, a su juicio, combina la independencia del derecho penal respecto de « las ciencias penales no jurídicas » con « la conveniencia de dotarle de un profundo y vivo sentido filosófico », testimonio incluido en el expediente citado (n. 138). Asúa, en su *Manual de Derecho penal* (cit. 110), pp. 19 n. 1 y 20 n. 1, ya nos desvela que es Erik Wolf quien inspira este método en el campo penal, susceptible de las más opuestas apropiaciones, según veremos.

(145) « La Ciencia decide a su vez sobre la política al mostrar a ella solo aquello dentro de lo cual ésta puede elegir », afirma López Rey, *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 138), p. 55. En efecto, al preocuparse este enfoque de los fines de la legislación penal, e imponer a ésta exigencias técnicas, se relativiza la pretendida separación neta entre el derecho penal y la política criminal que se tomaba como punto de partida.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

criminológico. Frente a la pasada voracidad positivista, que pretendía englobar el derecho penal en la sociología criminal, se opera ahora una diferenciación estricta entre ambas disciplinas, presentada como el principal progreso cognitivo del momento (146) y de la que se aguardan beneficios recíprocos, especialmente para el derecho penal, que, aplicando el *método positivo*, tendrá mejor conocimiento de las « realidades sociales » y, gracias al empleo del *método jurídico*, se verá depurado de injerencias ajenas al derecho (147), lo cual le prepara para instruir a juristas técnicos (148).

Acontece así también en España el tránsito hacia la *civilística penal* (149), con la particularidad de que son precisamente los más destacados miembros de la comprometida *penalística civil* los responsables de su génesis y desarrollo, singularidad que acaso explique la importancia por ellos otorgada al contenido ético-humanista del derecho. Para que dicha transformación suceda, la curiosidad del penalista ha debido abandonar la controversia italiana de *fin de siécle*, estimada ya de índole exclusivamente político criminal, y fijarse en el ejemplo alemán, donde « el progreso técnico-jurídico no se detuvo ». Modernizada la Universidad y ampliado el horizonte cultural tras dos décadas de pensiones de estudio en el extranjero, el derecho penal se halla en condiciones de repudiar los desafueros del positivismo y regresar por fin, de la mano de los juristas alemanes, al

(146) De tal separación, en cuanto conquista innegociable, parten ahora ASÚA, *La teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), p. 20 y 23, y sus discípulos: vid. González LÓPEZ, *Memoria pedagógica*, 1931, pp. 13 y 25, depositada en el expediente de su oposición a cátedra en caja AGA 32/13383; López REY, *Concepto, método, fuentes* (cit. 138), pp. 27 ss.

(147) Juego de métodos propuesto por González LÓPEZ, *Memoria pedagógica* (cit. n. 146), pp. 25-27.

(148) Debe mencionarse aquí la naciente literatura de casos prácticos: ASÚA, Rodríguez MUÑOZ y Tomás CARDO CRESPO, *Casos de Derecho penal para uso de los estudiantes*, Madrid, Victoriano Suárez, 1935, 3ª edición.

(149) En expresión de SBRICCOLI, *La penalistica civile* (cit. n. 91), pp. 217-225. Se realiza así, veinte años después, una operación similar a la contracción metodológica propuesta por Arturo Rocco en 1910, con las peculiaridades de la inspiración germana, grávida de filosofía, y de la motivación política democrática. En efecto, Asúa basa esta preferencia por la dogmática alemana en relación « al tecnicismo jurista de los modernos italianos » en la fundamental mediación filosófica que en aquélla concurre, en *Manual de Derecho penal* (cit. 110), pp. 358 y 417.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« cauce jurídico ». Sin embargo, sumada la disciplina hispana a la dogmática jurídica — « único auténtico camino que puede y debe seguir el Derecho penal » —, contempla ahora cómo su principal mentor, Edmund Mezger, sucumbiendo al triunfo nacionalsocialista, degrada nuevamente la ciencia penal a la condición de política criminal al servicio del poder, al traer conceptos como el de raza o pueblo a un terreno donde sólo debieran « ventilarse problemas de técnica jurídica ». Por consiguiente, si este « *nuevo Derecho penal* » — expresión de « atavismo jurídico, sin justificación ni técnica de ninguna clase » — llegase a predominar, la tendencia dogmática española iniciada por Asúa habría de acometer la « importante misión » de suceder a la escuela alemana y proseguir en solitario en la tarea de construir « una concepción estrictamente jurídica del Derecho penal » (150).

Esta abocetada transición de paradigmas no puede dejar indiferente el tratamiento teórico del principio de legalidad. La morfología de su enunciación, robustecida en virtud de la prioridad recobrada por el derecho positivo, se adapta al desmembramiento analítico del delito. Ya desde la misma definición genérica de éste se prescinde, por su vaguedad metafísica, de la idea del orden quebrantado por la acción criminal, convenientemente sustituida por la noción moderna de « conducta típica, antijurídica y culpable ». Contigua al ordenamiento, la fase de la *tipicidad* marca los límites de la nueva disciplina, sirve para enlazar en un sistema coherente la parte general y la especial, y expresa con terminología técnica el mismo espíritu que animase al principio de legalidad. Por su proximidad al mundo de los valores, el ulterior momento de la *antijuricidad* constituye la fase en que la vigencia del axioma pudiera tornarse quebradiza. Sin embargo, una vez excluida la concepción dualista que opone la naturaleza de las cosas al ordenamiento legislativo, las diferentes formulaciones que recibe el elemento *injusto* del delito, junto a la pluralidad interior de esta dogmática

(150) Cf. López Rey, *¿Nueva crisis del Derecho penal?* (cit. 136), pp. 155-157 y 164. Vid., también, Asúa, *La teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), p. 27, y *Manual de Derecho penal* (cit. n. 110): « Si la reforma nacionalsocialista triunfa, la técnica penal alemana ha muerto », p. 382.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

jurídica, nos muestran el grado de supremacía del principio sobre cualquier otro orden valorativo.

La modulación más legalista, derivada de una *concepción imperativa* del derecho, y a la que aguarda un destino victorioso, la encarna Cuello Calón, para quien todo el problema de la antijuricidad se resuelve en afirmar que « un hecho será antijurídico cuando se halle penado por la ley y no concurran causas de justificación ». Estratégicamente, Cuello no deduce la identificación absoluta entre lo injusto y lo típico de una noción autoritaria del Estado, sino que la presenta como uno de los corolarios del *nullum crimen sine lege*, al que debería adjuntarse la fórmula correlativa de « *no hay juridicidad penal sin ley penal* » (151). Proclamándose seguidor de Max Ernst Mayer, y colocando la reflexión penal en casos excepcionales dignos de atención, Asúa representa una salida abierta a un tipo específico de normatividad extrajurídica, socialmente producida y que desemboca institucionalmente en el discernimiento judicial. Admitida la remisión al tipo legal y a las causas de justificación como regla general, la resolución de los raros casos no previstos en las leyes hace indispensable acudir a otro orden normativo, inconfundible con el « trasnochado » dualismo iusnaturalista, y al que se atribuyen la solidez y vigencia necesarias para motivar las decisiones judiciales. Apela de esta forma Asúa a un orden objetivo de « cultura », compuesto de normas sociales generalmente admitidas y reconocido como patrimonio insustituible de la comunidad política. Al fundamentar en él la antijuricidad, su intención no es corroer las garantías jurídicas, sino preservar la justicia en los extremos en que la rigidez legislativa pudiera comprometerla, de ahí que sostenga la idoneidad de una definición legal flexible de las causas de justificación (152),

(151) CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (cit. n. 121), pp. 300-304. Apunto una curiosidad: hay en estos años un dispar empleo del término que define lo injusto, denominado *antijuridicidad* por los autores conservadores y *antijuricidad* por Asúa y sus discípulos, que esgrimen razones de economía lingüística.

(152) Invoca en su defensa su experiencia forense y el elocuente ejemplo del fallecimiento de un futbolista en el terreno de juego, en *La teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), pp. 68-82.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que permitiría al juez evitar el castigo cuando así lo aconsejasen los principios éticos más elementales (153).

En un término medio, sin salir del derecho positivo, pero sin restringir éste al articulado escrito de las leyes, se coloca González López, cuyo planteamiento se presenta como una aplicación rigurosa del método jurídico. Para zanjar la cuestión de si la « acción criminosa » se tipifica de acuerdo a « un criterio valorativo previamente existente », y hacerlo basando la antijuricidad « sólo en el Derecho positivo », deben evitarse, a juicio de González López, dos interpretaciones del ordenamiento igualmente simplistas, y habitualmente emparejadas. La primera, al reducir el derecho positivo a las leyes, y concebir éstas según la supuesta literalidad unívoca de sus « términos verbales », sustrae al derecho todo su contenido normativo. La segunda, acusando de formalismo a la noción jurídica de lo injusto, busca atributos materiales en órdenes trascendentes, en un ideológico enmascaramiento de convicciones subjetivas que, parapetadas tras los sonoros nombres de « Religión » o « Derecho natural », pretenden imponer su criterio a las « leyes objetivas » con la creación de « delitos eternos ». Contra estas dos tendencias, González López esgrime una *concepción normativa del derecho*, de más amplio espectro que la concepción puramente *imperativa*, según la cual el derecho se conforma exclusivamente de mandatos y prohibiciones. Compuesto entonces el ordenamiento de leyes polisémicas, costumbres variables, prácticas jurídicas, jurisprudencia y principios inspiradores e integradores del conjunto, el derecho pasa a constituir una ordenación normativa completa, « y posiblemente perfecta », de la convivencia, que desempeña una « función protectora de la vida social » y de la cual puede extraerse « la *medida* del valor antijurídico », sin necesidad de recurrir a otro tipo de ordenaciones imprecisas, como las normas de cultura defendidas por Asúa, y salvándose con ello el « valor de *seguridad* » que sólo puede proporcionar la objetividad del derecho positivo (154).

(153) Y a tal asunto dedica su tesis Antón Oneca, *El perdón judicial*, Madrid, Tip. de Archivos, 1922.

(154) Cf. González López, *La antijuricidad* (cit. n. 118), pp. 17-67. Importa subrayar que, formando parte ya del patrimonio intelectual y, por lo tanto, sin citación expresa, están aquí presentes las tesis de Dorado contra los delitos naturales, preparatorias, según se dijo, de las concepciones modernas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En el interior de esta disección matemática del delito se aloja, pues, la nueva y compleja formulación de la legalidad. En el análisis dogmático se hacen posibles, en efecto, desde su mantenimiento reflexivo hasta la apertura de ¿nuevas? líneas de fuga, como la perfectamente concebible absorción de la tipicidad en la antijuricidad, aplicada por algunos de los jóvenes penalistas (155). En efecto, la única negación reflexiva (156) del principio en estos años — que viene suscrita por López Rey —, debe localizarse en el seno de la comprensión teórica del delito, e interpretarse como una revalorización de lo injusto en detrimento de una tipicidad restringida a simple descripción lingüística del hecho punible meramente orientadora de la función judicial. El esquema argumental que sigue López Rey reproduce las pautas del razonamiento del « ilustrado insatisfecho » (157), que, comprobando la fragilidad intrínseca de la tipificación legal, de la subsunción judicial y de la soberanía popular, acaba por negarles cualquier valor sustancial y reducirlos a elementos accesorios de la función penal. Se pregunta así López Rey si la ley « previó en todo momento aquello que debía estimarse delictivo », y de la respuesta negativa infiere el « más rotundo fracaso del principio »; el pretendido automatismo de la función jurisdiccional le parece igualmente desmentido porque « hay fallos de nuestro Tri-

(155) Siguiendo el ejemplo de Mezger, y su célebre fórmula del « injusto típico », que comprende el derecho como « normas objetivas de valoración », define el tipo como « el injusto descrito concretamente por la ley » y concibe la antijuricidad de forma trascendente y unitaria, en *Tratado de Derecho penal* I (cit. n. 117), pp. 279-287 y 297-313. Aunque sin la profusión de López Rey, seguidamente esbozada, a esta línea también se adhieren Rodríguez MUÑOZ, *Problemas de la teoría del delito. Valor funcional de la tipicidad*, en « RDP » I (1932), 150-171 y, trayendo la antijuricidad al iusnaturalismo escolástico, José GUALLART LÓPEZ, *La antijuridicidad como elemento del delito*, en « Universidad », VII (1931), 601-633.

(156) Única, si exceptuamos corrientes que ahora arrancan, pero que están llamadas a consolidarse en la posguerra, y que serán tratadas posteriormente. Según se verá, también estas propuestas se originan en el interior de la teoría jurídica del delito. Me refiero a la tesis sobre el derecho penal nacionalsocialista de Juan DEL ROSAL, *El concepto de delito en el nuevo Derecho penal alemán*, Madrid, 1935, ejemplar inédito depositado en la unidad de tesis doctorales de la biblioteca de la universidad complutense, sig. T. 2678.

(157) Forma de razonar que, apuntada por Karl Popper, denuncia sus consecuencias jurídico-penales FERRAJOLI, *Diritto e ragione* (cit. n. 25), p. 37.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bunal Supremo para todos los gustos dentro de un mismo artículo del Código penal »; y, en fin, las debilidades del parlamentarismo — trágicamente destacadas en este tiempo — hacen de la « voluntad del pueblo » una « auténtica ficción », lo que impide investir al legislador de una representatividad de la que carecerían los jueces, los cuales, por el contrario, debido a su « mayor solvencia científica », quizá se encuentren mejor preparados para interpretar las necesidades sociales que las iletradas asambleas populares. Oponiendo la seguridad colectiva y los fines de la comunidad al « fetichismo » de la ley, López Rey formula así una cuidada contestación a la vigencia del principio, en la que encuentran cabida la admisión de la costumbre, el reconocimiento de la analogía y la interpretación extensiva y, finalmente, el arbitrio judicial, constantemente vetado por las imposiciones del principio para castigar « conductas antijurídicas dignas de sanción penal ».

De esta forma, quien afirma que las ideas de Dorado Montero perecieron « enseguida » por falta de continuadores (158), reproduce en su ataque a la legalidad cada uno de los argumentos del maestro salmantino, si bien pertrechado ahora de una denominada « teoría de los valores », derecho natural socializado que concibe la legislación criminal como la traducción normativa realizada por un órgano estatal de principios morales configurados previamente en la colectividad (159). La descripción legal de la conducta punible pasa a ser entonces el parcial e incompleto reflejo jurídico de un orden axiológico unitario que sobrepasa el estrecho marco del código, al cual ha de referirse el mismo juez cotidianamente en los autos de procesamiento que, en cumplimiento de la ley procesal decimonó-

(158) López Rey, *¿Nueva crisis en el Derecho penal?* (cit. n. 136), p. 163. Tan presente está Dorado en estas reflexiones, que el derecho natural aquí mantenido es también histórico, mudable y vinculado a las necesidades sociales reales.

(159) Para todo lo indicado hasta ahora, cf. López Rey, *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 138), pp. 67-105, donde anuncia la pronta terminación de un texto « titulado *Fuentes del Derecho penal* », nunca publicado, p. 73 n. 2. Debe subrayarse entonces una tensión argumental interior al sistema del autor, pues él mismo comete la imprudencia de la que alertaba al exponer el método jurídico, a saber, otorgar preeminencia a los valores sobre la realidad de las normas y deslizarse hasta el universo etéreo del derecho natural. Y ello por no abundar en otras contradicciones palmarias: « A nuestro juicio, sólo la ley debe ser fuente del Derecho penal », decía en *La reforma del Código penal* (cit. n. 101), p. 47.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nica vigente, debe promover cuando detecte « algún indicio racional de criminalidad ». Efectivamente, con un raro y fino sentido historiográfico, López Rey sostiene que el enjuiciamiento criminal hispano, diseñado en un período de abolengo iusnaturalista, atribuye continuamente al juez de instrucción la competencia para enjuiciar la antijuricidad y la culpabilidad, lo que corrobora la tesis « moderna » que arma sobre estos dos elementos la « concepción jurídica del delito », mientras que a la tipicidad reserva sólo « una función determinativa de la antijuricidad » (160). El resultado final de la argumentación, avalado por la crisis parlamentaria permanente, consiste en un desplazamiento del derecho penal desde el estéril monopolio del legislador hasta la función judicial. Relanzada ésta con la separación entre las jurisdicciones criminal y civil, y facilitada al juez penal una consistente formación jurídica y criminológica, se espera finalmente de ella una protección de « las garantías individuales » similar a la lograda en Inglaterra. « Incapaz por sí sólo de proveer a una adecuada función jurídico social del Derecho penal », el principio de legalidad, convenientemente revisado, « debe conservarse », pues ya destronado de su actual condición axiomática y acomodado a « una concepción realista del Derecho penal » (161), presta el fundamental servicio de precisar cuándo tiene lugar una lesión del ordenamiento.

Esta dura acometida al principio, en cambio, en nada desvirtúa el hecho — apuntado por el mismo López Rey — de que la técnica jurídica nace en España precisamente en confrontación con la teoría defensista, donde el principio apenas goza de una precaria supervivencia. Además, este desprecio de la tipicidad obtiene réplica veloz. Asúa, defendiendo su importancia autónoma dentro de la noción global del delito, objeta a López Rey que, al desustanciarla, agota el proceso penal en la fase de instrucción (162). Cuello — quien, considerándolos razonablemente equiparados, excluye el examen de la relación entre los valores y la ley —, recuerda que, aun siendo la

(160) López Rey, *El valor procesal de la llamada tipicidad (Valor y contenido del auto de procesamiento)*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1934, pp. 7 y 17-23. De 1882 era la regulación del proceso penal.

(161) López Rey, *Concepto, método y fuentes* (cit. n. 138), pp. 90-93 y 104.

(162) Esa es la concisa opinión que le mereció la obrita de su discípulo, recogida en el expediente de oposición a cátedra de López Rey ya citado (n. 138).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tipicidad mera manifestación exterior de lo antijurídico, en nada desmedra esto su relevancia si es « ¡la que abre las puertas de la cárcel! » (163). Mas, pese al marcado interés y vigor intelectual de este álgebra jurídico de la teoría del delito, la opinión que a los penalistas hispanos merece la vigencia y oportunidad del *nullum crimen* se torna mucho más transparente cuando abordan, con ánimo descriptivo y reformador, el momento de revisión del orden penal que atraviesa Õccidente. De una somera aproximación a las valoraciones suscitadas por las experiencias penales autoritarias, y por los proyectos de reforma sobre defensa y peligrosidad sociales ensayados en regímenes democráticos, pueden, en efecto, columbrarse los diferentes modos en que el principio fue enunciado durante el período republicano.

La actitud de Cuello y Saldaña ante los modelos punitivos de las diferentes dictaduras es esclarecedora a este respecto. Las innovaciones italiana, rusa y alemana participan de un mismo recrudecimiento de la defensa represiva del Estado, lo que las hace acreedoras de una tacha unánime de brutalidad y atavismo. Al plantearse los sistemas autoritarios la preservación de la colectividad, surge en ambos autores la necesidad de diferenciar este tipo de salvaguardia penal de la organización política de aquella otra que, con fines legítimos, se propaga en la teoría penal hispana bajo el nombre de defensa social. Con su habitual trazo grueso, a Cuello le parecen ambas perfectamente distinguibles, pues una cosa es la defensa de la sociedad y otra muy distinta la del Estado (164). Con planteamientos más profundos, Saldaña cree que este predominio agudizado de lo social en la legislación punitiva responde a una politización de la ley penal, lo que dudosamente autoriza la usual denominación de « derecho penal autoritario », ya que nos encontramos más bien ante un uso institucionalizado de la fuerza carente de la autolimitación que procuran las normas jurídicas. Esta forma « neobárbara » de gestionar el castigo en beneficio del « régimen imperante », este « *Derecho penal sin ley* » — definible acaso, en virtud de aquella preponderancia del « principio social », con el tipo abstracto de

(163) Cuello Calón, *Derecho penal* (cit. n. 121), p. 303 n. 7.

(164) Cf. Cuello Calón, *El Derecho penal de las Dictaduras*, Barcelona, Bosch, 1934, p. 103.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Derecho penal socialista — procede, en efecto, de una manera harto diversa a la postulada por el defensismo, que persigue el perfeccionamiento de la comunidad ateniéndose a las garantías de la legalidad (165). Es así la presencia del principio, y de sus consecuencias adyacentes, lo que traza la divisoria entre unos regímenes y otros, pues mientras que el ejemplo ruso anula todas las garantías erigiendo « un derecho penal de clase » donde la analogía, la retroactividad y el arbitrio judicial encuentran ancho hueco, y el modelo alemán hace lo propio con su régimen racista que sustituye la ley por la « convicción jurídica del pueblo », el sistema italiano, pese al empleo inicial de leyes especiales de carácter político, consagra en su código « el espíritu individualista de garantía y protección del ciudadano » (166), al igual que hiciera el código primorriverista, único en Europa que se atrevió a prohibir expresamente la interpretación extensiva y la analogía (167). En conclusión, a juicio de Saldaña y Cuello, el cumplimiento formal de la legalidad por parte de ambas dictaduras las distingue y prestigia respecto de las legislaciones soviética y nazi.

Inscrita su concepción penal en el genérico relato socialista, el horizonte al que Asúa apunta siempre es el de la abolición de las penas en una organización política sin clases, lo que le lleva a reprender severamente lo que estorba a este progreso inexorable y a encomiar todo lo que le preste impulso. Razonando de este modo, Asúa coloca en la cima del exceso autoritario al sistema punitivo nacionalsocialista, « tremendo disparate » aborrecible, más que por la ausencia del principio, por su « innecesaria y torpe cruel-

(165) SALDAÑA, *El Derecho penal socialista y el Congreso penitenciario de Berlín*, Madrid, Reus, 1936, pp. 14-18 y 21-24. Pasado el régimen militar de Primo, recuerda ahora Saldaña haber advertido desde hace tiempo que la defensa social deviene « arma peligrosa en manos de gobernantes obtusos o dictadores brutales » en su *Defensa social y perfección social*, Madrid, Imp. Colonial, 1916.

(166) Para Cuello, efectivamente, el código Rocco se basa en « los postulados más puros de la escuela clásica, postulados que, bien sabido es, están inspirados en el espíritu individualista, liberal, protector y garantizador de los derechos del individuo contra posibles abusos del poder judicial », en *El Derecho penal de las Dictaduras* (cit. n. 164), p. 57, y, para lo antedicho, pp. 24-35 (Rusia), 49-57 (Italia), y 64-93 (Alemania).

(167) Según recordaba Saldaña, aludiendo al art. 2 del código de 1928, en *El Derecho penal socialista* (cit. n. 165), p. 21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dad » (168). El caso italiano, nacido para « impedir que se troquele el mundo en otros moldes », no le resulta menos repudiable, tanto por sus primeras leyes especiales como por el resultante, y no menos fascista, código de 1930. Al no basar su crítica en el grado de virtualidad alcanzado por el *nullum crimen*, el implacable reproche de Asúa se dirige a las consecuencias penales del rumbo político tomado por Italia, cuyos designios harán perecer irremediablemente las valiosas apuestas del positivismo, certeza que agrava aún más la bochornosa claudicación del — otrora socialista — Enrico Ferri ante el Duce (169). Por el contrario, el ejemplo ruso, una vez adoptada la prevención de separar la despreciable policía política de la jurisdicción penal ordinaria, y calmado ya el rencor revolucionario que animaba el código de 1922, le parece a Asúa digno de elogio en la medida en que plasma por primera vez en derecho positivo las aspiraciones positivistas, tanto « el fecundo criterio del estado peligroso » y la concesión al juez de « gran arbitrio », como las medidas de carácter preventivo y correccional, aboliendo definitivamente el « sistema expiatorio ». Las dos críticas habituales al código soviético de 1926, ambas basadas en el incumplimiento del principio, le parecen hipócritas e infundadas, pues olvidan que también « son 'de clase' los preceptos del derecho reinante en Europa y América », y confunden la analogía con la arbitrariedad, extremos perfectamente distinguibles, según demuestra el hecho de que, según la ley soviética, « en la incriminación por analogía el Juez *deba* indicar el artículo del Código » en que apoya su motivación, lo que excluye « la analogía clandestina bajo forma de interpretación » tan habitual en la jurisprudencia burguesa (170).

---

(168) Asúa, *Manual de Derecho penal* (cit. n. 110), pp. 377-382.

(169) *Ibid.*, pp. 376-377. Tal disconformidad con la actitud del maestro positivista provocó una sonada ruptura de relaciones, contenida en un breve intercambio epistolar aireado en el verano de 1927 en el diario argentino *La Prensa*, donde Asúa, perseguido en ese tiempo en España por « un sistema próximo al fascismo », reprende a Ferri por « doblar la osamenta », en nombre de los positivistas, ante Mussolini, y hacer pasar por acorde a la escuela positiva la propuesta clásica de Rocco. Vid. Asúa, *Política. Figuras. Paisajes*, Madrid, Historia Nueva, 1927, pp. 91-111.

(170) Cf. Luis Jiménez de Asúa, M. Grodsinsky, José Arturo Rodríguez Muñoz, M. Figueroa Román, *La vida penal en Rusia*, Madrid, Reus, 1931, pp. 32, 42-47, 82-83 y 87-89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si Asúa subordina las garantías jurídicas a la consecución de un sistema preventivo y correccionalista porque confía en la justicia del socialismo, Ruiz Funes otorga también prioridad a este modelo penal si trata de conquistarse a través de procedimientos democráticos y con las prevenciones convenientes. La cautela política estriba en no poner en manos de regímenes autocráticos leyes de defensa social que regulen el estado peligroso, ya sea previo o posterior al delito, porque de obrar así degenerarían inevitablemente en un instrumento de persecución política y, por tanto, serían « una invitación hecha a todos los hombres liberales y honrados para que emigraran ». La precaución jurídico-penal consiste en abandonar por completo « los criterios clásicos de punición », instaurar tratamientos de reintegración social, habilitar cultural y científicamente a los magistrados encargados de prescribirlos y acondicionar « establecimientos médicos y pedagógicos » donde sean aplicados. Partiendo de estas premisas, a Ruiz Funes, demócrata liberal, le parece perfectamente legítima la imputación jurisdiccional de « peligrosidad social » a — y la adopción de las medidas consecuentes contra — aquellos sujetos que, aun sin haber delinquido, amenacen la pacífica existencia colectiva, porque la sociedad tiene derecho a prevenirse frente a los posibles ataques de « la fauna de los malvivientes » (171).

Vigencia de un Estado democrático, factibilidad futura de un sistema socialista y aspiración político-criminal de tipo correccionalista, he aquí los presupuestos políticos y científicos de la mayor conculcación legislativa de las garantías penales realizada bajo la República: la ley de vagos y maleantes de 1933, norma punitiva aplicada para casos de peligro sin delito cuyo diseño técnico se debe a Ruiz Funes y a Jiménez de Asúa. Ya ha sido dicho que esta norma se adoptó con el fin de amortiguar el efecto de dos amnistías consecutivas aprobadas tras la llegada de la República y que excarcelaron a numerosos delincuentes profesionales. También se ha recordado justamente que la intervención de ambos penalistas con-

(171) Ruiz FUNES, *Tres experiencias democráticas de legislación penal*, Madrid, Morata, 1931, texto que aborda proyectos y reformas sobre peligrosidad social y defensa colectiva en Argentina, Chile y Bélgica. Vid. pp. 13, 18, 48 y 101, donde alude a « los peligrosos endógenos » de raíz biológica después mencionados.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

virtió un catálogo de delitos y penas elaborado por políticos en una enumeración técnica de estados de peligro y medidas de seguridad (172) . Creo que a su producción concurrieron también otros factores, como la persistente confianza en la objetividad del saber científico, capacitado para diagnosticar « estados peligrosos endógenos » de carácter biológico; la compartida creencia en la posibilidad de erradicar todo tipo de conflictividad con medios terapéuticos y pedagógicos, muy viva pese a — o quizá a causa de — la honda fractura que escindía la sociedad; y la ya aludida constitución moral de la pequeña burguesía, de donde provienen la mayoría de políticos y profesores, y para la cual estos sectores sociales marginales representaban una presencia inquietante para su seguridad, e incluso un colectivo ajeno parcialmente a los atributos — hipotéticamente universales — de la humanidad, lo que explica la facilidad con que se deslizan en las obras penales juicios acerca de la condición moral de los alcohólicos y demás pobladores del *lumpen* del juego, la prostitución y la mendicidad.

Según se ha indicado, junto a estos factores ambientales, aparecen otros, quizá de mayor importancia, referidos a la coincidente filosofía penal de ambos autores. La prospectiva político-criminal de Asúa y Ruiz Funes prosigue la senda correccionalista de Dorado, y sólo estima requisito indispensable para su gradual implantación la existencia de un Estado democrático de derecho, concebido no al modo actual, sino según los parámetros del estatalismo liberal, esto es: como institución representativa de la *voluntad nacional* y garantizadora de los derechos a través de la *autolimitación* de su soberanía. La opinión de Asúa incluye además la condición del advenimiento del socialismo, pero no desdeña los avances conquistados al amparo de la democracia liberal. Si la llegada de la República supone « establecer un Estado sobre normas de Derecho » (173), y si en ella encuentra además cabida la esperanza del socialismo reformista, del cual participa Asúa, el marco político se hace propicio

(172) Apuntes que tienen el valor de estar realizados por un testigo de aquel tiempo: cf. Antón Oneca, *El derecho penal de la posguerra*, en Vvaa, *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Universidad de Salamanca, 1971, 161-174, p. 172, y *La obra penalista de Jiménez de Asúa* (cit. n. 135), p. 550.

(173) Según decía Asúa en *La vida penal en Rusia* (cit. n. 170), p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

para sancionar esta ley « defensiva y biológica »; y se torna aún más favorable si ambos autores, todavía imbuidos del optimismo progresista, creen que España está ya a salvo de reacciones autoritarias. Aun sin olvidar que su mediación técnica adecentó una ley política « de mero orden público » que, de cualquier modo, se hubiese aprobado, las circunstancias antedichas, y el que justificasen la ley por su « incalculable eficacia científica » (174), permiten lanzar un reproche retrospectivo por negligente imprevisión. En efecto, el asedio dictatorial a las democracias europeas, y la vigorosa presencia pública de las posiciones reaccionarias españolas, hacían perfectamente predecible el destino de esta reforma legal, rápidamente apadrinada en las filas del defensismo (175) — aunque en nada se pareciesen las garantías jurisdiccionales previstas en la ley de vagos a los consejos administrativos diseñados para « la policía de costumbres » de Castejón (176) —, y sometida a una pronta remodelación tras el triunfo electoral de las derechas, cuya principal aportación consistió en introducir la analogía (177) . Sin embargo, cae fuera del ámbito de esta reprobación la posterior vigencia, revisión y uso franquista de la ley de vagos hasta 1970, como, por otra parte, debe

(174) Son palabras de ASÚA, en *La Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, en « RGLJ » 163 (1933), 577-635, donde puede comprobarse el alcance bien distinto que tenía el proyecto inicial (pp. 591-593) y las intervenciones parlamentarias que, contra el criterio de Asúa, endurecieron su propuesta, pp. 613 y 627.

(175) Que, sin embargo, interpretan este tipo de leyes sobre peligrosidad sin delito como una « suspensión personal » de los derechos constitucionales adoptada para prevenir la frecuente conversión de la criminalidad potencial « en turbulencias políticas »: vid. Federico CASTEJÓN, *El proyecto Pinies de profilaxis social (maleantes) de 1922 y la ley relativa a vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933*, en « RGLJ », 163 (1933), 214-254 y 435-454, pp. 214, 216 y 438.

(176) Para el « Tribunal de Policía, formado por funcionarios administrativos » encargado de « enjuiciar sobre los hechos y situaciones a prevenir », véase la propuesta de CASTEJÓN, *Datos para una reforma penal* (cit. n. 127), pp. 7-8, y compárese con *El sistema procesal de la Ley relativa a Vagos y Maleantes*, descrito — y mejorado, en vista de una inminente reforma — por Nicolás Alcalá-Zamora Castillo en « RDP », V (1936), pp. 201-214.

(177) Vid. « Apartado G » del art. 1 del reglamento de 3 de mayo de 1935, citado por Juan Terradillos, *Peligrosidad social y estado de derecho*, Madrid, Akal, 1981, pp. 55-57. Estérilmente entonces advirtieron ambos penalistas que « tratándose de una ley de excepción, no es posible aplicar a ella ningún principio de analogía », en ASÚA, *La Ley de Vagos y Maleantes* (cit. n. 174), p. 632, refrendando una aseveración de Ruiz Funes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reconocerse a Ruiz Funes y a Asúa el mérito — frecuentemente preterido (178) — de haber hecho aflorar al terreno de la legalidad un submundo gestionado en exclusiva por la policía. Que la misma ley pretenda « prestigiar » el sistema liberal, y suprimir los « métodos policíacos » aplicados « a extramuros de la ley » contra los « malvivientes » (179), nos da entonces buena cuenta de que no presenciamos simplemente el comienzo de un « modelo punitivo irracional » (180) ni tampoco una anulación deliberada de las garantías, sino más bien su hipotética ampliación, porque « si la declaración del estado peligroso ha de ser obra de la policía », estos penalistas prefieren « a los riesgos de una jurisdicción de esta clase los peligros de la peligrosidad » (181).

Pero, ya prestos, volvamos a nuestro asunto. Si la concepción moderna del principio era impensable en el paradigma organicista, la conclusión a la que podemos arribar ahora también apunta a su relativa inefabilidad durante el período republicano. Aparte de la negación registrada de López Rey, y lamentando la falta de textos de Antón Oneca, quien lleva al tribunal supremo su versión liberal del clasicismo (182), lo que nos resta es la enunciación del principio de *mera* legalidad (183), simple predeterminación normativa de los

(178) No lo menciona Antón en los textos citados (n. 172), ni tampoco llega a destacarlo Carlos A. Tozzini, *Luis Jiménez de Asúa: Un hombre, sus circunstancias y su trascendencia (A propósito del estado peligroso)*, en « Rfdc » (cit. n. 107), pp. 679-692.

(179) Para terminar, recordaba Asúa que « en España, al amparo de aquel famoso art. 22 de la Ley Provincial, las autoridades gubernativas imponían quincenas a los individuos sospechosos sin más que fingir que habían blasfemado o que habían incurrido en faltas a la decencia pública », en *La Ley de Vagos y Maleantes* (cit. n. 174), p. 635.

(180) En acepción de Ferrajoli para designar los modelos penales sin delito, sin juicio o sin ley, en *Diritto e ragione* (cit. n. 25), pp. 78-79.

(181) Ruiz Funes, *Tres experiencias democráticas* (cit. n. 171), p. 104.

(182) En efecto, además de su noción realista de las medidas de seguridad — privaciones de libertad, en cualquier caso —, sólo Antón menciona expresamente la necesidad de « restaurar, privada de su antiguo contenido metafísico, la fórmula de la tutela jurídica », a la cual se debe restringir la función penal, ya que « la tutela jurídica contiene a la defensa social », en Antón, *Los antecedentes del nuevo Código* (cit. n. 8), pp. 39 y 41.

(183) Me sirvo aquí de las divisiones conceptuales de Ferrajoli, *Diritto e ragione* (cit. n. 25), pp. 71-78. Estamos efectivamente ante un caso de *mera* legalidad, no tanto porque no se mencione la reserva de ley, sino, sobre todo, porque no se exige la descripción taxativa de hechos exclusivamente, ya que se admiten ampliamente, a través de la peligrosidad, *normas constitutivas* de la desviación punible.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hechos y situaciones punibles realizada por la *soberanía estatal* a través de cualquiera de sus expresiones jurídicas. En efecto, la formulación del principio se inscribe en una concepción socializada, que eleva a una determinada representación de la colectividad a la condición de bien jurídico penalmente protegido, y en una *cultura estatalista* distinguida por los siguientes rasgos: por un lado, la ausencia de derechos individuales anteriores a la mediación del Estado y la falta de la división de su soberanía en poderes separados o equilibrados, lo que convierte a cualquier norma jurídica, independientemente del rango, en manifestación de su autoridad; por otro, la localización de la representatividad democrática en la opinión pública y la voluntad nacional y no en una soberanía popular electoralmente escrutada. La novedad genuina de este período es que dicha noción estatalista, adoptada de la iuspublicística liberal alemana (184), y que tiene su piedra de toque en la conjura de la voluntad constituyente, entra en contradicción con la nueva norma constitucional, cuyo mayor democratismo proviene de la intervención sustantiva que en su confección tienen movimientos sociales de estirpe socialista y jacobina ajenos al paradigma estatalista que engloba a los publicistas, casi todos ellos peritos de la gobernabilidad. Mas, por encima de todo, lo que importa subrayar es que en esta formulación del principio no existe ni alusión al fundamento democrático, ni inferencia de la división de poderes, ni tampoco referencia jerárquica a la normatividad constitucional (185), sino más bien alusión a valores culturales y sociales, radicados en la colectividad (186), e impulsados no tanto por la insuficiente trascripción

(184) Vid. ASÚA, *Manual de Derecho penal* (cit. n. 110), pp. 368-369, invocando a Jellinek.

(185) En la que hoy encuentra la penalística democrática su fuente de eticidad: Arroyo ZAPATERO, *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, en « Revista Jurídica de Castilla la Mancha » 1 (1987), pp. 97-110; aunque sólo pocos advierten que una seria invocación constitucional compromete la actual organización penitenciaria: Juan TERRADILLOS, *Constitución y ley penal. La imposible convergencia*, « RFDC » (cit. n. 107), pp. 651-665.

(186) Para LÓPEZ REY los delitos « son *realidades culturales* afectadas de una valoración en vista de un fin », en *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 138), p. 42. Según RUIZ FUNES « toda disposición penal debe fundarse en una norma de cultura », en *Delito y libertad*, Madrid, Morata, 1930, p. 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legal de la Constitución, como por la obra del Estado, garante supremo del cumplimiento de los fines sociales. Partiendo de estos postulados — y ahondando así en la fisura que media entre el cuerpo de juristas y la Constitución republicana —, se hace comprensible que, una vez aprobada la ley de vagos, ningún penalista reparase en su inconstitucionalidad por permitir el encerramiento de personas sin previa comisión de delito (187).

Este lamentable descuido puede aclararse por la concepción que casi todos comparten acerca de la naturaleza de las medidas de seguridad, diferenciadas de las penas por estar desprovistas de « toda finalidad retributiva y dolorosa » (188). Pero esta distinción nos lleva ya al aspecto positivo, sumamente limitado, de la formulación republicana del principio, colocada siempre en un horizonte político-criminal informado por las ciencias naturales, que ha sustituido por completo al *infractor* por el *delincuente* y que aspira a suprimir definitivamente la conflictividad (189), reto que abarca desde la eliminación social de los peligrosos congénitos hasta la reeducación de los corregibles. Subordinado el principio a la eficiencia de la prevención y persecución del crimen, su intensidad y extensión se hacen ya visibles, pudiendo adoptar, en el caso de la mayoría de los autores, la forma de una parca predeterminación normativa perfectamente compatible con el arbitrio judicial, la individualización de la pena y la peligrosidad criminal, o bien, en el ejemplo de Asúa, la de una más exigente — por los requisitos democráticos interpuestos — previsión legal de la conducta punible que entra conscientemente en contradicción con los avances de la

(187) Cf. art. 29 ya citado en n. 99. Aunque, de haberse interpuesto recurso, el resultado hubiese sido la inaplicación para el caso particular, según estaba diseñado en la Constitución republicana el control de constitucionalidad. Vid. Martín Bassols Coma, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Madrid, Cepc, 1981. Ampliando el descargo antes sostenido, Alcalá-Zamora Castillo nos presenta a Asúa, en los umbrales de la guerra civil, pidiendo « en las Cortes que se suspenda la aplicación de dicha ley, en tanto se llenen las condiciones mínimas para su adecuado funcionamiento », *El sistema procesal* (cit. n. 176), p. 202.

(188) Cuello, *El Derecho penal de las Dictaduras* (cit. n. 164), p. 55.

(189) Lo que convierte a este reformismo penal, presuntamente científico, en más idealista incluso que su predecesor clásico, vid. las sugestivas apreciaciones de Rusche y Kirchheimer sobre Prins y Liszt en *Punishment and Social Structure* (cit. n. 15), pp. 141 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciencia, lo cual exige arbitrar fórmulas conciliatorias que no quebranten las garantías pero que abran paso a un nuevo sistema penal correccionalista. Para ubicar a los autores que, sin destacar contradicciones, combinan la formulación estatalista del principio con halagos a instituciones que lo desvirtúan, propongo adoptar una ordenación tripartita: que atiende, en primer lugar, a los requisitos exigidos a la determinación legal del hecho o la situación punible; referida, en segundo lugar, a los fundamentos de la política criminal, ya estén basados en la objetividad científica de las leyes naturales, en la presunta superioridad de un credo moral, o en los imperativos absolutos de una concepción política; y que tenga en cuenta, por último, el modelo punitivo sugerido por cada autor, en una constante oscilación entre, de un lado, el correccionalismo y la prevención especial, y de otro, la retribución y la prevención general. Finalmente, también es decisivo consignar la relación proporcional que cada autor establece entre los requisitos de la legalidad y los objetivos marcados por su política criminal.

En aplicación de este esquema, entre los autores eclécticos, Ruiz Funes encabeza la lista en lo atinente a las exigencias democráticas de la ley penal, concibiéndola como expresión de la « soberanía popular », pero también como reflejo de la « conciencia social de una época ». Garantizada la legitimidad de la legislación, el principio impone un rotundo rechazo a cualquier forma de delincuencia política, mas cede su espacio a las ciencias naturales y a un inflexible decálogo moral, que representan al criminal como « un deficiente social » necesitado de una « pedagogía de la libertad » que « acierte a esculpirle un alma nueva ». Si su política criminal se encuentra guiada por los mandatos objetivos de la biología y de la ética, el modelo punitivo propuesto por Ruiz Funes, aun teniendo un remoto origen democrático, ha dado ya la espalda a la « superstición de la legalidad », con « el juez criminalista », la individualización penal e incluso « penitenciaria », la peligrosidad social y las medidas preventivas (190) .

Por su parte, Cuello Calón otorga un valor irremplazable a la

(190) RUIZ FUNES, *Delito y libertad* (cit. n. 186), pp. 21, 26-28, 61, 98 ss. y 176-178. Ruiz Funes es autoridad, para la fundamentación médica de la criminología, con su breve *Criminalidad y Endocrinología*, La Habana, Lib. El Universo, 1928.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autoridad legal para la fijación del delito, pero lo hace prescindiendo de su representatividad democrática, lo que le lleva tanto a aplaudir el código fascista como a aprobar la legislación penal por decreto. No obstante la relegación de la legitimidad democrática, y su tendencia a atribuir una función heterointegradora a la jurisprudencia, Cuello es quien pone mayor énfasis en la necesaria predeterminación legal de los delitos, las penas y, según los casos, las medidas de seguridad, de ahí que censure gravemente algunos ensayos legislativos de peligrosidad sin delito, aunque acepte a regañadientes otros, como la ley de vagos, por razones de oportunidad y por no detectar rasgos estrictamente penales en « medidas de tipo profiláxico » adoptadas contra individuos socialmente peligrosos. El carácter acomodaticio de su sistema penal, además de por su ya citado legalismo, se explica por la concesión de cierta preeminencia a la eficacia de la lucha contra el delito, que, a su juicio, debe inspirarse, ante todo, en « el estudio científico » del delincuente, si bien este análisis médico y antropológico de la *peligrosidad criminal* no puede predominar en la función penal, pues de lo contrario se obtendría el inadmisible resultado de « la anulación del principio de legalidad ». Basada principalmente en leyes científico-naturales y desempeñando un carácter auxiliar, su política criminal aborrece cualquier tipo de represión justificada en preceptos morales — como demuestra su severa condena a la persecución de la homosexualidad — mas, en contraste, deja abierta la posibilidad — siquiera tímidamente — de utilizar el derecho punitivo para perseguir el radicalismo político. El modelo — parcialmente defensista — de Cuello es una pura manifestación de equilibrismo ecléctico, fundado sólidamente en la autoridad legal, en la prevención general y en la imputabilidad en lo concerniente a las penas, y abierto a la individualización, la peligrosidad, el arbitrio judicial y la prevención especial en el caso de las medidas (191).

De un intento de sistematización de las — a veces contradicto-

(191) Para todo lo dicho, CUELLO, *Derecho penal* (cit. n. 121), pp. 22 ss.; 166-188 — donde hace una velada defensa de la analogía y secunda la retroactividad para las medidas —; 312-327 — sobre peligrosidad social y criminal; y 552-564. Vid. su encendida defensa de la legalidad contra la peligrosidad sin delito y las medidas preventivas de la homosexualidad, en *El proyecto del Código penal chileno*, « RGLJ » 157 (1930), 5-28, pp. 11-24.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rias — ideas penales del criminólogo Quintiliano Saldaña obtenemos el siguiente resultado: pese a no contar con legitimación democrática, la ley penal sí ha de estar informada materialmente por el criterio científico y debe asimismo protocolizar el uso del poder en el establecimiento de los delitos y las penas, pero no de las medidas, dando así cabida a ciertas garantías y obliterando la sanción legal de la fuerza arbitraria. Sin embargo, sobre el plano de la legalidad adquiere franco predominio el aspecto político-criminal, de fundamento antropológico, y aun político, el cual llega hasta el extremo de invitar a practicar el « deporte nuevo de la caza del criminal » con el fin de « organizar la *nación-policía* ». Esta preponderancia del cariz defensista y científico-natural, y su desprecio a las « tesis eternas » del clasicismo, hacen proponer a Saldaña un sistema correccionalista, supresor de las penas, y basado en el « estado peligroso para la sociedad », el arbitrio, la individualización y las medidas de seguridad (192) .

El último lugar de esta enumeración lo ocupa Federico Castejón, para quien el principio de legalidad se reduce a una consignación normativa de cualquier rango, inclusive « el acto administrativo », subordinada al « derecho de defensa » de la sociedad contra « el peligro criminal ». Como sus propias palabras indican, la supremacía de la política-criminal ya no encuentra límite: « ante la lucha eficaz contra el delito se abaten todos los principios, todas las conquistas democráticas, todos los respetos sociales, incluso los altos valores del pensamiento y de la vida, concretados en las garantías constitucionales ». La persecución del delincuente se inspira aquí en motivos antropológicos, pero también en la complexión moral y las creencias políticas de los sospechosos. Su modelo « pragmatista » combina represión y prevención, desdeña los fines correccionales, y da entrada a la retroactividad, los tipos flexibles e imprecisos, la peligrosidad social, la indeterminación de la pena y, en definitiva, a todas aquellas medidas que aseguren « la conservación del Estado » (193).

---

(192) Recojo sus opiniones de *Nueva Criminología* (cit. 126), pp. 47-52, 149-151 (para la caza del criminal practicada « en colaboración con la sociedad en los Estados Unidos »), 267 y 324-325; y de *Nueva Penología* (cit. n. 130), pp. 24-62.

(193) Cf. *Derecho penal* (cit. n. 78), pp. 16-18, 22, 76; *El proyecto Pinies* (cit. n.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En el extremo opuesto a Castejón, y proveniente no por azar del socialismo democrático, se coloca admirablemente Jiménez de Asúa, quien enuncia el principio de legalidad, en buena proporción, según las actuales exigencias de un régimen democrático y constitucional. Precisamente por mantener una más rigurosa noción de la legalidad penal, Asúa se apercibe de la contradicción sustancial entre las garantías individuales y las modernas tendencias jurídico-penales, de las cuales él mismo participa. Efectivamente, la ley penal se decide ahora por la « voluntad colectiva » articulada según la forma prevista en la Constitución. Salvo los decretos legislativos aprobados en desarrollo de ley de bases, las restantes disposiciones gubernativas están excluidas del ámbito penal. Esta aproximación a la mentalidad presente se detiene, sin embargo, en la invocación de « la conciencia jurídica del pueblo » como fuente del derecho y en la inexistencia de derechos previos al Estado, lo que convierte la vigencia de las garantías en un problema *práctico*, pero no en una materia intangible. Apartados los motivos genuinamente políticos, Asúa extrae los contenidos de su política criminal de la antropología, la medicina y, también, de concepciones morales pequeño-burguesas, y sobre ellos alza un modelo ideal que, en la estela de Dorado, transforma el delito en peligrosidad y la pena en un tratamiento tutelar.

Junto a la configuración de este sistema penal para el « lejano futuro », Asúa pone todo su empeño en elaborar una propuesta asequible para « el inmediato mañana », que, evitando el exceso autoritario, pero sin resistirse vanamente a los adelantos de la ciencia, dé una solución conciliatoria al « conflicto político penal », esto es, a la tensión abierta entre el derecho constitucional y el saber penal. Frente al insostenible eclecticismo « político-criminal », que

175), pp. 437-438 (donde se lee: « hay que definir situaciones o estados, y, mejor que esto, inclinaciones, aunque se diga que con ello se penetra en lo sagrado de la conciencia del ciudadano y se llega a castigar el pensamiento »); y *Datos para una reforma penal* (cit. n- 127), pp. 9 y 11. Aunque en todo hay grados y medidas, porque Castejón se opone a la práctica, en constante auge en Estados Unidos y Alemania, de « la asexualización para los enfermos mentales, degenerados, alcohólicos y, en general, los afectos de enfermedad grave incurable », ya que « la esterilización no puede considerarse pena por no adaptarse a ninguno de los fines que a la pena asigna el Derecho penal moderno », en *Dos iniciativas modernas en materia de Derecho penal*, « RGLJ » 168 (1936), 462-469, pp. 467-468.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

combina sin concierto las secuencias *delito-imputabilidad-pena-retribución* y *peligrosidad-medida-prevención*, Asúa postula un sistema dualista de códigos que distinga estrictamente ambos polos y que, aun incorporando novedades científicas, « deje intactas las garantías del derecho de libertad », de las cuales no se puede prescindir mientras no desaparezca del todo « el fondo expiacionista de los pueblos ». Si bien todo su modelo gira en torno a la peligrosidad — la cual marca la frontera entre el *código sancionador* de la peligrosidad *criminal*, y el *código preventivo* de la peligrosidad *social* o previa al delito —, el arbitrio del juez es su desembocadura final. En el código sancionador, prohibiendo la creación judicial de delitos y penas y la analogía no admitida expresamente, la legalidad se hace compatible, a juicio de Asúa, con una discrecionalidad jurisprudencial que decide el tipo y la duración del tratamiento reeducador según el caso concreto. Para la preservación de las garantías en el código preventivo, en lugar de tipificaciones taxativas, basta con « un sistema mixto de definición y categorías » de estados de peligro y una catalogación explícita de las posibles medidas a adoptar, porque su misma aprobación supone ya « la máxima defensa de los derechos individuales » al entregar « al Poder judicial esta función preventiva, que jamás quedará abandonada a la Policía » como sucede habitualmente. En conclusión, la clave de todo su sistema radica en una sólida habilitación profesional de la judicatura, que compartiría con la ley constitucional la responsabilidad en la protección de los derechos (194).

(194) Cf. ASÚA, *El nuevo Derecho penal. Escuelas y códigos del presente y del porvenir*, Madrid, Párez, 1929, pp. 43-47 y 70-128; *Manual de Derecho penal* (cit. p. 110), pp. 368-408; *Manual de Derecho penal* II, Madrid, Reus, 1933, pp. 12-45; *El juez penal y la ejecución de la pena*, Madrid, Galo Sáez, 1935, pp. 14-17; *El principio 'nullum crimen sine lege' y la cuestión de la analogía*, Madrid, Galo Sáez, 1936, pp. 20-25, 43 y 50-55; y *La Ley de Vagos y Maleantes* (cit. n. 174), donde ahora se explica que diga que, con ella, « toma realidad legislativa mi doctrina dualista de Códigos », p. 360. Por otra parte, este impulso de la labor jurisdiccional como garantía de los derechos frente a un legislativo en quiebra es signo común del liberalismo republicano: vid. Pérez SERRANO, *La Constitución española* (cit. n. 99), p. 145, y Eduardo L. LLORENS, *La igualdad ante la ley*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1934.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

VI. *Guerra, exilio y mediocridad (1939-1947).*

El comienzo de la guerra civil también divide a nuestros penalistas. Los que se colocaban en los extremos opuestos del espectro político-criminal esbozado, se distinguen ahora por su dispar compromiso con cada uno de los bandos enfrentados. Por un lado, nombran magistrado del tribunal supremo de la zona sublevada a Federico Castejón, quien lleva sus ideas penales al proyecto, nunca aprobado, de código falangista de 1938 (195). Por el otro, Jiménez de Asúa, que durante la República había simultaneado la actividad científica con el compromiso político, se vuelca por completo en este último. Nombrado embajador de la República en Checoslovaquia, y con el auxilio del profesor de derecho político Francisco Ayala, Asúa desarrolla en la Legación de Praga una intensa labor diplomática, se ocupa de la adquisición clandestina de material bélico, del reclutamiento de voluntarios y, junto al refugiado austriaco Leopold Kulçar, organiza un formidable servicio de inteligencia, « sin duda el mejor de que pudo disponer la República durante todo el curso de las operaciones » (196). Tras la ocupación alemana de Checoslovaquia, regresa a Barcelona y se pone a disposición del gobierno republicano, que lo envía a Ginebra como representante de la delegación española de la Sociedad de Naciones, adonde lo acompaña, en calidad de cónsul de España en Suiza, el más político de sus discípulos, Emilio González López, junto a quien continúa dirigiendo la red de espionaje antifascista que había organizado hasta el fin de la guerra civil (197).

Excepto los tres profesores mencionados, y el futuro catedrático Juan del Rosal, que se halla en el frente luchando en el bando

(195) Cf. José Ramón Casabo Ruiz, *El anteproyecto de Código penal de 1938 de Falange Tradicionalista y de la Jons*, Universidad de Murcia, 1978. En él se recogía la analogía, se introducía como circunstancia atenuante la actuación por motivos de honor, preveía entre las medidas de seguridad el ingreso en el ejército y « el matrimonio con persona de raza inferior » se tipificaba como delito « contra la dignidad y el interés de la Patria ». Cf. también, Barbero Santos, *Política criminal y Derecho penal en España* (cit. n. 11), p. 71.

(196) Me sirvo para documentar estos extremos de las memorias de Francisco Ayala, *Recuerdos y olvidos* (1988), Madrid, Alianza, 2001, pp. 214-225.

(197) Cf. González López, *Memorias de un diputado republicano en la Guerra civil española (1936-1939)*, A Coruña, Ediciós do Castro, 1990, pp. 293-295.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

franquista, los restantes penalistas se involucran con menor intensidad en la conflagración, si bien no dejan de afectarle las consecuencias. Huyendo de las represalias, Quintiliano Saldaña se refugia en una embajada en Madrid, donde, tras soportar « dolorosas privaciones » y « transido de mortal tristeza y soledades », fallece en 1938 (198). Destituido de su cátedra por el gobierno del frente popular tras el golpe militar, Cuello se presenta ante las autoridades franquistas cuando, en agosto de 1937, los sublevados toman Santa María de Cayón, municipio de Cantabria en que había residido durante trece meses. Declara allí su adhesión al « Movimiento Nacional », es depurado después de jurar, entre otras cosas, haber impartido las lecciones de su cátedra barcelonesa « en castellano » y, seguidamente, es adscrito a la universidad de Salamanca (199). Aquí se encuentra con Isaías Sánchez Tejerina, quien, además de formar parte de comisiones para la depuración de profesores universitarios (200), es autor del quizá único manual de derecho penal redactado y publicado durante la guerra. Escrito con la intención de imprimir un giro « neoclásico » a la disciplina, sus aseveraciones podrían parecer caras al principio, pues, aunque enunciadas desde una perspectiva autoritaria y retributiva, reivindican la legalidad como « un verdadero dogma del Derecho penal » que, « imposible de anular », ha logrado imponerse a las corrientes antropológicas modernas. Sin embargo, aun declarando el « fracaso absoluto » de la desquiciada « defensa social », Sánchez Tejerina nos da una muestra del panorama que se avecina, al rodear el principio de las referencias intelectuales decimonónicas que lo desvirtuaban y justificar su quebranto por razones político-criminales. En efecto, el derecho penal

(198) Lo narra su discípulo predilecto Jaime MASAVEU en *Relieve biográfico-técnico del profesor Saldaña*, « Revista de la Facultad de Derecho de Madrid » (« RFD », en adelante), 1 (1940), 50-53. Aunque cabe especular que fuese la embajada de Alemania, por las estrechas relaciones científicas que Saldaña mantenía con su universidad, nada detalla Masaveu al respecto.

(199) Tomo los datos de su expediente personal conservado en la caja AGA 31/3994.

(200) Sé que formó parte de la comisión depuradora que separó del servicio a los profesores de derecho político Manuel Martínez Pedroso y Mariano Gómez González, ambos exiliados. Cf. los respectivos expedientes personales en caja AGA 55/1969 y en el archivo general de educación sig. 92.057.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vuelve a fundarse en los « principios inmutables » de un « orden moral » « impuesto por el mismo Dios », y el delito regresa a su anterior acepción de ruptura de un orden recompuesto mediante la pena. Además, en el sistema punitivo de Sánchez Tejerina, el mantenimiento del principio no impide la implantación de la retroactividad, el castigo de los actos preparatorios, el establecimiento de penas indeterminadas, ni tampoco la peligrosidad social, la cual no puede quedar impune porque supondría « exagerar el respeto a los derechos individuales » — cuando, en puridad, las medidas « no son penas » — y desarmar la sociedad frente a una criminalidad en constante auge debido a « la irreligión, la inmoralidad, la casi desaparición de la familia y las pasiones políticas » (201).

Si lo antedicho constituye un indicio de lo que se aproxima en territorio hispano tras la victoria franquista, la labor intelectual de los profesores republicanos obligados a marcharse prosigue en el exilio. Jiménez de Asúa se instala en Buenos Aires, despliega su infatigable actividad por toda Iberoamérica y elabora su monumental tratado, el estudio de parte general más completo de la literatura penal universal hasta el día de hoy (202). González López, abandonando la dedicación jurídico-penal por la historiografía, residirá en los Estados Unidos. Por su parte, Ruiz Funes se suma a los numerosos intelectuales republicanos exiliados en México, y López Rey desembarca en Bolivia, donde seguirá consagrado a su profesión jurídica. La producción intelectual de estos juristas exiliados constituye un capítulo fundamental de la historia de las ideas penales hispanas. A ella se deben una mejora cualitativa del saber penal y un notable perfeccionamiento de la legislación punitiva en Latinoamérica (203). Pese al subido interés del asunto, y no sin antes mencionar

(201) Cf. su *Derecho penal español*, Salamanca, s. e., 1937, pp. VI, 2, 10, 53, 76-77, 91, 291, 349, 377 y 403-405.

(202) Fue, además, presidente de la República en el exilio. Cf. TOZZINI, *Luis Jiménez de Asúa* (cit. n. 178), pp. 686 y ss.; y BACIGALUPO, *Epílogo*: *El exilio de Jiménez de Asúa*, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), pp. I-XVIII. Me he referido a su *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1950-1977, 7 vols.

(203) Baste mencionar la escuela de Asúa en Argentina y su contribución al derecho comparado, bien plasmada en la colección *Códigos penales iberoamericanos según los textos oficiales*, Caracas, Andrés Bello, 1946, 2 vols. Por otra parte, la codificación penal y procesal-penal boliviana fue encomendada por el gobierno a Manuel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la continuada, pero ya estéril, defensa política del principio ante los abusos del régimen franquista (204), la obra de los exiliados importa a nuestro particular propósito sólo para averiguar si, después de la instrumentalización totalitaria de las propuestas político-criminales por ellos sostenidas, entonan algún tipo de palinodia.

En vano buscaremos, no obstante, conversiones a sistemas científicos antes repudiados. Para evitar sorpresas, urge deshacer un frecuente equívoco de marcado carácter anacrónico, que, mezclando planos disociados, como son los de la ciencia y la política, empareja el positivismo con las ideas conservadoras y el clasicismo con el credo liberal. Si Sánchez Tejerina nos sirvió de ejemplo para constatar la nula relevancia a efectos políticos que tiene colocarse entre los clásicos, podemos ahora contemplar entre los exiliados una adecuación de la filosofía penal de cada autor al nuevo tiempo, sin abjuraciones doctrinales ni mella en sus creencias democráticas. Se trata más bien de matizar y salvar las propias concepciones ante el comienzo de una nueva fase política que, traumatizada por la barbarie, reacentuará previsiblemente la significación de las garantías individuales frente al Estado, dando así al traste con las aspiraciones político-criminales positivistas. No faltan, de todos modos, rectificaciones sustantivas, como el rechazo explícito de la analogía, que, reemplazando al arbitrio sin cortapisas de los jueces-terapeutas, pasa ahora a constituir para Ruiz Funes « una forma elegante de encubrir la tiranía ». Continúa siendo conveniente librar la labor judicial de excesivas constricciones legalistas, pero para lograrlo basta con recurrir a la « interpretación extensiva », « límite infranqueable de la justicia penal ». Con ella, el discernimiento judicial puede renovar el contenido de los códigos al mismo tiempo que se bloquea la deriva defensista, pues, al no admitirse, bajo la excusa de proteger la sociedad, la creación judicial de infracciones y penas, se

---

López Rey, quien también fundó y dirigió los efímeros *Anales de Criminología y Derecho penal* de la Universidad de La Paz: vid. su *¿Qué es el delito?*, Buenos Aires, Atlántida, 1947, pp. 35 n. 1 y 250 n. 1. Tomo la fecha de edición de este texto como fin del período aquí solamente pergeñado.

(204) Llevada a cabo por RUIZ FUNES, *La justicia de Franco*, México, s. e., 1943, con dura recriminación por el trasvase de la peligrosidad social « al orden político », y la subsiguiente creación de « una novedad penal, la peligrosidad política », acuñada en la ley de responsabilidades después citada.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

evita la usurpación de una competencia « indelegable del legislador » (205). La construcción dogmático-jurídica del delito, que, según vimos, cobijaba la formulación moderna del principio, comienza en estos años a redondearse. Situado el derecho penal entre « la norma y el bien jurídico », la sanción de la primera y la protección del segundo corresponden inalienablemente — « en holocausto al apotegma liberal *nullum crimen sine lege* » — al poder legislativo, hasta el punto de que, en opinión de Asúa, « la peor ley es más imperativa que el mejor Tratado », axioma del que ya debe partirse para conjurar la tentativa implícita en toda la política criminal positivista, a saber: el deseo de suplantar al legislador (206). Mas la transformación fundamental reside, a mi juicio, en que, tras las funestas experiencias autoritarias, las concepciones de los exiliados abandonan buena parte de su dimensión antagónica respecto del derecho penal liberal, estimado ahora, según Ruiz Funes, como « el derecho penal único ». Así, esta corriente deja atrás su pugna con la tradición clásica, recuerda continuamente que jamás coqueteó con las dictaduras y se postula como una « nueva concepción del liberalismo », irreductible a cualquiera de los dos extremos — autoritario o liberal — entre los que, hasta el momento, ha oscilado la controversia penal (207) .

Para exculpar la imprudencia pasada y emprender el nuevo tiempo constitucional, la penalística del exilio recurre a varios efugios. En primer lugar, pretexta el carácter « normativo » de la ciencia penal, disciplina racional y teleológica que, basada en principios científicos, ensaya una compresión conceptual sistemática de la función punitiva del Estado, a la que escapan las malformaciones y perversiones de los institutos penales debidas a una posible práctica política irracional. Del mismo modo que la concepción normativa de la política concibe a ésta como la actividad organizada para salvaguardar el interés común, y condena la noción nihilista que convierte el dominio en su

(205) Cf. Ruiz Funes, *Delito y libertad* (cit. n. 186), pp. 177-178 y *Evolución del delito político*, México, Hermes, 1944, pp. 238-240.

(206) Vid. Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito. Curso de Dogmática penal*, Caracas, Andrés Bello, 1945, pp. 17 y 64.

(207) Ruiz Funes, *Evolución del delito político* (cit. n. 205), pp. 315 y 322; y, con mayor empeño en perfilar una concepción moderna que, carente de sincretismos, trascienda la diatriba penal citada, López Rey, *¿Qué es el delito?* (cit. n. 203), pp. 66-67.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

razón de ser, el derecho penal, partiendo de la buena fe inherente a la política, trata de afinar la organización punitiva con el hallazgo racional de fórmulas que la adecuen a los fines que tiene encomendados. Si el capricho del poder nunca la ha sojuzgado porque renunció a ser un saber « descriptivo » de la voluntad legal, tampoco puede recriminarse a esta filosofía penal no haber subrayado la importancia de las condiciones indispensables para su realización. Las propuestas político-criminales que formulaba no adolecen de una maldad intrínseca; por el contrario, la responsabilidad de su degradación pesa sobre el modelo político que se las apropie, y en este punto, Asúa no cesó de avisar que, mientras el « individualismo demo-liberal » siga en pie, las garantías penales son irrenunciables, porque « *es peligrosísimo injertar en un régimen dado principios que se piensan y construyen para otro* ». De esta forma, sólo bajo un Estado limitado por reglas jurídicas, y basado en el « consentimiento » público, se hace legítimo el ensayo de prácticas institucionales cuyo último propósito no es, de ningún modo, el encubrimiento de la arbitrariedad, sino la atribución parcial de la protección de los derechos a los jueces, una vez que éstos se hallen habilitados profesional y culturalmente. Por último, esta ampliación de la discrecionalidad judicial, además de fundamentarse en el carácter estructuralmente creativo de la jurisprudencia, se justifica sólo si responde a los fines racionales que distinguen la función penal moderna, volcada ya en la readaptación social del condenado. Y es precisamente aquí, en la inspiración humanista de este ideario político-criminal, donde se abre la falla insalvable que lo separa del derecho autoritario, pues a la incriminación por razones biológicas y políticas sobrepone la convicción igualitaria, esencial al principio de legalidad, según la cual « el hombre delincuente no es diferente del que lo es ». Mas, una vez adoptadas las citadas precauciones, Ruiz Funes seguirá propugnando la peligrosidad social, Asúa augurando que « la Criminología imperará sobre el Derecho penal » y López Rey invocando « principios supralegales » dignos de ser atendidos por los jueces en caso de insuficiencia de la ley ([208]).

([208]) Para lo mencionado: RUIZ FUNES, *Evolución del delito político* (cit. n. 205), pp. 101-105 y 321-331; ASÚA, *La Ley y el Delito* (cit. n. 206), pp. 24 y 82-84; y López Rey, quien lleva más lejos su « Derecho humanista basado en el valor y dignidad de la persona humana », en *¿Qué es el delito?* (cit. n. 203), pp. 31-32, 50-52, 65-67, 94 y 253-263.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Regresemos a España. Desmochada la disciplina con la proscripción de Asúa — a quien, en un intento de borrar la memoria, parece terminantemente prohibido citar (209) —, habiendo comenzado Antón su peregrinaje por el exilio interior, fallecido quien quizá hubiese estado llamado a ser el penalista del régimen, ejerciendo de magistrado Federico Castejón y ocupado Inocencio Jiménez en otros menesteres ajenos al derecho penal, la asignatura queda en manos de dos profesores ya sexagenarios, Eugenio Cuello Calón *e* Isaías Sánchez Tejerina, ambos premiados con las cátedras madrileñas de Asúa y Saldaña, respectivamente, para desarrollar en ellas dos labores tan dispares como complementarias: la descripción legalista de las normas del nuevo Estado y su furibunda legitimación moral e intelectual. La obligación de proveer la asignatura de profesores recae principalmente sobre Cuello, y se lleva a cabo en apenas cinco años después de vencido el ejército republicano. Junto a la monótona — y acomodaticia — prolongación del pragmatismo penal por Mavaud (210), aparecen ahora nuevos nombres: Octavio Pérez Vitoria, Valentín Silva Melero, José Ortego Costales, Antonio Ferrer Sama, José Guallart López, Manuel Serrano González y Juan del Rosal.

Si la guerra civil no formaba parte de la estrategia académica de Cuello, y dado que las cuatro últimas incorporaciones — Antón Oneca, Rodríguez Muñoz, González López, López Rey — al cuerpo de penalistas provenían de la escuela de Asúa, que continuaba extendiéndose antes de la conflagración, la tacha de mediocridad anunciada se explica entonces por el carácter casi improvisado de esta reconstitución de la penalística hispana, diezmada por la guerra y la jubilación de profesores de la generación anterior. Tomando

(209) Todavía diez años después de terminada la guerra, y ya catedrático en Madrid, Cuello Calón nombraba, con olvido de Asúa, a Luis Silvela como « mi eminente antecesor en la cátedra que profeso », en *La reforma penal en España. Discurso de recepción del académico de número D. Eugenio Cuello Calón*, Madrid, 1949, p. 5.

(210) « Para el pragmatismo jurídico no existe el Derecho. El Derecho es una coordenada, un punto de vista nada más. Sólo tiene efectividad la *Justicia*, que es el *Derecho en acción* », así acomodaba Mavaud las doctrinas de su maestro al régimen naciente, en *Relieve biográfico-técnico* (cit. n. 198), p. 52, con anuncio de próximas conferencias sobre el pragmatismo y confesión de querer limitarse en adelante a « una labor de difusión » de tal corriente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

como criterios la densidad intelectual y la proyección política e internacional, el reproche puede también basarse en un elemental contraste entre las actividades de Asúa y de López Rey en el exilio y las obras suscritas por la nueva hornada de profesores. Pero descendamos, siquiera a modo de ejemplo, hasta los acontecimientos tangibles. Las primeras oposiciones a cátedra de derecho penal celebradas durante el franquismo comienzan en septiembre de 1940. Entre los miembros del tribunal figuran los tres penalistas con mayor influencia académica en estos instantes: Jiménez Vicente, Sánchez Tejerina y Cuello Calón. Por delante de Ferrer Sama y Pérez Vitoria, ambos discípulos de Cuello, y también nombrados catedráticos, el opositor que, por unanimidad, gana el primer puesto, es José Guallart, un auxiliar de Jiménez Vicente en la universidad de Zaragoza que concurrió sin éxito, por previa retirada, a los tres concursos sucesivos que en 1925, 1931 y 1935 se celebraron para cubrir la cátedra vacante de la universidad de La Laguna. Pudiera pensarse que Guallart fue un opositor frustrado debido al monopolio académico ostentado por Asúa, pero los méritos reunidos desde que comenzase a impartir derecho penal — es decir, en más de quince años — ascienden en 1940 a dos breves artículos expositivos de la dogmática-jurídica alemana, justo en sus capítulos más extraños al principio, convenientemente adaptados por Guallart al relato tradicionalista (211). En útil refrendo de esta valoración crítica, su mismo maestro tan sólo le reconoce la antigüedad — « una vocación

(211) « El tradicional pensamiento del Escolasticismo se quebró, agitado por el movimiento de rebeldía que la Reforma entraña […] La tendencia se concretó en el Racionalismo. En tales circunstancias, así cercenado el concepto del Derecho, poca trascendencia podía tener el paralelo estudio de la Antijuridicidad […] Más tarde, el vigoroso retorno de los afanes filosófico jurídicos, retorno hoy por todos comprobado, había de estimular estas profundas disquisiciones que en torno a la Antijuridicidad surgen », en GUALLART, *La antijuridicidad como elemento del delito* (cit. n. 155), pp. 611-612. Ya en 1931 celebraba la fecundidad autoritaria de la dogmática: « El juicio de la Culpabilidad no se limita ya a un solo gesto y a su motivación, sino que aborda el global contenido de la vida interior del sujeto », lo que le llevaba acertadamente a pensar que a esta fórmula le estaba « reservado un amplio porvenir en ciertas fórmulas de peligrosidad », en *Los elementos subjetivos de la antijuridicidad*, « Universidad », (1931), 847-885, p. 875. Conozco su fallida participación en las oposiciones mencionadas por una hoja de servicios depositada en el expediente del concurso de López Rey (cit. n. 138).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

temprana y sostenida » — y ser « fiel expositor de lo extranjero y buen conocedor de lo nacional », méritos suficientes para ser el mejor aspirante a cátedra de derecho penal en estos momentos (212).

Tres años después, gana por oposición la plaza de Santiago otro discípulo de Cuello, Manuel Serrano, quien se encarga de retrotraer la ciencia penal a la escolástica, de la cual, a su juicio, no debería nunca haber salido. Pese a poner todo su empeño en recolocar el derecho penal sobre las bases del tomismo, Serrano no logra satisfacer las expectativas de quienes custodian, por vocación y pensamiento, el legado de Tomás. En efecto, el dominico Ignacio Menéndez Reigada, al conocer un « folleto » de Serrano sobre la culpabilidad, censura al penalista no haber « estudiado con ahínco » ni « meditado con sosiego » su obra, pues de haberlo hecho no habría dado a la imprenta un texto donde, si bien « se cita al Santo repetidas veces, supone un desconocimiento fundamental de su teoría sobre la pena » (213) .

Volviendo a las primeras oposiciones de 1940, comprobamos que no todos los aspirantes obtienen sus propósitos, destacando entre ellos Juan del Rosal, el penalista que, a la postre, terminará fundando la escuela más numerosa de la disciplina hispana. Pero si el tribunal estima que Del Rosal no está aún preparado, no es porque su ascendencia académica señale al innombrable Asúa, de quien era ayudante de clases prácticas en Madrid, sino porque sus trabajos, más copiosos que los presentados por sus contrincantes, « adolecen

(212) Juicio que se conserva en el expediente de oposición a las cátedras de Murcia, Oviedo y Valladolid que gana Guallart, en caja AGA 32/13571.

(213) Fr. Ignacio G. MENÉNDEZ-REIGADA, *La teoría penal de Santo Tomás*, Salamanca, Pontificia Universidad Eclesiástica, 1943, criticando el texto — con título significativo — de Manuel Serrano, *Culpabilidad en Derecho penal: especial referencia a la culpa*, Madrid, CSIC, 1942, ambos citados en la versión ampliada que Serrano hizo de su breve monografía: *Culpabilidad y pena*, Santiago, Imp. Paredes, 1945, donde incluye la « Contestación a una crítica », pp. XVII y ss., de que nos hemos servido, y a cuyas páginas acude a socorrerle el presbítero Casimiro Torres Rodríguez con un « Comentario sobre una crítica » donde se disculpa al « profundamente católico » Manuel Serrano porque, « a los que hemos conocido el ambiente universitario anterior a 1936, en el que, salvo raras y muy laudables excepciones, se hacía caso omiso de la doctrina de Santo Tomás », les parece suficiente y « digno de aplauso de todos los católicos el solo hecho de volver los ojos hacia el Sol aquinatense y de tratar de armonizar su doctrina con la evolución actual de la ciencia », p. XIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del defecto de oscuridad en la exposición » y « revelan el empeño, no acabado de lograr, de comprender las doctrinas penales de algunos profesores alemanes ». A esta crítica de Sánchez Tejerina se suman otras, de mayor dureza, formuladas por Cuello, quien, aparte de recriminarle su « léxico deplorable » y que se « limite a exponer » ideas ajenas, le reprueba por el « formidable acarreo de datos bibliográficos, con gran frecuencia inconexos y sin trabazón », que exhibe en su tesis doctoral, acerca de la cual Cuello se abstiene de « emitir juicio preciso » dada « la confusión de ideas y temas que en ella se entrecruzan y mutuamente se oscurecen haciendo muy difícil su comprensión y su texto no pocas veces ininteligible » (214). En fin, unas objeciones severas que, si bien podrían derivar de enfrentamientos escolares, o explicarse por la brecha generacional que separa a Cuello y Sánchez Tejerina de Juan del Rosal, describen fielmente, a mi juicio, unos primeros textos animados por la pretenciosa intención de sondear las supuestas profundidades inescrutables del fenómeno penal.

VII. *Vuelta al mundo penal decimonónico, negación ontológica de la legalidad y reverso disciplinario del principio (1940-1944).*

En la medida en que el saber se desenvuelve independientemente de los acontecimientos políticos, las fracturas históricas no se traducen forzosamente en rupturas científicas, pero en la proporción en que el poder puede servirse de la ciencia, la continuidad exterior de una disciplina también puede enmascarar ajustes internos que la acomoden a las nuevas circunstancias. Este es el caso de la dogmática jurídico-penal practicada en los primeros años cuarenta por los discípulos de Cuello. Todos ellos parten de premisas que nos son familiares: renuncian a tratar asuntos metafísicos — v. gr., el libre albedrío —, celebran la separación estricta entre el derecho penal y las materias que, derivadas de las ciencias naturales, se adjetivan « criminales », y secundan la hipotética emancipación de la ciencia penal respecto de la política criminal, saber práctico falto del

(214) Inocencio Jiménez coincidía con los juicios citados: « La oscuridad no es solo defecto de forma sino indicio de que la asimilación no está lograda ». Todos recogidos en el expediente de oposición citado (n. 212).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

carácter sistemático que distingue el conocimiento científico (215). Estas coincidencias con la dogmática anterior no ocultan, sin embargo, significativas divergencias, ni tampoco agotan la contribución de la perspectiva emergente. Se produce, en primer término, un sensible desplazamiento de Alemania a Italia en lo concerniente al acopio de autoridades que justifiquen la contracción jurídica de la disciplina, dando con ello la espalda a Mezger, y comentado ampliamente las sugerencias sobre el particular de Arturo Rocco, Francesco Carnelutti o Filippo Grispigni. En segundo lugar, la *civilística penal* pasa de construir una teoría dogmática del delito estrictamente jurídico-penal a referirse expresamente a las técnicas del derecho privado. Llama, en efecto, la atención que, dada la resistencia del derecho penal a « modelar sus instituciones con conceptos puramente jurídicos », se busque auxilio, para vencer esta renuencia, en el derecho civil y no en un derecho político que, sin haber tenido tiempo para tecnificarse, le apremia ahora la decisiva tarea de legitimar ideológicamente el nuevo régimen (216). La funcional proximidad del derecho civil y del penal se hace posible en virtud de la mediación de un axioma básico de la racionalidad incipiente: la « unidad ». Si el ordenamiento jurídico, en tanto que expresión de la soberanía unitaria, es único, y el contenido del orden moral que materializa no es menos unívoco, las fronteras que separaban las dos disciplinas se atenúan y, en consecuencia, comienzan a contemplarse, por un lado, la penetración de las instituciones y conceptos iuscivilistas en el terreno penal y, por otro, la idéntica naturaleza espiritual de la que participan las ilicitudes de ambos

(215) Prácticamente todos reproducen estos lugares comunes: véase PÉREZ VITORIA, *Memoria sobre el concepto, método, fuentes y programas del Derecho penal*, 1940, pp. 15, 20-21, 32; FERRER SAMA, *Concepto de Derecho penal*, 1940, pp. 25-26; José GUALLART LÓPEZ, *Concepto, método, fuentes y programas de la asignatura de Derecho penal*, 1940, II y XXVI; DEL ROSAL, *Nuevo sentido del derecho penal (Problemas de concepto, método y fuentes)*, Valladolid, Librería Santarén, 1942, pp. 27, 34 y 42. Las memorias de Pérez Vitoria, Ferrer Sama y Guallart se encuentran depositadas en el expediente citado (n. 212).

(216) Valgan como ejemplos algunas obras de la nueva generación de politólogos: Francisco JAVIER CONDE, *La idea actual española de nación* (1939) y *Espejo de caudillaje* (1941), en *Escritos y fragmentos políticos* I, Madrid, IEP, 1974, y de la vieja generación también: Luis DEL VALLE, *El Estado hispánico (las líneas fundamentales de la comunidad básica)*, Zaragoza, Tip. La Académica, 1943.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

campos, diferenciadas exclusivamente por su variable intensidad y por la presencia de factores antropológicos propia del derecho penal. En un momento constituyente sin voluntad así calificable como es la posguerra civil, el alcance de esta — no tan — novedosa « continuidad » entre las materias civil y penal dista de reducirse a una cuestión de apoyo técnico o conceptual, pues atañe sobre todo a la simbiosis institucional que envuelve ambos sectores del ordenamiento, ya que el sistema del código civil « se realiza en múltiples ocasiones merced a la existencia de unos preceptos sancionadores que [coaccionan] psicológicamente », y el derecho penal « vería reducida su órbita a límites muy restringidos si no tuviera como finalidad la protección de los bienes jurídicos que el Derecho civil regula » (217).

Orillando las cuestiones que pueda suscitar este asentamiento del derecho penal en el individualismo propietario del vigente código decimonónico (1889), atendamos a las transformaciones de la racionalidad jurídico-penal. Autodenominada ciencia « normativa » y « formal », la nueva dogmática prescinde del carácter deontológico que los exiliados atribuían a la normatividad del derecho penal. En efecto, para Ferrer Sama el término « normativo » denota exclusivamente el « estudio de la norma jurídica vigente, tal como la misma se nos ofrece », con exclusión expresa, « para evitar posibles confusiones », de la elucidación de su « proceso formativo, de sus causas y efectos sociales » y, en definitiva, de « toda valorización ». El carácter formalista, que en los años treinta era combinado con apreciaciones teleológicas e indicaciones técnicas, las cuales equiparaban en cierta medida al jurista y al legislador, es ahora enunciado como perspectiva indisoluble « en absoluto » en el « criterio finalista », hasta el punto de desautorizarse cualquier juicio crítico sobre la adecuación de la ley a « los fines propuestos por el legislador », pues de proceder así, el jurista saldría indebidamente « del estudio formal de la norma jurídica ». No se crea, sin embargo, que se ha

(217) Vid. Valentín SILVA MELERO, *Ilicitud civil y penal*, en « RGLJ » 179 (1946), pp. 5-25, y, sobre todo, su recopilación de artículos *Tecnicismo jurídico civilista en el derecho penal*, Universidad de Oviedo, 1950, pp. 1-48. Ya en 1913 trataba estas cuestiones Federico Castejón, quien amplía y reedita ahora su trabajo *Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil: nuevas aportaciones al ensayo sobre la determinación del concepto de ilicitud en ambos derechos*, Barcelona, Bosch, 1949.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

producido una completa tecnificación del discurso jurídico, con negligente prescindencia del componente axiológico. Antes bien, la noción de filosofía jurídica que aquí se mantiene, bajo el magisterio de Del Vecchio, otorga al saber especulativo el honor de valorar las leyes « según el ideal de la justicia trazado por la pura razón ». Asistimos, en cambio, a una renuncia voluntaria del penalista a inquirirse acerca de la racionalidad de las leyes punitivas, labor que, mediante una estricta división del trabajo académico, deja en manos de la filosofía jurídica, reservándose para sí el análisis de « la norma en su contenido y en su forma » (218). Sometido así el derecho penal al dictado de la ley, se anula su tradicional dimensión ética (219) y, sobre todo, se hace posible colaborar, por omisión, con la política criminal del nuevo Estado (220).

Pese a todo, en el recién constituido cuerpo de penalistas no reina la unanimidad. Entre sus miembros destacan autores que, si bien se cuidan de apreciar el « método lógico-abstracto » de la dogmática, y aunque celebran la reversión de la ciencia penal al ámbito del derecho positivo, consideran indispensable continuar abordando « el problema siempre actual del fundamento y fin de lo penal ». Y así lo hacen Manuel Serrano y José Guallart, profesores neotomistas erigidos en baluartes de la moralidad católica frente al

(218) He utilizado la memoria de cátedra de Ferrer Sama, *Concepto de Derecho penal* (cit. n. 215), pp. 8, 27-33 y 38. Se entiende entonces que su principal obra fuesen unos *Comentarios al Código penal*, Murcia, Suc. de Nogués, 1946-1956, 4 vols. Expresiones de similar calado se encuentran en Pérez Vitoria, *Memoria sobre el concepto* (cit. n. 215): « Ni el delito como fenómeno social ni el delincuente son elementos de estudio del Derecho penal », p. 31; « el único objeto de la ciencia del Derecho penal es el estudio de las normas penales vigentes », p. 43; « fuera del Derecho positivo vigente no cabe el trabajo del jurista », p. 47; o « el jurista no debe siquiera preguntarse si el Derecho penal vigente considerado en conjunto o en alguna de sus partes, es o no justo », p. 49. También admitía Pérez Vitoria alusiones excepcionales a conceptos extralegales, pero autorizadas tan sólo « en cuanto ciertos presupuestos filosóficos y determinadas nociones psicológicas están contenidas en el derecho positivo, pero aun en este caso no es necesario ir más allá de él », p. 52 n. 2.

(219) Como acertadamente apunta Sbriccoli, comentando el caso que inspira en estas fechas a los autores hispanos, en *La mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, en « Qf » XXVIII (1999), 817-850, p. 847.

(220) Porque, efectivamente, la más asépticas de las dogmáticas puede prestar provechoso servicio a la política criminal más irracional. Vid. Muñoz Conde, *Edmund Mezger* (cit. n. 28), pp. 109-113.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abstencionismo legalista. Con mayor sofisticación jurídica que Serrano (221), Guallart aloja « la eterna reaparición del Derecho natural » en la « antijuricidad » del delito, al cual define como el « acto antijurídico, culpable y punible ». Hasta tal punto pasa lo *injusto* a ocupar, junto a la culpabilidad, el núcleo de « la infracción », que la tipicidad no es ya — como en los casos de Mezger y López Rey — un mero índice legal de lo antijurídico, sino que se transforma en un componente accesorio de la punibilidad, pues, « mientras los dogmas del Legalismo campeen », será necesario determinar jurídicamente la sanción vinculada a un hecho antijurídico. Este modelo punitivo de antiguo régimen acuñado en los moldes de la dogmática moderna, además de casi suprimir el principio, permite ciertamente la remisión a los valores, pero en nada se parecen éstos a aquellos otros social e históricamente constituidos que López Rey menciona. Se trata aquí de asentar el derecho penal en una « Filosofía idealista » que tenga por fundamento el credo católico y por finalidad la ya conocida « defensa social », « cuyo límite debido — repite Guallart, siguiendo a Castejón — será la Justicia » (222). En términos materiales, pues, esta metodología se traduce, por un lado, en una referencia a la iglesia oficial encargada de precisar el contenido de los principios que han de inspirar el derecho penal, y, por el otro, en lo que atañe a la « defensa de la sociedad », en una remisión a quienes detentan el poder de individuar las conductas, hechos y situaciones hipotéticamente agresivas para la colectividad. Contemplamos así una apertura del discurso penal a los valores cuyo significado preciso es el de una corroboración ideológica de la topografía institucional alumbrada por la guerra, lo cual poco tiene que ver con la adaptación republicana — perviviente en el exilio —

(221) Cf. Manuel SERRANO, *El fundamento del derecho y el sentido de la ciencia española. Discurso inaugural leído en la solemne apertura del curso académico de 1944 a 1945*, Santiago, Ed. Compostela, 1944, texto en el que seguidamente nos adentraremos. Manejo, por cierto, un ejemplar rubricado por su autor y dedicado a Wenceslao González Oliveros, catedrático de derecho natural más conocido en estos años por su condición de miembro del tribunal especial para la persecución de la masonería y el comunismo.

(222) Para lo comentado, cf. GUALLART, *Concepto, método, fuentes* (cit.), pp. XI-XII, XXIX-XXX y XLV y *El adecuado lugar de la tipicidad en la construcción técnica del delito*, Madrid, Imp. Samarán, 1943.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la « teoría de los valores », identificables en este segundo caso con un orden racional, de pretendida representatividad democrática, objetivado por una élite de juristas e intelectuales y entre cuyas posibilidades destaca la de realizar enmiendas éticas al legislador.

Aunque también se inspire en Erik Wolf, y complete la dogmática remitiéndose a los valores, escasa semejanza tiene con el sistema penal de López Rey la concepción de la disciplina que Juan del Rosal propone. De mayor trascendencia que el « dominio técnico » de « los artículos y párrafos del código », la aprehensión de la « sustancia » y « sentido » del derecho penal supone, en efecto, acudir a sus valores fundadores, los cuales no se localizan ya ni en un orden moral superior al legislador, ni tampoco en el entramado de los intereses sociales, sino que se predican de la misma « naturaleza humana ». Seguidamente comprobamos que, detrás de esta grandilocuente mención a la condición humana, discurren las « eternas creencias cristianas », en cuanto elementos constitutivos del hombre, y la existencia histórica de la comunidad, en clara alusión a la nacionalidad española. Aparte de por la nostalgia religiosa, este « saber último de los objetos del Derecho penal » se separa de la versión ilustrada republicana de los valores en cuanto apela a la « intuición » como factor del conocimiento científico y, sobre todo, porque se resuelve finalmente en una reconciliación con el curso providencial de la historia que, en términos prácticos, significa la racionalización con léxico vitalista del resultado de la guerra civil y del sometimiento a la autoridad triunfante. En efecto, lejos de constituir principios éticos objetables al legislador, los valores se hallan ya materializados en la « realidad histórico-social », para conocer la cual, además de ejercitar la intuición, debe el penalista colocarse en « la maravillosa altiplanicie de las corrientes de la época » para, desde allí, recoger la solución que le ofrecen « las ideas políticas, a la sazón dominantes » (223).

Dejando a un lado la tentativa de legitimación jurídico-penal de la sublevación militar, resumida en una exención de toda responsa-

(223) Cf. Juan DEL ROSAL, *Nuevo sentido del Derecho penal* (cit. n. 215), pp. 27, 85-89; *Acerca del pensamiento penal español*, Madrid, Aldecoa, 1942, p. 35; y *Política criminal*, Barcelona, Bosch, 1943, p. 20, con la correspondiente homologación de la censura eclesiástica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bilidad criminal por ser un ejemplo de « legítima defensa colectiva » frente a « la revolución roja » (224), la dogmática jurídica, el tradicionalismo católico y el nacionalismo falangista inspiran las tres concepciones típicas del derecho penal del primer franquismo. El principio adquiere en cada una de ellas distinto relieve y espesor: en el patriotismo existencial de Del Rosal no encuentra apenas ocasión de realizarse, debido a la defensa expresa de los tipos de autor o a la primacía de una política-criminal orientada, en primer término, por la defensa del Estado y cuyo precipitado último, en consecuencia, lo compone un derecho penal del enemigo; el lugar que el neoescolasticismo le procura apenas difiere del que, medio siglo antes, encontraba en las construcciones de Silvela y Valdés; por último, la dogmática legalista le cede amplio espacio, e incluso, a pesar de los tiempos, se empeña en su defensa y mantenimiento, mas lo hace sólo después de haberle sustraído su virtualidad garantista. Pese a las discrepancias particulares, las tres corrientes mencionadas se coordinan y entrecruzan, pues ni la dogmática ni la ontología falangista desprecian el credo católico, y tanto los tomistas como el nacionalismo romántico acatan el imperativo legal, permaneciendo acaso aislado Juan del Rosal en su personal y abstrusa exposición de las entrañas del fenómeno penal. En realidad, este tríptico jurídico-penal responde a la base socio-política que reproduce, y a la que se halla plenamente subordinado, la cual se caracteriza, en su aspecto jurídico, por los siguientes tres rasgos: la autoridad personal de Franco como fuente mítica de la legalidad; la autoridad institucional de la iglesia como legitimación mística de la legalidad y, por último, la legalidad como expresión existencial de la autoridad histórica de la nación. En el primer caso, la dogmática se presta a desplegar la « suprema potestad » legislativa del Jefe del Estado (225), sin inter-

(224) Cf. SÁNCHEZ TEJERINA, *El Alzamiento Nacional comenzó siendo un caso magnífico de legítima defensa. Discurso leido en la solemne apertura del curso académico de 1940 a 1941*, Salamanca, Imp. Hijos de Francisco Núñez, 1940. Algo similar ensaya Jaime MASAVEU, *La defensa nacional militar frente a un Estado anárquicamente revolucionario (Un enfoque jurídico)*, en « RGLJ » 172 (1942), 35-40, texto de previsible conclusión: « Quien prometió defender a la Nación ha de hacerlo — si necesario fuere — aun contra el mismo Estado », p. 37.

(225) Atribuida por el art. 17 de la ley de administración central del Estado de 30 de enero de 1938, y confirmada en el preámbulo de la ley de creación de las cortes

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poner contraste racional a sus decisiones. En el segundo, el derecho natural representa la presencia, a veces ornamental, de la autoridad eclesiástica en la producción jurídica. Y, finalmente, la concepción romántica de la comunidad política trata de sustituir la legitimidad tradicional de la soberanía nacional.

Repasemos brevemente la articulación concreta de cada una de las tres corrientes. Manifestación intelectual del predominio social recobrado por la iglesia católica, el neoescolasticismo reinstala el saber penal en « la lucha de escuelas » de la última mitad del siglo XIX. Esta tendencia reproduce la estructura mental vigente en el siglo anterior, e interpreta el mundo de acuerdo a las entonces habituales divisiones entre *materialismo-idealismo*, *determinismo-libre albedrío*, *cuerpo-alma*, *bien-mal*, *pecado-salvación*. En la medida en que el discurso penal vuelve a tomar como referentes predilectos el orden natural armónico y el orden legislado, su aportación se resume en precisar las relaciones, proximidades y contradicciones existentes entre ambos polos, con la consecuente reaparición de las viejas polémicas contra los sacerdotes del derecho protagonizadas por Pedro Dorado. La función penal vuelve a ser la « reparación » del « orden moral perturbado », y la definición del delito pone el énfasis en la fase más estrechamente vinculada con el libre arbitrio: la culpabilidad, « centro y eje del Derecho penal ». En términos políticos, la concepción tomista desempeña una notable labor nacionalizadora, al excluir de su construcción las doctrinas extranjeras — « europeísmo de exportación » que corrompía el genuino genio nacional — y recluirse voluntariamente en Tomás de Aquino y los restantes autores escolásticos, cuya obra intelectual se interpreta como un signo indeleble de hispanidad y como un *corpus* teórico autosuficiente, en el que el penalista puede encontrar prefigurados, y aun detallados, todos los avances ulteriores de su disciplina. Si en términos generales el empobrecimiento cultural que representa esta tendencia es bien patente — « menos cosas leídas y más pensadas », exclama Serrano —, en relación al asunto particular del principio de legalidad carece también de aporte propio, pues secunda la dogmática legalista en los contenidos y dimensión que ésta atribuye a aquél.

---

españolas de 17 de julio de 1942. Manejo la colección *Leyes políticas de España*, Madrid, IEP, 1956.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sin embargo, a su acatamiento del criterio legalista acompaña una constante recordación de que el « Derecho positivo sirve, mas siempre que no contradiga el Derecho natural ». A este respecto, Manuel Serrano despliega una estrategia jurídica de sumo interés, por cuanto se propone identificar el conjunto de principios informadores de la codificación penal hispana, a los que han de seguir respondiendo las reformas planteadas para un futuro próximo. Su punto de partida es el art. 2 del código de 1848, que ha permanecido intocado en los códigos subsiguientes y según el cual los tribunales, aunque deban abstenerse de actuar, podrán informar al gobierno de los actos antijurídicos « dignos de represión y no penados por la ley » de que tengan conocimiento en el desempeño de su oficio. Serrano interpreta esta válvula de escape del ordenamiento legislativo como una referencia explícita al orden moral. Para prevenir malentendidos, recuerda el carácter eminentemente científico de su búsqueda de los primeros principios, que de ningún modo pueden condicionar la labor judicial, consistente en « analizar la ley positiva, buscando el nexo lógico de lo que ve con lo legislado ». Una vez limitada la influencia de los axiomas morales, a los que sólo corresponderá inspirar las próximas reformas legislativas, Serrano precisa su contenido acudiendo a la obra de los autores y legisladores que, cristalizando en normas el derecho natural, confeccionaron el código de 1848. Se hace así posible un diálogo con el máximo intérprete de aquel cuerpo legal: Joaquín Francisco Pacheco, en cuyas opiniones Serrano encuentra un refrendo de su criterio escolástico, al hallar en ellas constante « alegación a los principios inmutables del orden natural » ([226]). Con este regreso al siglo XIX, no sólo confirma Serrano su iusnaturalismo de « dirección puramente escolástica », sino que completa, y pone al descubierto, la estrategia desarrollada en estos años constituyentes por los politólogos, la cual, repudiando en bloque toda la historia constitucional, reconecta la tradición política « nacional » con el momento « imperial » en que se forjó el « destino » histórico de la « Nación espa-

([226]) Cf. para todo lo dicho, SERRANO, *El fundamento del derecho* (cit. n. 221), pp. 12, 30, 40-46, 52-54 y 89; *Culpabilidad y pena* (cit. n. 213), « I. Existe el libre arbitrio »; y, sobre todo, *El art. 2 del Código penal vigente en relación con los principios generales del Derecho*, en « RFD » num. 12 (1943), 35-54.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ñola », en una operación de ocultamiento ideológico de la auténtica ascendencia política decimonónica de las « nuevas » concepciones franquistas. Por último, la corriente católica, al cimentar otra vez la doctrina penal sobre el absolutismo moral, promueve una política criminal opuesta a las exigencias del principio, que favorece las incriminaciones por motivos de creencia confirmados por el criterio de la ciencia. De ahí que, a pesar de su enérgico rechazo del « materialismo grosero lombrosiano », los autores tomistas den paradójica cabida en sus investigaciones — « en sumario aprovechamiento de la Criminología » — al « sujeto del delito », con inclusión de « las muchedumbres amorfas » como ejemplo de « colectividad delincuente » (227).

Si la dirección iusnaturalista rellena de contenido moral la dogmática jurídica, la corriente falangista trata de asentar la ley penal en la « base perdurable de *lo nacional* ». Su punto de arranque es, efectivamente, la insuficiencia de la dogmática para dar cuenta del « ser » de la función punitiva. Hecho « añicos allá por el año treinta y cuatro », el método formal se demuestra incapaz de dilucidar las razones de la transformación del derecho penal en un arma « para el sostenimiento de una determinada concepción vital ». Para suplir esta carencia, Del Rosal no sólo invoca el pensamiento teológico de la contrarreforma, que ya se dedicaba a « explanar la concepción española », sino, sobre todo, su intervención en la guerra civil, o, por expresarlo con sus palabras, « haber participado en la elaboración de esa unidad apareciente, con que la Comunidad de una Nación se hace verbo de su expresión histórica ». Cuidémonos de reducir semejante invocación a simple retórica, porque, una vez extirpado el encomendamiento a la providencia histórica, nos traslada, a mi juicio, las auténticas y trágicas dimensiones de la

(227) Vid. la sistemática penal de GUALLART en *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 215), XLII-XLV, donde se dice, en apoyo de esta orientación político-criminal: « el delito, antes de ser un acto antijurídico, es un acto inmoral; es el acto inmoral por excelencia », p. XXXI. Cf. también la forma en que Serrano concilia la culpabilidad del « libre albedrío » con las corrientes totalitarias que « hablan de una tendencia en el sujeto a delinquir dolosamente como algo total de la persona », confluyendo ambas tendencias en una « posición que parte de la base de la existencia de una predisposición a delinquir, en el mismo sentido que lo dijo Lombroso », en *Culpabilidad y pena* (cit. 213), pp. 21-24, 48 y 74-110.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

constitución política de la sociedad que se está llevando a cabo. Su aportación, al menos en estos primeros años, tiene escaso valor en el plano científico, y se limita a consignar enfáticamente que si la « ciencia estudia *lo que son* las cosas », a la ciencia penal corresponde descifrar lo que « *son* el delito, la pena y el delincuente en la pura y radical realidad de sus existencias » (228), en un razonamiento tautológico cuyo significado práctico es concebir la función punitiva según las pautas y contenidos que le marque la mitificada autoridad vigente. Pero, oculta tras la *jerga de la autenticidad*, se halla una descripción fiel del momento político y de la labor desempeñada en él por la legislación penal. Aunque interesa reseñarla, es de importancia menor la legitimación intelectual que Del Rosal hace de la criminalización de hombres por lo que son y creen, y no por lo que han hecho, presentada en sus ideas penales como una transformación de la teoría del delito, la cual no puede prescindir en su análisis del infractor en cuanto éste está ontológicamente ligado a sus acciones. Así, inscrito ya el derecho de castigar en el « orden concreto » de la colectividad, y subordinados los individuos a la organicidad ética de la comunidad en la que viven, la supuesta revolución que, proveniente del nacionalsocialismo, trae Del Rosal a la disciplina consiste en un « Derecho penal de voluntad », opuesto « al del resultado o lesión », cuya consecuencia es una estigmatización del delincuente como enemigo de la sociedad, en razón de su intrínseca perversidad revelada en la comisión del delito (229).

Mayor interés contienen sus criterios político-criminales, pues, a pesar de su exposición farragosa y a menudo inconclusa, expresan con transparencia el profundo cambio que se está operando. Si el

(228) Cf. Juan DEL ROSAL, *Nuevo sentido del Derecho penal* (cit. n. 215), pp. 89 y 138; *Acerca del pensamiento penal español* (cit. n. 223), pp. 13-32; *Política criminal* (cit. n. 223), p. 51 y 82.

(229) Vid. sus *Notas para un concepto ontológico del delito*, en « RGLJ » III 172 (1942), 131-148 y *Nuevo sentido del Derecho penal* (cit. n. 215), p. 60. Sus construcciones, en efecto, son deudoras del nacionalismo romántico de Schmitt y también un triste remedo de la metafísica de Heidegger. El complemento procesal del autor falangista lo pone Miguel FENECH, *La posición del juez en el Nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*, Madrid, Espasa-Calpe, 1941, con regreso de la judicatura al interior de una « Administración que abarca todos los funcionarios », reunificación de los poderes y « sumisión y obediencia » del juez al « Príncipe », pp. 102 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derecho penal debe acatar las órdenes de la historia, la finalidad que pasa a cumplir es, sencillamente, la adjudicada por el nuevo dominio, pues el sentido del derecho criminal, lejos de inferirse de criterios racionalistas neutrales, como pretendía la concepción liberal, proviene « de la idea política en que nace y a la que sirve ». La continuada apelación a la fase histórica que atraviesa Europa, resumida, en lo que al derecho penal concierne, en el tránsito de una concepción jurídico-privada de la penalidad a otra que resalta su dimensión pública, es pronto corroborada por la concatenación de varias medidas legislativas adoptadas por el régimen franquista con la finalidad de eliminar la disidencia política. Así, las leyes penales de excepción, el acrecimiento de la jurisdicción militar y la creación de una jurisdicción especial para la represión de la masonería y el comunismo (230), son saludados por Del Rosal como una meritoria adecuación del « moderno Estado » al imperativo de los tiempos. El contraste de la interpretación que Del Rosal hace de estas disposiciones con su exposición meramente dogmática es muy intenso: los encargados de presentar su contenido — omitiendo todo juicio moral o tratando de restarle intensidad — recuerdan la represión liberal del anarquismo, traen ejemplos legislativos de similar alcance adoptados en países democráticos (231), o, en fin, exponen fríamente las previsiones irracionales de sus preceptos (232) . En cambio, sólo

(230) Me refiero a la ley de responsabilidades políticas de 1939, a la de seguridad del Estado de 1941 y a la ley para la represión del comunismo y la masonería de 1940, donde, por ejemplo, se recurre a la retroactividad y la analogía. Para el contenido de estas disposiciones, el cual debiera ser expuesto hoy en las facultades de derecho, véase Barbero Santos, *Política criminal y Derecho penal en España* (cit. n. 11), pp. 70-72 y Manuel Álvaro Dueñas, *'Por ministerio de la ley y voluntad del Caudillo'. La Jurisdicción especial de Responsabilidades Políticas*, Madrid, Cepc, 2006.

(231) Vid. José González Llana, *La seguridad del Estado y la Ley de 29 de marzo de 1941*, en « Rglj » 171 (1941), 111-119.

(232) Como hace Cuello Calón, siendo así fiel al legalismo que siempre le caracterizó: vid. *Delincuencia política*, en « Rfd » 1 (1940), 16-23, donde se mencionan ejemplos democráticos de leyes de defensa política del Estado que permiten explicar el caso franquista como expresión particular de « un fenómeno general », p. 20; y *Reformas introducidas en el Código penal y en las Leyes penales especiales por la Legislación del nuevo Estado*, en « Rfd », nums. 6-7 (1941), 37-51, descriptiva enumeración de los artículos del código aún vigente de 1932 derogados expresa o tácitamente por la nueva legislación.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Del Rosal, evidenciando con ello la nula relevancia del « tan cacareado » principio en sus ideas, interpreta estas disposiciones como lo que realmente fueron: leyes de guerra a través de las cuales se intensifica el sentido « defensista » del derecho penal y se anula parcialmente, hasta que sea completada la labor constituyente de la nueva sociedad, el código penal y su jurisdicción ordinaria (233).

La supervivencia del principio queda finalmente en manos de la dogmática, que lo reduce a una simple predeterminación normativa de la conducta sancionable y, en consecuencia, lo desposee de su condición de garantía política y lo convierte exclusivamente en una técnica disciplinaria que estriba en producir « la certidumbre de ser castigado » (234). Cuello es el primero en advertir que el *nullum crimen* no desvirtúa, sino más bien consolida, la autoridad del nuevo Estado. Y a desarrollar esta indicación acuden sus discípulos. Para Pérez Vitoria, una vez salvada la « facultad omnímoda para dictar su Derecho penal », el Estado debe establecer con precisión « qué hechos son delictuosos y cuales no lo son » para que sus mandatos puedan ser cumplidos sin yerro. Con mayor profusión, Ferrer Sama niega a la tradición ilustrada la paternidad del axioma, como bien ejemplifica su « origen legislativo » en el « Digesto » y su reciente consignación expresa en el código fascista. Apartando la maleza ideológica que lo rodea, y devolviéndolo a la prístina función que le confiriese Anselm Feuerbach, Ferrer averigua que el principio de legalidad sustenta la técnica de « prevención general », « doctrina

(233) Cf. Juan DEL ROSAL, *Acerca del pensamiento penal español* (cit. n. 223), « III. Nuevo sentido defensista del Derecho penal español »: con la constante apelación vitalista al viraje histórico para legitimar los tipos imprecisos — « ya no es posible sostener que la realidad anchurosa y concreta de la vida se exprima en un número determinado de figuras de delito », p. 49 — o la analogía — « esta idea política, nacida de la conciencia ética del hombre y de un examen agudo del auténtico ser de las naciones, presenta todos los síntomas de ser un *imperativo* para todo hombre de nuestro tiempo », p. 50.

(234) Porque, efectivamente, la previa fijación legal del hecho punible y de la pena no colman el contenido del derecho constitucional de la legalidad penal. Cf. Susana HUERTA TOCILDO, *El derecho fundamental a la legalidad penal*, en « Revista española de Derecho constitucional », 39 (1993), 81-113, que atribuye al principio « un contenido esencial » fundado en la historia de las ideas, tesis a la que cabría objetar el núcleo conclusivo de estas páginas, a saber: que la legitimación del principio no puede ser histórica, ni doctrinal, sino estrictamente racional.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sobre la que precisamente se asienta el moderno Derecho penal autoritario » y que, además, se conforma a las « condiciones temperamentales » del pueblo español. Por su parte, para remachar la argumentación, Ortego Costales concluye que, lejos de preservar la « libertad individual » frente al poder público, « la certeza del Derecho penal es la mayor manifestación de la potencia del Estado », pues « la primera necesidad psicológica del jefe es la seguridad y la claridad en el mando » (235). Con repugnancia por el iusnaturalismo rancio y el nacionalismo exacerbado, Antón Oneca se refugia precisamente aquí, en el valor jurídico de la prevención general como técnica disuasoria de la criminalidad, pero extrayendo también de ella los límites infranqueables del poder punitivo del Estado, pues para que « la pena se mantenga ejemplar es preciso que sea limitada y condicionada por las mismas normas morales que protege ». Era esta, en fin, la forma en que el liberalismo democrático se encomendaba a la futura *penalistica civil* (236) para que lograse lo que para él « fue solamente una tierra de promisión » (237).

(235) Cf. Cuello Calón, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1940 (5ª edición), p. 163; Pérez Vitoria, *Memoria sobre el concepto* (cit. n. 215), pp. 12-13; Ferrer Sama, *Concepto de Derecho penal* (cit. n. 215), pp. 48-58; y José Ortego Costales, *El principio 'nullum crimen, nulla poena sine lege', exigencia jurídica y no garantía política*, en « Rfd », nums. 6-7, 52-67. Sobre la ambivalencia de la formulación ilustrada de la legalidad, realiza algún apunte de interés Carmen Lamarca, *Formación histórica y significado político de la legalidad penal*, en « Revista Jurídica de Castilla la Mancha » 2 (1987), 35-82, pp. 55-61.

(236) Concluyendo así el relato con la parábola acuñada para la historia de la penalística por el autor a quien se rinde aquí tributo y de quien leí mis primeras páginas en italiano de sus *Elementi per una bibliografía del socialismo giuridico italiano*, Milano, Giuffrè, 1976. Cf. Sbriccoli, *Le mani nella pasta* (cit. n. 219), p. 844.

(237) Cf. Antón Oneca, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena: discurso leido en la apertura del curso académico de 1944 a 1945*, Salamanca, Imprenta Cervantes, 1944, p. 93, fecha en la que concluye la presente exposición. La última expresión la tomo de su texto *La generación española de la política criminal* (cit. n. 115), p. 348.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO

FUNZIONI DELLA PENA E LIMITI DELLA COERCIZIONE: CARATTERI ED EREDITÀ DEL CLASSICISMO PENALE

1. Legittimazione e legalità dell'intervento repressivo. — 2. Dall'Illuminismo al Classicismo penale. — 3. Il problema della giustificazione della pena quale sanzione differente da altre risposte all'illecito. — 4. I fondamenti del potere punitivo nella ricostruzione di Francesco Carrara. La questione della scelta dei comportamenti incriminabili. — 5. Una parentesi necessaria: il pensiero di Cesare Beccaria. — 6. I limiti della soluzione di Beccaria di fronte al postulato dell''offesa alla società' come conseguenza di tutti i reati. — 7. La prospettiva della Scuola Classica: il reato come fenomeno generatore del 'danno mediato'. — 8. Danno mediato, contenuti dell'illecito, e funzione della pena. — 9. Il danno mediato e i differenti tipi di delitti. — 10. Il danno mediato e le implicazioni 'sociali' dell'offesa; un confronto tra Carmignani e Carrara. — 11. L''opinione della propria sicurezza' come espressione di un diritto universale. L'emergere di un 'principio di libertà' come criterio generale di organizzazione della vita sociale. — 12. Attualità della concezione di Carrara ai fini del problema delle scelte di criminalizzazione. — 13. La legalità penale come garanzia ad un tempo formale e sostanziale. Le indicazioni della Scuola Classica riguardo ai modelli di codificazione.

1. *Legittimazione e legalità dell'intervento repressivo.*

Da quando il diritto penale è venuto ad assumere il ruolo e la fisionomia di un terreno privilegiato per l'indagine circa i rapporti tra autorità e libertà individuali, esso ha imposto all' attenzione degli studiosi la necessità di un esame più approfondito in ordine ai suoi stessi fondamenti di legittimazione, rivelandosi questo un passaggio indispensabile per affrontare poi l'esame delle sue categorie sistematiche e dei paradigmi logico-concettuali impiegati per descriverle e analizzarle.

In particolare i nodi problematici con i quali, non solo il 'tecnico' del diritto, ma anche lo storico, come pure il politico o lo 'scienziato' della legislazione, si trovano ancor oggi a confrontarsi, devono essere preliminarmente ricondotti a tre interrogativi essenziali, tra loro strettamente interconnessi. Innanzitutto, viene in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

considerazione la ricerca inerente ai *fondamenti del potere punitivo*; in secondo luogo, è necessario stabilire *quali condotte possano essere legittimamente incriminate*; in terzo luogo, infine, torna a riproporsi il 'classico' interrogativo in ordine *alle funzioni e agli scopi della sanzione criminale*. Accanto a simili tematiche, viene tuttavia a delinearsi anche l'ulteriore questione — che investe le modalità ed i percorsi attraverso i quali esse sono destinate a 'filtrare', per così dire, all'interno del sistema positivo — riguardante la definizione delle c.d. garanzie 'formali' dell'ordinamento penale, paradigmaticamente evocate dal fondamentale *principio di legalità* e dai suoi molteplici corollari ed articolazioni a livello sistematico e tecnico-normativo. Tuttavia, è necessario sin d'ora avvertire che tale ultimo profilo di garanzia verrà più attentamente considerato in sede di conclusioni finali della presente indagine, quando sarà realmente possibile valutarne il significato grazie ad una preventiva disamina dei tre ordini di problemi ai quali si è fatto poc'anzi riferimento.

Orbene, non è difficile accorgersi come di tale triplice tematica, l'ultima, in particolare, registri sovente la tendenza a farne oggetto di analisi nella forma di una 'variabile indipendente' rispetto alle due altre questioni: nel senso che la funzione della pena — tradizionalmente ravvisata, ora nella prevenzione generale, ora nella prevenzione speciale, ora infine nella retribuzione (1) (e talora in una dimensione tale da includere tutte e tre le funzioni, sia pur situate in momenti diversi della vicenda punitiva (2)) — resta come 'sospesa', per così dire, in un orizzonte concettuale del tutto insensibile all'influenza del *background* sul piano politico e socio-culturale in cui s'incardinano i connotati essenziali dell'ordinamento repressivo.

Una simile dissociazione di prospettive, in parte dovuta anche alle suggestioni di tipo filosofico che da tempo accompagnano la riflessione sulla pena, comporta tuttavia il rischio di lasciare quasi

(1) Sul dibattito al riguardo, ci si limita a ricordare i contributi racchiusi in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di L. Eusebi, Milano, Giuffrè, 1989.

(2) In argomento, v., per tutti, T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 260 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sempre in ombra proprio l'aspetto maggiormente significativo e qualificante del 'problema penale': che non consiste, per l'appunto, nell' elaborare una 'teoria' sulla pena volta a soddisfare un interesse speculativo fine a se stesso, quanto piuttosto nel metterne in risalto i contenuti e gli scopi di tutela, alla luce dei fondamenti di legittimità sul piano politico della scelta di fare ricorso a tale tipo di sanzione, nonché della necessaria 'selezione', in termini di valore, dei fatti ritenuti meritevoli di una risposta di natura criminale (3).

2. *Dall'Illuminismo al Classicismo penale.*

Nella prospettiva or ora indicata, un esame più approfondito delle tendenze maturate in seno alla Scuola Classica di diritto penale sembra rivelarsi, allora, particolarmente illuminante proprio per cogliere le reciproche implicazioni tra le tematiche a confronto, permettendo, altresì, di valorizzare l'esperienza giuridica di quella Scuola per individuare alcuni principi essenziali della nostra disciplina con cui la dottrina, la legislazione, e la stessa prassi applicativa si trovano ancor oggi a fare i conti nella valutazione dei requisiti fondamentali della responsabilità penale.

In effetti, la stagione del 'classicismo' penale si colloca in un contesto storico significativamente caratterizzato da un ripensamento — anche se, certo, non da un definitivo abbandono — delle concezioni sul diritto di punire di matrice illuministica. La riproposizione, in particolare, dell'idea del contratto sociale quale fattore originario della convivenza organizzata — che di quelle concezioni aveva rappresentato l'asse portante e la fondamentale chiave di lettura dei poteri dello Stato — risulta sempre più rara ed episodica, e per lo più accompagnata quasi sempre da distinzioni e limitazioni di vario tipo (4).

La ragione di ciò è da ricercarsi, non tanto e non solo in un

(3) Dice bene M. A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, Editrice Universitaria, 1978, p. 130, che « non ha senso porsi il problema dello scopo » della pena, se non si è risolto quello relativo a « quali azioni » punire.

(4) Per una illustrazione delle posizioni critiche a tale riguardo, è tuttora utile la consultazione di U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, Sansoni, 1974^3, *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

atteggiamento critico (che pure non mancherà (5)) nei confronti della validità sul piano logico-razionale di tale costruzione, quanto invece in motivazioni legate alla progressiva evoluzione degli ordinamenti statuali e, prima ancora, ai mutamenti via via intervenuti nell'ambito del tessuto sociale proprio della comunità. La maggiore articolazione dei rapporti sociali, la crescita dei bisogni e delle aspettative che in essi si esprimevano, la consapevolezza, infine, che la gestione di tali rapporti esigeva una visione più ampia degli interessi giuridicamente tutelabili, rappresentano altrettante cause della progressiva crisi di una formula volta più a contrastare le pretese dell'assolutismo politico che non ad edificare le basi per un nuovo assetto di poteri capace di far fronte alle esigenze emergenti (6).

Non è un caso, in effetti, che, proprio sul terreno del diritto penale, già nella prima metà dell' Ottocento, l'oggetto della tutela non venga più identificato nei soli 'diritti soggettivi innati' (vita,

(5) Cfr. G. CARMIGNANI, *Saggio di giurisprudenza criminale*, Firenze, Gaet. Cambiagi Stamp. Grand., 1795, pp. 13 ss., pp. 28 ss.; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, *P. G.*, Lucca, Giusti, 1877[5], II, pp. 56 ss.; E. PESSINA, *Manuale del diritto penale italiano*, *Parte prima, Norme generali del Diritto penale*, Napoli, Marghieri, 1906[3], pp. 9 ss.; P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1843, nouvelle édition, pp. 131 ss. Già in precedenza v., peraltro, le osservazioni di G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Filadelfia, Stamp. Provincie Unite, 1819, III, pp. 12 ss., il quale pure si muove in un'ottica contrattualistica (in argomento v., adesso, l'ampia analisi di V. FERRONE, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri,* Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 103 ss.) e di G. D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale* (1791), a cura di R. Ghiringhelli, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 186 ss., p. 216 (sul tema v. l'approfondito studio di L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, I, *Il progetto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 172 ss., 177 ss., 415 ss.).

(6) In merito a tale profilo, cfr., esemplarmente, già F. CARRARA, *L'avvenire della scienza criminale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, Giachetti, 1887[3], VII, p. 549, il quale notava essersi trattato di un'« opera piuttosto benemerita come demolitrice che come costruttrice ». Non ci sentiremmo, pertanto, di condividere la visione critica di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 213 s., il quale enfatizza la « regressione ideologica » della cultura giuridica ottocentesca. Semmai, il problema della legittimità dell'intervento penale tende a farsi ancora più complesso, e le risposte della dottrina meno uniformi e convergenti; il che accade sovente allorché dalla fase di contestazione di un sistema dato, si passi ad elaborare delle linee ricostruttive di un assetto giuridico capace di 'gestire' le concrete necessità sociali di una realtà in evoluzione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

integrità fisica, libertà personale, diritti patrimoniali) quali venivano paradigmaticamente evocati dai rappresentanti del pensiero illuministico. Al posto del diritto soggettivo, verrà a subentrare gradualmente una diversa categoria sistematica, e cioè quella del c.d. 'bene giuridico' (7): dove l'accento cadeva appunto su di un' 'entità' di portata assai più ampia e comprensiva, potendo il 'bene' identificarsi con un interesse comunque meritevole di tutela, anche se non 'declinabile' nei termini di un diritto soggettivo in senso stretto. In questa prospettiva, ad es., anche i 'beni' giuridici del pudore o del sentimento religioso avrebbero rappresentato dei valori funzionali alla salvaguardia del tessuto sociale proprio della comunità; per non parlare, poi, dello sviluppo crescente della categoria del 'pericolo', volta a giustificare — grazie ad una maggiore 'anticipazione' della soglia di punibilità — incriminazioni poste a difesa di sempre più estesi e multiformi interessi di portata 'collettiva' (sul punto v. anche, *infra*, par. 9).

Il significato più profondo di tale evoluzione non si esauriva, peraltro, nella sola estensione sul piano quantitativo dell'ambito della tutela; insieme a questa, si andava delineando un differente approccio sul piano *qualitativo* al modo di concepire la lesione dell'interesse protetto. Una volta allentato il legame con il modello del diritto soggettivo, si apriva la strada, invero, ad una considerazione del senso della tutela penale destinata a svilupparsi in una più vasta dimensione prospettica. Il 'bene' da preservare mediante la

(7) Coglie superbamente questo profilo F. Bricola, *Introduzione* a F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale* (*Del delitto, della pena*), Bologna, Il Mulino, 1993, p. 17, il quale, pur ricordando che Carrara continuava a fare riferimento alla categoria dei 'diritti', non manca di sottolineare che le tipologie di diritti presi in considerazione dall' Autore giungevano ad evocare un'estensione della tutela in certa misura parallela a quella promossa dalle tendenze favorevoli al ricorso alla nozione di bene giuridico. Sul passaggio dal diritto soggettivo al bene giuridico, ci si limita qui a ricordare F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 79 ss.; G. De Vero, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2004, I, pp. 128 ss.; G. Fiandaca, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 157 ss.; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 59 ss.; T. Padovani, *Alle radici di un dogma: appunti sull'origine dell'antigiuridicità obiettiva*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1983, pp. 554 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 131 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pena godeva di tale qualifica — anche laddove avesse coinciso con quello posto alla base di un 'diritto soggettivo' — in virtù della sua capacità di tradursi in un valore di portata e significato non più esclusivamente 'individuali'; un valore, in altri termini, che di fronte ad una configurazione dei rapporti sociali non più riducibile all''utopia illuministica' di un' 'unione' elementare intesa come 'somma' di singoli individui, potesse venire, questa volta, vissuto e percepito in una dimensione collegata al livello più ampio e generale della salvaguardia dell'intera comunità. Il diritto penale, insomma, richiedeva sempre più un tipo di valutazione in ordine ai suoi fondamenti che potesse 'parlare' al corpo sociale nel suo complesso, e di conseguenza una visione dello stesso ordinamento statuale come entità 'funzionale' al rispetto di un fascio di interessi in cui il momento individualistico del bene offeso potesse coniugarsi al profilo socio-politico dei suoi riverberi sulle esigenze della collettività.

3. *Il problema della giustificazione della pena quale sanzione differente da altre risposte all'illecito.*

I rilievi che precedono esigono tuttavia di essere ulteriormente precisati quanto al loro significato e alle loro implicazioni storico-sistematiche. In particolare, sarebbe sicuramente scorretto ritenere che le correnti di pensiero che andiamo analizzando si orientassero verso una visione repressiva ormai definitivamente distaccatasi da una configurazione in senso 'personalistico' degli interessi tutelabili. Piuttosto, esse si proponevano di agganciare in ogni caso il potere punitivo a dei presupposti tali da *giustificare il ricorso ad una sanzione qualitativamente diversa* — ed assai più grave ed onerosa — *rispetto alle altre forme di reazione alla commissione di un illecito* (8).

Il problema di definire il campo del 'diritto criminale' postulava, in buona sostanza, una rinnovata riflessione circa la legittimazione da parte dell'ordinamento a fare ricorso ad uno strumento sanzionatorio per sua natura destinato ad incidere — ora come allora —

(8) Come osservava già E. BRUSA, *Prolegomeni al diritto penale*, Torino, Candeletti, 1888, p. 63, « la pena è un *mezzo* per la tutela del diritto, quando gli altri mezzi meno gravi sarebbero impotenti allo scopo ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sul bene primario della libertà dei consociati. E tale legittimazione rimandava dunque ad una considerazione dell'offesa che non ne limitasse il significato al danno direttamente provocato dal singolo illecito, ma che la proiettasse invece sull' interesse 'globale' alla sopravvivenza dei rapporti sociali, che ne marcasse l'idoneità a svellere alla radice i legami grazie ai quali la società risultava costituita ed era in grado di perpetuare la sua stessa esistenza. Si trattava, e si tratta tuttora, per vero, di una questione d'importanza cruciale: la quale sarà destinata a riprospettarsi fino ai tempi nostri, e a ricevere soluzioni che tradiscono ancor oggi una perdurante (e in certa misura ineliminabile) difficoltà nel momento in cui il diritto penale, prima ancora che applicato, esige di essere 'pensato' e concepito nella sua dimensione di mezzo estremo — eppur legittimo — di controllo sociale in forma coercitiva (9)).

Guardata da questo punto di vista, la Scuola Classica — giustamente celebrata da Mario Sbriccoli (10) quale terreno di coltura di quella 'penalistica civile' che supera i confini della propria epoca e che si insedia nel tempo attuale — mostra, dietro il nitore delle sue elaborazioni, una tensione profonda tra due istanze che proprio grazie ad essa vanno prendendo forma e che reclamano un luogo di reciproca intesa e conciliazione.

Ed invero, l'esame dei fondamenti del potere punitivo esige ormai un'impostazione capace di evitare il duplice ed opposto rischio che si annida dietro spiegazioni semplicistiche o del tutto unilaterali della questione criminale; da un lato, cioè, quello di far

(9) Fondamentale in proposito la riflessione di F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, Utet, 1973, pp.15 ss. In tempi più recenti v., tra gli altri, G. Fiandaca, *Diritto penale*, in G. Fiandaca, G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, Jovene, 2003, pp. 115 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale, P. G.*, Padova, Cedam, 2007[5], pp. 182 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2001[3], I, pp. 449 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006[8], pp. 84 ss.; F. Palazzo, *Introduzione ai princìpi del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 137 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., pp. 135 ss.

(10) 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. 155 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. 494 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confluire (ancora una volta) quest'ultima all'interno di una visione 'statolatrica' del potere repressivo, volta cioè (come avverrà nel primo Novecento con la 'civilistica penale' (11)) ad identificare nello Stato-persona il creatore ed al contempo il destinatario della tutela penale; dall'altro lato, però, anche quello di configurare l'offesa insita nel reato come una vicenda in sé conchiusa, come la violazione di un 'patto' tra individui assunta nei termini di una mera rottura formale dell'accordo intercorso, senza riguardo alle conseguenze sociali di quella violazione, le quali, per meritare la pena, dovrebbero invece esplicare la propria influenza sulla stabilità dell'insieme dei rapporti che sono alla base della convivenza organizzata.

Da tale angolo visuale, insomma, le vicende dell'Ottocento penale sembrano davvero collocarsi alla sommità di un percorso in cui si congiungono tra loro — amalgamandosi in una sintesi feconda e gravida di prospettive — la fede perdurante nella suprema 'razionalità' dei principi e la ricerca, pur tuttavia, anche di più concrete ragioni sociali in grado di asseverarne l'efficacia presso i destinatari delle norme, e di indurre, di conseguenza, la comune convinzione circa la legittimità della loro salvaguardia per mezzo della pena. Il che, a ben guardare — è opportuno rilevarlo sin d'ora — non può non far apparire riduttiva e persino fuorviante la frequente tendenza (12) a ravvisare nella Scuola Classica i segni di una visione puramente astratta e 'metafisica' del reato e della pena, in quanto

(11) Cfr. ancora SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 217 ss.

(12) V., ad es., G. NEPPI MODONA, *Legislazione penale*, in *Il mondo contemporaneo*, I, *Storia d'Italia*, 2, Firenze, La Nuova Italia, 1978, pp. 590 ss. e, più recentemente, E. DEZZA, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano, LED, 1992, pp. 401 ss.; 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. 11 ss. Simili opinioni rischiano di confondere lo sforzo di 'razionalizzazione' del diritto penale — il quale era rivolto a renderlo immune da scelte politico-legislative inidonee a rispecchiare l' equilibrio tra esigenze di tutela e principi di garanzia — con un presunto atteggiamento astrattamente 'razionalistico', coltivato nello splendido isolamento del giurista impegnato nell' elaborazione concettuale delle categorie dogmatiche. In merito a tale fraintendimento cfr., anche, volendo, G. A. DE FRANCESCO, *Tra leggi e codici: codificazione e decodificazione del diritto alla luce dei presupposti culturali e teorico-scientifici dei rappresentanti del « classicismo » penale*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847), Maestro di scienze criminali e pratico del foro, sulle soglie del diritto penale contemporaneo*, a cura di M. Montorzi, Pisa, ETS, 2003, pp. 94 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tale del tutto incurante della realtà sociale e politica con la quale il 'giure penale' doveva anche allora confrontarsi, se non voleva correre il rischio di risolversi in una vuota astrazione.

D'altra parte, l'impronta giusnaturalistica che pure continuava a permeare gli orientamenti di quella Scuola non costituirà affatto un ostacolo alla realizzazione del programma verso il quale convergevano gli sforzi intrapresi dai suoi massimi rappresentanti. Anzi: la convinzione secondo la quale le categorie penalistiche non avrebbero potuto essere concepite ed analizzate nei loro contenuti rimettendosi al 'placito degli umani legislatori', si apriva ad una definizione degli scopi della tutela non ancora dipendente dal dato puramente formale — e di per sé del tutto vacuo ed inespressivo — della pura e semplice previsione normativa della fattispecie di reato. Da tale punto di vista, la concezione in esame, se da un lato si sottraeva ad una visione incentrata — per dirla con le stesse parole di Carrara (13) — sulla « nuda asserzione » dell'esistenza di un « patto » tra individui incapace di giustificare e legittimare la « potenza » di minacciare pene, dall'altro lato si teneva tuttavia lontana anche dagli esiti che andranno delineandosi nelle impostazioni giuspositivistiche del diritto e dello Stato; in effetti, una volta identificata nella legge la fonte esclusiva dei precetti penali, essa finirà col relegare nella sfera del giuridicamente irrilevante qualsiasi valutazione di tipo sostanziale circa i fondamenti, le motivazioni, le finalità dell'intervento repressivo, imponendo di arrestarsi alla mera constatazione che la norma risultasse 'posta' dall'Autorità abilitata a conferirle validità giuridica in forza delle regole prescritte per la sua emanazione.

Le osservazioni che andremo adesso svolgendo prendono spunto da tali premesse e si alimentano alle scelte programmatiche che esse lasciavano emergere e che rendono ancor vivo ed attuale il pensiero che vi si irradia. Dovrebbe, in particolare, apparire ormai evidente che tra la 'funzione della pena' ed i 'limiti della coercizione' cui questa conduce deve postularsi — ed in ciò la Scuola classica ha ancora molto da insegnarci — un rapporto di profonda immedesimazione. Ed invero, gli scopi della sanzione penale andranno sempre più rivelandosi come un problema 'interno' allo stesso diritto di

(13) Cfr. Carrara, *Programma*, *P. G.*, II, cit., p. 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

punire, nonché alle caratteristiche che determinati fatti devono possedere perché tale funzione possa essere ragionevolmente concepita, oltre che giuridicamente (e politicamente) legittimata.

4. *I fondamenti del potere punitivo nella ricostruzione di Francesco Carrara. La questione della scelta dei comportamenti incriminabili.*

Le coordinate essenziali tratteggiate nei precedenti paragrafi richiedono, giunti a questo punto, di orientare lo sguardo verso i contenuti specifici dello scenario che vi si racchiude e che costituisce la 'materia vivente' alla quale esse fanno da contorno. E a tale scopo, non sembra fuori luogo prendere le mosse da un sintetico richiamo allo svolgimento del diritto penale quale venne operato proprio da Francesco Carrara per mostrare le ragioni profonde di quella trasformazione dei presupposti dello *jus puniendi* dalla quale egli trarrà poi motivo ed occasione per effondervi più di ogni altro il proprio spirito innovatore.

In un saggio storico di notevole spessore culturale — anche se non sempre adeguatamente valorizzato dagli autori successivi (e dalla stessa dottrina attuale ([14])) — egli muoveva, in primo luogo, dall'esame di una tendenza (risalente agli albori dell'esperienza romanistica, e peraltro destinata a riprospettarsi, sia pure sotto altre forme, al tempo delle dominazioni barbariche) caratterizzata da una visione essenzialmente 'privatistica' dell'offesa arrecata con il reato ([15]); la pena, in particolare — anche dopo il venir meno dell'originaria dimensione di una vendetta sottratta a qualsiasi limite e proporzione con l'offesa ricevuta — continuava tuttavia ad esibire un rapporto di stretta compenetrazione con le 'ragioni' individuali del soggetto vittima dell'illecito. A questi era sovente rimessa l'effettiva 'gestione' del conflitto derivante dalla commissione del reato,

([14]) In proposito si segnala, tuttavia, lo scritto di M. A. CATTANEO, *Francesco Carrara: filosofia del diritto penale e cattolicesimo liberale*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 210 ss.

([15]) Cfr. F. CARRARA, *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1870^2, I, pp. 160 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e dalla quale egli si attendeva di ottenere una soddisfazione compensatrice del danno arrecatogli.

« *Il principio individuale* per tal guisa dominatore della giustizia punitiva » — osservava il grande criminalista — « dovette bene moderarsi per la necessità di por fine alle atroci vendette delle quali era fonte perenne. Ma pur nondimeno il principio rimase, a pervertire la nozione del giure penale », conducendo esso a subordinare la repressione alla « libera balìa dell'offeso », e all'« arbitrio degli uomini »: con l'ulteriore conseguenza, storicamente comprovata da esperienze giuridiche pur diverse tra loro, di rendere, in realtà, il più delle volte « elusorie le punizioni mercé le composizioni e le indennità, che facile adito lasciavano ai potenti di perseverare nella via della violenza e della iniquità » (16).

Una svolta significativa verrà tuttavia a manifestarsi, proseguiva l'Autore, grazie alla progressiva tendenza ad una 'pubblicizzazione' e statualizzazione del potere repressivo. Con essa si celebrava il distacco dalla precedente visione in chiave 'privatistica' dei metodi di risoluzione del conflitto nascente dal reato, e di conseguenza il definitivo abbandono di forme di reazione fondate sulla vendetta o sulla composizione lasciata all'arbitrio della parte lesa; la pena verrà ormai prevista ed applicata da un soggetto realmente 'terzo' rispetto ad entrambi i protagonisti della vicenda criminale, assumendo essa il ruolo e la fisionomia di una manifestazione — ed anzi, della massima espressione — della potestà sovrana incarnata dall'ordinamento dello Stato.

E tuttavia, notava ancora Carrara, un simile sviluppo verrà a portare con sé il germe di una pericolosa involuzione nel modo di atteggiarsi del potere punitivo: quella, cioè, consistente nell'attribuire al potere sovrano (espresso in forma paradigmatica dalle monarchie assolute) un arbitrio senza limiti nella scelta dei comportamenti da sottoporre a sanzione criminale; al 'principio individuale' proprio delle epoche passate finirà col subentrare, per vero, un modello ispirato ad un « principio dispotico », per lo più accompa-

(16) Ivi, pp. 161 s. Per una riflessione recente sul tema cfr. M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 164 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gnato e rafforzato da un principio di stampo « teocratico » (17): « la ragione del proibire, la ragione del punire, non fu né l'offesa all'individuo », né, d' altronde, « l'offesa alla divinità » considerata in quanto tale (ché, se ciò fosse stato, si sarebbe invece delineato un diverso principio, quello « superstizioso » (18), da Carrara parimenti censurato, ma con distinte motivazioni); fu invece, per l'appunto, « la offesa alla maestà sovrana. E la volontà sovrana che imponeva la punizione, divenuta autocrate, ebbe con un circolo irrazionale la sua ragione in sé stessa » (19).

In sostanza, Carrara coglieva con sublime acutezza e lucidità di pensiero i rischi di una degenerazione e perversione della scelta di riservare allo Stato il potere di esercitare le attribuzioni insite nel diritto di punire. In linea di principio, era da ritenersi, in effetti, del tutto congruo e razionale che lo Stato si vedesse attribuita in forma esclusiva la competenza in materia di diritto (e di processo) penale. Ma tale prerogativa, per risultare legittima sotto ogni profilo, avrebbe dovuto assumere la funzione precipua, non già di tutelare e garantire se stessa, bensì di assicurare una più efficace ed imparziale tutela degli stessi diritti fondamentali propri dei consociati (20). E, d'altra parte, il pur necessario riconoscimento, in capo allo Stato, di una sfera di interessi collegata alle sue funzioni fondamentali — quali, ad es., la pubblica amministrazione o l'amministrazione della giustizia — avrebbe dovuto anch'esso venire concepito in funzione della salvaguardia dei beni della comunità, dato che soltanto a

(17) CARRARA, *Varietà*, cit., pp. 165 ss., 171 ss.

(18) Ivi, pp. 164 ss.

(19) Ivi, pp. 165 ss.

(20) Cfr. CARRARA, *Programma*, *P.G.*, II, cit., pp. 24, 68, 76, 78, 79. In quest'ultima pagina Carrara osservava: « nella mandra degli scioli che disputano in giure penale, moltissimi » ritengono che « la società sia la cosa difesa, e così procedono per vie tenebrose alle più assurde conseguenze, la censura delle quali è sintetizzata con la parola *statolatria* »; la quale — concludeva Carrara — impedisce di cogliere « il vero principio nel quale si riassumono i limiti del principio di autorità e si dirime il perpetuo conflitto tra la forza dello Stato e la forza dello individuo », e che consente di circoscrivere « entro i dovuti confini ogni esercizio di coazione alla quale aspiri l'autorità sociale ». Sulla concezione della pena come *tutela giuridica* dei consociati, v. anche F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *Opuscoli di diritto criminale*, I, cit., pp. 258 ss.; ID., *Cardini della scuola penale italiana a chi vuol intendere novellamente dichiarati*, Lucca, Canovetti, 1875, pp. 14 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questa condizione sarebbe stato ammissibile introdurre delle norme penali volte a garantire l' esercizio di simili funzioni (si pensi, ad es., alla punizione della falsa testimonianza o di altre falsità in giudizio, come pure di illeciti quali la corruzione, l'abuso d'ufficio, il peculato, e così via dicendo). Allo Stato non poteva essere concesso, insomma, il diritto di difendere se stesso, se non nei limiti in cui tale difesa fosse indispensabile per tutelarne, a sua volta, il ruolo di 'difensore' dei diritti varii e molteplici postulati dalle effettive necessità di sopravvivenza del corpo sociale (21).

Tutt'altro, viceversa, si presentava il 'volto' del potere punitivo incarnatosi nei regimi di tipo assoluto. Invero, l'ideologia repressiva propria di tali sistemi era venuta concretamente a tradursi, com'è ben noto, in un duplice ordine di interventi; da un lato, nell'esasperare la tendenza ad una 'difesa dello Stato' contro qualsiasi forma di opposizione o di dissenso, in quanto ritenuta comunque offensiva della 'maestà' del potere sovrano e di coloro che ne incarnavano la pretesa ad un rispetto incondizionato della volontà che vi si manifestava (secondo i dettami di quella « liturgia dell'obbedienza » alla quale Mario Sbriccoli ha dedicato pagine da considerarsi tuttora definitive (22)); dall'altro lato, nell'attribuire alla risposta penale un penetrante ruolo di controllo anche nei confronti di atteggiamenti puramente 'immorali' o ritenuti riprovevoli a livello di 'scelte di coscienza' (23), come accadeva soprattutto per le diverse forme di devianza dai 'sacri principi' attinenti alla sfera religiosa (si pensi alla repressione dell'eresia, della stregoneria, del sacrilegio, delle pratiche superstiziose, etc.), pur essi piegati e 'convertiti', oramai, alla funzione di servire da simboli dell'autorità e da *instrumentum regni*. Entrambi i fenomeni considerati mostravano, in buona sostanza, i segni evidenti proprio di quel modello o 'principio dispotico' (ed insieme, 'teocratico') contro il quale Carrara veniva a manifestare la

(21) V. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, *P.G.*, Lucca, Giusti, 1877[5], I, p. 297, che significativamente allude al diritto di « ciascun cittadino » a veder rispettate, tra le altre, « la giustizia, la pubblica forza, la pubblica fede ».

(22) Cfr. M. Sbriccoli, Crimen laesae maiestatis. *Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 117 ss.

(23) In proposito, v., più di recente, l'ampio ed interessante studio di A. Prosperi, *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 38 ss. e *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sua più profonda avversione, mediante le notazioni lapidarie che si è ritenuto opportuno richiamare data la loro straordinaria forza evocativa.

Guardate in quest'ottica, le osservazioni sviluppate da Carrara lasciano emergere, in definitiva, una concezione del potere punitivo ispirata ad un genuina caratterizzazione in senso liberale dei criteri di legittimazione delle scelte incriminatrici. La sua opera di demolizione di qualsiasi tendenza repressiva più o meno debitrice di un modello 'privato' di giustizia penale, come pure di quell' ancor più grave forma di arbitrio che si realizza mediante l'esercizio di un potere assoluto a detrimento della libertà dei cittadini, contribuiva invero a definire con particolare chiarezza le linee essenziali per una risposta "alternativa" al problema concernente i fondamenti del diritto di punire.

Degno di ulteriore approfondimento si rivela, semmai, il problema di identificare il *novum* apportato da tali riflessioni al movimento di pensiero espresso dalla riforma illuministica, il quale si era già opposto con il massimo vigore agli arbitrii e agli eccessi sul piano repressivo verificatisi durante il periodo dell'antico regime (24). Vi è, certo, nelle osservazioni svolte da Carrara (e, prima di lui, nella stessa opera di Carmignani), una maggiore consapevolezza nel porre la questione generale del diritto di punire: la dialettica individuo-autorità viene ormai collegata ad una chiave di lettura più vicina alla dimensione storica del problema, all'intento di decifrare un percorso ricco di esperienze, di rivolgimenti sociali e politici, di aperture verso il nuovo e di involuzioni regressive, un percorso il quale, insomma, esigeva di venire indagato, ora nei suoi processi di maturazione e di sviluppo, ed ora invece nelle sue degenerazioni e distorsioni verso esiti

(24) Nella vastissima letteratura, ci limitiamo qui a ricordare M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1966; ID., *I principi dell' illuminismo giuridico-penale*, in *Diritto penale dell' Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Studi coordin. da S. Vinciguerra, Padova, Cedam, 1993, pp. 4 ss.; *L'illuminismo giuridico*, a cura di P. Comanducci, Bologna, Il Mulino, 1978; T. PADOVANI, *Note sulla crisi del modello penale illuministico e la funzione « promozionale » del diritto penale*, in *Identità del sistema penale* (*La difesa penale*, suppl. al n. 9, 1985), pp. 47 ss.; SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., pp. 187 ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, spec. pp. 383 ss.; F. VENTURI, *Utopia e riforma nell' illuminismo*, Torino, Einaudi, 1970, spec. pp. 119 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di carattere puramente oppressivo e liberticida. Vi è pure, nella dottrina dei grandi Autori Classici, un contatto più immediato con la definizione sul piano giuridico dei fondamenti del potere repressivo; e ciò a fronte, viceversa, della più evidente curvatura in senso 'filosofico' propria dei pensiero dei massimi esponenti dell' Età dei Lumi, la quale non sempre si accompagnava ad un adeguato approfondimento sul piano scientifico della specifica fisionomia del c.d. 'diritto' di punire (25).

E tuttavia, resta da domandarsi in quale misura simili progressi, per quanto indubbiamente apprezzabili, potessero realmente contribuire a quella profonda evoluzione nelle concezioni generali del diritto penale alla quale abbiamo fatto più volte riferimento. La risposta a tale quesito, divenuta a questo punto ineludibile, impone allora di esaminare più da vicino il secondo problema ricordato in apertura, e cioè quello concernente la legittimità del ricorso alla pena in funzione dell'offesa prodotta dal reato, e che consiste, in particolare, nel valutare la possibilità di reperire un criterio selettivo idoneo a circoscrivere l'ambito riservato a tale sanzione rispetto a quello spettante ad altre misure estranee al campo di pertinenza del 'giure criminale'.

A tale scopo, si rivela opportuno fare un passo indietro nel tempo, e soffermarsi per un momento a considerare l'impostazione che al problema dei fondamenti e dei limiti dell'intervento punitivo diede il primo grande rappresentante dell' Illuminismo giuridico nella materia 'dei delitti e delle pene': Cesare Beccaria.

5. *Una parentesi necessaria: il pensiero di Cesare Beccaria.*

« Ogni delitto, benché privato, offende la società, ma ogni delitto non ne tenta la immediata distruzione. Le azioni morali, come le fisiche, hanno la loro sfera limitata di attività e sono diversamente circonscritte; e però la sola cavillosa interpretazione,

(25) In proposito v. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 50 e, sia pure in una diversa prospettiva, A. BARATTA, *Filosofia e diritto penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni*, in « Riv. int. fil. dir. », 1972, p. 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che è per l'ordinario la filosofia della schiavitù, può confondere ciò che dall'eterna verità fu con immutabili rapporti distinto » (26).

Le parole di Cesare Beccaria hanno il sapore di un vero e proprio 'manifesto'; un manifesto di chiarezza concettuale, di definizione della tutela in funzione dell'indole dei singoli illeciti, di accentuazione, infine, di un essenziale profilo 'personalistico' quanto alla natura di determinati interessi, in precedenza occultato e misconosciuto dietro un' omnicomprensiva e totalizzante difesa del potere sovrano.

Vi sono, certo, diritti dello Stato, ma vi sono anche (ed anzi, negli intenti di quello scritto immortale, primi fra tutti) i diritti dell'individuo: la ragion politica — se così si può dire — che riceve dal 'patto' tra i consociati il fondamento ed il titolo di legittimazione del potere punitivo, non impedisce, tuttavia, di separare e distinguere diritto e diritto, rispettando e reclamando, anzi, con forza, la necessità di cogliere, dietro determinati interessi, una dimensione rigorosamente individuale e personale, che si giustappone a quella collettiva e 'pubblicistica' collegata alla sopravvivenza dello Stato stesso. In altri termini, l'attribuzione a quest'ultimo del potere-dovere di provvedere alla difesa della società mediante la pena, non

(26) Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in BECCARIA, *Dei delitti e delle pene (con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell' Europa del Settecento)*, a cura F. Venturi, Torino, Einaudi, 1973[3], p. 25. Sul pensiero di Beccaria, ricordiamo (oltre alle opere già citate riguardo al pensiero illuministico), le analisi di P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di P. Calamandrei, Firenze, Le Monnier, 1950[2], pp. 17 ss.; G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, Giuffrè, 1976, II, pp. 685 ss.; G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Diritti dell' uomo e sistema penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, ESI, 2002, I, pp. 15 ss.; W. NAUCKE, *Einführung: Beccaria, Strafrechtskritiker und Strafrechtsverstärker*, in C. BECCARIA, *Von den Verbrechen und von den Strafen (1764)*, a cura di T. Vormbaum, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, pp. XIV ss.; P. NUVOLONE, *Processo e pena nell'opera di Cesare Beccaria*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale (Studi)*, Padova, Cedam, 1969, I, pp. 430 ss.; M. PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 33 ss.; G. D. PISAPIA, *Presentazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. D. Pisapia, Milano, Giuffrè, 1973, pp. V ss.; S. RODOTÀ, *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di A. Burgio, Milano, Feltrinelli, 2000[8], pp. 5 ss.; F. VENTURI, *Introduzione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Venturi, cit., pp. VIII ss.; come pure i numerosissimi contributi raccolti nell'*International Congress 'Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy'*, Milano, Giuffrè, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solo non costituisce ostacolo, ma, al contrario, si accompagna al riconoscimento, alla base dei singoli reati, di uno specifico 'titolare' dell'interesse protetto, impedendo in tal modo di far refluire le singole sfere di tutela nel magma indistinto della salvaguardia delle istituzione sovrane come ragione e referente esclusivo dell'intervento punitivo.

La c.d. 'classazione' o 'divisione dei delitti' (27) diviene sempre più, in questa prospettiva, la 'parola d'ordine' di una scienza e di una 'tecnica' legislativa preordinate ad una necessaria selezione tra i singoli interessi, all'insegna di una demarcazione di ruoli — da fattispecie a fattispecie — che lo stesso postulato fondamentale della 'legalità penale' viene ad esaltare, non soltanto sotto il profilo delle fonti normative, ma anche, per l'appunto, sotto quello dei contenuti (specifici) della tutela di volta in volta predisposta. La legalità penale — da questo punto di vista — viene ad esprimere, a ben guardare, una forma di rinuncia 'programmatica' alla tentazione di ricondurre l'intervento repressivo ad esigenze estranee al quadro degli interessi trasfusi nelle scelte incriminatrici: essa serve ad impedire che le logiche della Ragion di Stato possano essere, all'occasione, fatte prevalere sui confini normativi delle fattispecie incriminabili, i quali non potranno d'ora in poi tollerare in nessun caso una loro elusione o manomissione ad opera del giudice in funzione dei mutevoli *desiderata* espressi dal potere sovrano.

6. *I limiti della soluzione di Beccaria di fronte al postulato dell'offesa alla società' come conseguenza di tutti i reati.*

Nonostante il grande contributo di civiltà giuridica desumibile dai suddetti postulati e corollari garantistici, lo scritto di Beccaria lasciava tuttavia sostanzialmente irrisolto un problema d'importanza fondamentale, che una più attenta analisi critica delle considerazioni sviluppate dall' illustre Autore permette adesso di identificare nei suoi lineamenti essenziali.

L'interrogativo deriva dal fatto che il ripetuto richiamo ai singoli 'diritti' (ritenuti 'giusnaturalisticamente' innati e come tali preesistenti alla legge) non si accompagnava tuttavia al chiarimento delle

(27) Cfr. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, cit., pp. 23 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ragioni in forza delle quali la loro violazione avrebbe dovuto necessariamente dar luogo ad un'offesa all'intera società. Il dilemma nasceva, a ben guardare, dalle stesse espressioni utilizzate da Beccaria, ed in particolare proprio da quella secondo cui « ogni delitto, *benché privato*, offende la società », è tale, cioè, da provocare un « danno » a quest'ultima, di cui la legge dovrà tenere conto anche nel determinare la misura della sanzione (28): ed altresì dall' affermazione secondo cui un simile danno avrebbe dovuto essere ravvisato, anche laddove, come si ricordava poc'anzi, esso fosse derivato da un'azione la cui « sfera » d'incidenza fosse per sua natura « limitata » e « circonscritta », fino a toccare il confine estremo della « minima ingiustizia possibile fatta », non più alla società « immediatamente », quanto invece ai singoli « privati membri di essa » (29).

Orbene, il fenomeno in virtù del quale la singola offesa (anche se 'privata') avrebbe finito col propagarsi e diffondersi nell'intera comunità, non si prestava, a ben guardare, a venire spiegato e giustificato in base alla sola premessa — sottolineata più volte dall'Autore — secondo la quale « il fine primario di ogni legittima associazione » non poteva essere che quello di garantire, prima di tutto, « la sicurezza di ciascun particolare » (30); in linea di principio, era, bensì, del tutto ragionevole, e coerente con tale premessa, riconoscere che lo scopo dell'accordo tra i singoli individui posto all'origine della loro 'associazione' non potesse essere che quello di preservare anche (e soprattutto) i diritti 'particolari' propri di ciascuno; ma far discendere da tale presupposto l'ulteriore conseguenza che il singolo reato fosse comunque offensivo dell'intera società si sarebbe risolto nel confondere tra loro — contro lo stesso ammonimento di Beccaria a rispettare « ciò che fu con immutabili rapporti *distinto* » (31) — lo *scopo generale* di quella associazione con la *dimensione qualitativa delle offese ai singoli diritti* di volta in volta tutelati mediante la pena. L'autonomia dei due profili appare confermata, del resto, anche dal rilievo secondo il quale l'offesa al diritto — anche se violatrice del 'patto' intercorso — avrebbe ben potuto

(28) Ivi, pp. 19 ss.
(29) Ivi, pp. 20, 25.
(30) Ivi, pp. 13, 25.
(31) Ivi, p. 25.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essere riguardata come fonte di una responsabilità diversa da quella penale (ad es., di un addebito rilevante in sede civile). Si sarebbe dunque dovuto, anche in tal caso, concludere che l'offesa riguardasse l'intera società? Ed in caso di soluzione positiva, come distinguere, allora, il *proprium* del diritto di punire rispetto al ruolo esplicato da altre risposte sul piano sanzionatorio pur sempre concepite ed attuate ad opera della 'società' tutta?

In realtà, le difficoltà che si sono segnalate derivavano da una ragione più profonda, posta in luce con estrema acutezza da un autorevole studioso dei giorni nostri; e cioè, in particolare, dalla circostanza in base alla quale, « anziché prendere le mosse dalle *ragioni dell'incriminazione* », la tendenza in esame « procedeva in senso inverso, cercando di determinare il diritto soggettivo (o l'interesse) di cui un certo reato avrebbe dovuto rappresentare l'offesa »; ma, fermandosi a questo livello, rimanevano allora problematiche proprio « quelle ragioni della norma » penale « che non potevano essere identificate con la tutela di un diritto » — tanto più se di carattere individuale — « determinato con metro » esclusivamente « giusnaturalista » (32). Di qui, il suggerimento, da parte del medesimo studioso, di orientare la ricerca verso la definizione di criteri alternativi per individuare i fatti meritevoli di una risposta penale: criteri, in altri termini, realmente idonei a secernere le motivazioni in forza delle quali l'offesa, anche se espressasi in una lesione all'apparenza circoscritta, si mostri dotata di un potenziale espansivo tale da travalicare l'immediatezza del danno arrecato, per investire le esigenze di salvaguardia dell'intera comunità organizzata.

Tale 'passo' ulteriore, se ben si guarda, non poteva, tuttavia, essere compiuto da parte dell' Autore di « Dei delitti e delle pene ». Invero, il senso dell'elaborazione di Beccaria si esprimeva essenzialmente nell' identificare il *limite* oltre il quale lo Stato non avrebbe potuto comunque spingersi, pena il rischio di un eccessivo restringimento delle sfere individuali di libertà: e non già, viceversa, nel delineare *in positivo* le motivazioni sociali della repressione del crimine, al fine di stabilire a quali condizioni la violazione dei diritti fosse destinata ad interferire con le esigenze della comunità nel suo

(32) Cfr. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, P. G.*, Milano, Giuffrè, 2003[8], p. 224.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

complesso, facendo apparire opportuno il ricorso allo strumento penale. Dice bene Giuliano Vassalli, a tale proposito, che « Beccaria non guarda tanto alla politica criminale, quanto a quello » (e aggiungiamo, *soltanto* a quello) « che oltre un secolo dopo ne verrà additato come limite: un diritto penale ricondotto alle sue ragioni laiche e retto dal principio di legalità »; ed ancora: « in via primaria gli sta a cuore la necessaria, non rinviabile rivoluzione contro il modo barbarico di concepire le pene, la riduzione del diritto penale alla ragione e all'umanità, la liberazione da ordinanze e interpretazioni aberranti e la sostituzione a queste ultime del principio di stretta legalità. Un'opera dunque di filosofia e di diritto, e non di politica se non in senso latissimo » (33).

Al pensiero di Beccaria restava sostanzialmente estraneo, in ultima analisi, il problema concernente la definizione del rapporto tra i fondamenti ed i limiti del potere punitivo e le ragioni sociali e politico-criminali poste alla base del necessario ricorso ad una sanzione (quella penale, appunto) di maggiore gravità rispetto ad altri tipi di reazione all'illecito. Di modo che si può allora comprendere, in questa prospettiva, come fosse destinato a rimanere senza risposta proprio l'interrogativo circa il « quando » risulti plausibile affermare che questo o quell'altro comportamento siano tali da apparire realmente 'disfunzionali' rispetto alle condizioni richieste per la sopravvivenza dei rapporti sociali su cui si regge l'intera comunità.

La difficoltà del problema, come si è già accennato (v., *retro*, par.3), non manca, del resto, di riproporsi anche ai tempi d'oggi, come mostra in maniera paradigmatica il frequente tentativo di identificare il campo dei reati con le condotte destinate a comportare un'*offesa particolarmente grave* agli interessi giuridicamente protetti (34). Dove appare evidente, tuttavia, il rischio che, ragionando in tal modo, si arrivi a dare per acquisito proprio quell'assunto che

(33) Cfr. G. VASSALLI, *Spunti di politica criminale in Cesare Beccaria*, in *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, cit., pp. 25-26.

(34) Sarebbe un fuor d'opera citare tutte le mille sedi in cui tale assunto si trova più o meno esplicitamente sostenuto. Ma è da ricordare che lo stesso PAGLIARO, *Principi*, cit., pp. 223, 226, vi fa espresso riferimento (sia pur accompagnandolo ad ulteriori valutazioni destinate ad integrarlo); mentre un altro autorevole studioso fa leva sulla 'significatività' della lesione derivante dal reato: cfr. BRICOLA, *Teoria*, cit., pp. 15 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dovrebbe essere, viceversa, fatto oggetto di specifica dimostrazione. Il livello di gravità dell'offesa nulla ancora dice, in effetti, circa il perché siffatta gravità debba risultare influente sulla conservazione dell'intero corpo sociale; e, d'altra parte, anche a voler privilegiare, a seconda dei casi, un collegamento della gravità dell'offesa con la particolare natura e 'qualità' dell'interesse tutelato (si pensi per tutti, al bene della vita), rimane ancora da spiegare il perché quella qualità, specialmente laddove si tratti di interessi di carattere esclusivamente individuale, debba necessariamente riverberare il proprio peso e la propria influenza sugli assetti sociali fondamentali propri dell' ordinamento globalmente considerato.

7. *La prospettiva della Scuola Classica: il reato come fenomeno generatore del 'danno mediato'.*

Orbene, un passo decisivo in direzione dell'esigenza di decifrare e di sviluppare le tematiche che tali interrogativi sollevano doveva essere compiuto, come si era già in precedenza adombrato (v., *retro*, par. 3), proprio ad opera della Scuola Classica di diritto penale, ed in particolare, dal nostro più grande criminalista dell'Ottocento, Francesco Carrara.

Ed invero, la convinzione — già presente in Cesare Beccaria — che le scelte di tutela penale non potessero prescindere dalla violazione di diritti preesistenti all'ordinamento positivo, viene tuttavia a coniugarsi, nel pensiero di Carrara, alla ricerca di una motivazione alla base della sanzione criminale qualitativamente autonoma ed ulteriore rispetto alla (sola) considerazione delle sfere di interessi « giusnaturalisticamente » anteposte alle opzioni normative del legislatore.

La categoria di riferimento — già anticipata nell'opera di Giovanni Carmignani (35) — ma portata a sviluppo e sistemazione

(35) Cfr. G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, trad. della 5.a ed. a cura di Caruana Dingli, e 1.a ed. milanese riveduta e annotata da F. Ambrosoli, Milano, Sanvito, 1863, pp. 45 ss.; Id., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, Nistri, 1931, II, pp. 84 ss., dove, tra l'altro, l' Autore sottolineava il proprio debito nei confronti di J. Bentham, *Introduzione ai princìpi della morale e della legislazione*, a cura di E. Lecaldano, Torino, Utet, 1998, pp. 252 ss. (sul punto cfr. G. B. Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

definitiva proprio dal suo sommo discepolo (36) — è rappresentata dal c.d. « danno mediato »; il contenuto essenziale di quest'ultimo viene identificato, in particolare, nella « possibilità di ripetizione dell'offesa »: la quale, generando « allarme » presso i « buoni » ed « incitamento » ed incentivo a delinquere presso i « malvagi », sarebbe tale da imporre il ricorso alla pena allo scopo di « riconfortare » i primi e di « intimidire » i male inclinati (37).

È interessante osservare, a tale riguardo, come il requisito del danno mediato, lungi dal presentarsi come un fenomeno destinato a formare oggetto di una mera constatazione *a posteriori* circa il suo effettivo verificarsi (in quanto tale inevitabilmente esposta alle contingenze del caso, o, peggio ancora, al 'libero' apprezzamento da parte del giudice), venga invece ad esprimersi, nel pensiero dell' Autore, in un 'criterio di criminalizzazione' destinato ad assumere un'importanza determinante già al livello delle stesse scelte — diremmo oggi — di politica legislativa in materia penale.

---

cura di V. Lanza, Torino, UTET, 1916, 2ª rist. ed. postuma, p. 67 e, di recente, gli approfondimenti di L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 7 ss. In termini più generali, sul pensiero di Bentham, cfr. P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, I, *Da Hobbes a Bentham*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 207 ss., 363 ss.). In argomento cfr. T. PADOVANI, *La teoria del reato in Giovanni Carmignani*, in *Giovanni Carmignani*, cit., p. 385, nonché S. DEL CORSO, *Il « grado dell'offesa nell'attentato » nel pensiero di Giovanni Carmignani*, ivi, pp. 115 ss.; A. GARGANI, *Dolo e colpa in Carmignani tra diritto e processo*, ivi, pp. 252 ss.

(36) In argomento cfr. BRICOLA, *Introduzione*, cit., pp. 17 ss.; M.A. CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1988, pp. 67, 80, 91, 111; T. DELOGU, *« Vivo e morto » nell'opera di Francesco Carrara*, in *Francesco Carrara nel primo Centenario*, cit., pp. 120 ss.; F. MANTOVANI, *Francesco Carrara e la teoria della pena*, ivi, pp.272 ss.; F. PALAZZO, *Considerazioni brevi su colpevolezza ed* ignorantia legis *nel pensiero di Carrara*, ivi, p. 933; L. PICOTTI, *Alle origini della nozione di dolo specifico: obiettività giuridica e obiettività ideologica nell'evoluzione della teoria carrariana del reato*, ivi, pp. 537, 549 ss.; nonché, volendo, G. A. DE FRANCESCO, *La concezione del dolo in Francesco Carrara*, ivi, pp. 503 s.; ID., *Selezione degli illeciti e « depenalizzazione » nel quadro del « Programma » di Francesco Carrara*, in *Depenalizzazione e circolazione stradale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 355.

(37) Cfr. CARRARA, *Programma*, *P. G.*, I, cit., pp. 53, 72, 114 s., 117; ID., *Programma, P. G.*, II, cit., p. 85; ID., *Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1870², I, p. 345.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È lo stesso Carrara (38) ad avvertire, per vero, che la categoria in questione viene a rivestire un ruolo fondamentale nel momento stesso in cui si tratta di individuare — nell'opera di selezione dei mezzi di tutela di volta in volta disponibili — la linea di demarcazione del « magistero civile » e del « magistero del buon governo » dal vero e proprio « magistero criminale »; una questione, insomma, si può ben dire, di 'politica generale degli illeciti', di identificazione, in altri termini, delle condizioni in presenza delle quali determinati fatti — colti nello scenario virtuale di una loro possibile ripetizione — siano tali da richiedere uno strumento di controllo sociale più intenso e penetrante rispetto ad altre misure, sia pure di contenuto sanzionatorio, ma tuttavia incapaci di esprimere un analogo coefficiente di intensità afflittiva.

In una simile ottica, d'altronde, non meno significativa si rivela l'ulteriore affermazione di Carrara, secondo la quale la « lesione di un diritto individuale », per quanto possa presentare in se stessa il connotato dell'« ingiustizia », dovrà comunque andare incontro, in assenza di danno mediato, ad una reazione limitata alla sola « riparazione diretta » (39), intendendo per tale quella che consegue ad un tipo di responsabilità di natura essenzialmente civile; mentre, la pena potrà risultare realmente giustificata, soltanto quando la lesione prospettabile, in forza di una prognosi 'positiva' in termini di danno mediato, presenti un potenziale espansivo tale da arrivare a coinvolgere « le moltitudini » (40), e cioè, per l'appunto, l'intera comunità sociale. « Il giure penale » — precisava ancora Carrara (41) — « non è che un continuo calcolo della prevalenza del diritto delle moltitudini sul diritto dell'individuo; calcolo che doveva togliersi appunto dalla mano degl'individui perché non riuscisse passionato, e affidarlo allo Stato come rappresentante al tempo stesso e l'individuo e la moltitudine. Ma lo Stato non è una divinità al cui altare debbano immolarsi i diritti di tutti. È un giudice della prevalenza del diritto dei più sul diritto dell'individuo »; e, pertanto, « nel secernere tra i

(38) V. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale, P. S.*, Lucca, Canovetti, 1881[5], I, p. 32.

(39) Ivi, p. 31.

(40) Ivi, p. 32.

(41) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diversi fatti lesivi del diritto quelli che danno debito allo Stato di esercitare », ora il « magistero civile », ora il « magistero economico », ora infine il « magistero penale », « non possono i governanti procedere a capriccio », ma debbono invece « procedere secondo quella legge dell'ordine universale », la quale imponeva, ad avviso dell'Autore, di valutare sempre l'esistenza del 'danno mediato' come presupposto inderogabile di « *legittimità* » della sanzione criminale.

Appare allora evidente, in ultima analisi, come, nel quadro del sistema carrariano, il momento di collegamento e di interconnessione tra i singoli diritti (e relative offese) con le ragioni della scelta incriminatrice venga a rafforzarsi e a completarsi grazie ad un criterio valutativo di più spiccata rilevanza sociale: un criterio che « solo » sarebbe stato in grado di giustificare — in virtù del suo fondamento razionale e della sua efficacia selettiva ed 'ordinante' — il passaggio dal magistero civile (o del « buon governo ») alla sfera della « giustizia criminale ». Ed in tale ottica, lo stesso problema fondamentale circa la legittimità dello *jus puniendi* risultava corrispondentemente arricchito da un referente specifico e maggiormente caratterizzante, atto ad illuminarne e ad esplicitarne la direzione teleologica; un parametro, in altri termini, tale da far sì che la sanzione penale, pur dovendo riferirsi ad un novero di diritti già chiaramente (e preventivamente) identificati nei rispettivi contenuti ontologici, fosse legittimata a tutelarli *soltanto in presenza di questo connotato aggiuntivo*, e cioè, in buona sostanza, unicamente in virtù di quel risvolto socialmente negativo, or ora menzionato, che il solo strumento della sanzione penale avrebbe potuto adeguatamente fronteggiare.

8. *Danno mediato, contenuti dell'illecito e funzione della pena.*

Giunti a questo punto, si potrebbe tuttavia a prima vista supporre che il predetto riverbero negativo connesso all'illecito sia tale da riportare pur sempre la problematica del danno mediato entro l'alveo di quella tradizionale prospettazione delle funzioni della pena, la quale viene ad incentrarsi, ora sulla finalità di prevenzione speciale, ora su quella di prevenzione generale (come attributo della minaccia, od, eventualmente, per quanto oggi se ne contesti la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legittimità (42), come effetto connesso alla stessa irrogazione della sanzione (43): la lotta contro il fenomeno della recidiva, la necessità d'impedire che altri imiti il gesto criminale, l'efficacia e la credibilità del sistema repressivo presso i destinatari della minaccia penale, potrebbero configurarsi, in definitiva, come espressione di quella logica di prevenzione, ora diretta verso il singolo, ora rivolta agli altri consociati, che sono da tempo ricondotte, per l'appunto, al campo di pertinenza di tali fondamentali funzioni (44).

Ma una simile impressione, pur contenendo alcuni aspetti di verità, non si rivelerebbe, a ben guardare, realmente idonea a cogliere il significato più profondo sotteso alla categoria del danno mediato.

Il predetto danno, in effetti, nella prospettiva seguita da Carrara, rappresenta bensì, com'egli afferma, un danno « riflesso », in quanto riguardante coloro che « non sono dall'azione direttamente colpiti » (45); ma giunge, tuttavia, per altro verso, a svolgere un vero e proprio ruolo « costitutivo » rispetto alla fisionomia ed alle caratteristiche essenziali dello stesso *ente giuridico-reato*. Esso interferisce

(42) Cfr., ampiamente, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1979, pp. 228 ss. e, sia pure da un diverso angolo visuale, W. HASSEMER, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano, F. Stella, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 143 ss.

(43) In effetti, CARRARA, *Programma, P.G.*, II, cit., p. 84, non distinguendo, come a suo tempo aveva invece ritenuto necessario Anselm FEUERBACH (cfr. *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, a cura di M. A. Cattaneo, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 113 s.) — le cui opinioni, anzi, egli espressamente contesta — tra fase della minaccia e fase di irrogazione della pena, sembrerebbe pronunciarsi a favore di una sostanziale equiparazione delle valutazioni operabili a tale riguardo. Tuttavia, non si deve trascurare la circostanza, di portata ben più radicale, che, come diremo tra breve, lo stesso Carrara si mostra contrario, in linea di principio, a conferire alla pena un ruolo spiccatamente generalpreventivo.

(44) A tale prospettiva sembra ispirarsi, ad es., L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 266, 327, laddove ascrive Carrara al novero dei sostenitori dell' idea della pena come difesa sociale orientata agli scopi della generalprevenzione. In precedenza cfr. U. SPIRITO, *Storia*, cit., p. 112. D'altra parte, non sono mancati coloro che hanno invece attribuito a Carrara una posizione più vicina alla teoria retributiva: cfr., ad es., G. BETTIOL, *Diritto penale, P. G.*, Padova, Cedam, 1976[9], pp. 21 s.; MANTOVANI, *Francesco Carrara*, cit., pp. 321 ss., sia pur riconoscendo la presenza nell'Autore di ulteriori suggestioni teoriche ed istanze di delimitazione in chiave garantista.

(45) Cfr. CARRARA, *Programma, P. G.*, I, cit., 104-105.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con i contenuti di quest'ultimo — ne diviene 'parte', per così dire — nel senso che viene ad includere al suo interno la stessa prospettiva della reiterazione (più o meno probabile, più o meno accentuata e diffusa) di quel fatto che — proprio alla luce degli effetti connessi a tale ripetizione — viene considerato meritevole di una risposta di contenuto criminale. Particolarmente emblematico si rivela, a tale proposito, quanto afferma l'illustre penalista con riguardo, ad es., alle caratteristiche e al livello di gravità espressi dai delitti di corruzione: « il danno politico cresce quando il pubblico ufficiale abusi dei suoi poteri per una turpe veduta di avidità. La ragione di ciò sta nella maggiore diffondibilità del danno mediato: perché in faccia ad un magistrato che venda i suoi favori a chiunque lo paga non avvi cittadino che possa essere sicuro di ottenere giustizia, e che non debba temere un sopruso » (46).

In definitiva — è il caso di sottolinearlo — il contenuto essenziale di un illecito di rilevanza penale *non viene ad esaurirsi*, alla luce di tale concezione, nella pura e semplice *lesione di un interesse o diritto soggettivo* come dato 'razionalmente' ed ontologicamente a sé stante. Soltanto in presenza di un 'danno mediato' potrà invero asserirsi che detta violazione arrivi ad esprimere quel fondamentale collegamento tra il diritto di punire e le caratteristiche del relativo 'oggetto' — e cioè appunto il reato — che ci si era proposti in questa sede di cogliere e portare ad evidenza come connotato qualificante del pensiero della Scuola Classica di diritto penale.

Ma vi è di più. Seguendo le linee di tale impostazione, è la stessa funzione della pena a ricevere, secondo l'auspicio formulato a suo tempo (v., *retro*, par. 3), una dimensione più strettamente collegata alle ragioni fondative dello *jus puniendi*, in correlazione all' ambito delle condotte meritevoli di una risposta di natura criminale. Invero, il ruolo riservato alla pena non avrebbe più potuto essere ricondotto, alla luce di tale concezione, ad una (o più) delle numerose spiegazioni e 'teorie' elaborate dalla dottrina nel corso di un dibattito fattosi col tempo sempre più complesso e variegato. Ché, anzi, è opportuno ricordarlo, Carrara stesso si mostrava contrario a tutte le correnti di pensiero di cui si erano fatti promotori i pur numerosi ed

(46) V. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, P. S.*, Prato, Giachetti, 1883[5], V, p. 115.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

illustri protagonisti di quell'inesausto contendere: « il *fine* della pena 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 *espii* 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 » (47).

Fine della pena, secondo il nostro Autore, era da ritenersi, piuttosto, quello del « ristabilimento dell'ordine esterno » (48) della società, essendo questo messo in pericolo proprio dal compimento — in forma potenzialmente reiterata — di determinati fatti; di modo che la pena medesima (la circostanza potrà apparire forse singolare, ma si rivela, in realtà, illuminante per comprendere l'idea di fondo di Carrara), nel momento in cui giungeva ad « elidere » (49) il danno mediato — e poiché quest'ultimo, come si diceva, veniva ad assumere un ruolo costitutivo rispetto al reato stesso — era destinata anch'essa, in certo senso, a « partecipare » dell'ente giuridico-reato, proprio in quanto volta a condizionare le sorti di un suo elemento socialmente (e giuridicamente) rilevante. In buona sostanza, la pena veniva a « sottrarre » al reato il relativo danno mediato, ne annullava

(47) Cfr. CARRARA, *Programma, P. G.*, II, cit., p. 83. V. anche ID., *Se la unità sia condizione del giure penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1870², II, p. 18; ID., *Emenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*, in *Opuscoli*, I, cit., p. 195; ID., *Cardini*, cit., pp. 12 ss.; ID., *Dottrina fondamentale*, cit., pp. 259 ss.

(48) Cfr. CARRARA, *Programma, P. G.*, II, cit., pp. 84 ss., 122 ss. In merito alla concezione di Carrara circa gli scopi della pena, oltre gli Autori citati in nota 44, cfr., in vario senso, CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia*, cit., pp. 110 ss., 131 ss.; DELOGU, *« Vivo e morto »*, cit., pp. 162 ss.; J. FIGUEIREDO DIAS, *Carrara e o paradigma penal actual*, in *Francesco Carrara nel primo centenario*, cit., pp. 461 ss.; B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale. Introduzione-Norma penale-Reato*, Padova, Cedam, 1943, I, pp. 51 ss.; VASSALLI, *Riandando a Francesco Carrara*, in *Francesco Carrara nel primo centenario*, cit., pp. 784 s. Particolarmente significativa appare poi la riconsiderazione critica del problema della pena come 'emenda' del colpevole. In merito a tale profilo, v., tra i contemporanei, l'ampio scritto di P. ELLERO, *Della emenda penale*, in *Opuscoli criminali*, Bologna, Fava e Garagnani, 1874, pp. 129 ss., e, recentemente, in particolare, S. MOCCIA, *La polemica tra Carrara e Roeder sulla funzione della pena: una disputa ideologica?*, in *Francesco Carrara nel primo centenario*, cit., pp. 727 ss.; E. R. ZAFFARONI, *Carrara y Roeder*, ivi, pp. 417 ss.

(49) Secondo la felice espressione di T. PADOVANI, *Francesco Carrara*, cit., p. 275.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questa componente, era in grado di « stornare » quel riflesso negativo sulle « moltitudini », insomma, che fondava e giustificava, nell'ottica del Carrara, l'essenza criminosa del fatto (50).

Ecco allora delinearsi, in ultima istanza, il collegamento più profondo tra la funzione della pena e l'oggetto della tutela penale: un collegamento che proprio in Carrara si rivela particolarmente intenso e penetrante. Esso si esprime nell'effetto potenzialmente configurabile di fronte ad un' eventuale ripetizione dell'offesa a determinati interessi: dove, pertanto, la natura dell'interesse riveste sicuramente un'importanza fondamentale, ma che giunge tuttavia a rivelare appieno il proprio significato sotto il profilo penale, soltanto ove venga collocata nella prospettiva della sua idoneità ad attingere un piano di rilevanza di più vasta portata, tale da arrivare a coinvolgere l'intera convivenza sociale; e ciò, grazie alla percezione da parte della comunità tutta dell'intollerabilità di un mancato intervento da parte dello Stato contro il rischio della diffusione — della reiterazione, appunto — di quell'offesa.

9. *Il danno mediato e i differenti tipi di delitti.*

Proseguendo nell'indagine, rivelatasi fondamentale, in merito alla categoria del danno mediato, è necessario adesso svolgere qualche breve considerazione circa la portata di tale figura una volta che essa venga posta in relazione ad alcune tendenze manifestatesi nella dottrina attuale.

Invero, il tema della reiterabilità e del possibile « cumularsi » tra loro di più comportamenti omogenei è divenuto, ai tempi d'oggi, una delle parole d'ordine dei più noti e qualificati indirizzi politico-criminali; e nondimeno, una simile tematica viene, com'è parimenti noto, generalmente proposta ed analizzata con particolare riguardo all'ambito degli interessi di portata collettiva o « superindividuale ».

---

(50) Emblematiche le parole dello stesso F. CARRARA, *Programma, P. G.*, II, cit., pp. 88 e 92: « così la pena che niente rimedia al male *materiale* del delitto, è rimedio efficacissimo ed unico del male *morale* »; ed ancora: « la grande efficacia politica della pena sta in questa sua *forza morale*. Dalla forza morale del delitto nasce la *offesa sociale*; dalla forza morale della pena nasce la *riparazione sociale* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Osserva, ad es., Giovanni Fiandaca (51) che, rispetto ad interessi quali quelli connessi al « buon funzionamento della macchina amministrativa o giudiziaria », le corrispondenti esigenze di tutela appaiono suscettibili di venire seriamente compromesse (o poste in pericolo) soltanto grazie ad un « ripetersi generalizzato e frequente di condotte antigiuridiche » (corruzioni, abusi, falsità in giudizio, omissioni di atti dovuti, e così via dicendo).

Senza arrivare ad istituire confronti azzardati tra differenti visioni giuridico-penali, non appare tuttavia fuori luogo osservare come, per converso, Carrara, pur riferendo la necessità di un « danno mediato » a tutti i fenomeni criminosi, tenda semmai a privilegiare il ruolo attribuito a quest'ultimo proprio sul terreno dei beni giuridici di carattere individuale.

Ad un certo punto del suo « Programma », egli afferma, per vero, che i delitti individuali altro non offendono se non i « diritti naturali dell'uomo; e la *indole politica* » — senza la quale la punizione sarebbe illegittima — « l'assumono *tutta* dal *solo* danno mediato » (e cioè, per l'appunto, dalla possibilità del ripetersi di fatti analoghi) (52). Viceversa, nei delitti c.d. sociali (53) (corruzioni, falsità documentali, incendi, violenze pubbliche, e così via dicendo) il danno arrecato viene *già di per sé* a presentare una dimensione *politica*, proprio perché si rivolge ad un novero indeterminato di vittime potenziali, guarda alla massa, guarda alla comunità, guarda all'intera « consociazione », per l'appunto. In un altro passo, assai significativo, del *Programma*, nel quale Carrara pur si sofferma sul requisito del danno mediato, egli, dopo aver sottolineato che « la sicurezza e la opinione della propria sicurezza costituiscono al cittadino il patrimonio che si dice *politico* », aggiunge, con evidente riferimento ai delitti sociali, che un fatto « che, senza offendere nessun individuo, offenda il corpo sociale, lede così tutti i consociati, non nel patrimonio naturale, ma nel patrimonio politico » (54).

Si potrebbe allora concludere, con buon fondamento, che, nel

(51) Cfr. Fiandaca, *Diritto penale*, cit., p. 146. V. anche l'ampia panoramica di Marinucci, Dolcini, *Corso*, cit., pp. 540 ss., 567 ss.

(52) V. Carrara, *Programma, P. G.*, I, cit., p. 138.

(53) Cfr. Carrara, *Programma, P. G.*, I, cit., pp. 135 ss., 297 ss.

(54) Ivi, pp. 109 ss.; nonché Id., *Programma, P. S.*, V, cit., p. 109.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pensiero di Carrara, il danno proprio dei « delitti sociali » esprime già in sé (pur non arrivando ad esaurirla (55)) quella dimensione fondante la rilevanza criminale del fatto, la quale risulta, viceversa, collegata in via esclusiva all'ulteriore riscontro del requisito del danno mediato, laddove si sia di fronte a delitti individuali (56).

Né mancano, peraltro, stando all'impostazione dell'illustre Autore, alcuni « delitti sociali » caratterizzati, in certo qual modo, da una sorta di convergenza o di « sincretismo » sotto il profilo assiologico tra il danno mediato e il danno sociale proprio dell'illecito. Tipica al riguardo la figura dell'associazione per delinquere, in relazione alla quale Carrara ritiene di doverne identificare la *ratio puniendi* nella prospettiva teleologica della *reiterazione* di una serie indefinita di attività delittuose (57): una rilevanza « a doppio titolo », si può ben dire, del pregiudizio sociale connesso all'illecito, che suona come una evidente riconferma dell'esistenza di una relazione

(55) Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, P.S.*, Prato, Giachetti, 1883[4], VI, pp. 149 s.; ID., *Programma del corso di diritto criminale, P.S.*, Prato, Giachetti, 1882[5], III, pp. 6-7.

(56) Significative in proposito le precisazioni di CARRARA, *Programma*, *P.S.*, V, cit., pp. 7-8, il quale avverte come la denominazione di 'reati sociali' risulti congrua ed appropriata « non solo perché i diritti che con tali reati si attaccano non sono concepibili nella propria *genesi* tranne come conseguenza dello stato di consociazione civile: quanto perché i diritti medesimi pervengono a tutti quanti i consociati: quanto perché propriamente l'obiettivo di siffatti malefizi oltre ad essere la consociazione stessa nel rapporto della loro forza morale (danno mediato) lo che è nella essenza di ogni malefizio; lo è ancora nel rapporto della loro forza fisica (danno immediato) lo che nei delitti naturali assolutamente non è. E finalmente perché anche la misura della loro quantità si desume più dalla considerazione dell' uomo *cittadino* che dalla considerazione dell'uomo *individuo* ». Né può trascurarsi la circostanza che Carrara (*Programma, P. G.*, I, cit., pp. 115, 297; ID., *Programma, P. S.*, I, cit., p. 31) parli di diritto e danno 'universali' tanto a proposito del danno mediato quanto in relazione ai delitti sociali.

(57) Cfr. CARRARA, *Programma, P. S.*, VI, cit., p. 180. Segno di un' ulteriore evoluzione del pensiero carrariano, connessa alla verifica della portata della fattispecie di cui all'art. 421 del codice toscano del 1853, è poi lo scritto su *L'associazione per delinquere secondo l'abolito codice toscano*, in appendice a R. GAROFALO, voce *Associazione per delinquere*, in *Enc. giur. it.*, Milano, Vallardi, (s.d.), I, parte 4.a., pp. 1117 ss. Al riguardo si vedano le analisi di C. FIORE, *Francesco Carrara e i reati associativi*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, cit., pp. 733 ss.; A. GARGANI, *L' « associazione a delinquere » nel pensiero di Francesco Carrara. Echi e suggestioni politico-criminali*, in *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 770 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di potenziale sinergia e funzionalità reciproca tra i due profili di valutazione or ora considerati (58).

In un modo o nell'altro, pare tuttavia evidente come il momento della rilevanza 'sociale' dell'illecito (59) — in cui si coglie il raccordo tra la sfera di estensione del diritto penale ed il ruolo attribuito alla sanzione criminale — penetri nelle fibre più profonde della concezione sviluppata dal grande criminalista. E d'altronde, la portata attribuita a tale profilo allorché si sia di fronte ad offese non più esclusivamente 'individuali' sembra davvero precorrere nelle loro linee essenziali alcune delle tematiche attualmente oggetto di particolare attenzione, non solo in sede dottrinale, ma anche a livello di scelte di politica legislativa. Nello specifico, deve osservarsi che, come si è accennato in precedenza (v., *retro*, par. 2), l'elaborazione della categoria dei delitti 'sociali' fa da sfondo a quell''anticipazione' della tutela penale che anche oggi viene avvertita come necessaria di

(58) Particolarmente illuminanti, in tale prospettiva, i seguenti rilievi di CARRARA, *Programma, P. S.*, V, cit., pp. 110 s.: « tutti i delitti sociali hanno dei particolari criteri misuratori desunti dalla speciale indole loro; e così li ha lo abuso di autorità. E tali sono la maggiore o minore dignità o potenza inerente all' uffizio di cui si è abusato; la maggiore o minore perversità della passione movente; la maggiore o minore possibilità *d'impedirne la ripetizione*: e ciò oltre la considerazione costante e generale del maggiore pregiudizio arrecato » (corsivo nostro).

(59) Sottolinea autorevolmente tale profilo P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto penale (a proposito di recenti appuntamenti 'carrariani' e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 24 (1995), p. 475 (dell'estratto); secondo l' Autore la costruzione di Carrara viene ad incarnare « un complesso di regole dalla intensa valenza etica, contrassegnato fin dall'inizio da una intima socialità e immediatamente traducibile in schemi giuridici efficaci ». Diversamente, secondo L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 366, Carrara si muoverebbe nella logica di una visione « formalistica » e « giuspositivistica » dell'illecito penale (in precedenza, analogamente, B. PETROCELLI, *Interpretazione del Carrara*, in *Saggi di diritto penale* (seconda serie), Padova, Cedam, 1965, pp. 209 ss.); per una critica approfondita di tale opinione v., in particolare, M. A. CATTANEO, *Francesco Carrara: filosofia del diritto penale*, cit., pp. 223 ss.; T. PADOVANI, *Francesco Carrara*, cit., pp. 255 ss. Ma, come ricorda 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), *Riviste giuridiche italiane*, p. 159 nota 80, non appare facile estirpare la tendenza a presentare il pensiero della Scuola Classica come un insieme di « caratteri metafisici, di trascendenza del diritto, di emanazioni divine, di irrilevanza della realtà, di reato-ente-giuridico-astratto, delle più diverse rigidità dogmatiche ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fronte all'impossibilità di circoscrivere ed 'isolare' i possibili sviluppi di determinate condotte pericolose; al qual proposito valgano come esempi il già citato caso dell'associazione per delinquere — nei cui riguardi Carrara non esita a sottolineare l'intrinseca potenzialità offensiva già dello stesso organismo criminoso in quanto tale — nonché numerosi delitti contro l'amministrazione della giustizia, dove la mancanza di un 'danno' concreto ed effettivo non potrebbe tuttavia impedire il ricorso ad una tutela 'anticipata' delle condizioni da cui deriva l'affidamento da parte dei consociati nel corretto esercizio delle funzioni corrispondenti (60).

10. *Il danno mediato e le implicazioni 'sociali' dell'offesa; un confronto tra Carmignani e Carrara.*

I precedenti rilievi lasciano emergere, in ultima analisi, i sintomi evidenti di una profonda evoluzione del diritto penale 'classico' rispetto alle soluzioni espresse dalle correnti giusnaturalistiche di derivazione illuminista.

Emblematico in proposito è proprio l'esempio di Francesco Carrara. Pur prendendo le mosse da un approccio scientifico di taglio rigorosamente 'razionalista', egli giungerà ad elaborare una visione complessiva dell'intervento penale, nella quale le motivazioni e gli scopi della tutela rinviano continuamente ad un coefficiente di legittimazione nutrito ed 'impregnato', si potrebbe dire, di una valutazione in termini di rilevanza 'sociale' (o, secondo una locuzione oggi preferita, 'politico-criminale') del significato assunto dai fenomeni di carattere delittuoso.

D'altronde, è anche vero — è bene non dimenticarlo — che il modello generale proposto da Carrara mostra una perdurante consapevolezza dei fondamentali postulati garantistici che devono pur sempre accompagnare e sorreggere la costruzione del sistema puni-

(60) È bene peraltro non dimenticare come CARRARA, *Programma, P. G.*, I, cit., p. 298 non si mostri insensibile alla necessità di richiedere una concreta idoneità ad offendere gli interessi tutelati: la « *potenzialità* deve esservi; altrimenti repugnerebbe che atti inconcludenti e puerili configurassero una perfetta offesa alla legge. I fatti che non hanno potenza nessuna di violare effettivamente mai il *diritto concreto*, non possono offendere il *diritto astratto* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivo. Ciò spiega come la sua impostazione presenti delle notevoli differenze rispetto a quella in precedenza adottata dal suo pur grandissimo maestro, Giovanni Carmignani. Il pensiero di quest'ultimo tende a muoversi, in effetti, in un ambito e in una dimensione più vicine al diritto penale come esso *è* (61), e non tanto invece come *dovrebbe essere* (62) per adeguarsi a determinati principi ed obiettivi di fondo, collegati sia alla difesa della comunità, che alla tutela delle libertà individuali. In sostanza, mentre la ricerca dei fondamenti del diritto penale assume, in Carrara, i tratti qualificanti di un programma di *giustificazione del potere punitivo*, la concezione di Carmignani si muove piuttosto nell' ottica della *giustificazione del fatto che si punisce* e, pur con alterne vicende, si è sempre punito. Le ragioni dell'intervento penale sottendono, in Carrara, una necessaria 'selezione' dei fatti incriminabili, dato che la stessa categoria del 'danno mediato' non rappresenta per lui una conseguenza dell'illecito di cui prendere atto, quanto invece l'oggetto di una verifica volta a stabilire *quando* quel danno sociale esista e faccia apparire il legislatore *legittimato* a tenerne conto, e per ciò stesso, lo renda titolare (legittimo, per l'appunto) di un *diritto* di affiancarvi la pena.

In Carmignani prende il sopravvento, al contrario, una logica punitiva ispirata al c.d. *jus politicae necessitatis*, la quale — come egli osservava — era tale da far sì che gli « oggetti » del diritto criminale non potessero avere caratteristiche diverse da quelle che « la legge imprime loro sia nel qualificarli, sia nello stabilire il loro diverso grado di gravità, sia negli espedienti necessarj a reprimerli ». Di qui la conclusione finale secondo cui « la indole e gli attributi di questi oggetti, facilissimi a percepirsi come fatti, partono interamente dalla

(61) Cfr., in proposito, PADOVANI, *La teoria del reato in Giovanni Carmignani*, cit., pp. 387 ss. Diversa l'opinione espressa da E. RIPEPE, *Introduzione*, in G. CARMIGNANI, *Scritti inediti. Storia della origine e de' progressi della filosofia del diritto*, a cura di E. Ripepe, e con nota bio-bibliografica di M. Geri, Pisa, Plus, 2005, I, pp. XXIII ss., il quale rivaluta, in chiave essenzialmente filosofico-giuridica, gli aspetti del pensiero di Carmignani di indole non positivistica.

(62) Sulla concezione 'deontologica' di Carrara, cfr. le acute osservazioni di PADOVANI, *Francesco Carrara*, cit., pp. 260 ss.; ID., *Il legislatore alla scuola della ragione. Una introduzione allo studio del « Programma » di Francesco Carrara*, Lucca, Tipolito, 1985, pp. 11 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disposizione della legge » (63), venendo proprio questa, per l'appunto, ad incarnare quel « principio politico » volto « all'effetto di calcolare ciò che alla sicurezza convenga » e a « creare una guarentigia sufficiente ad assicurare il regno » di tale legge « su i destini degli uomini » (64). Ma di qui, anche, la radicale opposizione di Carrara nei confronti del pensiero di Carmignani, accusato dal primo di erigere lo Stato a « *causa* del diritto » (65), attribuendo alla « politica necessità » uno scopo di pura conservazione dell'ordine costituito, e scambiando il « *diritto* di punire » con l'esercizio di fatto di una funzione interamente governata dalle scelte liberamente operate da parte del legislatore (66).

A ben guardare, è proprio nella logica di una siffatta contrapposizione, che è dato cogliere, del resto, le motivazioni di fondo alla base del 'rifiuto' da parte di Carrara di trattare, alla fine del suo *Programma*, la classe dei « delitti politici » (67). Di tale rifiuto Mario Sbriccoli ha da tempo offerta una vasta ed approfondita analisi sul piano storico-politico (68), mostrando, altresì, in alcuni scritti successivi (69), di volerne ulteriormente esaltare le implicazioni garan-

(63) Cfr. G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, Nistri, 1831, I, p. 181.

(64) Ivi, pp. 89, 91.

(65) Cfr. CARRARA, *Programma, P. G.*, II, cit., p. 76.

(66) Ivi, p. 57; Id., *Programma*, *P. G.*, I, cit., p. 111, dove si sottolinea che « anche nel danno immediato pubblico si trova il suo *paziente* negli uomini *reali*, e il suo oggetto nel diritto degli individui consociati; non nella ideale personificazione dello Stato »; donde l'impossibilità di accettare la tesi di Carmignani, « che considera come soggetto passivo del danno la persona ideale dello Stato ». Per ulteriori accenni v. ancora F. CARRARA, *Cantù e Carmignani*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1870², II, pp. 604 s. nota 1, p. 608; ID., *Programma del corso di diritto criminale, P. S.*, VI, cit., pp. 428 ss., dove la critica a Carmignani viene sviluppata con riguardo alle offese alla religione. Sulla posizione critica di Carrara, v., tra gli altri, A. MARTINI, *La riflessione sulla pena in Giovanni Carmignani*, in *Giovanni Carmignani*, cit., pp. 363 ss. Sottolinea invece gli aspetti comuni ai due grandi criminalisti M. DA PASSANO, *Note su Carmignani e Carrara*, ivi, pp. 82 ss.

(67) Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, P.S.*, Prato, Giachetti, 1883⁴, VII, pp. 639 ss.

(68) 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), pp. 638 ss.

(69) Cfr. M. SBRICCOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in *Francesco*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tistiche e l'idoneità a costituire un significativo impulso verso l'opera riformatrice. Di esso vorremmo, pur tuttavia, porre in evidenza un profilo più intimamente collegato alle riflessioni che siamo andati sviluppando. Se un momento 'politico' esiste, nella costruzione carrariana, esso non riguarda direttamente le prerogative dello Stato-persona, quanto piuttosto quello della comunità sociale di cui il primo deve ergersi a tutore e a difensore supremo (70); per tal via, a risultare valorizzata, in tale impostazione, è, piuttosto — come si è del resto già osservato — la dimensione *sociale* del reato e della pena stessa, uniti tra loro sotto l'insegna del fondamentale requisito del 'danno mediato'. Carrara non guarda, insomma, alle prerogative del potere — continuamente esposte al « plauso » di una parte ed alle « imprecazioni » dell'altra (71), a seconda dei mutamenti di regime funzionali agli interessi dei governanti —; egli guarda agli individui nei loro processi di interazione sociale, così come ai riverberi sociali, per l'appunto, che su di essi determina il verificarsi di fenomeni tali da scuotere la comune fiducia nella possibilità di godere indisturbati

---

Carrara nel primo centenario, cit., pp. 443 ss.; ID., *La penalistica civile*, cit., pp. 176 ss. Sul significato dell' atteggiamento di Carrara, v. anche T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica e alla riforma del Titolo I, Libro II c.p.*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1982, pp. 7-8.

(70) V. in proposito quanto afferma F. CARRARA, *Programma, P. G.*, I, cit., pp. 136-37: « Carmignani nel suo pensiero dimentica la personalità di tutti i cittadini nella personalità dello Stato, e dona a questa personalità ideale una somma di diritti che considera tutti suoi proprii. E prendendo di mira la società come ente di per sé stante, trova i delitti *politici diretti* nella offesa recata a tale persona giuridica, senza guardare il diritto dei consociati alla di lei esistenza. Il diritto, secondo questa idea, è nello *Stato*, come secondo altre idee era nella *persona* del principe »; « la nostra divisione invece non si ferma a cercare i diritti nella persona dello Stato. Guardiamo la massa dei consociati. Se il delitto offende tal cosa a cui *tutti* hanno interesse e diritto comune, diciamo questo un delitto di danno *immediato universale*, e lo poniamo nella classe dei delitti politici; che preferiamo chiamare *sociali*. In parziale difformità dalle opinioni di Carrara, L. LUCCHINI, *Somme finalità del giure penale*, in *Per le onoranze a Francesco Carrara. Studi giuridici*, Lucca, Marchi, 1899, p. 421, giungerà invece a sottolineare nuovamente un profilo di carattere 'politico' nell'ambito della repressione penale: « lievemente modificando la formola carrariana, noi potremo ripetere che nella *tutela politica del diritto* si riassumono » le finalità del « magistero punitivo »: dovendo tale « *tutela politica* » del diritto considerarsi legittimata « perché esercitata dallo Stato, che ne è al tempo stesso il maggior prodotto e l'organo precipuo ».

(71) Cfr. CARRARA, *Programma, P. S.*, VII, cit., p. 655.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(in condizioni di « tranquillità », come sottolineava infine Carrara (72)) dei diritti e delle prerogative che sono a loro riconosciuti.

11. *L'"opinione della propria sicurezza' come espressione di un diritto universale. L'emergere di un 'principio di libertà' come criterio generale di organizzazione della vita sociale.*

Facendo ancora un ultimo passo avanti nella ricostruzione degli sviluppi collegati all'affermarsi della suddetta linea di pensiero, è necessario adesso ricordare come, in un passo illuminante del suo *Programma*, anch'esso dedicato — tra i molti altri — all'analisi della figura del 'danno mediato', Carrara giunga ad identificare nella sensazione od « opinione » (per usare le sue parole) di sicurezza avvertita dai consociati, i profili qualificanti di un vero e proprio « *diritto* »: un diritto in certa misura autonomo, e per di più caratterizzato, come egli stesso sottolinea, da un significato e da una portata « universali », e cioè tali da investire anche (ed anzi, soprattutto) soggetti diversi dalla vittima del reato (73).

Orbene, se andiamo a scavare fino in fondo nei contenuti e nelle potenzialità sotto il profilo teleologico che un simile diritto è in grado di esprimere, non sarà difficile ricondurli, in ultima analisi, ad una esigenza fondamentale di « libertà »; la libertà, cioè, di poter godere di determinati interessi (primi tra tutti, quelli rimessi al potere di disposizione del singolo), al riparo dal turbamento provocato dal rischio perdurante di diventare potenziali destinatari dell'atto criminale.

Tornano alla mente — sia pure in un differente contesto storico-politico — le parole di un grande criminalista tedesco del primo Novecento (74): « quando ad esempio Tizio si impossessa di una cosa di Caio, sembrerebbe a prima vista che la comunità sociale non venga in alcun modo a risentirne: dato che per essa appare sostanzialmente indifferente la circostanza che la cosa risulti in possesso di A o di B. Se però attraverso questa sottrazione viene

(72) V. CARRARA, *Programma, P. G.*, II, cit., p. 88.

(73) Cfr. CARRARA, *Programma, P. S.*, I, cit., p. 31; ID., *Programma, P. G.*, I, cit., p. 115.

(74) Cfr. L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1930, p. 44.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

colpita la facoltà concessa a B di disporre liberamente dei propri beni, allora la faccenda non potrà non interessare la comunità sociale ». Il rispetto da parte di tutti di questo potere di disporre, la sicurezza di ognuno che tutti gli altri non metteranno in discussione tale libertà, rappresenta la proiezione dell'interesse individuale in uno scenario di interazioni a livello sociale tale da coinvolgere gli assetti dell'intera comunità.

Il senso di tali considerazioni si chiarisce (e si arricchisce) ulteriormente attraverso la lettura di un ulteriore brano del « Programma » di Carrara, laddove l'Autore sottolinea a chiare lettere che la comunità sociale verrebbe a dissolversi, qualora « ciascuno dei consociati *avesse libera ogni sua voglia*, anche ingiusta e dannosa ad altrui » (75).

Un rilievo che viene ad esprimere, innanzitutto — in quello stile lapidario che contraddistingue la *brevitas* carrariana — il significato più profondo della scelta dell'Autore, consistente nel porre il requisito del danno mediato in stretta correlazione con la c.d. « forza morale » del reato, e cioè, in buona sostanza, con il momento essenziale della « volontà » da parte dell'agente di arrecare un'offesa antigiuridica (76).

Al qual proposito, meritevole di particolare attenzione si rivela, a ben guardare, la dinamica da « causa a effetto », per così dire, nei rapporti tra i due profili considerati: vale a dire, la circostanza secondo la quale è la stessa volontà colpevole a *risultare determinante*, nell'ottica seguita da Carrara, per l'esistenza del danno mediato e per il conseguente ricorso alla pena; in effetti — come sottolinea ancora l' Autore — « il malo esempio e la intimidazione sorgono soltanto quando si viene a conoscere che quella » determinata offesa « è stata prodotta dal braccio di un uomo per malvagia intenzione o per imprudenza » (e non già in virtù di uno sviluppo del tutto accidentale ed imprevedibile (77)).

---

(75) Cfr. CARRARA, *Programma*, *P. G.*, I, cit., p. 57.

(76) V. CARRARA, *Programma*, *P. G.*, I, cit., pp. 116 s., 158 ss. In argomento cfr. DELOGU, *« Vivo e morto »*, cit., pp. 97 ss.; PADOVANI, *Francesco Carrara*, cit., pp. 274 ss.

(77) Cfr. CARRARA, *Programma*, *P. G.*, I, cit., pp. 116 ss. Tale concezione — peraltro assunta nei termini di un criterio di « colpabilità *morale* » come limite alle esigenze della difesa sociale — veniva criticata da E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, F.lli Bocca, 1900[4], p. 521, che non sembrava tuttavia coglierne l'intimo collegamento con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tali osservazioni appaiono non prive di interesse, anche nel contesto attuale, allorché ci si accosti alle problematiche inerenti alle condizioni essenziali per il ricorso alla sanzione penale. Esse mostrano, in particolare, come la colpevolezza non esprima unicamente un' esigenza di garanzia — un *limite* — contro gli eccessi del potere punitivo; non meno significativo — ed anzi, preliminare — appare il ruolo della colpevolezza nel *legittimare* il ricorso allo strumento penale, nel giustificare, in altri termini, la criminalizzazione di condotte — e di offese — le quali, seppure, in ipotesi, rilevanti anche in altri campi del diritto, vengono ad interessare la materia criminale proprio in virtù del peculiare atteggiarsi (per dirla con Carrara) della « forza morale » che ne accompagna la realizzazione; con il risultato ulteriore — oggi divenuto sempre più ineludibile — che, seguendo una simile prospettiva, si sarebbe finalmente in grado di disporre, in piena conformità con il volto « personalistico » dell'illecito penale (cfr. art. 27, 1° comma, della Costituzione), di un argomento davvero decisivo ed insuperabile per escludere alla radice l'ammissibilità di qualsiasi forma di responsabilità a carattere puramente oggettivo (78). E tale importante progresso in chiave 'fondativa' dei presupposti della responsabilità penale deve essere — è bene ricordarlo — attribuito proprio all'elaborazione della Scuola Classica di diritto penale; laddove, viceversa, come un' attenta dottrina non ha mancato di evidenziare (79), il pensiero propriamente 'illuministico', quale si era incarnato in Beccaria e in altri studiosi vicini nel tempo, nell' intento di escludere la punizione di atteggiamenti puramente 'interiori', aveva privilegiato il profilo obiettivo del danno prodottosi, a scapito di una più consapevole

---

la legittimazione del potere punitivo e col suo ambito di estensione. Per un richiamo al pensiero di Ferri (del quale si veda anche lo scritto, sia pure di tono più generale, *Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara. Prolusione nell'Università di Pisa — 13 gennaio 1890*, in *Arch. giur.*, 1890, XLIV, pp. 512 ss.), cfr., in particolare, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 291 ss. nota 103.

(78) Il principio costituzionale di colpevolezza è noto e riconosciuto a tal punto, da rendere superfluo qualsiasi specifico richiamo alla letteratura in materia.

(79) Cfr. F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento. Profili storici e prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 1979, pp. 94 ss. Ma v. pure i rilievi di A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 138-139.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

valorizzazione del momento essenziale della colpevolezza. In Carrara — e, del resto, già in Carmignani (80) — tale rischio risulta invece del tutto inesistente: piuttosto, la rilevanza del profilo soggettivo viene a presentarsi, nel primo Autore, più strettamente collegata, come già si notava poc'anzi, ad una più accentuata tendenza limitativa — in un'ottica di libertà — dell'ambito della coercizione penale.

È necessario sottolineare, d'altronde, come, sviluppando alcuni rilievi del suo predecessore (81), Carrara mostri di ritenere che la volontà di operare contro gli altrui diritti sia tale da far sì che la possibile 'ripetizione' del fatto (e cioè appunto il danno mediato) si presenti, ad un tempo, più realistica e socialmente (e giuridicamente) inaccettabile. In primo luogo, dovrà infatti notarsi come chi abbia constatato che la lesione di determinati interessi può derivare (non soltanto dal caso o dalla sfortuna, bensì) dalla libera determinazione di terzi, avvertirà come insufficienti quelle cautele minime ed essenziali che sono volte a circoscrivere il più possibile i rischi e gli imprevisti che accompagnano 'fisiologicamente' l'esistenza quotidiana. Ma, in secondo luogo, e soprattutto, il fatto stesso che taluno — *ed altri ancora, dopo di lui* — possano avere l'« ardire » di porsi volontariamente contro la legge sarà destinato progressivamente ad intaccare il convincimento in ordine al carattere « intangibile » proprio di quest'ultima, con la conseguenza di arrivare a scuotere nelle fondamenta la stessa credibilità ed efficacia dell'ordinamento legale posto a tutela degli interessi dei consociati (82).

L'uno e l'altro profilo or ora richiamati convergono, in ogni caso, verso la conclusione che qualcosa di particolarmente grave è accaduto: e precisamente il fatto che la « libertà » dell'offensore si

(80) Cfr. CARMIGNANI, *Elementi*, cit., pp. 45 ss.; ID., *Teoria delle leggi*, II, cit., pp. 87 ss. V. in proposito le riflessioni di GARGANI, *Dolo e colpa*, cit., pp. 251 ss.; PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., pp. 12 ss.

(81) Cfr. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi*, II, cit., p. 88.

(82) Cfr. CARRARA, *Programma, P. G.*, II, cit., p. 85, il quale sottolinea il pericolo che « il malvagio, se si lascia impunito, rinnovi contro altri le sue offese: e il pericolo che altri, incoraggiati dal malo esempio, si diano anch'essi a violare le leggi », il che — conclude — « eccita naturalmente l'effetto morale di un timore, di una sfiducia nella protezione della legge in tutti i consociati che nutrono alla ombra della medesima la coscienza della loro libertà ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è vittoriosamente contrapposta alla libertà di fruire e di disporre dei propri interessi da parte dei legittimi titolari. E, nella misura in cui alla « libera voglia » del primo — in un certo senso corroborata dalla stessa circostanza, per così dire, che la legge 'si sia fatta' infrangere e calpestare (83) — non segua una reazione davvero efficace, vi sarà allora il rischio che, potendo la violazione ripetersi (ed anzi, come nota lo stesso Carrara, di fronte ad un'assai probabile reiterazione dell'illecito) i cittadini vedranno « ogni giorno viepiù dileguarsi la loro sicurezza » (84), finendo col trovarsi in una situazione nella quale la ripetizione del delitto « per parte di tutti e contro tutti » (85) rischierà, in prospettiva, di arrivare a sovvertire e minare alla radice le stesse basi della convivenza sociale. L'accentuarsi e il propagarsi del fenomeno giungerà, in definitiva, a sostituire alla libertà generalizzata di disporre dei propri interessi la libertà, altrettanto diffusa e generalizzata, di arrecare consapevolmente offesa a questi ultimi.

Ecco allora, in ultima analisi, emergere il « volto » e la fisionomia essenziale di quel « diritto ulteriore » violato, cui, trattando del danno mediato, Francesco Carrara allude ripetutamente nel corso del suo *Programma* e nei numerosi scritti minori; non più soltanto un *diritto individuale di libertà* (personale, morale, sessuale, e così via dicendo), destinato, in quanto tale, ad affiancarsi agli altri diritti (vita, integrità fisica, patrimonio, etc.) di cui il singolo è naturale portatore; a venire in considerazione sembrerebbe, piuttosto, un più ampio e comprensivo *principio di libertà*, un canone complessivo di organizzazione della vita sociale, un'esigenza immanente ed influente sui processi di conservazione e di sviluppo di un'intera collettività umana giuridicamente regolata (86).

---

(83) V. ancora CARRARA, *Programma, P. G.*, I, cit., p. 115, laddove osserva che l'illecito « è un lampo che rivela la impotenza della protezione » accordata dalla legge, tale da indurre a dubitare « della efficacia di cotesto freno ».

(84) Cfr. CARRARA, *Programma, P. G.*, II, cit., p. 88.

(85) Così CARRARA, *Programma, P. G.*, I, cit., p. 115.

(86) Una chiave di lettura in questo senso è offerta dallo stesso F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, P. S.*, Lucca, Giusti, 1873^3, II, p. 404, quando osserva che l' offesa alla libertà, nella misura in cui questa non costituisca lo specifico 'oggetto' della tutela, determina il sorgere del « danno politico della menomata opinione della propria sicurezza ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A tale riguardo non ci si può esimere, peraltro, dall' aggiungere una notazione conclusiva, ma non certo ultima per importanza. Il principio di cui parliamo appare strettamente collegato, nel pensiero di Carrara, proprio ed esclusivamente alla materia criminale. Ciò, non già perché la libertà non venga comunque riconosciuta come attributo essenziale in ogni campo del diritto, bensì perché essa, come *principio* volto a garantire la sicurezza — e l' « opinione » di essa — presso qualsiasi consociato, assurge a criterio determinante perché si possa verificare la presenza o meno di quel 'danno mediato' che giustifica il ricorso alla pena. Si rammenti il seguente brano di Carrara: « chi chiese ad imprestito mille scudi con animo di non restituirli e non li rese di fatto, violò maliziosamente il diritto, offese la giustizia; ma non turbò l'ordine universale, perché il leso volontariamente » (*id est*, liberamente) « si espose alla perdita per la sua troppa fiducia; e perché in conseguenza ogni altro che ripromette a se stesso migliore accorgimento, non si spaventa per simile fatto. Colui che stese l'avida mano per rapire un solo scudo, si punisce abbenché abbia poscia restituito il tolto al proprietario, perché dall'atto di rapire l'altrui nacque timore in tutti di consimili offese, e la restituzione del tolto, se riparò alla lesione del diritto, non riparò a cotesto disordine » (87).

Si tocca qui con mano l'essenza più profonda del pensiero del Nostro; il diritto penale si colloca in una sfera sua propria e qualitativamente diversa dagli altri rami dell'ordinamento: vi è un potenziale offensivo — nel reato — ed una funzione di tutela giuridica — nella pena — che trascendono l'*attualità* di un rapporto e si collocano in uno scenario più vasto e tale da includere una gamma di relazioni e di corrispondenze plurime e virtuali tra tutti i consociati, in cui si esprimono i legami essenziali che fanno da 'collante' dell'intera convivenza: ad ulteriore conferma, è il caso di ribadirlo, della stretta connessione tra il singolo fatto lesivo e le condizioni di esistenza della comunità tutta, connessione la quale appare adesso rafforzata da una chiave di lettura in termini di difesa della 'libertà' insita nel rispetto di quelle fondamentali 'regole del

(87) Cfr. CARRARA, *Programma*, P. S., I, cit., p. 30.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gioco', se così si può dire, sulle quali si asside — possente e solitaria ad un tempo — la pena criminale (88).

12. *Attualità della concezione di Carrara ai fini del problema delle scelte di criminalizzazione.*

Sarebbe certamente un fuor d'opera interrogarsi oggi sulla possibilità di trarre dalle elaborazioni della Scuola Classica — ed in particolare, da quelle del suo massimo rappresentante — indicazioni del tutto univoche in ordine alla selezione dei comportamenti incriminabili. Ma non si può negare, tuttavia, che tali elaborazioni giungano a far comprendere come il diritto penale venga davvero a configurarsi come il cardine e la 'cerniera' indispensabile perché sia dato concepire il sistema complessivo delle relazioni sociali quali si manifestano e si sviluppano in seno alla comunità organizzata.

La vita sociale si dirama e si espande in una pluralità di direzioni, in funzione della molteplicità degli interessi e delle esigenze che in essa trovano una costante ragione di crescita e di una più o meno ampia ed integrale affermazione; il diritto penale, rispetto a tali bisogni ed aspettative del corpo sociale, non può certo rappresentare — data la sua funzione esclusivamente limitativa e 'coercitiva' della libertà — lo strumento giuridico volto a far sì che essi possano venire perseguiti e concretamente realizzati; la sua funzione non può considerarsi alla stregua di un ruolo e di un contributo *positivo* per l'effettivo raggiungimento degli scopi, quanto piuttosto come un ruolo di carattere *negativo*, come un limite alla libertà di agire, laddove questa condurrebbe a negare alla radice gli stessi presupposti perché risulti concepibile l'esercizio delle

(88) Dopo quanto si è venuti osservando, sarebbe poco proficuo continuare a domandarsi quale 'teoria' sulla pena abbia dominato il pensiero dei massimi esponenti della Scuola Classica, ed in particolare di Carrara. In realtà, come si è già detto, la pena si rivela, in tale concezione, come lo strumento volto ad eliminare un effetto del reato — e cioè il danno mediato — onde la sua funzione si risolve tutta nell'impedire la propagazione di tale danno inteso come offesa alla libertà; gli effetti positivi connessi alla pena finiranno con l'apparire, in altri termini, come una conseguenza della sua stessa capacità d'incidere sulle dinamiche innescate da una simile offesa (la quale, è bene non dimenticarlo, viene a giocare il ruolo di un connotato essenziale dello stesso fatto incriminabile).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attività rivolte al soddisfacimento degli interessi coltivati dai membri della comunità.

Si torni per un momento a considerare due esempi rivelatisi particolarmente significativi nel quadro dell'esposizione sinora svolta.

Pensiamo, anzitutto, all'incriminazione del furto. Il possesso di un certo bene mobile si rivela senza dubbio funzionale ad un' ampia gamma di possibili utilizzazioni, a loro volta collegate ad una molteplicità di rapporti suscettibili di incidere sulle sue vicende e sulla sua destinazione. Simili rapporti saranno accompagnati, d'altronde, da un complesso di regole rivolte all'obiettivo di garantire il soddisfacimento degli interessi collegati in varia guisa alla circolazione del bene suddetto; regole, la cui violazione potrà dar luogo, a sua volta, a delle sanzioni di carattere civile, dirette essenzialmente a compensare il singolo interessato per il mancato conseguimento dei vantaggi che dalla circolazione di quel bene era legittimo attendersi gli sarebbero derivati. Orbene, il diritto penale non potrà 'insediarsi' all'interno di tali rapporti, non potrà orientarne e 'plasmarne' le modalità di svolgimento, né, tanto meno, potrà porsi in guisa di un intervento volto puramente a 'garantire' l'adempimento degli obblighi contratti. Esso potrà — ed anzi, dovrà — intervenire soltanto quando, come accade appunto per il furto, la stessa possibilità di intrattenere quei rapporti venga ad essere già *ab initio* ostacolata dal radicale venir meno delle condizioni necessarie per poter imprimere ai beni in questione una qualsiasi destinazione (economica o di altro genere) collegata alla facoltà e alla 'libertà' di disporne da parte dei relativi titolari.

L'altro esempio che vorremmo ricordare è quello relativo ai delitti di corruzione. In linea di principio, non si potrebbe certo escludere che il mancato o tardivo espletamento di una pratica d'ufficio — dovuti a semplice trascuratezza o neghittosità da parte del personale incaricato — si risolva nel cagionare un grave 'disservizio' od anche un consistente danno patrimoniale per la Pubblica Amministrazione; mentre, per converso, la corruzione in quanto tale potrebbe ben tradursi in un pregiudizio patrimoniale di scarsissima entità, ed, al limite, persino in un risparmio di tempo e di risorse per l' Amministrazione interessata. Eppure, la corruzione dà luogo a reato, proprio perché la sua incriminazione configura un presuppo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sto indispensabile perché l'intero 'sistema' dei poteri e delle attribuzioni spettanti alla P. A. possa godere della 'fiducia' (89) che su di esso i consociati hanno riposto per una corretta e sollecita gestione degli interessi che vi sono implicati. A nulla varrebbe, per vero, la creazione di un'organizzazione burocratica dotata di mezzi tecnici all'avanguardia, laddove, poi, il cittadino non venisse garantito in ordine al fatto che le sue aspettative — e, in definitiva, la sua stessa 'libertà' di gestire i propri rapporti facendo assegnamento su di una struttura operante in modo imparziale e congruente agli scopi — non verranno tradite da intese ed accordi illeciti volti a condizionare l'esercizio della funzione al perseguimento di vantaggi non dovuti.

La sfera attualmente attribuita all'intervento penale è certo assai più vasta rispetto a quella presente nell'epoca storica sulla quale abbiamo sino ad ora soffermata la nostra attenzione. Ma, pur prescindendo dal considerare le tendenze e gli sviluppi intervenuti sotto la spinta impetuosa della modernità (o postmodernità), è difficile sottrarsi all'impressione che alcune coordinate essenziali (di cui gli esempi suddetti costituiscono un'emblematica conferma) dell'elaborazione giuridica di quell'epoca mostrino a tutt'oggi una perdurante vitalità ed un significativo e penetrante valore euristico. Il *criterio selettivo* sviluppato da quella grande corrente di pensiero rimane tuttora valido, e ci addita un percorso che sarebbe opportuno seguire con maggiore impegno e determinazione, per non disperdere tempo ed energie nella 'selva aspra e forte' di precetti normativi che un legislatore 'smanioso' di « tutto governare col mezzo dei criminali processi » (90) continua ad immettere senza sosta in quell'abnorme involucro senza volto e senza identità che è ormai divenuto il nostro ordinamento giuridico-penale.

13. *La legalità penale come garanzia ad un tempo formale e sostanziale. Le indicazioni della Scuola Classica riguardo ai modelli di codificazione.*

Gli ultimi rilievi che si sono prospettati ci inducono adesso a

(89) Cfr. CARRARA, *Programma, P. S.*, VII, cit., p. 20, sia pure con riferimento al peculato.

(90) Così CARRARA, *Programma, P. G.*, I, cit., p. 47.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

valutare il ruolo e la portata assunti col passar del tempo da quel canone fondamentale della 'legalità' in materia penale (91), il quale, a partire dalla riforma illuministica, è venuto a costituire la garanzia primaria della costruzione di un sistema punitivo ormai definitivamente affrancatosi dalle logiche dell'arbitrio e della sopraffazione.

A tale proposito, deve anzitutto sottolinearsi che nella prospettiva sviluppata dalla predetta riforma, l'esigenza della legalità si nutre di un duplice criterio di legittimazione, ad un tempo formale e sostanziale; invero, l'investitura da parte della comunità di un organo formalmente deputato a rappresentare gli interessi dei consociati si ricollega allo stesso ambito dei fatti suscettibili di fornire la base sostanziale dell' intervento punitivo: tali dovendo essere, per l'appunto, soltanto quelli che arrechino concretamente offesa a tali interessi, con esclusione di qualsiasi altra condotta in sé priva della capacità di incidere sui diritti fondamentali riconosciuti ai membri della comunità.

Tale collegamento tra i due profili — che andrà progressivamente assottigliandosi con l'avvento del giuspositivismo, causa il venir meno di qualsiasi vincolo sul piano 'sostanziale' rispetto alle scelte operate dal legislatore — è tornato ad assumere, nel quadro dell'odierna riflessione penalistica, un ruolo e un significato determinanti per identificare il 'volto' attuale dell'illecito penale. È la Costituzione stessa, che, in quanto fonte e criterio essenziale di legittimazione dell'intero ordinamento, a reclamare nuovamente con forza una necessaria saldatura tra i fatti punibili e le garanzie formali della tutela, tra l'ambito di ciò che può essere incriminato e gli organi, le procedure e le 'tecniche' normative che presiedono alla genesi e alla fisionomia delle fattispecie destinate a recepirlo. Nell'art. 25 Cost. i due profili considerati si affiancano e si integrano

(91) In merito al quale si vedano le ampie trattazioni di G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Discipline penalistiche*, Torino, UTET, 1994, VIII, pp. 281 ss., come pure di F. BRICOLA, *Commento all'art. 25, 2° e 3° comma Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc.ed. Foro italiano, 1981, pp. 227 ss.; PALAZZO, *Introduzione*, cit., pp. 199 ss.; ID., *Corso di diritto penale, P. G.*, Torino, Giappichelli, 2006², pp. 89 ss.; ID., voce *Legge penale*, in *Dig. Discipline penalistiche*, Torino, UTET, 1993, VII, pp. 5 ss. (dell'estratto); ID., voce *Legalità (dir.pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, IV, pp. 3373 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

profondamente: se esclusivamente la 'legge' può interloquire nel penale, soltanto un 'fatto' — e non un puro pensiero, non un mera tendenza, non un pericolo ancora remoto o puramente 'appreso' (per dirla con Carrara ([92])) — può, a sua volta, figurare come oggetto di quella fonte normativa ([93]). La delimitazione della tutela favorisce, d'altronde, la capacità da parte del legislatore di descrivere in forma tassativa e 'determinata' gli estremi della fattispecie punitiva, assicurando ai destinatari della norma (oltre che al giudice che dovrà applicarla) la possibilità di cogliere il senso profondo del 'tipo' d'illecito incriminato ([94]), e predisponendoli ad un' adesione ai contenuti del precetto fondata su quella corrispondenza tra 'significante' e 'significato' in cui si traduce la garanzia di un ordinamento efficace ed al contempo credibile nella proprie scelte limitative della libertà.

Orbene, proprio il diritto penale 'classico' ci pare particolarmente vicino a simili esiti di politica e di tecnica normativa, e il più attrezzato sul piano scientifico e culturale ai fini della loro promozione e del loro consolidamento. L'edificio della dottrina classica è certo più massiccio ed articolato a confronto del rigoroso schematismo che caratterizzava la 'geometria' dei fatti illeciti concepita dal razionalismo illuministico. Ma, proprio per tale ragione, esso si presenta, a ben guardare, maggiormente in grado di offrire motivi di interesse a livello sia scientifico che politico-legislativo, contribuendo a tracciare alcune coordinate di fondo per poter meglio orientare le scelte normative in materia penale. Vero è, in particolare, che le esigenze di tutela, come si è già osservato, si andranno facendo col tempo sempre più estese e variegate rispetto a quelle traducibili in un novero di figure circoscritto e quasi 'condensato' in un formulario di poche norme. Ma ciò non significa che, per questa

([92]) Cfr. CARRARA, *Programma, P. G.*, I, cit., pp. 99 s. V. anche ID. *Programma, P.S.*, VI, cit., pp. 161 s., dove, a proposito del 'vagabondaggio', l'Autore affermava trattarsi esclusivamente dell' « *apprensione* » di un pericolo in sé privo di qualsiasi concretezza.

([93]) Fondamentale F. BRICOLA, *Teoria*, cit., pp. 82 ss.; « 'fatto' non è indiscutibilmente né la mera *Gesinnung* né uno *status* soggettivo, e parimenti non può dirsi tale un comportamento assunto in chiave esclusivamente sintomatica ».

([94]) Sul 'tipo' criminoso v., ampiamente, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, Cedam, 1979, pp. 356 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sola ragione, quella maggiore ampiezza non potesse (e non possa) essere governata ed indirizzata verso esiti conformi alle esigenze della legalità: anzi, l'incremento delle fattispecie sollecita inevitabilmente ad utilizzare una tecnica normativa più consapevole delle risorse linguistiche a disposizione del legislatore in sede di definizione dei contenuti dei singoli illeciti, sia allo scopo di renderli percepibili nel loro specifico disvalore, sia al fine di poterli differenziare da altri modelli criminosi destinati a figurare quali titoli di reato distinti e meritevoli di una diversa sanzione (95).

La scienza dei 'delitti' e delle 'penalità' corrispondenti si protende ben oltre, insomma, il postulato di base del necessario intervento di una fonte legislativa, per disporsi ad accogliere una più matura ed approfondita elaborazione delle tecniche descrittive delle figure di reato, ed insieme ad esse una più accurata identificazione della specie e dell'entità delle sanzioni destinate ad esprimerne il disvalore intrinseco e il coefficiente di gravità 'relativa' a confronto con quello delle restanti incriminazioni. Carrara, in particolare, porterà ad un livello particolarmente elevato la ricerca in ordine ai connotati essenziali propri dei singoli reati, nonché quella relativa alle « condizioni *che deve avere la pena* » (96) per poter esprimere in maniera compiuta e teleologicamente congrua i caratteri del danno « immediato » al singolo diritto e al contempo quelli del « danno mediato », grazie al quale la pena viene a congiungersi alla dimensione sociale dell' offesa realizzata. Dalla 'doppia libertà', per così dire, in cui si incarna il senso stesso del 'giure criminale' — la libertà dal delitto e la libertà dalla coercizione — origina un sistema ispirato ad una ricostruzione dettagliata e puntuale dei singoli tipi d'illecito (97) atti a inverare il necessario momento di conciliazione tra i due profili, e che potrà a questo punto tradursi in un processo normativo — da Carrara e da altri costantemente sollecitato con

(95) In merito a simili problematiche, ed in particolare a quella della 'distribuzione' delle sanzioni, cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 437 ss., 443 ss.

(96) Cfr. CARRARA, *Programma, P. G.*, II, cit., p. 95.

(97) Come sottolinea T. PADOVANI, *Francesco Carrara*, cit., p. 259, Carrara porterà ad un livello di sviluppo particolarmente ricco ed articolato la definizione dei contenuti della parte speciale del diritto penale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

preziosi consigli di « pratica legislativa penale » (98) — realmente all'altezza di quel 'Programma' che ne costituiva l'indispensabile base di riferimento e di radicamento concettuale.

Da tali premesse deriva anche la particolare attenzione dedicata, sia da Carmignani che da Carrara, all'individuazione delle linee portanti di una 'codificazione' penale degna di questo nome (99). Al qual proposito, l'ansia della legalità (100) si coniuga intimamente, nel pensiero di quei grandi criminalisti, all'idea di un vero e proprio 'sistema' coordinato di precetti normativi, ed in particolare, nel secondo Autore, all'esigenza di collegarlo a dei principi di libertà capaci di fungere da barriera contro la ricorrente tentazione, dovuta ai « movimenti inconsulti della paura », di fare un uso indiscrimi-

(98) Cfr. F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, Roma-Torino-Firenze, F.lli Bocca, 1882^2. Ulteriori testimonianze dell' impegno di Carrara sono, tra gli altri, i *Pensieri sul Progetto di codice penale italiano del 1874, con aggiunta di note storiche e di appendici relative a confronti di leggi penali moderne, e dei progetti posteriori, che possono servire di critica al Progetto della Commissione Mancini del 1877*, Lucca, Canovetti, 1878^3; i *Fogli di lavoro sul progetto di codice penale italiano*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1870^2, II, pp. 233 ss.; il saggio *Sulla crisi legislativa in Italia*, ivi, pp. 169 ss. (sulle problematiche agitate in quest'ultimo scritto ed in altri di argomento analogo, cfr., ampiamente, M. GERI, *Francesco Carrara e « L'unità di leggi » penali (un problema già dibattuto)*, in *Criminalità transnazionale*, cit., pp. 786, 788 ss.). In merito al vasto movimento di pensiero espresso da coloro che ne accompagnarono o ne proseguirono l'opera e l'impegno, cfr. SBRICCOLI, *Dissenso politico*, cit., pp. 644 ss.; ID., *Il diritto penale sociale 1883-1912*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4 (1974-75), *Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture*, pp. 564 s.; ID., *Il diritto penale liberale*, cit., pp. 158 ss.; ID., *La penalistica civile*, cit., pp. 161 ss.

(99) Quanto al primo Autore, sono oggi disponibili le ricerche di A. CADOPPI, *Il Progetto di codice penale per il Portogallo di Giovanni Carmignani (1836)*, in *Giovanni Carmignani*, cit., pp. 34 ss.; F. COLAO, *Un codice per Carmignani tra « scienza della legislazione » e « dominio della giurisprudenza »*, ivi, pp. 57 ss.; D. FOZZI, *Carmignani e la codificazione penale toscana*, ivi, pp. 169 ss.; S. LARIZZA, *Il progetto di codice penale per il Regno del Portogallo: il predominio della « ragione pratica » sulla « ragione teorica »*, ivi, pp. 342 ss. Circa le posizioni di Carrara, di cui diremo più ampiamente tra breve, v. comunque F. BRICOLA, *Introduzione*, cit., pp. 25 ss.; DELOGU, *« Vivo e morto »*, cit., pp. 76, 78; T. PADOVANI, *Spunti polemici e digressioni sparse sulla codificazione penale*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola*, a cura di S. Canestrari, Torino, Giappichelli, 1998, p. 97.

(100) L'anelito verso la legalità, riconosciuto da tempo in Carrara, risulta oggi particolarmente valorizzato anche riguardo al suo predecessore: cfr., sul punto, COLAO, *Un codice per Carmignani*, cit., p. 60; LARIZZA, *Il progetto*, cit., p. 348.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nato dello strumento delle 'leggi eccezionali' (101): leggi le quali, proprio perché del tutto occasionali e contingenti, presentavano quasi sempre il rischio di allontanarsi dai « cardini della ragione punitrice » (e dalla stessa « bontà » del prodotto legislativo che vi si fosse ispirato (102)), avanzando pretese repressive che con quei principi potevano rivelarsi incompatibili (103).

E, del resto, era nella medesima logica di fondo che veniva a collocarsi, a ben guardare, il 'gran rifiuto' da parte di Carrara di trattare la classe dei reati politici. L'intrinseca variabilità di tali figure costituiva, già di per sé stessa, un rischio intollerabile per la vigenza di principi da cui non era consentito deflettere nell'interesse sia della comunità che dello stesso colpevole; rischio aggravato, per di più, dalla circostanza — ben presente alla sensibilità del Nostro — che quei delitti avevano assunto storicamente una fisionomia spesse volte ambigua e proteiforme, in quanto tale difficilmente compatibile con le stesse esigenze della legalità penale.

Per analoghe ragioni, infine — e sia pure non solo per queste — verrà a manifestarsi, in Carrara, un atteggiamento di totale ripudio nei confronti della pena capitale; la difficoltà di conciliare quest'ultima con i principi della ragione punitiva — osservava l'Autore — risultava palese dal fatto che i sostenitori della contraria opinione arrivavano a confondere tra loro i caratteri propri del c.d. *jus belli* o, diremmo oggi, dello 'stato d'eccezione', con quelli dello *jus judicia-*

(101) Cfr. CARRARA, *Programma, P. G.*, II, cit., p. 95. In proposito cfr. BRICOLA, *Introduzione*, cit., pp. 25 s.; SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 178 s. e nota 61.

(102) Cfr. CARRARA, *Programma, P. S.*, II, cit., p. 96.

(103) Peraltro, secondo SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 178 s. e nota 61, sarebbe infondato ritenere che Carrara avversasse in ogni caso l'adozione di leggi *extra codicem*; piuttosto, l' Autore avrebbe considerato inammissibile che il codice recasse i caratteri e l'impronta di leggi di mera 'occasione'. Diversa, e più radicale, l'interpretazione di CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia*, cit., p. 102, il quale attribuisce a Carrara un totale ripudio delle leggi di emergenza. La netta preferenza di Carrara nei confronti del codice appare comunque un dato indiscutibile: « il grande benefizio della codicizzazione in materia penale è quello di costringere il legislatore a meditare sui principii generali della imputazione e della penalità, e facendo di quelli una specie di cerchio a sè stesso subordinare e coordinare ai medesimi le proprie sanzioni »; ed ancora: « é necessario che un nuovo Codice penale lasci sussistere il meno possibile di leggi eccezionali; e che il meno possibile sopraggiungano leggi eccezionali, le quali vengano a far corona al Codice esistente » (v. CARRARA, *Programma, P. G.*, II, cit., pp. 95 e 96).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lis, cioè a dire della 'giustizia' come principio 'ordinario' di regolazione della vita sociale (104), e come criterio direttivo di un codice penale che ponesse finalmente al bando gli arbitrii repressivi connaturati ad una politica penale « transitoria » (105) e tendenzialmente liberticida. In realtà — concludeva l'Autore — poiché « le leggi fanno i costumi », la sanzione normativa della pena capitale, lungi dall'appagare l'esigenza della legalità, avrebbe finito col pervertirla, inducendo il popolo — grazie alla 'normalità' della sua applicazione — alla « consuetudine della ferocia » (106), la quale avrebbe stimolato ad infrangere proprio quella legge che pure risultava formalmente promulgata e portata a conoscenza dei relativi destinatari.

Per evitare effetti indesiderati, la legge — ed il codice penale, in particolare — avrebbe dovuto dunque obbedire ad una condizione fondamentale; e cioè quella secondo cui sarebbe stato ammissibile impegnarsi a redigerlo, soltanto una volta che fosse stato ben chiaro il disegno complessivo che avrebbe dovuto ispirarlo, e si fosse realmente sicuri che nel suo ordito normativo non sarebbero penetrate delle scelte contrastanti con la sua vocazione programmatica a porsi come legge formalmente e *sostanzialmente* legittima. In effetti, il codice — e ci riallacciamo così alle premesse di partenza — proprio in quanto manifestazione suprema della legalità, avrebbe dovuto integrare, ad un tempo, l'espressione a livello positivo della 'legittimità' del potere punitivo, il collegamento di tale potere con le specifiche previsioni incriminatrici, la sua traduzione, infine, in un assetto sanzionatorio conforme alla funzione che la pena — e le *'pene'* previste per i singoli fatti — avrebbero dovuto rivestire per porsi in armonia con i fondamenti ed i limiti della coercizione già

(104) Cfr. CARRARA, *Programma, P. G.*, II, cit., pp. 121 ss.

(105) V. CARRARA, *Codicizzazione*, in *Opuscoli*, II, cit., p. 224.

(106) Ivi, p. 227. I numerosi contributi di Carrara a favore dell'abolizione della pena capitale sono ora raccolti nel volume dal titolo *Contro la pena di morte. Scritti di Francesco Carrara*, con *Introduzione* di E. PALOMBI, Milano, IPSOA, 2001. In argomento cfr., tra gli altri, CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia*, cit., pp. 166 ss.; A. PROSPERI, *Carrara e la pena capitale*, in *Francesco Carrara nel primo centenario*, cit., pp. 399 ss. In merito alla diversa posizione assunta da Carmignani e ai mutamenti nel suo pensiero, cfr. P. COMANDUCCI, *La scuola criminalistica pisana tra Sette e Ottocento*, in *La 'Leopoldina'* (10), *Illuminismo e dottrine penali*, a cura di L. Berlinguer, F. Colao, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 241 ss., 300 ss.; ID., *Alle origini del diritto penale liberale: Carmignani e la pena di morte*, in *Diritto penale dell' Ottocento*, cit., pp. 74 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiaramente ed univocamente determinati. Esso avrebbe dovuto saper evocare, prima ancora del suo farsi, un'*idea* di codice — secondo la superba espressione di Carrara (107) — saldamente radicata nella coscienza profonda dell'intera comunità e nel potere e nella capacità di elaborarla sulla base di criteri razionali e conformi a giustizia: « tornando ai codici » — soggiungeva Carrara, a chiusura di un'ampia digressione sul concetto di 'civiltà' (108) — « io ripeto » che questi si hanno, e si debbono avere, « dove è più universale la *recognizione* dello imperativo giuridico così nella idea come nel fatto così *nelle parole come nella realtà*, e dove quella *legge regna sovrana nelle coscienze come sovrastante a tutti* ugualmente, e per tutti ugualmente patrona » (109).

Ad uno sguardo conclusivo, la 'legalità' penale quale emerge dalle considerazioni sinora svolte sembra postulare ed esigere a proprio fondamento un essenziale coefficiente di 'determinatezza', inteso come criterio non soltanto linguistico-lessicale, ma anche, ed in pari misura, assiologico-valutativo. La sostanza criminale dei singoli reati, gli stessi principi generali sulla responsabilità penale (110) (dai quali dipendono i criteri applicativi delle singole fattispecie), ed ancora, per finire, la specie e l'entità delle pene irrogabili, gravitano attorno a questa esigenza primaria di un rispecchiamento nella legge di una 'ragione ordinatrice' capace di additarne chiaramente i confini e preservarla dall'arbitrio. Una legge, d'altronde, che non può esaurirsi — come noterà ancora Carrara — in quella dimensione puramente formale e « letterale » di cui si appaga il sapere imparaticcio dei « legulei » (111), ma che deve invece, proprio per risaltare nella limpidezza e nell'univocità dei suoi

(107) Cfr. Carrara, *Codicizzazione*, cit., pp. 219, 223.

(108) Ivi, pp. 220 ss.

(109) Ivi, p. 222 (corsivo nostro).

(110) In merito all'importanza ed al ruolo della parte generale del diritto penale in Carmignani e Carrara, v., recentemente, M. Pifferi, *Generalia delictorum. Il* Tractatus criminalis *di Tiberio Deciani e la « Parte generale » di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 166 ss.

(111) Cfr. F. Carrara, *Necessità di profondi studi giuridici*, in *Opuscoli*, I, cit., ed ora in F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale, con una selezione dagli Opuscoli di diritto criminale*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 321. Sul punto v. M. Nobili, *Introduzione*, ivi, p. 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

significati, venire sottoposta al rischiaramento dei principi di ragione (112) che in essa circolano — e devono necessariamente circolare — per potersi stabilmente insediare nella coscienza di ognuno.

Ai tempi d'oggi, quando la legalità penale è costretta sempre più a misurarsi con la varietà e molteplicità delle fonti normative (113) — e quando la stessa fonte per eccellenza si trova esposta ad una 'mutazione' (e più spesso, ad un'involuzione) profonda dei processi di decisione politica (114) — la visione 'classica' della legge serve da monito affinché ci si impegni a preservarne l'intima vocazione ad assolvere alla sua funzione primaria e fondamentale: che non è quella di celebrare i fasti di una rappresentanza politica divenuta poco più che un' etichetta (115), bensì quella di incarnare le linee-guida di un processo deliberativo sofferto e condiviso, volto alla ricerca di una 'ragione' idonea a legittimarne la forza precettiva, e a promuoverne e favorirne l'osservanza quale progetto di libertà.

---

(112) V. CARRARA, *Necessità di profondi studi giuridici*, cit., p. 322.

(113) Cfr. VASSALLI, *Nullum crimen*, cit., pp. 317 ss.; come pure F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 1995, pp. 279 ss., 283 ss.; ID., *Legalità*, cit., pp. 3377 ss.; ed altresì A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004, spec. pp. 20 ss., pp. 85 ss. Sotto altro punto di vista, la complessità dei rapporti giuridici e la loro progressiva dilatazione ed estensione spaziale hanno suggerito un atteggiamento volto a 'ripensare' il sistema delle fonti e ad accordare maggiore credito al momento interpretativo e all'elaborazione della prassi: cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 61 ss.; ID., *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 29 (2000), pp. 235 ss.; ID., *Pagina introduttiva (Ancora sulle fonti del diritto)*, ivi, pp. 4 ss.

(114) In argomento, recentemente, F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale italiano dopo la XIV legislatura*, in *Dem. dir.*, 2006 (1), pp. 67 ss. (dell'estratto).

(115) Sul problema cfr. PALAZZO, *Introduzione*, cit., pp. 231 ss.; ID., *Ancora sulla legalità penale (storicità ed universalità di un principio)*, in *Associazione per gli studi e per le ricerche parlamentari*, Quad. n. 5, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 67 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUIGI LACCHÈ

LA *PENALISTICA COSTITUZIONALE* E IL 'LIBERALISMO GIURIDICO'. PROBLEMI E IMMAGINI DELLA LEGALITÀ NELLA RIFLESSIONE DI FRANCESCO CARRARA

1. Le dimensioni costituzionali del criminalista e le risorse del « giure penale ». — 2. Il giureconsulto, il legislatore, la legalità. — 3. « Gli uomini della scuola di Procuste ». — 4. Libertà civile e libertà politica nell'equilibrio tra i poteri. — 5. Il 'liberalismo giuridico' e il 'governamentalismo': l'« insipienza di tutto governare col mezzo di criminali processi ».

1. *Le dimensioni costituzionali del criminalista e le risorse del « giure penale ».*

« Io scendo dall'altezza delle speculazioni scientifiche, per contemplare le cose nelle pratiche applicazioni: poiché bene comprendo che non tutte le teorie dell'accademia possono trovar plauso nelle discussioni legislative, finché la scienza non abbiale completamente elaborate, e finché non siano rendute possibili dal naturale svolgimento del progresso civile. Io dimentico i pensieri della cattedra, per non ricordare che le sensazioni della tribuna defensionale ove mi sono per oltre trenta anni agitato; le sensazioni della giudicatura per dieci anni ad intervalli esercitata come supplente; e le sensazioni anche più vive dei confidenziali colloquii coi rei, o condannati o da condannarsi » (1). Così Francesco Carrara, nel 1863, descrive il suo approccio 'integrale' allo spinosissimo problema della unificazione legislativa. Si tratta, però, di un 'metodo' che accompagna in maniera stabile il percorso intellettuale del criminalista lucchese. Il

(1) F. Carrara, *Sulla crisi legislativa in Italia. In risposta al quesito propostomi da S.E. il Ministro Pisanelli sulla progettata estensione delle leggi penali sarde alle provincie toscane* (Pisa 3 aprile 1863), in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1870, vol. II, pp. 169-170.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

progresso del diritto penale — tema centrale della « penalistica civile » (2) — è il filo rosso di una vocazione 'toscana' che dal 1786 al 1853 ha consentito « un continuato movimento progressivo della dottrina penale » (3). Tale movimento non è per nulla arbitrario, né segnala un artificioso 'primato' della Toscana. La ragione di fondo risiede, non da ultimo, nella capacità dei giuristi (e dei loro saperi) di trasformare l'esercizio teorico/pratico in milizia *costituzionale* da intendere quale dimensione strategica, sistematica, del loro operare, alla ricerca costante di un difficile equilibrio tra ordine della società, *costituzione materiale* e garanzia delle 'libertà dei moderni'. Carrara rappresenta come nessun altro tale dimensione in una fase centrale della riflessione e dell'esperienza ottocentesche.

Scienza e prassi, cattedra e foro, *programma* e *pratica legislativa* sono coppie affatto oppositive. Anzi, devono vivere e operare assieme. Non solo perché le 'pratiche' (4) svolgono, ancora dentro il XIX secolo, una funzione *costitutiva* del penale, ma anche per la ragione che l'attività forense, che vede come protagonisti avvocati e magistrati, è il momento concretissimo nel quale emerge il problema della garanzia costituzionale (5). Il giureconsulto 'costruttore' (6) di

(2) Su questa fortunata e stimolante categoria v. 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. 147-232. Mario Sbriccoli l'aveva coniata negli anni Settanta, in *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 », 2, 1973, p. 663 e in *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, ivi, 3-4, 1974-75, p. 565.

(3) F. CARRARA, *Sulla crisi legislativa in Italia*, cit., p. 212.

(4) Ha còlto bene questo profilo M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 173 ss. Per la sua rilevanza nella dimensione storica toscana v. soprattutto M. Montorzi, *Introduzione* a *Giovanni Carmignani (1768-1847). Maestro di scienze criminali e pratico del foro, sulle soglie del Diritto penale contemporaneo*, a cura di M. Montorzi, Pisa, Edizioni ETS, 2003, p. XXIV.

(5) Questi nessi sono stati individuati in maniera puntuale e organica da F. COLAO, *Avvocati del Risorgimento nella Toscana della Restaurazione*, Bologna, Il Mulino, 2006, *passim*.

(6) P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto penale (a proposito di recenti appuntamenti 'carrariani' e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara)*, in « Quaderni fiorentini », 24, 1995, pp. 469-475.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Carrara sa respingere tanto le illusioni dell'astrattezza (7) che i limiti insiti nel mero empirismo (8) proprio perché capace di individuare i nessi profondi, razionali, che legano la dimensione pratica a quella *costituzionale* e *filosofica* del diritto penale. E solo da una più completa percezione dei principi potrà discendere una autentica vocazione ordinatrice.

Sommo bene di una nazione è la scienza giuridica, purché « perpetuamente si svolga, si elabori, e progredisca nella via santissima della verità […] » (9), ma lo scopo ultimo è ancora più elevato. Carrara infatti assegna definitivamente al diritto penale *filosofico* una valenza *costituzionale* che ne legittima il fondamento e ne rivela appieno la matrice *civile*. Mostra, *programmaticamente*, facendo tesoro di un secolo di riflessioni critiche che corre da Beccaria a Carmignani (10), un altro modo di punire: crede di poter rintracciare la sua naturale legittimità in valori eterni e assoluti, filtrati dalla ragione umana, e trasformati sulla terra in *ordine giuridico*. Il diritto penale dovrebbe così potersi depurare della sua storica terribilità e diventare protagonista di un vero e proprio *progetto* di liberazione dell'uomo. « La scienza criminale bene intesa è dunque il supremo codice della libertà, che ha per obietto di sottrarre l'uomo dalla tirannia degli altri, di aiutarlo a sottrarsi dalla tirannia di sé stesso e

(7) La scuola italiana « serbossi ugualmente incontaminata dal fascino delle visioni trascendentali, e dal brutale materialismo del secolo decimottavo » (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*, Parte generale, quarta edizione con aggiunte, Lucca, Tipografia Giusti, 1871, *Prolegomeni*, p. 27. Cfr. inoltre ID., *Cardini della scuola penale italiana, a chi vuole intendere novellamente dichiarati*, Lucca, Giusti, 1875, poi in « Rivista Penale », 5, III, 1876, pp. 148-163). Non bisogna dimenticare, del resto, che la razionalità espositiva del *Programma* è costitutivamente innervata da una insuperabile, concretissima e ben sedimentata *scienza* dottrinale (spesso radicata nella tradizione del diritto comune) e professionale-forense. Su questo profilo v. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 160 e le puntuali osservazioni di M. MONTORZI, *Presentazione* a M. P. GERI, *Nel laboratorio di Francesco Carrara: le miscellanee giuridiche*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. VII-XIV.

(8) A. LABARDI, *La cultura giuridica in Toscana dopo Carmignani*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., p. 321.

(9) F. CARRARA, *Unità di giurisprudenza*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Lucca, Giusti, 1874, p. 56.

(10) Sulla 'lettura", da parte di Carrara, dell'opera di Carmignani e della tradizione riformatrice cfr. i contributi raccolti in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit.; SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 150-152.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle proprie passioni » (11). Il diritto e/è la libertà, si potrebbe dire (12). Il diritto penale protegge la libertà umana. « Chi lo descrisse come un freno di libertà, ne falsò la natura e lo convertì in uno strumento di disordine di cui pur troppo approfittarono i despoti della terra » (13). Ma la legge giuridica deve essere l'espressione « sopra la terra » (14) della sovranità del diritto. La *tutela giuridica* è dunque un concetto cardinale: « La tutela giuridica (necessità assoluta della legge suprema che governa la umanità) manifesta la ragione di essere, e lo scopo della sanzione penale e ne segna al tempo stesso le misure ed i confini. La tutela giuridica dà la ragione di essere dell'autorità sociale e determina le misure ed i confini dei poteri di lei […] » (15).

La scienza « ha per sua missione 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. La scienza criminale ha per sua missione di moderare gli abusi dell'autorità nell'esercizio di quei tre grandi fatti […]. I precetti

(11) F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, con introduzione di F. BRICOLA, Prefazione alla quinta edizione, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 33.

(12) « La *libertà* individuale non è che il *diritto*; e il *diritto* non è che la *libertà*. Queste due idee, piuttostoché essere un contenuto l'una dell'altra, si comprendono in una idea sola, la quale varia secondo il diverso aspetto o interno od esterno sotto il quale si contempla il diritto » (F. CARRARA, *Azione penale* (Pisa, maggio 1875), in « Rivista penale », III, 1875, p. 5).

(13) F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, prolusione al corso accademico 1861-62, rifusa ed ampliata nel 1866, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol, I, Lucca, Giusti, 1870, p. 254. « Il giure penale *deve* accorrere ovunque è necessario per tutelare il diritto: il giure penale *non può* accorrere dove il diritto non è violato o posto ad imminente pericolo. Esso è *difettoso* se manca al primo canone: è *esorbitante* ed ingiusto se eccede il secondo, sebbene contro atto immorale o intrisecamente malvagio. Dunque non è vero che il giure penale sia restrittivo della umana libertà. Non è limitazione di libertà lo impedimento che si frappone tra l'assassino e la vittima […]. La legge umana non minora la libertà col contenerla entro i limiti di sua natura » (CARRARA, *Programma*, Parte generale, *Prolegomeni*, cit., pp. 16-17). Ne consegue, tra l'altro, una distinzione radicale tra magistero punitivo e magistero di polizia.

(14) « Perché il diritto è superiore ai popoli, come ai principi, è inviolabile per ciascuno e per tutti; lega il singolo come lega la nazione, lega il grande come il piccolo; e stringe con un vincolo eterno tutta la umanità […] » (CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, cit., p. 250).

(15) Ivi, pp. 258-259.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

destinati a moderare in questa guisa il potere legislativo debbono risalire ad un principio comune e fondamentale; e la formula che esprime tale principio è il *programma* della scienza criminale » (16). È stato giustamente osservato come il fondamento giusnaturalistico e l'ordine della ragione, preesistente a ogni tipo di legge umana, abbiano contributo, nella visione carrariana del « giure penale », a dare sostanza ad una vera e propria dottrina *costituzionalistica* del diritto e della libertà (17). In questa sede cercheremo di evidenziare quegli aspetti dell'opera carrariana che più contribuiscono a dare sostanza alla *penalistica costituzionale* (18) intesa come peculiare costruzione di una dottrina generale del « giure penale » in una prospettiva genuinamente liberale. Per riprendere la più celebre e 'classica' definizione negativa della costituzione dei moderni, quella contenuta nell'art.16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino dell'agosto 1789 (19), la concezione sviluppata da Carrara, certo in maniera affatto sistematica, vuole innestare il diritto penale su una forte dimensione costituzionale.

Tuttavia non bisogna dimenticare il fatto che tale dimensione è solo un punto di arrivo e di possibile valenza operativa giacché le premesse coincidono con quell'insieme di principi, regole, ragioni che precedono e sovrastano 'costituzionalmente' qualsiasi autorità sociale e qualsiasi legislatore. In fin dei conti anche una costituzione

(16) CARRARA, *Programma*, cit., Prefazione alla quinta edizione, pp. 31-32.

(17) Come è noto la dimensione costituzionale del giusnaturalismo carrariano è stata, con diversi accenti, ampiamente evidenziata. Cfr. soprattutto la lineare ricostruzione di T. PADOVANI, *Il legislatore alla scuola della ragione. Una introduzione allo studio del « Programma » di Francesco Carrara*, Lucca, Accademia Lucchese di Scienze Lettere ed Arti, 1985, p. 12; ID., *Francesco Carrara e la teoria del reato*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano Giuffrè, 1991, p. 260. Cfr. inoltre T. DELOGU, *« Vivo e morto » in Francesco Carrara*, ivi, p. 69; S. COTTA, *Il pensiero di Francesco Carrara nell'incontro di filosofia e scienza*, ivi, p. 187; M. P. GERI, *« La metamorfosi che la politica voleva fare a danno della giustizia ». Francesco Carrara e l'unità del « giure penale »*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 2, 2005, pp. 344. Si vedano però, sul punto, le precisazioni di P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto penale*, cit., p. 472.

(18) Per riprendere e sviluppare, *sub specie constitutionis*, la categoria utilizzata da Mario Sbriccoli.

(19) « Ogni Società in cui non è assicurata la garanzia dei diritti, né determinata la separazione dei poteri, non ha costituzione ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formale — se fatta, come vedremo, secondo la sola ottica del liberalismo politico — può allontanarsi dai dettami della ragione.

2. *Il giureconsulto, il legislatore, la legalità.*

La legge eterna dell'ordine deve pertanto guidare la legge umana e la mano del legislatore secondo regole di assoluta ragione. « Dal diritto nacque la società civile, e non da questa il diritto; dal diritto nacquero i legislatori che lo riconobbero e lo munirono di attuali sanzioni, e non nacque già dai legislatori il diritto » (20). È da annoverare tra i meriti della *scuola italiana*, osserva Carrara, quello di aver saputo operare « nella doppia fucina dell'accademia e del foro » (21) sapendo riconoscere i dettami che sovrastano lo stesso legislatore (22). L'« ateismo giuridico » trasforma il diritto in uno strumento meramente potestativo, in una concessione sovrana. Il *giureconsulto* saprà vedere nella lettera della legge una forma transitoria « nella quale si estrinseca per un breve spazio di luogo e di tempo la legge suprema di ragione universale » compiendo una ricognizione progressiva; altrimenti si vedrà incatenato, come il *legulejo*, « ad una perpetua immobilità per l'autocrate impero di un legislatore terreno » (23). Al giureconsulto non può bastare la corteccia esteriore, egli deve penetrare il senso recondito dello spirito e del concetto. Per questa ragione il giurista ha « bisogno di profondi studi storici e di profonda analisi delle leggi coesistenti nel mondo civile. Senza ciò colui non è che un automa, una verga inanimata che muovesi e percuote senza comprendere perché si muove e perché percuota » (24). La scuola storica (25), quando non sconfina nel

(20) F. CARRARA, *Necessità di profondi studi giuridici*, in *Opuscoli*, cit., vol. I, p. 97.

(21) CARRARA, *Programma*, Parte generale, *Prolegomeni*, cit., p. 27.

(22) « E di vero se il giure di punire nella mano dell'uomo procede dalla legge eterna dell'ordine, la scienza del giure penale deve essere indipendente da qualunque provvisione di legge umana; e diretta soltanto da regole di assoluta ragione. Se il giure penale avesse la sua radice e la sua norma nella volontà dei legislatori, lo studio di questa scienza sarebbe ristretto all'arido commento del codice della città: ed i suoi dettati varierebbero col variare di tempi, di luoghi, di bisogni, e di opinioni […] » (ivi, p. 24).

(23) CARRARA, *Necessità di profondi studi giuridici*, cit., vol. I, p. 98.

(24) Ivi, p. 99.

(25) Sulla significativa 'presenza' di Savigny e della scuola storica in Toscana

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« politeismo giuridico » (26), soccorre la scuola ontologica (27). Il messaggio è così recepito da Carrara: « Vollero in sostanza dirci che con lo studio dei soli libri contemporanei non s'impara un linguaggio: ed io ripeto che con lo studio dei soli codici si rimane perpetuamente ignoranti nella scienza del diritto » (28).

La scienza (del « giure penale ») è dunque in grado di esercitare la sua *vocazione costituzionale* se si rivela pienamente consapevole del suo ruolo. « I placiti umani sono mutabili e relativi: la scienza penale è immutabile ed assoluta. Quelli sono buoni e giusti se obbediscono ai precetti di questa: se no, sono o tirannici se eccedono nel rigore, o improvvidamente viziosi se desertano il compito della difesa giuridica… La scienza penale esercita il suo sindacato non solo sui giudici che a *legge data* hanno l'incarico della sua attuazione; e non solo dirige questi nella interpretazione del giure promulgato alla nazione. Essa inoltre e primieramente esercita il suo sindacato a *lege ferenda* sopra i legislatori; ed insegna loro i modi ed i limiti che un ordine superiore di giustizia impone sia dai medesimi rispettato. La scienza può dire che una legge od una sentenza fu ingiusta, ma né un legislatore né un giudice possono abolire un precetto della scienza » (29).

Il *Programma del diritto criminale* assegna alla scienza giuridica il ruolo elevatissimo di interprete dei precetti della legge suprema e

---

rinvio, per ulteriori riferimenti, a L. LACCHÉ, *« All'antica sua patria ». Pellegrino Rossi e Simonde de Sismondi: relazioni intellettuali fra Ginevra e la Toscana*, in *Sismondi e la civiltà toscana*, a cura di F. Sofia, Firenze, Olschki, 2001, pp. 85-91.

(26) Carrara gli imputa « un dommatismo inaccettabile quando volle proclamare come genesi assoluta e costante del diritto ogni modo di recognizione […] » (CARRARA, *Necessità di profondi studi giuridici*, cit., vol. I, p. 101).

(27) « […] le ha porto aiuto guidandola nello studio delle diverse legislazioni antiche e moderne […] ». « Laonde la scuola storica mirabilmente conforta ed illumina la dottrina filosofica del diritto, e le due scuole procedono con mutuo e vicendevole benefizio alla conquista del vero » (ivi, pp. 102-103).

(28) Ivi.

(29) F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale* (Prolusione al corso di diritto criminale dell'anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa), in *Opuscoli*, cit., vol. V, pp. 9-10. Sull'importanza del 'governo della dogmatica' nell'ambito della penalistica civile (e in particolare in Carrara), v. M. SBRICCOLI, *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, p. 496.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di guida per il legislatore. Se questi nel dettare le sue proibizioni conculca i precetti « … commette un abuso di potere e la sua legge è ingiusta […] » (30). Mentre i codici delle nazioni cambiano troppo spesso ad arbitrio dei legislatori, il codice della ragione non cambia. E il « giure penale » deve attingere i precetti da questo codice eterno. « Il diritto criminale come scienza filosofica insegna ai legislatori prima che ai magistrati; e si agli uni che agli altri sovrasta come potenza sovrumana e invincibile » (31). La tutela giuridica è la stella polare, l'« oracolo della ragione ». È anarchica la legislazione che lasci senza difesa una qualche regione del diritto, ma più grave ancora è che essa « restringa e perseguiti le umane azioni oltre il bisogno di cotesta difesa » (32): in questo caso diventa addirittura dispotica.

Carrara considera sempre la legislazione come un *problema*. Lo è certo come fenomeno moderno del giuridico; lo è, come vedremo più avanti, dinanzi al nodo delicatissimo dell'unificazione legislativa e della codificazione. Ma lo è anche in termini di dottrina della *pratica legislativa* allorché la scienza e l'arte si combinano assieme dando vita ad una « terza parte » (33) del penale, oltre le verità fondamentali (diritto penale filosofico) e i modi di interpretare la volontà del legislatore (diritto penale positivo). Poiché il bene di uno Stato risiede nella bontà delle leggi, bisogna evitare che i legulei

(30) CARRARA, *Programma*, Parte generale, cit., p. 37, § 21.

(31) CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, cit., p. 257.

(32) Ivi, p. 258.

(33) « Essa appartiene ad una terza parte delle dottrine criminali essenzialmente distinta dalle altre due, non investigata fin qui, e che io credo interessantissima e meritevole di una cattedra speciale: ad una terza parte della dottrina criminale che io denomino *pratica legislativa*, e sulla quale stanno per essere pubblicati alcuni miei *lineamenti* superficiali, disordinati, e sommarii […] » (F. CARRARA, *Delle ingiurie ai defunti*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Lucca, Giusti, 1874, p. 608). Come è noto si tratta dell'opera *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, Torino, Bocca, 1874. Sull'opera cfr. GERI, *« La metamorfosi che la politica voleva fare a danno della giustizia »*, cit., p. 335; COLAO, *Avvocati del Risorgimento*, cit., p. 339. L'opera del Carrara 'legislatore' — tra consapevolezza del ruolo e non rari scoraggiamenti dettati dall'esito improduttivo del suo lavoro (« la tela di Penelope » come scrive nel luglio 1876 a Mancini) — emerge con una certa evidenza dal lavoro di F. MELE, *Un codice unico per un'Italia nuova. Il progetto di codice penale di Pasquale Stanislao Mancini*, Roma, Carocci, 2002, *passim* e p. 274.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possano assurgere al ruolo di legislatori incoraggiando « i legulei della pratica in questo fatalissimo errore col venire ogni giorno viepiù moltiplicando nelle loro rapsodie, alle quali dettero il nome di codici penali, le specializzazioni, le definizioni e le enumerazioni di materialità che essendo indifferenti al concetto giuridico del reato previsto divengono inopportune e pericolose […] » (34).

Dal concetto deontologico di reato che agisce, attraverso i precetti di ragione, come freno *costituzionale* all'attività del sovrano legislatore, Carrara trae il fondamento per costruire una dogmatica del delitto come infrazione della legge (35). Non però la violazione « della sola legge umana », bensì « della legge dello Stato promulgata per proteggere la sicurezza dei cittadini […] ». L'autorità sociale deve obbedire all'« oracolo della ragione » e dettare la legge umana « conformemente alla suprema legge naturale giuridica ». In questa prospettiva la legge promulgata svolge una funzione di garanzia (36). « Ora se dalla definizione del delitto togliete la idea della legge promulgata, venite evidentemente a queste due conseguenze; che al cittadino manca la regola scritta della propria condotta, e che il magistrato si converte in legislatore » (37). La certezza del diritto e il principio di legalità sono pertanto elementi essenziali dell'impostazione carrariana. Molto però dipende dalla rispondenza del magistero legislativo ai principi della legge giuridica. Carrara sa

(34) CARRARA, *Delle ingiurie ai defunti*, cit., p. 601. Su questo aspetto v. A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1996, in particolare i contributi di A. Cadoppi e di M. Da Passano.

(35) « Dunque la *idea* del delitto non è che una idea di *rapporto*: il rapporto *contraddittorio* tra il fatto dell'uomo e la legge. In questo solo consiste l'*ente giuridico* cui si dà il nome di delitto, od altro sinonimo. È un ente giuridico che ha bisogno per esistere di certi elementi *materiali* e di certi elementi *morali*: il complesso dei quali costituisce la sua unità. Ma ciò che completa il suo essere è la contradizione di quei precedenti con la legge giuridica » (CARRARA, *Programma*, Parte generale, cit., pp. 45-46, § 35).

(36) Per un'analisi più articolata di questi aspetti si rinvia a PADOVANI, *Il legislatore alla scuola della ragione*, cit.; ID., *Francesco Carrara e la teoria del reato*, cit., pp. 267-271; DELOGU, *« Vivo e morto » in Francesco Carrara*, cit., p. 85; COTTA, *Il pensiero di Francesco Carrara nell'incontro di filosofia e scienza*, cit., pp. 215 ss. (con riferimenti alla lettura operata da Giuseppe Bettiol); F. MANTOVANI, *Francesco Carrara e la funzione della pena*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, cit., p. 306; COLAO, *Avvocati del Risorgimento*, cit., p. 343.

(37) CARRARA, *Programma*, Parte generale, cit., pp. 37-38, § 21, nt. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che la legge, nel passaggio dall'empireo della ragione assoluta alla materialità terrestre, assume su di sé tutte i rischi della finitezza umana. Tuttavia, che sia giusto o ingiusto, buono o cattivo, il divieto 'positivo' è pur sempre un fatto giuridico che risponde al bisogno di certezza e di legalità.

Infatti, se il legislatore diventa dispotico allorché viola i limiti *costituzional-garantistici* della tutela giuridica, altrettanto fa il magistrato quando usurpa la legge promulgata. Ciò che la scienza può deplorare, « non può ammettersi dal magistrato, pel quale la legge vigente, suprema interprete del diritto, è incriticabile. In faccia al magistrato che deve qualificare la indole del fatto addebitato al giudicabile, la *legge attuale* è sempre conforme al vero diritto, e ne era difforme la legge abrogata » (38). Il legislatore, osserva Carrara, deve stabilire *a priori* la pena da applicare « perché tutto deve essere *certo* in precedenza in questo fatto capitale dell'uomo che si arroga la balìa di spogliare il proprio simile di un suo diritto. Scelgasi dunque nell'aula legislativa una volta per sempre » (39). Criticabile è, per esempio, la riforma francese del 1832 in materia di circostanze attenuanti perché ha accresciuto l'arbitrio dei pubblici ufficiali (40). « Obbedienza alla legge, resistenza agli arbitrii, è la divisa degli Italiani; è la ultima espressione della libertà civile per noi » (41).

Il principio di legalità, attorno al quale Carrara definisce la dogmatica del « giure penale », deve essere pienamente storicizzato (42) per coglierne tutta la complessità (43), perché complesso è il periodo in cui esso si trova ad operare. I motivi post-illuministici — per es. il tema dell'*arbitrium iudicis* — si fondono con una

(38) Ivi, p. 537, § 746.

(39) F. CARRARA, *Indipendenza della legge penale dalla legge giurisdizionale* (Memoria a sostegno del primo motivo di ricorso di Giuseppe Garzelli contro la sentenza della Corte di Assise di Ancona del dì 11 novembre 1870), in *Opuscoli*, cit., vol. IV, p. 423.

(40) E ciò per « rimediare un inconveniente al quale la umanità chiedeva che provvedesse la legge in modo stabile e positivo » (F. CARRARA, *Prescrizione penale (interruzione)* (Pisa 1 settembre 1869), in *Opuscoli*, cit., vol. II, p. 121.

(41) Ivi, p. 122.

(42) Opportuna la messa in guardia di PADOVANI, *Francesco Carrara e la teoria del reato*, cit., p. 256.

(43) Questa complessità è ben sottolineata da SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., pp. 504-505.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concezione storicistica della legge, « forma transitoria », che valorizza la dimensione *costituzionale* del giurista chiamato ad intervenire, e non poco nella tradizione toscana, su una legislazione penale che non è mai chiusa all'*interpretatio* (44), alla « profonda analisi delle leggi coesistenti nel mondo civile », alle consuetudini giudiziarie. E, ancora, l'introduzione dell'istituto della Cassazione nella Toscana del 1838 aveva iniziato ad ancorare quell'ordinamento « a modelli di positiva e normativa legalità » (45). Non bisogna neppure dimenticare che Carrara, a differenza di Carmignani (46), appartiene alla generazione che vive tutta la fase più difficile e controversa dell'unificazione legislativa nella coscienza nazionale del nuovo Stato, quando si assiste ad una vera metamorfosi del ruolo del legislatore, e il 'progresso' (moderato) (47) della *penalistica civile* rischia troppe volte di trasformarsi in 'regresso'. Allora il costrutto dogmatico deve fare i conti con le emergenze e le necessità del momento e Carrara non mancherà certo di far valere la forza dei suoi principi (48), anche per accentuare, in chiave *pragmatica* (49), il *décalage* tra il liberalismo politico e il liberalismo giuridico. Il

(44) L'interpretazione serve per « condurre la legge all'unisono con le idee e coi bisogni contemporanei. Tale fu sempre il pensiero al quale si uniformò come a debito di coscienza la toscana Magistratura » (CARRARA, *Giuseppe Puccioni e la cattedra di giure penale*, cit., vol. I, p. 73).

(45) M. MONTORZI, *Un capitolo di cultura forense nella Toscana risorgimentale. Vincenzo Salvagnoli, i suoi colleghi avvocati e il disegno di una nuova razionalità costituzionale con inediti di Giovanni Carmignani e Francesco Carrara*, in AA.VV., *Il Risorgimento nazionale di Vincenzo Salvagnoli. Politica, cultura giuridica ed economica nella Toscana dell'Ottocento*, Pisa, Pacini editore, 2004, p. 333.

(46) Può essere utile il confronto con la teorica di Carmignani in tema di legislazione. Sul punto v. soprattutto F. COLAO, *Un codice per Carmignani tra 'scienza della legislazione' e 'dominio della giurisprudenza'*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 60 ss., 74.

(47) Nella *Lettera al Direttore*, in « Rivista Penale », 1, I, 1874, p. 8, Carrara 'ammonisce' Luigi Lucchini a seguire una prospettiva di « moderato progresso » senza slanci troppo rapidi (cit. da M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La « Rivista penale » di Luigi Lucchini, 1874-1900*, in « Quaderni fiorentini », 16, 1987, p. 116).

(48) « Ciò che soltanto mi interessa di mostrare è che non rinnego mai le mie convinzioni » (F. CARRARA, *Sul nuovo progetto (1866) del codice penale italiano*, in *Opuscoli*, cit., vol. II, p. 317).

(49) Cfr. M. SBRICCOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, cit., p. 446.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principio di legalità non è solo un assioma perfetto nel cielo della legge naturale, ma deve agire nella dimensione esistenziale della *polis*.

3. *« Gli uomini della scuola di Procuste ».*

Uno dei terreni di riflessione e di intervento critico di Carrara è, come noto, il processo di unificazione legislativa penale (50). Nel 1862 auspica un insieme coordinato « nel quale ciascuna provincia ritrovasse conservato il bene da lei un tempo goduto, e un compenso delle novità nella miglioria » (51). L'anno successivo affronta il tema del metodo nel processo di unificazione. Sul piano teorico l'unità giuridica, l'unificazione delle leggi penali, è un desiderio comune — osserva — ma all'unità di una nazione non è condizione necessaria la unità di leggi penali (52). A conferma di ciò adduce alcune esperienze straniere, ma è la questione della pena di morte (53),

(50) Questo tema è stato di recente organicamente affrontato da GERI, *« La metamorfosi che la politica voleva fare a danno della giustizia ». Francesco Carrara e l'unità del « giure penale »*, cit.

(51) F. CARRARA, *La cessata procedura lucchese* (Discorso letto alla R. Accademia Lucchese il 5 maggio 1862), in *Opuscoli*, cit., vol. II, p. 44.

(52) Cfr. anche CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale*, cit., p. 35.

(53) Sul problema della pena di morte, tra la Toscana e l'Italia, oltre ai lavori importanti di M. DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d'Italia (1859-1889)*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, Cedam, 1993, pp. 579-651 (pubblicato anche in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXII, 2, 1992, pp. 341-397); ID., *Le facoltà di giurisprudenza italiane e il problema dell'abolizione della pena di morte (1876)*, in *Università in Europa. Le istituzioni universitarie dal Medio Evo ai nostri giorni: strutture, organizzazione, funzionamento*, a cura di A. Romano, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1995, pp. 471-490; ID, *La pena di morte nel Granducato di Toscana (1786-1860)*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXVI, 1, 1996, pp. 39-66; ID., *Note su Carmignani e Carrara*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 81-92, v. anche M. SORESINA, *Pietro Ellero e il dibattito sulla pena di morte (1861-1865)*, in « Il Risorgimento », 38, 1986, pp. 96-117; SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 163-167; E. D'AMICO, *Educazione giuridica e battaglia abolizionista nel Giornale per l'abolizione della pena di morte di Pietro Ellero*, in *Formare il giurista. Esperienze nell'area lombarda tra Sette e Ottocento*, a cura di M.G. di Renzo Villata, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 577-605. Per il dibattito sulla pena capitale e per la sua abolizione di fatto è adesso fondamentale il lavoro di MELE, *Un codice unico per un'Italia nuova*, cit. Una parte degli scritti di Carrara sulla pena di morte sono stati

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abolita in Toscana e attiva nel resto d'Italia, a rappresentare la vera cartina al tornasole. Riportarla in Toscana sarebbe odioso e ingiusto. Ma « se è impossibile moralmente di unificare la Toscana al rimanente del regno nella pena di morte, sarà egli possibile coordinare il sistema punitivo delle altre province alla moderazione toscana? » (54). Del resto anche la Toscana non si sottrae ad un paradosso: ha le pene più miti ma un sistema di procedura difettoso.

È però con la Prolusione pisana del 1865 (55) che Carrara riconduce il problema dell'unità alla tutela giuridica intesa come scienza della misura e del limite. Il caso italiano, di entità politiche autonome che si uniscono e che però conservano tre distinte legislazioni penali, non può essere risolto con il metodo dell'uniformazione che non sembra necessario né funzionale, tanto più nella patente diversità di condizioni morali delle popolazioni. La specificità e le « tradizioni carissime » della Toscana, anzitutto la diversa scala penale, non sono un fatto arbitrario ma riposano su una consolidata tradizione e non ultimo su un sistema penitenziario di tipo moderno. Perché, allora, brandire come una clava la parola unità? « Io cerco la risposta a questa interpellazione, ma non veggo come possa rispondersi tranne ripetendo la parola unità, la quale è una *formula mistica*, e non una *dimostrazione*. In quanto a me non veggo davvero sufficiente ragione giuridica per la quale si debba convertire in un letto di procuste la giustizia penale […] » (56).

Il letto di Procuste è dalla fine degli anni Cinquanta la metafora privilegiata per cogliere, in un quadro ampio e complesso, i dilemmi e le contraddizioni dei processi di uniformazione legislativa e di codificazione che corrono lungo i sentieri accidentati della scienza e del potere (57). La riflessione di Carrara, fortemente connessa alle

---

raccolti in *Contro la pena di morte. Scritti di Francesco Carrara*, introduzione di Elio Palombi e Nota bibliografica di G. M. Anca, Milano, Kluwer Ipsoa, 2001. Per una ricostruzione della ben più variegata letteratura carrariana in tema di abolizione della pena capitale v. M. P. Geri, *Un giurista e i libri: Carrara recensore, editore, annotatore*, in « L'indice penale », IX, 2, 2006, pp. 924-934.

(54) Carrara, *Sulla crisi legislativa in Italia*, cit., p. 173.

(55) Carrara, *Se la unità sia condizione del giure penale* (prolusione al corso accademico dell'anno 1865-66), in *Opuscoli*, cit., vol. II, pp. 5-39.

(56) Ivi, pp. 31-32.

(57) Questo nodo fondamentale della storia giuridica italiana è stato còlto, per la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questioni del metodo e della *pratica legislativa*, ha una valenza generale e accompagna tutto l'ultimo venticinquennio della sua esistenza. Il criminalista lucchese sente su di sé la forza della *formula mistica* dell'unità politica/uniformazione giuridica (58) e, come altri, deve faticare non poco per respingere le critiche che lo rappresentano come un nostalgico e un retrivo *municipalista*. Critiche che devono far male a uno come Carrara che non veste, se non molto superficialmente, questi panni. I tempi però non sono propizi.

« Guai se ad alcuno di noi viene fatto di allegare a documento di qualche nostra opinione una legge o una consuetudine delle rispettive province, le quali dimentiche di ogni personale interesse spontaneamente e incondizionatamente si sono poste sotto lo scettro del più liberale dei sovrani! Gli uomini della scuola di Procuste che

---

codificazione civile, ma con valenza generale, da S. SOLIMANO, *'Il letto di Procuste'. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, Giuffrè, 2003. Per la vicenda penalistica cfr. A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, Giuffrè, 1960; M. DA PASSANO, *Il problema dell'unificazione legislativa e l'abrogazione del codice napoletano*, in *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819)*, Parte seconda, *Leggi penali*, [rist.anast.], a cura di S. Vinciguerra e M. Da Passano, Padova, Cedam, 1994, pp. XXVII-CXXI; in chiave riassuntiva L. LACCHÉ, *Un code pénal pour l'Unité italienne, le code Zanardelli (1889). La génèse, le débat, le projet juridique*, in *Le pénal dans tous ses Etats. Justice, Etats et sociétés en Europe (XIIe-XXe siècles)*, a cura di X. Rousseaux e R. Lévy, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997, pp. 303-319.

(58) Al principio dell'*Osservazione XXIV — Unità di legge penale* nei *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, Torino, Bocca, 1882, 2 ed., p. 393, Carrara mette una frase di Eugène Poitou: « Mais l'unité n'est pas la même chose que l'uniformité; autant la première est bonne, autant la seconde est funeste. L'unité est la vie, l'uniformité est la mort » (*La Liberté civile et le pouvoir administratif en France*, Paris, Charpentier, 1869, p. 95. Su questa importante opera v. L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 354). Poitou utilizza e trasforma radicalmente una celebre affermazione di Benjamin Constant: « La variété, c'est de l'organisation; l'uniformité, c'est du mécanisme. La variété, c'est la vie; l'uniformité, c'est la mort » (B. CONSTANT, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne* (1814, 4 ed.), in *Ecrits politiques*, a cura di M. Gauchet, Paris, Gallimard, 1997, chap. XIII, p. 168. Sull'espressione di Constant cfr. L. LACCHÉ, *L'Europe et la Révolution du droit: brèves réflexions*, in « Annales historiques de la Révolution française », *La Révolution et le droit*, 3, 2002, pp. 153-169 (in tr. it. *Tra universalismo e uniformità: la Rivoluzione del diritto e l'Europa*, in *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano, Giuffrè, 2003, t. II, pp. 1289-1309).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

osteggiano sistematicamente ogni miglioramento delle leggi sarde hanno pronto alla mano un luogo comune, mediante il quale risparmiano ogni ragionamento che forse si sentono impotenti a fare in contrario; e quando hanno detto che quella è un'idea regionale credono di aver replicato quanto basta perché l'osservazione sia condannata a perpetuo disprezzo. Anche questo è un sistema come tutti gli altri » (59). A Carrara non sfugge certo quale sia la posta in gioco. « Sappiamo benissimo che tutti i più solidi ragionamenti, ed anche la stessa eloquenza dei fatti si infrangono in faccia alla mistica parola *Municipalismo*; parola fatale che tanta possanza ha avuto nella razzìa della quale siamo stati non so se io debba dire spettatori o vittime. Ma non vi è municipalismo in ciò che tocca i supremi diritti dell'uomo e le libertà individuali […] » (60).

Il problema dell'unificazione non può lasciare indenne il suo strumento-simbolo: il codice. Carrara riconosce il beneficio delle « codicizzazioni penali », ovvero costringere il legislatore a meditare sui principi generali, offrendo unità di pensiero e uniformità nella repressione. « Il vero progresso civile forza è che proceda sempre su questa duplice ruota: leggi che correggono i costumi: costumi che correggono le leggi. La opera correttrice del costume è *spontanea*: la opera correttrice delle leggi è riflettuta e *calcolata* a priori; ma perché

(59) F. CARRARA, *Introduzione* a C. A. WEISKE, *Manuale di procedura penale con speciali osservazioni sul diritto sassone*, Firenze, Eugenio e Filippo Cammelli, 1874, p. XII. « Noi Toscani non avemmo mai la mania di levarci a maestri delle genti vicine. Questo deve farsi dalla Francia […]. I giuristi toscani non ebbero o mai per costume di studiare i modi di trapiantare le loro leggi in altro terreno: paghi del progressivo miglioramento dei loro ordini interni, lasciarono che ognuno si governasse a talento suo e fosse miglior giudice dei propri bisogni, senz'ambire l'ufficio né di apostoli né di censori. Ciò che noi avremmo voluto sarebbe stato che si rispettassero i bisogni e le abitudini di tutte le provincie in quanto è compatibile con l'unità Italiana; e più specialmente nelle materie attenenti alla libertà individuale. E poiché il magnanimo Re ci aveva compartito il grande benefizio di salvarci del penale codice Sardo, fossimo stati ancora salvati dal flagello delle leggi accessorie di quel codice, tutte di razza francese e niente omogenee ai nostri costumi. Ecco tutto. Questo modesto desiderio di molti fra noi aveva già da me ricevuto la forma scientifica nella mia prolusione del 1863, dove aveva preso a dimostrare *che la unità non era condizione essenziale del giure punitivo* […] » (CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, cit., p. 44). Su Karl August Weiske e la sua opera v. GERI, *Un giurista e i libri: Carrara recensore, editore, annotatore*, cit., p. 913.

(60) CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, cit., pp. 44-45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il calcolo sia buono bisogna che contempli il diritto nella sua universalità » (61). Le cose però cambiano quando le penalità vengono inflitte a seguito di leggi eccezionali e di occasione, figlie di circostanze passeggere e di movimenti di paura o di sdegno. Il codice non può essere fatto avendo come misura lo stato di emergenza e il principio di *eccezione* (62), perché ciò discredita la giustizia (63). Il problema non sta per Carrara nelle situazioni eccezionali che — deve riconoscere — non risparmiano nessun paese e che possono anche legittimare misure simmetricamente eccezionali e transitorie (64). La questione è un'altra, ovvero che « è gravissimo errore ed imperdonabile quello di ordinare i codici penali sulle norme di simili anomalie » (65). Perché « quando il codice di una Nazione trovasi sommerso fra una selva selvaggia irta e forte di leggi speciali (scrisse non ha guari Corne nel suo aureo libro sulla riforma penale) il codice punitivo *regna ma non governa*. Sentenza elegante non meno che vera » (66).

Attuare un principio sbagliato e ingiusto per mezzo di leggi

(61) CARRARA, *Programma*, Parte generale, cit., § 638, p. 414.

(62) « Ma la civiltà odierna più non tollera la parola *eccezione* nel giure penale. *Eccezione* significa *deviamento dalle regole assolute di giustizia*: e questo è tale concetto che non può rendersi accettabile per nessuno argomento di supposta utilità, o di vedute politiche o di odio speciale contro certi reati. Ciò che è giusto deve osservarsi nei piccoli falli come nei grandi senza defletterne mai: ed ora poi il massimo degli assurdi deflettere, quando trattavasi d'irrogare gravi supplizi, da quei precetti che religiosamente si osservavano dove trattavasi di più leggieri gastighi » (Ivi, pp. 415-416).

(63) « A tal fine è necessario che un nuovo codice penale lasci sussistere il meno possibile di leggi eccezionali; e che il meno possibile supraggiungano leggi eccezzionali, le quali vengano a far corona al codice esistente. Altrimenti ne seguono deplorabili inconvenienti, e il generale discredito della giustizia penale » (Ivi, p. 415).

(64) Su questo aspetto v. SBRICCOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, cit., pp. 444 ss.

(65) CARRARA, *I discorsi di apertura*, *cap. I*, *Psicologia*, in *Opuscoli*, cit., vol. IV, p. 70. p. 229: « Guai se un codice penale si foggia sul dagherrotipo delle *leggi di occasione*: ogni principio di giustizia sarà conculcato da siffatto codice » (*Programma*, Parte speciale, vol. VII, II ed., Lucca, 1871, § 3939, p. 637). Carrara riprende una frase di August Geyer (come si può vedere in *Confronti storici* (1875), in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, Giachetti, 1884, vol. VI, p. 388). Sull'interpretazione anacronistica di questo passo da parte di M. CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1988, p. 102, v. le giuste osservazioni di SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 179, nt. 61.

(66) CARRARA, *Programma*, Parte generale, cit., § 638, p. 415.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eccezionali è un male grave ma limitato. Ma esso diventa addirittura funesto quando l'autorità sociale lo proclama solennemente in un codice. Questo modo di procedere perverte la coscienza pubblica perché fa ritenere consono alla ragione giuridica ciò che invece è solo « un provvedimento empirico che si accetta per le transitorie condizioni dei tempi » (67). La « furia di codicizzare » rischia dunque di produrre un autentico regresso. Il dilemma è tutt'altro che semplice. « La situazione è questa: o inferocire i costumi delle provincie meno feroci col portarvi leggi esorbitantemente severe, lo che sarebbe operazione vandalica e patente regresso; o tentare di raddolcire i costumi delle provincie più fiere col portarvi più miti sanzioni. Questo è il problema interiore che tiene oggi incerti gli animi dei legislatori penali d'Italia » (68). Per questa ragione è meglio non fare il codice consentendo quindi ad alcune provincie (*rectius* la Toscana) di vivere secondo le proprie consuetudini, fin quando non si realizzeranno le condizioni morali necessarie per l'unificazione.

Non sono i dogmi, i sofismi, le formule mistiche, l'invocazione dell'*unità d'Italia* a fargli cambiare idea. La *ragione* di Carrara risiede altrove. « Ma niente affatto crediamo che la italica unificazione corra pericolo di uno sfacelo se i figli delle diverse provincie non sono puniti oltre i loro meriti respettivi, ed oltre i respettivi bisogni della sicurezza della provincia. Non crediamo che se una provincia sventuratamente richiede leggi di eccezionale rigore divenga tosto o un atto di giustizia o una necessità di politica che siffatto rigore si estenda ad ogni altra provincia, sebbene in condizioni diverse. Non crediamo (e la storia ci dà ragione) che se circostanze speciali impongono si dichiari lo stato d'assedio in una città, debba porsi tutto il Regno sotto lo stato d'assedio. Non crediamo in una parola che il Reame d'Italia vacilli e minacci scompaginarsi se non si sottopone ad un unico codice penale. Questo si asserisce al solito ma non si dimostra; ed io presi a dimostrare il contrario » (69).

Sarebbe però riduttivo ricondurre la critica rivolta da Carrara contro le prospettive 'regressive' dell'unità giuridica solo a questioni

(67) CARRARA, *Codicizzazione (Studii legislativi)* (Pisa 2 novembre 1869), in *Opuscoli*, cit., vol. II, p. 225.

(68) Ivi, p. 228.

(69) CARRARA, *Osservazione XXIV — Unità di legge penale*, cit., pp. 400-401.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'particolari' come il caso toscano e la pena di morte che fecero senza dubbio da detonatore. Il grande giurista lucchese è costretto a riconoscere che molti suoi contemporanei seguono « la tendenza del secolo nel campo politico [che] è fanaticamente unitaria; e la rivoluzione francese ha incarnato nelle menti la idea che la unità *politica* abbia necessità della unità *legislativa* anche nelle materie penali » (70). Ma è la *Weltanschauung* di Carrara ad essere diversa. Ciò che per lui è una questione di *giustizia* (e quindi di scienza) per altri è una questione *politica* (71). E ciò che ingiusto non può cambiare a seconda della convenienza. Ma tutto cambia se le cose si guardano con la sola lente della *necessità* (*quid facti*): tutto diventerà allora mutabile nel tempo e nello spazio.

« Ed io ripeto — scrive nei *Lineamenti* — che la *politica* può essere causa di molte rovine, mai può rendere ingiusto ciò che è giusto quando i cambiamenti politici non mutano i costumi dei popoli ed i bisogni della tutela giuridica. Ed io ripeto che sul terreno della *giustizia* la mia tesi non si combatte neppure ricorrendo ai suggerimenti elastici della *politica* » (72).

4. *Libertà civile e libertà politica nell'equilibrio tra i poteri.*

La denuncia del *regresso* (73) del diritto penale — tema che domina una parte cospicua dei contributi carrariani raccolti negli *Opuscoli* — individua un problema cruciale: la mancanza, nel nuovo

(70) CARRARA, *Scienza criminale e scienza penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. VI, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo Regno d'Italia osservato nella dottrina, nella legislazione e nella giurisprudenza*, vol. III, Prato, Tipografia Giachetti, 1884, p. 19. « L'illustre Tolomei, (Diritto e procedura penale, 3 edizione, Padova, 1874) al § 506 ss. accettò la mia tesi qualora lo Stato fosse retto a modo federativo; e la respinse quando fosse retto (come egli dice a § 509) ad unità assoluta. Quanto a me la questione è questione di giustizia e non di politica […] ».

(71) Questa distinzione è fondamentale nell'opera di Carrara. Per es. nello scritto segnalato da SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 169, nt. 43: *Brigantaggio - Complicità*, in « Rivista Penale », 1, I, 1874, pp. 302-311 e soprattutto in tema di reati politici (pp. 174-179).

(72) CARRARA, *Osservazione XXIV — Unità di legge penale*, cit., p. 400.

(73) « […] dimostrando una volta di più, che Toscani e Veneti erano progrediti sul cammino della civiltà, perché i loro governi li avevano lasciati cogliere i frutti delle riforme penali iniziate ai tempi dei Beccaria dei Verri e dei Sonnenfels; e che invece le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Regno, di un rapporto organico tra libertà civile e libertà politica. L'unificazione 'a vapore', precipitosa e quindi poco meditata e poco rispettosa delle differenze, è stata la vera piaga della legislazione italiana. « Vi sono in Italia — ricorda il grande avvocato lucchese — certi fanatici i quali considerano come atto di ribellione le censure che i giuristi dirigono contro le leggi Sarde: e a me specialmente hanno dato taccia di *demagogia*, perché ho messo in rilievo e fatto toccare con mano una minima parte dei tanti vizi del codice di p. p. del 1866. Cosa abbia a che fare la *demagogia* con le questioni giuridiche, lo sapranno coloro che insensatamente confondono la libertà *civile* con la libertà *politica*, e che credono la felicità di un popolo e la sicurezza degli umani diritti tutta dipendere dalla forma governativa. Io vidi schiavi sotto le repubbliche, e libertà civili guarentite sotto i Monarchi assoluti; e non arriverò mai a comprendere come possano rinfacciarsi pensieri ribelli a chi domanda unicamente *giustizia per tutti* » (74).

Confondere la libertà civile con quella politica: ecco il problema. In *Libertà e Giustizia*, scritto del 1869, Carrara rileva come la monarchia nazionale abbia concesso le libertà politiche « con mano larghissima ». Ma queste non sono che un mezzo per raggiungere ampie libertà civili. E, a differenza delle prime, queste ultime non si possono 'dare', si devono 'fare': « […] ma lo edifizio delle libertà civili è tuttora da costruire. Sono forse emblema di un popolo libero i Parlamenti deserti, le Urne elettorali vuote, le Milizie cittadine e le Giurie disordinate, ed in molte provincie vituperosamente imprecate e neglette? Sono forse emblema di un popolo libero le tasse e gli stipendi iniquamente distribuiti; le Curie e le Magistrature sfiduciate e compresse sotto la mano di ferro degli organi del potere esecutivo;

---

decantate leggi Sarde li rincacciano addietro; addietro sino all'abisso […]. Purtroppo i miei sforzi contro l'unificazione legislativa del Veneto, e specialmente contro l'introduzione del codice penale 1859 tornarono vani […] » (F. CARRARA, *I compari nel processo criminale*, in *Opuscoli*, cit., vol. IV, p. 569). Come è noto dal quarto volume della seconda edizione degli *Opuscoli* Carrara aggiunge il titolo *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo Regno d'Italia osservato nella dottrina, nella legislazione e nella giurisprudenza*. Su questo profilo v., per più ampie notazioni, GERI, *« La metamorfosi che la politica voleva fare a danno della giustizia ». Francesco Carrara e l'unità del « giure penale »*, cit., p. 359.

(74) F. CARRARA, *I discorsi di apertura, Cap. VI — Istruzione segreta*, in *Opuscoli*, cit., vol. IV, p. 133.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i vecchi giudici per capriccio o peggio balestrati dai centri a più spiacevoli seggi; ogni movimento della vita civile perpetuamente impastojato fra le reti di una burocrazia inesorabile? Sono emblema di popolo libero le carcerazioni preventive spinte ad un eccesso al quale non ci avevano assuefatto i governi dispotici, e consegnate all'arbitrio: tante istituzioni care alle Provincie che ne avevano lunga consuetudine ed utili prove, disfatte e mutate in peggio per la mania frenetica di una esagerata unificazione, la quale (imitatrice tristissima di Procuste) mai non si vide in nessuna delle più potenti Nazioni di Europa? È forse emblema di popolo libero questa libera stampa raramente ispirata dalla fredda ed imparziale ragione, ma più spesso paurosa e servile, oppure da altro lato licenziosa, calunniatrice e maligna? Confessiamolo candidamente: noi non abbiamo ancora esordito il cammino che deve condurci alla libertà civile […] » (75).

Da qui nasce un paradosso imbarazzante: che in alcuni Stati preunitari i sudditi godevano di libertà civili che l'avvento del « regno della libertà » ha fatto « scomparire ad un tratto per far luogo ad altre libertà che non a tutti sono sembrate altrettanto pregevoli […] » (76). Si è diffusa la convinzione che tutto ciò

(75) F. CARRARA, *Libertà e giustizia* (parole dette nell'atrio della R. Università di Pisa il 29 maggio 1869 per la commemorazione funebre degli studenti morti a Curtatone e Montanara), in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. III, seconda ed. corretta, ampliata e riordinata, Lucca, Giusti, 1870, pp. 637-638. « Le franchigie politiche sono un niente e forse peggio che un niente se non servono di veicolo alle libertà civili, che sole avvicinano l'uomo nello svolgimento continuo della sua attività e conducono una Nazione alla prosperità e alla grandezza […]. A noi fu guarentita la inviolabilità della persona, la inviolabilità del domicilio, la inviolabilità dei dominii privati. Questa parola o detta da un Re, o detta da un'Assemblea, che giova dessa ad un popolo che non è capace di farla osservare? Se malgrado la proclamata inviolabilità quando gli organi subalterni del potere violano o domicilii o persone, i cittadini non sanno che o tollerare con servile pazienza, o con modi violenti farsi torto della ragione; né ancora apprendono a reclamare nei modi legittimi con fermezza e con calma contro i soprusi […] » (Ivi, p. 641).

(76) F. CARRARA, *Ellero. Le doglianze di Ser Giusto* (Pisa 1866), in *Opuscoli*, cit., vol. II, p. 642. Come è noto, per Carrara il progresso è un concetto relativo. « Questo non si vuole sempre capire. Ciò che fu progresso lodevolissimo in certi paesi ed in certi tempi, è un regresso deplorabile in altri tempi ed in altri paesi […]. Parimenti dire che le leggi vecchie erano peggiori è una scorciatoia. Bisogna invece comparare le leggi anteriori con quelle che si vogliono fare » (CARRARA, *I discorsi di apertura*, *cap. I*, *Psicologia*, cit., pp. 41-42). L'accusa rivolta ai liberali 'governamentali' di utilizzare, come nella repressione del brigantaggio meridionale, i metodi già impiegati dai 'despoti' della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

provenisse dalle province italiane fosse cattivo, tranne ciò che aveva il sigillo dello Stato sabaudo. Carlo Ludovico di Borbone governava Lucca da autocrate, ma nondimeno era « larghissimo largitore di libertà civili » (77) per la temperanza del governo e per la osservanza delle leggi. Le disillusioni non tardarono quindi ad arrivare. Carrara, nato lucchese, più tardi suddito toscano, infine italiano, chiamerà ironicamente « progressi della libertà civile » tutti quei fatti che ostacolano nel nuovo Regno il godimento delle libertà. « […] parve allora che una pioggia d'oro di libertà non mai godute né sognate dovessero rovesciarsi sovra di noi come un torrente di inesauste benedizioni. In qual guisa queste libertà sieno venute altri lo cerchi: io mi tengo stretto alla argomento mio » (78).

Carrara non ne fa una questione nominalistica: si può essere liberi *di fatto* in una monarchia assoluta. « La libertà civile consiste in questo, che i *diritti di ogni cittadino siano ugualmente protetti*. Questi diritti non si proteggono col variare di un *nome*: idea puerile di popoli troppo facilmente entusiasti […]. Nella necessità di una forza che difenda i diritti individuali contro ogni ingiusta aggressione sta il fine, sta la ragione di essere, sta la legittimità dei governi, e della costituzione di quella che dicesi società civile » (79).

Nel 1865, quando le libertà costituzionali sembravano assodate, non si intraprese con coraggio la strada delle vere riforme, per far sì che le libertà politiche si cementassero con quelle civili « senza le quali le prime riducono ad una sterile aspirazione. E cementare solidamente in armonia con un regime costituzionale, leale e sincero le civili libertà non si poteva senza una radicale riforma delle penalità

Restaurazione rappresentava una ferita aperta sulla divisa di legalità e di giustizia del nuovo ordine politico-costituzionale unitario. Né l'emergenza né il ricorso alla categoria *forte* dell'unità politica potevano sgombrare il campo dalle critiche e dalle contraddizioni. Su questo profilo può essere emblematica la posizione di Giuseppe Pisanelli: L. Lacché, *Il 'discorso" costituzionale nell'opera di Giuseppe Pisanelli*, in « Giornale di storia costituzionale », 10/II, 2005, pp. 87-103.

(77) F. Carrara, *Progressi della libertà civile* (1873), in *Opuscoli*, cit., vol. V, p. 436.

(78) Ivi, pp. 436-437.

(79) F. Carrara, *Il passato, il presente e l'avvenire degli avvocati in Italia* (Firenze, 16 settembre 1874), in *Opuscoli*, cit., vol. VI, p. 64.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e dei procedimenti criminali » (80). La libertà, osserva Carrara, non ha la potenza mitologica di Cadmo (81): gli uomini nuovi non nascono per incanto. Occorre sempre una riforma dei costumi che sia assecondata dalle nuove generazioni formate « con abitudini omogenee alla riforma » (82).

Tra queste 'abitudini' fondamentali Carrara pone il principio dell'equilibrio tra i tre poteri: infatti non vi può essere vera libertà se ciascuno non è indipendente nell'esercizio delle specifiche funzioni. Carrara non tollera le usurpazioni del potere esecutivo; ma ritiene ugualmente gravi, se non più pericolose, le eventuali invasioni del potere legislativo nella sfera del potere giudiziario (83).

Non a caso il giurista assegna, come abbiamo visto, al giudiziario, quale potere giuridico-costituzionale per eccellenza, un ruolo essenziale. La legittimità del governo, e quindi del potere esecutivo, risiede nella difesa dei diritti individuali. Ma quale sarà il suo limite (84)? « La resistenza che faccia equilibrio al potere esecutivo non può trovarsi che nel potere giudiciario. Quello rappresenta la *forza*, proclive sempre a trasmodare; questo rappresenta sempre la *ragione*: suprema regolatrice di tutte le forze […]. Il reggimento dove meglio otterrà protezione la libertà individuale dei cittadini sarà quello dove con maggiori energie si svolgerà la potenza dell'ordine giudiciario contro il potere esecutivo quando seco lui venga a conflitto. E quando dico ordine giudiciario io contemplo una vasta figura, che in sé racchiude tutti coloro che fanno professione del sacerdozio della giustizia; e così considero magistrati e curia come

(80) F. CARRARA, *Osservazione XXIII — Disposizioni inutili e pericolose*, in *Lineamenti di pratica legislativa penale*, cit., p. 390.

(81) « Perché una rivoluzione non ha la potenza del Cadmo della favola il quale gettando dietro le proprie spalle i frantumi del serpente da lui domo ed ucciso ne faceva nascere altrettanti uomini che fossero seguaci ed aiuto alle imprese sue. Non ha questa potenza mitologica la libertà; e gli uomini nuovi non possono in un attimo pullulare dalla terra quanti ne occorre all'uopo […] » (CARRARA, *Pensieri sulla giuria*, in *Opuscoli*, cit., vol. IV, p. 281).

(82) *Ibidem*.

(83) CARRARA, *Giuseppe Puccioni e la cattedra di giure penale*, cit., p. 72.

(84) « Le autorità dello stato non hanno balìa di creare il diritto. Il diritto ebbe da Dio la sovranità assoluta della progenie umana. Di questa superiore potenza i Re, i legislatori, i senati, i comizi non sono che ministri esecutori; in una parola strumenti » (CARRARA, *Se la unità sia condizione del giure penale*, cit., p. 12).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un sol corpo. Ripeto anche una volta che chi offende la magistratura offende la curia, come chi offende la curia offende la magistratura. La missione sociale di entrambe è la identica […] » (85). I veri liberali lottano per rafforzare e allargare la potestà del giudiziario (« l'unico vero palladio della libertà e dei diritti individuali ») dinanzi al governo che, al contrario, usa ogni arte per incatenare la giustizia all'esecutivo (86).

E Carrara quando pensa al potere giudiziario ha in mente quella « vasta figura » nella quale la magistratura e la curia sono alleate nel sacerdozio della giustizia (87). Questi ordini seppero in Toscana dare un riparo continuo alla libertà civile. Se si farà una storia imparziale dei tempi moderni, scrive Carrara, facendo un confronto tra le condizioni toscane e quelle di altri popoli vicini presso i quali « grandi parole si fanno di libertà senza corrispondenza di fatti; se ne dovrà concludere che non sempre la libertà politica è guarentigia di libertà civile, e spesso dove quella è niente questa è grandissima sia per la fermezza degli uomini che hanno missione di sostenerla con l'arme della legge, sia per la potenza della pubblica opinione » (88).

La curia e la magistratura hanno dunque svolto una funzione *costituzionale* (89). Che è una missione di tutti i cultori della scienza del diritto: riconoscere che sulla terra la *libertà è il diritto*. « Laonde è necessità che i Giuristi siano liberali quando non sono ignoranti o vilmente alleati al potere » (90). È per questo che Carrara cerca di far comprendere, sino all'ultimo, che la difesa dell'autonomia dell'av-

(85) Carrara, *Il passato, il presente e l'avvenire degli avvocati in Italia*, cit., pp. 66-67.

(86) « […] i veri liberali italiani tengano dunque costantemente fisso lo sguardo a questo obiettivo: che sia in ogni ordinamento dello Stato mantenuta sempre l'autorità del potere giudiciario e la sua indipendenza assoluta dal potere esecutivo » (ivi, p. 68).

(87) « Avvegnaché male si creda che la Magistratura s'innalzi dove non s'innalza la Curia, essendo quella figlia di questa, e sorella ad un tempo ed alleata nel sacerdozio della giustizia e del vero. Cotesto sacerdozio e dall'una e dall'altra forse non mai esercitossi altrove con altrettanta nobiltà ed indipendenza con quanta se ne vide in Toscana » (Carrara, *Giuseppe Puccioni e la cattedra di giure penale*, cit., pp. 18-19).

(88) Ivi, p. 19.

(89) Cfr. F. Colao, *Su una 'recensione" di Vincenzo Salvagnoli. La difesa nella Toscana dell'Ottocento*, in Aa.Vv., *Il Risorgimento nazionale di Vincenzo Salvagnoli*, cit., p. 260; Id., *Avvocati del Risorgimento*, cit., p. 391.

(90) Carrara, *Progressi della libertà civile* (1873), cit., p. 450.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vocatura, minacciata a suo dire dalla legge del 1874, non è una difesa di retroguardia bensì la riaffermazione di una missione sociale « che consiste nel frenare gli abusi del potere esecutivo e servire di appoggio al potere giudiciario nella eterna lotta che si è agitata fra queste due forze vivificatrici della società civile [...] » (91). Non si può pertanto chiedere ai Toscani, « per quanto tenerissimi propugnatori della unità italiana » (92) di astenersi dal desiderare quella libera giustizia che è il primo bastione della libertà civile; e non ci può essere libera e completa giustizia laddove la Magistratura e la Curia non sono indipendenti da ogni pressione del potere esecutivo.

Si comprende allora la veemenza della lunga polemica carrariana contro il sistema del pubblico ministero nell'ordinamento italiano (93). Tale « progresso della libertà civile » è per Carrara il simbolo del modo *nuovo — alla francese* — di intendere la divisione dei poteri e i fini della giustizia. Ancora una volta la contrapposizione tra l'ordinamento toscano e quello italiano serve al nostro

(91) « Il popolo intelligente sa che gli avvocati sono una milizia; sono i tribuni degli oppressi contro gli oppressori; sono l'avanguardia del potere giudiciario; quindi il bisogno che essi abbiano potenza valevole a resistere alla perpetua tendenza invasiva del potere esecutivo » (CARRARA, *Il passato, il presente e l'avvenire degli avvocati in Italia*, cit., p. 83). « E non è più vera per la perpetua ragione che oggi in Italia non più deve comandare la *legge*, ma l'arbitrio dell'uomo. E ciò è ben naturale. La legge comandava quando si faceva dai Re; oggi che si fa dai Parlamenti, è una giusta rivincita che il potere esecutivo abbia la balìa di farla tacere » (CARRARA, *Osservazione X — Arbitrio sopra la legge*, in *Lineamenti di pratica legislativa penale*, cit., p. 220). Una precoce vena antiparlamentare, che non è estranea alla penalistica del tempo, è stata còlta da SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale*, cit., pp. 126-128.

(92) CARRARA, *Ellero. Le doglianze di Ser Giusto*, cit., p. 642.

(93) Sulle funzioni del pubblico ministero e sulla vasta riflessione carrariana, si vedano L. LAMPA, *Le ministère public et ses fonctions en Italie, après l'unification (1861-1913)*, in *Le pénal dans tous ses Etats*, cit., pp. 425-442; ID., *La magistratura e la giustizia. Il dibattito sul pubblico ministero (XIX-XX sec.)*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata*, *Diritto in trasformazione. Giuristi Giudici Legislatori*, 1995-1999, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 147-226; L. LACCHÉ, *Il potere giudiziario come 'potere politico" in Attilio Brunialti*, in « Storia Amministrazione Costituzione », *Annale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica*, 7, 1999, pp. 28 ss.; e, soprattutto, l'ampia e puntuale ricostruzione di M. G. DI RENZO VILLATA, *Un pubblico ministero 'figlio della politica'? Azione penale e Pubblico ministero tra dipendenza e libertà nell'Italia postunitaria*, in *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, a cura di B. Durand, L. Mayali, A. Padoa Schioppa, D. Simon, Frankfurt a.M., Klostermann, 2005, pp. 203-310.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giurista per svelare un inaccettabile 'regresso'. Tanto il pubblico ministero toscano, dopo la riforma giudiziaria del 1838, gli sembra autonomo dal potere esecutivo e vero rappresentante della legge, quanto l''equivalente' italiano gli si rivela come il mostro Briareo, ufficiale politico, creazione tutta francese, figlia diretta del dispotismo (94). Da quando il « nobile ufficio » è stato infeudato al potere esecutivo (95) la metamorfosi del sistema di giustizia ha cominciato a palesarsi. Non più un magistrato, banditore di verità e di giustizia (96), ma « il figlio della *politica*, che ognuno troppo conosce come un pseudonimo della tirannide. Figlio della *politica* esso è della giustizia il nemico peggiore, se gode balìa di vincolare in qualunque modo o diretto o indiretto la coscienza dei giudicanti [...] » (97). Come organo del potere esecutivo l'ufficio non può che essere *partigiano*; e se la magistratura viene sottoposta al suo sindacato anche la giustizia non potrà che essere *partigiana*. « Ma la giustizia *partigiana* non sarà mai giustizia » (98). La magistratura, nell'ultimo decennio, si è riempita dei ferri vecchi dei passati governi e delle vecchie polizie (99); la curia si ritrova « sotto la mano di ferro dei Procuratori del Re [...] » (100). La giustizia penale è diventata strumento del « dispotismo civilizzato » che si serve di quella lunga

(94) CARRARA, *Programma*, parte generale, cit., § 868, p. 609. Su questo tema v. M. SCAPARONE, *Francesco Carrara processualista*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, cit., p. 578; e soprattutto COLAO, *Su una 'recensione" di Vincenzo Salvagnoli. La difesa nella Toscana dell'Ottocento*, cit., p. 290; per una approfondita ricostruzione del contesto ordinamentale in rapporto alla difesa e in generale alla struttura del processo: ID., *Avvocati del Risorgimento*, cit., pp. 370 ss.

(95) CARRARA, *Cesarini e le riforme alla procedura penale*, cit., vol. IV, p. 3.

(96) CARRARA, *I discorsi di apertura*, *cap. I*, *Psicologia*, cit., p. 31.

(97) Ivi, pp. 44-45.

(98) Ivi, p. 45.

(99) Ivi, p. 46. « La vantata Magistratura indipendente è una derisione della difesa. O i nostri giudici istruttori sono ferri delle vecchie polizie, e si fanno volenterosi alleati del Procuratore del Re, e divengono mano e guanto con lui: o essi vorrebbero essere giusti ed imparziali, e tremano sotto la ferula del Procuratore del Re perché sanno pur troppo che questo è autocrate moderatore delle loro promozioni, e arbitro di un traslocamento ruinoso per la famiglia. Oh! Dignitosa davvero è la figura del giudice istruttore italiano! » (F. CARRARA, *I discorsi di apertura*, *Cap. VII — Istruzione segreta (Storia)*, in *Opuscoli*, cit., vol. IV, pp. 196-197).

(100) CARRARA, *Progressi della libertà civile* (1873), cit., p. 435. Cfr. anche *Il passato, il presente e l'avvenire degli avvocati in Italia*, cit., p. 73.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

catena dell'esecutivo che corre dal pubblico ministero ai birri. « Non vi è un Sultano in Oriente che abbia tanta sete di dispotismo quanto ne sono avidi certi Ministri costituzionali che talvolta vengono sventuratamente elevati al potere » (101). La situazione è tale, ritiene (e spera) Carrara, che presto ci sarà una reazione contro l'idra e le sue teste. L'ufficio del p.m. è infatti diventato « incompatibile con le libertà costituzionali concesse, guarentite, e lealmente volute dal magnanimo Re » (102).

5. *Il 'liberalismo giuridico' e il 'governamentalismo': l'« insipienza di tutto governare col mezzo di criminali processi ».*

Francesco Carrara deve essere annoverato tra i liberali più coerenti che l'Italia abbia avuto nel XIX secolo. Scambiarlo per un nostalgico dell'antico regime significherebbe assumere, come si è cercato di dire, un approccio superficiale. Carrara è per un liberalismo intransigente ma *nazionale*, anticonformista ma nondimeno *realista*. Talvolta si ricercano le radici del liberalismo italiano in terreni artificialmente *astratti*; ma il liberalismo di Carrara, al contrario, è *puro* proprio perché attiene al rapporto *concretissimo* tra autorità e libertà. Il « giure penale » è il contesto privilegiato nel quale le 'grandi parole' vengono scarnificate e sono costrette a 'vivere' nella realtà. Nel *penale* il principio di legalità è posto di fronte alla prospettiva *politica* del liberalismo costituzionale e del garantismo.

In Italia, osserva amaramente Carrara, ci si riempe la bocca della parola libertà evidentemente senza sapere di che cosa si parla, se

(101) Ivi, p. 443.

(102) F. CARRARA, *Le tre concubine* (Discorso letto nel R. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere alla tornata del 6 novembre 1873), in *Opuscoli*, cit., vol. IV, p. 504. Non è certo superfluo sottolineare il fatto che la posizione polemica di Carrara non può rappresentare appieno un quadro più complesso nel quale l'aspetto ordinamentale deve fare i conti con le esperienze umane, gli atteggiamenti e le storie dei singoli procuratori (fatto che lo stesso Carrara mette in luce quando si tratta di lodare un Cesarini o di biasimare qualche altro procuratore). Mario Da Passano ha còlto bene i tratti di un disegno più articolato in *Linee di politica criminale nei discorsi inaugurali dei rappresentanti del pubblico ministero. 1879-1888*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXI, 1, 1991, p. 126.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ogni volta si invoca la legge penale come *farmaco* universale: la prigione è la farmacia, i birri sono i farmacisti. Chi si oppone a questo metodo viene apostrofato come *dottrinario*. Carrara accetta di buon grado tale nome (103) (perché il liberalismo non può che essere una *dottrina*, la « santa *dottrina giuridica* »), purché gli avversari smettano ipocritamente di chiamarsi liberali. Infatti, i falsi liberali, i *liberali religiosi* e i *liberali politici*, sarebbero pronti a secondare qualunque tirannide eretta nel nome della libertà. Per Carrara invece « il vero liberalismo è il liberalismo *giuridico*. I seguaci di questa dottrina (sia pure *dottrina*) sono sempre fedeli alla *sovranità del diritto*, unica sovranità costituita da Dio sulla terra. Ognuno sia libero e sicuro nello esercizio della propria attività finché i suoi atti non *ledono i diritti altrui*. Nessuna coazione violenta, nessuna repressione è *legittima* se non è in modo assoluto necessaria per proteggere un diritto aggredito e violato [...]. Ecco il liberalismo *giuridico*: ecco la sua bandiera ed il suo catechismo; ecco la fede di colui che solo ha diritto di chiamarsi *liberale*, e che solo può vantarsi di combattere sotto la *santa bandiera* della libertà. Per lui la libertà è giustizia. E questa egli non tollera che si conculchi né per fanatismo superstizioso, né per autorità di Governo, qualunque sia, perché Dio ci volle soggetti alla legge perché fossimo liberi. *Legibus subiecti ut liberi esse possimus* » (104).

In Italia questo liberalismo aveva mosso i primi passi nel corso del XVIII secolo quando i filosofi ingaggiarono la loro battaglia contro gli abusi. Ma quest'opera lenta, progressiva, tranquilla del liberalismo italiano fu minacciata di rovina dal turbine della Rivoluzione francese che, « dopo aver simulato il liberalismo *giuridico* con la *dichiarazione dei diritti dell'uomo*, gettossi in preda ad uno scetticismo anarchico [...] », convertì quell'orientamento in liberalismo religioso e politico, minacciò tutte le sovranità senza sostituirvi la « sovranità del diritto », e producendo l'effetto contrario, la reazione, di cui l'Europa « porta ancora squarciato il petto e i panni [...] (105).

Credo sia rivelatore l'accenno che Carrara fa alla cultura politica

(103) F. Carrara, *Le tre concubine*, cit., p. 495.
(104) Ivi, p. 497.
(105) Ivi, p. 499.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei *dottrinari* (106). Il criminalista toscano infatti utilizza un lessico che presenta alcune assonanze con la cultura del dottrinarismo francese: la sovranità del diritto come sovranità della ragione (107) (contrapposta alla sovranità della forza), la forte dimensione trascendente (ma non 'spiritualista') come, per esempio (in una ben diversa prospettiva), nella riflessione di François Guizot (108). Ma Carrara è precisissimo quando dice che i dottrinari, pur inneggiando alla libertà, hanno stranamente abusato della sua « santa bandiera ». In realtà nella filosofia politico-giuridica del professore pisano gli esiti sono ben diversi da quelli preconizzati dai dottrinari. Per lui l'autorità sociale è il *soggetto* non l'*oggetto* della difesa che si esercita mediante la legge penale. È senza dubbio il governo che ha il dovere di difendere i diritti dei consociati « e in cotesto risiede unicamente la sua missione *assoluta*, e la sua unica ragione *assoluta* dello essere suo » (109). Chi la pensa diversamente vede invece nello Stato il soggetto cui assegnare i diritti dei singoli. Ma questo porta al loro assorbimento e all'arbitrio del potere (110). Quello di Carrara è dunque un *liberalismo* che non pri-

(106) Ivi, p. 495: dottrinari « *i quali inneggiando alla libertà hanno stranamente abusato della sua santa bandiera*. E noi fermi nella nostra fede accettiamo di buon grado il nome di *dottrinarii*, e ravvisiamo in quella pretesa derisione la lode e la gloria nostra […] ».

(107) In una lettera a Vincenzo Salvagnoli (17 novembre 1847) Carrara contrappone il *liberalismo della ragione* al *liberalismo dell'indipendenza*. La lettera inedita è riportata da MONTORZI, *Un capitolo di cultura forense nella Toscana risorgimentale. Vincenzo Salvagnoli, i suoi colleghi avvocati e il disegno di una nuova razionalità costituzionale con inediti di Giovanni Carmignani e Francesco Carrara*, cit., pp. 343-345, commentata a p. 339.

(108) Sulla cultura del liberalismo dottrinario rinvio, per ulteriori riferimenti, a L. LACCHÉ, *La Libertà che guida il Popolo. Le Tre Gloriose Giornate del luglio 1830 e le « Chartes » nel costituzionalismo francese*, Bologna, Il Mulino, 2002; e ampiamente ID., *La garanzia della costituzione. Riflessioni sul caso francese* in *Parlamento e costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, a cura di L. Lacché e A.G. Manca, Bologna, Il Mulino, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 49-94.

(109) *Osservazione I — Difesa sociale — Tutela giuridica — Empirismo e Ragione*, in *Lineamenti di pratica legislativa penale*, cit., p. 13.

(110) « Di tal guisa in questo secondo ordine di idee la formula della *difesa sociale* vien insensibilmente a cambiare di *oggettivo*. Ciò che si vuol difendere mediante il giure penale non è più la somma dei diritti concessi da Dio ai singoli membri del consorzio umanitario; ma è la somma dei diritti attribuiti da una scuola fantastica ad un simbolo ideale. Ed ecco il primo pericolo di quella proposizione » (ivi, p. 14).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vilegia mai, *a priori*, i diritti dello Stato (111). Per questo il suo è un *liberalismo del soggetto* (112) che privilegia i diritti e le garanzie individuali e si fonda sulla capacità critica dell'uomo esercitata attraverso l'uso della ragione. In Carrara, non a caso, si ritrovano ben sviluppati tutti i grandi temi del liberalismo, per intenderci, 'alla Constant': la libertà come fine, il potere come mezzo; la critica del costruttivismo rivoluzionario e l'elogio della storia e dell'esperienza (i 'costumi'); una concezione 'forte' del costituzionalismo (penale) inteso come tecnica della libertà per limitare l'autorità che tende, naturalmente, a oltrepassare i propri limiti; l'insufficienza della mera dichiarazione senza l'effettiva garanzia dei diritti e delle libertà; la critica di un legislatore pervasivo, che pretende di regolare ogni aspetto della società, che moltiplica senza necessità i suoi interventi, che 'crea' legami e bisogni, soggetto emblematico di una concezione estensiva dell'autorità sociale; la polemica contro il culto dell'uniformità; il problema dell'equilibrio tra libertà civile e libertà politica, tra libertà degli antichi e libertà dei moderni (113).

Da questi temi discende la *penalistica costituzionale* di Carrara e non meraviglia che il suo *liberalismo della regola* (114) possa diventare, in alcuni casi, un *liberalismo d'opposizione* (115), 'puro' quanto

(111) È nel corso del XIX secolo che la penalistica liberale perde il suo sostegno "esterno" « 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 incardinava invece su un'idea di Stato costruito come "ente originario, 'personale', capace di volontà" » (M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., p. 520).

(112) Per questa categoria, riferita alle correnti del liberalismo francese, è d'obbligo il rinvio a Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, cit.

(113) Ho preso in esame questi aspetti del liberalismo coppettiano (Constant, Madame de Staël, Necker, Sismondi) in L. Lacché, *Coppet et la percée de l'Etat libéral constitutionnel*, in *Coppet, creuset de l'ésprit libéral. Les idées politiques et constitutionnelles du Groupe de Madame de Staël*, a cura di Lucien Jaume, Paris, Economica, Aix-Marseille, Presses Universitaires, 1999, pp. 135-155 (tr. it. *Il circolo di Coppet e gli orizzonti liberali dello Stato costituzionale*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 2, 1999, pp. 529-556).

(114) B. Manin, *Les deux libéralismes: la règle et la balance*, in *La famille, la loi, l'Etat: de la Révolution au Code civil*, a cura di I. Théry e C. Biet, Paris, Imprimerie Nationale et Centre Georges Pompidou, 1989, pp. 372-389.

(115) Su questa categoria v. P. Manent, *Histoire intellectuelle du libéralisme. Dix leçons*, Paris, Calmann-Lévy, 1987; Id., *La Révolution française et le libéralisme français et*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

basta per essere spesso *minoritario* e quasi 'utopico'. Carrara, per certi versi, vive in Italia — *mutatis mutandis* — la condizione che caratterizza la generazione dei liberali che, come Prévost-Paradol, Eugène Poitou, Edouard Laboulaye, devono confrontarsi con le vicissitudini politiche che segnano la Francia tra la Seconda e la Terza Repubblica. Un liberalismo *cattolico* (ma il concetto prevale sull'aggettivo) che respinge inoltre due *assolutismi*: quello teocratico e quello del laicismo statuale che vuol *ordinare* dall'alto la società e l'individuo, col rischio permanente di conculcare le libertà civili (a cominciare dalla libertà religiosa) (116).

Il bersaglio critico di Carrara è, non a caso, quella Francia segnata profondamente dalla cultura dell'idolatria amministrativa e della politica *assoluta* (117). Si tratta però di una malattia contagiosa che ha molto attecchito in Italia. « Non si osserva un inconveniente senza che si porti lo sguardo al Governo, e si spinga quasi con piglio di rimprovero al potere legislativo, e si gridi, qui sarebbe necessario una legge. Né si ricorda la sentenza di Tacito che *segnale di pessima repubblica è la moltitudine delle leggi*. Le false idee che la inesperienza ha fatto nascere sul sistema costituzionale continua questa tendenza, la quale si viene sfruttando dagli ambiziosi per la bramosia di mettersi innanzi e con un progetto di legge prepararsi titolo ad un impiego o ad una candidatura amministrativa o politica. Si crede, o si finge di credere, che il Parlamento sia costituito non per guarentire le libertà civili contro le invasioni delle autorità, ma pel fine di partorire leggi […]. Anche qui non si guarda alla genesi di questo sistema di reggimento, e non si avverte che se Inghilterra ne ha raccolto ottimo frutto, ciò è derivato appunto dalla lentezza con la quale si maturano colà le riforme legislative » (118).

La volontà di punire il concubinato, non preceduto dal matri-

---

anglais, in *L'Héritage de la Révolution française*, a cura di F. Furet, Paris, Hachette, 1989.

(116) M. A. CATTANEO, *Francesco Carrara: filosofia del diritto penale e cattolicesimo liberale*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, cit., p. 240.

(117) Sul vasto tema della critica antifrancese rinvio, per più ampi svolgimenti, a L. LACCHÉ, *Argumente, Klischees und Ideologien: Das 'französische Verwaltungsmodell' und die italienische Rechtskultur im 19. Jahrhundert*, in *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte*, a cura di R. Schulze, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 295-313.

(118) CARRARA, *Le tre concubine*, cit., pp. 487-488.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

monio civile, è un lampante esempio di « governamentalismo », un altro modo per « accrescere le vessazioni e le restrizioni della libertà civile già troppo miseramente cresciute in Italia dal giorno nel quale (quasi per derisione) si disse che eravamo liberi » (119). Ecco allora che la decadenza delle razze latine deriverebbe dal completo assorbimento dell'azione dei privati nel « governamentalismo universale » (120). Lo spirito opposto invece guida le razze germaniche che hanno trovato nell'autogoverno la ragione della loro grandezza (121). L'Italia si trova dinanzi a un bivio: solo se saprà resistere al cattivo esempio di chi vuole una libertà « puro nome » (122) potrà riprendere il suo degno cammino.

Questa « mania di regolamentarismo governativo » si traduce in un desiderio di vedere moltiplicati i delitti e le carcerazioni, confidando, anziché nella prevenzione, in una nuova legge, nel ricorso al tribunale criminale e alla prigione. Carrara si oppone ad ogni creazione di nuovi delitti e ad ogni ampliamento di poteri che non siano giuridicamente necessari. Perciò si definisce *conservatore* « di

(119) Ivi, p. 492.

(120) « Nostra, e soltanto nostra, la colpa se incatenati da un abito nefasto, e scordando le mutate condizioni del paese, tuttavia proseguiamo ad aspettare tutto dal Governo; a niente fare per congegno di forze private; a dar di tutto la colpa al Governo, autorizzandolo così noi medesimi a ficcare il naso per tutto dove dovremmo risolutamente dire facciamo noi […] » (CARRARA, *Libertà e giustizia*, cit., p. 642). Nel 1874 Carrara aveva aderito al liberismo classico della Società Adamo Smith fondata a Firenze da Francesco Ferrara (A. MAZZACANE, *Francesco Carrara*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1977, vol. 20, p. 669). Il progresso, afferma Carrara nel 1882, può portare ad un tale avanzamento « che permetta agli uomini raccolti in uno Stato eminentemente civilizzato, quello che gli inglesi chiamano *self government* in tutto ciò che riguarda gli interessi dei privati. Lavori pubblici, istruzione, provvedimenti sanitari e altri consimili interessi può bene sperarsi che per effetto della cresciuta civiltà, venga un giorno nel quale si regolino per concordia di volontà private senza bisogno di interposizione di governo […] » (*Libertà e spontaneità*. Prolusione al corso di diritto e procedura penale (28 novembre 1882), in *Reminiscenze di cattedra e foro*, Lucca, Tipografia di B. Canovetti, 1883, p. 504).

(121) « Tutto potrebbe farsi dagli uomini consociati senza bisogno di una autorità imperante: ed anzi sta in questo l'apogeo della libertà civile, verso la quale tendono con incessante progresso le culte Nazioni, che alla potestà pubblica resti a fare il meno possibile, ed il più possibile si faccia per le volontà e forze private » (CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale*, cit., p. 8).

(122) CARRARA, *Le tre concubine*, cit., p. 494.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quelle poche libertà che i despoti avevano lasciato ai padri nostri ». Il trionfo della fede giuridica non può che essere il trionfo della « giustizia per tutti ». Il regno delle libertà si deve allargare « anziché ruinare anche queste nel letto di procuste del governamentalismo » (123). « La piaga del secolo, appo le genti che si dicono di razza latina, è quella del *troppo voler governare* […] » (124).

La « mania nomotetica » (125), la « nomorrea penale » (126) sono una conseguenza del voler troppo governare. Carrara non ha cambiato idea. « Io sono sempre sulla mia linea. Libertà per tutti: legge uguale per tutti: repressione penale contro i soli che violano il diritto. Questi sono i miei tre articoli di fede e la base del mio liberalismo » (127). Una falsa politica perverte i cardini fondamentali del diritto di punire quando qualifica come delitto un fatto che non ne riveste gli elementi essenziali, sovvertendo i cardini (corollari) del principio di legalità (*nullum crimen sine iniuria*; *nulla actio sine culpa*). La stretta necessità deve sempre guidare l'azione punitiva dello Stato nel mantenimento della tutela giuridica: violare questo precetto è commettere un atto arbitrario (128).

« Si è detto agli Italiani — commenta Carrara con la sua vena sarcastica — che erano maturi per avviarsi progressivamente al governo di sé stessi, e che perciò si liberavano dal governamentalismo dei vecchi Signori. Ma se ad un governamentalismo, che era preventivo e che assumeva il nome di paterno, si va sostituendo il

(123) Ivi, p. 500.

(124) F. CARRARA, *Un nuovo delitto*, in *Opuscoli*, cit., vol. IV, p. 525. Il Briareo è naturalmente l'emblema del « governamentalismo ». « La vita del cittadino è condotta a tale che dal primo momento in cui nasce fino al giorno della morte, ed anche dopo la morte quando fatto cadavere è portato al sepolcro, inciampa sempre nel Procuratore del Re. Pochissimi sono gli atti della nostra vita che possono oggi consumarsi con animo tranquillo e senza il sospetto che la mano del Procuratore del Re vi si intrometta » (CARRARA, *Le tre concubine*, cit., pp. 500-501).

(125) Ivi, p. 493.

(126) F. CARRARA, *Il delitto e il matrimonio ecclesiastico*, in *Opuscoli*, cit., vol. V, p. 130. Sul tema emblematico del matrimonio ecclesiastico Carrara interviene anche in altre sedi minori. Sul punto v. GERI, *Un giurista e i libri: Carrara recensore, editore, annotatore*, cit., p. 920.

(127) CARRARA, *Il delitto e il matrimonio ecclesiastico*, cit., pp. 125-126.

(128) Ivi, p. 111. Cfr. PADOVANI, *La teoria del reato in Giovanni Carmignani*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 386-387.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

governamentalismo del giudizio criminale, non so vedere il guadagno del mutato sistema. Dove prima si incappava in un monito del presidente del buon Governo, oggi spessissimo si incappa in qualche mese di prigionia. È questo un buono avviamento ad assuefare il popolo a governarsi da sé! » (129).

L'insipienza di tutto governare col mezzo dei processi criminali (130) riduce più ancora lo spazio della libertà civile e allontana il magistero penale *costituzionale* dai naturali confini della tutela giuridica. Carrara, nonostante il disinganno (131) e le amarezze, continuerà sino all'ultimo ad esercitare il suo magistero e a proporre le proprie convinzioni con lo spirito *critico* e *libero* di sempre. Senza neppure perdere un po' della sua radicale e brusca ironia (132). « Ma (dimanda Ella) in una *buona legislazione* dovrebbe essere così? Non vi è bisogno di consultare un Professore, per sapere che così non dovrebbe essere: i meri precetti della morale e della educazione lo insegnano. Ma da dove debba spuntare questa *buona legislazione* sotto i venti che governano oggi l'Italia, io davvero non so » (133). Così scriveva Carrara centotrentadue anni fa.

---

(129) CARRARA, *Il delitto e il matrimonio ecclesiastico*, cit., p. 130.

(130) « È questo lo scoglio più pericoloso nel quale risica di urtare il legislatore. Distinguere il sindacato morale dal sindacato politico; e distinguere il magistero *civile* dal magistero *penale*. Ogni deviazione da tali confini è una ingiusta offesa alla libertà civile. È questo lo scoglio nel quale i legislatori del Reame d'Italia, imitando sempre (e sempre infelicemente) i tristi esempi di Francia, minacciano di urtare. La crescente civiltà di un popolo e la allargata sua libertà dovrebbero essere potente ragione di diminuire gradatamente il numero delle azioni dichiarate *delitti*. Ma invece cresce fra noi la mania di moltiplicarne il numero per ricorrere al periglioso rimedio del magistero penale contro azioni che i vari caratteri di delitto non avrebbero; e avverso le quali i padri nostri si appagarono di altri modi di prevenzione. Da questo ne avvenne che gli Italiani, dopoché furono proclamati liberi, trovarono con sorpresa loro l'esercizio della attività individuale più ristretto che prima non fosse. Fenomeno che ha la sua cagione nella manìa di troppo governare; e nella insipienza di tutto governare col mezzo di criminali processi » (CARRARA, *Programma*, cit., sesta ed., § 17, pp. 64-65).

(131) Sul tema del disinganno in Carrara, dopo dieci anni di esperienze (dal 1860 in poi), v. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 176.

(132) Sul carattere arguto del polemista, « cittadino lucchese e plebeo », e sul suo singolare stile di scrittura v. C. PALADINI, *Francesco Carrara cittadino lucchese e plebeo*, Firenze, Bemporad, s.d., e le osservazioni di MONTORZI, *Presentazione*, cit., p. XII.

(133) CARRARA, *I periti alienisti nel foro* (Pisa, 13 giugno 1875), in *Opuscoli*, cit., vol VI, pp. 144-145.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FLORIANA COLAO

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELL'ITALIA DI FINE OTTOCENTO TRA « GIUSTIZIA PENALE ECCEZIONALE » E « REPRESSIONE NECESSARIA E LEGALE [...] NEL SENSO PIÙ RETTO E SAVIAMENTE GIURIDICO, IL CHE VUOL DIRE ANCHE NEL SENSO PIÙ LIBERALE » (1)

> « La giustizia penale, assunta come il fine per il quale il diritto e il 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 tirannnici e a progetti di dominio politico. E può conoscerne ancora » (2).

1. Premessa: « leggi penali » e « pubbliche libertà ». — 2. La « questione della legalità » campo di tensione politica dalla « crisi » di fine Ottocento alla « svolta liberale ». — 3. Lo stato d'assedio « politico » in Sicilia e in Lunigiana. — 4. « La caccia alle società ». — 5. I « delitti che parvero immaginari » e « la Suprema Corte regolatrice ». — 6. La giurisprudenza del 1898, « un evidente regresso in confronto di quella del 1894 ».

1. *Premessa: « leggi penali » e « pubbliche libertà ».*

L'idea ricorrente dei governi nazionali di ricorrere a « provvedimenti eccezionali » in nome dell'« emergenza » (3) ha impresso

(1) A. Lecci, *Le associazioni socialiste non sono come tali imputabili dei reati previsti dagli articoli 247 e 251 del codice penale*, in « Giurisprudenza italiana », XLVII, 1895, parte II, coll. 150, 274.

(2) M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 164.

(3) Sui provvedimenti eccezionali nella storia italiana tra i più recenti cfr. G. Bascherini, *Lo stato d'assedio nell'esperienza costituzionale italiana*, in « Giurisprudenza costituzionale », III, 1994, pp. 4267-4315; C. Latini, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005, partico-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla storia italiana passaggi diversi: negli ultimi drammatici anni dell'Ottocento faceva crescere tra i giuristi una sorta di partito dei diritti di libertà, che leggeva nelle politiche « reazionarie », inaugurate da Francesco Crispi, l'attitudine a scardinare il modello di Stato liberale che si voleva di diritto.

Il « liberalismo dottrinario » (4) — tematizzato da Francesco Carrara (5), di cui avrebbe parlato anche Vittorio Emanuele Orlando (6), rimproverato dai conservatori a Zanardelli (7) — era evocato come momento di identificazione da chi intendeva mediare tra ordine e libertà alla luce del principio di legalità, colto in una dimensione costituzionale. Non poche « trattazioni », che pure si volevano « strettamente giuridiche », e quindi « scientifiche » (8),

---

larmente pp. 121 ss.; C. LATINI, *Una giustizia d'« eccezione ». Specialità della giurisdizione militare e sua estensione durante la prima guerra mondiale*, estr. da *Deportate, esuli, profughe*, Macerata, Stampa libri, 2007. Su « emergenza » ed « eccezione », anche oltre l'età liberale cfr. M. SBRICCOLI, *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; analogamente U. ALLEGRETTI, *Dissenso, opposizione politica, disordine sociale: le risposte dello Stato liberale*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 719-756. Sull'« autoritarismo repressivo », tratto originario e permanente dell'esperienza politica e penale italiana cfr. 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 », XXVIII, 1999, II, pp. 829 ss. Discute queste tesi G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 174.

(4) Cfr. in particolare E. BRUSA, *Della giustizia penale eccezionale ad occasione della presente dittatura militare*, in « Rivista Penale », 39, XX, 1894, p. 414; G. B. IMPALLOMENI, *Responsabilità ministeriale e responsabilità comune a proposito del caso Frezzi*, in « La Giustizia Penale », III, 1897, coll. 821-822.

(5) Sul liberalismo dottrinario per Carrara cfr. il saggio di L. LACCHÉ in questo « Quaderno ».

(6) « Le leggi in Italia sono fatte da una classe dirigente imbevuta di un liberalismo dottrinario che è altrettanto intransigente circa alle formule quanto indifferente per ciò che riguarda l'attuazione reale ed effettiva di esse »; cfr. V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, III, Milano, Società editrice libraria, 1900, pp. 636-637.

(7) Sul « liberalismo dottrinario » di Zanardelli D. FARINI, *Diario di fine secolo. 1896-1899*, a cura di E. Morelli, II, Roma, Bardi, 1962, p. 1293; S. SONNINO, *Diario. 1866-1912*, Bari, Laterza, 1972, p. 383.

(8) F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in « Giurisprudenza italiana », L, 1898, parte IV, col. 370.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« superiori ed estranee alle passioni di parte » (9), nel coniugare difesa delle libertà statutarie e tensione per una torsione democratica dei principi liberali, avrebbero offerto un contributo anche politico decisivo nella « svolta liberale », che chiudeva la « crisi » di una lunga « fine secolo » (10). Nel 1901 Luigi Lucchini avrebbe chiesto al

(9) L. MORTARA, *Il decreto legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di Cassazione*, in « Giurisprudenza italiana », LI, 1900, II, col. 54.

(10) La storiografia ha colto in questa cruciale stagione della storia nazionale una crisi politica e istituzionale: 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 », II, 1973, pp. 627 ss.; U. LEVRA, *Il colpo di stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia. 1896-1900*, Milano, Electa, 1975; 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; A. BOLDETTI, *La repressione in Italia: il caso del 1894, ivi*, VII, 1977, pp. 495 ss.; R. CANOSA-A. SANTOSUOSSO, *Magistrati, anarchici e socialisti alla fine dell'Ottocento in Italia*, Milano, Feltrinelli, 1981; C. FIORE, *Il controllo della criminalità organizzata nello Stato liberale*, in « Studi storici », XXIX, 1988, pp. 426 ss. Più attenti nel cogliere le sfumature delle « classi dirigenti », non tutte uniformi nel volersi appiattire sulle ragioni della reazione borghese, R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Bologna, Il Mulino, 1980; G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, 7. *La crisi di fine secolo e l'età giolittiana*, Milano, Feltrinelli, 1981; F. GAETA, *La crisi di fine secolo e l'età giolittiana*, Torino, Utet, 1982; F. CORDOVA, *Democrazia e repressione nell'Italia di fine secolo*, Roma, Bulzoni, 1983; J. A. DAVIS, *Legge e ordine. Autorità e conflitti nell'Italia dell''800*, Milano, Angeli, 1989; R. CAMBRIA, *Alle origini del Ministero Zanardelli-Giolitti. L'ordine e la libertà*, in « Nuova rivista storica », LXXIII, 1989, pp. 67-132; 609-656; LXXIV, 1990, pp. 25-100; G. ASTUTO, *Crispi e lo stato d'assedio in Sicilia*, Milano, Giuffrè, 1999; L. MANGONI, *Giuristi e politica. Il diritto come supplenza*, in *Stato e cultura giuridica* in Italia dall'Unità alla Repubblica, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 303 ss.; A. SCIUMÈ, *Garanzie legali e misure arbitrarie nell'Italia fin de siècle: i processi agli anarchici, ovvero dell'errore impossibile*, in *Error iudicis. Juristische Wahrheit und Justizieller Irrtum*, Herausgegeben von A. Gouron, L. Mayali, A. Padoa Schioppa, Frankfurt am Main, Klostermann, 1998, pp. 233-256; F. CORDOVA, *Il '98 in Italia: il dibattito giurisprudenziale sullo stato d'assedio e l'azione dei tribunali militari*, in *Intorno al 1898. Italia e Spagna nella crisi di fine secolo*, a cura di S. Casmirri, Milano, Angeli, 2001, pp. 111-126; ALESSI, *Il processo penale*, cit., p. 193; con una prospettiva comparata con la Francia M. MALATESTA, *Introduzione* a *La morte del re e la crisi di fine secolo*, in « Cheiron », XVIII, 35-36, 2001, pp. 7 ss., con l'Inghilterra G. GUAZZALOCA, *Fine secolo. Gli intellettuali italiani e inglesi e la crisi tra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 2004; cfr. inoltre G. SABBATUCCI, *I socialisti e l'estrema sinistra nella svolta del secolo*, in *Alle origini dell'età giolittiana. La « svolta liberale » del governo Zanardelli-Giolitti 1901-1903*, a cura di R. Chiarini, Marsilio, Venezia, 2003, pp. 62 ss; M. SCAVINO, *La crisi di fine Ottocento e l'età giolittiana*, in *Le classi dirigenti nella storia*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gabinetto Giolitti Zanardelli che fosse garantita la « libertà di associazione, di riunione, e di lavoro » (11).

Queste pagine ripercorrono alcuni momenti di un discorso pubblico su « questione della legalità », « leggi penali », « pubbliche libertà », che vedeva, tra i protagonisti, il « giornalismo giuridico penale » (12), in particolare la *Rivista Penale* di Lucchini, *La Giustizia Penale* di Gennaro Escobedo e Giovan Battista Impallomeni (13), la *Giurisprudenza italiana* di Carlo Francesco Gabba e Lodovico Mortara (14), *La Scuola positiva* di Enrico Ferri (15).

---

d'Italia, a cura di B. Bongiovanni e N. Tranfaglia, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 51-104.

(11) L. LUCCHINI, *Libertà di associazione, di riunione, e di lavoro*, in « Rivista Penale », LIII, XXVII, 1901, p. 101. Per un « liberalismo democratico e socialismo ordinato » cfr. *Lettera di Luigi Lucchini a Luigi Roux*, in « La Tribuna », 9 gennaio 1901, p. 2. Su Lucchini, avvocato, docente di diritto penale, deputato, magistrato, senatore, per oltre cinquant'anni direttore della *Rivista penale*, cfr. M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La « Rivista Penale » di Luigi Lucchini (1874-1900)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XVI, 1987, pp. 176 ss. pp. 105-183; L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano, Giuffrè, 1990, *ad vocem*; M. MALATESTA, *Magistrati, politici e diritti umani in Italia e in Francia. Un'ipotesi di ricerca*, in « Cheiron », XVIII, 35-36, 2001, pp. 62 ss.; M. N. MILETTI, *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I, *L'attesa*, Milano, Giuffrè, 2003, *ad vocem*.

(12) *Nel giornalismo giuridico penale*, in « Rivista Penale », 41, XX, 1895, p. 269. Di uno stile scientifico di giornalismo giuridico, rivolto all'opinione pubblica anche oltre lo specialismo di professori, giudici e avvocati, si iniziava a parlare dai tempi della *Rivista dei dibattimenti celebri*, voluta da Francesco Carrara; per indicazioni sia consentito di rinviare a F. COLAO, *Avvocati del Risorgimento nella Toscana della Restaurazione*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 344 ss. A fine Ottocento anche le riviste scientifiche offrivano cronache dei processi più seguiti dall'opinione pubblica e attenti « massimari critici » di giurisprudenza; cfr. ad esempio *Corti e tribunali*, in « Rivista Penale », 39, XX, 1894, pp. 611 ss. Nel febbraio 1895 iniziavano le pubblicazioni de *La Giustizia Penale. Rivista critica settimanale di dottrina, giurisprudenza, legislazione* — diretta da Gennaro Escobedo e Giovan Battista Impallomeni — che, per uscire settimanalmente, commentava le sentenze con tempestività. Sul tema cfr. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale*, cit., p. 176.

(13) Su Impallomeni, collaboratore con Zanardelli nella redazione del codice, docente di diritto penale, fondatore de *La Giustizia Penale*, avvocato difensore nel processo ai Fasci siciliani e nell'altrettanto celebre processo milanese ai giornalisti cfr. M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale. 1883-1912*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », III-IV, 1974-1975, vol. I, pp. 591 ss.

(14) Cfr. F. CIPRIANI, S. MAZZAMUTO, *La « Giurisprudenza italiana » di Gabba e Mortara*, in « Giurisprudenza italiana », CXLIV, parte IV, 1992, col. 497-502.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La « penalistica civile » (16) — che raccoglieva « zanardelliani » come Lucchini e Brusa (17), il socialismo di avvocati come Impallomeni e Majno, Ferri e i « positivisti » — e la giuspubblicistica, anch'essa « civile » — che costruiva, nelle parole del « giovane » Federico Cammeo, un circolo garantista tra « campo strettamente penale e procedurale e campo costituzionale » (18) — in nome del « principio di legalità » ammonivano l'opinione pubblica che il « sovvertimento della giurisdizione », operato durante lo « stato d'assedio *politico* » — con l'istituzione di tribunali militari competenti su « persone non militari, nè assimilate alla milizia ed imputate di reati non previsti dal codice militare » — avrebbe cambiato « la storia del diritto pubblico interno » (19).

Nel rivelarsi irriducibili all'immagine di conservatorismo, autoritarismo, apoliticità — che, nel giudizio di taluni, ha talora accompagnato la scienza giuridica tra Ottocento e Novecento (20) — in

(15) Su Ferri e La Scuola positiva ci pare di particolare interesse l'interpretazione che Mario Sbriccoli offriva dell'impegno speso a fine Ottocento a difesa della legalità statutaria: « checché pensasse di se stessa la corrente positivista si presentava come un'espressione storicamente aggiornata della penalistica civile italiana »; SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica*, cit., p. 506. Sulle tante vite di Ferri, « avvocato dei malfattori » socialista in età liberale, e che approderà, alla fine, al fascismo, cfr. di recente E. R. PAPA, *Enrico Ferri tra socialismo giuridico e riforme istituzionali*, in *Riforme e istituzioni fra Otto e Novecento*, a cura di Luigi Cavazzuoli e Carlo G. Lacaita, Manduria-Bari-Roma, Lacaita, 2002, pp. 151-160.

(16) SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 147-232.

(17) Su Brusa-auore del penetrante saggio qui più volte citato- allievo di Carrara, avvocato a Milano, dal 1871 docente a Modena, Amsterdam, Torino, voluto da Mancini nella Commissione incaricata del progetto di codice penale, a fine Ottocento membro di una Commissione incaricata di riformare il codice di procedura penale, nominato infine senatore, cfr. la *voce* di C. SPADA, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1972, XIV, pp. 679-680; SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale*, cit., pp. 176 ss.

(18) CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., pp. 370 ss. Su Cammeo cfr. per tutti i saggi in *Per Federico Cammeo*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXII, 1993.

(19) Questo commento ai provvedimenti di Crispi in « Giurisprudenza italiana », XLVI, 1894, parte V, coll. 39, 159-163.

(20) L'impegno dei giuristi liberali nella difesa delle garanzie statutarie a fine Ottocento sembra poter far ripensare, almeno in parte, il peraltro argomentato giudizio su un « liberalismo della cultura giuridica prefascista... conservatore e autoritario,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questa stagione del principio di stretta legalità molti giuristi tematizzavano un senso *liberale*, erede delle grandi fondazioni illuministe (21), prodromo del profilo *liberal-democratico* del « diritto penale della libertà » del Novecento (22): la garanzia di tutela del cittadino dall'« eccesso di potere ».

Tra i primi interventi contro i provvedimenti di Crispi *Rivista Penale* ospitava dunque un denso scritto di Emilio Brusa, che non ravvisava « eccesso di potere » solo nella cifra *extra legem* dei bandi emanati dai Commissari straordinari e delle sentenze dei tribunali militari, profilo più vistoso e scontato della « dittatura militare », che il governo voleva protagonista della repressione. Criticando soprattutto le decisioni della Cassazione sulla legittimità della « giustizia penale eccezionale », Brusa affermava che nel « diritto marziale applicato allo stato d'assedio politico » l'« eccesso di potere » segnava « ogni atto » dell'« Autorità », fino a « sconvolgere i rapporti legittimi dei poteri costituzionali » (23).

Nello stesso senso Cammeo coglieva come profilo embematico

---

statalistico e patriottico, che non avrà difficoltà ad incontrarsi col fascismo senza neppure diventare fascista ma semplicemente rimanendo fedele a sé medesimo » di L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 36. Sulla « scienza giuridica piuttosto ben attrezzata », ma che a fine '800 « si illudeva di trovare la via d'uscita allo scontro politico nella presunta a-politicità dell'amministrazione » cfr. P. POMBENI, *Il liberalismo europeo e l'evoluzione del sistema politico nell'età di Zanardelli*, in *Alle origini dell'età giolittiana*, cit., p. 35.

(21) Sul tema cfr. almeno G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, cap. VIII; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Prefazione di N. Bobbio, Roma-Bari, Laterza, 1989, particolarmente pp. 844 ss; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. 1. *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 434 ss.

(22) Di « problema della legalità » anche nel « diritto penale della libertà » parla lucidamente F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2002, pp. 13 ss.; sul senso « liberal democratico » del principio di legalità tra i più recenti cfr. anche D. PULITANÒ, *Principio di legalità e interpretazione della legge penale*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Cocco, Padova, Cedam, 2005, pp. 27 ss.

(23) BRUSA, *Della giustizia penale eccezionale*, cit. p. 448. Sulle forze militari nelle emergenze degli anni novanta dell'Ottocento oltre alle risalenti indicazioni di LEVRA, *Il colpo di Stato*, cit., pp. 157 ss., cfr. N. LABANCA, *La morte del padre. Militari e regicidio in una prospettiva comparata*, in « Cheiron », XVIII, 35-36, 2001, pp. 17-42; G. PROCACCI, *Osservazioni sulla continuità delle leggi sull'ordine pubblico*, in *Militarizzazione e nazionalizzazione della storia d'Italia*, a cura di P. Del Negro, N. Labanca, A. Staderini, Milano, Unicopli, 2005, p. 87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della « giurisdizione » dei tempi dello stato d'assedio il « caso estremo di incompetenza o di violazione di legge, in ordine al quale l'autorità giudiziaria con un suo atto straripi nel campo assegnato all'autorità amministrativa o a quella legislativa » (24).

Anche i ricorsi in Cassazione dei condannati dai tribunali militari in primo luogo si affidavano all'argomento che i « giudicati », anziché « applicare la legge ne' suoi termini espressi (ai sensi dell'art. 1 del codice penale e dell'art. 4 delle disposizioni generali) [...] creavano per proprio conto una nuova legge penale » (25). La memoria difensiva di Luigi Majno per i « giornalisti », condannati nel 1898 dal tribunale militare di Milano, esprimeva con particolare efficacia il senso *liberale* del principio di legalità: « la Carta costituzionale » e le « leggi penali » erano state scritte per « dar forma e limiti allo *jus imperii* »; nessuna « sanatoria politica » — un voto o legge del Parlamento legittimanti lo stato d'assedio — poteva cancellare « il lato giuridico della questione per le illegalità avvenute » (26).

Dal canto suo la Cassazione, istanza decisiva negli equilibri dei poteri dello Stato, si dichiarava in effetti competente sulle « sentenze dei tribunali di guerra » per i « vizi di competenza ed eccesso di potere »; nel considerare i profili sommari della giustizia marziale, priva di difesa tecnica ed appello, intendeva non far « mancare al cittadino l'unico modo di garentire i suoi diritti più sacri ».

Al tempo stesso la Corte voleva farsi garante dell'« esatta e rigida osservanza della legge », quella sull'ordinamento giudiziario, che, a suo avviso, le negava il sindacato di merito; da qui il rifiuto ad esercitare un controllo di costituzionalità dei « giudicati ».

Il principio, che pure vedremo criticato con toni accesi dai

(24) CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., col. 392.

(25) *Giurisprudenza contemporanea*, in « Rivista Penale », 40, XX, 1894, pp. 465 ss.

(26) L. MAJNO, *Ricorso alla Cassazione di Roma*, in « La Scuola Positiva », VIII, 1898, p. 484. Del giurista lombardo cfr. le critiche della giurisprudenza che riproponeva l'« antico modo di intendere il reato politico... che proclamava che per incriminare l'istigazione non occorre un pericolo attuale e imminente... »; L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, Verona, Stab. Tip. G. Civelli, 1902, pp. 393, 493. Indicazioni su Majno in SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 204 ss.; S. TROMBETTA, *voce* in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, Istituto Enciclopedia italiana, 2006, pp. 607-610.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuristi « civili », più che nell'adesione alle scelte del governo era iscritto in una lettura che la stessa Corte voleva coerente con la teorica dei governi parlamentari, che garantisticamente assegnava il controllo di « legalità » al Parlamento, e non alla sede giudiziale, come ammetteva lo stesso Lucchini (27).

Più in generale, a proposito della scottante questione della decretazione d'urgenza, il protagonista di *Rivista penale* avrebbe ribadito l'« indagine sull'urgente necessità di Stato fuori della sfera naturale del magistrato », pur nella sottolineatura di un « esecutivo » che non doveva « esorbitare dalle sue funzioni e infrangere la legge » (28).

Nelle parole della Cassazione l'« esatta e rigida osservanza della legge », ipostatizzata come bussola per navigare nel conflitto tra ordine e libertà, era dunque il fondamento di legittimazione di una funzione vicaria, che, nel dover dare risposte alle questioni giuridiche lasciate aperte dal governo, cercava criteri nella « legalità », cui ricorreva anche la magistratura di merito, nel valutare la propria competenza a giudicare nei processi pendenti dopo la dichiarazione dello stato d'assedio.

Per un ordine giudiziario formatosi alla cultura del positivismo legislativo non sempre le ragioni della « legge » (29) coincidevano

---

(27) Sosteneva che la Cassazione avrebbe dovuto astenersi dal conoscere della costituzionalità della sentenza pronunziata dal Tribunale militare di Massa nel 1894 L. LUCCHINI, *Giurisprudenza contemporanea. Giudicati italiani*, in « Rivista Penale », 39, XX, 1894, p. 467.

(28) L. LUCCHINI, *Decreti-legge e necessità di Stato*, in « Rivista Penale », LI, 1900, p. 583. Sulla questione del controllo di costituzionalità in Italia cfr. M. MECCARELLI, *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria*, in « Giornale di storia costituzionale », IV, 2002, pp. 175 ss.; M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 238 ss.

(29) Cfr. in particolare la sentenza della Cassazione 19 marzo 1894, sui ricorsi Molinari, e Gattini ed altri, in « Giurisprudenza italiana », XLVI, 1894, parte II, col. 134. Una critica accesa dei giudici di merito che deferivano i procedimenti avviati ai tribunali militari in *Corti e tribunali*, in « Rivista Penale », 40, XX, 1894, p. 308.

Nel ricostruire il ruolo della magistratura di fronte al dissenso politico e sociale in età liberale hanno indicato una sostanziale acquiescenza dei giudici alle scelte dei governi G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico, magistratura (1870-1922)*, Bari, Laterza, 1969; VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico*, cit., pp. 481-524; BOLDETTI, *La repressione in Italia*, cit., pp. 495 ss.; CANOSA-SANTOSUOSSO, *Magistrati, anarchici e*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

insomma con quelle della maggioranza politica; del resto i « provvedimenti eccezionali e liberticidi » (30) di Pelloux sarebbero naufragati anche grazie ad una sentenza di Cassazione — presidente Tancredi Canonico, tra i consiglieri Lucchini — che, pur senza farsi carico dell'esame di costituzionalità degli atti del governo, negava « base giuridica » al « progetto di legge » non discusso dal Parlamento, e dunque « caduto nel nulla » (31).

Il commento di Ludovico Mortara coglieva lucidamente la

---

socialisti, cit., pp. 67 ss. Anche se la giurisprudenza dell'età crispina si presta a questa valutazione, una ricostruzione del rapporto politica e magistratura pare compito complesso, nel dover tener conto di certe differenze — acquisizioni nel senso delle garanzie, dinamiche interne allo stesso ordine giudiziario — senza appiattirsi nell'immagine di una repressione uguale in ogni stagione. In questo senso è convincente l'approccio di P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione*, Roma ed. d'Ateneo e Bizzarri, 1979, pp. 23 ss.; CAMBRIA, *Alle origini del Ministero Zanardelli-Giolitti*, cit., pp. 114 ss.; la ricostruzione del ruolo assolto da magistrati come Lucchini e Tancredi Canonico o dai « giudici d'assalto? » di MALATESTA, *Magistrati*, cit., pp. 43-83; indicazioni metodologiche per lo studio della magistratura in I. ZANNI ROSIELLO, *Spigolando tra le carte giudiziarie*, in « Cheiron », XVIII, 35-36, 2001, pp. 341 ss.; e per una questione cruciale F. SOFIA, *Il diritto di associazione nella crisi di fine secolo: l'Italia in una prospettiva comparata, ivi*, pp. 85-138.

(30) Il testo del decreto legge in *Cronaca. Provvedimenti politici*, in « Rivista Penale », 50, XXV, 1899, p. 104. Il periodico di Lucchini, citando Zanardelli, si augurava che la magistratura si rivelasse l'« egida maggiore della libertà della nazione », rivendicando la « sovranità nell'apprezzare legalità e costituzionalità degli atti di governo »; cfr. *Il decreto-legge sui provvedimenti politici*, *ivi*, 50, XXV, 1899, pp. 125-143. Cfr. inoltre *I provvedimenti politici alla Camera dei Deputati*, *ivi*, 49, XXV, 1899, p. 326; *Provvedimenti politici, ivi*, pp. 545 ss. Analogamente E. PRESUTTI, *Il decreto-legge 22 Giugno 1899 avanti la giurisdizione penale*, in « Giurisprudenza italiana », LI, 1899, coll. 367 ss. L'impegno di Ferri a contrastare i provvedimenti in Parlamento in E. FERRI, *Battaglie parlamentari. Una campagna ostruzionistica*, Milano, Tip. A. Gattinoni, 1899.

(31) Innovando un precedente indirizzo giurisprudenziale, la I sezione di Cassazione, con sentenza 20 febbraio 1900, affermava che la « questione sulla esistenza » del decreto-legge 22 Giugno 1899 era « preliminare a quella della sua costituzionalità », e negava pertanto la « legittimità » dell'applicazione in epoca successiva del provvedimento decaduto; cfr. « Giurisprudenza italiana », LI, 1900, II, coll. 53 ss. Sul tema cfr. MALATESTA, *Magistrati*, cit., p. 45; M. MECCARELLI, *La questione dei decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 20 Febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899 n. 227*, in *http// be.es.rediris.es*, n. 6, 2005, 6-16, pp. 264-267. Sulla Cassazione, anche per un cenno agli indirizzi giurisprudenziali di fine secolo, cfr. C. GUARNIERI, *La Corte di Cassazione*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12, cit. pp. 799 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

portata storica della decisione: pur nella convinzione che le « sentenze non dovessero avere nessun colore politico », parlava di « sentenza liberale » e di « vero avvenimento politico » (32).

È parso dunque opportuno soffermarsi sulle sentenze della Cassazione di fronte alla « giustizia penale eccezionale » (33), dal momento che questa giurisprudenza pareva dover chiamare in causa la « sovranità » e « indipendenza della magistratura » nel garantire principi decisivi per le « pubbliche libertà » (34).

Nella rappresentazione dei giuristi civili era la stagione crispina a mutare il ruolo dell'ordine giudiziario di fronte ai titoli politicamente sensibili del codice Zanardelli (35): negli anni precedenti la magistratura era stata apprezzata per aver rifiutato di farsi « giudice delle sette a priori » (36) e per aver valutato i fatti « caso per caso » (37); dal 1894 una « giurisprudenza da stato d'assedio »

---

(32) MORTARA, *Il decreto-legge 22 giugno 1899*, cit., coll. 53 ss. Su Mortara, anche per indicazioni cfr. ora N. PICARDI, *Ludovico Mortara: il magistrato*, in *Giornata lincea in ricordo di Lodovico Mortara*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1998, pp. 92-95; F. CIPRIANI, *Lodovico Mortara nella storia del diritto italiano*, L. LACCHÈ, *« Personalmente contrario, giuridicamente favorevole ». La « sentenza Mortara » e il voto politico alle donne (25 Luglio 1906)*, in *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocata italiana*, a cura di N. Sbano, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 35-63, 99-151.

(33) *Giurisprudenza contemporanea italiana*, in « Rivista Penale », 40, XX, 1894, p. 252.

(34) *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., p. 143; *Giustizia e politica in Italia e all'estero, ivi*, pp. 399-408.

(35) Sul « codice Zanardelli monumento liberale per un'Italia che lo era ben poco », anche nella disciplina del diritto penale politico, cfr. SBRICCOLI, *La penalistica civile,* cit., p. 188. Discute criticamente questo giudizio ALLEGRETTI, *Dissenso, opposizione politica*, cit., pp. 719 ss. Di recente sul sistema del diritto penale politico tra Ottocento e Novecento, ove la valenza liberale del codice Zanardelli veniva vanificata dal testo unico di pubblica sicurezza e dalla legislazione antianarchica, in una « truffa delle etichette », che rimandava al « duplice livello di legalità », anche per indicazioni cfr. ora M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, Jovene 2000, particolarmente p. 490.

(36) « Quali chi siano le tendenze d'una setta politica... è facile intendere come e perché non debba esser confusa con un'associazione di malfattori »; approvava la *nota a sentenza* Cassazione Firenze 9 Aprile 1879 « Rivista Penale », VI, 1879, p. 311.

(37) V. MARCHETTI, *Intorno all'incriminabilità delle associazioni socialiste (art. 247 e 251)*, in *Studi illustrativi del Codice penale italiano*, pubblicati sotto la direzione di L. Lucchini, III, Torino, Utet, 1900, pp. 299 ss. Per una giurisprudenza non uniforme, ma che valutava volta per volta se le società socialiste o il « partito dei lavoratori » cadessero

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pareva provocare il collasso del principio di legalità nella « giurisdizione penale ».

La più preoccupante « anomalia giudiziaria » (38) appariva il « sistema seguito dalla Cassazione » di riconoscere la « legittimità » di tribunali « direttamente connessi con l'esecutivo » (39); il ritorno all'« ordinaria legalità » doveva chiudere la stagione degli « inermi cittadini fucilati » (40), restituire le « libertà » (41), sanare la ferita inferta allo Stato liberale, dalla quale bisognava « esser guariti » (42).

Nel ricordo ancora fresco dello « spettacolo desolante dello Statuto e della legge disconosciuti e calpestati per difenderli », nel 1900 Lucchini celebrava con ragione il ruolo assolto dalla sua « Rivista persona » nel far vincere le ragioni del garantismo liberale sulle politiche « liberticide », e proclamava le « leggi penali indissolubilmente legate alle pubbliche libertà » (43).

2. *La « questione della legalità » campo di tensione politica dalla « crisi » di fine Ottocento alla « svolta liberale ».*

Nel 1894 la « questione di legalità » era posta con forza dal Brusa, che si dichiarava « dottrinario », per ribadire il rispetto delle regole iscritte nella « costituzione e nella legge », di contro ad un « governo » che pareva essersi posto « fuori della Costituzione », come con un « colpo di Stato, tirannia » (44). Nel 1900 Pietro Nocito avrebbe in-

---

sotto le disposizioni del codice del 1889 o dell'art. 5 della legge del luglio 1894, cfr. le voci *Socialismo, Società, Associazioni*, in *Indice*, in « Giurisprudenza italiana », XLVIII, 1895, pp 232 ss.

(38) G. B. Impallomeni, *I metodi della Corte di Cassazione nel ricorso di De Felice e c.i.*, in « Rivista Penale », 40, XX, 1894, p. 251.

(39) Cammeo, *Lo stato d'assedio*, col. 375.

(40) G. Sepe, *L'amnistia nella coscienza nazionale e nella costituzione*, in « La Scuola Positiva », VII, 1899, p. 82.

(41) Cfr. Majno, *Ricorso*, cit., pp. 473 ss.; G. B. Impallomeni, G. Marcora, *Ricorso in Cassazione per Chiesi, Romussi e altri*, in « La Scuola Positiva », VIII, 1898, pp. 438 ss.

(42) Sepe, *L'amnistia*, cit., p. 82.

(43) L. Lucchini, *Ai lettori*, in « Rivista Penale », 51, XXVI, 1900, p. 5; analogamente L. Lucchini, *29 Luglio. Diagnosi dolorosa!*, in « Rivista Penale », 51, XXVI, 1900, p. 312.

(44) Brusa, *Della giustizia penale eccezionale*, cit., p. 427.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dicato esempi di delitti contro le libertà dei cittadini nel ricordo della stagione degli stati d'assedio, la « rivoluzione che viene dall'alto » (45).

Con termini poco diversi, per Impallomeni era il « dottrinarismo liberale » a legittimare le sue denuncie degli « arbitri » e della « legge manomessa dall'alto »; il « reazionarismo autoritario » del governo era accusato di aver tentato, invano, di coprire le responsabilità della polizia nella morte violenta in carcere di un arrestato, sospetto complice di Acciarito nell'attentato al re. Impallomeni poneva al centro del suo appassionato e polemico scritto « semplicemente la legge », che imponeva garantistici « limiti » a tutte le istituzioni (46). Gennaro Escobedo — condirettore de *La Giustizia penale* — commentava l'operato del governo osservando non era « buona politica rispondere, a chi violi la legge, con ulteriori violazioni di questa » (47).

Nel richiamo del principio di legalità i giuristi si pronunziavano in particolare contro la torsione autoritaria del positivismo legislativo, che vedeva nel governo forte di Crispi la voce più eloquente dell'argomento per il quale i « necessari rimedi eccezionali » erano comunque « legittimi », perché intesi a « ristabilire l'impero della legge » contro l'« abuso delle garanzie costituzionali » (48).

---

(45) P. NOCITO, *Corso di diritto penale. Reati contro il diritto politico*, Roma, ed. Forzani, 1900, p. 722. Sullo sguardo del Nocito sui reati di Stato cfr. SBRICCOLI, *Dissenso politico*, cit., pp. 673 ss. Su Nocito, Lucchini e Ferri, anche per indicazioni, cfr. M. DA PASSANO, *Echi parlamentari di una polemica scientifica (ed accademica)*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica moderna », XXIII, 2002, pp. 59-81.

(46) IMPALLOMENI, *Responsabilità ministeriale*, cit., coll. 821-822. Sulla vicenda di Romeo Frezzi, che allarmava l'opinione pubblica e la Corte cfr. FARINI, *Diario*, cit., II, pp. 1189, 1193, 1333; M. FELISATTI, *Un delitto della polizia? Oggi, 2 Maggio 1897, Romeo Frezzi si è suicidato nel carcere di San Michele*, Milano, Bompiani, 1975; MALATESTA, *Magistrati*, cit., p. 72. Il drammatico ripetersi di casi come quello del Frezzi nella storia carceraria nazionale in M. DA PASSANO, *Il « delitto di Regina Coeli »*, in « *diritto@storia* », 4, 2005.

(47) G. ESCOBEDO, *Studi e questioni di diritto. A proposito delle sentenze dei tribunali di guerra*, in « La Giustizia Penale », IV, 1898, col. 1229.

(48) *Relazione a S. M. il Re del Presidente del Consiglio dei ministri nell'udienza del 5 Gennaio 1894*, in « Giurisprudenza italiana », XLVII, 1895, parte V, col. 37. Analogo il tono della *Circolare* di Crispi ai prefetti, *ivi*, col. 202. Di recente sul « cesarismo di Stato », che già Lombroso coglieva in Crispi, a suo tempo rivoluzionario, cfr. L. MANGONI, *Una crisi fine secolo. La cultura italiana e la Francia tra Otto e Novecento*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Al contrario, per Brusa, in un « governo costituzionale » le « libertà e franchigie del cittadino » dovevano ricevere tutela proprio « nella situazione eccezionale ». Il ricordo di Cavour serviva da esempio della « indubitabile e assoluta persistenza dei principi anche durante l'imperversare delle più terribili agitazioni e turbolenze politiche e sociali »; pur senza citare Carrara, Brusa evocava la « giustizia che fugge dalla finestra quando dalla porta è penetrata nel suo tempio la politica opportunità » (49).

Anche Lucchini rovesciava l'argomento del Crispi sulla « necessità » del « rimedio eccezionale » contro l'« abuso » delle garanzie costituzionali », affermando che « la ragion d'essere delle guarentigie statutarie e legali » trovava il suo fondamento di legittimazione proprio nella « previsione dei conflitti fra cittadini e cittadini e tra questi e lo Stato » (50).

La « questione della legalità » pareva dover imporre anche di valorizzare la centralità del Parlamento contro l'« imperio dell'esecutivo »; per Brusa i legislatori liberali non dovevano « rimanere fanciulli nell'arte di governo, col preferire alla legge il provvedimento d'eccezione », « l'atto che di soprassalto o di sorpresa ci piomba addosso e al tempo medesimo ci toglie lì per lì modo di riflettere sulle usurpazioni che con esso si compiono » (51).

Nel 1897 lo stesso esecutivo non poteva sottrarsi al riconoscere

---

Torino, Einaudi, 1985, p. 178 ss.; sulle diverse vite dell'uomo politico e giurista siciliano cfr. G. Giarrizzo, *Francesco Crispi e la rivoluzione in Sicilia*, in *Fra storia e storiografia. Scritti in onore di Pasquale Villari*, a cura di P. Macrì e A. Massafra, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 881 ss.; D. Adorni, *Francesco Crispi. Un progetto di governo*, Firenze, Olschki, 1999; C. Duggan, *Francesco Crispi. 1818-1901*, Oxford, Oxford University Press, 2002; G. Astuti, *« Io sono Crispi ». Adua, I Marzo 1896: governo forte. Fallimento di un progetto*, Bologna, Il Mulino, 2005.

(49) Brusa, *Della giustizia penale eccezionale*, cit., p. 418. Sul « celebre rifiuto e non rinuncia » del *Programma* di Carrara ad affrontare il tema dei delitti politici, cfr. l'attenta analisi, non priva di ripensamenti, di M. Sbriccoli, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 441-449; e di A. Sciumè, *"Quando la politica entra dalla porta, la giustizia fugge impaurita dalla finestra": giudici e sentimento della giustizia dall'Unità al primo Novecento*, in *Europäische und amerikanische Richterbilder*, Herausgegeben von A. Gouron, L. Mayali, A. Padoa Schioppa, Frankfurt am Main, Klostermann, 1996, pp. 165-193.

(50) *Giurisprudenza contemporanea. Giudicati italiani*, in « Rivista Penale », 39, XX, 1894, pp. 467 ss.

(51) Brusa, *Della giustizia penale eccezionale*, cit., pp. 421 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla « legge » il ruolo di pietra angolare dell'ordinamento: disciplinare lo stato d'assedio pareva servire ad « evitare la taccia che il governo possa sostituire alla legge l'arbitrio »; nel tagliente giudizio di *Rivista penale* con queste parole il ministro si era dato « la zappa sui piedi » (52).

Commentando la legge 17 Luglio 1898 n. 297 Cammeo osservava che l'« amore per la legalità » aveva imposto al Di Rudinì una scelta nuova rispetto alla politica del Crispi, e più coerente con le disposizioni statutarie: far votare al Parlamento la legge che autorizzava l'esecutivo a mantenere e revocare lo stato d'assedio — dichiarato nei drammatici giorni di Maggio in diverse provincie — con un « *bill* d'indennità », che ratificava un precedente « atto illegale ».

Cammeo affermava dunque che la « Costituzione » non era un « limite giuridico per i fattori legislativi » e che il « potere costituente » era « immanente nel parlamento », al punto che « una legge ordinaria poteva mutare la Costituzione stessa »; al tempo stesso dichiarava non « ammissibile » la « retroattività implicita », soprattutto di fronte a « diritti quesiti di libertà e ad applicazione di norme penali più severe ».

Cammeo citava le « moderne teorie dei pubblicisti », Santi Romano ed Jellinek, per indicare l'« esistenza di una ampia categoria di diritti pubblici subbiettivi nei quali l'elemento dell'interesse individuale è molto spiccato e prevalente sulle norme eccezionali di difesa sociale »; tematizzava così il « diritto al giudice naturale », che, a suo dire, spostava la questione dal « campo strettamente penale e procedurale al campo costituzionale » (53).

La « questione della legalità » chiamava in causa la distinzione tra « legge » e « stato di necessità », tra « principi giuridici » e « utilitaria questione di fatto ». Gli eventi concreti di quel dramma-

(52) *Stato d'assedio*, in « Rivista penale », 49, XXIV, 1898, 49, pp. 101-102.

(53) CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., coll. 371-372. Cammeo citava le pagine di C. F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, II, Torino, Utet, 1884-1886, pp. 388 ss., riprese anche da G. ARANGIO RUIZ, *Intorno all'efficacia delle leggi temporanee*, in « Rivista Penale », 44, XXII, 1986, pp. 5 ss; G. B. IMPALLOMENI, *La retroattività dell'amnistia*, in « La Giustizia Penale », II, 1896, col. 449. Indicazioni della *Teoria dei diritti pubblici subiettivi* (1897) di Santi Romano nel trattato di Orlando e del *System der subiectiven öffentlichen Rechten* (1892) di Jellinek, in CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., col. 392.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tico 1898 parevano imporre a Cammeo di riconsiderare il principio della *salus publica suprema lex*, affermato da Orlando (54), Arangio Ruiz (55), Majorana (56), Ranelletti (57), Luigi Rossi (58), Santi Romano. In risposta all'idea romaniana circa lo « stato d'assedio illegale », comunque « giuridico », perché giustificato dalla « necessità », limite alla funzione legislativa (59), Cammeo coglieva invece che questa fonte, imposta dalla « difesa sociale », scardinava la « legalità »: « oggi si sono soppresse alcune libertà statutarie e sostituiti i tribunali militari a quelli ordinari [...] domani si aboliranno in nome della necessità anche queste poche garanzie formali di giustizia [...] la necessità impedirà all'autorità giudiziaria di sindacare la legittimità di questi provvedimenti » (60).

Era iscritta nel crinale tra « costituzionalità » e « necessità » la riflessione della scienza giuridica sulla cifra politica e sociale dei reati legati alla stagione dei Fasci siciliani, ai fatti della Lunigiana, ai giorni del maggio 1898.

Di contro a Crispi, teso a ricomprendere i « moti » nelle « tendenze antisociali » della delinquenza comune (61), Brusa parlava di stato d'assedio politico « fittizio » (62), anche nel richiamo della

(54) V. E. Orlando, *Principi di diritto costituzionale*, Barbera, Firenze, 1889, p. 155.

(55) Arangio Ruiz, *Stato d'assedio*, cit., p. 169.

(56) A. Majorana, *Lo stato d'assedio*, Catania, Giannotta, 1894, p. 26, recensito da S. Romano, in "Archivio di diritto pubblico", IV, 1894, pp. 317 ss.

(57) O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, in *Primo Trattato*, cit., IV, pp. 1163 ss. Nel 1899 esortava allo « spirito di legalità » O. Ranelletti, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, ora in O. Ranelletti, *Scritti giuridici scelti*, I, *Lo Stato*, Camerino, Jovene, 1992, p. 210.

(58) L. Rossi, *Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano*, in « Archivio di diritto pubblico », IV, 1894, pp. 116 ss.

(59) S. Romano, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione* (1898), ora in S. Romano, *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 64 ss.

(60) Cammeo, *Lo stato d'assedio*, cit., col. 373. Sulla necessità, limite alla sovranità statuale e al tempo stesso atta a scardinare la certezza della legge, cfr. Costa, *Civitas*, cit., 3, *La civiltà liberale*, pp. 227 ss.; Latini, *Governare l'emergenza*, cit., pp. 124 ss.

(61) Cfr. *Relazione a S. M. il Re del Presidente del Consiglio che dichiara in stato d'assedio le provincie di Massa e Carrara*, in « Giurisprudenza italiana », XLVII, 1994, col. 39.

(62) Brusa, *Della giustizia penale eccezionale*, cit., p. 415; Cammeo, *Lo stato d'assedio*, cit., col. 369.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tradizione liberal — risorgimentale del delitto politico come « delitto fittizio », ripresa dalla *Relazione* di Lucchini al codice Zanardelli (63).

Cammeo coglieva con particolare lucidità il cuore vitale del problema del rapporto tra principio di legalità e reati « politici » ai tempi dello stato d'assedio: per l'« insurrezione, la guerra civile ed i reati ad essa connessi » l'art. 71 dello Statuto aveva stabilito il divieto di istituire « tribunali speciali », proprio « in previsione di insoliti turbamenti e preoccupazioni del potere politico ». Così come l'art. 9 del codice di procedura penale aveva deferito i reati compresi nel titolo primo del codice alla « competenza dei giurati, perché dubitavasi dell'indipendenza della magistratura ordinaria ».

Questi « articoli » garantisti apparivano a Cammeo ridotti a « perpetua impotenza », soprattutto dal « sistema seguito dalla Cassazione », con sentenze che avevano riconosciuto la « legittimità » di tribunali, quelli militari, « direttamente connessi con l'esecutivo » (64).

Nella riflessione intorno alla « legge » risaltava poi la tensione dei giuristi a distinguere tra giustizia e polizia, repressione e prevenzione, secondo uno tra gli insegnamenti che più parevano vitali del Carrara.

Era Lucchini ad argomentare che occorreva tenere ben separate le « leggi veramente giuridiche » e quelle « di polizia » (65); nelle seconde — affermava Brusa — in nome della « necessità », si potevano ammettere « *poteri straordinari* [...] arresti e detenzione preventiva, le visite domiciliari, le perquisizioni, e espulsioni e gli invii al domicilio coatto, i sequestri, i divieti delle riunioni e associazioni [...] ancorché fuori dei casi e tempi in cui la legge li consente [...] il legislativo provvederà a moderare il soverchio ove vi fosse (66).

Nel mutuare i « limiti giuridici » all'azione di polizia, tematizzati anche da Ranelletti a proposito della giurisdizione dei tribunali

(63) G. ZANARDELLI, *Relazione al Re*, Napoli, 1889, p. 63. Sul ruolo di Lucchini nella codificazione cfr. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale*, cit., pp. 134 ss.

(64) CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., col. 375.

(65) *A proposito di una legge contro gli anarchici*, in « Rivista Penale », 40, XX, 1894, p. 191.

(66) BRUSA, *Della giustizia penale eccezionale*, cit., p. 424.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

militari (67), Escobedo scriveva che la « necessità » poteva « esigere la pronta repressione della rivolta [...] che vengano adottate misure di polizia [...] ma la necessità non può imporre che sia consegnata la libertà e l'onore dei cittadini nelle mani di giudici militari » (68).

Anche chi riconosceva al « Governo » la facolta di dichiarare lo stato d'assedio in caso di necessità, escludeva che i decreti potessero « prescrivere lo spostamento di giurisdizione [...] costituzionalmente allargare la sfera d'azione dei tribunali militari » (69). Così come Majno argomentava che i « pieni poteri » dei « Regi commissari » erano solo « poteri di polizia », necessari al ristabilimento dell'ordine pubblico, e non giurisdizionali, dal momento che « le autorità delegate non possono avere poteri che, in uno Stato libero e costituzionale, non competono neppure all'autorità delegante, il governo » (70).

Anche per Cammeo era necessario distinguere « effetti di polizia » ed « effetti giurisdizionali » dello stato d'assedio; se i primi parevano ammissibili, come « mezzi di polizia repressivi di carattere immediato », anche con una « temporanea limitazione della libertà politica », i secondi erano ritenuti un « vero pericolo per la vita e le sostanze dei cittadini », un « sistema di vendetta contro i partiti politici e un mezzo di prevenzione per le loro mene future » (71).

I giuristi liberali parevano insomma accettare, in via generale, la legittimità della « divaricazione » del sistema penale nazionale tra un « diritto penale e processuale ordinario », ancorato al principio di legalità, ed un « diritto penale e processuale amministrativo », dominato da forme di ampia discrezionalità (72).

Il collasso del principio di legalità non era infatti colto nell'illiberale « duplice livello del sistema penale italiano » (73) — che pure i giuristi avrebbero cercato di emendare in senso garantista — ma nella « giustizia penale eccezionale », « sovversiva dello Statuto » e inedita rispetto agli stati d'assedio dichiarati in passato. Si sottoli-

(67) Ranelletti, *La polizia*, cit., pp. 1163 ss
(68) Escobedo, *Studi e questioni di diritto*, cit., col. 1217.
(69) Contuzzi, *Lo stato d'assedio*, cit., p. 220.
(70) Majno, *Ricorso*, cit., p. 485.
(71) Cammeo, *Stato d'assedio*, cit., col. 374.
(72) Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 796.
(73) Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., pp. 493 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

neava infatti che La Marmora e Rattazzi avevano impedito ai loro « *temporanei eccezionali provvedimenti di isviare il corso regolare della giustizia* » — sic — consapevoli che « sottrarre i cittadini alla giustizia ordinaria » avrebbe rivestito gli estremi dell'« attentato alle garanzie costituzionali » (74).

Si stigmatizzavano così i tratti della « giurisdizione » davanti ai « tribunali marziali », « a tutto danno dell'imputato »: magistrati militari senza cultura giuridica e soprattutto « direttamente dipendenti dall'esecutivo », processi privi della « garanzia di una regolare istruttoria », sostituita dall'atto di accusa formulato dall'avvocato fiscale, con la difesa tecnica affidata a difensori militari ed esclusione dell'appello.

Per Brusa la giustizia militare si risolveva insomma in una « reazione vendicativa » contro i « figli di una stessa nazione » (75); Cammeo affermava che nella « prevenzione e repressione » dell'« insurrezione interna, di regola inferiore per forza e coesione del governo costituito », il governo doveva tener conto di « aver da fare con dei cittadini, i quali debbono tornare a far parte della pacifica compagine dello Stato » (76).

Un altro motivo centrale della « questione della legalità » era la percezione delle « sentenze » dei « tribunali giberne » da parte del « Tribunale supremo per eccellenza, qual'è quello dell'opinione pubblica » (77), con processi che gli stessi ambienti governativi avvertivano come « impopolari » (78). Nella stagione dei « dibattimenti celebri » era forte l'attenzione per l'attività dei tribunali « di guerra »; nella critica della scelta del governo di affidare la « giurisdizione » ai « militari » non mancavano i riferimenti al « caso

(74) A. PERENZONI, nota a sentenza in « Foro italiano » XXIII, 1898, parte II, coll. 459-460.

(75) BRUSA, *Della giustizia penale eccezionale*, cit., p. 464. Il codice penale per l'esercito, in *Codici e Leggi del Regno d'Italia*, vol. I, Milano, Hoepli, 1921, pp. 1140 ss.

(76) CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., col. 370. Analogamente MAJORANA, *Lo stato d'assedio*, cit., pp. 24 ss.; CONTUZZI, *Stato d'assedio*, cit., p. 220; F. RACIOPPI, *Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra*, in « Giornale degli economisti », XXIV, 1898, p. 137.

(77) SEPE, *L'amnistia*, cit., pp. 65 ss.

(78) FARINI, *Diario*, cit., I, p. 629.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dreyfus », che per Ferri aveva creato l'« atmosfera arroventata di una psicosi endemica » (79).

Soprattutto dopo che la Cassazione aveva ammessa la « legittimità della giustizia marziale », *Rivista Penale* parlava di « arbitrario nella pubblica giustizia », « disapprovato dalla coscienza pubblica della nazione »; chiedeva la costituzione di un diverso rapporto, coerente con i principi dello Stato di diritto, tra processi, garantiti dal « formalismo » della procedura « ordinaria », e « cittadini » (80).

Il dissenso nei confronti delle sentenze della Cassazione legittimanti la « giustizia penale eccezionale » assumeva rilievo tale da essere talora ricondotto all'apologia di reato; la stessa Corte era chiamata a pronunziarsi su talune condanne, comminate dalla magistratura di merito, a chi aveva stigmatizzato le decisioni del « primo consesso giudiziario del Regno », con una presa di posizione che pareva solidarizzare con i « principi delittuosi e sovversivi del De Felice e compagni » (81). Così come la Cassazione respingeva il ricorso del gerente di un « giornale cattolico, politico amministrativo », condannato per aver scritto « il popolo non approva condanne per reati di pensiero e d'opinione riconosciute legali dalla Corte suprema [...] con sentenze in contrasto colla pubblica opinione » (82).

In questa stagione anche la tenuta del principio della libertà di stampa, che culminava col « famoso processo ai giornalisti » del 1898, era un aspetto cruciale della « questione della legalità », nel momento in cui i reati politici e di stampa, ricondotti dai « provvedimenti eccezionali » di Crispi alla natura di « delitti comuni »,

(79) E. Ferri, *Tra il vecchio e il nuovo*, in « La Scuola Positiva », VIII, 1898, p. 762. Sull'*affaire* Dreyfus e le analogie con i processi politici in Italia, anche per indicazioni cfr. Malatesta, *Magistrati*, cit., pp. 46 ss; L. Lacchè, *Una letteratura alla moda. Opinione pubblica, « processi infiniti » e pubblicità in Italia tra Otto e Novecento*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento. Atti del Convegno (Foggia 5-6 Maggio 2006)*, a cura di M. N. Miletti, Giuffrè, 2006, pp. 463 ss.

(80) *Corti e Tribunali*, in « Rivista Penale », 39, XX, 1894, p. 611; Brusa, *Della giustizia penale eccezionale*, cit., pp. 463 ss.

(81) *Giurisprudenza contemporanea italiana*, in « Rivista Penale », XLI, XXI, 1895, p. 354.

(82) Cfr. il *Repertorio* de « Il Foro italiano », XXIV, 1899, col. 834.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

erano sottratti alla giuria, « tribunale della pubblica opinione », e deferiti alla competenza dei tribunali militari (83).

Se nel « programma dei conservatori italiani » risaltava la scelta « niente giurati » per la « paura di ogni libertà » (84), Impallomeni invocava invece l'« indipendenza del magistrato popolare se le libertà politiche debbono ancora contare qualcosa » (85). Cammeo sottolineava con particolare efficacia un paradosso: se la Cassazione ammetteva che che il governo poteva « legittimamente » deferire ai tribunali militari « insurrezioni e bande armate » e « tutti i reati politici connessi allo stato d'assedio », le assise dovevano esser reputate competenti a decidere di questi reati « sempre [...] meno quando avvengano » (86).

L'ampio ricorso del governo alle tecniche di rinunzia alla pena per condanne esplicitamente definite come « politiche » risaltava come un altro cruciale profilo della percezione della giustizia penale eccezionale da parte dell'opinione pubblica.

Anche se, per *Rivista penale*, i benefici si risolvevano in un ulteriore danno per il « prestigio della legge », i provvedimenti di amnistia ed indulto parevano dover risarcire « uomini e masse sgomenti dallo strazio della libertà e della giustizia » (87). Sulla spinta dell'« indignazione in tutto il Paese » il « governo » appariva costretto a correggere con la clemenza gli « eccessi », commessi nel « sovvertimento degli ordini costituzionali e giurisdizionali » (88). *La Scuola Positiva*, a nome della « nazione », chiedeva che la clemenza per i condannati politici fosse il nuovo inizio del « governare colla

(83) Cfr. *Corti e tribunali*, in « Rivista Penale », XLI, XX, 1894, p. 308.

(84) FARINI, *Diario*, cit., I, p. 670.

(85) G. B. IMPALLOMENI, *Magistrato competente a giudicare del reato preveduto nell'art. 5 della legge 19 luglio 1894*, in « La Giustizia Penale », I, 1895, coll. 401-402. Cfr. anche G. B. IMPALLOMENI, *Della giuria*, Palermo, Tip. Dello Statuto, 1894; e la critica ai progetti ministeriali di riforma dell'istituto di L. LUCCHINI, *Sui progetti di riforma al procedimento penale presentati dal ministro Calenda in Senato*, in « Rivista Penale », 42, XXI, 1895, pp. 221-234. Sul tema, anche per un'ampia bibliografia cfr. L. LACCHÈ, *L'"opinione pubblica saggiamente rappresentata". Giuria e corti d'assise nei processi celebri tra Otto e Novecento*, in *Cause in vista. Storie di processi celebri*, a cura di P. Beneduce, Milano, in corso di pubblicazione.

(86) CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., col. 375.

(87) *Amnistia e indulto*, in « Rivista Penale », 42, XXI, 1895, p. 371.

(88) *Giurisprudenza contemporanea*, *ivi*, XX, 1894, p. 465.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

libertà », di cui era stato alto esempio il « vero conservatore e uomo di Stato Cavour » (89).

Ed in effetti i decreti di amnistia ed indulto, di poco successivi alle dichiarazioni di stato d'assedio in Sicilia, Lunigiana, e, nel maggio 1898, Milano, Firenze, Roma, si riferivano esplicitamente a quei « fatti » (90). Poco dopo la condanna i protagonisti dei « Fasci siciliani », De Felice, Bosco e Barbato, « usciti trionfalmente dal carcere », riprendevano il loro posto a Montecitorio (91).

3. *Lo stato d'assedio « politico » in Sicilia e in Lunigiana.*

Nella *Relazione* di Crispi ai decreti di stato d'assedio in Sicilia e in Lunigiana l'« eccezione » era il fondamento di legittimazione dei provvedimenti, che — in base alle « norme generali per la dichiarazione e per la cessazione dello stato di guerra, non escluso il caso dell'insurrezione », previste dal codice penale militare — affidavano pieni poteri a « commissari straordinari », alle cui « dipendenze » erano poste tutte le autorità, civili e militari.

I bandi di Morra di Lavriano e Huesch di lì a poco dichiaravano « applicabili a tutte le persone estranee alla milizia » le disposizioni del codice penale militare in tempo di guerra e quelle relative ai reati di eccitazione alla guerra civile, costituzione di bande armate, istigazione a delinquere, previsti dal codice penale comune.

Il governo voleva eludere la « questione politica » sottesa alla drammatica stagione; per la Sicilia Crispi parlava di « plebi ignoranti

---

(89) SEPE, *L'amnistia*, cit., pp. 65 ss.

(90) Cfr. il R.D. 6 luglio e 20 settembre 1894, anche in *Amnistia*, in « Rivista Penale », 40, XX, 1894, p. 483; il R.D. 14 Marzo 1895, in *Amnistia e condono per i condannati in Sicilia e a Massa*, *ivi*, 41, XXI, 1895, p. 371-372; R.D. 20 settembre 1895, in *Indulto per i condannati dai tribunali militari*, *ivi*, 42, XXI, 1895, p. 401. Sui provvedimenti di clemenza del 1898 cfr. SEPE, *L'amnistia*, cit., pp. 65 ss. Sulla tecnica di indicare esplicitamente i fatti oggetto del beneficio, che innovava quella di elencare i reati previsti dal codice o dalle leggi speciali, anche per indicazione di fonti cfr. A. SANTOSUOSSO, *Dall'Unità alla seconda guerra mondiale*, in A. SANTOSUOSSO-F. COLAO, *Politici e amnistie*, Verona, Bertani, 1986, p. 82; V. MAIELLO, *La politica delle amnistie*, in *Storia d'Italia, Annali*, 12, cit., pp. 937 ss.

(91) *Amnistia*, in « Rivista Penale », 43, XXIV, 1898, p. 388. Alla Camera la condanna del De Felice era stata paragonata a quella del Mazzini nello sconcerto di FARINI, *Diario*, cit., I, p. 741.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ed illuse, condotte da individui rotti ad ogni delitto », che meritavano un « rimedio eccezionale, come eccezionale è la malvagia azione dei nemici della patria nostra »; ipotizzava inoltre un complotto degli insorti con potenze estere, Russia e Francia, che *Rivista Penale* ridicolizzava (92).

In un orizzonte politico e culturale segnato dagli argomenti di Cesare Lombroso e Ferri — attenti a distinguere anarchia e socialismo, per sottrarre il secondo alla repressione (93) — Crispi negava anche i profili politici del « moto » della Lunigiana, indicando negli « anarchici di Massa e Carrara », intesi a « promuovere l'insurrezione », « tendenze antisociali » e « conati di barbarie » (94). Voleva evitare così la critica di essere ricorso a provvedimenti *extra legem* per colpire l'associazione a delinquere per fini politici, cui il codice Zanardelli, all'articolo 251, aveva riservato un più mite trattamento sanzionatorio, rispetto all'associazione di « malfattori », delitto comune, disciplinata dall'articolo 248.

Rivista Penale contestava subito i provvedimenti crispini, col

(92) *Tribunali militari e stato d'assedio*, in « Rivista Penale », 39, XX, 1894, p. 288; *Giurisprudenza contemporanea. Giudicati italiani*, *ivi*, p. 467.

(93) C. LOMBROSO, *Gli anarchici*, Torino, Unione editoriale tipografica torinese, 1894. Sulle teorie del Lombroso sul *Delitto politico e le rivoluzioni*, cui sarebbero state ricondotte la propaganda anarchica e socialista, cfr. L. MANGONI, *Eziologia di una nazione*, in C. LOMBROSO, *Delitto genio follia. Scritti scelti*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995, particolarmente pp. 704-705. A distinguere l'associazione anarchica da quella socialista Ferri argomentava che la prima era finalizzata alla « rivolta », un delitto comune, la seconda si affidava alla « vera forza dell'organizzazione », con mezzi del tutto legalitari e fini nobili della redenzione sociale. Cfr. E. FERRI, *Una diagnosi a distanza. Mattoidi politici*, e *I regicidi*, ora in E. FERRI, *Difese penali e studi di giurisprudenza*, Torino, Unione editoriale tipografica torinese, 1899, pp. 453 ss., 625 ss. Il direttore de *La Scuola positiva* voleva così contestare talune sentenze della Cassazione, che avevano equiparato socialismo ed anarchia, accomunati dal voler entrambi sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti, e denunciava il ricorso all'art. 247 del Codice Zanardelli per incriminare le organizzazioni di classe; cfr. E. FERRI, *I socialisti e l'art. 247 del codice penale, ivi*, pp. 198 ss.; E. FERRI, *Socialismo, anarchia e leggi eccezionali. Discorso pronunziato alla Camera dei Deputati nella seduta del 7 Luglio 1894*, Roma, Tip. Camera dei Deputati, 1894.

(94) *Relazione a S. M. il Re del Presidente del Consiglio che dichiara in istato d'assedio le provincie di Massa e Carrara*, cit., pp. 38-39. Il segno politico e di classe delle agitazioni in Lunigiana in L. GESTRI, *Capitalismo e classe operaia in provincia di Massa Carrara dall'Unità d'Italia all'età giolittiana*, Firenze, Olschki, 1976, pp. 58 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

definire le « espressioni » « pieni poteri » e « stato d'assedio » « sfornite di senso legale », in assenza di tassativa disposizione statutaria o codicistica. Il rilievo, « tecnico giuridico », voleva escludere « apprezzamenti di indole politica, riservati al Parlamento »; « passata la bufera e ritornata la calma » si prometteva ai lettori una più ampia riflessione sullo « sciagurato incidente » (95).

Le critiche divenivano più accese dopo la presa di coscienza delle conseguenze dei provvedimenti sul terreno della giurisdizione: le prime pronunzie della Cassazione sui ricorsi presentati dai condannati dai tribunali militari di Massa Carrara e Palermo davano forza particolare alla contestazione radicale della « giustizia penale », che appariva stravolta dalla « dittatura militare » (96).

Anche in Parlamento lo stato d'assedio pareva imposto da « ragioni politiche »; a chi lo accusava di aver violato Statuto e « leggi dello Stato », Crispi rifiutava il *bill di indennità*, previsto in caso di sospensione delle garanzie costituzionali, dichiarava di aver agito « in conformità delle leggi », e ricordava il paradigma della salvezza dello Stato *suprema lex*, « nata prima dello Statuto ».

Con argomenti tecnico — giuridici, che volevano rassicurare l'opnione pubblica sul rispetto della legalità (97), Crispi negava la lesione del principio del giudice naturale, dal momento che per giudice naturale si doveva intendere quello comunque istituito dalla « legge » ove avvenne il reato; sottolineava che l'istruttoria dei processi, che sarebbero stati celebrati di fronte ai tribunali militari, restava comunque affidata alla magistratura ordinaria. La discussione si concludeva con l'approvazione dell'operato dell'esecutivo, pur subordinata ad un emendamento di Lucchini, « salvo le questioni della legalità » (98).

La Legge e il *Digesto italiano* rilevavano invece che, ai sensi dell'art. 4 delle preleggi al codice civile, le leggi penali non potevano

(95) *Cronaca. Lo stato d'assedio in Sicilia e in Lunigiana*, in « Rivista Penale », 39, XX, 1894, p. 199; *Tribunali militari e stato d'assedio, ivi*, p. 288.

(96) Brusa, *Della giustizia penale eccezionale*, cit.; *Stato di guerra o d'assedio*, cit., *ivi*, 39, XX, 1894, pp. 469-471; cfr. poi le note dello stesso direttore Lucchini nella rubrica *Giurisprudenza contemporanea, ivi*, 40, XX, 1894, pp. 252-253.

(97) Farini, *Diario*, cit., I, p. 387.

(98) *Governo e Parlamento*, in « Rivista Penale », 40, XX, 1894, p. 500. Cfr. anche Aa. Pp., 1894, *Discussioni*, pp. 6783 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« estendersi oltre i casi espressi »; in merito ai fatti di Sicilia e Lunigiana negavano l'equivalenza tra lo stato di guerra e lo stato d'assedio, e soprattutto ricordavano il divieto, sancito dall'art. 77 dello Statuto, di istituire tribunali diversi dal giudice naturale (99). Arangio Ruiz ricordava che il codice penale militare non era stato applicato nemmeno quando gli insorti si erano « impadroniti » di Genova e Palermo nel 1849 e nel 1856 (100).

Nel rifiuto di confondere stato di assedio e stato di guerra, Pierantoni escludeva l'applicabilità del codice penale militare in assenza di dichiarazione « vera e propria » dello stato di guerra « esterna o interna »; insisteva sulla differenza tra « belligeranti ordinari [...] privi sovranità e legge comune [...] onde ciascuno dei combattenti adotta leggi speciali di guerra che vuole imporre al nemico », e « ribelli [...] che combattono [...] un Governo che li vuole sottomessi » (101).

Nello stesso senso *Rivista penale* coglieva immediatamente che la proclamazione dello stato d'assedio, sospendendo la giurisdizione dei tribunali ordinari in materia penale, intaccava i diritti di libertà di riunione ed associazione politica, che, ai sensi dello Statuto e del codice Zanardelli, apparivano pienamente « legittimi », irriducibili a delinquenza comune (102). Anche in questa stagione il diritto penale politico pareva dover meritare ancora una « interpretazione obiettiva », nei binari della « legge ordinaria »; per Brusa la repressione del delitto contro lo Stato e l'ordine pubblico era legittimata dall'« esplicamento di una azione propria che si rappresenti contraria alla legge », « come la legge vuole » (103).

---

(99) C. GATTESCHI, *Intorno alla proclamazione dello stato d'assedio e alla istituzione di tribunali militari*, in « La Legge », XXXIV, 1894, pp. 393 ss. Analogamente F. CONTUZZI, *Lo stato d'assedio (diritto internazionale)*, in *Digesto italiano*, vol. XXII, parte II, Torino, Utet, 1995, pp. 220 ss.

(100) Un primo intervento sul tema in G. ARANGIO RUIZ, *Lo Stato d'assedio in Sicilia e in Lunigiana*, in « Rassegna di scienze sociali e politiche », I, 1 febbraio 1894; più diffusamente G. ARANGIO RUIZ, *Assedio politico (stato di)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, I, parte IV, Milano, Vallardi, 1899, pp. 168-217.

(101) A. PIERANTONI, *La costituzione e la legge marziale*, Roma, Tipografia della Cooperativa editrice, 1894, pp. 7-8.

(102) BRUSA, *Della giustizia penale eccezionale*, cit., pag. 464; *Stato di guerra o d'assedio*, cit., pp. 469-471.

(103) BRUSA, *Della giustizia penale eccezionale*, cit., p. 457.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come per ovviare a queste critiche, il guardasigilli Calenda proponeva di aggiungere al codice penale militare un articolo che consentisse di dichiarare lo stato di guerra anche in caso di « insurrezione o imminente pericolo per la pace pubblica »; sosteneva che il « diritto alla conservazione [...] nelle persone come nelle nazioni [...] non c'è legge che possa toglierlo o concederlo »; finiva insomma per ammettere che il governo aveva fino ad allora agito del tutto *extra legem* (104).

Al paradigma della *salus publica suprema lex* offriva una interpretazione importante la Corte dei Conti, cui Crispi faceva pervenire una richiesta anticipata di visto con riserva del decreto per la Sicilia. Dopo un primo rifiuto, la Corte registrava con la motivazione « considerato che il provvedimento eccezionale, com'è definito dallo stesso governo, determinato da ragione politica, esce dai confini della legge scritta, dalla quale non trae norma ».

Agli occhi di Lucchini questo « memorabile e scultorio motivato », offerto in un frangente delicatissimo, tra tutte le istituzioni dello Stato faceva della Corte dei Conti « la più rigida custode della legalità » (105).

4. *« La caccia alle società ».*

Rivista Penale denunciava prontamente il nesso tra la sospensione dei diritti di riunione e associazione, imposta dalle dichiarazioni di stato d'assedio, e il disegno di Crispi, volto a reprimere con nuove « leggi eccezionali » generici « moti antisociali ». Anche in Parlamento Lucchini si batteva con successo per una normativa, il « controprogetto », intesa a incriminare la sola associazione, che, « mercè vincoli potenti e previo concerto », avesse espresso « progetti deliberati » di « sovvertire con vie di fatto l'ordinamento sociale dello Stato », evitando di colpire le mere « opinioni ».

Alla ricerca di una « formula più liberale », « più conforme ai concetti giuridici », Lucchini tematizzava soprattutto la necessità, propugnata da sempre da Zanardelli, che la decisione sull'assegna-

(104) AA.PP., *Camera dei Deputati*, 1894, *Discussioni*, p. 6790.
(105) *Giurisprudenza contemporanea*, in « Rivista Penale », 40, XX, 1894, p. 471.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione a domicilio coatto fosse affidata ad una Commissione provinciale, ove fosse prevalente l'« elemento giudiziario » (106).

Sull'onda del crescente allarme per gli attentati anarchici in Europa, che culminavano nell'assassinio del presidente francese Sadi Carnot ad opera di Sante Caserio, il 19 luglio 1894 il Parlamento approvava dunque tre leggi in tema di associazione, che, pur senza nominare i gruppi politici incriminati, erano intese alla « repressione contro le mene degli anarchici », e sarebbero servite a sciogliere anche le « associazioni socialiste » (107).

In una involuzione illiberale rispetto al Testo unico di pubblica sicurezza del 1889 — di cui era stato protagonista lo stesso Crispi, allora contrastato in Parlamento da Ferri — la n. 314 si riferiva a reati commessi con materie esplodenti, la n. 315 all'istigazione a delinquere e all'apologia di reati commessi a mezzo stampa, la n. 316 dettava « provvedimenti eccezionali di pubblica sicurezza » (108).

Rivista Penale contestava subito l'aggravamento del quadro sanzionatorio, il trasferimento di competenza dei reati di stampa dalle assise ai tribunali, il divieto di associazioni o riunioni intese a « sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali » (109). Lamentava la « caccia alle società », resa possibile dalla previsione che consentiva lo scioglimento delle associazioni a prescindere dal pericolo per l'ordine pubblico, con un « processo d'intenzione a tutto rischio e

(106) *A proposito di una legge contro gli anarchici*, in « Rivista Penale », 40, XX, 1894, p. 191; cfr. anche AA.PP., 1894, *Discussioni*, cit., pp. 1152.

(107) Contro i decreti prefettizi, proni alle direttive del governo, *Lo scioglimento delle associazioni socialiste*, in « Rivista Penale », 41, XXI, 1895, pp. 78-79. Contro l'incriminazione delle « offese giornalistiche alla maestà del Presidente del Consiglio dei ministri » cfr. *Tristi casi!, ivi*, p. 77.

(108) Le leggi nn. 314, 315, 316 del 19 Luglio 1894 anche in « Giurisprudenza italiana », XLVI, 1894, parte V, coll. 159 ss. Sul ruolo determinante di Crispi, allora contrastato in Parlamento da Enrico Ferri, nel Testo unico di pubblica sicurezza del 1889, destinato a bilanciare le norme garantiste del codice Zanardelli in tema di ordine pubblico e reati contro la sicurezza dello Stato, cfr. ora L. MARTONE, *La difesa dell'ordine. Il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza*, in *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di L. Martone, Napoli, Istituto universitario orientale, 1996, pp. 165-239. Sul dibattito sulle leggi antianarchiche cfr. inoltre CAMBRIA, *Alle origini del ministero Zanardelli-Giolitti*, cit., pp. 119 ss.; indicazioni anche sulla giurisprudenza in SOFIA, *Il diritto di associazione*, cit., pp. 106 ss.

(109) *Governo e Parlamento*, cit., p. 306.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pericolo del diritto di associazione ». Chiedeva che la « questione delle associazioni » fosse ricondotta al « diritto comune e alla legislazione ordinaria », dal momento che le « leggi » del 19 Luglio apparivano come provvedimenti preventivi « di polizia », non « leggi veramente giuridiche », connotate dai « principi severi e inconcussi del diritto » (110).

Si tentava allora di estendere al penale amministrativo le garanzie della giurisdizione; in particolare il domicilio coatto appariva come un « non senso giuridico », e se ne auspicava una disciplina « conforme a principi di giustizia » (111). *Rivista Penale* e *La Giustizia Penale* non mancavano di denunciare la natura *extra legem* del massiccio ricorso allo scioglimento prefettizio di tutte le associazioni socialiste, delle quali peraltro il governo non poteva impedire la pronta ricostituzione (112).

Nella circolare esplicativa delle « leggi eccezionali » ai Prefetti Crispi argomentava invece che non era l'« arbitrio » ma la « necessità » ed il « pericolo sociale incontestabile e urgente » a giustificare le « pene aggravate » e la scelta di deferire ai tribunali una non specificata « propaganda », « *consilium criminis* che istiga un reato », di cui il governo escludeva la natura di « reato d'opinione » (113).

In questo senso anche la circolare del guardasigilli Calenda alla magistratura era esplicita nel ricordare che il Parlamento aveva « ricondotto sotto il diritto comune le istigazioni a delinquere e le apologie di reati commessi coi mezzi della stampa ». La polizia era chiamata a « prevenire », e si invocava una « azione del Pubblico

(110) *Cronaca. A proposito di una legge contro gli anarchici*, cit., p. 189.

(111) T. Canonico, *Ammonizione e domicilio coatto nel quinquennio 1893-1897*, in « La Scuola Positiva », IX, 1899, p. 392. Su Canonico, docente e poi magistrato, presidente della I sezione della Cassazione in questa cruciale stagione, cfr. F. Nigra De Rossi, *La politica ecclesiastica e un liberale piemontese. Tancredi Canonico (1828-1906)*, Torino, Tip. Editrice Giani, 1927.

(112) *Domicilio coatto*, in « Rivista Penale », 42, XXI, 1895, p. 581; *Lo scioglimento delle associazioni socialiste*, cit., p. 78. Analogamente G. B. Impallomeni, *Il domicilio coatto politico*, in « La Giustizia Penale », III, 1897, coll. 1025-1033; *Il domicilio coatto. La legge menzogna*, in « Critica sociale », VII, 1897, pp. 277 ss.

(113) *Circolare del Ministro dell'Interno ai prefetti*, in « Giurisprudenza italiana », XLVI, 1894, parte V, col. 202. Cfr. anche il R.D. 23 agosto 1894, n. 390, che approvava il regolamento per l'esecuzione della legge sui provvedimenti eccezionali, *ivi*, col. 198.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ministero quanto mai sollecita »; il ministro assicurava che « la libertà non corre rischi », dal momento che la « propaganda criminosa » era pur sempre contrastata con i « mezzi che la legge mette a disposizione » (114).

Nella critica di queste pressioni del governo, *Rivista penale* definiva la giurisprudenza in materia di reati di stampa segnata da una « esorbitante applicazione della legge »; criticava la scelta di individuare nella semplice pubblicazione il « pericolo sociale » per l'ordine pubblico e soprattutto l'esclusione dell'applicabilità dei decreti di amnistia per condotte istigatorie e apologetiche, a torto ritenute delitti comuni (115).

Nella stagione dei tribunali militari « ombre sinistre » parevano gravare anche nella gestione dei processi politici pendenti davanti all'autorità giudiziaria ordinaria (116); nelle parole di Mortara non poche sentenze delle « magistrature nazionali » confondevano l'« analisi del fatto economico della lotta di classe con l'incitamento all'odio tra le classi sociali » (117).

La scelta giurisprudenziale di declassare delitti politici e di stampa a delitti comuni era stigmatizzata con forza anche dal *Digesto italiano*, che respingeva. l'identificazione delle associazioni anarchiche « come tali » con le associazioni di malfattori (118). Erano serrate

---

(114) *Circolare del ministro di Grazia e Giustizia concernente la esecuzione delle leggi tutelatrici dell'ordine pubblico contro l'anarchismo*, in « Giurisprudenza italiana », XLVI, 1894, col. 163. Sul ministro guardasigilli, che condivideva le scelte di Crispi, cfr. F. GRISPO, *Vincenzo Calenda di Tavani magistrato e ministro nel Regno d'Italia*, in *I magistrati italiani dall'Unità al fascismo. Studi biografici e prosopografici*, a cura di Pietro Saraceno, Roma, Carocci, 1988, pp. 71-93; MILETTI, *Un processo per la terza Italia*, cit., p. 137.

(115) *Corti e tribunali*, in « Rivista Penale », XLVII, XXIV, 1898, p. 483. Particolarmente critico della giurisprudenza in materia di stampa in questa stagione G. ESCOBEDO, *La figura del gerente responsabile e il reato di istigazione a delinquere in rapporto all'editto sulla stampa, all'amnistia 14 marzo 1895 e alla legge eccezionale 19 luglio 1894, n. 315*, in « La Giustizia penale », I, 1895, coll. 199 ss.

(116) *Corti e tribunali*, in « Rivista penale », 40, XX, 1894, p. 503.

(117) L. MORTARA, *Comuni e Camere del Lavoro dinanzi al Consiglio di Stato*, in « La riforma sociale », IV, 1897, p. 39.

(118) P. NOCITO, *Alto tradimento*, in *Digesto italiano*, vol. II, parte II, Milano, Unione tipografica editrice Torino, 1893, pp. 840 ss. Analogamente A. FRASSATI, *I dinamitardi e il codice penale*, in « Rivista Penale », 35, XVIII, 1892, pp. 565 ss.; MARCHETTI, *Intorno alla incriminabilità delle associazioni socialiste*, cit., pp. 292 ss.; A.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le critiche di alcune sentenze della Cassazione, che parevano aver elaborato questo « teorema » — cui talvolta non erano sfuggite neppure le associazioni socialiste — che appariva del tutto estraneo al codice Zanardelli (119). Più tardi il *Trattato* di Vincenzo Manzini, certo non tenero col dissenso politico, avrebbe scritto che nel campo di tensione tra ordine e libertà la « legge penale deve riguardare un fatto e non le idee » (120).

Di fronte alle « leggi eccezionali » di Crispi Ferri poneva con forza particolare il tema della tenuta del principio di legalità, dal momento che il *nullum crimen sine lege* appariva ribaltato: « sarà delitto non aver commesso alcun delitto ». Il direttore de *La scuola positiva* elogiava il « liberalesco nostro codice a servizio degli interessi di classe sempre preferibile alle disposizioni eccezionali », e stigmatizzava la legge n. 316, che aveva aggirato le disposizioni del codice Zanardelli, creando un « nuovo delitto »: una propaganda politica, quella socialista, ben lontana dal voler « sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali ».

Per Ferri nel momento in cui le norme crispine cessavano di aver vigore, a fine 1895, terminava « lo strazio di ogni principio giuridico e costituzionale »; col « rientro nell'orbita del diritto co-

---

FELICI, *Le associazioni anarchiche e la legge penale*, *ivi*, XX, 1894, suppl., I, pp. 98, 178. Per incriminare l'associazione anarchica il periodico diretto da Lucchini esigeva la garanzia legale dello scopo di commettere specifici delitti; ed affermava che la sentenza della Cassazione del 21 Ottobre 1891- che aveva definito l'associazione anarchica una associazione a delinquere- era stata influenzata dal « Ministero dell'Interno »; cfr. *Corti e Tribunali*, *ivi*, 35, XVIII, 1892, p. 109. Soprattutto sulla scia dell'allarme destato in Europa dagli attentati, si consolidava l'indirizzo giurisprudenziale teso ad identificare nell'associazione anarchica l'associazione di malfattori *ex* art. 248 del codice Zanardelli. Cfr. ad esempio Cassazione 11 Gennaio 1894, in « La Legge », XXXIV, 1894, p. 151. Sugli anarchici in tribunale, anche per indicazioni di fonti, cfr. CANOSA-SANTOSUOSSO, *Magistrati, anarchici e socialisti*, cit., pp. 34 ss. Osserva che nella giurisprudenza in tema di « reati anarchici... non sono i fatti ad essere rilevanti... ma la qualificazione politica di essi », SCIUMÈ, *Garanzie legali e misure arbitrarie*, cit., p. 252; più articolata la ricostruzione di SOFIA, *Il diritto di associazione*, cit., pp. 94 ss.

(119) LECCI, *Le associazioni socialiste*, cit., coll. 150, 274.

(120) V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, (1908), V, Torino, UTET, 1921, p. 643. Sulla « civilistica penale » del Manzini, che avrebbe fatto tornare « la quiete anche nelle agitate questioni del diritto penale politico » cfr. SBRICCOLI, *Dissenso politico*, cit., p. 663.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mune », l'art. 2 del codice imponeva la cancellazione delle condanne a carico dei socialisti milanesi (121).

In particolare *La Scuola positiva* insisteva sulla necessità che a giudicare dei reati di stampa e dei reati politici tornasse ad essere « competente il giudice popolare, il quale offre quelle garanzie di imparzialità che i giudici togati perché non tetragoni all'influenza politica del governo si sospetta che non abbiano ». Nel porsi con decisione contro le « condanne a vapore » — comminate nello sconcerto del paese dai tribunali militari, dalla magistratura ordinaria, dalle Commissioni prefettizie (122) — la rivista diretta da Ferri voleva sottolineare l'assenza di « dissenso tra i criminalisti classici e i positivisti » (123).

5. *I « delitti che parvero immaginari » e « la Suprema Corte regolatrice ».*

Già nella primavera del 1894 il paese sembrava attendere con ansia l'esito dei « giudicati » della Cassazione sulle sentenze dei tribunali militari; le condanne « enormi, che hanno sollevato l'indignazione in tutto il paese », per reati che — nel commento di Lucchini — « parvero immaginari », spingevano *Rivista Penale* a chiedere alla « Corte regolatrice », tenuta alla « rigida osservanza della legge », di giudicare dello « stato di ribellione » occorso secondo lo spirito liberale del « nuovo codice » (124).

Vi era d'altro canto incertezza sulla ammissibilità dei ricorsi (125), negata in Parlamento da Crispi tra le proteste dell'oppo-

(121) E. FERRI, *La legge eccezionale 19 luglio 1894 e l'art. 2 del codice penale*, in « La Scuola Positiva », VI, 1896, p. 105; E. FERRI, *Il domicilio coatto, ivi*, VII. 1897, p. 281. Si rallegrava per la cessazione della legge 316, che aveva « inaspriti gli animi », *Legge eccezionale di pubblica sicurezza*, in « Rivista penale », 43, XXII, 1896, p. 89.

(122) *Corti e tribunali*, cit., p. 109.

(123) V. OLIVIERI, *L'art. 3 della legge eccezionale 19 Luglio 1894 e la competenza del giurì*, in « La Scuola Positiva », IV, 1894, p. 843. Analogamente IMPALLOMENI, *Magistrato competente a giudicare*, cit., p. 401.

(124) *Tribunali militari di guerra*, cit., p. 288; *Stato d'assedio e tribunali militari*, cit., p. 383.

(125) C. VERDI, *Se possa ricorrersi un Cassazione contro le sentenze dei tribunali militari straordinari e se questi siano competenti a giudicare dei reati avvenuti prima della*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sizione, che coglieva nell'intervento una indebita pressione sulla magistratura (126). Nel momento in cui la Suprema Corte stabiliva che « le sentenze dei tribunali di guerra erano denunciabili in Cassazione per incompetenza ed eccesso di potere », il *Foro italiano* sottolineava il rilievo del principio affermato, « questione, per quanto ci costa, nuova in Italia » (127); *Giurisprudenza italiana* definiva questo primo « giudicato importante per il diritto pubblico patrio » (128).

La sentenza della Cassazione del 19 marzo 1894 riguardava dunque la condanna a ventitrè anni comminata dal tribunale militare di Massa all'avvocato Luigi Molinari, per associazione a delinquere e istigazione ed eccitamento alla guerra civile, ai sensi degli articoli 248 e 252 del codice Zanardelli. La « condanna enorme » era stigmatizzata dallo stesso Zanardelli, che assicurava, se non la difesa tecnica, almeno un sostegno politico alla battaglia per la « legalità » (129); negli ambienti conservatori i « sentimentalismi per Molinari » in Parlamento e nel paese parevano poter costare cari al Crispi (130).

Il « giudicato » del tribunale militare aveva escluso la partecipazione diretta dell'imputato ai disordini, affermando « non à preso parte personale ai fatti che si ebbero a deplorare »; a rivestire gli estremi di reato erano state considerate prove alcune conferenze di propaganda, tenute dal Molinari molto tempo prima dei fatti, la redazione di un almanacco, un telegramma di saluto — « arrivederci a primavera » — interpretato dalla polizia come allusione ad un'imminente insurrezione (131).

---

proclamazione dello stato d'assedio, in « La Legge », XXXIV, 1894, p. 246; C. GATTESCHI, *Intorno alla proclamazione dello stato d'assedio, ivi*, p. 393; *Tribunali militari di guerra*, cit., p. 288; *Stato d'assedio*, cit., p. 383

(126) AA.PP., Camera dei Deputati, 1894, *Discussioni*, cit., p. 6674.

(127) « Foro italiano », XIX, 1894, parte II, col. 142.

(128) « Giurisprudenza italiana », XLVI, 1894, parte II, col. 134.

(129) *Zanardelli e Molinari*, in « Il Secolo », 15-16 febbraio, 1894.

(130) FARINI, *Diario*, cit., I, p. 410.

(131) *Effemeridi*, in « Rivista penale », 39, XX, 1894, p. 299. Sull'avvocato anarchico Luigi Molinari, autore de *Il tramonto del diritto penale*, dedicato ad Enrico Ferri « vero padre del tramonto del diritto penale, il figlio ribelle Luigi Molinari », cfr. P. MARCONI, *La libertà selvaggia. Stato e punizione nel pensiero libertario*, Venezia, Marsilio, 1979, p. 120. Sul processo e sulla vasta eco nel paese cfr. anche per indicazioni GESTRI,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rivista Penale illustrava dettagliatamente i vari passaggi della vicenda giudiziaria, che, tra polizia, la Camera di consiglio di Massa, il tribunale militare, fino alla Cassazione, pareva esemplare di un generale « sovvertimento degli ordini costituzionali e giurisdizionali ».

Si ricordava che l'arresto a Mantova del Molinari, tradotto poi nelle carceri di Massa, era avvenuto lo stesso giorno della proclamazione dello stato d'assedio nella provincia, e che il giudice istruttore aveva avviato l'iter presso l'autorità giudiziaria ordinaria, anche perché, di lì a poco, il bando ed una circolare del generale Heusch avevano deferito al tribunale militare solo i reati di istigazione a delinquere, eccitamento alla guerrra civile, corpi armati, pubblica intimidazione, « commessi *dopo* » (sic) la proclamazione dello stato d'assedio. Nella ricostruzione di Lucchini il profilo più vistoso della violazione della legalità, l'« origine di tutti i guai », era stata « opera (pare impossibile) della magistratura ordinaria », poiché, nel momento in cui il giudice istruttore aveva chiesto alla Camera di consiglio la « legittimazione » dell'arresto del Molinari e la prosecuzione dell'istruttoria, questa istanza aveva dichiarato la propria incompetenza, ed aveva ordinato il rinvio degli atti a carico dell'imputato al tribunale militare.

Davanti alla « ordinanza », che Lucchini definiva « strana », Huesch aveva emanato una nuova circolare, che deferiva all'Avvocato fiscale presso il tribunale militare anche i reati commessi « antecedentemente alla proclamazione dello stato d'assedio e che determinarono l'applicazione di tale misura ». La causa Molinari era pertanto rimessa al « tribunale di guerra », ove l'Avvocato fiscale formulava l'atto di accusa ai sensi degli articoli 248 e 252; la condanna ne recepiva le conclusioni, dopo un dibattimento brevissimo.

Tra diversi argomenti — forti del divieto statutario di istituire tribunali speciali, e dell'articolo 4 delle disposizioni preliminari del codice civile, ostacolo all'estensione delle leggi penali o restrittive

---

Capitalismo e classe operaia a Massa Carrara, cit., pp. 158, 203; CANOSA-SANTOSUOSSO, *Magistrati, anarchici e socialisti*, cit., pp. 76 ss.; CORDOVA, *Democrazia e repressione*, cit., pp. 25 ss.; CAMBRIA, *Alle origini del ministero Zanardelli Giolitti*, cit., p. 654; MALATESTA, *Magistrati*, cit., p. 66.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della libertà personale oltre i casi tassativamente espressi — il ricorso del condannato in Cassazione sollevava la questione dell'incompetenza ed eccesso di potere, dal momento che il tribunale militare aveva attribuito effetto retroattivo alla norma penale; su questo punto la Cassazione si dichiarava competente a decidere in nome dell'« esatta osservanza della legge » — quella sull'ordinamento giudiziario — intesa a non far mancare « sacri diritti al cittadino ».

Pur apprezzando il passaggio garantista, Lucchini negava alla Corte l'attitudine a conoscere sentenze estranee alla sua giurisdizione, mentre ravvisava « eccesso di potere », suscettivo di ricorso, nella decisione della Camera di Consiglio, « declinatoria della propria competenza, veramente censurabile sotto ogni riguardo ».

Con una scelta che a Lucchini pareva « la parte più abile della sentenza », la Cassazione affermava invece che l'applicazione retroattiva poteva essere ammessa, seppur « circoscritta nei limiti della necessità ». Come « limite » alla retroattività penale la Corte chiedeva una « relazione immediata di causalità », un « rapporto di causa ad effetto » tra i fatti che « costituiscono il pericolo onde fu determinata la proclamazione dello stato di guerra o d'assedio ».

Tra le « conferenze » del Molinari e lo « scoppio dell'insurrezione che determinò lo stato d'assedio » la Cassazione non ravvisava questa « relazione immediata », dal momento che i « semplici atti di istigazione a delinquere », « reato permanente » di cui si era reso responsabile il condannato, erano altro dai « fatti diretti a suscitare la guerra civile ».

La sentenza del tribunale militare relativa al reato di istigazione alla guerra civile veniva pertanto cassata e rinviata al magistrato ordinario, la Corte d'Assise, che avrebbe ridotto a sette gli anni di reclusione per Molinari, amnistiato nel settembre 1895, candidato per protesta alle elezioni.

Al di là della vicenda giudiziaria dell'avvocato mantovano, per Lucchini il profilo più importante del « giudicato » del 19 marzo 1894 era la definizione di « costituzionale », che la Cassazione, per « esigenze dell'ordine pubblico interno », aveva riconosciuto alla « giurisdizione speciale militare », punto fermo che nessuna altra sentenza successiva avrebbe messo in discussione. « Sorpreso e addolorato » dalla « motivazione », Lucchini scriveva infatti che la Corte avrebbe potuto legittimare la « giurisdizione arbitraria » in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nome dell'« opportunità », « necessità », addirittura « benemerenza da parte del governo ». Appariva invece inaccettabile il riconoscimento della « costituzionalità e legalità di provvedimenti espressamente vietati dalla Costituzione e non autorizzati da nessuna legge ».

Rivista penale negava infatti valore all'argomento crispino, condiviso dalla Cassazione, dell'« illegittimità dell'operato dei ribelli », che avrebbe reso « costituzionali » provvedimenti pure riconosciuti come « illegittimi ». Lucchini affermava al contrario che « la ragion d'essere delle guarentigie statutarie e legali » trovava il suo fondamento di legittimazione proprio nella « previsione dei conflitti fra cittadini e cittadini e tra questi e lo Stato » (132). E Brusa aggiungeva che i « principi », quello di legalità *in primis*, avevano un senso proprio nelle « turbolenze politiche e sociali » (133).

Dal canto suo, anche in altre sentenze, la Cassazione ribadiva il rifiuto di giudicare il merito delle condanne dei tribunali militari, in nome del « conflitto creato ingiustamente dai cittadini al quale lo Stato si oppone per necessità di tutela della sua esistenza ». Alle garanzie iscritte nello Statuto, su cui si fondavano i ricorsi difensivi dei condannati, veniva anteposta la « suprema legge che è la necessità e la salute della patria » (134).

Pesanti sentenze di condanna erano inflitte dal tribunale militare di Palermo a promotori e appartenenti ai « Fasci siciliani », in una sorta di maxi processo a esecutori materiali di reati e dirigenti politici del movimento, De Felice, Barbato ed altri, ritenuti responsabili sul piano politico. La sentenza distingueva tra « scopo apparente » dei Fasci, il miglioramento economico, e « scopo occulto », l'insurrezione; a carico di De Felice ed altri dirigenti politici ipotizzava una sorta di complicità necessaria, dal momento che la « guerra civile » non sarebbe scoppiata « senza la precedente opera dei giudicabili ».

Rivista penale scriveva che la « condanna, per quanto preveduta [...] destò una penosa impressione anche nella coscienza dei più

(132) *Giurisprudenza contemporanea. Giudicati italiani*, in « Rivista Penale », 39, XX, 1894, pp. 467 ss.

(133) BRUSA, *Della giustizia penale eccezionale*, cit., 464.

(134) Cassazione 19-3-1894, ric. Gattini; Cassazione 9-5-1894, ric. Fiorenza, in « Cassazione Unica », VI, 1894, parte V, pp. 722 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

moderati », e che « le risultanze del processo [...] non avrebbero, in tempi normali [...] lasciato supporre nemmeno a mente malata che le conclusioni dell'accusa potessero essere quali furono » (135).

Nel paese vi era un grande clima d'attesa per l'esito della vicenda giudiziaria davanti alla Cassazione, anche perché il « banco degli accusati » si era trasformato in una efficace « tribuna di propaganda », poco gradita al governo (136). *Giustizia penale* iniziava le sue pubblicazioni proprio con un saggio di Escobedo, critico della prassi dei tribunali militari, istituiti in Sicilia e a Napoli, per sospetto collegamento con i fatti dell'isola.

In primo luogo Escobedo puntualizzava la differenza tra « eccitamento », « fatto diretto » alla guerra civile, previsto dall'art. 252 del codice Zanardelli, e l'« inesistente reato di guerra civile », che, nell'« ingiustizia giuridica consacrata nelle sentenze dei tribunali di guerra », aveva, tra l'altro, consentito di identificare tra gli *auctores* il deputato De Felice. Grazie a questa scelta, del tutto *extra legem*, la Camera aveva concessa l'autorizzazione a procedere per complicità del deputato nell'eccitamento alla guerra civile (137).

Pronunziandosi sui ricorsi, la Cassazione riaffermava l'incompetenza della Corte a giudicare della « legittimità degli atti del potere esecutivo » e della « retroattività della legge penale », ed introduceva nella giurisprudenza una novità di rilievo, con l'assegnare ai fatti occorsi nell'isola il carattere di « guerra civile ».

Anche se la stessa Corte auspicava provvedimenti di clemenza sovrana per la « severità dei giudicati », i condannati non erano

---

(135) *Corti e tribunali. Italia*, in « Rivista Penale », 39, XX, 1894, pp. 91, 614.

(136) FARINI, *Diario*, cit., I, pp., 463, 486. Le celebri autodifese degli imputati in N. BARBATO, *Il socialismo difeso da Nicola Barbato al Tribunale di guerra*, Roma, Amministrazione l'Asino, 1895; *Autodifese di militanti operai e democratici davanti ai tribunali*, a cura di Stefano Merli, Roma, edizioni Avanti, 1958, pp. 65 ss. Sulla repressione dei Fasci Siciliani cfr. ancora S. F. ROMANO, *Storia dei Fasci Siciliani*, Bari, Laterza, 1959; CANOSA-SANTOSUOSSO, *Magistrati, anarchici e socialisti*, cit., pp. 67 ss; *I Fasci siciliani dei Lavoratori 1891-1894*, a cura di S. Fedele, Soveria Manelli, Rubettino, 1994; G. SPECIALE, *I Fasci Siciliani (1893-1894) e la stampa nazionale*, in *L'Italia altra: il Mezzogiorno dall'Unità ai giorni nostri*, a cura di C. Daneo, Milano, Unicopli, 1999; Dati quantitativi sul disarmo, scioglimento delle associazioni, assegnazioni al domicilio coatto in Sicilia in ASTUTO, *Crispi*, cit., pp. 86 ss., 118 ss.

(137) G. ESCOBEDO, *Questioni di diritto. L'eccitamento alla guerra civile e i condannati dai tribunali militari*, in « La Giustizia Penale », I, 1895, coll. 1 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

insomma ritenuti responsabili di un « fatto diretto ad eccitare la guerra civile », ma di una « guerra civile suscitata e combattuta », dal momento che « la lotta che una quantità di cittadini impegna per tre giorni interi, con spargimento di sangue, senza fine politico è bene qualificata guerra civile » (138) .

Della vicenda giudiziaria dei Fasci siciliani era critico puntuale Impallomeni, che, come avvocato difensore di « De Felice e compagni », definiva la sentenza 11 luglio 1894 della Cassazione relativa al ricorso un « documento giuridico importantissimo ».

In una lunga analisi, che non mancava di toni accesi — « in quale Abissinia si è mai concepita un'amalgama siffatta d'imputazioni fra diversi individui, lasciando al giudice la cura di sceverare la parte spettante ad ogni imputato » (139)? — Impallomeni indicava l'ambiguità della Corte, che si dichiarava incompetente a sindacare gli atti dei poteri dello Stato, negava l'eccesso di potere e l'incompetenza dei tribunali militari, salvo concludere con l'invocare « l'indulgenza sovrana per la severità dei giudicati ».

Ma sopratutto Impallomeni contestava alla Cassazione di aver fatto proprie le logiche del tribunale militare, certe sue « *creazioni* »: prospettare un delitto di « guerra civile, strage, saccheggio, devastazione », mentre il codice Zanardelli incriminava le condotte istigatorie; l'aver ammesso una complicità, addirittura colposa — quella dei « capi » dei Fasci — pur nella inesistenza di un autore e di un fatto materiale a rivestire il reato di insurrezione contro lo Stato.

Per Impallomeni anche la Cassazione aveva insomma espresso una « giurisprudenza da stato d'assedio », violando proprio il principio di legalità: « ma elevare a reati dei fatti che la legge non

(138) Cassazione 9 maggio 1894, ric. Fiorenza, anche in « Foro italiano », XIX, 1894, parte II, col. 317; Cassazione 11 luglio 1894, ricorrente De Felice ed altri, *ivi*, col. 330.

(139) IMPALLOMENI, *I metodi della Corte di Cassazione*, cit., p. 246. Una *N. d. D.*, prudentemente, indicava: « Si intende bene che anche nella forma è lasciata piena libertà e responsabilità agli autori degli scritti, che non sono opera di reazione, tanto più quando si tratta di autori del valore e della competenza di G. B. Impallomeni », *ivi*, p. 224. Sul rapporto tra Lucchini e Impallomeni, cfr. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale*, cit., pp. 177 ss. Cfr. anche l'opuscolo G. B. IMPALLOMENI, *Cenni sul ricorso in Cassazione dell'onorevole Giuseppe De Felice Giuffrida e C. contro la sentenza del tribunale militare di guerra di Palermo del 30 Maggio 1894*, Palermo, Amenta, 1894.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prevede come reati, non è esorbitare dai limiti del potere giuridico per invadere quelli del potere legislativo »? Era stato questo il perno dell'« anomalia giudiziaria », che si sperava « transitoria » (140).

In effetti già nel Settembre del 1894 il governo stesso prendeva atto che indulti e amnistie erano richiesti con forza nel paese (141); *Rivista penale* salutava i provvedimenti di clemenza come « prodromo di un desiderato provvedimento generale di piena e completa riparazione » e « riconoscimento degli eccessi » (142).

Commentando nel 1895 una sentenza, che negava all'associazione socialista rilievo di condotta istigatoria l'odio di classe, *Giurisprudenza italiana* scriveva che, finalmente, alle logiche della « giustizia penale eccezionale » la magistratura sembrava aver preferito la « repressione necessaria e legale [...] come e dove la legge vuole [...] nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale » (143).

6. *La giurisprudenza del 1898, « un evidente regresso in confronto di quella del 1894 ».*

« I tumulti di Milano non costituiscono un fatto isolato ed accidentale, ma sono a parer mio la conseguenza del lavoro dei partiti sovversivi ». Le parole che il 24 maggio 1898 il commissario straordinario Bava Beccaris rivolgeva al governo (144) esprimevano in modo esemplare quello che sarebbe stato lo sguardo dei tribunali militari nei confronti di ciò che *Rivista penale* definiva invece « disordini, avvenuti in diverse parti della penisola e che ebbero il loro epilogo a Milano [...] con la repressione sovente cieca, selvaggia e incoerente tanto è vero che a Milano, di fronte ad uno o due morti tra i soldati, stanno un centinaio, almeno, di morti tra i rivoltosi quasi inermi ».

Agli occhi di Lucchini la « vera causa » di quel che da tempo

(140) Impallomeni, *I metodi della Corte di Cassazione*, cit., p. 251.

(141) Farini, *Diario*, cit., I, p. 770.

(142) *Cronaca*, in « Rivista Penale », 40, XX, 1894, p. 483; *Indulto per i condannati dai tribunali militari*, ivi, 42, XXI, 1895, p. 401.

(143) Lecci, *Le associazioni socialiste*, cit., p. 274.

(144) *I propositi del Governo*, in « Rivista Penale », XLVII, 1898, p. 202.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

andava « travagliando l'Italia » non risiedeva nell'« influenza dei partiti cosiddetti sovversivi », quanto nel « disgusto delle popolazioni per il modo con cui sono governate », in una prospettiva che coglieva la profonda « crisi morale e politica » in atto nel paese, e proponeva di uscirne tenendo saldi i principi costituzionali dello Stato (145).

Da qui le battaglie in Parlamento e le vivacissime polemiche in nome di un principio di legalità che assumeva i contorni di una battaglia per le libertà politiche, che parevano stravolte dai « provvedimenti urgenti e temporanei per il mantenimento dell'ordine pubblico », presentati dal Pelloux. *Rivista Penale* ne indicava la continuità con le leggi eccezionali crispine, i « tribunali soldateschi nell'applicazione del diritto comune », « riesumare » il domicilio coatto, « sottrarre ai giurati i delitti politici » (146).

Come ammesso dai bandi di Bava Beccaris (147), la rivista di Lucchini coglieva che i nuovi « tribunali giberne » di Milano, Firenze e Napoli erano chiamati a colpire, in una « una triste litania », i fatti materiali dei danneggiamenti, devastazioni, in qualche caso omicidi e ferimenti (148), ma soprattutto « ogni propaganda di indole sovversiva, sotto qualsiasi forma e ogni tentativo di eccitamento all'odio tra le classi » (149).

La repressione del dissenso politico, che culminava col « famoso processo dei giornalisti », era infatti il profilo del legame tra « stato d'assedio e giurisdizione », che sollevava le critiche più accese di « autorevoli giuristi e della coscienza pubblica della nazione » (150). Le iniziative di una ampia opinione pubblica a favore dei « condan-

(145) *Cronaca. Le recenti sommosse*, in « Rivista Penale », XLVII, 1898, p. 612.

(146) *Cronaca. Crisi morale e politica*, *ivi*, XLVIII, 1898, p. 100.

(147) L'elenco dei provvedimenti adottati da Bava Beccaris in MAJNO, *Ricorso*, cit., pp. 473 ss.

(148) *Corti e tribunali*, in « Rivista Penale », XLVII, 1898*, ivi*, pp. 213-215; *Corti e tribunali*, *ivi*, pp. 305 ss.; *Corti e tribunali*, *ivi*, p. 411; *Corti e tribunali*, *ivi*, p. 482.

(149) La circolare che nel giugno Pelloux inviava ai prefetti, assicurando l'« approvazione del governo » in ogni azione volta ad « impedire ed energicamente reprimere ogni atto di propaganda di indole sovversiva sotto qualsiasi forma e ogni tentativo di eccitamento all'odio tra le classi », in *I propositi del Governo*, cit., *ivi*, p. 202.

(150) Così il commento alla sentenza della Corte di Cassazione, che respingeva i ricorsi dei condannati dal Tribunale militare di Milano, in « Giurisprudenza italiana », XLX, 1898, II, col. 275.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nati politici » parevano pienamente giustificate dalle « aberrazioni dittatoriali » subite dalla giurisdizione (151). *Rivista penale* scriveva di « procedimenti e giudizi intorno a cospirazioni e alti tradimenti da burla [...] sfilata di femminucce e adolescenti imputati d'aver promosso la guerra civile [...] coi ciottoli e con le tegole [...] lo stesso famoso processo dei giornalisti ha fatto pietà per le sue risultanze » (152).

Come nel 1894 Lucchini indicava nella Corte dei Conti l'istituzione vocata alla legalità, dal momento che, ancora una volta, dichiarava lo stato d'assedio « fuori dai confini della legge scritta, dalla quale non trae norma » (153). I termini della questione parevano dover mutare a seguito della legge 17 Luglio 1898 n. 297, che all'art. 1 disponeva: « il governo del Re ha facoltà di mantenere o revocare lo stato d'assedio ordinato coi regi decreti 7 Maggio 1898 n. 147, 9 Maggio 1898 n. 150, 9 Maggio 1898 n. 157, e di limitarne la applicazione tanto per l'estensione del territorio, quanto pei poteri affidati ai regi commissari ».

Cammeo osservava che la legge, in assenza di « retroattività *esplicita* », non aveva dichiarato « sanati retroattivamente anche gli effetti della proclamazione, svoltisi prima della emanazione della legge stessa » (154). Dal canto suo la Cassazione respingeva i ricorsi dei condannati dai tribunali militari proprio in virtù di questa legge, grazie alla quale pareva divenuta « oziosa » la questione della « legittimità dello stato d'assedio in caso di disordini interni ».

Ad avviso della Corte l'organo competente, il Parlamento, aveva « in modo autentico affermato la legittimità del proclamato stato d'assedio ed anzi lo ha ancora mantenuto », anche sul punto della « retroattività delle norme penali più severe », della forza di leggi di bandi e circolari dei comandanti militari, dell'inesistenza dell'eccesso di potere nell'« infliggere una pena maggiore di quella stabilita dalla legge » o una sanzione per un fatto che prima dell'emanazione del bando militare non costituiva reato (155) .

(151) *Per i condannati politici*, in « Rivista Penale », XLVIII, pp. 476 ss.
(152) *Cronaca. Crisi morale e politica*, cit., p. 99.
(153) *Ivi*, XLVIII, 1898, pp. 101-102.
(154) Il corsivo di Cammeo, *Lo stato d'assedio*, cit., col. 371.
(155) Cassazione 22 e 25 agosto 1898, in « Il Foro italiano », XIII, 1898, col.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La Cassazione ravvisava l'eccesso di potere solo nell'ipotesi di un tribunale di guerra che aveva giudicato un reato di « vilipendio delle istituzioni costituzionali fuori il territorio di sua giurisdizione » (156).

La condanna pronunziata dal tribunale militare di Milano nei confronti dei « giornalisti » — Kuliscioff, De Andreis, Romussi, Chiesi, Turati, Don Albertario ed altri — aveva destato grande eco nel paese e solidarietà degli organi di stampa. *La Legge*, diretta dal Presidente del Consiglio di Stato, senatore Giuseppe Saredo, affermava che nell'opinione pubblica si era fatta strada l'idea che a sedere sul banco degli accusati fossero i « giornali » e i « partiti politici ai quali gli inquisiti appartenevano » (157). Nel ricordare che Turati e De Andreis erano stati condannati a dodici anni di reclusione, *Rivista penale* commentava « sei per frase » (158).

A nome del Collegio di difesa, Majno, Marcora ed Impallomeni presentavano in Cassazione più ricorsi a favore dei diversi imputati, sviluppando una serrata argomentazione nell'« esame delle questioni legali », ricca di citazioni dottrinali e giurisprudenziali; Filippo Turati, da anni protagonista del « socialismo giuridico » (159), affermava che l'associazione socialista, « legalitaria, nei mezzi e nei fini », era « politica », non riconducibile all'« associazione dei malfattori » (160).

Tra i numerosi argomenti il ricorso di Majno ricordava una sentenza della stessa Cassazione, ove la « Suprema custode della legge e della libertà » si era fatta carico del « giuridico sindacato »

457-458, 478. Sui tribunali militari nel 1898 e sulla relativa giurisprudenza di Cassazione cfr. le fonti riportate da CORDOVA, *Democrazia e repressione*, cit., p. 36; CANOSA-SANTOSUOSSO, *Magistrati, anarchici, socialisti*, cit., pp. 89 ss.

(156) Cassazione 19 Agosto 1898, in « Giurisprudenza italiana », XLX, 1898, II, col. 275.

(157) G. CORAZZINI, *Le sentenze dei tribunali militari e la competenza della Cassazione*, in « La Legge », XXXVIII, 1898, p. 345.

(158) *Stato d'assedio*, in « Rivista penale », XLVIII, 1898, pp. 213-214.

(159) Sulla complessità del socialismo giuridico, e sulla difficoltà a ridurre questa presenza culturale ad un comune denominatore, vista la realtà di una « zona abbastanza larga di classici socialisti e socialisti non positivisti » cfr. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, cit., p. 557.

(160) *Autodifese*, cit., pp. 95 ss. Sulla questione penale per Turati cfr. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, cit., p. 568 ss; SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 212 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sui giudicati dei tribunali militari; il fatto non era parso rispondente all'ipotesi della disposizione del codice, la pena applicata era sembrata diversa, più severa, di quella prevista.

Nello stesso senso la Cassazione era ora invitata a « ricondurre le cose alla legalità [...] (art. 1 del codice penale e art. 4 delle disposizioni generali) »; Majno affermava « se le sentenze dei tribunali di guerra dovessero sfuggire ad ogni giuridico sindacato circa la corrispondenza del fatto affermato coll'articolo di legge applicato e circa la legalità della pena [...] tanto varrebbe il prescindere, durante lo stato d'assedio, da ogni forma di giudizio » (161).

Il ricorso aggiunto di Impallomeni puntualizzava che il tribunale militare di Milano, « nonostante l'etichetta di alcuni numeri del codice penale, non applicò gli articoli di legge ai quali quei numeri corispondono »; il giurista non ravvisava tanto una « erronea qualificazione giuridica dei fatti », quanto una « esorbitanza dei limiti del potere giudiziario ed invasione del potere legislativo »; la Cassazione era chiamata a censurare l'eccesso di potere (162).

Alla questione cruciale posta dai ricorsi, l'assenza di norme circa l'applicabilità del codice militare per l'insurrezione, la guerra civile, le condotte istigatorie, la Cassazione — confermando un indirizzo risalente — rispondeva che non vi era nello « Statuto fondamentale del Regno nè in altre leggi alcun disposto che lo vieti » (163).

Tutti i ricorsi mettevano poi in luce la contraddizione della stessa sentenza del tribunale militare di Milano, su un « moto improvviso [...] avvenuto per cause indipendenti dalla volontà degli imputati », che pure erano stati condannati (164); negli stessi ambienti governativi appariva chiaro che la condanna aveva comunque

(161) MAJNO, *Ricorso*, cit., p. 482. Nel processo ai giornalisti, su incarico dell'Associazione lombarda della categoria, diversi giuristi lavoravano ad una *Relazione della Commissione per l'esame delle questioni legali riguardanti la difesa davanti ai tribunali di guerra*, in « La Giustizia Penale », IV, 1898, coll. 743 ss.

(162) G. B. IMPALLOMENI, *Motivo aggiunto al ricorso*, in « La Scuola Positiva », VIII, 1898, p. 505.

(163) Riporta come esemplare questo passaggio della sentenza della Cassazione sul ricorso Kuliscioff L. PERRONI, *La legge di pubblica sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto penale*, a cura di E. Pessina, vol. XIII, Milano, Società editrice libraria, 1910, p. 9.

(164) *Relazione*, cit., col. 743.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

escluso l'ipotesi di un preesistente « complotto » in vista di una insurrezione (165).

La Cassazione individuava invece nell'« opera di propaganda » la « causa unica dei tumulti di Milano »; l'assunto serviva a giustificare una svolta rispetto a quelle sentenze che, nel 1894, avevano ammesso l'applicazione retroattiva delle norme procedurali straordinarie, limitandola però ai soli reati che la Corte stessa avesse reputato connessi con i fatti che avevano dato luogo alla dichiarazione di stato d'assedio.

Nella sentenza del 22 Agosto 1898 la Cassazione stabiliva invece che il giudizio sulla connessione spettava al tribunale militare, ed era insindacabile; tematizzava una imprecisata « relazione diretta » dei fatti occorsi con l'« opera di propaganda », responsabile comunque su di un piano che si voleva solo « penale », non politico: « sarebbe ingiusto che potesse sfuggire alle rigorose prescrizioni dello stato d'assedio chi ha promosso i fatti per i quali fu necessaria la proclamazione, e soltanto rimanessero colpiti coloro che poscia agirono perché trascinati dalle mali arti e dagli eccitamenti malvagi dei primi » (166).

Nel commento della dottrina la Cassazione prospettava un « reato *colposo* d'eccitamento alla guerra civile che non è mai esistito nel codice » (167); Lucchini stigmatizzava la giurisprudenza della Corte, che, « sebbene custode del diritto si dichiarò impotente a riparare lo strazio che ne fecero » (168). Per Cammeo la scelta di assegnare ai tribunali militari il ruolo di legittimo giudice di merito sul nesso di causalità era censurabile per la diretta dipendenza di questi organi dal governo e l'assenza del diritto di difesa tecnica per l'imputato (169).

Cammeo ricordava alla Cassazione che nel 1894 la sentenza Molinari aveva ammesso la retroattività della giurisdizione eccezionale, limitatamente però ai reati legati allo stato d'assedio da un

(165) FARINI, *Diario*, cit., II, p. 1331.

(166) Cassazione 22 e 25 agosto 1898, in « Il Foro italiano », XIII, 1898, col. 467.

(167) CORAZZINI, *Le sentenze dei tribunali militari*, cit., p. 344.

(168) *Cronaca. Crisi morale e politica*, cit., pp. 101-102.

(169) CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., coll. 386 ss; analogamente U. MUCCIARELLI, *Giudici e difensori militari*, in « La Scuola Positiva », VIII, 1898, p. 467; MUCCIARELLI, *Tribunali militari*, cit., pp. 466 ss.; *Cronaca. Crisi morale e politica*, cit., pp. 99 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« nesso di causalità immediata »; la Corte aveva opportunamente tenuto conto delle « forme più spicce » della giustizia militare, segnate dall'assenza di garanzie per gli accusati. Cammeo definiva dunque la « giurisprudenza del 1898 evidente regresso a confronto di quella del 1894 » (170).

Nelle parole di Escobedo la « Cassazione italiana » si era mostrata « remissiva verso qualunque arbitrio del potere esecutivo »; nel « contentarsi di un nesso qualunque » aveva « abdicato a quella larva di sindacato che, colla giurisprudenza del 1894, pareva si fosse voluto attribuire. Ed ha abdicato a questo sindacato rispetto a sentenze che più ne avevano bisogno [...] che a giudizio di tutti non rispondono nè ai principi di legge, nè ai dettami eterni di giustizia » (171).

Nel commento paradossale del *Foro italiano* la Cassazione aveva ancora una volta affermata l'ammissibilità dei ricorsi per incompetenza o per eccesso di potere grazie a « sentimenti naturali di umanità che non possono cessare di battere nel cuore dell'uomo, per quanto quest'uomo vesta la toga del magistrato e sieda al vertice della piramide giudiziaria ». Era però preferibile che « ai condannati dei tribunali statari » la Corte avesse risposto « *la vostra miseria non mi tange* », dal momento che le condanne non erano state « opera del potere giudiziario, ma atti di intimidazione politica [...] atti di governo di cui il potere esecutivo deve rispondere davanti alle Camere » (172).

A differenza che nel 1894, i tribunali militari istituiti nel 1898 avevano condannato anche un centinaio di imputati in contumacia; « per rispetto della legge », che non equiparava « gli assenti » ai colpevoli, la dottrina chiedeva, una volta cessato lo stato d'assedio con decreto, la purgazione della contumacia e la revisione dei processi, anche come salutare « opera di pacificazione », « ma non dell'oblio del sangue versato » (173).

---

(170) CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., col. 394.

(171) G. ESCOBEDO, *Studi e questioni di diritto. A proposito delle sentenze dei tribunali di guerra*, in « La Giustizia Penale », IV, 1898, coll. 1217 ss.

(172) PERENZONI, *Le sentenze dei tribunali di guerra innanzi alla Cassazione*, cit., col. 466.

(173) MUCCIARELI, *Tribunali militari*, cit., p. 466; analogamente L. MAJNO, *La purgazione dei contumaci condannati dai tribunali militari*, in « La Scuola Positiva », IX,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Coerentemente con una memoria difensiva di Majno, ispirata al ritorno all'« ordinaria legalità » (174), la Cassazione a fine 1898 riconosceva il diritto del condannato in contumacia alla rinnovazione del dibattimento davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, la corte d'Assise (175).

Di lì a poco i « processi rinnuovati » parevano correttamente segnati da « verdetti assolutori »; *La Scuola positiva* riportava che alcuni condannati in contumacia dal tribunale militare per « eccitamento alla guerra civile » erano assolti dai giurati, che definivano l'impegno a favore dei lavoratori « opera umanitaria ed altamente civile » (176). Si apprezzava che nella « Nazione », consigli comunali, Università, Ordini degli avvocati, associazioni della stampa, società operaie, crescesse un movimento, e poi una petizione al governo, per un'amnistia che non avesse « limiti, come non aveva avuto limiti la repressione » (177).

Di fronte alla formazione del gabinetto Giolitti-Zanardelli Lucchini auspicava un indirizzo politico « conforme ai principi giuridici e al rispetto delle libertà consacrate nello Statuto e nelle leggi », nella zanardelliana fiducia di una « libertà rimedio a sè medesima » (178). Con maggiore realismo, Impallomeni metteva in guardia, cessati gli effetti dei provvedimenti eccezionali, dai profili illiberali di quel « diritto comune », articoli 247 e 251 del codice Zanardelli, che — contro le intenzioni di chi a quel codice aveva lavorato — era servito, e poteva servire ancora, a « dare addosso al socialista, al repubblicano, al radicale, al prete non soltanto nei periodi transitori dello stato d'assedio ».

Impallomeni coglieva lucidamente che anche nel nuovo secolo il

---

1899, p. 166; G. GUALTIEROTTI, *I condannati in contumacia dai tribunali di guerra*, in « Rivista Penale », XVIIIL, 1899 pp. 485 ss.; *Cronaca. I condannati in contumacia dai tribunali di guerra*, *ivi*, XIL, p. 107.

(174) MAJNO, *La purgazione*, cit., pp. 166 ss.

(175) Cassazione 14 dicembre 1899, in « La Giustizia Penale », V, 1899, coll. 50 ss.

(176) U. MUCCIARELLI, *Tribunali militari*, cit., p. 416; MAJNO, *La purgazione*, cit., p. 166.

(177) SEPE, *L'amnistia*, cit., pp. 65 ss.; MUCCIARELLI, *Tribunali militari*, cit., pp. 66 ss.

(178) *Cronaca. Libertà di associazione*, cit., p. 101.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dissenso politico e sociale rimaneva al vaglio di istituzioni attente alle ragioni dell'ordine più che a quelle della libertà; ricordava con preoccupazione che « giudici e maggioranze reazionarie del Parlamento avevano trovato antidoti alle libertà proclamate dallo Statuto, dalla legge sulla stampa e dal codice penale » (179). Nell'Italia liberale la dimensione costituzionale del penale continuava in effetti a fare i conti con l'« autoritarismo pensiero fondante » di una democrazia debole (180), mentre la « cultura dei diritti », radicatasi tra i giuristi, restava priva di canali e forme di convergenza in aggregazioni politiche e sociali stabili (181).

La « penalistica civile » presto si volgeva in « civilistica penale » (182); l'indirizzo tecnico-giuridico, che Manzini ed Arturo Rocco fondavano sul principio di legalità, pareva non porre al centro del suo discorso le ragioni del garantismo, pure iscritto nel metodo orlandiano dell'ancorare il diritto penale a « rapporti giuridici, fissati dalle leggi positive dello Stato » (183). Già nel 1899 Ferri anteponeva alla difesa delle libertà una statualistica « difesa sociale dell'intera collettività » (184), che negli anni assumeva tratti sempre più illiberali e « infelici », fino al progetto del 1921 (185) .

---

(179) G. B. Impallomeni, *Per la riforma degli articoli 247 e 251 del codice penale*, in « Critica sociale », XI, 1901, pp. 138 ss. Già nel 1905 anche Impallomeni sarebbe approdato ad un metodo tecinco-giuridico; cfr. Sbriccoli, *Il diritto penale sociale*, cit., p. 595.

(180) Allegretti, *Dissenso,* cit., pp. 719-756.

(181) Sul punto Malatesta, *Magistrati*, cit., p. 83.

(182) Su questa stagione della scienza penale cfr. Sbriccoli, *La penalistica civile*, pp. 223 ss.

(183) V. Manzini, *La crisi presente del diritto penale. Discorso inaugurale pronunciato per l'apertura dell'anno accademico 1899-1900 nell'Università di Ferrara*, Ferrara, Taddei, 1899, pp. 50 ss.; A. Rocco, *Il problema e il metodo nella scienza del diritto penale* (1910), ora in *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, Foro italiano, 1933, pp. 290 ss. Sui meriti dell'Arturo Rocco del 1910, rispetto all'involuzione autoritaria dell'Arturo Rocco artefice del codice penale del fascismo, cfr. Sbriccoli, *Le mani nella pasta*, cit., pp. 848 ss. Sul ruolo del Manzini, unico artefice, assieme ad Alfredo Rocco, del codice di procedura penale M. Sbriccoli, *Codificazione civile e penale*, in *Dizionario del Fascismo*, a cura di V. De Grazia e S. Luzzatto, I, Torino, Einaudi, 2002, pp. 299-305. Cfr. inoltre A. Berardi, *Vincenzo Manzini. Del metodo giuridico*, Napoli, Esi, 2003.

(184) E. Ferri, *Difesa sociale e difesa di classe nella giustizia penale*, in « La Scuola Positiva », IX, 1899, pp. 590 ss.

(185) « Viste come articoli di codice le proposizioni scientifiche che nei libri si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sarebbe maturata in questo clima di rottura del « patto costituzionale » tra « leggi penali » e « pubbliche libertà » l'occasione, questa volta persa dai giuristi, di difendere la legalità di fronte al fascismo, quando lo stato d'assedio tornava d'attualità nel 1922, col rifiuto del re di firmare il decreto predisposto dal gabinetto Facta per tutte le provincie a partire dal 28 Ottobre (186).

Solo nel 1925 Lucchini — processato per oltraggio al capo del governo, dopo che nel 1922 aveva auspicato l'ordine contro il « sovversivismo » — sarebbe ricorso all'autocitazione, per ribadire che l'unico limite all'eccesso di potere, tra « politica » e « diritto », risiedeva in un legame tra « leggi penali e pubbliche libertà », ormai improponibile (187). Dal canto suo Ferri avrebbe visto nel fascismo il più efficace garante della « difesa sociale » (188).

Del resto già a fine Ottocento Arangio Ruiz aveva colto il peso di certi nodi irrisolti della storia nazionale, nell'ammonire che per navigare nelle acque agitate del conflitto tra ordine e libertà allo Stato liberale non sarebbe bastato solo il richiamo alla « legalità »; in modo esemplare le dense pagine di *Assedio politico* si chiudevano con l'esortazione, rivolta al « paese a trovare in se stesso, più che nei poteri costituiti, la forza di far mantenere illese le pubbliche libertà, così contro le insurrezioni, come contro gli abusi del potere » (189).

---

leggono con relativa tranquillità, finiscono per dare un'impressione tutt'affatto differente »; cfr. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, p. 228.

(186) Sul decreto Facta, che Vittorio Emanuele III non firmò, G. MOTZO, *Assedio (Stato di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 250 ss.

(187) L. LUCCHINI, *Inaugurando il 2° Cinquantenario della Rivista*, in « Rivista Penale », LI, 1925, pp. 11-12. Sull'ultima stagione della vita di Lucchini sia consentito di rinviare alle fonti indicate in F. COLAO, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento. Da delitto fittizio a nemico dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 338. Una penetrante analisi della autocitazione lucchiniana in SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale*, cit., p. 182.

(188) E. FERRI, *Fascismo e Scuola positiva nella difesa sociale contro la criminalità* (1926), ora in E. FERRI, *Studi sulla criminalità*, Torino, Utet, 1926, p. 696.

(189) ARANGIO RUIZ, *Assedio politico*, cit., p. 217.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MICHELE PIFFERI

DIFENDERE I CONFINI, SUPERARE LE FRONTIERE. LE 'ZONE GRIGIE' DELLA LEGALITÀ PENALE TRA OTTO E NOVECENTO

> « Il più certo modo di celare agli altri i confini del proprio sapere, è di non trapassarli ».
>
> G. LEOPARDI, *Pensieri*, LXXXVI.

1. Premessa. Per una geometria delle garanzie. — 2. La certezza della legalità nello Stato liberale. — 2.1. Il muro di cinta del principio di legalità. — 2.2. Dai 'confini' alle 'frontiere'. — 3. Il perimetro variabile delle contravvenzioni. — 3.1 La penalizzazione degli illeciti contravvenzionali. — 3.2. Instabilità del criterio ontologico e dissolvenza dei limiti. — 3.3. La pratica oltre la teoria: il problema della costituzione di parte civile nei giudizi contravvenzionali. — 3.4. Trasgressioni di polizia e legislazione sociale. — 4. Il ritorno del diritto penale amministrativo. — 4.1. La proposta di una nuova *actio finium regundorum*. — 4.2. La legalità sostanziale come limite invalicabile. — 4.3. Contravvenzioni amministrative tra prevenzione e repressione. — 5. Le misure di sicurezza oltre il confine della pena. — 5.1. L'orizzonte della pericolosità. — 5.2. *Nulla poena sine crimine.* — 5.3. L'ambigua scelta del Codice. — 5.4. La pericolosità 'dentro' e 'fuori' il reato.

1. *Premessa. Per una geometria delle garanzie.*

Il principio di legalità rappresenta il volto più tipico del diritto penale nelle esperienze di codificazione. Nella cultura giuridica liberale dell'Italia unita, il *nullum crimen nulla poena sine lege* pretende di normativizzare i confini del reato e della pena in modo netto, come garanzia dei diritti individuali nel pieno rispetto della separazione dei poteri. Il valore di questa regola è assoluto, non ammette deroghe né eccezioni, diviene simbolo dell'incivilimento riformista prima auspicato e poi raggiunto nel Codice Zanardelli, espressione univoca della giustizia del sistema punitivo. Il modello virtuoso proposto dai giuristi e recepito dal legislatore, presuppone un ordinamento giuridico 'semplice', nel quale il diritto penale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assorba tutta la categoria della 'punizione' e la funzione pubblica della pena non possa uscire dal perimetro legalitario dei *criminalia*. Ben presto, tuttavia, sia la dottrina sia la classe politica sono costrette a riconoscere una realtà più complessa, in cui a tratti le chiare linee che circondano l'illecito penale sfumano per confondersi con le infrazioni di polizia, con la violazione di provvedimenti amministrativi, con le leggi di pubblica sicurezza; il diritto penale non basta più né a contenere la criminalità né ad esaurire lo spazio della punizione. Proprio in queste terre di confine, dall'incerta appartenenza disciplinare, le prerogative più tipiche del diritto penale subiscono attenuazioni, deroghe, eccezioni: la legalità, che nel penale 'puro' del Codice è sempre rispettata, opera in modo diverso nelle zone ibride, nelle contravvenzioni, nel penale amministrativo o nelle misure di sicurezza. A turbare ancor di più la linearità del paesaggio liberale subentrano poi le teorie della scuola positiva, con l'ingresso del modello di difesa sociale ispirato al criterio della pericolosità soggettiva: la logica della prevenzione si affianca a quella della repressione, tende perfino a soppiantarla del tutto, proponendo nuove visioni del reato e della pena che evidentemente non coincidono più con il *nullum crimen* classico (1).

Di fronte a queste frizioni che coinvolgono le 'zone grigie', i settori più incerti della disciplina, la scienza giuridica si pone con insistenza il problema dei confini, per ritrovare le specificità del diritto penale ma anche per aggiornare le teorie del reato, della responsabilità, della funzione della pena. Costretta a riflettere su ciò che è 'incluso' e ciò che resta 'escluso' dall'area criminale, ad individuare le ragioni dell'appartenenza di un istituto al diritto penale o amministrativo, è costretta a delimitare la vigenza del *nullum crimen*, a definire i termini della giurisdizionalità, a dosare discrezionalità sanzionatorie e garanzie individuali. Il tema dell'*actio finium regundorum*, più volte simbolicamente evocato dai giuristi, attraversa ininterrottamente il periodo compreso tra i due Codici senza trovare mai soluzioni definitive. Il problema di un diritto

(1) Le conseguenze che i 'binari multipli' della difesa sociale hanno provocato sull'attenuazione delle garanzie individuali presidiate dal principio di legalità sono ampiamente analizzate in L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 795-843.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penale che si modifica con le trasformazioni della società e si adatta ai progressi scientifici, che varia la propria geometria per adattarsi alle esigenze di politica criminale, resta un carattere strutturale della disciplina anche dopo la Costituzione del '48 (2). La costante ricerca dei 'mutevoli' confini della legalità nei punti più critici della sua vigenza appare, nei discorsi dei giuristi, un *topos* ricorrente, un compito cui la scienza non può sottrarsi.

2. *La certezza della legalità nello Stato liberale.*

2.1. *Il muro di cinta del principio di legalità.*

Il diritto penale liberale eleva ad architrave della propria struttura punitiva il principio del *nullum crimen sine lege*. Preziosa eredità del riformismo illuminato, regola tradotta solennemente in precetti normativi chiari nelle codificazioni e nelle carte dei diritti, il principio di legalità si impone come 'Palladio della libertà civile'. Nel modello dello stato di diritto ottocentesco si colloca al cuore degli equilibri costituzionali, espressione tipicissima della divisione dei poteri, garanzia irrinunciabile dei diritti del cittadino verso possibili abusi dell'esecutivo o del giudiziario. È, nella retorica politica come nella vulgata giuridica, il confine definitivo, per così dire, che ha risolto una volta per tutte i rischi derivanti dall'arbitrio dei magistrati, dalle invasioni del potere pubblico nella sfera delle libertà individuali: il dogma della certezza del precetto e della pena rassicura, il divieto di analogia scaccia ogni paura di giustizia discrezionale, l'irretroattività della norma penale impedisce un uso strumentale della sanzione. L'eredità di Beccaria e di Montesquieu, continuamente richiamata, impone la legalità penale come valore e

(2) L'attuale ritorno di un diritto punitivo amministrativo (si pensi per es. alla L. 689/1981, alla normativa in materia ambientale o urbanistica) porta oggi la dottrina a riconoscere che « i confini di utilizzazione della sanzione *punitiva* si stanno dilatando » (F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, Giappichelli, p. 100), così come l'ambigua distinzione tra provvedimenti di polizia preventiva a carattere amministrativo e provvedimenti penali limitativi della libertà (si pensi alla ambigua disciplina del T.U. sull'immigrazione) è spesso giocata per 'scavalcare' i limiti e le garanzie giurisdizionali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come limite insuperabile, capace ad un tempo di offrire tutele al singolo e di indirizzare il potere del legislatore; essa, infatti, ha saputo rispondere perfettamente tanto alle necessità legicentriche postrivoluzionarie (3), quanto al bisogno di trovare un punto di contatto tra diritto naturale e diritto politico (4), una linea di separazione tra morale e diritto.

Nel campo del diritto penale il principio di legalità è posto come un cippo di confine invalicabile, « ist das Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt, gegenüber der rücksichtslosen Macht der Mehrheit, gegenüber dem 'Leviathan' » (5): diviene un monolite che dopo la sua epifania storica non può più subire arretramenti, pena un ritorno ai secoli bui di una giustizia arbitraria e liberticida. Legalità si combina con Codice fino a creare un binomio indissolubile nel quale i due miti dell'illuminismo si autoalimentano, nello scopo ambizioso (retoricamente ottenuto) di disegnare l'intera area del penalmente rilevante, perché « il codice criminale […] non è solo una legge penale; ma sopra tutto una legge interdittiva suprema, e quinci anco la legge cardinale, che traccia a' cittadini (non ostante che in un modo indiretto) quella sfera giuridica, ch'e' non possono senza ingiuria travalicare » (6). Ancora dopo il Codice Zanardelli i penalisti italiani sembrano muoversi con

(3) Si pensi per es. alla semplicità con cui Portalis tratteggia il diritto penale in contrappunto al diritto civile nel suo *Discours*, dove la legge espressione della volontà pubblica, « texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge », esaurisce tutto lo spazio possibile della penalità, tanto che « il faut des lois précises et point de jurisprudence »; sul punto cfr. P. CONTE, *Les silences de la loi et du juge en matière pénale, selon Portalis: matière à commentaires*, in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, Litec, 2004, pp. 29- 34.

(4) Sempre alla legge penale tocca restringere le sanzioni del diritto politico « entro certi confini », segnati dalle « azioni morali esterne », dalla « certezza estrinseca » che determina i « giusti confini » del potere giudiziario e dal « danno sociale », in G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale con notizie sullo stato attuale delle legislazioni penali pontificia e toscana*, vol. I, terza ed., Macerata, Alessandro Mancini, 1856, pp. 34-36.

(5) F. VON LISTZ, *Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen*, ora in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vortrage*, bd. II, Berlin, 1905, [rist. an. Berlin, De Gruyter, 1970], p. 80, dopo aver indicato nel Codice penale la « Magna Charta des Verbrechers ».

(6) P. ELLERO, *Sul progetto di Codice penale pel Regno d'Italia* (Pordenone, 14 settembre 1868), in ID., *Opuscoli criminali*, Bologna, Fava e Garagnani, 1874, p. 352.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tranquillità entro le coordinate certe del *nullum crimen*, convinti di essere al sicuro entro lo spazio determinato con tratti netti dalla legge. L'idea di legge penale come *confine* insuperabile, come *limite* netto ricorre con frequenza nella pagine dei giuristi, senza che nulla sembri turbare questo pacifico e armonico paesaggio ordinato: la legge « deve circoscrivere entro *confini* insuperabili l'efficacia degli altri poteri dello Stato », stabilisce espressamente « i *confini* di rigore e sofferenza » della potestà giudiziaria, segna « il *limite* dell'azione del giudice nel considerare quali sono i fatti che costituiscono reati » nonché « il *limite* insuperabile di severità » nella pena fissando « i *confini* del massimo legale » (7).

La lettura 'evoluzionista', che celebra la graduale conquista del principio dal *Dei delitti e delle pene* fino ai Codici passando per le rivoluzioni americana e francese, ripercorre « lo sforzo costante di sigillar nel giro verbale di una legge, di uno statuto, di un codice i *limiti* della imputabilità e della punibilità » (8). Il valore politico pieno del *nullum crimen*, nella sua tendenza a « rinserrare in un inviolabile circolo di dichiarazioni legislative tutto il diritto penale », si realizza quando alla assolutezza legislativa si associa la certezza del diritto penale, quando il diritto reso certo e chiaro dalla codificazione diviene strumento di garanzia delle libertà. Il principio di legalità arriva così a svolgere compiutamente un'efficacia politica di garanzia individuale contro la forza autoritaria dello Stato, un'efficacia pratica rispetto al funzionamento degli organi legislativi e un'efficacia ermeneutica che consente al giudice di « arginare » eventuali « straripamenti » dell'attività regolamentare dell'Amministrazione. Nell'equilibrio dei poteri su cui si regge la tenuta dello Stato di diritto, il *nullum crimen* così inteso permette una viva

(7) L'insistenza notevole è nelle prime pagine del saggio di E. Pessina, *La legge penale avvisata in sé e nella sua efficacia*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di Enrico Pessina, vol. III, Milano, Società Editrice Libraria, 1906, pp. 6, 8, 9, 12 (corsivi nostri), in cui il significato dell'aforisma legalitario è scolpito in un solenne « *nulla poena ultra nec supra legem* » (p. 15). Nello stesso senso si possono leggere le pagine di G. Guidi, *Legge penale (efficacia della)*, in *Il Digesto Italiano*, XIV, Torino, Utet, 1902-1905, specie pp. 386-388.

(8) E. Massari, *La norma penale*, S. Maria C. V., Francesco Cavotta, 1913, p. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

resistenza contro possibili 'invasioni di campo' da parte dell'esecutivo o del giudiziario ai danni del legislativo (9).

Il nesso virtuoso che nella retorica liberale si instaura tra legalità e libertà, regge finché ciò che si vuole confinare è l'attività giurisdizionale o amministrativa per trasferire sul momento legislativo ogni *potestas* punitiva. Non entra in gioco il problema contenutistico della legalità sostanziale: in un quadro ordinamentale a costituzione flessibile si esaltano i rigidi confini eretti dalla norma per tenere 'fuori' l'attività dei magistrati, ma si sorvola su ciò che concretamente quegli steccati devono custodire 'dentro' (10). Occorre attendere le atrocità della legislazione fascista perché questo postulato legalitario che assorbe ogni libertà nella legge 'purché sia' e che « si inchina dunque, senza discutere, di fronte ai gradini del trono » (11), venga apertamente messo in discussione. Solo allora appare tutta la fragilità della costruzione liberale: il castello di carta che avrebbe dovuto proteggere le libertà, che aveva preteso di determinare con precisione la sfera dei diritti individuali e i limiti dell'intervento statale basandosi sulla tassatività dei reati e sulle forme del regolare processo, cade sotto il soffio autoritario del regime. I giuristi escono allo scoperto; nel momento in cui, con consapevolezza storica, ammettono il fallimento del principio di legalità formale, criticamente svelano « la superstizione » di ritenere che « i limiti della legge scritta abbiano da essere le colonne d'Ercole del diritto

(9) Una lettura storica di lungo periodo sull'affermazione del principio di legalità, riconosciuto come « portato necessario » della concezione liberale, è in G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, estr. da « Giurisprudenza Italiana », vol. XCI, 1939, Torino, Utet, 1939, specie pp. 36-48 e pp. 104-126 (cit. p. 120).

(10) Così Manzini, nell'edizione del 1908 del suo *Trattato di diritto penale italiano* (vol. I, Milano Torino Roma, Fratelli Bocca Editori), ripete il *refrain* per cui la legge penale « stabilisce rigidamente i *confini* entro cui deve svolgersi l'attività della giurisdizione » (p. 155), ed ammette poi poco dopo che, poiché è assolutamente interdetto ai giudici il sindacato sulla costituzionalità intrinseca della norma, « ogni legge, pertanto, è sempre intrinsecamente conforme alla costituzione » e alle sue norme, sia che ad esse si adatti, sia che le modifichi, sia che ne crei di nuove (pp. 161-162).

(11) Le parole sono tratte dalla nota *Prefazione* al *Dei delitti e delle pene* che Piero Calamandrei scrive nel dicembre del 1943 (qui citata nella seconda ediz., Firenze, Le Monnier, 1950, pp. 83), in una prospettiva ormai fortemente critica verso la tenuta garantistica del binomio libertà/legalità; sul punto cfr. P. GROSSI, *Stile Fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 142-168.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penale » (12). Il coraggio di oltrepassare quel limite artificiosamente eretto, di demitizzare la mistificazione liberale del *nullum crimen*, porta a differenti aperture, verso il ruolo del giudice nell'applicazione dei principi, verso la *lex naturalis* vincolante per il diritto positivo o verso il nuovo « fortilizio individuale » rappresentato dalla costituzionalizzazione delle libertà civili e politiche (13).

Non è, tuttavia, su questa crisi strutturale del principio di legalità, risoltasi poi nei nuovi equilibri della Costituzione repubblicana, che vuole dirigersi l'attenzione della presente indagine. Non è il completo rivolgimento di piani, e dunque di orizzonti garantistici, imposto esternamente al *nullum crimen* dalla Carta del '48 ciò che qui interessa, quanto piuttosto la problematica tenuta del principio stesso già nel periodo del suo incontrastato vigore, i profili teorici o gli interventi legislativi che, nell'arco temporale compreso tra il Codice Zanardelli e il Codice Rocco, hanno evidenziato la fragilità dei confini della legalità penale pur senza volerli mai clamorosamente abbattere del tutto. Si tratta a volte di temi marginali rispetto ai grandi scontri tra scuole, a volte di aspetti specifici di dibattiti più ampi, altre ancora di intuizioni o constatazioni avanzate sommessamente, che, tuttavia, nel loro insieme rivelano quanto quei confini fossero sentiti come soffocanti, sempre più inadeguati a contenere lo spazio del penale, barriere da infrangere per liberarsi piuttosto che baluardi difensivi da presidiare. Senza il coraggio o la sfrontatezza di colpirlo *vis-à-vis*, il principio di legalità è geometricamente ridisegnato, rimodulato entro un perimetro variabile che apre diversi fronti di rottura.

---

(12) F. Carnelutti, *L'equità nel diritto penale*, in « Rivista di diritto processuale civile », vol. XII, p. I, 1935, XIII, pp. 116.

(13) Il riferimento è alle tre posizioni assunte nel 1935 da Francesco Carnelutti nel contributo sopra citato, da Giuseppe Bettiol nel 1941 (*Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, in « Jus », 1941, pp. 577-587) e da Piero Calamandrei nel 1944 (*La crisi della legalità*, in *Costruire la democrazia (premesse alla Costituente)*, Firenze, Edizioni U, s.d [ma 1945], ora in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. III, a cura di Mauro Cappelletti, Napoli, Morano, 1968, pp. 127-134). Sul punto cfr. P. Costa, *Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 28, 1999, pp. 151-159.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2.2. *Dai 'confini' alle 'frontiere'.*

Dietro una facciata di univoca intangibilità il principio nasconde punti critici, zone periferiche di attenuazione della sua vigenza, pressioni che ne deformano la figura lineare celebrata dalla teologia liberale. La convinzione che la legge, espressione razionale di una volontà generale e astratta, possa prevedere ogni ipotesi di reato, che la legalità dettata esclusivamente dal legislatore copra tutta l'area del penalmente rilevante, si rivela spesso un'ingenua certezza da preservare ad ogni costo, pur di fronte ad evidenti sconfessioni. Architrave che sorregge non solo il sistema punitivo, ma anche gli equilibri costituzionali, la regola del *nullum crimen* può dunque essere distorta, interpretata estensivamente o elusivamente, ricondotta ad una validità talmente generica da svuotarne di fatto la portata garantistica, ma non può mai essere abrogata. Il rispetto formale del principio attraversa indifferentemente esponenti della scuola classica, positivisti e corifei del tecnicismo, ma spesso emerge il problema della definizione di confini: il principio ha bisogno di flessibilità per rispondere alle mutate esigenze del sistema repressivo, necessita di essere riconfigurato alla luce delle teoriche positiviste, deve adeguarsi alle differenti funzioni preventive del diritto criminale.

Nel linguaggio dei penalisti, nelle prolusioni o nei saggi teorici, quelli che prima erano steccati assunti come definitivi, divengono 'limiti' da ripensare: i 'confini' stabili della disciplina si trasformano in una 'frontiera allargata' (14) da scoprire nella rinnovata avventura

(14) Solo due esempi, tra i più noti: E. CARNEVALE, *La specializzazione del giudice penale*, estr. da « Rivista di diritto penitenziario », 1932, Roma, Mantellate, 1932, pp. 9-10, sostiene che nelle legislazioni penali, europee e non solo, il vecchio diritto penale « ha portato più in avanti le sue frontiere: e il nome che esattamente oggi gli conviene è diritto *criminale* [...]. Oggi la espressione diritto criminale ha un significato suo proprio e più vasto dell'antico diritto penale: *viene da esso*, ma *lo supera*: nel contenuto, nei fini, nei mezzi »; di « frontiere allargate » del diritto penale pur entro una « struttura innegabilmente unitaria » parla anche A. DE MARSICO, *L'unità del diritto penale*, Prolusione al corso di diritto e procedura penale nella Università di Napoli (26 novembre 1934), ora in ID., *Nuovi studi di diritto penale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1951, p. 52, cercando, come vedremo, un principio unificatore capace di tenere insieme imputabilità e pericolosità.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scientifica, in 'nuovi orizzonti' (15) verso cui guardare, in terreni che ancora attendono di essere dissodati. Sembra di cogliere un duplice movimento centrifugo che preme indirettamente sul perimetro della legalità. Da un lato il confronto più esposto tra le diverse scuole, con rispettivi metodi e contenuti: la centralità dei temi della pericolosità, della prevenzione, della difesa sociale, pretendendo di cambiare alla radice il volto del diritto criminale ('criminale' appunto, e non più soltanto 'penale') non possono non incidere anche sulla portata del *nullum crimen*. D'altro lato, tensioni interne, meno evidenti, più sfumate dal dato tecnico che le veicola: il problema costante delle contravvenzioni e del loro rapporto (o derivazione, o coincidenza) con il diritto amministrativo e di polizia, la natura delle misure di sicurezza e la loro giurisdizionalizzazione, la legislazione eccezionale di guerra, la funzione sintomatica del 'fatto di reato'.

L'idea che la legalità copra ogni comportamento rientrante nell'ambito penale, implica che con l''allargarsi' del penale stesso si estendano anche i termini del principio garantistico, con l'evidente contraddizione di una tutela che quanto più allarga il proprio raggio d'azione (fino a ricomprendere misure limitative della personalità inflitte sulla base della pericolosità temuta), tanto meno riesce a rispondere alla sua originaria funzione di presidio delle libertà contro invadenze dell'autorità. Il confine diventa sottile, perde molto della sua carica simbolica, fino al punto da dover essere ripensato ed ancorato ad una *Grundnorm* per dargli effettività; tuttavia, da Ferri a Carnevale, da De Marsico a Conti, da Longhi a Manzini, la legalità resta un tabù intoccabile, la soglia estrema che si può far progredire senza mai superarla. La semplice e tranquillizzante immagine legalitaria tradotta dalla retorica liberale nell'art. 1 del Codice del 1889, si rivela presto insufficiente a contenere i fenomeni criminosi di una società sempre più complessa, segnata da forti disuguaglianze economiche e sociali, da gruppi associazioni e partiti in movimento, da forti timori per l'ordine pubblico. Il *nullum*

(15) Oltre alla nota prolusione bolognese di Ferri del 1881, v. per es. A. De Marsico, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, in « Rivista di diritto penitenziario », 1933, p. 1290: « il reato non è un muro comune che separi in due parti distinte e diverse — prevenzione e repressione — l'edificio del diritto penale, ma il terreno comune su cui sorge un unico edificio, diviso in piani che progressivamente guardano su orizzonti che si continuano allargandosi ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

crimen pensato per tutelare la polarità singola dell'individuo rispetto all'opposta polarità dello Stato mal si adatta a regolare la dimensione sociale della delinquenza; la revisione ferriana dell'imputabilità smentisce la funzione deterrente della pre-conoscenza del divieto sanzionato; la molteplicità di situazioni da regolamentare provoca un'ipertrofia contravvenzionale che vanifica l'efficacia garantistica della determinatezza del precetto.

Il principio di legalità sopravvive a tali cambiamenti adattando i suoi confini alla morfologia punitiva statuale che si evolve. Resta integro, seppur camaleontico: percorre la china di « un duplice livello di legalità » lucidamente descritto da Mario Sbriccoli come un « carattere originario e un tratto permanente » del sistema penale italiano, dove il confine della legalità 'alta' dei codici e dell'ordinaria giurisdizione spesso apre varchi alla legalità di secondo livello, fatta di pratiche arbitrarie, di interventi discrezionali dell'amministrazione, di leggi di emergenza illiberali, di provvedimenti di pubblica sicurezza privi di garanzie, di funzioni di prevenzione e controllo sociale delegate alla polizia senza i vincoli della legalità e della giurisdizionalità (16). Ciò che, alla periferia di un solido nucleo costitutivo di diritti assoluti, viene incluso o resta escluso dalla copertura del *nullum crimen* si presenta, dunque, come un *corpus* variabile, modificato da ragioni di opportunità politica, da differenti approcci teorici al sistema penale, da improvvise paure collettive o da nuovi diritti conquistati (17). È proprio questa critica zona

(16) M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia*, *Annali*, vol. 14, *Legge, diritto, giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. 489-492. Le profonde contraddizioni del legislatore liberale postunitario si rivelano nel carattere repressivo della legge di pubblica sicurezza del 1889, affiancata al celebrato Codice Zanardelli e pensata, con inversione di senso rispetto ai confini-garanzia, come « un'opera di confinamento degli orientamenti di tipo liberale entro l'ambito di configurazione dei soli reati » per legittimare fuori da quei limiti interventi repressivi fondati sul mero sospetto da parte di poteri amministrativi; sul punto cfr. L. MARTONE, *La difesa dell'ordine. Il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza*, in ID. (a cura di) *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli, I.U.O., 1996, pp. 165-239 (cit. p. 188).

(17) L'« amore della legalità », virtù cardinale dello Stato liberale, vorrebbe che, nel rispetto della separazione dei poteri, la polizia preventiva agisse entro limiti positivamente determinati per non incorrere in arbitrio, « ma il fatto grave è, che la polizia preventiva italiana, né prima né dopo il 1865, ha potuto o saputo contenersi nelle facoltà

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liminale, ancora dentro la legalità penale ma con profili che la proiettano al di fuori, ciò che si vuole indagare in questo contributo, con riferimento in particolare agli illeciti contravvenzionali, al c.d. diritto penale amministrativo e alle misure di sicurezza.

3. *Il perimetro variabile delle contravvenzioni.*

3.1. *La penalizzazione degli illeciti contravvenzionali.*

Tema particolarmente controverso in dottrina, sottoposto a frequenti spostamenti di piano e a continue sovrapposizioni con aree contigue a quella penale, la contravvenzione rappresenta fin dall'Ottocento uno dei punti più critici per la tenuta della legalità. Il profilo giuridico occupato da tale tipo di illecito si colloca in uno spazio ibrido tra il diritto penale e il diritto amministrativo, sempre al limite tra l'esercizio dell'attività punitiva e la predisposizione di strumenti di polizia preventiva; opera in un limbo dove è difficile segnare nette partizioni fra fattispecie di danno, di pericolo o di mera disobbedienza al precetto, dove lo scopo della sicurezza pubblica condiziona pesantemente sia la struttura sia il contenuto della norma.

---

che le erano state date, ed è stata costretta dalla forza delle cose ad *uscire dai cancelli della legge*, come ha fatto pei domiciliati coatti » (S. SPAVENTA, *La Giustizia nell'Amministrazione*, in *Discorsi parlamentari di Silvio Spaventa*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1913, p. 566). La vicenda delle misure di prevenzione personale in età liberale (in particolare la triade ammonizione, rimpatrio con foglio di via obbligatorio o per mezzo della forza fisica, domicilio coatto) è doppiamente 'ondivaga', sovente fuori dai confini legalitari e per di più in bilico tra repressione penale e prevenzione poliziesca. Sul punto cfr. D. PETRINI, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in *Storia d'Italia*, *Annali*, 12, *La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, specie pp. 891-908, che sottolinea la « parziale sovrapposizione e confusione presente, a metà del secolo scorso [XIX, *ndr.*] tra strumenti repressivi e preventivi, tra pene e misure di polizia » (p. 901): prima provvedimenti di tutela preventiva basati su ipotesi di pericolosità soggettiva rimessa alla valutazione della polizia, poi fattispecie criminose tassative nella legislazione penale sabauda, poi di nuovo autonome misure di polizia espulse dal Codice Zanardelli per rispettare in esso, almeno formalmente, il principio del *nullum crimen*. Le 'contraddizioni' e gli 'equivoci' delle misure amministrative di prevenzione nello Stato liberale, « cavallo di troia dei vecchi valori e dei vecchi strumenti » dello stato assoluto nel nuovo ordinamento costituzionale, sono analizzate anche da G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, specie pp. 223-260 (cit. p. 226).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nella fase che precede l'emanazione del Codice unitario il dibattito, nella scienza come in Parlamento, verte sull'opportunità della tripartizione alla francese in crimini, delitti e contravvenzioni che ha « per solo scopo l'indicazione della competenza secondo la natura della pena » (18), ovvero della bipartizione in delitti e contravvenzioni adottata in Toscana. Prevale, come noto, la bipartizione, grazie soprattutto alla netta presa di posizione di alcuni tra i giuristi più influenti (Carrara, Lucchini, Impallomeni) e ad un movimento d'opinione che vede magistratura, sedi universitarie, ordini professionali schierati in larga maggioranza contro la tripartizione, sentita come « contraria ai principi scientifici e senza pratica utilità » (19), come una divisione che « desunta non dall'intrinseca loro natura più o meno prava, ma dalla qualità e specie di pena imposta, oltrecché è importazione straniera, non è né razionale né scientifica » (20). La scelta è difesa come la sola che, anziché basarsi sul metodo empirico delle sanzioni legislative, « criteri attinti ad accidentalità estrinseche, superficiali, spesso casuali », riesce a cogliere « gli elementi essenziali, intrinseci » (21), a segnare un discrimine ontologico tra due entità non assimilabili.

La tradizione toscana aveva accentuato la cesura sostanziale tra delitti, azioni contrarie al diritto naturale e ai principi dell'etica universale, e trasgressioni, « idea complessa » in cui si sommano « la

(18) A. CHUAVEAU-F. HÉLIE, *Teorica del Codice penale*, vol. I, p. I, Napoli, Unione editrice napoletana, 1895, p. 24; l'art. 1 del codice francese, che indica il criterio di un'euritmica ripartizione delle competenze giurisdizionali, assegna ai pretori i giudizi sulle contravvenzioni sanzionate con pene di polizia, ai tribunali correzionali quelli sui delitti, alle Corti Criminali quelli sui crimini puniti con pena afflittiva o infamante. Analogo criterio seguono i codici sardo-piemontese, napoletano, parmense.

(19) *Progetto del Codice penale del Regno d'Italia. Sunto delle osservazioni e dei pareri della Magistratura, delle Facoltà di Giurisprudenza, dei Consigli dell'Ordine degli avvocati…, sugli emendamenti al Libro primo del Progetto*, Roma, Stamperia Reale, 1877, Osservazioni all'art. 1 della Corte d'Appello di Firenze, p. 21.

(20) Ivi, Osservazioni all'art. 1 della Corte d'Appello di Parma, Sezione di Modena, p. 23. Analoghe sono le osservazioni delle Procure Generali di Bologna e Firenze, delle Facoltà giuridiche di Bologna, Catania, Modena, Torino; gli Ordini degli Avvocati dell'Aquila, Alessandria, Modena e San Miniato sono favorevoli all'opzione scientificamente più corretta, ma anche realisticamente attenti ad una soluzione che risponda alle esigenze della 'pratica applicazione'.

(21) L. LUCCHINI, *Ancora e sempre contro la tripartizione dei reati nel progetto del Codice penale*, in « Rivista Penale », vol. XXII, 1885, p. 432.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

creazione politica » e « l'attacco alla prosperità » in funzione dell'utilità dei cittadini (22). Il delitto di polizia, termine evocativo di un'origine radicata non nell'area repressiva dei *criminalia* ma nell'amministrazione incaricata di custodire « un più perfetto ordine di cose nella città », non riduce la libertà dei cittadini, ma la indirizza, poiché « la polizia della sicurezza pubblica erige in delitti alcune azioni le quali sebbene innocenti in sé stesse pur ben ponderate presentano o una facilità maggiore, o un pretesto, o un'occasione, o un pericolo onde un determinato titolo di offesa venga commesso » (23). I giuristi enfatizzano la distanza tra i delitti *mala in se* e le contravvenzioni *mala quia prohibita*. Sono ambedue fattispecie penali, perché comune è la capacità di pregiudicare l'ordine giuridico, ma poiché nelle contravvenzioni non si ha un'offesa determinata di un bene ma semplicemente una potenzialità di lesione indeterminata, alla diversa natura degli illeciti corrisponde un regime giuridico particolare, in tema di imputabilità, di tentativo, di concorso, di prescrizione (24). Questo patrimonio teorico assume un

(22) F. Carrara, *Criterii distintivi delle trasgressioni dai delitti*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. III, Lucca, Giusti, 1870, pp. 604-605. Nel *Programma* (*Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, Lucca, Giusti, 1877, § 150, pp. 130-131) ribadisce che mentre l'essenza dei delitti è la « violazione di un diritto protetto dalla legge penale » e la loro diversa qualità dipende dalla « diversità del diritto leso », le trasgressioni, che non prevedono né danno, né violazione di diritto, né dolo o spinta criminosa, si possono classificare solo « secondo il diverso *bene* protetto con le proibizioni di certi atti ». In altro passo, poi sempre strumentalmente citato dai sostenitori dell'esclusione delle trasgressioni di polizia dalla giustizia penale, afferma che « il magistero di polizia non ha nulla di comune col magistero penale, quantunque entrambo si esercitino dall'autorità preposta al reggimento dei popoli […]. Ne è diverso l'oggetto; diverse le norme e i confini […]. Tutte queste severità, le quali non possono essere che leggere, non attengono al magistero penale. I fatti che provocano tali misure possono dirsi *trasgressioni*, ma non sono *delitti* » (*Programma*, cit., *Prolegomeni*, pp. 24 e 28-29).

(23) G. Carmignani, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, t. III, Pisa, Fratelli Nistri e Cc., 1832, pp. 285 e 297. Per la genesi nel *Polizeistaat* delle trasgressioni, divise in quelle contro l'ordine pubblico, la religione e la morale pubblica, la pubblica sicurezza, la proprietà pubblica a privata, cfr. M. Sbriccoli, *Polizia (dir. interm.)*, in « Enciclopedia del diritto », XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 118-120.

(24) Cfr., per es., le differenze indicate da Giuseppe Puccioni (*Il Codice Penale Toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, vol. I (art. 1-41), Pistoia, Cino, 1855, p. 19) tra i 'delitti di mera creazione politica' e i 'delitti veri e propri'. Stessi argomenti in G. B. Impallomeni, *Il sistema generale delle contravvenzioni nel diritto*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ruolo fondativo nella retorica risorgimentale antifrancese, dove le argomentazioni di Carmignani Puccioni Carrara, vengono giocate per esaltare una patriottica linea di continuità italica che da Beccaria conduce diritti fino al codice unitario (25).

La scelta toscana del 1853 di adottare un *Regolamento di polizia preventiva* per le trasgressioni separato dal Codice penale non convince: quella che deve essere rimarcata come una diversità di *species* entro lo stesso *genus* del reato rischia invece di trasformarsi in un'esclusione delle contravvenzioni dallo spazio tipico della penalità per una loro collocazione entro l'alveo dei provvedimenti di polizia. Legislatore e dottrina toscane erano state chiare nel ricondurre sia i delitti che le trasgressioni ai medesimi principi del diritto penale, pur individuando le peculiarità dei tipi di illecito; il timore, riproducendo quella separazione su scala nazionale, è che non appena si esca dai limiti del Codice le garanzie tipiche del penale svaniscano per ritornare all'arbitrio amministrativo, sostanziale e processuale (26). Sui progetti che assegnano le contravvenzioni ad un

---

penale e nel progetto di Codice penale, in « Rivista Penale », vol. XXVIII, 1888, pp. 205-229.

(25) Sul punto cfr. A. CADOPPI, *Il "modello italiano" di Codice penale dalle "origini lombarde" al Codice Rocco e ad altri codici europei odierni*, in *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, t. I, Milano, Giuffrè, 2003, specie pp. 149-172. Nel dibattito della Commissione chiamata a discutere l'approvazione del Progetto Zanardelli, il relatore Lucchini, Cuccia, Puccioni, Auriti e Curcio insistono nel chiedere una formulazione dell'art. 1 che esprima in modo chiaro la distinzione tra delitti e contravvenzioni fondata non sul criterio esterno della pena ma sulla loro differente intrinseca natura (cfr. *Verbali della Commissione istituita con R.D. 13 dicembre 1888 allegati alla Relazione con la quale il Ministro Guardasigilli Zanardelli presenta il Codice Penale a S.M. il Re*, Roma, Stamperia Reale Ripamonti, 1889, pp. 9-13).

(26) Ellero, favorevole già dal 1863 non solo alla bipartizione, ma anche alla separazione delle contravvenzioni in un Codice di polizia punitiva (*Note critiche al primo libro del Codice Penale Italiano* (1863), in ID., *Opuscoli criminali*, Bologna, Fava e Garagnani, 1874, p. 319) ribadisce poi nel 1868 che « queste così diversificano dai reati intesi in proprio e ristretto senso, così aberrano dalle regole ordinarie della criminalità e subiscono le condizioni mutabili della civiltà, degli ordini politici e amministrativi, da non potersi in un codice penale alluogare »; avverte, tuttavia, come occorra « fin d'ora premunirsi contro la supposizione, che un codice di polizia punitiva sia cosa di poco momento e di facile compilazione: avvegnaché la luce della scienza non abbia ancora raggiato sulle multiformi sue disposizioni, e la ingiustizia possa agevolmente in esse annidarsi, appunto perché la levità delle punizioni e la minore solennità e rigidezza de'

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

magistero diverso da quello penale (progetti 1868 e 1870), o che tolgono dal codice le disposizioni generali sulle contravvenzioni per collocarle nella legge di pubblica sicurezza (Progetto Pessina del 1885), prevale l'indirizzo unitario che disciplina nel Codice penale sia le norme generali comuni a tutte le contravvenzioni sia le contravvenzioni particolari che presentano un carattere di relativa stabilità. In questo modo risulta chiara l'appartenenza all'ambito penale anche di tutti gli illeciti contravvenzionali, sia quelli espressamente codificati, sia quelli previsti in leggi speciali: gli stessi illeciti che nel 1865 l'allegato E della legge 2248 sull'abolizione del contenzioso aveva espressamente tolto alle giurisdizioni amministrative speciali per attribuirle alla competenza del giudice ordinario, ritenendole tutte meritevoli delle cautele giurisdizionali riservate ai giudizi penali (27).

Vale la pena insistere su tale aspetto, determinante per tracciare i confini della legalità. La ricerca dell'essenza contravvenzionale porta naturalmente ad accentuarne il carattere dell'utilità o dell'opportunità politica rispetto alla necessità naturale dei delitti, a svelarne la funzione strumentale alla cura di interessi dell'amministrazione. Attraverso la trasgressione, il legislatore « non fa che tracciare una linea oltre alla quale l'uomo non ha più libertà di passare » (28), sposta in avanti il confine della pena per includere comportamenti ritenuti pericolosi alla prosperità pubblica o alla pubblica sicurezza; in questa estensione del diritto penale che va ad occupare spazi tipici

---

riti giudiziali rendono altrui meno parati ad ostarvi » (*Sul progetto di Codice penale pel Regno d'Italia*, cit., p. 352). Molto più netta la posizione di Lucchini, il quale, nel mettere in guardia dai rischi di affidare la pubblica sicurezza alla « scopa della polizia » anziché al « sapiente cesello giuridico », è favorevole ad una legalizzazione delle trasgressioni che le riduca tassativamente in un sistema codificato dominato dal criterio giuridico invece che amministrativo (*Giustizia e Polizia*, in « Rivista Penale », XX, 1884, pp. 94-109).

(27) Per una ricognizione delle giurisdizioni contravvenzionali prima e dopo la legge abolitiva del contenzioso, cfr. per es. O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1934; sulle ragioni e il valore politico della legge, cfr. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985, specie pp. 25-44.

(28) CARMIGNANI, *Teoria delle leggi*, cit., p. 292 e poi p. 297: « La legge in questa sua operazione circonda quasi la offesa di più linee di circonvallazione e trovando l'uomo in alcune di queste linee lo punisce quasi per essersi troppo accostato al punto in cui egli abusando della sua libertà potrebbe con facilità maggiore inferire la offesa ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della competenza amministrativa nelle scelte di buon governo della società, il cittadino si vede attorniato da 'linee di circonvallazione' sempre più ampie che di fatto ne condizionano le scelte e ne limitano la libertà con la minaccia di una pena. La teoria che attribuisce al legislatore la facoltà politica di tracciare il perimetro allargato della rilevanza penale, rischia tuttavia di aprire un varco troppo ampio alla discrezionalità punitiva, di legittimare una categoria indeterminata di reati 'minori' per i quali non valgano le rigide garanzie dei delitti (29). Un primo freno cerca di porlo proprio l'allegato E; la pena inflitta a chi trasgredisce i divieti e i precetti della pubblica amministrazione deve essere applicata nel rispetto delle regole che presidiano la giurisdizione penale con le garanzie del principio di legalità. Il giudizio penale può diventare così « la guarentigia giudiziale diretta del governo legale » (30): la sua efficacia è notevole, specie in considerazione della diffusione delle prescrizioni amministrative sanzionate penalmente con contravvenzioni, per cui il vessillo liberale della separazione dei poteri rende necessario il bilanciamento dato dalla penalizzazione diffusa di tutte le contravvenzioni.

Stabilito il minimo confine esterno che ricomprende ogni contravvenzione nell'alveo penale, occorre, tuttavia, definire anche il confine interno per distinguere gli elementi propri di ogni reato, specie di quelli extra codicistici. Il problema, diviene, allora, l'individuazione di un criterio discretivo stabile, scientificamente valido, non empiricamente fluttuante, che non renda vane le guarentigie predisposte per i contravventori.

---

(29) Sull'erronea concezione dei 'reati di mera creazione politica' per i quali « ogni istituto del diritto penale fu detto o inapplicabile alle contravvenzioni, o applicabile con tali modificazioni da travisarlo, da denaturarlo », cfr. V. VESCOVI, *Contravvenzioni (in generale)*, in *Il Digesto Italiano*, VIII, parte terza, Torino, Utet, 1898-1900, p. 473.

(30) A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi, con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, Ute, 1904, p. 76; l'opportuna inclusione delle contravvenzioni nelle cautele del *nullum crimen* è sottolineata anche da A. BRUNIALTI, *I diritti dei cittadini e la giustizia amministrativa in Italia*, in « Biblioteca di Scienze Politiche e Amministrative », diretta da A. Brunialti, seconda serie, vol. VIII, Torino, Ute, 1902, pp. XLI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3.2. *Instabilità del criterio ontologico e dissolvenza dei limiti.*

Superato definitivamente il problema della partizione per espressa decisione legislativa, la questione più controversa diviene l'elaborazione di un criterio generale di distinzione tra delitti e contravvenzioni. In una materia continuamente in evoluzione, dai contorni così sfuggenti, il codificatore non vuole formalizzare un discrimine troppo rigido: opta per una soluzione ambigua che — come afferma lo stesso ministro Zanardelli — rinvia la determinazione del 'carattere del reato' alle « conclusioni della scienza » (31), ma delinea al contempo alcune tipicità contravvenzionali, in particolare per l'imputabilità (art. 45 co. 2; art. 60) e il tentativo (art. 61) (32). Gli estremi del controverso percorso sono segnati dal favore assoluto per il criterio qualitativo nel Codice Zanardelli e per quello quantitativo della pena nel Codice Rocco: nel mezzo si susseguono varie teorie, tese a richiamare con più vigore le incolmabili distanze tra le due specie di reato o ad attenuare i contrasti per valorizzare la comune matrice di violazione formale (33). Entro tale spazio storicamente variabile, l'instabile linea di separazione tra delitti e contravvenzioni proietta effetti anche sull'efficacia del principio di legalità declinato in funzione delle politiche criminali. La sostanza dell'illecito contravvenzionale ne segna la distanza dalla polizia amministrativa, la tutela preventiva di diritti o interessi condiziona diversamente le libertà individuali, la nozione giuridicamente rilevante di colpa o di pericolo modifica la soglia di responsabilità

(31) Cfr. *Relazione ministeriale sul libro primo del progetto di Codice penale presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro Zanardelli nel 22 novembre 1887*, leggibile in « Rivista Penale », XXVII, 1888, § XIV, p. 160.

(32) Il riferimento alla distinzione sostanziale tra delitti e contravvenzioni non è nel Codice, ma nelle disposizioni attuative, del R. D. 1 dicembre 1889, n. 6509, art. 21: « Per determinare se un reato preveduto nelle leggi, nei decreti, nei regolamenti, nei trattati e nelle convenzioni internazionali sia un delitto ovvero una contravvenzione, non si deve aver riguardo alla pena, ma soltanto *al carattere del reato*, secondo la distinzione fatta nel Codice penale tra delitti e contravvenzioni ». Il capoverso dell'art. 45 c.p. recita: « Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione, ancorché non si dimostri ch'egli abbia voluto commettere un fatto contrario alla legge ».

(33) Un'attenta ricostruzione storica delle varie teorie in T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a c. di G. Marinucci e E. Dolcini, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 421-464.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penale: in questa prospettiva le distinzioni, non meramente scolastiche né astratte, non possono essere trattate empiricamente « con la bonarietà della massaia che fa il conto del bucato » (34), perché incidono profondamente sul tessuto garantistico e sull'effettività dei principi generali.

Poco dopo il faticoso risultato del 1889, la scienza penale si accorge dell'insufficienza del criterio ontologico ed accanto alle ripetitive esposizioni storiche del binomio (35), inizia a verificarne le contraddizioni: vi sono contravvenzioni che puniscono comportamenti non solo pericolosi ma effettivamente lesivi del bene giuridico protetto, altre che sono necessariamente dolose, altre fattispecie che da delitti diventano contravvenzioni o viceversa perché la diversa valutazione del fatto giuridicamente rilevante o dell'entità del danno può spostare il confine tra i due reati (36). Le certezze si dissolvono sotto la lente realistica della giurisprudenza, i limiti del pericolo eventuale si dimostrano insufficienti, la « bancarotta della teorica della prevenzione non poteva essere né più rapida, né più disastrosa » (37): occorre allora considerare i « casi misti », le « contravvenzioni a doppio profilo » definite da una « maggiore complessità di linee », riconoscere che tra la sfera delle violazioni giuridiche che non si sostanziano in un reato e quella delle violazioni che per il valore del bene aggredito o per la natura dell'aggressione implicano una pena, lo steccato non sempre è netto ma, anzi, vi è « una zona grigia o di transizione » per lo più occupata dalle contravvenzioni (38). La raffinata soluzione liberale presenta delle falle nelle

(34) LUCCHINI, *Ancora e sempre contro la tripartizione*, cit., p. 435.

(35) Per es. il commentario di G. CRIVELLARI, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*, vol. I, Torino, Ute, 1890, pp. 28-35, e P. LANZA, *Studi sulle contravvenzioni (articoli 1 e 45)*, in *Studi illustrativi del Codice penale italiano*, pubblicati sotto la direz. di L. Lucchini, vol. IV, Torino, Utet, 1895-96, pp. 338-356.

(36) Lucida sul punto l'analisi di E. CARNEVALE, *Concetto della contravvenzione*, in « Studi Senesi », vol. XXI, poi in ID., *Diritto criminale*, vol. III, Roma, Società editrice del « Foro Italiano », 1932, pp. 141-148.

(37) S. LONGHI, *Del concetto giuridico di "contravvenzione" in contrapposizione a quello di "delitto"*, in « Scuola Positiva », 1898, p. 396.

(38) E. CARNEVALE, *La lesione dei beni giuridici nelle contravvenzioni*, in « Giustizia Penale », anno XII, 1906 e poi in ID., *Diritto criminale*, III, Roma, Società ed. del « Foro Italiano », 1932, pp. 167-180 (cit. p. 170 e 179). Anche Massari (*Pena e imputabilità nel diritto penale di guerra*, in « Rivista di diritto e procedura penale », X, 1919, pp. 10-14)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

garanzie individuali: se da un lato la responsabilità oggettiva prevista dal capoverso dell'art. 45 lascia perplessi per il palese rovesciamento del principio di colpevolezza, dall'altro il *nullum crimen* è sminuito da illeciti contravvenzionali che rischiano di essere la porta d'ingresso per scelte punitive discrezionali dell'amministrazione, attraverso una capillare rete di prescrizioni e divieti invasivi di ogni settore della vita quotidiana spesso contenuti in norme extra penali.

Alcuni giuristi forzano i ridotti spazi interpretativi del Codice per ricondurre la disciplina delle contravvenzioni in tema di imputabilità entro le regole generali: anche chi si professa schietto legalista, propone una lettura dell'art. 45 capov. tale da ammettere, con inversione dell'onere probatorio, la possibilità di dimostrare la buona fede scusante, o comunque tale da richiedere nel contravventore, se non la volontà di delinquere, almeno la più generica volontà di violare la legge ([39]). Altri rivedono criticamente le proprie posizioni, cercano di attenuare la nettezza della cesura tra delitti e trasgressioni, riconoscono la necessità di completare, di rettificare la

---

riconosce come il legislatore, per il principio di economia della coazione, « lasci persistere mezzi e organi di coazione intermedi » in equilibrio tra sanzioni penali e amministrative, così che non solo manca una separazione netta tra delitto e contravvenzione, ma anche tra delitto penale e delitto civile, tra contravvenzione penale e amministrativa: « dall'una all'altra serie l'osservazione più spassionata dimostra come si proceda per gradi e attraverso zone grigie, sulle quali lo stilo acuto e paziente dell'interprete deve volgersi a caute determinazioni e non già a violente resezioni » (p. 12).

([39]) In questo senso, per es., A. Stoppato, *Dell'elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, Venezia, [s. n.], 1885; A. Negri, *Le contravvenzioni nel Codice penale italiano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a c. di E. Pessina, vol. X, specie pp. 629-638; B. Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. I, Torino, Bocca, 1894, pp. 494-499; E. Carnevale, *La volontà di violare la legge nelle contravvenzioni*, estr. da « La Cassazione Unica », anno VII, n. 19, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1895, pp. 1-14; N. Toscano, *L'onere della prova circa l'elemento subiettivo nei reati contravvenzionali*, estr. da « Vita giudiziaria di Napoli », Napoli, Lubrano, 1914, pp. 16-28; uno dei più critici contro la massima *factum pro dolo accipitur* è F. De Luca, *La contravvenzione (Tentativo d'una costruzione giuridico-sociologica)*, in « Rivista di diritto penale e sociologia criminale », VIII, 1907, p. 174 e p. 263: « La pretesa distinzione tra delitti e trasgressioni, codificata quanto all'elemento subbiettivo, nell'art. 45 della legge penale generale, ha fatto scempio, senz'alcuno interesse generale, delle individuali libertà […]. In tale maniera gl'innocenti senza garanzie sarebbero condannati, come lo sono effettivamente, bastando il *nudo fatto* della contravvenzione o la *preasumptio iuris* della volontarietà che in pratica è la più sfacciata ingiustizia ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teoria della differenza ontologica tra i reati. Impallomeni, anticipando successive elaborazioni dei positivisti, abbandona le rigide distinzioni sostanziali ed adotta come criterio dirimente le condizioni di esistenza della società: i delitti, « fatti che offendono le condizioni permanenti e per così dire fondamentali della esistenza e della civile convivenza », sono sempre un'offesa a determinati diritti soggettivi, collettivi o individuali, pubblici o privati, e sono per loro natura pregiudizievoli all'ordine e alla sicurezza sociale; le contravvenzioni si oppongono invece alle « *condizioni secondarie*, complementari, e sono essenzialmente contingenti » (40).

L'enucleazione di una serie di 'diritti soggettivi secondari' permette di attenuare il conflitto astratto tra teoria qualitativa e quantitativa per guardare con più pragmatismo alla realtà giuridica; cercando la quadratura del cerchio il giurista siciliano conclude che « secondo la nostra distinzione non v'è differenza di grado, ma di qualità » (41).

La rottura definitiva con il criterio qualitativo arriva dagli esponenti della scuola positiva che conducono, con fasi alterne, verso la formale soluzione del Codice Rocco. Più delle singole teorie, interessa qui cogliere la nuova prospettiva sociologica con la quale si analizzano le contravvenzioni: scompare ogni differenza giuridica, poiché entrambe le specie di reato sono « azioni antisociali, vietate dalla legge e quindi antigiuridiche (nel senso del diritto vigente), diverse per modalità e per grado ma non per essenza » (42), ma emergono le ragioni sociali economiche politiche

(40) G. B. IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, Utet, 1921 (3ª rist ed. postuma), pp. 84-85. Le contravvenzioni possono essere raggruppate in quattro classi: fatti che possono mettere in pericolo l'incolumità di uno o più beni giuridici senza considerare se un pericolo effettivo sia stato cagionato o voluto (teoria della protezione mediata del diritto); fatti che fanno presumere o sospettare una condotta in opposizione alla stato di diritto (es. possesso ingiustificato di valori in persone pregiudicate); fatti contrari ad esigenze di pubblica convenienza; fatti pregiudizievoli a determinati beni giuridici secondari, e, così limitatamente, ad alcuni diritti soggettivi.

(41) Ivi, p. 86.

(42) E. FERRI, *Il dolo criminoso. La cosiddetta volontarietà nelle contravvenzioni*, in ID., *Difese penali*, vol. II, Torino, Utet, 1923, p. 499. In senso adesivo T. GIANNINI, *Alla ricerca della logica nel sistema contravvenzionale*, in « Scuola Positiva », 1902, p. 72: « Quale dunque è il criterio veramente da accogliersi? Quello della entità del danno (sia questo effettivo o potenziale) e della conseguente proporzionata turbativa del consorzio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli illeciti contravvenzionali, canali che permettono al diritto penale di aggiornarsi con flessibilità alle variazioni sociali o alle innovazioni tecnologiche. La complessità dei rapporti tra pubblico e privato obbliga lo Stato ad interventi continui in settori sempre più diffusi della vita civile, ad una regolamentazione soffocante per il cittadino, tanto che l'amministrazione ha assunto le sembianze di un « Argo dagli occhi innumerevoli che custodisce il prezioso tesoro della pubblica incolumità » (43). La giustizia contravvenzionale si pone a metà strada tra il diritto e la sociologia criminale, selezionando ciò che si ritiene meritevole di rilevanza penale; è il ponte che permette l'ingresso dei provvedimenti di polizia entro i confini allargati della pena, la soglia minima che stigmatizza la disobbedienza ma offre anche le maggiori tutele della giustizia criminale; rappresenta, dopo le norme amministrative e i sostitutivi penali, « l'ultima trincea difensiva contro il delitto » (44). Al di là della breve parabola della teorica positivista, che accomuna forzatamente delitti e contravvenzioni sotto il comune scopo della difesa sociale per poi finire col legittimare una differenza solo quantitativa rimessa *in toto* alle strategie sanzionatorie del legislatore (45), resta la capacità di spiegare il confine elastico dei 'delitti nani' in funzione di più ampie trasformazioni sociali e politiche, di collegare il dato tecnico del pericolo o del danno ad una dimensione non asfitticamente giuridica.

---

sociale […]. Differenza di grado e di quantità, non d'altra natura », e S. LONGHI, *Del concetto giuridico di "contravvenzione"*, cit., p. 403.

(43) S. LONGHI, *Contravvenzioni*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. III, p. III, Milano, Società Editrice Libraria, 1902, p. 158.

(44) Ivi, p. 159.

(45) Non sempre coerenti le posizioni di Ferri (su cui cfr. PADOVANI, *Il binomio irriducibile*, cit., pp. 441-445) e di Eugenio Florian, prima favorevole ad una distinzione sostanziale tra delitti naturali e delitti convenzionali o contravvenzioni basata su criteri sia oggettivi sia soggettivi (*Trattato di diritto penale*, vol. I, *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, Vallardi, 1901, pp. 93-94), poi, dopo l'art. 39 del Codice del 1930, adagiato sul solo criterio empirico della pena che azzera ogni possibile differenza ontologica tra fattispecie (*Trattato di diritto penale* da lui coordinato, *Parte generale del diritto penale*, Milano, Vallardi, 1934, pp. 421-422).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3.3. *La pratica oltre la teoria: il problema della costituzione di parte civile nei giudizi contravvenzionali.*

I criteri distintivi tra reati elaborati ragionando su modelli teorici, pensati per organizzare la giustizia penale di uno Stato di diritto in contrapposizione allo Stato di polizia, non trovano più, a cavaliere tra Otto e Novecento, alcuna rispondenza né nelle necessità giuridiche dello Stato sociale né nell'applicazione giurisprudenziale. Astrazione e concretezza confliggono in particolare sulla regola che associa al concetto di delitto l'idea di danno, consumato o tentato, e a quello di contravvenzione l'dea di pericolo eventuale, indiretto: numerosi i casi codificati, troppe le previsioni speciali che tipizzano fattispecie contravvenzionali di danno o comunque lesive, se non direttamente del bene giuridico, certamente delle sue 'condizioni', intese come quegli « elementi circostanti favorevoli alla sua integrità e prosperità » (46). Il confine non regge più, l'argine scientifico non riesce a frenare l'irruenza della prassi; nel 1902 una sentenza della prima sezione della Corte di Cassazione apre un'accesa discussione sulla possibilità di costituzione di parte civile nel processo per contravvenzione. Siamo al cuore del problema: la Corte stabilisce che l'omessa denunzia di un infortunio sul lavoro da parte di chi ne ha l'obbligo è reato di carattere contravvenzionale, che non autorizza l'operaio, il cui infortunio non fu denunciato, a costituirsi parte civile nel relativo giudizio, poiché l'ammissione della costituzione di parte civile prevista dall'art. 109 c.p.p. per « ogni persona offesa o danneggiata da un reato » non può applicarsi al caso di specie in cui manca il danno e « per la legge non è e non può essere che pericolo » (47).

Per il relatore Lucchini, indefesso sostenitore del criterio ontologico, il danno non è mai elemento costitutivo della contravvenzione, ed anche qualora sorgesse sarebbe fuori dall'ente tipizzato, estraneo non al fatto materiale che la costituisce ma alla sua essenza e alla ragion d'essere della sua imputazione. L'unica via percorribile

(46) La proposta, che tenta un'evoluzione della partizione classica senza abrogarla, è di CARNEVALE, *Concetto della contravvenzione*, cit., pp. 162-165.

(47) La sentenza del 16 gennaio 1902 (ric. Giordano e Arena) è leggibile in « Giustizia Penale », VIII, 1902, pp. 384-387. Le fonti normative in causa sono gli artt. 6 e 25 della l. 17 marzo 1898 sugli infortuni e l'art. 64 del relativo Regolamento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

resta la richiesta di risarcimento *ex* artt. 1151-1152 c.c., con una evidente forzatura concettuale che porta a ritenere il medesimo fatto giuridicamente irrilevante nel processo penale ma fondativo di un obbligo risarcitorio nel successivo processo civile (48). Nessuna violazione del *bis in idem*, osserva dunque Brusa, poiché il 'fatto' ostativo di un nuovo giudizio previsto dall'art. 6 c.p.p. deve essere inteso non come mero accadimento naturalistico, ma come quel fatto che l'ordinamento ha coperto di giuridicità trasformandolo in reato. Il nesso delle due azioni, civile e penale, sarebbe puramente arbitrario in caso di contravvenzioni, perché il reato contravvenzionale non implica mai come violazione diretta un pregiudizio economico: se dunque l'evento indeterminato che la contravvenzione vuole prevenire si avvera, essa si trasforma in delitto, mentre cosa diversa è il pregiudizio privato che si può incorporare nel 'quasi-delitto' staccandosene però giuridicamente (49). La fortuna, continua Brusa, è che il termine 'fatto' non è stato definito, lasciando all'interprete la libertà di mettere il vino nuovo in otri vecchi, di adattare la nuova nozione di contravvenzione alla logica del principio consolidato: « il fatto, pur solo e soggetto alla *regula juris*, svolge dal proprio seno un duplice rapporto, di obbligazione penale l'uno, di obbligazione civile l'altro. Questa meravigliosa duplicazione trae però sua virtù, non dalla materialità fisica di esso fatto, sebbene dalle diverse ragioni delle regole penale e civile. Sol queste ragioni possono far intendere come il fatto fisicamente unico, giuridicamente si atteggi qual duplice sostrato di duplice rapporto » (50).

Le prime critiche alla sentenza muovono, invece, da una semplice osservazione della realtà effettiva, dalla constatazione che uno

(48) La sentenza, edita con un breve commento critico del direttore Gennaro Escobedo, il quale accetta la decisione del caso concreto ma non la massima generale adducendo a suo favore esempi di contravvenzioni di danno e precedenti decisioni della Suprema Corte che avevano ammesso la possibilità del Comune di costituirsi parte civile nelle cause per contravvenzione ai regolamenti comunali, è subito estesamente commentata in modo adesivo da P. Tuozzi, *La costituzione di parte civile nei processi penali per contravvenzione*, in « Giustizia Penale », VIII, 1902, coll. 657-666. Lucchini ribadisce le sue posizioni con una breve recensione a Tuozzi e Stoppato, *Azione e giurisdizione*, in « Rivista Penale », LVI, 1902, pp. 632-633.

(49) E. Brusa, *La contravvenzione penale e l'azione civile*, in « Rivista Penale », LVIII, 1903, pp. 389-412.

(50) Ivi, pp. 406-407.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sguardo non viziato da preconcetti dogmatici rivela come la teoria della separazione tra delitti e contravvenzioni in funzione del rapporto danno/pericolo è smentita dai fatti, ridotta dalla casistica legislativa e giudiziaria a criterio non 'esclusivo' ma soltanto 'direttivo'. Spesso un fatto contravvenzionale è per sua natura non innocuo, sebbene non delittuoso per il peculiare elemento psichico che lo accompagna: non vi è ragione per escludere in questi casi la costituzione di parte civile estesa dall'art. 109 c.p.p. ad ogni persona danneggiata da un reato (51). Poi la riflessione si estende ad un piano più generale; il profilo della costituzione di parte civile diviene il pretesto per rivedere *in nuce* la logica della bipartizione, per disegnare i nuovi confini del binomio alla luce della concreta, fattuale natura contravvenzionale. Così anche una più lineare interpretazione delle norme, sia rispondente alla *ratio* d'economia processuale sottostante all'art. 6 del codice di rito sia attenta al piano effettivo di tutela, non può che intendere il fatto nella sua materialità, comprensivo del danno privato eventualmente provocato dalla contravvenzione (52); nessun « artificio di dottrina » o « abuso del metodo di astrazione » (53), ma scienza giuridica che si cala nei fatti per ordinarli, che non impone alla vita le sue linee geometriche ma anzi da essa accoglie elasticità (54).

---

(51) Questa posizione è sostenuta da A. STOPPATO, *L'azione civile nascente da contravvenzione*, in « La Temi. Eco dei Tribunali », Venezia, 1902; ID., *Ancora su l'azione civile nascente da contravvenzione*, Venezia, Ferrari, 1902, e da Impallomeni in una recensione bibliografica pubblicata nella « Rivista giuridica della Sicilia », fasc. III, 1903, poi integralmente riportata in ID., *Istituzioni di diritto penale*, cit., pp. 80-84.

(52) Così A. GISMONDI, *Della natura giuridica delle contravvenzioni in genere ed in rapporto all'azione civile di danno*, in « Rivista Penale », LIX, 1904, specie pp. 154-158.

(53) E. CARNEVALE, *Ancora sull'ammissibilità dell'azione civile nei giudizi per contravvenzione*, in « Rivista di diritto penale e sociologia criminale », V, 1904, pp. 178 e 182.

(54) Ripercorrendo le ragioni del mutato orientamento a qualche anno di distanza Camillo Bianchedi constata come « il Codice ha fatto posto alla realtà » (*Azione civile e parte civile nel nuovo processo penale*, in « Rivista di diritto e procedura penale », 1914, p. 586). Il Codice Rocco positivizzerà la regola nell'art. 185 che risolve ogni dubbio interpretativo e recide ulteriori possibilità di dibattito, come subito osserva U. FERRARI, *Appunti sull'azione civile da contravvenzione*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, vol. II, Bologna, Zanichelli, 1933, pp. 224-246.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3.4. *Trasgressioni di polizia e legislazione sociale.*

Laddove l'analisi dei fenomeni giuridici più si allontana dalle concettualizzazioni dogmatiche per sposare un approccio interdisciplinare, i confini apparentemente netti tra specie di reato quasi scompaiono. Il bagno di socialità cambia le coordinate del sistema punitivo, offre ai giuristi più complesse chiavi di lettura dei fenomeni criminosi spingendo anche il legislatore ad aprire le porte ai contributi delle dottrine antropologiche e sociologiche sulla genesi naturale del reato (55). La giustizia penale muove qualche passo verso la giustizia sociale, nella quale lo Stato che ha esteso le sue prerogative, « oltre la difesa dai nemici esterni e dai nemici interni (delinquenti) va anche aggiungendo sempre più una funzione integratrice delle attività private, nei più diversi territorii dell'esistenza sociale » (56). Le contravvenzioni sono direttamente coinvolte da questo stravolgimento metodologico, poiché più dei delitti risentono delle trasformazioni sociali, dei nuovi diritti da tutelare, dei territori che il potere pubblico invade per disciplinare (57). Lo Stato interviene con leggi speciali in settori della moderna società industriale a cui il diritto codificato, civile e penale, non riesce più a dare risposte adeguate e la contravvenzione rappresenta lo strumento più flessibile per garantire con una tutela minima i nuovi diritti che vengono riconosciuti. Sembra esistere una relazione diretta tra l'aumento

(55) Un tentativo di ripensamento complessivo delle istituzioni amministrative, giurisdizionali, di polizia e carcerarie, ispirato al nuovo metodo, è in B. Franchi, *Il sistema giuridico della difesa sociale e i suoi presupposti storici e antropo-sociologici*, in « Scuola Positiva », XX, s. III, vol. I, 1910, pp. 97-108 e 145-171.

(56) E. Ferri, *Giustizia penale e giustizia sociale*, in « La Scuola Positiva », a. XXI, s. III, vol. II, 1911, p. 33.

(57) Applicando il metodo positivista all'analisi dei reati in relazione all'incremento della vita sociale, emerge il dato per cui nelle fattispecie delittuose, in cui è più influente il fattore antropologico, si registra un andamento tendenzialmente stabile, mentre in quelle contravvenzionali, esposte ai fattori fisici e sociali, vi sono continue variazioni, cosicché « uno è dunque, e comune, il principio della difesa sociale di fronte ai delitti e di fronte alle contravvenzione. Ma per arrivare a questa conclusione non c'era bisogno di negare la distinzione giuridica tra delitti e contravvenzioni, distinzione classica che, la statistica criminale e l'antropologia criminale, come abbiamo veduto, sanzionano » (B. Franchi, *Delitti e contravvenzioni secondo le più recenti statistiche, e nel loro carattere giuridico. Saggio di una traiettoria della criminalità*, in « Scuola Positiva », 1902, pp. 577-598, cit. p. 590).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle trasgressioni e l'interventismo pubblico; i giuristi rimarcano la corrispondenza tra l'aumento delle contravvenzioni osservato negli stati industrialmente più progrediti e la incrementata legislazione sociale: « la civiltà giganteggiante si può riassumere nell'obbligo di maggiore *prudenza* e *disciplina* » (58) che carica l'individuo, lavoratore, impiegato o cittadino in genere, di prescrizioni o divieti sanzionati penalmente.

Nell'allargamento delle competenze amministrative l'area contravvenzionale assume una dimensione ipertrofica che impone anche una revisione dei classici criteri distintivi. Cambiano i concetti di pericolo, di danno, di colpa, subiscono un'evoluzione semantica correlata ai progressi tecnologici, alle scoperte scientifiche, alle diffuse esigenze sanitarie, all'aumento delle situazioni di rischio, all'affinamento dei metodi probatori, alla più sensibile coscienza civile. Si amplia così la nozione di pericolo opinato rilevante per i reati di polizia, diviene giuridicamente tutelato e risarcibile il danno morale, si estendono i termini della colpa: trasformazioni dogmatiche che rispondono allo sviluppo giuridico-sociologico, con ricadute fortissime soprattutto sulla disciplina delle contravvenzioni, ormai non più distinguibili dai delitti per alcuna ragione sostanziale, tanto da esigere una sistemazione più chiara ed armonica in cui tutti i reati

(58) DE LUCA, *La contravvenzione*, cit., p. 271; continua poco dopo, p. 275: « Lo Stato moderno con la vasta e complicata rete dei servizi pubblici, ogni giorno più estesi ed attuanti via via una solidarietà amministrativo-economica ognora maggiore, procura agli individui mille utilità, sempre moltiplicatisi e non possibili senza una forte e costosa organizzazione […]. Ebbene, per questa sua complessa e larghissima funzione lo Stato ha bisogno che i suoi provvedimenti, gli ordini della propria autorità siano rispettai ed ubbiditi ». La diretta relazione tra l'aumento delle contravvenzioni contenute in leggi speciali *extra Codicem* e lo sviluppo industriale e sociale rappresenta ad inizio Novecento un dato ormai acquisito dalla criminologia internazionale; per uno sguardo comparativo tra realtà americana ed europea, con un'attenzione particolare anche all'Italia, cfr. A. C. HALL, *Crime in its relations to social progress*, New York, The Columbia University Press, 1901, specie pp. 269-299 e 331-348, dove l'autore legge l'aumento di *prohibitory statutes* come necessario per impedire che l'accresciuta *liberty* individuale degeneri in *licence*: « Do not let us confuse liberty with license. License is absolute freedom from restraint […]. Liberty is also freedom: but freedom within limits, found necessary for the preservation of a like freedom for our brother man, and for the maintenance of the general welfare. It is precisely such liberty that we are developing in modern times: developing by means of law-criminal law ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siano nella stessa parte del Codice in relazione al medesimo diritto leso (59).

Il gigantismo contravvenzionale, al di là delle partizioni interne al reato, rischia, tuttavia, di infrangere i confini della legalità, di azzerare la distanza che nella teoria liberale deve sempre separare l'amministrazione dalla giustizia. Qui evidentemente il quadro si complica, costringendo i giuristi a riflessioni sulla portata complessiva del sistema punitivo. Nell'ottica di De Luca, per esempio, a maggiori contravvenzioni corrispondono maggiori tutele per le classi più povere o emarginate; la presenza sempre più ingombrante dello Stato nella vita economica, nelle relazioni industriali, nei rapporti sociali in genere, può significare progresso giuridico, conquiste di garanzie ottenute proprio grazie al presidio della pena. Secondo un'idea virtuosa di 'socialità' per cui l'individuo si confonde e s'identifica con lo Stato, in antitesi totale con l'insegnamento accorato di Carrara o di Lucchini, « non è più dato separare il magistero del buon governo da quello di diritto penale » (60): ma la visione del professore catanese è sostenuta dal desiderio di conciliare la giustizia legale con quella sociale, è animata dalla fiducia in un progresso giuridico che diventi strumento di emancipazione per i soggetti deboli, muove dalla consapevolezza (o dalla speranza) di poter conciliare difesa sociale con libertà individuale, « altrimenti la difesa sociale diventa un buon pretesto per il privilegio della minoranza dominante e per la tirannia di pochi sfruttatori » (61). L'idea liberale di un diritto penale minimo perde importanza di fronte ai troppi casi da regolamentare, ma l''invasione di campo' dell'amministrazione non degenera in modello autoritario perché la logica sottostante è quella di un'estensione delle guarentigie.

Resta il fatto che l'ipertrofia contravvenzionale stravolge gli equilibri del sistema punitivo. La prevenzione, prima marginalmente ammessa entro l'orbita del diritto criminale con funzione complementare, ora tende a prevalere sulla repressione, provocando un

(59) Efficaci nell'argomentazione le pagine di De Luca, *La contravvenzione*, cit., pp. 265-286, che trae spunto da un'indagine sociologica sugli zolfatai siciliani per poi approdare a conclusioni di portata generale.

(60) Ivi, p. 275.

(61) Ivi, p. 264.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricorso esorbitante alla pena. Già in una prolusione bolognese del 1882, Lucchini aveva attaccato, con i suoi toni consueti, la « famigerata prevenzione », lo svuotamento indiretto ma sostanziale delle garanzie penali a causa dell'« esercito colossale di artificiosi delitti » che stava ormai valicando i confini della libertà preservata dal diritto al punto da condurre « sopra un infido pendio, ove il fardello della vita civile comincia a divenire più pesante che non quello della vita fisica, e dove della libertà non rimarrà che il nome. Ad ogni passo un regolamento, un divieto, un inceppamento. Portando alle ultime ed esagerate conseguenze il principio del valer meglio prevenire che reprimere, le industrie ed i commerci sono assiduamente ingombrati da meticolose misure cautelari » (62). Nella successiva critica di Manzini alla volontà di legittimare politicamente, da parte di esponenti della scuola positiva, l'aumento dei reati di polizia in ragione del progresso della classe operaia o delle conquiste sociali, lo scontro ideologico accentua le divergenze, assume i toni dell'opposizione reazionaria del borghese proprietario che vede minacciata da troppi controlli la libertà d'impresa (63). La sovrapposizione di competenze

(62) L. LUCCHINI, *La giustizia penale nella democrazia*, Prolusione al Corso di diritto e procedura penale nella Università di Bologna, 11 dicembre 1882, Bologna, Zanichelli, 1883, p. 18. Accenti simili in una prolusione torinese di E. BRUSA, *La morale e il diritto criminale al limbo*, Discorso inaugurale letto nella Regia Università di Torino l'8 marzo 1880, Torino, Utet, 1880, pp. 37-38: « Solamente non confondiamo il magistero repressivo con quello preventivo e di polizia che non è di nostra spettanza. Voglio dire, che se il campo di quello deve tendere a restringersi a misura che l'azione di questo diventa più intensa e comprensiva, nondimeno la giustizia criminale non trova nella educazione sociale e negli altri mezzi più specifici di prevenzione ciò che potesse mai valere propriamente come un suo *surrogato* ».

(63) MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., pp. 14-15: « La penetrazione della dottrina socialista […] ha reso lo Stato italiano […] una società regolamentarizzata, dove i divieti, gli ostacoli e le pedanterie, esuberantemente sanzionati con pene, rendono malagevole e penosa l'esplicazione dell'attività individuale, in omaggio ad un esagerato ed insidioso criterio di prevenzione. Così è aumentato enormemente, e sempre più cresce, il numero dei reati di polizia; di guisa che il cittadino più rigidamente morale, l'uomo più cauto e meticoloso non può sperare di trascorrere la sua vita senza incappare in qualche reato; il più onesto industriale, il più corretto commerciante non può presumere d'esplicare in alcun utile modo la sua attività senza incorrere presto o tardi in qualche pena ». Critiche alla tesi ferriana di considerare la delinquenza contravvenzionale come criminalità sociale o evolutiva sono anche in ID., *L'evoluzione e lo stato del diritto penale*, Torino, Utet, 1900, pp. 112-113.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tra giustizia e amministrazione dettata da premesse politiche contiene già in sé gli argomenti per un suo strumentale rifiuto; non è dilatando a dismisura il confine della legalità penale che si può ottenere un simmetrico accrescimento delle garanzie individuali.

4. *Il ritorno del diritto penale amministrativo.*

4.1. *La proposta di una nuova* actio finium regundorum.

La difficoltà di inquadrare il sistema delle contravvenzioni entro i principi generali del diritto penale classico spinge alcuni autori ad un movimento inverso, di esclusione invece che di inclusione. La via d'uscita dall'irrisolta distinzione qualitativa o quantitativa tra specie di reato viene ricercata nella demarcazione di un autonomo territorio per le contravvenzioni, con la creazione di un diritto penale amministrativo in cui far rientrare le infrazioni di polizia. La proposta dogmaticamente più fondata è quella di James Goldschmidt, sostenuta da un'approfondita ricerca storico comparativa e accompagnata da un realistico coraggio dissacratorio per l'intoccabile mito liberale della separazione dei poteri (64). Nel passaggio dallo Stato di polizia allo Stato costituzionale di diritto, la garanzia per il cittadino non è data necessariamente dalla trasformazione della polizia punitiva in giustizia, dalla penalizzazione di tutte le trasgressioni, ma dal rigoroso rispetto del principio di legalità anche per il comando amministrativo penalmente protetto. Ogni contravvenzione deve essere « anche formalmente un torto o illecito giuridico » e nessuna pena può essere irrogata senza una previa tutela giurisdizionale: « in una parola la massima *nulla poena sine lege et iudicio* deve valere anche nel diritto penale amministrativo » (65), anche se poi i delitti

(64) L'opera fondamentale è *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrechts auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Berlin, 1902, rist. an. Aalen, Scientia, 1969; il Codice Zanardelli, scrive Goldschmidt, celebra retoricamente il trionfo della separazione dei poteri, « aber der Triumph ist nur ein äusserlicher » (p. 483).

(65) J. Goldschmidt, *Le contravvenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo*, in *Volume per il Cinquantenario della Rivista Penale*, 1924, pp. 414; sull'applica-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

amministrativi sottostanno ad un'autonoma disciplina per imputabilità, colpa, tentativo, concorso, perseguibilità.

È il *nullum crimen* materiale e processuale, dunque, l'architrave dello Stato di diritto, il confine insuperabile per l'irrogazione di ogni sanzione pubblica: ma, entro lo spazio delimitato dal binomio legge formale prescrittiva/giudizio, cambia la geografia interna. Il diritto penale non rappresenta più l'esclusivo ambito della 'pena'; ora che la subordinazione giuridica della giustizia amministrativa nel moderno *Rechtsstaat* offre garanzie sufficienti per il cittadino, anche il diritto amministrativo può riconquistare un suo specifico potere punitivo penale. La polizia, presidiata da forme e regole procedurali, non è il campo indefinito dell'arbitrio autoritativo ed « è ormai tempo di liberare il diritto penale amministrativo dai lacci del diritto penale » (66). In questo modo Goldschmidt risolve alla radice il problema della distinzione tra delitti e contravvenzioni: i primi sono 'delitti di giustizia' da giudicarsi secondo le norme del diritto penale vero e proprio, le seconde 'delitti amministrativi' da punirsi secondo i principi del diritto penale amministrativo. La differenza ontologica classica basata sulla trasgressione ad un comando di polizia o sulla lesione di una norma di civiltà riemerge come dato distintivo ormai assorbito nell'autonomia disciplinare, svuotato di significato dalla comune sottoposizione formale ad un 'allargato' principio di legalità (67).

In Italia la proposta di Goldschmidt suscita reazioni difformi. Chi l'accoglie in modo adesivo è il pubblicista Luigi Raggi, convinto sostenitore dei reati amministrativi come categoria autonoma. La pratica ha dimostrato l'inadeguatezza dei criteri distintivi tra delitti e contravvenzioni come *species* del reato ed è giunto il momento di

---

bilità del *nullum crimen* come « keine Strafe ohne Rechtsverordnung » anche al penale amministrativo cfr. Id., *Das Verwaltungsstrafrecht*, cit., pp. 571-577.

(66) Ivi, p. 419.

(67) Ivi, p. 420: « L'autonomia conseguita dal diritto penale amministrativo non può modificare il valore del precetto: *nulla poena sine lege et iudicio*. Poiché sotto l'imperio di questo precetto i comandi amministrativi penalmente protetti possono essere emanati soltanto nella forma delle norme giuridiche, si perviene al risultato che *la contravvenzione (il delitto amministrativo) contravviene tanto ad una norma giuridica quanto ad un comando amministrativo, mentre ogni delitto (delitto di giustizia) lede una norma di diritto ed una norma di civiltà* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ammettere « l'abisso » che separa le due fattispecie, di riconoscerle come « due entità giuridiche diverse » (68). Entrambe trasgressioni ad una legge implicanti la comminazione di una penalità, restano però distinte: la pena non è più elemento sufficiente a determinare in modo assoluto l'appartenenza al campo del diritto penale. Il problema allora ritorna ad essere quello di un'*actio finium regundorum* — come espressamente dichiara Raggi nell'inizio della sua prolusione camerte — tra diritto penale e diritto amministrativo, alla luce delle mutate esigenze di economia processuale, dei diversi criteri di giudizio, dei nuovi estesi compiti assunti dall'amministrazione. Il magistrato penale, che non ha più né forza, né tempo, né competenza per occuparsi delle innumerevoli e svariate trasgressioni di polizia, finisce per giudicarle in modo inappropriato o arbitrario; meglio allora ammettere che « la massima parte del diritto contravvenzionale può non essere diritto penale », riconoscere che i timori del legislatore di far breccia nell'edificio legislativo basato sull'art. 2 dell'all. E sono « superstiziosi e giuridicamente infondati » (69). La demitizzazione della legge abolitiva del contenzioso colpisce il cuore del sistema liberale e comporta una profonda revisione di confini. La materia contravvenzionale è un 'territorio' che tende a separarsi dal diritto penale per confluire nel diritto amministrativo; mancano, infatti, in gran parte delle contravvenzioni, due elementi fondamentali dei reati, il dolo (o la colpa) e il danno (o il pericolo di danno). Non si può pertanto sostenere che siano così « dilatati i confini delle contravvenzioni da dover essere le stesse spogliate dell'elemento subbiettivo ed obbiettivo del reato » (70): non è teoricamente accettabile allargare i limiti dell'illecito penale fino al punto da vanificarne gli elementi costitutivi, da svuotarne le tipicità garantistiche. Oltre una certa soglia si è 'fuori' dal penale, si ricade 'dentro' il diritto amministrativo. Il problema, come riconosce Raggi, è fondamentalmente politico: si tratta di superare l'ostacolo idealizzato dell'all. E, di sfatare l'erronea incrollabile convinzione che « lo stabilimento

(68) L. Raggi, *Lo svolgimento del diritto amministrativo penale*, Prelezione al Corso di Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione nella Libera Università di Camerino, in « Il Filangieri », 1907, p. 349.

(69) Ivi, p. 350.

(70) Ivi, pp. 351-352.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'autorità unitaria del diritto penale sia una difesa della libertà dei cittadini » (71). Le ragioni che dopo l'Unità portarono alla giurisdizione unica sono superate, l'amministrazione non è più quella dello Stato di polizia, il cittadino non è più in balia dei capricci dei funzionari: la procedimentalizzazione e la legalità, tanto dell'attività quanto della giustizia amministrativa, sono ora garanzie sufficienti per restituire alla competenza amministrativa l'area degli illeciti contravvenzionali (72).

4.2. *La legalità sostanziale come limite invalicabile.*

La critica più dura alle tesi di Goldschmidt e Raggi arriva da Arturo Rocco. Il giurista napoletano lega strettamente il concetto di contravvenzione a quello di amministrazione e fa rientrare la polizia di sicurezza nell'attività giuridica di prevenzione dell'amministrazione, con la quale lo Stato tutela di fatto un unico generale interesse alla difesa dei beni e alla cura dei bisogni individuali o collettivi (73). In questa ottica definisce le contravvenzioni come « *azioni o omissioni contrarie agli interessi di amministrazione o interessi amministrativi dello Stato* e, perché ad essi contrarie (e generanti inoltre un *danno sociale* e un *pericolo sociale mediati e indiretti*), vietate dal

(71) *Ibidem*.

(72) A dimostrazione della sua tesi, Raggi indica alcuni esempi *de lege lata* di contravvenzioni collocate fuori dal diritto penale: l'art. 202 della legge comunale e provinciale, l'art. 101 c.p., gli artt. 93-96 della legge di registro 20 maggio 1897, leggi di bollo, leggi postali, nelle quali è prevista per il contravventore la possibilità di conciliazione, di oblazione o di transazione con il Ministero o l'amministrazione competente. In queste ipotesi, secondo l'A., quando la conseguenza del reato non è un'azione penale, non si ha diritto penale, ma solo un diritto soggettivo dell'amministrazione cui corrisponde un'obbligazione di pagamento che, solo se inadempiuta, può essere coattivamente ottenuta con l'esercizio di un'azione penale, che si svolge dinanzi al g.o. non per ragioni di merito ma solo per storiche ragioni di deficienza, insufficienza e novità dei tribunali amministrativi.

(73) Gli scopi o interessi amministrativi dello Stato sono mediati e indiretti rispetto a quelli immediati e diretti dell'individuo o della collettività, ma lo Stato mostra, proprio attraverso la tutela indiretta che predispone agli interessi-fine, di avervi esso stesso interesse. Il gioco di parole è funzionale, nella visione monista e statalista di Rocco, alla individuazione di un interesse leso anche in ogni contravvenzione, così da poterla considerare come reato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto penale sotto minaccia di pena » (74): elemento essenziale di tali trasgressioni di polizia è, dunque, la lesione dell'interesse dell'amministrazione, il danno subito dallo Stato o da altro ente pubblico. Solo in questo senso Rocco ammette la denominazione delle contravvenzioni come 'diritto penale amministrativo', *nomen* che non può implicare, tuttavia, un'espulsione della categoria fuori dai confini tipicamente penali: replicando alle tesi autonomiste, egli rimarca come proprio la lesione dell'interesse dello Stato nella sua attività amministrativa costituisca il contenuto sostanziale di danno del reato contravvenzionale, e come non sia concepibile un'obbligazione *ex delicto* di diritto amministrativo che invece di generare un obbligo risarcitorio obblighi ad una pena. Rifiuta i « vagheggiamenti » che aspirano a collocare le contravvenzioni fuori dai confini del penale per farle ricadere « nel gran mare del diritto amministrativo » (75).

L'impostazione sostanzialistica di Rocco non assegna importanza ai procedimenti penali amministrativi come l'oblazione, il componimento amichevole o la conciliazione amministrativa valorizzati invece da Raggi, e supera anche i limiti dell'all. E: il profilo processuale, la via giurisdizionale per far valere un diritto, non hanno alcuna ricaduta sul diritto materiale, che è e resta comunque diritto penale per il solo fatto di comandare o vietare un comportamento sotto minaccia di una pena. Può esserci diritto processuale penale o diritto processuale amministrativo senza che venga intaccata la natura penale del diritto sostanziale tutelato, poiché il *nulla poena sine iudicio* è principio che ammette eccezioni nel diritto penale moderno. Esclusa ogni capacità descrittiva o costitutiva del giudizio, il vero confine del penale resta allora il principio di legalità materiale, rigidamente inteso, nuovamente esaltato come invalicabile perimetro identitario di una disciplina, che se commettesse l'errore di subordinarsi alle forme di attuazione giurisdizionale o al tipo di interesse tutelato, distruggerebbe, nichilisticamente la propria auto-

(74) A. Rocco, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, estr. da « Rivista di diritto pubblico », Milano, Società Editrice Libraria, 1909, p. 389; l'argomento è poi ripreso in *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, in Id., *Opere giuridiche*, Roma, Società editrice del « Foro Italiano », 1932, pp. 356-365.

(75) Ivi, p. 397.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nomia: « diritto penale, nel senso di diritto penale materiale, c'è sempre che trovi applicazione il dettato: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* [...] e il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* può trovare e trova applicazione anche là dove, non un procedimento giurisdizionale esista, ma solo un procedimento amministrativo penale » (76). L'articolata costruzione teorica non lascia spazio a prospettive di autonomia contravvenzionale, non ammette alcuna frammentazione disciplinare del diritto penale, ricompattato attorno al nucleo dogmatico della legalità, insostituibile strumento di tipizzazione dello spazio esclusivo del reato.

L'articolo di Rocco trova subito una replica ad opera di Silvio Trentin, disposto a confrontarsi con l'evoluzione dottrinale che, specie in campo pubblicistico, sembra turbare profondamente « i limiti tradizionali diretti contemporaneamente a garantire la indipendenza e la coesistenza delle varie discipline giuridiche » (77). Ossessivamente, ancora il tema dei confini impegna la scienza giuridica in un dibattito serrato sulle contravvenzioni, giocato nel confronto tra pubblicisti e penalisti. Trentin aderisce alla « efficace difesa dei limiti propri della disciplina penale » avanzata da Rocco, ma attenua l'assoluta irrilevanza del profilo processuale; sostiene, infatti, che per la natura speciale che possono assumere le contravvenzioni amministrative (ormai distinte da quelle ordinarie) e per il

(76) Ivi, p. 403-404. Il diritto penale materiale deve mantenere una propria specifica autonomia sostanziale, che è data dal principio di legalità e dalla minaccia di una pena: il fatto che il reato possa poi essere perseguito anche da una giurisdizione diversa da quella penale non modifica la natura penale del diritto; nello stesso senso ogni interesse perseguito e tutelato dalla legge con la minaccia di una pena, anche se esso sia l'interesse dello Stato nella sua attività amministrativa, rientra nel diritto penale. Diversamente, afferma Rocco, se fosse il tipo di interesse tutelato, pubblico o privato, a determinare il carattere penale del diritto, il diritto penale stesso svanirebbe: « Significa, in altri termini, distruggere l'autonomia del diritto penale, polverizzando le sue norme e distribuendole nei vari rami del diritto privato e del diritto pubblico in senso stretto: il nichilismo, dunque, del diritto penale! » (Ivi, p. 404). Sono già evidenti in questo scritto, che precede di un anno il manifesto del tecnicismo nella prolusione sassarese, i temi che muoveranno Rocco nella ricerca dogmatica, a volte esasperata e concettuale, di un'autonomia disciplinare per il diritto penale.

(77) S. TRENTIN, *Diritto penale e diritto amministrativo*, (A proposito del recente articolo del ROCCO, *Sul cosiddetto diritto penale amministrativo*), in « Rivista di diritto e procedura penale », vol. I, 1910, p. 76.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

particolare interesse leso, il giudizio contravvenzionale, « senza perdere il carattere di giudizio penale, senza togliere alla contravvenzione il carattere di reato, debba esercitarsi con forme, con procedimenti, con giudici speciali, distinti da quelli ordinari dei delitti » (78). In modo più diffuso, Trentin chiarisce la distanza che lo separa da Rocco in un articolo pubblicato sulla « Rivista di diritto penale e sociologia criminale » di Pozzolini: non condivide la definizione di contravvenzione proposta dal giurista napoletano, poiché si fonda — a parer suo — su di una nozione 'esagerata' ed 'errata' di amministrazione e di interesse amministrativo. Il rischio è quello di far rientrare la norma nella cui violazione consiste l'illecito contravvenzionale nella categoria delle norme di polizia, confondendo il potere penale dello Stato con quello di polizia, la legge di polizia con quella penale (79).

Il vero criterio su cui si fonda la distinzione tra legge penale e legge di polizia, nella teoria come nella pratica, è, secondo Trentin, la diversità di scopo, avendo di mira l'una l'attuazione degli interessi amministrativi, l'altra la limitazione della sfera di attività dei singoli soggetti e dell'organismo sociale. A tale diversità 'intrinseca' corrisponde anche una diversità formale e procedurale che pone una cesura netta tra giustizia amministrativa e penale, tra reato (delitto o contravvenzione) inteso come « lesione ad un diritto sempre suscettibile di subiettivazione » e trasgressione di polizia che può consistere « nella violazione di un interesse non giuridicamente determi-

(78) Ivi, p. 81.

(79) Se, come sostiene la dottrina pubblicistica, si intende la polizia come l'attività dell'amministrazione interna che si esplica limitando o regolando la attività dei singoli eventualmente per mezzo della coazione allo scopo di garantire il tutto sociale e le sue parti contro danni che possono provenire dall'attività umana (cfr. O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, vol. IV, parte I, Milano, Società Editrice Libraria, 1904, pp. 278-279), e quindi si fa rientrare il potere di polizia nel concetto di difesa del diritto, la distinzione tra legge di polizia e legge penale finisce per basarsi sulla differenza tra tutela mediata e tutela immediata, col rischio, però, di estendere la nozione di reato anche alle leggi di polizia e di inquadrare la contravvenzione in un campo che esula dal dominio della legge penale (v. S. TRENTIN, *Sulla nozione di reato contravvenzionale e di contravvenzione amministrativa*, in « Rivista di diritto penale e sociologia criminale », 1910, pp. 23-24).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nato, né direttamente riconosciuto, il cui apprezzamento è molto spesso fondato su criteri di convenienza e opportunità » (80).

4.3. *Contravvenzioni amministrative tra prevenzione e repressione.*

Il diritto penale amministrativo diviene un pretesto che impone alla scienza giuridica un ripensamento complessivo sull'identità del diritto penale. Nell'affrontare la distinzione tra due settori disciplinari, amministrativisti e penalisti devono risalire ai principi fondamentali, rivedere i caratteri costitutivi del reato, ragionare sul rapporto tra polizia e diritto penale in modo rinnovato rispetto al 1865. Il costante richiamo ai confini da ridefinire è la conferma di un movimento in atto, scientifico e legislativo, che occorre saper dirigere con gli strumenti della tecnica giuridica, di un'evoluzione sociale e istituzionale che fatica a trovare risposte adeguate negli invecchiati schemi liberali della separazione dei poteri (principio di legalità e unità di giurisdizione). Le infrazioni amministrative crescono perché lo Stato rincorre una società in continua trasformazione, industrializzata, tecnicamente evoluta, più consapevole dei propri diritti sociali, sensibile a nuove forme di tutela giuridica, difficilmente comprensibile nel semplice confronto individuo/Stato, privato/pubblico; il ruolo attivo dell'amministrazione mette in crisi le convinzioni che avevano sostenuto la legge abolitiva del contenzioso, perché il penale si sta ingigantendo a dismisura e rischia l'implosione, la 'bancarotta' più volte profetizzata dai giuristi (81), se non aggiorna i propri strumenti operativi, se non ritrova una propria

(80) Ivi, p. 26. In quest'ottica, riprendendo il suo scritto precedente, torna a proporre negli stessi termini una riforma di tipo procedurale, indirizzata cioè alla creazione di un « corpo giurisdizionale speciale » che giudichi le contravvenzioni (Ivi, p. 32).

(81) È quanto profetizza Lucchini, recensendo assai criticamente il *Trattato* di Manzini (« Rivista Penale », LXVII, 1908, pp. 556-558) proprio perché incapace di tracciare in modo chiaro la « linea di demarcazione » del diritto penale rispetto alla potestà disciplinare, al diritto amministrativo, al diritto privato: « poiché la scienza del diritto di punire fa bancarotta quando non riesce a comprender e governare tutto quanto, a scopo repressivo, importi una limitazione delle spettanze giuridiche del "cittadino" » (p. 557). Di « bancarotta dei sistemi penali classici » e di necessità di introdurre un sistema positivo di difesa sociale repressiva parla anche FERRI, *Sociologia*, cit., p. 826-830.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

identità e una centralità nell'ordinamento. La strenua difesa avanzata da Rocco nel 1909 del penale 'classico', rinserrato entro i limiti immutabili della legalità materiale, con un'estensione perfettamente coincidente con quella di ogni forma di 'pena', sembra già una battaglia di retroguardia, lo sforzo teorico di chi si ostina a leggere il cambiamento ancora e soltanto con lenti ormai appannate dal tempo.

La prospettiva nuova che avanza è orientata alla costruzione di un diritto penale in cui la repressione si integri con la prevenzione. Prevenzione intesa non più come l'illuministica funzione general- o specialpreventiva della pena, ma in un significato più ampio. Il diritto penale 'attuale' si proietta sulla società con una duplice, egualmente necessaria, funzione: reprimere i reati commessi ma soprattutto anche attivarsi per prevenirli, predisponendo misure *ad hoc*, studiando le ragioni sociali del crimine, trovando misure idonee a rivelare e contenere la pericolosità del delinquente (82). L'area del diritto penale nuovamente si modifica, la nozione di diritto 'criminale' indica un'estensione di senso che amplia gli orizzonti e rivela l'insufficienza definitoria del *nullum crimen*: in senso opposto all'assoluta irrilevanza del momento processuale affermata da Rocco, è invece proprio la giurisdizionalizzazione a segnare con miglior chiarezza il *proprium* del diritto penale, a differenziarlo dal diritto amministrativo. Le contravvenzioni e il diritto penale amministrativo rappresentano, proprio per la loro costitutiva natura ibrida, gli argomenti più comprovanti di tali trasformazioni.

Silvio Longhi, nell'ampio lavoro di costruzione del 'sistema di diritto penale attuale' (83), assume le vicende storiche delle trasgressioni di polizia ad esempio paradigmatico del processo in atto che segna l'allargamento delle frontiere penalistiche proprio grazie alla veste giurisdizionale con cui vengono ricoperti istituti prima collocati nella sfera amministrativa (84). La nuova attività di prevenzione

(82) Cfr. E. Ferri, *Sociologia criminale*, IV ed., Torino, Bocca, 1900, pp. 453-463, dove spiega la funzione preventiva dei sostitutivi penali.

(83) S. Longhi, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, Società editrice libraria, 1911.

(84) I tre caratteri essenziali della giurisdizione sono per Longhi la sostituzione, il metodo sillogistico e la cosa giudicata: « Pertanto "*giurisdizione*" verrebbe a significare "*sostituzione* di una determinata attività dello Stato all'attività altrui (privata o ammini-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contro la delinquenza esercitata in forma giurisdizionale non può essere considerata solo un innesto, per ragioni di maggiori garanzie procedurali, di penalità formale su un tronco che resta amministrativo, così come non si può ridurre la funzione della giurisdizione penale al solo momento della pronuncia della sentenza e all'azione diretta a provocarla, considerando le altre attività del magistrato nel giudizio come funzioni amministrative delegate (85). Occorre, invece, abbandonare queste « artificiose astrazioni » che non trovano alcuna rispondenza nella realtà, che inducono ad uno « spostamento di cose » dove sarebbe più logico pensare ad una « revisione di concetti »: lo svolgimento del diritto moderno non richiede di « travasare la giurisdizione nell'amministrazione », ma, in senso del tutto opposto, di attuare una « rapida continua giurisdizionalizzazione degli atti della polizia amministrativa » (86). In sostanza, sostiene Longhi, l'estensione delle funzioni giurisdizionali esercitate dal magistrato penale implica una corrispondente estensione dei confini del diritto penale materiale, perché il motore che spinge l'evoluzione dell'ordinamento è proprio la *vis attractiva*, la forza costitutiva del giudizio. La tesi di fondo è che « il rapporto processuale può esercitare la sua influenza sulla natura e perfino sull'esistenza stessa del rapporto di diritto materiale » (87): questo implica che da quando il legislatore ha stabilito con l'all. E che le trasgressioni siano disciplinate come fatti illeciti repressi con pena, dal giudice penale e con le garanzie processuali, non può sussistere più nessun dubbio sul loro carattere di reati, sulla loro sostanza di diritto penale materiale. Il 'trapasso' dall'attività amministrativa a quella penale è segnato in modo definitivo dal trasferimento della competenza dal giudice amministrativo a quello penale, dal cambiamento di organo giudicante, di forme di giudizio, di tipo di sanzione.

---

strativa), *secondo le regole processuali*, attraverso un giudizio *logico*, allo *scopo* di *rimuovere*, con *decisione* avente forza di *cosa giudicata*, gli *ostacoli* che l'*inosservanza*, l'*incertezza* o la *riserva*, oppongono all'*attuazione diretta* e *in concreto* di una *volontà di legge* e al *raggiungimento* degli *interessi* da questa *tutelati* » (Ivi, p. 751).

(85) La prima posizione è espressa ad es. da MANZINI, *Trattato*, I, pp. 393, 430 e 454; la seconda da Rocco (*Riabilitazione e condanna condizionale*, in « Giustizia Penale », XIII, 1907, coll. 1563-1575).

(86) LONGHI, *Repressione e prevenzione*, cit., p. 760.

(87) Ivi, p. 768 nt. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In completa opposizione alla tesi pan-sostanzialista di Rocco, Longhi risolve secondo questo criterio anche il problema del diritto penale amministrativo: la contravvenzione amministrativa si può considerare 'di diritto penale' solo qualora intervenga una sanzione come pena all'esito dell'esercizio di un'azione penale. Al di là dei casi chiaramente dentro i confini penali (dove la sanzione è una vera e propria pena) o chiaramente fuori (dove la sanzione è una semplice penale o multa amministrativa), Longhi riconosce l'esistenza di ipotesi bifronti, dalla duplice essenza o di diritto penale *sub condicione*: reati quando si applica una pena vera e propria per via giudiziale, trasgressioni amministrative quando si applicano penali, multe amministrative o è ammesso il componimento amichevole o l'oblazione in via pregiudiziale. Ma, pur in tale zona ibrida, il confine resta netto e non esiste il diritto penale amministrativo come categoria autonoma, poiché il criterio del *iudicium* è comunque determinante per qualificare l'illecito nel caso concreto (88). Questo passaggio rappresenta per Longhi la tappa esemplare di una trasformazione più estesa, in continuo divenire, di una trasformazione in atto che va verso l'assunzione entro i confini del diritto criminale anche di altri provvedimenti di prevenzione immediata, dai 'vecchi istituti' di polizia di pubblica sicurezza come l'ammonizione, la vigilanza, il domicilio coatto ormai già 'inglobati' (89), ad altre nuove forme di internamento per i delinquenti abituali come i riformatori, gli asili e i manicomi giudiziari destinati presto alla medesima inclusione. È un processo di allargamento inarrestabile nel quale l'autore collocherà anche le sorti delle misure di sicurezza, anch'esse penalizzate perché giurisdizionalizzate, sottoposte alle garanzie, agli effetti, alle forme del giudizio penale (90): nella costruzione di un sistema tutto positivisticamente spostato sulla prevenzione, il *nullum*

(88) *Ibidem*.

(89) Ivi, p. 770: « anche qui la trasformazione procede dai caratteri esterni e puramente formali, per venire, solamente più tardi, alla trasformazione dei caratteri interni e puramente materiali », poiché i provvedimenti vengono pronunciati, come la vigilanza speciale, da un giudice penale e non dall'amministrazione di pubblica sicurezza, in correlazione alla consumazione di determinati reati, al termine di un procedimento penale.

(90) Cfr. S. Longhi, *Per un Codice della prevenzione criminale*, Milano, Unitas, 1922, pp. 47-60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

crimen sine lege perde ogni capacità delimitativa, abdica alla sua classica funzione di limite tassativo della rilevanza penale ormai superato dalla virtù espansiva della giurisdizione.

Le radicali proposte 'moderniste' di Longhi non sono, tuttavia, condivise da tutti: anche chi, come Zanobini, ammette che ormai la prevenzione e la repressione sono due inscindibili aspetti della giustizia penale, ancora si sente investito dell'urgente compito di individuare un criterio direttivo « unico » per fare chiarezza in quella zona grigia tra sanzioni amministrative e penali « che sta quasi a cavaliere della linea di confine e fino a un certo punto la nasconde » (91). Ad inizio degli anni Venti del Novecento, dunque, un pubblicista che nuovamente risponde al dovere scientifico di erigere steccati netti, di stabilire regole certe di appartenenza territoriale al diritto penale o amministrativo. Già in una prolusione senese del 1921, Zanobini utilizza il criterio finalistico in base al quale la qualifica penale o amministrativa degli atti statali deve essere determinata non dalla natura giuridica degli stessi, ma dal fine al quale essi tendono: se, dunque, il fine dei procedimenti contro l'inosservanza dei doveri di polizia è l'inflizione di una pena con una sentenza, ne risulta il carattere penale delle contravvenzioni. L'amministrativista, però, non solo ammette l'esistenza di pene di diritto pubblico che non rientrano nel diritto penale, ma come Longhi individua nel momento processuale il discrimine tra tipo di sanzione: « sono pene amministrative e non sanzioni penali, tutte quelle la cui applicazione è dalla legge riservata all'autorità amministrativa » (92). Come ribadirà più diffusamente qualche anno dopo, « vediamo la linea di confine nell'elemento estrinseco della competenza e del procedimento » (93): in una serrata replica alle tesi di Rocco, il criterio unico viene fissato nella procedura con la quale si giunge alla irrogazione della pena (94). Non la legalità sostanziale traccia il perimetro ma la dinamica giudiziale, l'insieme di regole,

(91) G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, Bocca, 1924, p. 38.

(92) G. ZANOBINI, *Rapporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale*, in « Studi senesi », 1921 e ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 140.

(93) ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 41.

(94) Ivi, pp. 41-50.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

competenze, finalità attuate dalla giustizia amministrativa o da quella penale.

Esigenze definitorie che ciclicamente ritornano, 'confini', 'zone grigie', 'trapassi' da un territorio all'altro: fino al Codice del '30 la scienza giuridica non riesce a trovare un punto condiviso di equilibrio, oscilla tra astrazioni dogmatiche troppo lontane dalla realtà, aspirazioni a pragmatiche trasformazioni radicali del sistema punitivo, scelte opportunistiche di piccolo cabotaggio. Tra queste ultime va forse collocata la proposta del 1928 di Ferri nei *Principii*, quando auspica per le contravvenzioni la costituzione di un diritto penale amministrativo diverso dal diritto penale dei delitti, rifacendosi ad una distinzione ormai superata tra 'delitti naturali' e 'delitti legali' per mere ragioni di economia processuale, per liberare la giustizia penale « dall'ingombrante e crescente valanga delle contravvenzioni », prevedendo, in modo ambiguo e senza nessuna scelta rispetto all'acceso dibattito precedente, che le contravvenzioni siano « diversamente regolate » rispetto ai delitti, « pur sempre spettando alla funzione giurisdizionale e non amministrativa » (95).

5. *Le misure di sicurezza oltre il confine della pena.*

5.1. *L'orizzonte della pericolosità.*

L'accoglimento della prevenzione entro i compiti propri del diritto penale, sotto la spinta della scuola positiva, apre le porte ad un ripensamento della disciplina che coinvolge profili più ampi della natura contravvenzionale. La vicenda storica delle trasgressioni viene, anzi, letta come una tappa della trasformazione in atto, come il primo sintomo di un processo di allargamento che dopo aver incluso la prevenzione indiretta è destinato ad estendersi anche a quella diretta. L'obiettivo della difesa sociale posto al centro del sistema penale, sposta, come noto, il baricentro dall'imputabilità alla pericolosità del delinquente (96); pericolosità da prevenire con ogni

(95) E. Ferri, *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza*, Torino, Utet, 1928, p. 125, nt. 1.

(96) Cfr. G. Neppi Modona, *Diritto penale e positivismo*, in *Il positivismo nella cultura italiana tra Otto e Novecento*, a cura di E. R. Papa, Milano, FrancoAngeli, 1985,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mezzo non solo prima di porre in essere un reato (fenomeno non esclusivo, ma solo più sintomatico di altri della tendenza a delinquere), ma anche *post delictum*, qualora la pena non abbia raggiunto il suo scopo riabilitativo, o *praeter delictum*, nei casi di soggetti inimputabili o di reati impossibili. La riflessione scientifica si concentra, dunque, sulle misure di sicurezza, sulla loro natura, i limiti, i problemi di competenza; esse, viste come il nuovo orizzonte della penalistica nel XX secolo, nel ventennio che precede la loro formalizzazione nel Codice Rocco sono analizzate ricorrendo nuovamente all'immagine dei confini da ripensare, dei limiti da superare. Poiché l'istituto ripresenta ai giuristi i medesimi problemi di rapporto tra diritto penale e amministrativo, di dubbia giurisdizionalità, della legalità cui si chiede di garantire anche il momento successivo alla pena classica, il confronto con le contravvenzioni risulta non solo utile, ma assai persuasivo specie nell'ottica 'evoluzionista' dei progressisti più convinti che, come Longhi, vogliono dimostrare il destino ormai obbligato del diritto criminale allargato (97).

Non tutti, però, condividono le teorie più estremiste dei positivisti

---

pp. 49 ss.; recentemente sul punto cfr. A. MANNA, *La giustizia penale fra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, a cura di M. N. Miletti, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 176-185.

(97) Nel trattare della prevenzione immediata contro la delinquenza nel 'diritto penale attuale', Longhi fonda l'inclusione dei provvedimenti di sicurezza nel diritto criminale sulla possibilità di applicarle solo con garanzie giurisdizionali analoghe a quelle previste per l'irrogazione delle pene; certo — afferma —, se si guardasse allo scopo, i provvedimenti di prevenzione criminale potrebbero appartenere alla pubblica amministrazione, ma è il carattere formale dell'atto l'aspetto decisivo che consente di assegnarlo al diritto penale: « Si verificherebbe così, in ordine ai provvedimenti di sicurezza, un fenomeno di giurisdizionalizzazione analoga a quella già verificatasi in ordine ai provvedimenti concernenti gli atti contravvenzionali […]. A determinare il carattere giurisdizionale dell'attività contravvenzionale giovava, per tal modo, il passaggio dei provvedimenti dalla *attività diretta* della polizia a quella *intermediaria* o *secondaria* dell'*autorità giudiziaria*, che sottoponeva la procedura per le trasgressioni di polizia alle norme fondamentali del diritto penale e, prima di tutto, al principio che *non si possa punire senza previa disposizione di legge* e *senza un formale giudizio penale* » (LONGHI, *Repressione e prevenzione*, cit., p. 756). In una nota aggiunta nel 1931 (nt. 3, p. 121) al già citato *Concetto della contravvenzione*, anche Carnevale sottolinea gli « avvicinamenti storici » tra le contravvenzioni, che « un movimento dottrinale […] attrasse e comprese nel campo vero e proprio del diritto » e le misure di sicurezza, che alcuni 'oggi' fanno rientrare nel campo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che arrivano ad identificare pene e misure di sicurezza; nel cammino che conduce alla non chiara collocazione codicistica delle misure amministrative di sicurezza, si alternano posizioni differenti, ognuna delle quali traccia perimetri diversi al diritto penale. Lettore attento delle proposte più innovative « implicanti una revisione di confini pel vecchio diritto penale » (98), Ugo Conti nell'arco di cinque anni ritorna più volte sul tema dei limiti della materia, con sfumature diverse e a volte confuse, ma sempre orientato a mantenere ferme alcune distinzioni concettuali (99). Lo stato di pericolosità, situazione dell'individuo in contraddizione con l'ordine giuridico, non è un fatto, come il reato, e dunque non è possibile prevederlo a differenza di quanto sostenuto da Longhi. Esso, inoltre, provoca conseguenze diverse a seconda dei casi: se la temibilità del delinquente persiste dopo l'esecuzione della pena, allora si può avere la misura di sicurezza come 'complemento di pena' che con essa quasi si immedesima; se, invece, l'autore materiale di un reato, benché ritenuto comunque pericoloso, è prosciolto perché non imputabile o per mancanza di oggettività antigiuridica nel proprio fatto, allora la misura di sicurezza sostituisce la pena ed appartiene non più al diritto penale ma, più genericamente, al diritto criminale. Sfumature teoriche utili a Conti per ricondurre, da un lato, anche le misure di sicurezza nell'alveo di una più estesa

---

del diritto penale e altri vogliono lasciare alla sfera della polizia: « si domandava che *tirasse indietro* le sue frontiere la Polizia, allora; si domanda che le tiri indietro anche oggi ».

(98) U. Conti, *Diritto penale e suoi limiti naturali (Le ultime sistemazioni proposte)*, Cagliari, Dessì, 1911, p. 5; il riferimento è al volume di Longhi richiamato alla nota precedente, a Franchi, *Il sistema giuridico della difesa sociale*, cit. e al lungo articolo di F. Grispigni, *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria. Tentativo di una interpretazione sistematica del diritto in formazione*, in « La Scuola Positiva », s. III, II, 1911, pp. 193-312, dove la comparazione giuridica serve per esaltare il sistema proposto dai tre progetti in cui i concetti di pena e misura di sicurezza, sintetizzati « in un concetto superiore, che entrambi li comprenda e li unifichi, che potrà esprimersi col nome di *sanzione criminale* » (pp. 221-222), ormai si identificano perché entrambi sono basati sul principio *nulla poena sine crimine*, mirano alla difesa sociale, riaffermano l'autorità dello Stato, sono di natura giurisdizionale, hanno una durata relativamente indeterminata e possono essere applicate l'una in sostituzione dell'altra.

(99) Tra il 1911 e il 1916 escono, dopo il saggio citato alla nota precedente, altri tre contributi: *Diritto penale e suoi limiti naturali (concetto della "pericolosità criminale")*, Cagliari, Dessì, 1912; *Diritto penale e suoi limiti naturali (giurisdizione e amministrazione)*, Cagliari, Società Tipografica Sarda, 1913; *Diritto penale e suoi limiti naturali (procedimento amministrativo)*, pubblicato nella « Rivista Penale » e poi riedito a Torino, Utet, 1916.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legalità (100); per escludere, dall'altro, dall'area criminale la pericolosità semplice non nascente né da reato né da fatto di reato, rimessa al campo della polizia di sicurezza. Con assillante insistenza ragiona sul problema dei confini, inscindibilmente connesso a quello delle garanzie: certo nei due concetti di reato e pericolosità criminale la repressione si combina con la prevenzione, ma oltre la condanna od il proscioglimento si è nel campo delle misure di polizia complementari che continuano ad essere atti amministrativi. « Il diritto penale trova ai suoi confini il diritto di polizia » (101): le due sfere restano autonome, non si sovrappongono, poiché alla giurisdizione compete la valutazione del fatto e all'amministrazione quella dell'uomo. Tuttavia, per offrire ai cittadini migliori tutele, anche i complementi di pena vengono circondati di guarentigie, di sostanza e di rito, d'organi e di formalità, sul modello della giurisdizione: estensione di garanzie a questo spazio liminale, ma né giurisdizionalizzazione né penalizzazione delle misure di sicurezza (102). Nelle contorte, ripetitive pagine di Conti, emerge assieme alla difficoltà di tracciare linee nette di demarcazione, la paura che la demolizione degli steccati comporti una perdita delle garanzie individuali, in una marea penale provocata dall'ideale della difesa sociale che ingrossandosi tutto travolge. Il giurista, allora, sembra ritrovare il compito della propria scienza nell'elaborare la duplice nozione di reato e di pericolosità criminale, che « fissando con largo ma sicuro criterio i confini naturali del diritto penale, ne eleva la dignità e l'efficienza ad un tempo, perché porta allo studio

(100) CONTI, *Diritto penale e suoi limiti naturali (concetto della "pericolosità criminale")*, cit., pp. 47-48: « La legge definirà le condizioni di esistenza che essa ritiene pericolose per il diritto, e per queste sole, anche senza attendere che un reato sia commesso, autorizzerà determinate misure di sicurezza (sempre in largo senso), con ogni garanzia di organi e di procedure, a protezione della società e dello stesso individuo colpito. Né si potrà mai riconoscere anche una simile pericolosità se non a base di "fatti": non già per semplici sospetti, come per una sentenza di assoluzione per insufficienza di prove ».

(101) U. CONTI, *Diritto penale e suoi limiti naturali (giurisdizione e amministrazione)*, cit., p. 42.

(102) Ivi, p. 40: « Nessuna guarentigia vien meno, per tal modo, né alla società, né all'individuo, che dev'essere particolarmente protetto: mentre sarebbe dannosissimo il confondere attività statuali così diverse fra loro come la giurisdizione e l'amministrazione. Qui appunto che le due attività raggiungono il massimo di somiglianza tra loro, bisogna guadarsi dal confondere l'una con l'altra! ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

veramente completo del reato come fatto umano » (103). In questa prospettiva più cauta, pena e misura di sicurezza non si confondono né si identificano, ma semplicemente si integrano, mentre il diritto penale « non si denatura, ma si sviluppa logicamente fino alle ultime conseguenze possibili » (104).

5.2 Nulla poena sine crimine.

Il tema delle misure di sicurezza rischia di stravolgere i fondamenti del diritto punitivo. È il rapporto tra pericolosità e reato il nucleo teorico su cui si confronta la scienza giuridica, il punto determinante per tracciare il volto nuovo della disciplina. Nella prospettiva dei novatori, pena e misura di sicurezza sono assimilate perché, per un verso, « nel moderno diritto criminale il reato è in modo preminente assunto come causa di pericolo sociale costituito dalla probabilità di recidiva » (105), per altro verso, la sanzione criminale non deve essere misura né dell'imputabilità del reo né del nesso causale tra azione e fatto, ma della pericolosità soggettiva, rispetto alla quale il reato ha solo un primario valore sintomatico (106). Il rischio di far dipendere la sanzione da un elemento incerto o solo probabile, di aprire la porta all'arbitrio giudiziale nella valutazione degli indicatori della temibilità, sarebbe in realtà evitato proprio dal principio di legalità che, estendendosi, verrebbe di fatto a tipizzare la pericolosità, a « fissare legislativamente, e cioè in modo obbligatorio per il giudice, quale sia il preciso valore sintomatico dei

(103) Ivi, pp. 48-49.

(104) Ivi, p. 56.

(105) F. Grispigni, *Introduzione alla sociologia criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 168.

(106) Una tesi più cauta, mirata a conciliare il criterio della pericolosità con la teorica della causalità adeguata poiché ritenuta quella meno astratta, aderente al vario atteggiarsi dell'evento, recettiva dell'esperienza collettiva e dei dati della realtà quotidiana, è espressa da E. Florian, *Causalità e pericolosità*, in « La Scuola Positiva », n. s., IV, 1924, pp. 304-311. Su posizioni radicali invece G. Sabatini, *La pericolosità criminale come stato subiettivo criminoso*, in « Rivista di diritto e procedura penale », 1921, pp. 253-262, dove eleva la pericolosità criminale ad una forma speciale di reato. Pagine assai critiche verso gli eccessi della scuola positiva italiana, che conducono all'abolizione del principio di legalità e all'organizzazione di un « régime de suspects », sono quelle di R. Saleilles, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, qui viste nella 13ª ed., Paris, Librairie Félix Alcan, 1927, specie pp. 107-126.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

singoli reati, ed anche dei singoli elementi di questi » (107). Un aggiornato *nullum crimen*, dunque, rivisitato dai positivisti ma conservato, capace di predeterminare perfino i criteri di valutazione di uno *status* soggettivo. Rispetto a tale teoria le obiezioni sono numerose: non si discute più la combinazione di mezzi di prevenzione e di repressione nella lotta contro il delitto, ma, nell'unitaria funzione di tutela della società, si cerca di preservare una distinzione tra pena e misura di sicurezza, sia nei presupposti applicativi sia nei destinatari. Il criterio distintivo viene trovato, da alcuni, nel « concetto di imputabilità, o forse più esattamente di capacità giuridica penale »: solo a chi è riconosciuto privo di tale capacità la misura di sicurezza sarebbe applicabile, come mezzo di cura (per infermi di mente, alcolizzati), di correzione o rieducazione (minori, sordomuti), come *extrema ratio* di difesa sociale a scopo eliminativo contro individui socialmente pericolosi (recidivi abituali, oziosi, vagabondi). Questa distinzione di fondo giustificherebbe poi anche i rigidi caratteri della pena (giurisdizionalità, irrevocabilità, determinatezza) rispetto alla misura di sicurezza che può essere a tempo indeterminato (108).

Ancora una volta la questione dei confini incrocia l'efficacia del principio di legalità nell'ottica della divisione dei poteri: l'assegnazione delle misure di sicurezza al diritto penale o amministrativo implica, infatti, ricadute importanti sul significato della tipicità e della tassatività penale, così come comporta l'assegnazione al giudice di compiti valutativi nuovi, di discrezionalità maggiore (109). Spo-

(107) In questo senso cfr. F. GRISPIGNI, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, in « La Scuola Positiva », s. IV, vol. IX, 1920, pp. 97-141, cit. nt. 3 p. 110; sul fatto che l'unità tra le due sanzioni non debba comportare nessuna diminuzione di garanzie per l'individuo, sempre protetto dall'ombrello legalitario, cfr. anche FERRI, *Giustizia penale e giustizia sociale*, cit., p. 30: « Ma, viceversa, nessuno può contestare che pene e misure di sicurezza debbono essere decretate dallo stesso legislatore, per lo stesso *jus imperii* ed applicate dalla stessa magistratura, in vista delle stesse necessità sociali, colle stesse garanzie di libertà individuale in accordo colle esigenze della difesa sociale ».

(108) Posizione espressa, in critica ai positivisti, da G. B. DE MAURO, *Le esigenze della politica criminale nelle condizioni presenti della scienza del diritto di punire*, in « Rivista Penale », LXXV, 1912, specie pp. 284-320, e più specificamente in ID., *Una nuova "Scuola" in diritto penale e la distinzione tra pene e misure di sicurezza*, estr. da « Studi Sassaresi », Sassari, Giovanni Gallizzi, 1927, specie pp. 10-11 (da cui la cit.).

(109) Accoglie con favore i più estesi poteri del magistrato nel valutare la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stare in avanti la linea di appartenenza al diritto criminale non può essere solo un'operazione di geografia normativa, ma comporta anche un complessivo ripensamento degli istituti chiave che subiscono profonde trasformazioni: si scontrano due spinte contrapposte, una che si apre senza riserve al confronto con la pratica, disponibile ad adeguare le teorie in funzione delle concrete attese sociali, senza alcun timore di demolire le consolidate nozioni di reato, di pena, di responsabilità per impostare un nuovo sistema basato sul giudizio di pericolosità sociale, sull'individualizzazione della pena, su sanzioni a tempo indeterminato; l'altra che, pur riconoscendo la necessità di aggiornare il modello punitivo e di rendere più aderenti alla realtà le astrazioni teoriche, tende ad un'integrazione del diritto penale dall'esterno, affiancandogli strumenti preventivi amministrativi senza modificarne l'identità.

La logica garantista del principio di legalità è completamente piegata dai progressisti a nuovi obiettivi di politica criminale: il confine non è più quello segnato dal nesso legge/crimine/pena ma dall'accertata esistenza di un reato come minimo presupposto indispensabile per l'applicazione della generica 'sanzione criminale', inclusiva tanto della classica pena retributiva quanto della misura preventivo-rieducativa. Il brocardo latino che esprime la tenuta formale della regola è ora il *nulla poena sine crimine*, scelta che pone sì un freno rispetto alla possibilità di infliggere provvedimenti di natura penale sulla base di una pericolosità soggettiva desunta da comportamenti mai concretizzatisi in reati (o fatti di reato), ma che in concreto rinvia ad una logica capovolta rispetto al *nullum crimen*,

---

pericolosità del delinquente come segno dell'evoluzione giuridica in atto, E. FLORIAN, *Sulla natura giuridica di talune nuove facoltà del giudice penale*, in « Rivista di diritto e procedura penale », I, 1910, pp. 737-748. Vede, invece, il rischio di « dare un fucile di nuovo modello ad un soldato incapace a servirsene », G. BATTAGLINI, *Su alcuni fondamentali problemi della politica criminale (A proposito dei progetti di Codice penale per l'Austria, per la Germania e per la Svizzera)*, in « La Giustizia penale », vol. XVIII, 1912, coll. 1401-1418; analogamente, criticando il Progetto Ferri del 1921, De Marsico (*La pericolosità criminale nelle ultime elaborazioni scientifiche e legislative*, Prolusione al corso pareggiato di diritto penale, letta nella R. Università di Napoli il 12 dicembre 1921, ora in ID., *Studi di diritto penale*, Napoli, Morano, 1930, pp. 31-62) osserva che « dopo un meraviglioso sviluppo delle libertà, noi siamo per cedere, tratti dalle seduzioni di un falso psicologismo, le maggiori garentie del diritto individuale allo sconfinato apprezzamento del giudice ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

senza offrire nessuna sostanziale garanzia sulla possibile estensione della nozione di crimine. La pretesa di 'salvare' la legalità anche in un sistema fondato sul criterio della pericolosità rivela lo svuotamento del significato originario del principio; non solo è realisticamente improbabile pensare ad una tassativa 'normativizzazione' dei canoni valutativi della condizione di pericolosità penalmente rilevante, ma risulta anche illogico, nella prospettiva della difesa sociale, vincolare la sussistenza della temibilità stessa all'accertamento di un precedente reato. Non mancano, infatti, proposte che mirano a rompere anche questo ultimo tenue argine legalitario, liberando il giudizio di pericolosità dal necessario presupposto del reato. Immediatamente dopo la codificazione del '30, al costante problema dei confini tra diritto penale ed amministrativo, si affianca un ripensamento dogmatico sia degli elementi costitutivi del reato sia dei criteri di commisurazione della pena che, per fare posto alla pericolosità, tenta di attenuare il rigore formale dell'astratta costruzione analitica del reato. Le regole del *nullum crimen sine lege* e del *nulla poena sine crimine* modificano, così, il loro ambito di efficacia in funzione della nozione di illecito cui sono applicate.

5.3. *L'ambigua scelta del Codice.*

Il legislatore fascista opta per una soluzione ambigua che non risolve, ma anzi accentua ancor di più le dispute sulla natura dei provvedimenti preventivi *post delictum*. Il Codice Rocco è, infatti, il primo a prevedere una disciplina organica delle misure amministrative di sicurezza (artt. 199-240): le sottopone ad una rigorosa legalità (art. 199), ne limita l'ordinaria applicabilità alle « persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato » ammettendo che la legge possa determinare casi in cui si applicano per fatti non preveduti come reati (art. 202), formalizza una definizione di pericolosità sociale che dipende dalla commissione di un reato o di un quasi-reato e che rinvia alle circostanze sintomatiche dell'art. 133 (art. 203), prevede casi di presunzione legale della pericolosità (art. 204). Alla volontà di introdurre una sistematica e tassativa disciplina normativa della pericolosità penalmente rilevante, si accompagna la scelta antipositivista di continuare a considerare le misure di sicurezza come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

atti amministrativi. È la cristallizzazione normativa delle tesi di Arturo Rocco, che considera le misure 'atti amministrativi di polizia', istituti applicati dopo il reato ma non a causa di esso, che hanno nel fatto costituente oggettivamente o soggettivamente reato un presupposto necessario dal quale però subito si distaccano totalmente per adeguarsi alla pericolosità. Con enfasi retorica autocelebrativa, omettendo qualsiasi riferimento alle dottrine di Longhi Ferri o Grispigni, il giurista napoletano esalta « il nuovo diritto criminale — quale esce riformato e trasformato per opera della codificazione penale fascista » il quale, « soprattutto mercè la disciplina da essa data a quei nuovi istituti giuridici che noi diciamo "misure di sicurezza", varca i confini storici e spezza le barriere tradizionali del diritto penale » (110). In realtà non è altro che il tentativo di recepire solo parzialmente, nella nozione « di un nuovo e complesso diritto criminale », l'ormai condiviso binomio di repressione e prevenzione, senza tuttavia intaccare il nucleo tecnico-dogmatico del diritto penale: « si tratta, in una parola, di un nuovo e complesso diritto criminale, insieme *preventivo e repressivo*, insieme *penale* e *non penale*, insieme *penale, civile e amministrativo* » (111). Più che di varcare i confini, l'intento vero di Rocco è all'opposto di marcarli con nettezza; l'adozione di una estesa nozione di diritto criminale serve per delimitare la specificità del diritto penale.

Soluzione dualistica, dunque, quella del '30, che prova ad imporre *ex lege* una distinzione tra pena e misura di sicurezza di fatto insufficiente per placare il dibattito dottrinale. La legalità e l'applicazione giurisdizionale imposte dal Codice rendono le misure certo più simili alle pene, le uniformano ai tratti tipici del diritto penale, senza, tuttavia, smentirne la natura amministrativa.

Analogamente alle contravvenzioni, le misure di sicurezza si presentano come un ibrido, un corpo a due teste, una penale per le cautele processuali e legalitarie che le circondano, l'altra amministrativa per la sostanza e gli scopi. Riemerge, in alcuni, l'idea di un

(110) A. Rocco, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, estr. da « Rivista di diritto penitenziario », anno IX, 1930, Roma, Mantellate, 1930, p. 42. Sulla portata innovativa del Codice, cfr. per es. E. S. Rappaport, *Le sisthème des mesures de sûreté dans le code pénal italien de 1930 et sa portée internationale*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, vol. I, Bologna, Zanichelli, 1932, pp. 134-138.

(111) Rocco, *Le misure di sicurezza*, cit., p. 42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tertium genus, di un 'diritto criminale amministrativo' per inquadrare la natura del diritto criminale preventivo non penale; ma la proposta non convince, poiché questa parte del diritto criminale ha, comunque, una struttura ben più complessa del semplice diritto amministrativo, « e il legislatore costruendo dogmaticamente le misure di sicurezza ha dimostrato, nonostante l'assiduo sforzo contrario, che esse non possono rientrare, specialmente nel momento dell'applicazione, e dell'esecuzione, entro gli ordinari schemi del diritto amministrativo » (112). Per Maggiore, che fatica a trovare la dogmatica linea di demarcazione dell'istituto, prevale il « valore giurisdizionale » nell'esecuzione delle misure: essa, infatti, sebbene possa poi esplicarsi come attività amministrativa, costituisce il momento culminante di tutela del diritto oggettivo attraverso la realizzazione della legge nel rispetto del principio di legalità (113).

La disciplina codicistica, invece che porre fine alle controversie teoriche, ravviva il dibattito sulla natura delle misure; la scienza giuridica degli anni Trenta ricorre insistentemente al *topos* dei confini per cercare di leggere il dato normativo come il segno dell'evoluzione unitaria quasi compiuta auspicata dai positivisti o come la definitiva consacrazione della separazione. La scelta di Rocco si presta, da subito, ad opposte interpretazioni: da un lato, quella che, facendo leva proprio sulla collocazione nel Codice penale delle misure di sicurezza, insiste sulla loro « confluenza » con le pene (114) e, giocando sull'idea che « la linea di confine — faticosamente ricercata dal legislatore — non è netta e nitida, ma ondeggiante e sinuosa » ne deduce l'unità sia dei mezzi di difesa *post delictum* sia della responsabilità di tutti gli autori di reato contro ogni concezione dualistica (115); dall'altro quella che, in senso opposto, continua a considerare le misure di sicurezza come provvedimenti di diritto amministrativo, estranei al diritto penale o crimi-

(112) G. MAGGIORE, *Aspetti dogmatici nel problema della esecuzione delle misure di sicurezza*, in « Rivista di diritto penitenziario », XII, 1934, p. 968.

(113) Ivi, pp. 972-975.

(114) E. FLORIAN, *Confluenza delle pene e delle misure di sicurezza*, in « La Scuola Positiva », n. s., X, 1930, pp. 337-340; ID., *Connessione fra pene e misure di sicurezza nella legislazione italiana attuale*, in « La Scuola Positiva », n. s., XI, 1931, pp. 433-436.

(115) B. CASSINELLI, *Positivismo e misure di sicurezza*, in *Scritti teorico-pratici*, II, cit., pp. 34-35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nale, collocati a fianco alle pene solo per ragioni di connessione ed economia funzionale ma senza nessuna modificazione sostanziale degli spazi di pertinenza, poiché ad essersi ampliato è solo il 'contenitore' formale Codice, non il diritto penale (116).

5.4. *La pericolosità 'dentro' e 'fuori' il reato.*

Le critiche dogmaticamente più articolate alla tesi dualistica di Rocco sono espresse, tuttavia, non dagli epigoni della scuola positiva, ma da giuristi eclettici che, insoddisfatti per le partizioni del Codice, puntellano le proposte unitarie su argomentazioni nuove. Alfredo De Marsico, attento già dagli anni del primo conflitto bellico alle trasformazioni del diritto imposte dai mutamenti sociali, è convinto che sia compito del giurista rimediare alla situazione per cui « al *nuovo* della vita corrisponde il *vuoto* della legislazione » (117) e crede che il penalista debba lavorare su principi ed istituti generali per raccordare i rapporti giuridici con il momento sociale. Proprio perché l'attenzione della scienza « si volge oggi con netta prevalenza allo studio delle erosioni e delle invadenze che sugli orli e nel terreno del sistema penale le misure del sistema di sicurezza vanno indiscutibilmente determinando » (118), la sfida del futuro è la costruzione di moderne nozioni di illecito e di sanzione penale. Per uscire dalle contrapposizioni ormai sterili tra Scuola Classica e Positiva occorre innanzitutto un ripensamento metodologico, capace di mettere in comunicazione la dogmatica con il fatto storico. Il bersaglio della critica è, evidentemente, il tecnicismo di Rocco Manzini e Petrocelli,

(116) Così G. Battaglini, *La natura giuridica delle misure di sicurezza*, estr. da « Rivista di diritto penitenziario », anno IX, Roma, Mantellate, 1930, p. 9.

(117) A. De Marsico, *La giurisprudenza di guerra e l'elemento sociale nel diritto*, Prolusione tenuta nella R. Università di Roma il 21 gennaio 1918, in Id., *Studi di diritto penale*, Napoli, Morano, 1930, pp. 1-30 (cit. p. 24). Nella coraggiosa prolusione, il professore salernitano, rompendo il tabù legalitario e mostrando già insofferenza verso il metodo tecnico-esegetico, riconosce che il potere interpretativo della giurisprudenza di guerra in materia penale, non solo *praeter legem* ma anche *contra legem*, ha formato ormai un insieme di norme consuetudinarie.

(118) A. De Marsico, *Premesse certe alla dogmatica delle misure penali*, in « Rivista di diritto penitenziario », 1935, ora in Id., *Nuovi studi di diritto penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1951, p. 117.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che per paura di contaminare la purezza speculativa dei principi ha innalzato una barriera tra la norma e il fatto sociale, nella convinzione che la scienza penale asservita al dato positivo possa giovarsi dei dati sociologici o psicologici solo se ed in quanto recepiti dal legislatore (119). De Marsico, che non condivide l'irrigidimento delle prerogative della scienza penale in difesa della sua autonomia, propone di superare l'eccesso di analisi, 'la pleiade', per tornare non alla 'monade' ma alla 'sintesi': « la crisi del diritto penale moderno è una questione di *nessi* » (120), di relazioni tra le branche disciplinari che, se ritrovate, potranno restituire efficienza e sincronia 'all'organismo'. Nessi i quali, tuttavia, non comportano né la dissolvenza di ogni limite in un tutto indistinto, né l'apertura ad arbitri, alla giurisprudenza libera o ad emancipazioni dell'interprete dall'impero della legge; l'obiettivo è trovare « il mezzo per cui nella legge possa sempre pulsare la vita », calare la norma nei rapporti di fatto, colmare la distanza tra disposizione astratta e fatto storico.

In questo senso lo studio della personalità umana nell'applicazione della legge penale rende impossibile separare scienze ausiliarie e scienza pura nella fase di determinazione del soggetto e dell'oggetto del reato, poiché nel giudizio, gli elementi che nella fase analitica si presentano come distinti « finiscono per integrarsi ed essere elementi inscindibili di un solo prodotto logico e di una sola realizzazione giuridica » (121). L'analisi delle misure di sicurezza e del loro rapporto con la pena rappresenta, dunque, per De Marsico, il terreno privilegiato in cui solo un corretto approccio metodologico

(119) « Per il dogmatico — afferma De Marsico — il fatto sociale cessa di esistere ed è totalmente sostituito dal principio giuridico come dato storico captato nella norma. Sicché la legge occlude e non disciplina più la realtà » (A. De Marsico, *Il pensiero di Alessandro Stoppato e gli attuali orientamenti del diritto penale*, Discorso tenuto nella solenne cerimonia del conferimento dei premi Vittorio Emanuele II, il 9 gennaio 1933, ora in Id., *Penalisti italiani*, Napoli, Jovene, 1960, pp. 1-49, cit. p. 35). Un esempio del dogmatismo attaccato da De Marsico, dove la « netta e precisa delimitazione dei confini » del diritto penale è determinata dalla norma « quale essa è, quale positivamente si presenta nell'ordinamento giuridico », lo si può leggere in B. Petrocelli, *I limiti della scienza di diritto penale*, Prolusione al corso libero di dir. e proc. pen. tenuta a Università di Napoli il 13 dicembre 1930, in « Archivio giuridico », 1931 e ora in Id., *Saggi di diritto penale*, Padova, Cedam, 1952, pp. 1-80 (cit. pp. 27-28 e 48).

(120) Ivi, p. 28.

(121) Ivi, p. 39.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consente la giusta comprensione degli istituti. La pena non è assorbita nella misura come volevano i positivisti, non perde la sua originaria funzione retributiva; ad essa, tuttavia, si affianca la disciplina di ciò che è 'oltre' il reato rispetto alla pena, ma è 'nel' reato rispetto alla personalità dell'autore, ovvero la sua pericolosità come probabilità di ricaduta nel reato. Rifiuto, dunque, sia della tesi dualistica che si ostina a vedere « una muraglia » già eliminata dal diritto positivo, sia di quella unitaria che pretende di eliminare « il fondamento insostituibile e perenne di ogni organico sistema penale » costituito dalla responsabilità morale (122). Il professore salernitano ritiene che il Codice sia andato oltre le intenzioni dei suoi artefici e che « la linea di confine » della pena tracciata dal legislatore si sia spostata o sia spesso svanita; pene e misure di sicurezza si presentano ora come due strade che scorrono sul comune terreno della lotta contro il delitto, verso lo stesso obiettivo della difesa sociale, ciascuna con caratteristiche sue proprie. Non è certo la distinzione proposta tra pene come provvedimenti giurisdizionali e misure di sicurezza come atti amministrativi che può salvare l'autonomia delle prime, perché l'ingresso delle seconde nel Codice segna « l'irrompere di una realtà che crea, o rivela, lineamenti, rapporti, fini nuovi pur nei vecchi istituti » (123). È quella visione sistematica dei nessi che muove De Marsico verso una chiave di comprensione generale del sistema fondata sull'analisi del ruolo innovativo giocato dalla pericolosità nella nozione di reato. La definizione della nuova 'frontiera' in cui coesistono pene e misure di sicurezza, passa inevitabilmente per stadi che interessano la ricostruzione della teoria generale del reato in relazione alla pericolosità. Il giudizio sulla capacità a delinquere *ex* art. 133 co. 2, sta lì a dimostrare come ormai l'intera valutazione della pericolosità soggettiva abbia trovato il suo posto naturale e necessario nel diritto penale, provocando una radicale trasformazione dei precedenti confini.

« Un albero non cessa di far parte del podere in cui si profondano le sue radici solo perché i rami si protendano oltre il confine » — afferma De Marsico —: anche se i rami si sono protesi nel terreno confinante della prevenzione *post delictum*, le radici restano ben

(122) De Marsico, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, cit., pp. 1264 e 1267.
(123) Ivi, p. 1280.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

piantate nel diritto penale. È il doppio rapporto reato/responsabilità e reato/pericolosità a stabilire tanto i confini esterni del diritto penale, quanto i limiti interni tra pene e misure di sicurezza, a porre « una preziosa corrispondenza di limiti » (124). La demarcazione con l'esterno è segnata dal tipo di pericolosità: se essa è integrata da fatti, circostanze od elementi « apprezzabili *anche fuori*, ed a maggior ragione, solo fuori dell'ambito spettante alla legge ed al giudice penale » si ha diritto amministrativo, mentre se è costituita da elementi apprezzabili « *solo a stregua* della legge penale e dal giudice penale » si ha diritto penale (125). Il confine interno è, invece, marcato dal ruolo che la pericolosità gioca prima 'dentro' e poi 'fuori' dal reato (126): essa, « inserita *nella* struttura del reato, e non vista *accanto* ad esso, sta a rappresentarvi l'inserzione dell'elemento sociale », costituisce cioè l'antigiuridicità quale « entità *x* che resta fusa nel reato » e coopera alla concreta determinazione della sanzione, misurando il pericolo che la società, nel complesso di beni giuridici penalmente tutelati, corre rispetto alla capacità a delinquere del colpevole o alla probabilità di recidiva. Ma la stessa antigiuridicità, quando diventa probabilità di ulteriori reati, « *si stacca* dal reato, diviene entità autonoma, assume la figura di "pericolosità sociale", propriamente detta, e determina l'applicazione delle misure di sicurezza » (127). La pericolosità opererebbe, dunque, su tre livelli: un primo in cui non c'è commissione di un reato e il sospetto di pericolosità del soggetto è regolato dalle misure di polizia quali atti amministrativi; un secondo, di carattere giurisdizionale, in

(124) Ivi, p. 1282.

(125) Ivi, p. 1286.

(126) Ivi, pp. 1282-1283: « da una parte, è la pericolosità *insita nel* reato che trova nella pena la sua sanzione ed il mezzo, completo od iniziale, con cui la società se ne preserva; dall'altra, è il reato che ha fornito l'*indice* della pericolosità di un determinato soggetto a tracciare la linea di demarcazione fra le m. s. necessarie a difendere la società e le altre misure di polizia, estranee al diritto penale, con cui la società si difende dalla pericolosità non avvertita attraverso i reati ».

(127) DE MARSICO, *L'unità del diritto penale*, cit., pp. 57 e 59-60. Per le serrate critiche di Petrocelli, convinto della natura amministrativa delle misure di sicurezza, alle tesi di De Marsico sia sulla pericolosità come antigiuridicità sia sulla supposta esistenza di un *Tatbestand* autonomo della pericolosità quando essa si stacca dal reato, cfr. B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, Cedam, 1940, pp. 131-165.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cui la pericolosità si identifica con l'antigiuridicità quale elemento costitutivo del reato e diviene criterio di misura della pena; un terzo, esso pure di carattere giurisdizionale, in cui la pericolosità sociale è il presupposto legale per l'applicazione delle misure di sicurezza.

Anche Carnevale, critico verso il carattere amministrativo impresso alle misure dai redattori del Codice, tenta di fondare la tesi unitaria sfruttando l'immagine delle frontiere che avanzano e di un diritto penale che si allarga. In una prima fase della sua riflessione, non è il reato come momento di sintesi, ma la continuità tra pena e complemento di pena ciò che ridisegna i nuovi confini (128): adesione alla tesi unitaria non significa più identificazione dei tipi di sanzione, ma individuazione dogmatica dei profili di connessione che dimostrino come la misura di sicurezza sia distinta dalla pena ma 'venga' da essa, sia cioè « uno sviluppo ulteriore del suo particolare ministero difensivo […] *il proseguimento*, a sua integrazione, *della sua stessa linea di fronte al commesso reato* » (129). Poi, anche la riflessione di Carnevale si sposta sul rapporto tra fatto, reato, pericolosità: la nozione di 'fatto' si è allargata, comprende nell'art. 133 c.p. anche elementi della personalità idonei a valutare la soggettività criminosa, la pericolosità che è insita *nel* delitto. In questo modo anche la fattispecie tipizzata dal principio del *nullum crimen* subisce un'apertura, con il giudizio di pericolosità che, pur restando sempre « entro le linee del delitto », è rimesso al giudice secondo parametri solo parzialmente predeterminabili (130). Nella misura di sicurezza, invece, che resta sempre entro

(128) Replicando a Battaglini, Carnevale precisa (*L'unità nella lotta contro il delitto nel progetto di Codice Penale italiano*, ora in ID., *Diritto criminale unitario nel nuovo Codice penale. Contributo sistematico (Idee di ieri, di oggi, e di domani)*, Roma, Mantellate, 1931, nt. 1 p. 18): « Non si dice, io certo non l'ho detto, che le antiche frontiere del diritto penale si sono allargate perché nel Codice Penale si sono inclusi altri istituti; ma perché questi non sono *estranei*, come crede il Battaglini, ma *collegati*, *uniti*, sostanzialmente e logicamente al centro originario della pena: sviluppati dallo *stesso fondo* da cui essa si sviluppa ».

(129) Ivi, p. 32.

(130) Pur ammettendo l'ingresso nella valutazione del fatto di elementi di pericolosità soggettiva, Carnevale considera « novità non desiderabile » la tendenza di alcune dottrine o di alcune legislazioni di « forzare i confini del diritto scritto (sorpassando il canone "nullum crimen sine lege"), o di dargli interiormente una accentuata elasticità, a scapito della sua chiarezza e sicurezza normativa »; di conseguenza ci tiene a precisare « che quando si dà la grande importanza che in questo lavoro si dà alla personalità del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i confini del diritto penale e della giurisdizionalità, la pericolosità, a differenza della tesi di De Marsico, non si stacca dal reato per divenire entità autonoma, ma comporta un'estensione di confini del *sistema penale*, coerentemente con lo spirito evolutivo della materia (131).

Il problema dell'inquadramento delle misure di sicurezza nel diritto penale o amministrativo, della loro giurisdizionalità, del rapporto tra pericolosità e principio di legalità continua, anche dopo il Codice, a rappresentare per la scienza giuridica un'essenziale questione di confini, un tema di frontiera nel quale i più insoddisfatti per le astrazioni del dogmatismo esegetico vedono lo spazio per possibili aperture alla dimensione sociale del delitto, l'opportunità di dotare lo scopo della difesa sociale di adeguati strumenti giuridici. Almeno fino alla Costituzione repubblicana, prevale, tuttavia, il tecnicismo, rinserrato dietro la rigidità del dato normativo, adagiato sulla nozione analitica di reato in cui il concetto di 'fatto' è ben distinto da quello di 'situazione' rilevante nelle misure di sicurezza (132), custode disarmato di una legalità di cui si ostina a non voler vedere, in quel contesto politico-istituzionale, l'inutilità. Pur senza avere il coraggio di attaccare apertamente il valore formale della legalità, a parte l'isolata proposta di un 'diritto penale totali-

---

soggetto delinquente, se anche non tutta manifestata nel fatto materiale, non per questo si esce, come dico nel testo, dalle linee del delitto; e che lo studio e la valutazione di quella personalità non richiedono e non consigliano i mutamenti accennati » (E. CARNEVALE, *Il sistema del diritto penale e la misura di sicurezza*, in « Il Foro Italiano », LXI, 1936, nt. 3 pp. 231-232). Ancora più esplicita la fermezza con cui Florian (*Parte generale*, cit., pp. 903-905) ribadisce la copertura della legalità, sebbene « meno rigida », anche per le misure di sicurezza: « Non solo, dunque, il principio *nulla poena sine lege* (nessuna m.d.s. fuori dalla legge) ma anche i principii *nulla poena sine crimine* e *nullum crimen sine lege*, nel senso che l'applicazione iniziale della m.d.s. è sempre legata o ad un reato o ad un fatto di reato, circoscritto e determinato, od alla violazione di obblighi o prescrizioni imposte dalla stessa legge penale ». Insiste sulla legalità e giurisdizionalità delle misure di sicurezza anche E. ALTAVILLA, *I problemi dell'analogia in materia penale e della giurisdizionalizzazione delle misure di sicurezza. Il pensiero di un positivista*, estr. da « Rivista di diritto penitenziario », n. 2, 1973-XV, Roma, Mantellate, 1973, specie pp. 4-9.

(131) « La misura di sicurezza, pel passato, *continua* il sistema penale; nel presente, lo *allarga* e *potenzia* in più alto grado (e perciò ad esso diviene più proprio il nome di diritto criminale); nell'avvenire, *segna i progressivi sviluppi* » (CARNEVALE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 257).

(132) Sulle sottili distinzioni, miranti a demolire le proposte eterodosse di De Marsico e Carnevale, cfr. ancora PETROCELLI, *La pericolosità criminale*, cit., pp. 202-205.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tario' avanzata da Giuseppe Maggiore nel 1939, la penalistica del regime non sa opporsi allo svilimento del significato sostanziale del principio, come chi pervicacemente difende le mura di una città ormai svuotata (133).

(133) Il riferimento è al noto saggio di G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in « Rivista italiana di diritto penale », XI, 1939, pp. 140-161. Per un giudizio critico sull'atteggiamento della penalistica italiana durante il Regime, con particolare riferimento allo sterile legalismo di facciata, cfr. M. SBRICCOLI, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXVIII, 1999, II, pp. 817-850 e G. NEPPI MODONA-M. PELLISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, specie pp. 831-843.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

36

(2007)

Principio di legalità e diritto penale

(*per Mario Sbriccoli*)

TOMO II

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CARLOS PETIT

LOMBROSO EN CHICAGO. PRESENCIAS EUROPEAS EN LA *MODERN CRIMINAL SCIENCE* AMERICANA (1)

> Where frequent beauties strike the reader's view,
> We must not quarrel for a blot or two;
> But pardon equally to books or men,
> The slips of human nature, and the pen
> (Lord Byron, *Hints from Horace*, 1811, vv. 557-560)

I. El crimen, la ciencia y la *Law School*. — II. El congreso y Europa. — III. Traducciones y 'lectures' de 'Modern Criminal Science'. — IV. « A missionary tone »: paratextos americanos para textos europeos. — V. La biblioteca y la crítica.

« How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-First » puede ser precisamente el título de un reciente estudio sobre la tradición criminológica norteamericana, donde se concluye, no sin perplejidades, que el viejo proyecto lombrosiano (« linking the institutions of incarceration with science-infused cultural assumptions about dangerousness through the resources of an expensive administrative state ») a pesar de críticas circunstanciales informaría aún la práctica criminal de los Estados Unidos (2). El incremento de la población carcelaria desde los años 1970, combinado con el olvido de la (retórica en pro de la) rehabilitación a beneficio de las más crudas

(1) Proyecto de Investigación « Vidas por el Derecho », SEJ 2004-01919 (Ministerio español de Educación y Ciencia).

(2) JONATHAN SIMON, *Positively Punitive: How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first*, en « Texas Law Review » 84 (June 2006), 2135-2172.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

propuestas retribucionistas (3), quiere verse como el resultado de un sencillo, casi 'natural' acomodo del *rule of law* a una intervención punitiva de pretensiones 'científicas': a sus efectos, los delitos serían meras acciones antisociales cometidas por cierto grupo de personas inclinadas a quebrantar la ley, de modo que el objetivo final de cualquier estrategia en la lucha contra la delincuencia pasaría por la identificación y la represión de clases definidas como peligrosas; ciertamente, una herencia de vieja estirpe lombrosiana. Así las cosas, las doctrinas positivistas, más o menos explícitas en el seno de la especialidad, se encontrarían subsumidas entre los elementos que todavía caracterizan el horizonte penal norteamericano: triunfo indiscutido de la pena capital (frente a los riesgos de la incapacitación sólo temporal que conllevan las penas privativas de libertad), generalización de la prisión preventiva (a despecho de derechos constitucionales), endurecimiento del castigo en casos de delitos sexuales (más allá incluso de la penalidad en estricto sentido), debates sobre la rehabilitación y la indeterminación de la condena (funcionales a la delimitación — meramente administrativa — de la peligrosidad individual y de su control).

Y no estaría en juego tan sólo la presencia latente del credo positivo. A juzgar por las citas que realizó en su momento la doctrina, una criminología *à la* Lombroso, con neta preferencia sobre autoridades locales (William Healy, Ernest Burgess, Sheldon Glueck…), sería dominante hasta los años Cincuenta, esto es, mucho tiempo después de la oleada de trabajos dedicados a esa ilustre figura y de su asidua presencia en aquellas publicaciones

(3) Del criminal como víctima de la sociedad a la sociedad como víctima del primero sería el recorrido efectuado por un famoso informe, aún eficaz: Douglas LIPTON, Robert MARTINS and Judith WILKS, *The Effectiveness of Correctional Treatment. A Survey of Treatment Evaluation Studies*, New York, Praeger, 1975; cf. en general Lawrence W. SHERMAN, *The Uses and Usefulness of Criminology, 1751-2005: Enleightened Justice and Its Failures*, en « The Annals of the American Academy of Political and Social Science » 600 (July 2005), 115-135. Por supuesto, no entro aquí en la abundante literatura que relaciona el fundamentalismo 'neocon' y el rigor de la represión penal (cf. Harold G. GRASMICK *et al.*, *Protestant Fundamentalism and the Retributive Doctrine of Punishment* en « Criminology » 30 [1992], 21 ss), ni tampoco en las llamadas cárceles de la fe (« faith-based prisons »), su consecuencia más directa: Marc O. DE GIROLAMI, *The New Religious Prisons and Their Retributivist Commitments*, en « Arkansas Law Review » 59 (2006), 1-41.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

donde el médico de Turín supo analizar ante sus lectores americanos la influencia de la drogadicción en el crimen, la tasa elevada de homicidios, la criminalidad femenina o la nocividad del anarquismo… entre otras cuestiones de época que le otorgaron autoridad reconocida. Recíproca admiración: « his frequent appearance in popular American periodicals », se opina hoy en relación a Lombroso, « speaks to his personal interest in intervening in the construction of the American state as well (where he correctly believed that his ideas were receiving a warmer welcome than on the Continent) » (Simon, p. 2164).

Aunque las conexiones entre la Italia del *risorgimento* y la América posterior a la guerra civil, propuestas por el autor que consultamos como la base histórica de tan admirable fortuna, me resulten fracamente forzadas (4), a favor de estos análisis hablaría una auténtica resurrección de la obra lombrosiana en los Estados Unidos, donde últimamente se estudia y colecciona e incluso se aumenta con nuevas traducciones (5). En el fondo, una criminología

(4) Así SIMON cit. (n. 2), p. 2165: « Both Italy and the United States were experiencing the direct aftershocks of major new efforts in nation building and civil wars. Both were dealing with the challenge of integrating regions of vastly different social and economic conditions into a theoretically free market and liberal political system. In both societies, criminal violence was becoming a major focus for moral panics about this governmental crisis. Lombroso saw himself as a patriot coming to the defense of the floundering project of Italy, and he saw criminology as a state project that, broadly conceived, involved a thorough reform of administrative capacities along with scientific expertise able to identify and isolate the dangerous residues of primitivism within modern society that threatened to wreck its delicate passage to freedom ». Desde luego, desde perspectiva europea el lector se pregunta por el parecido (si alguno remotamente existiera) de la Scarlett O'Hara de Margaret Mitchell (1936) con el príncipe de Salina de Giuseppe Tomasi di Lampedusa (1957)… o con cualquiera de los terribles Uzeda de Federico De Roberto (1884). Por eso me siento inclinado a suscribir la conclusión de James Q. WHITMAN, *Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide Between America and Europe*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2003, donde se explican diferencias de actitud y de prácticas ante el castigo a tenor del pasado, estamental-aristocrático y popular-democrático, de las respectivas sociedades europea y norteamericana.

(5) Cf. David M. HORTON - Katherine E. RICH (eds.), *The Criminal Anthropological Articles of Cesare Lombroso Published in the English Language Periodical Literature During the Late 19th and Early 20th Centurie. With Bibliographic Appendices of Books and Periodical Literature Pertaining to Lombroso and Criminal Anthropology*, Lewiston

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'científica' destinada a controlar las constantes amenazas que acechan al estado liberal — un saber metajurídico que actúa en tanto 'ciencia política' quintaesenciada, si se prefiere — habría sido la principal contribución del célebre médico positivista a la práctica punitiva americana.

Tras realizar un diverso recorrido obtenemos similares enseñanzas de otro estudio actual sobre la determinación estadística del 'criminal profiling': su tesis afirma que los modelos matemáticos empleados por los criminólogos modernos, en lugar de reflejar descarnadamente la realidad social y la presencia del crimen, más bien llegarían a inventarse las cotas de incidencia criminal y los segmentos de población considerados peligrosos, en una suerte de pronóstico autocumplido (6). Según esta interpretación, desde el vuelco experimentado por la política criminal americana en los años 1970 ha triunfado un 'actuarial paradigm', quiere decirse, un « non-jugdmental, managerial approach to criminal populations » más interesado en regular niveles probables de desviación que en la búsqueda de soluciones adecuadas a la conducta de singulares desviados o a las malformaciones sociales que tendrían en su base (Hardcourt, pp. 113-114). La conclusión es desoladora: « criminal profiling generally, in a world of finite law enforcement resources, is likely to reshape perceived offender distributions along the specific trait that is being profiled […]. Criminal profiling has a multiplier effect that, in all likelihood, gradually reinforces the perceived crime correlations — particularly where we do not have a good measure of natural offending rates » (*id*., pp. 126-127). Y es que, más allá de una evolución aparente que arrancaría de la individualización de la pena hasta terminar en las propuestas retribucionistas (7), la discreta

(N.Y.), Edwin Mellen Press, 2004; también, Cesare LOMBROSO & Guglielmo FERRERO, *Criminal Woman. The Prostitute and the Normal Woman*. Translated with a new Introduction by Nicole Hahn Rafter and Mary Gibson, Durham (N. C.), Duke University Press, 2004, obra de la que hubo versión en inglés, resumida, en su momento (1895).

(6) Bernard E. HARDCOURT, *The Shaping of Chance. Actuarial Mode and Criminal Profiling at the Turn of the Twenty-First Century*, en « University of Chicago Law Review » 70 (Winter 2003), 105-128.

(7) No puedo entretenerme a discutir la exactitud de este movimiento evolutivo, válido en tanto representación de tendencias mas de obligado contraste mediante investigaciones de campo; una de ellas, conducida sobre la justicia de menores, demues-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eficacia de la criminología positiva parece garantizada: sin grandes cambios de sustancia (8) , la política criminal del siglo XX atestigua simplemente un continuo perfeccionamiento de las herramientas estadísticas, ahora como en tiempos de Cesare Lombroso aplicadas al diseño de las estrategias punitivas de prevención y control.

'*We/us — they/them*'. Seguramente la permeabilidad del derecho penal en los Estados Unidos a una 'ciencia criminal' que construye empíricamente la normalidad y no sabe desprenderse de sus orígenes constituye un rasgo sobresaliente que puede diferenciar ese derecho en relación a la experiencia jurídica 'continental': entre nosotros, una elaboradísima teoría dogmática ancla la represión penal en el terreno firme del derecho (9), « while […] American law, courts, and lawyers embraced the central tenets of the Lombrosian project » (Simon, p. 2141). La analogía entre sistemas fallaría desde el momento mismo de definir una dada acción humana como delito (10). Y algo de ello tendrá que ver, entiendo, con el desarrollo discreto del *Criminal Law* en tanto especialidad académica: « we

---

tra que la retórica de la rehabilitación — individualización fue pacíficamente compatible con una práctica judicial de rigor retributivo: Salomon J. GREENE, *Vicious Streets.* The Crisis of the Industrial City and the Invention of Juvenile Justice, en « Yale Journal of Law and Humanities » 15 (Winter 2003), 135-171.

(8) Pero los modelos actuariales aplicados al derecho penal se habrían alterado también de una forma cualitativa: a medida que se abandona el fin de la rehabilitación las estadísticas estrechan su enfoque y recogen solamente las variables relativas a las características de la ofensa y del previo historial del delincuente; se ha perdido por el camino cualquier indicador del *background* social, familiar y local del 'peligroso' — una información que, a su modo, siempre preocupó a la encuesta ('etiológica', 'resocializadora') de la criminología positiva: cf. HARDCOURT cit. (n. 6), pp. 106-107.

(9) Cf. Richard F. WETZELL, *Inventing the Criminal. A History of German Criminology, 1880-1945*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2000. La última, importante literatura sobre el argumento en Peter-Alexis ALBRECHT, *Kriminologie und Kriminalistik im Zugriff der Geschichtswissenschaft*, en « Rechtsgeschichte » 10 (2007), 194-202.

(10) Cf. L. A. ZEIBERT, *The Model Penal Code Revisited. Philosophical Analysis and the Crim*inal Law, en « Buffalo Criminal Law Review » 4 (2000), 101-138. Los recursos electrónicos nos permiten realizar fácilmente ciertas comparaciones: por ejemplo, si buscamos (escribo esta nota en mayo de 2007) en la sección de revistas, categoría « Criminal Law », del banco de datos Lexis-Nexis, la entrada 'Lombroso' remite a 125 artículos ('Cesare Lombroso' en 84 casos); por el contrario 'Edmund Metzger' arroja solamente cinco remisiones, de las cuales dos corresponden por cierto a trabajos (publicados en español) de la « Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

[…] have all but left the field to charlatans » — llegó a decir uno de los personajes que ocuparán pronto estas páginas (11). Tal juicio, formulado en 1926, no debe mantenerse, pero resulta significativo el desplazamiento del derecho penal a beneficio de la criminología en la principal revista americana de la disciplina (12).

En cualquier caso, dando por válido el diagnóstico de Jonathan Simon, con su amargo saldo final (13), aquí debo limitarme a presentar unos cuantos datos e informaciones inéditas sobre los textos y las circunstancias que contribuyeron a la proclamada conmixtión de la 'ciencia criminal' moderna con el derecho penal *made in USA* — o, si se quiere, al relativo desplazamiento del segundo por el protagonismo que aún tendría la primera. Se trata de otro caso de 'importación' de doctrinas jurídicas europeas durante la llamada 'era progresista'; un argumento al que no suelen atender los colegas americanos (tan peligrosamente autorreferenciales: se dirían ciegos ante un pasado que no pueden siquiera concebir desde sus presentes modos profesionales) (14) — sin ser tampoco un terreno habitual de

(11) Me refiero a Roscoe Pound (1926), según recoge Gerhard O.W. MUELLER, *Crime, Law and the Scholars. A History of Scholarship in American Criminal Law*, Seattle (Wash.), University of Washington Press, 1969, p. 111, en capítulo sobre « The Criminal Law Scholars ».

(12) Se trata del « Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology » (1910), desde 1931 y hasta la fecha publicado como *Journal of Criminal Law and Criminology* (con un segundo, menos duradero [1951-1972] cambio de título: « Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science » tras la absorción del « American Journal of Police Science ») — otro protagonista de estas páginas; cf. MUELLER cit. (n. 11), pp. 82 ss, correspondientes al capítulo (v) de « Criminology Takes the Head ». Tampoco en Inglaterra la posición académica del derecho penal (« as a discrete undergraduate subject ») parece muy sólida antes de los años Treinta: cf. K. J. M. SMITH, *Lawyers, Legislators and Theorists. Developments in English Criminal Jurisprudence, 1800-1957*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 362.

(13) Pues no bastaría con la crítica del retribucionismo dominante para reformar la práctica penal y penitenciaria americana y sus escandalosos datos sobre la población carcelaria y la pena de muerte; sería necesario un nuevo paradigma criminológico post-positivista, lo que no se advina aún en el panorama de la especialidad: SIMON cit. (n. 2), p. 2172.

(14) Y es la crítica que merece la obra, por lo demás de indudable calidad, de N. E. H. HULL, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn. Searching for an American Jurisprudence*, Chicago and London, Chicago University Press, 1997, donde la búsqueda de la *American Jurisprudence* parece olvidar por completo la dimensión internacional de los

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

los historiadores de este lado del océano (15). Afortunadamente, la consulta de los papeles profesionales de John Henry Wigmore, el principal protagonista de aquellos flujos doctrinales, me permite avanzar un poco más en una senda de trabajo iniciada hace quince años…

I. *El crimen, la ciencia y la* Law School.

Nos encontramos ahora en Chicago, el 28 de diciembre de 1908, en los locales acogedores — fuego en las chimeneas, sillones de cuero y madera de excelente calidad recubriendo las paredes — del *University Club*. Una importante institución local, la *School of Law* de Northwestern University, que celebra el cincuentenario de su fundación, propone a las autoridades académicas y a los más notables exponentes de la vida jurídica, policial y penitenciaria del estado de Illinois (del presidente de la universidad mencionada Abram Winegardner Harris y el vicepresidente del *Board of Trustees* Humphreys H.C. Miller, al capitán de Policía de West Park Frank P. Tyrrell, al superintendente de la *Central Horward Association* F. Emory Lyon, al juez de circuito, antes juez del tribunal de menores, Julian W. Mack... por mencionar sólo unos cuantos nombres y ejemplos) (16) la convocatoria de un congreso nacional de derecho

---

dos autores en estudio, seguramente los juristas americanos más versados en cosas europeas.

(15) Pero cf. Mathias Reimann, *Historische Schule und common law. Die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts im amerikanischen Rechtsdenken*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993; del mismo (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820-1920*, ibd. 1993.

(16) Pues el lector puede encontrar muchos más en las actas del congreso que nos interesa: cf. *Proceedings of the First National Conference on Criminal Law and Criminology. Called in celebration of the Fiftieth Anniversary of the Founding of the Northwestern University School of Law (Union College of Law)*. Held in Northwestern University Building, Chicago, Illinois, June 7 and 8, 1909. Chicago (Ill.), Northwestern University (for the American Institute of Criminal Law and Criminology), 1910, pp. i-iii. Me limito a subrayar la presencia de universitarios relevantes: profesores de Derecho (Ernst Freund, Harry A. Bigelow, G. Frank Lydston, Juliam W. Mack, Roscoe Pound), expertos en Psicología (James R. Angell, Walter D. Scott) y Medicina (Archibald Church, Henry E. Favill, James G. Kirnan), sociólogos (John F. Geeting, Grahan Taylor), economistas (Willard E. Hotchkiss).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penal y criminología (1909). Los encuentros profesionales dedicados a la materia presentaban por entonces alguna continuidad: fue muy importante — también para la nueva generación 'progresista' que disfruta ahora del *Club* — la *National Conference of Penitentiary and Reformatory Discipline* (1870) celebrada en Cincinnati (Ohio), a instancias de Enoch C. Wines (1806-1879), notable reformador del sistema carcelario y autor del primer informe general sobre la condición de las prisiones en los Estados Unidos (1867) (17). Mas los reunidos en el *University Club* nos resultan a su modo innovadores.

Se encuentran también presentes las transformaciones sufridas por la educación de los juristas en las décadas siguientes a la guerra civil — pero el extremo no puede interesarnos todavía (18). La iniciativa del congreso ha partido del californiano John Henry Wigmore (1863-1943), figura indiscutida del momento, hecho en el Harvard de Christopher C. Langdell y apóstol del *case method* en Northwestern; un auténtico *legal scholar* de inagotable energía y enciclopédica educación que orientará su larga existencia en absoluta fidelidad a los motivos del *fin de siècle*: dimensión internacional de los saberes (una dimensión rayana en el exotismo: las primeras experiencias del personaje como profesor habían tenido lugar... en el Japón de los Meiji), compromiso con la reforma social, prolífica producción literaria (aún circula su enorme tratado sobre *Evidence*, 1904-1905), vocación comparativa (cf. *A Panorama of the World's Legal Systems*, 1928), creación de revistas y colecciones, organización de redes intelectuales de todo tipo (19). Por entonces Wigmore

(17) En esa ocasión Zebulon R. Brockway (1827-1920), a quien el lector recordará como superintendente general (1877) del reformatorio de Elmira (New York), presente también entre los congresistas de 1909 (cf. *Proceedings* cit. [n. 16], p. iv; pero no asiste: p. xxiii), lanzó a la discusión dos de los grandes tópicos del debate criminológico: el tratamiento individualizado del penado y la sentencia indeterminada. Cf. Kermit HALL, *The Magic Mirror. Law in American History*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 179.

(18) Permítaseme al menos llamar la atención sobre William P. LAPIANA, *Logic & Experience. The Origin of Modern Legal Education*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1994.

(19) La biografía/hagiografía fue cosa de William R. ROALFE, *John Henry Wigmore. Scholar and Reformer*, Evanston (Ill.), North Western University, 1977. Últimamente, Annelise RILES, *Encoutering Amateurism: John Henry Wigmore and the Uses of American Formalism*, en *id.* (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lleva quince años en Northwestern y los últimos seis o siete al frente, como decano, de su escuela jurídica. Durante el período ha producido varios y notables trabajos — sin cultivar, en rigor, el derecho penal: vieja afición, objeto de futuras intervenciones (20), pues la modernización de la *School of Law*, el reclutamiento de profesores y la mejora financiera de esa institución, pronto dotada de una extraordinaria biblioteca (la famosa 'Gary Library'), absorben por completo sus actividades. Además, bajo las leyes implacables del mercado y la libre competencia, el nacimiento (1902) de otra escuela a dos pasos de Northwestern — la *University of Chicago School of Law*, bien provista de cabezas y fondos — aconseja reforzar la imagen pública de la vieja facultad; establecida hace cincuenta años en una 'tierra de misión', la institución de Wigmore rivaliza en fama e influencia con los mejores establecimientos universitarios de Nueva Inglaterra y lucha para convertirse en el centro más sensible a las discusiones de una sociedad sometida a continua ebullición (21).

Son debates referidos especialmente a la justicia criminal. No sólo se trata de un reto universal que tiene alcance particular en país de composición social compleja como son los Estados Unidos (lo que agudiza una inemigración rampante), abierto desde sus orígenes a toda clase de experimentos penales y penitenciarios (22); no sólo la

---

Portland (Oregon), Hart Publishing, 2001, 94-126, de interés general aunque centrada en el Wigmore comparatista: « a man who belonged to every club and society, and who meticulously clipped every reference to his activities in the most trivial of newsletters » (p. 95). De tan meticulosa manía, con su inevitable prolongación como archivo, me serviré de inmediato; quede constancia de mi gratitud a Mr. Kevin B. Leonard (Northwestern University Library) y al colega Stephen B. Presser (Roul Berger Professor of Legal History, Northwestern University), por su eficaz asistencia en el acceso a los papeles de Wigmore.

(20) En efecto, una de sus primeras publicaciones, premiada por la Sociedad de Medicina Legal en 1888, fue el *speech* « Circumstancial Evidence in Poisoning cases » (ROALFE cit. [n. 19], pp. 15 ss). Pasado el tiempo, junto a Arthur V. Lashly, Wigmore será responsable del enorme *The Illinois Crime Survey*, Chicago, Illinois Association for Criminal Justice etc., 1929, sobre el que disponemos de Leigh B. BIENEN-Brandon ROTTINGHAUS, *Learning from the Past, Living the Present: Understanding Homicide in Chicago, 1870-1930*, en « Journal of Criminal Law and Criminology » 92 (Spring-Summer 2002), 437-534, pp. 478 ss.

(21) Paul D. CARRINGTON, *The Missionary Diocese of Chicago*, en *Journal of Legal Education* 44 (1994), 467-518; cf. p. 500 ss. para los argumentos que tocan estas páginas.

(22) Tiene que ver con lo nuestro Craig HANEY, *Criminal Justice and the Ninete-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

porosidad triunfante en el derecho penal tras la revolución *positiva* — su consabida apertura a la antropología, la psicología, la medicina, la sociología — hacen de esta rama del saber, ya no simplemente jurídica, un óptimo terreno para ensayar el paradigma moderno de las ciencias sociales (23). En la consideración *científica* del derecho penal por parte de Wigmore y sus amigos confluye, de un lado (un lado que parece, aunque no lo sea, algo secundario), el modelo de estudios surgido en Harvard, ahora en rápida expansión: un sistema *universitario* de (re)producción de las clases profesionales, a base de candidatos con grados en artes liberales introducidos en el análisis de los *principios* del derecho mediante análisis inductivo a partir de precedentes judiciales — experiencia hasta entonces inédita en la tradición 'artesanal' del *common law*. Desde esta perspectiva, la figura nueva del *law professor*, un intelectual que se mira en Alemania y que se propone (con menor éxito que allí, dicho sea de paso) como encarnación auténtica del *lawyer* americano, abraza el compromiso con la *ciencia* propio de la universidad y comparte con otros colegas, todos accesibles *full time* en el mismo *campus* universitario, modos de selección, aspiraciones, resultados. Y claro está, el apertísimo derecho penal del 1900 se presta como pocas especialidades para entablar un diálogo con terceros — en el que vemos continuamente confundidas la causa de la *epistemología* con las pretensiones de *status* (24).

---

enth Century Paradigm: The Triumph of Psychological Individualism in the Formative Era, en « Law and Human Behavior » 6 (1982), 191 ss., ahora consultado en Stephen B. PRESSER-Jamil S. ZAINALDIN, *Law and Jurisprudence in American History. Cases and Materials*, St. Paul (Minn.), West Pub. Co., 31995, pp. 479 ss.

(23) Un cuadro general se obtiene a partir de Ruth HARRIS, *Murders and Madness. Medicine, Law, and Society in the Fin de Siècle*, Oxford, Clarendon Press, 1989; también, Laurent MUCCHIELLI (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, l'Harmattan, 1994; del mismo, *La découverte du social. Naissance de la sociologie en France (1870-1914)*, Paris, La Découverte, 1998. Para los Estados Unidos, cf. MUELLER cit. (n. 11), especialmente su parte segunda (« The *Middle Ages*: Nineteenth to Twentieth Centuries », pp. 65 ss).

(24) A la obra de LAPIANA cit. (n. 18), añádase Robert STEVENS, *Law School. Legal Education in America from the 1850's to the 1980's*, Chapel Hill and London, University of North Carolina Press, 1983 (reimp. 1987); cf. Mathias REIMANN, *A Career in Itself. The German Professiorate as a Model for American Legal Academia*, en Mathias REIMANN (ed.), *The Reception of Continental Ideas* cit. (n. 15), 165-202.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

De otro lado, la historia mínima de la *legal education* apenas trazada se encuentra detrás de la presencia en Northwestern de un autor destinado a ocupar una posición dominante en el pensamiento jurídico contemporáneo. Me refiero a Roscoe Pound (1879-1964), brillante aunque fugaz incorporación (1907-1909) a la facultad de Wigmore y como éste otro *lawyer* de saber enciclopédico y vastísima erudición, individuo de la 'especie' positiva (se había doctorado en Botánica, 1897) que ha sido responsable del rumbo *sociological* seguido por la *American jurisprudence*. Al considerar aquí, ciertamente con injusta parquedad, este nombre no nos desviaremos un ápice de nuestro asunto actual, pues gracias a Roscoe Pound se explica derechamente la apuesta 'científica' de Wigmore.

A estas alturas del siglo Pound es un activo reformista capaz de educar a una generación entera de 'social engineers'. Sin cumplir aún los treinta años ha logrado fama nacional (más la llamada de Wigmore para enseñar en Northwestern) con una influyente conferencia sobre « The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice » (1906); objeto de repetida publicación, algunos de los tópicos abordados en años sucesivos (vale decir, los dogmas del credo 'progresista': respeto a las normas jurídicas con atención a sus implicaciones sociales; relevancia de los expertos en la aplicación del derecho; reforma del aparato judicial y del procedimiento — incluídas las críticas al rumbo 'ortodoxo' y rabiosamente individualista de la jurisprudencia posterior al caso *Lochner* [1905] y una más que prudente distancia en relación al jurado), todos esos grandes tópicos han hecho su aparición en aquellas páginas fundacionales (25). Ciertamente, el Pound de 1906 no ha profundizado todavía en el análisis de la justicia criminal, pero la cuestión se adivina en el transfondo y, en efecto, recién llegado a Chicago el novel profesor relanza sus anteriores denuncias, ahora en el terreno de la práctica penal (cf. « Inherent and Acquired Difficulties in the Administration of Punitive Justice », 1907; « Enforcement of Law », 1908) (26).

(25) Las consulto ahora en Sheldon GLUECK (ed.), *Roscoe Pound and Criminal Justice*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1965, 57-73.

(26) Cf. HULL cit. (n. 14), pp. 63 ss.; en relación al derecho penal, *ibd*. pp. 151 ss. Ya antes, GLUECK cit. (n. 25), recopilación de trabajos penalísticos ('a selected antho-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Y gracias a tales críticas, que son obra de universitario profesional, descubrimos los fermentos del congreso diseñado en los espléndidos salones del *University Club*. No se trata solamente de una sucesión oportuna de textos y acontecimientos. Que Roscoe Pound se encuentre entre los socios del *club*, que John H. Wigmore le confíe además la presidencia del comité organizador del encuentro (cf. *Proceedings*, p. ii) y la responsabilidad de pronunciar uno de los discursos inaugurales (*ibd*. pp. 1-4) nos parecen movimientos estratégicos plenamente justificados. Por vez primera en Norteamérica los académicos se colocan por delante de los prácticos (abogados, jueces, policías, funcionarios de prisiones, hombres de religión, filántropos…) a la hora de abordar el análisis del delito, la pena y los delincuentes con el objetivo, primero, de llevar a las aulas universitarias una especialidad antes dejada a las intervenciones más variadas, y, segundo, para ejecutar — en un ámbito temático adecuadísimo — el ambicioso programa interdisciplinar de las nuevas ciencias sociales.

Y finalmente: en absoluto nos resulta indiferente que ese programa y aquel análisis preocupen precisamente en la ciudad de Chicago. Aparte la incipiente rivalidad entre sus escuelas jurídicas, presente entre las inquietudes de Wigmore como sabemos, la metrópolis del *Midwest* ha experimentado el mayor crecimiento demográfico en los Estados Unidos: apenas un pueblo de cinco mil residentes en 1840, se ha convertido hacia 1900 en una capital floreciente que cuenta con millón y medio. Una inmigración incesante, potencialmente conflictiva, parece ser la causa de tanto crecimiento; por entonces sólo un tercio de *chicagoans* son americanos de naturaleza. La evolución social quiere así que estos pocos nativos acaparen los recursos económicos y protagonicen la vida política estatal y local. No es casual que el movimiento obrero viva en Chicago alguna de sus acciones más sonadas, ni que el problema acuciante del pauperismo en un espacio con enorme desarrollo industrial (eran responsables las célebres industrias cárnicas) y desbordado urbanismo provoque el experimento pionero de una justicia especial para menores (*Juvenile Court Act*, 1899).

---

logy') con larga y afectuosa presentación (pp. 1-54); en esta colección, cf. « Inherent and Adquired Difficulties… », 100-116.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II. *El congreso y Europa*.

Si recordamos ahora que esa forma nueva de justicia bordea las barreras tradicionales que separaban el derecho punitivo y la organización de la familia; si la peligrosidad potencial del niño que malvive en las calles de Chicago termina por desbancar cualquier propósito tuitivo que alentase la reforma (27), ha sido, nada más, para evocar desde este ángulo peculiar una historia auténticamente americana. Desde 1886 se suceden en Europa los encuentros internacionales de antropología criminal; la actividad ordinaria de las cátedras ha engendrado por allí tratados célebres como el *Programma* (1859; 10ª ed. 1907) de Francesco Carrara (1805-1888), el *Lehrbuch* (1881; 14ª ed. 1905) de Franz von Liszt (1851-1919), el *Derecho Penal* de Luis Silvela (m. 1903) (1874, 2ª ed. 1903), el *Précis* (1881; 8ª ed. 1903-1904) de René Garraud (1849-1930); se vienen publicando, en fin, revistas especializadas que logran resonancia y conocen continuidad (28). Mientras tanto, la situación de estos estudios en los Estados Unidos « lagged far behind. While there was no dearth of ideas, especially as to criminological matters, America lacked the apparatus, the men and the intellectual-emotional readiness to put these ideas to work » (29). En las décadas siguientes a la guerra civil el interés por el derecho penal se ha ceñido a un puñado voluntarioso de 'artesanos' sin mucha formación: ha sido el caso de

(27) Solomon J. GREENE cit. (n. 8), p. 135. Sobre Chicago, cf. Donald L. MILLER, *City of the Century. The Epic of Chicago and the Making of America*, New York, Simon & Schuster, 1996.

(28) Frente a la sólida tradición continental (« Revue pénitentiaire et du droit pénal », 1876; « Archives d'anthropologie criminelle », 1886; « Rivista Penale », 1874; « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenchaft », 1881…) sólo conozco en Norteamérica un « Criminal Law Magazine and Reporter » (1880-1896), mencionado más abajo; en realidad, hay que esperar a nuestro congreso de 1909 para hallar un título de envergadura similar a los arriba recordados, alguno de ellos objeto de atención monográfica: Christian GUEHO, *Les Archives de l'Anthropologie Criminelle, de 1886 à 1900*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 1998. Peor es la situación británica, pues, con anterioridad al *Journal of Criminal Law* (1937) apenas se registra otra cosa que unas pocas colecciones de causas: cf. Stefan VOGENAUER, *…to take up the ground hitherto unoccupied in the periodical literature. Die ersten juristische Fachzeitschriften Englands im 19. Jahrhundert*, en Michael STOLLEIS-Thomas SIMON (Hg.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, 2006, 533-564.

(29) MUELLER cit. (n. 11), pp. 69 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

J. M. Sullivan, un activista preocupado por la delincuencia juvenil desde perspectivas sociológicas que, en rigor, le superan; así también V. V. Anderson, director del « Psychopathic Laboratory » del tribunal municipal de Boston, esforzado pionero de la psicología criminal con uso de métodos empíricos y estadísticos; así, en fin, Gino C. Speranza y Robert Ferrari, abogados de origen italiano radicados en Nueva York que combinan el motivo de la reforma legislativa (cf. Gino C. Speranza, « The Proposal Penal Code of the United States », 1901) con una sensibilidad conductista de obligado credo positivo (30).

La dispersión de iniciativas y la corta presencia en ellas del gremio de los juristas contrasta con la originalidad de las prácticas americanas relativas a la ejecución penal. Los sistemas penitenciarios y el reformatorio, la sentencia indeterminada, la libertad condicional, la referida justicia de menores… son auténticos hallazgos del *common law* que comienzan a interesar en Europa — no en último lugar por sembrar serias dudas sobre la concepción utilitaria y el legalismo de los Beccaria, Bentham y compañía. Ahora bien, el cruce de esas nuevas instituciones con los viejos principios reclama un esfuerzo teórico en la fundamentación del derecho penal que sólo puede realizar una red de estudiosos dotada de autoridades y textos, de momentos de encuentro, de órganos de propaganda y opinión. Un espacio — sometido desde luego a control académico — localmente nuevo, donde resulte posible cuestionar (valga un ejemplo de la época) el valor reconocido a la libertad individual, con su secuela de un proceso acaso demasiado garantista, desde la tendencia popular favorable a una justicia pronta, por eso más eficaz: de « friction between ethical and sociological theory and legal theory », como « temporary phenomenon » que lastraría « the judicial machine », nos habla constantemente Pound por estos años (31). Y entonces, si revisamos las listas de invitados y asistentes al coloquio de Chicago no extrañará comprobar que los anteriores protagonistas

(30) *Ibd*. pp. 71-73. Sobre Gino C. Speranza, cf. Thomas A. GREEN, *Freedom and Criminal Responsability in the Age of Pound: An Essay on Criminal Justice*, en « Michigan Law Review » 93 (June 1995), 1915-2053, pp. 1919-1949.

(31) GREEN cit. (n. 30), p. 1969.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del debate criminológico (32) ocupen en Northwestern una posición más bien secundaria.

« It is perhaps unusual for a University to take up a practical movement of the sort you are to consider », puede finalmente anunciar el presidente Abram W. Harris (1858-1935) ante los delegados presentes en el congreso (*Proceedings*, pp. 10-12). La novedad lleva a justificar la aportación universitaria a la resolución de los conflictos sociales: « political and social questions are now recognized as proper subjects of study and research in universities », pero el asunto criminal constituye, entre otras materias de similar tratamiento, un supuesto particular. Si la tradición romana ha favorecido el florecimiento de doctrinas de derecho privado enseñadas en el seno de las universidades históricas (« Bologna and […] other Italian universities […] parents of academic study »), esa misma tradición, tan débil para el derecho penal, explicaría el corto desarrollo de la especialidad: « our own jurisprudence has made little advance in criminal law ». La cuestión carecía de importancia mientras se trataba, nada más, de corregir con la pena una libre voluntad desviada (« the problem seemed to be the narrow one of […] imposing a penalty on one who, able to do right if he would, yet freely choose to do wrong »), pero « science has changed the problem »; será cosa entonces de la *ciencia* (un recurrente vocablo, mejor si declinado en plural: « Psychology, Sociology, Anthropology, Medicine, Jurisprudence […] all academic possessions ») el proceder a su planteamiento y buscar la solución.

Los modernos saberes vendrían a ser, en relación al derecho punitivo, el equivalente perfecto de la aportación romana al derecho privado, mas esta aguda consideración del presidente Harris no puede detener nuestra lectura (33). Pues la actualidad de la ciencia penal americana — la conveniencia de cultivarla *también* por parte

(32) Pienso de nuevo en Speranza, pero igual consideración cabe a propósito de Zebulon R. Borckway.

(33) « As the possession of a body of learning, the classical text of Roman law, enabled the universities of the twelfth century to do a practical service of enduring value to the every-day administration of civil justice, so, we may hope, will the possession of a body of learning in Science, Sociology, Politics and Jurisprudence enable the modern university to do a like work for the administration of criminal justice », en *Proceedings* cit. (n. 16), p. 11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de los profesores — incluiría aún un general consenso en torno a los defectos de un 'sistema' que todos entienden desfasado: « the feeling, perhaps the belief, is very general in this country that our criminal laws are antiquated, our methods of criminal procedure cumbersome and inadequate, and our criminal courts so conducted that justice cannot be administered » (34). Acaso podría explicarlo la tradición del *common law*, una experiencia poco sensible al principio de legalidad (conocido sin embargo por Thomas Jefferson, *pater patriae* y entusiasta lector de Beccaria: fuente principal de su proyecto reformista para Virginia); como se sabe, en el seno de esa cultura la codificación del derecho penal — apenas un *desideratum* para Jeremy Bentham y los suyos — sólo se ha realizado en los casos, marginales, de Louisiana (proyecto de Livingston, 1826) y de la India británica (código de Macauley, 1860). Y aunque David D. Field, campeón de la causa codificatoria, haya conocido un éxito tardío con la aprobación (1881) de su diseño de código (1865) para el estado de Nueva York (35), en la mayor parte de América los derechos estatales presentan una imagen técnica deplorable (36).

Ciertamente el auge del derecho federal desde comienzos de siglo se entrecruza con la relegación creciente de los « common law crimes » en una manifestación clara de la legalidad penal, pero el coste de la operación ha sido elevado. Por un lado, mezclando prevención y cientificismo entre 1907 y 1917 un conjunto de estados han promulgado leyes — terribles — de esterilización de delicuentes y anormales (37). Por otro, la justicia juvenil (1899), las leyes de suspensión de la condena (*probation*) en Massachusetts (1878), Missouri, Rhode Island, New Jersey y Vermont, los establecimientos

(34) Así arranca otro de los discursos inaugurales, en este caso pronunciado por Orrin N. CARTER, magistrado de la *Supreme Court* de Illinois: cf. *Proceedings* cit. (n. 16), p. 4.

(35) Desde 1872 ese texto, adicionado con pésimas enmiendas, era ley en California, de donde irradia, con todos sus defectos, a otros estados: cf. Sanford H. KADISH, *The Model Penal Code's Historical Antecedents*, en « Rutgers Law Journal » 19 (1987-1988), 521-538.

(36) Cf. Lawrence M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, New York, Touchstone Books, 21985, pp. 572 ss. Del mismo, *Crime and Punishment in American History*, New York, BasicBooks, 1993, cf. pp. 264 ss. de « Federal Crimes ».

(37) GREEN cit. (n. 39), p. 1942, n. 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

carcelarios para mujeres (Indiana, 1873; Massachusetts, 1877; New York, 1881), las sentencias indeterminadas y, en general, otras medidas legales de remisión de la pena son nuevas realidades del fin de siglo, responsables de que el derecho penal « like the dollar, became markedley inflated » (Friedman). En los casos peores, tal inflación legislativa ha sido el efecto pero también la causa de numerosos problemas de definición normativa y de casuismo; por ejemplo en el supuesto de Indiana, un estado cuyos *revised statutes* (1881) sancionan separadamente el daño en los postes telegráficos (sec. 1956), el despacho de carbón con pesas trucadas (sec. 2202) o el despliegue de redes para la pesca en los afluentes del Ohio (sec. 2118) … entre otras previsiones de naturaleza similar (38).

De modo que el presidente Harris, el decano Wigmore o el profesor Pound no se preocupan simplemente del prestigio de Northwestern ni de la deseable presencia de universitarios en un terreno reservado a los prácticos. La polémica sobre la codificación del derecho, mal que bien encarrilada en el derecho privado mediante las primeras leyes uniformes (cf. *Uniform Negotiable Instruments Law*, 1896), la mejora de la técnica legislativa y una definición más sintética y racional de los delitos figuran también en la agenda del congreso: « here is a great work for the advocates of a criminal code. This Conference would prove its right to immortality if, as the result of its deliberations, there should be developed from its membership, the genius for codification which marked Napoleon. Already, in many of the States, there are no common law crimes; nothing is punished as a crime unless it is declared a crime and made punishable by statute ».

« Ought not this to be the rule everywhere under our American Jurisprudence? ». Son expresiones del abogado James Hagerman (St. Louis, Missouri), presidente en 1903 de la *American Bar Association* y ahora elegido 'permanent chairman' de las sesiones (cf. *Proceedings* cit. 12 ss). Tendría interés conocer esta clase de perso-

(38) Siempre en relación a Indiana, FRIEDMAN (cf. *History* cit. [n. 36], p. 82) se pregunta por las razones que llevaron al legislador local a multiplicar los preceptos (secciones 1942-1952, *Statutes* de 1881) en condena de la malversación según la condición personal del delincuente (oficiales públicos, abogados, empleados, agentes del ferrocarril, tesoreros, fiduciarios…) También, en general, HALL cit. (n. 17), pp. 178 ss. de « Criminal Justice System after the Civil War ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

najes y sus obras, pero la economía del escrito presente impone limitaciones infranqueables (39). Además, no es difícil suponer — lo confirman de inmediato nuestras fuentes — que aquéllos han cubierto los campos más variados del saber y la profesión: junto a los convocantes y sus colegas universitarios (40), se encuentran en Chicago, precisamente los días 7 y 8 de junio de 1909, abogados, médicos, jueces, personal de prisiones, sociólogos, politólogos, economistas, acusadores públicos, psicólogos, policías. De tan abigarrado espectro de especialidades destaco, en términos negativos, la ausencia de invitados europeos; en positivo, el protagonismo de los expertos procedentes del mundo del derecho, pero también de los profesionales de la medicina (41).

No hace falta que fatigue a mi lector con los detalles de una conclusión previsible. Ha sido un médico celebérrimo, el italiano Cesare Lombroso, quien ha sacudido desde las tesis *positivas* — el criminal como un ser biológicamente atávico, llevado por su tosca naturaleza a la comisión del delito — el ámbito *clásico* ('free will', *mens rea*) del derecho penal. Y pocos pueden escapar a la proyec-

(39) Por ejemplo, convendría abordar la escasa repercusión de las quejas de Hagerman a tenor de los debates del congreso, en los que nadie más se preocupa por la cuestión nº 29: « Unification of the criminal laws for the various States of the Union », cf. *Proceedings* cit. (n. 16), pp. xiii ss. Tal vez ahí estén las claves que explicarían la torturada historia del *Model Penal Code* americano: Sanford H. KADISH, *Codifiers of the Criminal Law: Wechsler's Predecessors*, en « Columbia Law Review » 78 (1978), 1098-1144, especialmente pp. 1138 ss.

(40) Que, lógicamente (es la lógica de Wigmore), asumen las presidencias interinas de las diversas secciones: « on Treatment (Penal and Remedial) of Offenders » (Dr. E. T. Divine, titular de economía social en Columbia University, Nueva York; impedido por enfermedad, le sustituye el psicólogo Lightner Witmer, de Filadelfia, University of Pennsylvania), « on Organization, Appointment and Training of Offcials » (Dr. Edward A. Ross, profesor de sociología en Madison, University of Wisconsin), « on Criminal Law and Procedure » (Wiliam E. Mikell, *law professor* en Filadelfia, University of Pennsylvania). Desde luego, es coherente con la índole transversal de las discusiones el triunvirato formado por un economista (con un psicólogo de sustituto), un sociólogo y un jurista.

(41) Los profesores son mayoría (unos cuarenta, de ellos veintitrés juristas), seguidos de los abogados y *attorneys* (ca. treinta), el personal de prisiones y de institutos benéficos (veinticuatro), los jueces (veinte) y los médicos (doce). No faltan políticos en ejercicio (el gobernador Deneen de Illinois, el congresista Mann, el senador estatal Manny) ni clérigos, pedagogos, psicólogos…

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ción de su sombra: como sabemos, la criminología positiva ha sido y aún es la base del « American penal law throughout the twentieth century and into the beginning of the twenty-first » (42). Así nos explicamos el sentido general y el estilo del discurso de Roscoe Pound, una breve intervención que utiliza el motivo del « crime as a disease » para contraponer los límites inherentes al pensamiento tradicional (el libre arbitrio como base de la responsabilidad; la igualdad como tratamiento uniforme de los delincuentes; el fin retributivo todavía presente en la justicia; la abstracción de una ley ciega ante las circunstancias irrepetibles del caso y del reo) frente a los descubrimientos de la sociología criminal moderna (castigos individuales; crítica de la libre voluntad; protección colectiva como fin de la pena). Por supuesto, un sistema punitivo concebido en esos términos no cabe limitarse a contenidos exclusivamente jurídicos. A partir de la imagen de la enfermedad — desde el pronunciamiento sobre la condición morbosa del delincuente, si se prefiere (43) — el *speech* que consultamos invita al análisis de un objeto que se quiere común (« our system of punitive justice »), sin realizar concesiones al espíritu de especialidad (« the alienist, the psychologist and the sociologist and the jurist and the economist »): puesto que « the point of view of each should be broadened by a comprehension of the point of view of all ». En el supuesto peor, si no resultara posible concentrar en un solo rayo las luces propias del especialista, al menos la reunión de todos ellos debe servir para trazar el catálogo unitario de los problemas pendientes (cf. *Proceedings* cit. pp. 1-4).

Y ha de servir, en particular, al reconocimiento recíproco de

(42) SIMON cit. (n. 2), p. 2136.

(43) Para seguir la pista de este ubicuo motivo, que tiene desarrollo científico en la Medicina Legal, es de gran utilidad la investigación de HARRIS cit. (n. 23). Por su parte, Robert MIGHALL, *The Brigand in the Laboratory: The Strange Haunting of Nineteenth-Century Medico-Legal Discourse*, en « The Cambrian Law Review » 24 (1993), 45-58, sabe unir Lombroso o Nordau con Stevenson y Walpole; no hace falta añadir que el cruce de la creación literaria de signo realista (predominante todavía entre los congresistas reunidos en Chicago) con la criminología positiva ha interesado a los seguidores del 'law & literature movement': cf. Jeanne GAAKEER, *Faliure of the Word: 'The Art to Find the Mind's Construction in the Face'. Lombroso's Criminal Anthropology and Literature: the Example of Zola, Dostoevsky, and Tolstoy*, en « Cardozo Law Review » 26 (May 2005), 2345-2377, con la debida atencion a un Lombroso, cultivador *avant la lettre* del referido 'movement'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esos expertos que venían trabajando aislados, médicos y juristas en su mayoría. A cien años de distancia conviene precisar algo más y añadir que el congreso criminológico de 1909 — una pensada operación que interesaría a historiadores y sociólogos del conocimiento (44) — ha conseguido levantar las fronteras de un campo intelectual-profesional y dotar de instrumentos eficaces a una disciplina que antes yacía disgregada.

La pasión institucional del convocante, « a man who belonged to every club and society » (Riles), hacía previsible esa otra, importante dimensión. Anunciada desde el principio por Pound (« we might start some propaganda for the advancement of punitive justice in this country, resulting either in a national society or in future conferences », cf. *Proceedings* cit., p. 3) encuentra oportuno reflejo en tres resoluciones coincidentes, ampliamente secundadas: primero, la creación de una asociación estable, un *American Institute of Criminal Law and Criminology*, al objeto de promover el estudio científico del crimen y el derecho y el proceso penales, diseñar las oportunas reformas y coordinar los esfuerzos de personas y organismos preocupados por la mejora de la justicia criminal; segundo, la traducción de tratados europeos de criminología, a cuyo fin ha de designarse un comité de cinco que seleccionen títulos, curadores y casa editorial; tercero, el nombramiento de otro comité encargado de poner en marcha, tras las pertinentes deliberaciones, una revista científica consagrada por entero a la materia: pues parece clamoroso que, frente a los veinticinco títulos que se saben publicados en Austria, Bélgica, Francia, Italia... incluso en Sudamérica, Rusia o España, el público de lengua inglesa carezca todavía de un órgano equivalente (45).

---

(44) Algo puedo citar, precisamente sobre la materia criminológica: Martine WALUSZYUSKI, *Les congrès internationaux d'anthropologie criminelle*, en « Mil Neuf Cent. Revue d'histoire intellectuelle », 7 (1989), 59-70, en volumen monográfico dedicado a « Les congrès, lieux de l'échange intellectuel, 1850-1914 »; también, para las ciencias naturales, Umberto BOTTAZZINI-Giuliano PANCALDI (curs.), *I congressi degli scienziati italiani nell'età del positivismo*, Bologna, Clueb, 1983. Desde un punto de vista general, Norbert ELIAS *et al.* (ed.), *Scientific Establishments and Hierarchies*, Dordrecht etc., D. REIDEL (= *Sociology of Sciences*, 6), 1982.

(45) Las mociones 'on permanent organization', 'on translation of treatises', en fin, 'on periodical of criminology' se adoptan en el curso de la segunda y última sesión,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un centro con su propia revista y una colección de textos europeos, en resumen, para construir la criminología americana desde el compromiso con la *ciencia* que alimentan los universitarios. Como no pretendo analizar la génesis de aquella especialidad, interesándome tan sólo las presencias de juristas europeos, paso por alto la existencia de asociaciones filantrópicas anteriores al neonato *Institute* que sirvieran de antecedente — pienso, en particular, en la *National Prison Association* (1870) y en la *National Conference of Charities and Corrections* (1874) (46); tampoco me detengo en la lectura de los trabajos de contenido penal y criminológico de la prensa americana antes de salir el *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* — la revista que ahora se lanza en cumplimiento del acuerdo corporativo (47). Por el contrario, las traducciones de penalistas y criminólogos — la extensa *web* profesional que alienta el amigo americano — reclaman nuestra atención; se trataría, entiendo, de una excelente ilustración de aquellos intercambios (entre) intelectuales (48) que alcanzaron tanta intensidad

---

a propuesta del 'Committee on Resolutions' - del que forman parte WIGMORE y POUND (*Proceedings* cit. [n.16], pp. 16-17, con sus debates: pp. 206 ss.). Cf. MUELLER cit. (n. 11), pp. 78 ss de « Wigmore at Northwestern: scholarship on the Frontier ».

(46) Dos órganos venerables, que habrían de estar presentes en un segundo congreso: cf. *Proceedings* cit. (n. 16), p. 198. Pero estas y otras asociaciones carecían del sello universitario que marca la nueva entidad: bajo la presidencia del inevitable Wigmore y con cuatro profesores en las cinco vicepresidencias (Roscoe Pound; Adolf Meyer, psiquiatra, Johns Hopkins University; Edward A. Ross, sociólogo, University of Wisconsin; Lightner Witmer, psicólogo, University of Pennsylvania), contaba con varios más al frente de la secretaría (Edwin R. Keedy, Northwestern University School of Law) y en el comité ejecutivo. La voluntad de reservar un terreno específico para la nueva agrupación palpita en las discusiones sobre el nombre que tendría la empresa: se quiere un *institute* (así James W. Garner: « the word 'Institute' seems to be more commonly used in Europe, as for example the Institute of International Law »), que no una *academy* y aún menos una *society* o *association*, « for the reason they are so common », *ibd.* pp. 207-208.

(47) Entre 1880 y 1896 se publicó el citado « The Criminal Law Magazine and Reporter », de Jersey City (N.J.), una revista que, a juzgar por el subtítulo (« a bi-monthly periodical devoted to the interests of bench and bar in criminal cases. Containing original articles on timely topics, full reports of important cases, and a digest of all recent criminal cases, American and English »), carecía del empeño científico de nuestros congresistas.

(48) Además del caso de Gény (cf. Carlos PETIT, *'A Contributor to the Method of*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hace ahora un siglo: la misma idea de celebrar una *national conference* en Chicago, « new to America it is an old one in Europe, where congresses of criminologists have frequently been held for the promotion of criminological science and the consideration of practical problems with the administration of criminal justice » (49).

Coherente con el análisis recogido, la crónica 'oficial' del congreso que difunde el primer número del *Journal* subraya la originalidad del momento: « in character and purpose the conference was entirely without precedent in the history of the United States ». La iniciativa de John H. Wigmore — vale decir, sus secuelas bajo forma de revista y traducciones — abriría una fase concurrida de « importaciones » doctrinales desde el viejo continente. Así se justifica además la discreta colaboración de europeos a este primer congreso. El encuentro ha sido una apuesta *national*, dirigida a sentar sobre bases sólidas (libros, autoridades, instituciones) la *criminal science* en los Estados Unidos. Se abordan cuestiones universales… pero siempre en perspectiva americana; de modo sintomático, las preferencias de los congresistas — a juzgar por el elenco, casi interminable, de asuntos a tratar y los debates — recaen en problemas como « Procedure after conviction » (tema n. 102), « Progressively increasing sentences for habitual offenders » (n. 7), « The indeterminate sentence law » (n. 40) (50). Con los

Investigation'. Sobre la fortuna de Gény en América, en estos « Quaderni » 20 [1991], 201-269) he estudiado un supuesto más relevante: *Harvard en Lyon. Lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert*, en Bernard Durand & Laurent Mayali (eds.), *Excerptiones iuris: Studies in Honor of André Gouron*, Berkeley (Ca.), The Robbins Collection, 2000, 503-554. La serie criminológica ofrece un terreno de observación tal vez demasiado obvio; paradójicamente, con la excepción de GREEN cit. (n. 30), pp 1955 ss, apenas ha merecido mención (cf. Leon RADZINOWICZ, *Appreciation: Herbert Wechsler's Role in the Development of American Criminal Law and Penal Policy*, en « Virginia Law Review » 69 [Februry 1983], 1-10, p. 3; Edward M. WISE, *The International Association of Penal law and the Problem of Organized Crime*, en « Wayne Law Review » 44 [Fall 1998], 1281-1304, p. 1296), llegándose incluso al más completo olvido: Lawrence W. SHERMAN cit. (n. 3).

(49) Cf. J. W. G. [*b.e.* James W. GARNER], *The American Institute of Criminal Law and Criminology*, en « Journal… » 1 (1910-1911), 2-5.

(50) También interesan asuntos de tanto sabor local como « The Alien in Relation of the Administration of the criminal law » (n. 109) o « Education of Attorneys » (n. 59); por contra (no obstante ciertas manifestaciones, antes recogidas) nadie quiere abordar el asunto de la « International co-operation » (n. 96) ni la « Unification of the criminal laws for the various States of the Union » (n. 29). Cf. *Proceedings* cit. (n. 16), pp. xiii ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

congresos internacionales de antropología criminal en la mente de todos, la cita de Chicago no parece otra cosa, en conclusión, que el estudio colectivo de los retos que plantea la justicia penal americana… con uso y recurso de las maneras europeas.

Y Wigmore acude a Europa — una vez más (51) — en busca de sugerencias, contactos, textos. Un anuncio del congreso, con la relación bibliográfica preparada para la mejor marcha de sus sesiones y la lista provisional de materias circula entre colegas extranjeros (« mainly those who where personally known to members of the Organizing Committe ») (52), cuyo parecer (¡y un retrato fotográfico!) siempre se requiere. Las cartas correspondientes son enviadas a comienzos de abril (hacia los días del 5 al 9, más exactamente) y el congreso ha de celebrarse en el giro de dos meses; se diría que la extemporánea petición de sugerencias, por una evidente razón cronológica, parece una simple excusa para dar publicidad — de modo 'científicamente' irreprochable — al novedoso encuentro americano.

Permite además alimentar las redes colegiales que el decano de Northwestern cultiva con indudable celo. Las respuestas que llegan a Chicago (más de veinte, de algunos grandes nombres del momento) (53) pueden contener un mero acuse de recibo, con más o menos cálida expresión de votos por el éxito de la empresa. Es el caso del alemán Josef Kohler (1 de mayo de 1909), quien alude apresuradamente a un « Gefängniskongress »; de tenor parecido son las notas del ruso Poustoroslef (4 de mayo) y del español Dorado Montero (1 de mayo), en tanto el finlandés Wilhelm Chidenius, interesado por la experiencia americana de los tribunales juveniles, añade una elegante felicitación latina (14 de mayo). Tristemente breve, pues comunica la muerte repentina del padre (el profesor Emilio Brussa, literalmente fallecido en acto de servicio: « avvenuta a Roma mentre portava la parola in una seduta della R. Commissione

(51) Víctima de incorregible *Wandernlust*, Wigmore recorre el continente, muchas veces a lo largo de su vida, para adquirir fondos bibliográficos, participar en reuniones científicas, mantener en pie sus infinitos contactos: cf. Roalfe cit. (n. 19), p. 74.

(52) Es decir, entre los conocidos de Wigmore: cf. Pound, *Proceedings* cit. (n. 16), p. 3. La lista de consultados que respondieron, *ibd*. pp. xi-xii.

(53) Se encuentran en Northwestern University Archives, colección Wigmore Papers, box 27, folder 3. Una muestra significativa se transcribe al final de estas páginas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pella statistica giudiziaria »), resulta la carta enviada por Alfredo Brussa el día 5 del mismo mes.

De otros amigos llegan respuestas más elaboradas. Tal vez sea la de Chicago una ocasión demasiado ambiciosa, escribe por ejemplo Enrico Ferri (3 de mayo), aunque debe reconocerse que « essa rappresenta perciò come una specie di *sinfonia* di tutta l'opera, che poi sarà svolta, progressivamente, per portare nell'opinione pubblica, nell'opinione dei giuristi e quindi nelle leggi penali, una orientazione in accordo colle conclusioni della scienza positiva ». Positiva o no, la feliz iniciativa no debe limitarse a ser una celebración aislada: conviene organizar *Vereinigungen* « in deren Juristen und Aerzte, Anstalsleiter und Pädagogen etwa einmal im Vierteljahr zusammenkommen, um im Anschluss an Referate ihre Erfahrungen auszutauschen », sugiere desde Colonia (6 de mayo) Gustav Asschaffenburg, profesor de psiquiatría. También en tierra germánica el penalista Ludwig von Bahr (Gotinga) propone (1 de mayo), con un esforzado inglés, varios puntos para discusión (« in what measure shall the behaviour of the prisoner influence the time of his punishment? »; « general principles for the treatment of prisoner in respect to health and instruction »), en tanto Karl von Lilienthal, de Heidelberg, insiste en la conveniencia de impulsar la estadística criminal (2 de mayo). Dimitri Drill (San Petersburgo) relaciona el necesario estudio de las causas fisio-psicológicas del crimen con « la grande et douloureuse question dite sociale » (12 de mayo), en tanto un conocedor de la justicia de menores, J. M. Baernreither de Viena, puede llamar la atención precisamente sobre ese extremo: objeto de discusiones en el parlamento imperial y real, a partir de una proposición de ley que el autor dice haber elaborado (2 de mayo). Como en Chicago interesa la formación jurídica, tiene perfecto sentido que Georges Vidal, profesor en Toulouse y autor de prestigiosos manuales, narre sus estrategias docentes en relación al derecho penal y la ciencia penitenciaria (21 de mayo); por desgracia, sólo dispone de una foto — además, « pas retouchée ». Henri Prudhomme, director de la *Société générale des prisons*, ofrece a su vez la *Revue pénitentiaire* para dar a conocer en Europa las conclusiones del simposio americano (5 de mayo). Finalmente, otros insisten en la lucha internacional contra el crimen y la consiguiente revisión del régimen de la extradición (Hans Schneikert, Berlín, 6 de mayo; Friedrich

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Meili, Zurich, 28 de abril; Gustave Le Poittevin, París, 24 de mayo), en tanto el derecho federal que está a punto de nacer y la suerte de las reformas penales alemanas recibidas en algunos estados de la Unión constituyen los asuntos que propone desde Viena el magistrado-fiscal Hugo Hoegel, « gewünschte Photographie angeschlossen » (31 de mayo).

Entre los papeles de Wigmore hay todavía dos cartas que merecen una mención especial. Adolf Hartmann, *Amtsgerichtsrat* en Berlín, envía una de ellas, no sé si acompañada de la foto pero, en cualquier caso, con una extensa comunicación (20 de mayo) sobre las materias a tratar (cf. apéndice documental, nº 7). La asociación americana resultante del encuentro habría de analizar, primero, la legislación de los diferentes estados a la busca de previsiones de puro interés histórico que, contempladas a la luz de la ciencia criminal moderna (« suggesting for instance concerning murder to do away with certain legal presum[p]tions as to the intent »), deberían ser objeto de modificación o supresión. Segundo, en lo tocante a los formalismos garantistas del proceso penal (« not seldom apt to protect the defendant too much »), los expertos valorarán la conveniencia de adoptar soluciones restrictivas para el « American problem of criminal appeal »; si apareciesen tras el fallo nuevas pruebas bastaría un recurso de revisión (el autor tiene presente la 'Wiederaufnahme des Verfahrens' de la legislación procesal del Reich). La formación técnica de los magistrados de *common law*, « by reason of the very free and high position of American judges [...] [pues] in America judges have part on the state sovereignty », lo mismo que la ilustración necesaria, en un régimen político que es democrático, de la « public opinion in matters of criminal cases » serían, en tercer lugar, otros grandes retos para los congresistas de Chicago: cada cual a su manera y según especialidad, « ought to know well and fully all what the sciences of the epoch brought on in respect to those classes [*h.e.* categorías de criminales: « whether he is an habitual offender or a casual one, defectiv or not defectiv, etc. »], to the different degrees of responsibility ».

Una cumplida respuesta la de Hartmann, como vemos, todavía entretenida en ciertos detalles técnicos (reformatorio, sentencia indeterminada, esterilización de incorregibles...) según corresponde

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a un estudioso de la justicia americana (54). Las diferencias entre las dos familias jurídicas occidentales resultan demasiado obvias, pero « there me [sic, *may*] be already, nevertheless, a mutual understanding of the different sciences, even across the Ocean, and, by the international intercourse of now, sciences may be helpful by going on to each other ». Si no cuesta ningún esfuerzo imaginar la simpatía de John H. Wigmore con estas declaraciones finales de Hartmann, tampoco se nos escapa su contento al recibir una enésima respuesta, procedente de Turín y remitida por el famoso antropo-criminólogo Cesare Lombroso (3 de mayo). Un viejo profesor cercano a la muerte (9 de octubre, 1909) que apenas puede aponer su firma venerable en escrito de mano amiga, pero todo un profesional aún con la fuerza suficiente para dirigir al colega americano algo más que fórmulas corteses:

> Via Legnano 26
> Torino
>
> Illustre Collega!
> Ricevete illustre professore la mia più calda adesione al vostro prossimo congresso nazionale di criminologia, che avrà luogo in Giugno a Chicago, e che segnerà un'era nuova per le riforme penali.
> Se io potessi dare un consiglio a gente che è ben più dotta di me sarebbe che si variassero le gradazioni delle pene non solamente secondo il delitto, ma più ancora secondo il delinquente.
> Anche su quel *Probation Sistem* [sic], che è così grande gloria dell'America d'aver introdotto, dovrebbero proporsi modificazioni, in base all'indole speciale, e alla specie del delinquente.
> Inutile fissare un'epoca pel delinquente nato, necessarissimo invece abbreviarla al minimo pel delinquente per passione e diminuirla anche per quello d'occasione, e nell'infrazione di questo, sottoporlo di nuovo ad un giudice e non farne dipendere solo la sorte dal suo sorvegliante, di cui può diventare una specie di schiavo bianco.
> Mi permetto di aggiungere una serie di bibliografie alle moltissime colte da Lei con straordinaria diligenza.
>
> Vostro ammirato
> Cesare Lombroso
> Torino 3 Maggio 1909

El entusiasmo de Lombroso ante las iniciativas de Wigmore,

(54) Cf. Adolf HARTMANN, *Die Strafrechtspflege in Amerika. Mit Ausführungen zur deutschen Strafprozessreform*, Berlin, F. Vahlen, 1906.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

heredado por la hija Gina, reaparece en un raro ensayo que publica el *Journal*, pero esta pieza póstuma de horizontes visionarios apenas nos concierne. Baste saber que el famoso criminólogo profetiza para nuestro presente un índice de locura quintuplicado; la coca sudamericana, el opio y el hachís orientales, los aguardientes y las cervezas europeas, anestésicos como la morfina y la codeína... todas esas sustancias estupefacientes serían causas de la demencia, aunque la mejora del régimen individualizado y reeducativo de las penas y la difusión de estrategias preventivas traerían consigo una disminución general del número y la ferocidad de los delitos. Nuevo sería, en cambio, el auge de la criminalidad femenina y el uso de los avances técnicos por los delincuentes: « we have already seen in our day new crimes committed with the help of the bycicle, the automobile, and, in the United States, with railroad trains », precisa Lombroso; un genuino supuesto *à la* Buster Keaton en que « pursuit can only be undertaken with the help of another train, full of guards » (55).

Tampoco merece la pena insistir sobre la fortuna del criminalista italiano, una complicada historia que se inicia en el momento de su muerte (lo sabemos por la revista corporativa) (56) y culmina — por ahora — con la edición (2004) de su obra miscelánea en inglés (57); durante el período intermedio, en tiempos marcados por la crítica

(55) Cesare LOMBROSO, *Crime and Insanity in the Twenty-First Century*, en « Journal… » 3 (1912-1913), 57-61 (trans. Dr. Victor von Borosini). Cf. Wigmore Papers, box 204, folder 20, con la carta de Gina Lombroso-Ferrero a Wigmore, 21 de abril de 1912, sobre este artículo: unas páginas inéditas destinadas al público americano que Gina encuentra tras la muerte de su padre y envía a Wigmore para prestigiar el *Journal*; poco después, Wigmore le participa el éxito resonante de esta última intervención lombrosiana: « you will be interested in the attention which your father's article has caused throught this country. I enclose you one of the numerous clippings which have been sent to me from the newspapers. Never has any one statement by a foreigner created so much attention in recent years » (Wigmore a Gina Lombroso-Ferrero, 21 de mayo de 1912).

(56) En efecto, en el primer tomo del « Journal » (1910-1911) encontramos la reseña de Adalbert Albrecht a Hans KURELLA, *Cesare Lombroso als Mensch und Denker*, pp. 830 ss; el mismo Albrecht publica por su cuenta la nota « Cesare Lombroso: A Glance at His Life Work », pp. 71 ss. Y todavía los redactores del *Journal* airean la iniciativa de un « Monument to Lombroso », p. 786. Tampoco pasó desapercibida la pérdida en la prensa británica: cf. Courtney KENNY, *The Death of Lombroso*, en « Journal of the Society of Comparative Legislation » (new series) 10 (1909), 220-228.

(57) David M. HORTON-KATHERINE E. RICH (eds.) cit. (n. 5).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

feroz de Charles Goring (cf. *The English Convict*, 1913), el profesor de Turín « forgotten […] among the general public as well as legal and criminological experts », a pesar de las apariencias terminaría por triunfar; como sabemos, « his project […] remains deeply embedded on all sides of the crime debate in America » (Simon, p. 2172).

III. *Traducciones y 'lectures' de 'Modern Criminal Science'.*

Conclusión inquietante, que nos deja a la espera de un nuevo paradigma criminológico, como se decía. Sea de ello lo que se quiera, para el objetivo que persiguen estas páginas Lombroso nos resulta simplemente un óptimo ejemplo — acaso el más llamativo: « a discursive event », ha podido observarse (58) — de la atención 'progresista' a la 'ciencia' elaborada en tierras del *civil law*.

En ejecución de la encuesta enunciada podríamos recorrer la pista que nos brinda el « Journal » y buscar artículos sobre doctrinas y derechos europeos (59), pero creo que la colección de traducciones, aprobada en el mismo congreso (cf. *Proceedings*, pp. 204-205) y documentada gracias a los papeles de Wigmore, nos reserva las mejores enseñanzas: no resulta frecuente que el historiador del pensamiento jurídico disponga de la oportunidad de conocer desde 'dentro' el conjunto de circunstancias pragmáticas, personales tanto como materiales, de una determinada empresa intelectual. Que tal suerte de estudios, improbables para Europa (60), sean de factura posible tratándose de Norteamérica encierra además una importante lección (sobre el modelo universitario, sobre la relación entre la

(58) Marie Christine LEPS, *Apprehending the Criminal. The Production of Deviance in Nineteenth-Century Discourse*, Durham-London, Duke University Press, 1992, pp. 35 ss. Cf. también p. 132, conclusiva: « one of the primary function of discourses on 'criminal man' was to authorize repressive measures against the 'lower orders' in time of organized protest against established power-knowledge relations ».

(59) Por ejemplo, Robert FERRARI, *Professor Ferri's Comment on the Seventh International Congress at Cologne*, en « Journal » 3 (1912-1913), 49-56; del mismo, « French and American Criminal Law. Three Points of Resemblance », *ibd.* 8 (1917-1918), 33 ss.

(60) Al menos contamos con notables trabajos sobre la Escuela Histórica que aprovechan de modo ejemplar el estado favorable de los archivos alemanes: cf. Aldo MAZZACANE (Hg.,), *Friedrich Carl von Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie, 1802-1842*, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, ^{2}2004.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

academia y la memoria de las disciplinas, sobre la concepción acaso 'heroica' del investigador singular…) que algún día convendrá abordar.

Y así, nuestra pequeña historia de la colección criminalísitica arranca de un episodio 'pre-histórico', precisamente datado en mayo de 1908, cuando el viajero Wigmore visita a Cesare Lombroso en su casa de Turín y le invita a impartir unas lecciones como profesor visitante en Chicago — las famosas *Harris Lectures*, dotadas y designadas por el banquero Norman W. Harris: un benefactor del decano por estos años. La intención se explicita en un escrito algo posterior (25 de septiembre de 1908) donde Wigmore expone las razones que aconsejarían fomentar, gracias al generoso *lectureship* de Harris, la causa del derecho criminal: « our object is to stimulate throughout this country a broader interest in the scientific study of criminal justice »; como vemos, serán las razones alegadas más tarde cuando se convoque el congreso (61). Y claro está, exhibir en Chicago a un especialista de reputación internacional, ofrecer al conocidísimo sabio italiano una tribuna académica pero también una gira de intervenciones militantes ante los abogados de varios estados, sin duda contribuye al desarrollo de la nueva *ciencia criminal*; ese gran proyecto de Wigmore tras su acceso al decanato (62).

(61) De la necesidad de aplicar criterios de 'ciencia' a la justicia penal (« criminal justice in this country is in serious need of immediate systematic attention from the scientific point of view ») a una reforma imperiosa en la legislación (« everybody agree, including the populace at large, that there are many abuses, and are also many traditional rules, doctrines, and institutions which have long seen their best days »), introduciendo a los juristas — tanto abogados como *law makers* — en el cuerpo creciente de conocimientos (reformismo penal, sociología, psicología, medicina…) cuyas importantes aportaciones aún se pierden de una forma irresponsable (« for example, yesterday there called on me Congressman David K. Watson of Ohio, who has worked as one of a Federal Commission for the last seven years on the revision of the Federal criminal law… He spoke to me about the details of his work, and I am sure that he would have laughed if I had mentioned such a matter as the study of what han been done in any of those four branches, nor would he have known the name of a single man of note in any of those departments »). Cf. John H. Wigmore a W. A. Locy, presidente del comité de las 'Harris Lectures', Chicago, 25 de septiembre, 1908 (Wigmore Papers, box 204, folder 10).

(62) Recordemos que Chicago acogerá la sección americana de la Unión Internacional de Derecho Penal; aunque la primera guerra mundial quiebre ese ambiente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

El anciano Lombroso rechaza amablemente la propuesta, mas sugiere un nombre capaz de evacuar el encargo. Y la indicación prospera. Una carta de Enrico Ferri, escrita en agosto desde Buenos Aires, comenta la posible invitación, que conocía por el maestro, declarándose disponible a partir de 1909, « car je veux aussi prendre la pratique de la langue anglaise » (63). Wigmore se dirige al comité de selección de las *Harris Lectures* mediante el escrito de septiembre antes citado, presentando elogiosamente al candidato favorito de la *Scuola Positiva*: « a pupil of the great Lombroso […] his leading representative in Italy ». Se trata de un profesor con cátedra en Roma pero también de un abogado en ejercicio, discípulo de un experto en medicina, acostumbrado a la investigación sociológica y miembro del Partido Socialista con escaño en el Parlamento: exactamente el tipo de estudioso *moderno* del fenómeno criminal que convendría fomentar en los Estados Unidos. A favor de Ferri jugaría también su probada capacidad de exposición: « I had already attended a lecture of his at the University of Rome and was much impressed with his effective and interesting method of speaking, for he combined eloquence and humor with science in a way which I fancy is rather unusual in the Continent ».

Pero estamos en el otoño de 1908, cuando el polémico Eugene V. Debs (1855-1926) concurre a las elecciones presidenciales como candidato del *Socialist Party of America*. Un momento nada oportuno — precisamente en Chicago: aún se recuerda por allí la terrible *Pullman Strike* de 1894 — para invitar a un orador que profesa tal ideología: aunque Italia no sea América (« we know, of course, that Socialism in Italy and Socialism in the United States are on a very different footing »), conviene averiguar primero si este irreprochable científico sabe también actuar como « a man of mental poise and tact, who could be relied upon not to embarrass the University in any way by promulgation of the Socialists' doctrine (as, for example, we have it represented by Debbs [*sic*] and his followers) ». Y es que

---

cosmopolita — con el resultado de lastrar durante décadas la criminalística americana — al menos en el ámbito nacional el *Institute* y su revista mantienen a la ciudad de Illinois como principal foco de los estudios penales. Cf. MUELLER cit. (n. 11), pp. 78 ss; también, WISE cit. (n. 48), pp. 1285 ss.

(63) Cf. apéndice documental, n. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se comprometería la dignidad de la escuela « if one of the Harris Lecturers gave occasion for undesirable newspaper comment » (64).

De toda la información allegada, siempre apreciativa en lo profesional (« a magnetic man […] one of the best orators in Europe »: Arthur MacDonald; « one of the most if not the most distinguished representative of new science of criminology in the world »: Maurice Parmelee), el mayor peso se otorga a una carta de Lloyd C. Griscom, embajador norteamericano en Roma. Gran expositor y reputado hombre de ciencia, Enrico Ferri sería, con todo, « a hot-headed socialist »; si se le invitara a Chicago desde luego se atendría a las condiciones impuestas … siempre y cuando « he was well paid by the Harris Lectures » (65). No cuesta mucho esfuerzo imaginar la decisión final del comité de selección. Si la prudencia política del profesor italiano depende de una estricta vigilancia pagada a peso de oro, entonces mejor invitar a otro conferenciante que no genere problemas: por ejemplo el famoso matemático Karl Pearson, del *University College* de Londres (66).

« The whole committee regretted this conclusion », escribe el presidente de Northwestern a su decano de Derecho (67), « but felt the risk too great ». Ahora bien, la causa de la criminología en Norteamérica aconseja a Wigmore aprovechar el contacto establecido: nada le impide dotar las conferencias de Ferri con fondos de la propia facultad y mantener así la invitación ya cursada. El 16 de enero (estamos en 1909) se propone a Ferri un contrato a título de « International Lecturer on Criminology for 1909-10 » (cf. apéndice documental, n. 3), el positivista italiano iniciaría una experiencia aún inédita, no sólo entre los colegas y estudiantes del mundo universitario americano: « you would be the first one to fill that place in our

(64) El secretario del comité del *Harris Lectureship* a John H. Wigmore, 17 de octtubre de 1908 (Wigmore Papers, box 204, folder 10).

(65) Lloyd C. Griscom a Wigmore, 21 de diciembre, en el apéndice documental, n. 2. Y sobre las relaciones entre 'scuola positiva' y socialismo, con atención a Ferri (académico y hombre de partido), cf. Mario Sbriccoli, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, en « Quaderni Fiorentini… » 3-4 (1974-1975), 556-642.

(66) Acta del comité Harris, 13 de enero de 1909 (Wigmore Papers, box 204, folder 10).

(67) Nota del presidente A. W. Harris a Wigmore, 18 de enero (Wigmore Papers, *ibd.*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

University […] it is with pleasure that I report that our Faculty unanimously believe that you are its first choice, among European jurists, for presenting the subject to the American Bar […] the propaganda of the Science of Criminology among the American legal profession, who are hitherto quiete deaf to its appeals ». Con la vista siempre puesta en estos 'sordos' abogados la estratégica visita sería una pieza más, colocada en posición central (« as to the precise time for the lectures, I would suggest November, January [1910], or February as the best month »), de un vasto plan de acción que arranca con el congreso de junio y se cierra con otro encuentro, el « International Penitentiary Congress at Washington » previsto para el otoño de 1910.

La eficacia de las lecciones (« six in number […] written and spoken in English », por supuesto en régimen de exclusiva: « no other lectures to be given in any place in the United States before the lectures at Northwestern University ») se hace depender, por una parte, de la capacidad de Ferri para disertar en inglés: que no le suceda como a Ferrero, otro visitante italiano (*h.e.* el historiador Guglielmo Ferrero, colaborador y yerno de Lombroso), cuyas charlas sobre Roma resultaron incomprensibles « because of his deficient pronunciation ». Por otra parte, habría que evitar cualquier relación con socialistas locales, sobre todo el temible Debs (« the man who led the horrible riots in Chicago, in 1894, which caused the destruction of many lives and $10,000,000 worth of property […] people have not forgotten his bad record »); la más inocente concesión a esos falsos camaradas « would only injure your influence with the classes of persons whom we desire you to persuade to our great scientific purposes, and especially lawyers ».

La labor de propaganda incluye finalmente la circulación de textos selectos, en una inteligente operación que ofrece el antecedente más directo de la *Modern Criminal Science Series* que aquí nos interesa. Por supuesto, « the lectures [are] to be printed at the expense of this University », pero además, si quiere asegurarse el éxito de la *tournée* sucesiva, sería de la mayor importancia traducir al inglés la *Sociologia criminale*, cuya versión francesa (1905) se conoce y se envidia. La traducción americana del libro principal de Ferri destruiría ciertamente barreras de lengua, pero sobre todo haría posible disponer de ejemplares en número suficiente para

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abastecer el ingente mercado angloparlante: « our great object would be to supply our 80,000 lawyers with the means of becoming familiar with the best European book on the subject [...] Our National Conference next June will open the eyes of our lawyers everywhere to the subject. They will be searching for information. Your book, if in English, will be just the right one ». Y desde luego, « the translated book and your lectures will help each other ». Esta última precisión no carece de importancia pues en los Estados Unidos, a tenor de las confesiones de Wigmore, no se publicarían libros extranjeros « and publishers are usually afraid to try them ».

El caso de Enrico Ferri parece con todo singular. Una edición de la *Sociologia criminale,* a partir de la francesa de 1893, existe en inglés desde hace unos cuantos años, pero ha sido un experimento fallido: sacrificadas las notas y condensado el texto, la casa editorial que lo produjo ni siquiera resultaría conocida en los medios profesionales (68). Tan urgente se considera una nueva publicación que la negativa final de Ferri a pronunciar las lecciones (cf. apéndice documental, nº 4) al no ver satisfechas sus exigencias económicas (dando la razón al embajador Griscom: « he likes notoriety, and also likes to make money »), no tendría por qué frustrar una traducción íntegra de la *Sociologia.* En un intento desesperado por servir a la causa de la criminología moderna, tras el rechazo de una segunda oferta (marzo de 1909) que incorpora mejora sustancial de honorarios (69), Wigmore se dirige a Hans Gross (1847-1915), un antiguo

(68) Enrico FERRI, *Criminal Sociology*, New York, D. Appleton and Co., 1897 (que no 1895, como aventura Wigmore — lo escribe con un interrogante — en la carta que consultamos; otra nota a Ferri datada a 25 de enero, donde el de Chicago pregunta por la titularidad de los derechos, desliza nuevamente una fecha equivocada: 1896), 284 páginas. Cf. « Preface » (de un W.D.M., esto es: William Douglas Morrison, autor de *Juvenile Offenders*, 1896): el libro contiene aquella porción de la *Sociologia* « which is inmediately concerned with the practical problems of criminality »; no hay mención de traductor (¿el mismo Morrison?) y carece (casi) de notas. En lo que hace a la casa editorial, de sus publicaciones de contenido jurídico sólo conozco James HADELY, *Introduction to Roman Law. In Twelve Academical Lectures* (1873); también, Gilbert Thomas STEPHENSON, *Race Distinctions in American Law* (1910).

(69) Podían pagar hasta 1500 dólares y reducir el número de charlas a tres o cuatro; esa suma era más elevada que la prevista para seis *lectures* en la cátedra *Harris* (1200$) y mucho más que lo recibido por sir Frederick Pollock, « the most famous English lawyer, who came over and lectured at five Universities, a thousand miles

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

magistrado y ahora titular de cátedra en Graz; la invitación otra vez fracasa, en este caso por dificultades lingüísticas (70). Tampoco cuajará la enésima gestión cerca de Enrico Ferri, aprovechando su probable viaje oficial como delegado italiano al congreso penitenciario de Washington (71). Al menos — le ruega Wigmore — que el profesor de Roma se avenga a una presencia literaria: si el amable colega diera su visto bueno, se podría anunciar en la asamblea de

---

apart »; si « the Italian opera-singers receive $2000 or more each night », los teatros cobran la entrada, lo que no es el caso tratándose de un acto académico. En resumen, escribe el resignado Wigmore, « we are anxious to do all that is possible to advance the principles of modern Criminology. But I must frankly say that the sum mentioned by you, $500 per lecture, above expenses, is quite impossible for us, or any other American university ». Carta de John H. Wigmore a Enrico Ferri, 1 de marzo de 1909 (Wigmore Papers, box 204, folder 10).

(70) La carta de Wigmore a Gross (24 de mayo de 1909) es una adaptación de la enviada en enero a Ferri, con cambio de Italia por Austria y de la condición forense del segundo por la judicial del primero; desaparecen por supuesto las largas consideraciones en torno al socialismo. Supongo que Wigmore no conocía personalmente a Hans Gross, y de ahí los informes solicitados (siempre positivos) a varias autoridades (cf. carta de Sigmund Zeisler a Wigmore, 3 de mayo; Wigmore a Hugo Silvestri, Viena, 7 de mayo; Silvestri a Wigmore, 8 de junio). Conservamos aun el plan de las lecciones (cf. apéndice documental, nº 12). A la vuelta del verano todo parece ir viento en popa (carta de Wigmore a Gross, 4 de octubre de 1909), pero pronto llega el desengaño: aunque Gross ha tomado desde mayo dos horas diarias de inglés, no se ve en condiciones de disertar en esta lengua… ¿sería posible, al menos, publicar las lecciones, que ya están redactadas y traducidas? (Gross a Wigmore, 7 de octubre). Los textos citados obran en Wigmore Papers, box 204, folder 10; cf. *ibd.* box 204, folder 1, Wigmore a Gross (28 de diciembre), escéptico sobre la posibilidad de editar las '*lectures*' y, en cualquier caso, rechazando, según petición de Gross, los costos de traducción. El asunto todavía coletea un año más tarde: cf. Wigmore a Gross (6 de febrero de 1911), donde se condiciona esa poco probable publicación al éxito de la *Modern Criminal Science Series*, para la que se prepara entonces la *Criminal Psychology* (1911) de Hans Gross (Wigmore Papers, box 204, folder 13).

(71) Y es que la asistencia a ese congreso libraría a Ferri de gastos (« you would doubtless be appointed a delegate from Italy, and your expenses of attendence paid »), aunque entones la retribución últimamente propuesta no podría mantenerse (Wigmore a Ferri, 24 de marzo de 1909); acaso por tal motivo el criminalista declina por tercera vez la insistente solicitación: « i molti impegni che ho già, anche per l'anno venturo, mi renderanno impossibile di recarmi nel Nord America per il Congresso Penitenziario del 910 » (Ferri a Wigmore, 4 de noviembre de 1909). Ambos textos en Wigmore Papers, box 204, folder 10. Cf. aún Wigmore a Ferri, 9 de febrero de 1910 (*ibd.*), pidiendo confirmación de una noticia de prensa que anunciaría un viaje del italiano a los Estados Unidos, lo que desmiente de inmediato el interesado (carta a Wigmore, 27 de febrero).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Chicago la inmediata aparición de la versión inglesa nueva y completa de la *Sociologia criminale*; el autor sólo tendría que poner al día las citas, escribir un prólogo para el lector americano y entregar un apunte biográfico y fotos en número suficiente para las reseñas de la prensa generalista (cf. apéndice documental, n. 5).

A su modo — extraño y casual modo — la historia se repite con Gross, cuya *Criminal Investigation*, mal que bien publicada (1906) en la remota ciudad de Madrás, apenas resulta conocida en los Estados Unidos: de visitar el autor este país sin duda aumentará la demanda de un texto poco accesible (72). Otro buen propósito fracasado, pero la anécdota del Gross se suma al deseo de contar con la *Sociologia criminale* para convencer finalmente a Wigmore de la necesidad de superar estas dificultades mediante la creación de una colección nacional de criminalistas europeos. « We have a contract with a publisher to translate the last (fourth) edition of Ferri' s Criminal Sociology », anuncia contento el decano en las sesiones del congreso, « why cannot that be made a nucleous for the larger idea, to publish a series on criminology? Are we to expect all our lawyers and all our physicians and all our other scientists to worry through a French, German or Italian treatise in the original […]? Is there no way to give them the results of the greatest foreing scientists? » (cf. *Proceedings*, p. 204). Y todavía: « if you stepped into our Gary library of criminology which has just been started, you would see about a thousand volumes. To me it is very depressing to think that, though they have now had thirty years or more of criminal work in that direction, yet even Lombroso's chief work has not been translated into the English language. You or I may not agree with Lombroso, but I would take the opportunity to read him in two Sunday afternoons if he were put into English […] We could easily pick out a dozen authors who are the foundation writers on the

(72) Por eso Wigmore pide ayuda para financiar las 'lectures' a The Lawyers' Co-operative Publishing Company, de Rochester (N.Y.), los agentes locales de la traducción angloindia (cf. Wigmore a Frederick W. Platt, 28 de mayo de 1909, en Wigmore Papers, box 204, folder 10). Cf. Hans GROSS, *Criminal Investigation. A Practical Handbook for Magistrates, Police Officers and Lawyers.* Trans. and Adapted to Indian and Colonial Practice… by John Adam… and J. Collyer Adam. Madras, A. Krishnamachari, 1906, xxviii-889-xlvii pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

subject and who ought to be printed in English » (cf. *Proceedings*, pp. 204-205).

La cita anterior es algo larga, pero la rareza de la fuente aconsejaba su reproducción. También me resulta, en su practicidad a la americana, una propuesta plausible y convincente; nada tiene de extraño, siendo por demás cosa del influyente John H. Wigmore, que los reunidos en Chicago la secunden de inmediato: « *Whereas*, It is exceedingly desirable that important tratises on criminology in foreing languages be made readily accesible in the English language; *Resolved*, That the President appoint a committee of five, with power to select such treatises as in their judgment should be translated, and to arrange for their publication, without expense to the Institute » (cf. *Proceedings* cit. p. 210).

Si dejamos por ahora la complicada aventura editorial del Ferri — libro primero en intenciones mas sometido a constantes sobresaltos — estaremos en condiciones de conocer los nueve elegantes tomos de la *Modern Criminal Science Series*, publicados (entre 1911 y 1917) por la prestigiosa casa Little, Brown and Company de Boston. Ya sabemos que estos libros han supuesto un esfuerzo pionero en el campo de la criminología (73). Conviene añadir que Wigmore, siempre fértil en ocurrencias, no se ha limitado a introducir unos cuantos nombres extranjeros en las bibliotecas americanas: si se invierten esfuerzos en lograr las traducciones, se trata de fomentar la aparición de una literatura autóctona de calidad semejante. Por eso entiendo que la idea de un « Harris Prize for Methods of Education and Reform in Criminal Science », concebida por nuestro decano en 1911 *ca*. (cf. Wigmore Papers, box 25, folder 14), se encuentra en estrecha relación con la colección criminológica. En

(73) Ciertamente, antes de Chicago algo había de *Scuola Positiva* disponible en inglés: por ejemplo, la introducción de Cesare Lombroso al libro de Arthur MacDonald, *Criminology* (1893), o la síntesis de Enrico Ferri, *The Positive School of Criminology* (1908) — sin contar los abundantes trabajos menores publicados por el primero: cf. *Why Homicide Has Increased in the United States*, en « North American Review » 165 (1897), 641 ss.; *Anarchistic Crimes and Their Causes*, en « Independent » 50 (1898), 1670 ss.; *Some Aspects of Crime*, en « Humanitarian » 19 (1901), 316 ss.; *The Status of Anarchism To-Day in Europe and the United States*, en « Everybody's Magazine » 6 (1902), 6 ss. Y hemos visto que una versión amputada de la *Sociologia Criminale* había sacado en 1897 William Douglas Morrison.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

efecto, el *nonnato* premio estaría reservado a los ciudadanos de los Estados Unidos de reciente formación (el límite de edad de los aspirantes se cifraba en cuarenta años), autores de monografías originales (de 40 a 200 páginas, sin contar las notas) sobre cualquiera de los siguientes argumentos: « The Best Method of Educating Law Students, Lawyers, and Judges, in the Principles of Modern Criminal Science » y « The Reconstruction of American Criminal Law and Procedure (including courts, police and penal methods) in the Light of Modern Criminal Science ». A la vista de tales enunciados me resulta patente la convergencia del empeño universitario de Wigmore, quien quisiera consolidar en las escuelas el derecho penal y la moderna criminología como disciplinas de cultivo habitual, con el programa reformista del credo 'progresista' suscrito por Pound, él mismo y tantos otros colegas, académicos o prácticos, presentes en el congreso de Chicago. Por otra parte, la composición del jurado calificador (el citado banquero Norman W. Harris, el presidente del *Institute* Nathan W. MacChesney y, por supuesto, el decano de Northwestern) responde a los mismos propósitos de propaganda criminológica desarrollados por Wigmore en este giro de años.

Esfuerzos enérgicos, que no se encuentran limitados al asunto criminal. Siempre a instancias de Wigmore y casi siempre gracias al apoyo de una institución que le secunda con encomiable puntualidad (me refiero a la *American Association of Law Schools*), al iniciarse la década de 1910 asistimos a una recepción estratégica de doctrinas jurídicas europeas que interesa a varias especialidades de relevancia. La resolución favorable a la *criminal science* se adopta como sabemos en junio de 1909; pues bien, en agosto de ese año nuestro activo decano presenta una moción en el *meeting* de la asociación mencionada: se propone crear una *Continental Legal History Series* (con traducciones de Rudolf Hübner, Adhémar Esmein, Ludwig v. Bahr, Arthur Engelmann, Carlo Calisse, Jean Brissaud...), como condición necesaria para el despegue en América del método comparativo (74). Un año después, ante el mismo foro

(74) La serie, igualmente a cargo de Little, Brown, and Co. (1912-1928), habría de incluir once volúmenes, de los que sólo falló, por muerte de su autor (Paul Huvelin, Lyon), el reservado a la historia del derecho mercantil. Los otros diez combinan — es el estilo Wigmore — tradiciones nacionales (con insistencia sobre Francia, Alemania e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

corporativo, el decano de Northwestern saca adelante la *Modern Legal Philosophy Series*: otra biblioteca de clásicos 'continentales' (Rudolf von Jhering, Giorgio Del Vecchio, Rudolf Stammler, Josef Kohler, Fritz Berolzheimer, Pierre de Tortoulon...) destinada a combatir el déficit teórico que arrastraría la reflexión de los juristas americanos (75). Por último hay que mencionar, como cuarto experimento, la serie titulada *Evolution of Law. Select Readings on the Origin and Development of Legal Institutions*: tres gruesos tomos, publicados entre 1915 y 1918, de contenido misceláneo (76).

La teoría y la historia jurídicas, especialmente concebida la segunda en los términos de la evolución positiva del derecho, han sido, en conclusión, las consecuencias de la apertura a Europa que inicia la serie criminológica (77). Y claro está, la factura de aquellas series se beneficia de la experiencia lograda con la primera: los colaboradores más cercanos de Wigmore (Pound, Freund…), el elenco de traductores (Husik, Jastrow, Horwell, Albrecht, Lisle…), sobre todo la composición formal de los libros (generalmente dota-

---

Italia) con el tratamiento de los grandes sectores del ordenamiento (derecho privado, penal y procesal).

(75) Con trece títulos según el proyecto inical, se publican doce (falla el italiano Icilio Vanni) entre 1911 y 1925, pero la serie incluyó al ruso Nikolai M. KORKUNOV, *General Theory of Law*, una traducción de 1909. Cf. PETIT, *Gény en América* cit. (n. 48), pp. 216 ss; también, N. E. HULL, « Vital School of Jurisprudence: Roscoe Pound, Wesley N. Hohfeld, and the Promotion of an Academic Jurisprudential Agenda, 1910-1919 », en « Journal of Legal Education » 45 (1995), 235-281, pp. 243 ss.

(76) Sin expreso apoyo institucional, la serie evolutiva parece un empeño personal de Wigmore, secundado por el fiel amigo Albert Kocourek (1875-1952), un filósofo del derecho de vocación analítica, colega en Northwestern. Aquí, más que en series anteriores, predomina la intención compilatoria: los *readings* que anuncia el subtítulo, presentando el fenómeno jurídico « as a great anthropological document » (una expresión del juez Oliver W. Holmes que toman los editores), incluyen las leyes de Manú, la Ilíada, las XII Tablas e inscripciones egipcias y babilónicas, así como muchos autores (Henry S. Maine, Albert H. Post, Gabriel Tarde, Numa Foustel de Coulanges, Josef Kohler, Giuseppe Mazzarella, Edmond Picard...) de variada época, especialidad y nación.

(77) En rigor, las experiencias de Wigmore en la producción seriada de obras básicas para una biblioteca iuscientífica habría que adelantarla al momento de su participación, bajo la habitual condición de presidente-editor, en los *Select Essays in Anglo-American Legal History*, I-III (1907-1909). Cf. ROALFE cit. (n. 19), p. 87; en general, *ibd*. pp. 85 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dos de tres principales paratextos: una introducción general, un prólogo a cargo de algún especialista norteamericano y un prefacio original del propio autor) y aun la casa de ediciones (los conocidos libreros de Boston, que adoptan idénticos criterios de impresión en todas las series) recorren las colecciones, ofreciendo así la imagen unitaria que merece un proyecto efectivamente compartido (78). De manera que los Lombroso, los Gross, los Ferri y compañía, aparte sus estrictas aportaciones al terreno de la criminología científica, desempeñan aún la misión de reforzar el paradigma 'moderno' de la ciencia social del derecho en la 'era progresista'; los autores de la biblioteca iushistórica o de aquélla otra filosófico-jurídica suministran simplemente nuevos argumentos y textos a beneficio de ese modo (justamente *científico*) de concebir el derecho, que salta por encima de visiones demasiado locales y apresuradas 'familias' jurídicas (79). Aquí es suficiente concluir, primero, sobre la existencia de un compromiso intelectual que excede las circunstancias propias del saber criminológico y, segundo, sobre el admirable empeño de unos cuantos 'científicos' conversos — principal entre ellos el decano Wigmore — capaces de arrastrar voluntades... que se dirían dispersas a la espera de una ocasión oportuna.

---

(78) Por supuesto, resulta inevitable que la proximidad de tareas y de los brazos ejecutores causen algunas dificultades Así, una carta-informe de Wigmore a Nathan W. MacChesney, presidente del *Institute* (24 de mayo de 1911), justifica la ausencia de libros históricos en la serie de ciencia criminal: esta materia se reserva para la biblioteca de historia jurídica; en sentido similar, Wigmore a Maurice Parmelee (8 de octubre de 1912). También provoca interferencias la identidad de traductores: sería el caso de Rapelje Howell, traductor de la *Philosophie Pénale* de Tarde y de otros dos volúmenes de la *Continental Legal History Series*, lo que causa retrasos: cf. Wigmore al comité de traducciones (6 de marzo de 1912). En alguna ocasión la experiencia labrada en una serie puede aprovechar a otra: por ejemplo, la revisión del lenguaje técnico que usa un traductor de criminología a cargo de alguien activo en la serie iusfilosófica (cf. Pound a Wigmore, 11 de marzo de 1912). Todos estos textos en Wigmore Papers, box 204, folder 1.

(79) Y que lleva así a los protagonistas de estas páginas a improvisar velozmente un derecho comparado *more americano*: cf. Laurent Mayali, *'Comparative law' et Droit comparé: le modèle américain (début XIXème-première moitié du XXème siècle)*, en Antonio Padoa-Schioppa (cur.), *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento*, Milano, Istituto Lombardo, 2001, 131-151.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

IV. *« A missionary tone »: paratextos americanos para textos europeos.*

A la cabeza de propósitos semejantes, por tanto banco de pruebas y de estilo, los tratados de derecho penal y criminología reclaman por fin nuestra atención. La atrae de inmediato una « General Introduction », manifiesto inaugural de la serie presente en todos sus tomos. Suscrita por los editores ha sido, sobra advertirlo, cosa personal de Wigmore (80). Su lectura nos recuerda el discurso de Roscoe Pound en el congreso de Chicago, pero la comunidad de ideas no impide adoptar aquí una expresión más rotunda: el prólogo habría de transmitir — advierte Wigmore a sus colegas — « a missionary tone ». Y en efecto, si la vieja metáfora del crimen como enfermedad recorre el *speech* de Pound será en la versión de nuestro autor cuando este gastado tropo (81) exprese toda su potencia. Los avances de la medicina consistirían en la determinación del origen de las enfermedades, simples hechos naturales que identifica el diagnóstico. Ciertamente cabe la prevención pero, una vez ha llegado el mal, el experto debe combatirlo con un tratamiento específico, esto es: escogido de manera singular según sea la causa de la enfermedad. La individualización del padecimiento, tanto en sus orígenes como en sus remedios, resume por tanto las grandes verdades de la ciencia médica. Y la misma explicación serviría para comprender el delito. Si la medicina pre-científica atribuye a la acción de fuerzas misteriosas los males del hombre, el derecho tradicional especula, a su vez, con « el libre albedrío inescrutable del ser humano » en busca de las razones del comportamiento criminal. Y este paralelo se lleva al terreno de los remedios. El penalista clásico dispone sólo de dos, por eso objeto de una continua aplica-

(80) Wigmore a William W. Smithers, 28 de diciembre de 1909, sobre el borrador de la introducción (cf. apéndice documental, n. 14). Por eso falla la útil hipótesis de GREEN cit. (n. 30), p. 1981: « Pound had signed and quite possibly written the potentially far-reaching *General Introduction* to the Modern Criminal Series ».

(81) Y es que, según ha escrito HARRIS cit. (n. 23), « criminology was partially conceived of as a kind of public hygiene, with its rhetoric marked by the contemporary enthusiasm for bacteriology… The adoption of such ideas was neither total nor concerted but rather helped to clarify ideas about the relationship between individual and social pathology and to justifiy new programmes of criminal identification and containment » (pp. 98-99).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ción que, a la postre, resulta harto forzada: caida en desuso la pena capital, las multas y la prisión desempeñarían en el terreno punitivo la misma función de las sangrías y los calomelos usados por los físicos antiguos contra cualquier malestar orgánico… y, por supuesto, con el mismo, inútil, resultado. Porque si aceptamos que el crimen es una efermedad social, entonces hay que proceder con las reglas de la medicina moderna: se hace necesario determinar con métodos objetivos (observación de hechos, empleo de instrumentos estadísticos, análisis de conductas…) sus auténticas causas y utilizar después el castigo más adecuado a la naturaleza irrepetible del enfermo/delincuente. Curiosamente, en la carrera por definir y aplicar la ansiada 'ciencia criminal' la vieja Europa llevaría la delantera (« a generation of European thought »), pues los Estados Unidos, este gran país donde los saberes más útiles para el desarrollo de la ciencia mencionada (ya lo sabemos: antropología, medicina, psicología, economía, sociología, penología...) presentan un excelente nivel, paradójicamente « the law alone has absteined ». Y en esta inexplicable reserva — el lector comprende que el decano se duele otra vez del frágil arraigo que sufren los estudios universitarios de derecho — residiría el bloqueo actual que paraliza la administración de justicia.

« Our country has started late. There is much to catch up ». Los análisis parecen tan claros, tan urgente se presenta así la obra diseñada que no extraña sorprender a Wigmore dedicado a su logro pocos días después de terminarse el congreso (82). El comité de traducciones reúne, bajo la estrecha tutela de Wigmore, a dos universitarios de Chicago (Ernst Freund, Roscoe Pound) y dos abogados de Nueva Inglaterra (Edward Lindsey, William W. Smithers) (83); contra toda lógica, los primeros — profesores políglotas y escritores relevantes de reconocida competencia (84) — apenas

(82) Salvo otra advertencia, los documentos que ahora utilizo corresponden a Wigmore Papers, box 204, folder 1, por lo que ha de bastar con esta mención.

(83) Pronto se suma un sexto miembro: el sociólogo criminalista, profesor por entonces en la *State University of Kansas*, Maurice Parmelee (1882-1969). Por otra parte, Edward Lindsey deja paso ocasionalmente a Robert Scott, un profesor de ciencia política (Wisconsin).

(84) No hace falta presentar a Pound; sobre Ernst Freund (1864-1932), autor de origen alemán (doctorado en Heidelberg, 1884), profesor en Chicago (University of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contribuyen a las tareas ingratas de selección y revisión. Y mejor no exigirles esfuerzos: en tanto « Mr. Pound is perfectly useless as an editor » (Wigmore a Lindsey, 17 de septiembre de 1914) (85), el atareado Ernst Freund — continuamente protesta su incompetencia en materia de criminología — habría entrado en el comité editorial poco menos que a rastras (Wigmore a Freund, 14 de diciembre de 1909).

Más resultado le dan a Wigmore los dos colegas abogados, hombres prácticos al fin (86). El 10 de septiembre de 1909, cuando la intervención de la casa Little, Brown, and Co. todavía es pura hipótesis, Wigmore pergeña una lista de once títulos, sobre los que recaba opinión. Hay que partir de la traducción del Ferri, que se estima erróneamente a punto de finalizar; también parece indiscutible la *Kriminal Psychologie* de Hans Gross: por entonces todavía se espera la visita del autor, ocasión de óptima propaganda para el libro y la serie. Dos libros se rechazan de inmediato (Julius Vargha, *Abschaffung der Strafknechtschaft*, 1896; Joseph Van Kan, *Causes économiques de la criminalité*, 1903); tampoco parece posible traducir al completo el *Uomo delinquente…* de Cesare Lombroso — texto en continuo crecimiento desde su primera publicación (1876). En principio, Maurice Parmelee apoya (por este orden) la traducción de Lombroso, Ferri, Garofalo, Gross, Bonger y Aschaffenburg; Wigmore sostiene la causa de todos los anteriores, pero añade a Bernaldo de Quirós, Saleilles, Tarde, Van Kan y Bonger; William Smithers se inclina (también expresando un orden de preferencia) por Ferri, Lombroso, Gross, Bonger, Tarde y Bernaldo de Quirós (87). Scott se limita a seguir el criterio de Wigmore, en tanto un

---

Chicago) y competente publicista de rara vocación dogmática, cf. ahora Oliver LEPSIUS, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law. Amerikanischen Entwicklungen bis zum New Deal*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.

(85) Pero Pound alega ante Wigmore que figuraba en otros siete comités, tres o cuatro de ellos bajo su directa responsabilidad. Cf. Pound a Wigmore, 8 de marzo de 1910.

(86) Sobre todo Smithers, secretario del *Comparative Law Bureau* de la *American Bar Association* y responsable en esa condición del *Annual Bulletin…* comparatístico.

(87) Apéndice documental n. 13, de donde tomo las votaciones indicadas. Cf. William W. Smithers a Wigmore, 27 de octubre de 1909, con la lista de sus votos y los de Parmelee y expresión de dudas sobre la inclusión del Garofalo; también propone a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

incómodo Ernst Freund, que protesta su poca familiaridad con la materia criminal (« I am absolutely unacquainted with modern criminal literature and I have not at present the time to go into that field »), acepta dar salida a los dos libros más o menos comprometidos (esto es, el Ferri y el Gross) pero no suscribe el nombre de Garofalo, y se inhibe ante los restantes (88). Alguna propuesta sobrevenida (las *lectures* de Gross, quien finalmente tampoco va a Chicago; los *Ethnologische Studien…* de Steinmetz) no llegan a prosperar (89). Se cierra así un elenco de nueve autores y títulos que rezan, en inglés, como sigue:

[1] Constancio Bernaldo de Quirós (1873-1959), *Modern Theories of Criminality* (1911)
[2] Hans Gross (1847-1915), *Criminal Psychology* (1911)
[3] Cesare Lombroso (1835-1909), *Crime. Its Causes and Remedies* (1911)
[4] Raymond Saleilles (1865-1912), *The Individualization of Punishment* (1911)
[5] Enrico Ferri (1856-1929), *Criminal Sociology* (1917)
[6] Gabriel Tarde (1843-1904), *Penal Philosophy* (1912)
[7] W. A. Bonger (1876-1940), *Criminality and Economic Conditions* (1916)
[8] Raffaele Garofalo (1851-1934), *Criminology* (1914)
[9] Gustav Aschaffenburg (1866-1944), *Crime and Its Repression* (1913)

No me atrevo siquiera a realizar un rápido, inicial comentario. Estos nombres y libros son, en general, suficientemente conocidos; al presentarlos en una lista exenta de valoraciones es fácil apreciar

---

Robert P. Shick y John F.C. Waldo, del *Bulletin…* de derecho comparado, para labores de traducción.

(88) Ernst Freund a Wigmore, 12 de octubre de 1909. Cf. aún memorandum de 9 de diciembre de 1909, con la relación de acuerdos del comité; Parmelee reitera su oposición a los dos autores franceses e insiste en la conveniencia de traducir *L'Uomo delinquente* en versión completa.

(89) Cf. Maurice Parmalee a Wigmore, 29 de septiembre de 1912, para incluir STEINMETZ, *Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe* (1894); Wigmore razona su oposición alegando la publicación de la serie histórico-jurídica, donde el Steinmetz tendría mejor sede (Wigmore a Parmelee, 8 de octubre, antes cit. [n. 78]).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hasta qué punto Wigmore y los suyos han cumplido sus propósitos al realizar la selección. Por una parte, el dominio de la *Scuola Positiva* — el lanzamiento de obras con clara orientación determinista — resulta algo inevitable a tenor de la época y de las intenciones confesadas por los editores. Y el inicio con Bernaldo de Quirós obedece, por otra parte, a un obvio criterio de utilidad: este autor ofrecería una síntesis de las tendencias principales en el ámbito de la criminología (« it gives a great deal of bibliographical information about the entire European field ») (90). Los franceses Tarde y Saleilles, portavoces de orientaciones más bien desfasadas, levantan en el círculo de Wigmore las únicas voces de protesta: aún con sus reconocidos servicios Gabriel Tarde sería « a failure » y su obra, « out of date »; el católico Saleilles, « involved in a metaphisical discussion of penal responsability which is of little value », parece cosa inútil, al menos en sus dos tercios (91); pero Wigmore no renuncia a prestar el reconocimiento debido a la ciencia jurídica de Francia y consigue mantener a ambos autores (92).

La monografía de Raymond Saleilles sobre la individualización de la pena se impone, además, por ser el único texto de contenido exclusivamente jurídico con que cuenta la serie (93) — lo que no deja

(90) Nota de Wigmore a los miembros del comité, 9 de diciembre de 1909, donde se comunica el compromiso asumido con Brown, Little & Company y con varios traductores; aunque nadie se ha pronunciado por el Bernaldo de Quirós — seguramente desconocido para todos, a excepción de Wigmore — el decano apoya decididamente esta obra, dotada del referido valor introductorio. Cf. también la carta cit. (n. 80) a William W. Smithers, 28 de diciembre de 1909 (apéndice documental, nº 14).

(91) Maurice Parmelee a Wigmore, 26 de noviembre de 1909.

(92) El Saleilles fue precisamente un libro recomendado a Wigmore para la *Modern Legal Philosophy Series* (Charles Gide a Wigmore, 15 de diciembre, 1910); por otra parte, Wigmore logra, gracias al profesor parisino, los contactos necesarios para obtener los derechos de traducción de los herederos de Tarde (Wigmore a Smithers, 11 de abril, 1910). Tras la primera guerra, en un clima explicablemente antigermano, Wigmore fomentará la marcha de americanos a las universidades francesas: cf. *Science and Learning in France, with a Survey of Opportunities for American Students in French Universities. An Appreciation by American Scholars*, Chicago, R.R. Donnelly & Sons Co., 1917.

(93) Cf. Memorandum dirigido a los miembros del comité, 9 de diciembre de 1909: « In regard to Saleilles, it should be explained that one member of the Committee is decidedly of opinion against the utility of that book, but that two other members… are strongly of the opinion that it is a most valuable one for lawyers, and is essential to the scheme ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de argumentarse en el prólogo de la edición americana: Saleilles se presenta allí como « primary a lawyer, writing from a lawyer's standpoint and appreciating […] the purely legal problems of which the lawyer is so acutely aware » (94). Y es que la ambigua presencia del derecho en una biblioteca de juristas que no ha privilegiado precisamente la perspectiva dogmática en el análisis del fenómeno criminal (se acude mejor a la economía: Bonger; a la sociología: Ferri; a la filosofía: Tarde; a la psicología: Gross; a la criminología: Garofalo) explica, no sólo la ausencia de penalistas alemanes, pero también la inclusión de médicos, como el inevitable Cesare Lombroso y el psiquiatra Gustav Aschaffenburg.

De otro lado, la lista completa de autores, recogidos según el orden ideal que marcaron los editores, expresa desajustes evidentes en las fechas de publicación. El libro que debería abrir la serie es, como sabemos, la *Criminal Sociology* de Ferri; sin embargo, al diseñarse la colección el original se encuentra tan parado que parece más prudente relegarlo al quinto puesto. Prudencia vana: contra todo pronóstico el Ferri (su contrato se ha firmado en marzo de 1909) será el último volumen (1917) que vea la luz; inciden en la producción de este título tantas y tan adversas circunstancias que el lector aceptará que recoja seguidamente, en sus detalles, la información custodiada en los archivos de Northwestern.

Ya sabemos que los tratos con Enrico Ferri se remontan a los inicios de 1909; dos meses después, el 15 de marzo, se envía a Roma el contrato con la previsión de sacar el libro en otoño. En 1911 la traducción está atascada: el encargado de la tarea, Joseph J. Kelly, se comprometió a entregar el original en junio del año anterior pero arrastra una grave enfermedad y no será posible publicar la obra antes de 1912 (Wigmore a Ferri, 28 de marzo de 1911, en Wigmore Papers, box 204, folder 10, de donde tomo estas informaciones salvo otra advertencia). Un par de meses más tarde Ferri propone a Wigmore traducir la quinta edición actualizada de su tratado, que

(94) Roscoe POUND, *Introduction to the English Version*, xi-xix, p. xviii, en Raymond SALEILLES, *Individualization of Punishment*… with an Introduction by Gabriel Tarde… Translated from the second French edition by Rachel Solzd Jastrow. With an Introduction… by Roscoe Pound… Boston, Little, Brown, and Company, 1911. 322 pp. más índice.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dice a punto de publicarse en Italia (28 de mayo de 1911, en Wigmore Papers, box 204, folder 4); meses más tarde el autor positivista sigue anunciando esa edición, prevista en dos tomos: si ya no pudiera realizarse sobre ella la deseada versión americana, lo que seguramente desaconseja la ejecución de unos trabajos conducidos sobre la edición francesa de 1905, sería posible aprovecharla para una segunda edición en inglés (Ferri a Wigmore, 30 de diciembre); en realidad, pronto se aclara que el ritmo de la *Sociologia criminale* en dos tomos marcha tan lento como la propia traducción. Todo nos indica que Ferri ha contribuido a los retrasos, no sólo por sacar de modo intempestivo la cuestión de esa nueva edición italiana: en las cartas solicita una y otra vez la fecha límite de la actualización bibliográfica y estadística que exige Wigmore (la excusa le permite pedir cierta bibliografía americana) y de entrega del prólogo (« j'ai esperé jusqu' ici de pouvoir vous envoyer les données statistiques que vous m'avez demandées […] mais j'ai été si occupé qu' il m'a été impossible. Si vous voulez, je pourrai faire une *préface* à l'édition américaine de ma *Sociologie criminelle* pour expliquer que le livre a toute son importance même avec des statistiques non récentes, car l'essentiel est dans les conclusions théoriques et dans les propositions de réformes pratiques », carta postal a Wigmore, 26 de junio de 1913); finalmente, con el pretexto de sus ocupaciones políticas (« nous aurions en octobre les elections générales, avec le suffrage universel (pour la première fois), et je suis dans l'impossibilité de m'occuper […] du travail scientifique »), deja la tarea sin hacer (Ferri a Wigmore, carta postal de 4 de agosto), lo que obliga a pedir ayuda urgente (Wigmore a Arthur MacDonald, 6 de noviembre de 1913: « the fact is that Ferri ought to do it himself, but pleads that he is too busy »). Las minuciosas revisiones del editor William W. Smithers sobre una traducción deficiente (« the text is not such as I am willing to back up without much correction »: Smithers a Wigmore, 29 de julio de 1914; tambien, del mismo, 21 de septiembre de 1915: « a most unsatisfactory translation ») consumen tiempo, a su vez (cf. Wigmore Papers, box 204, folder 1). En 1915 Wigmore razona ante el autor que, tras la muerte de Kelly, su traductor primitivo, ha caido enfermo el segundo (John Lisle), de modo que el original no está aún terminado (carta a Ferri, 18 de febrero de 1915); para más desgracias Lisle muere a últimos de año

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(cf. Wigmore a Charles A. Ellwood, 10 de diciembre, en Wigmore Papers, box 204, folder 1). A comienzos de 1916 el autor felicita a Wigmore y se congratula ante la inminente aparición de su tratado, pidiendo doce ejemplares (carta a Wigmore, 11 de enero), pero la *Criminal Sociology* aún se encuentra maldita: por entonces fallece Ralston, un juez que había aceptado escribir un prefacio, lo que obliga a realizar más gestiones (Wigmore a Smithers, 24 de enero de 1916, *ibd*. folder 1; cuando está listo se pierde un envío remitido al impresor de Boston: Smithers a Wigmore, 27 de octubre de 1916, *ibd*.). Por fin la obra de Ferri verá la luz… en 1917.

A partir de tanto retraso se provocan otros, que afectan especialmente — lo veremos dentro de un momento — al libro *Criminality and Economic Conditions* del holandés Willem A. Bonger. Se entrevé un complejo proceso de traducción y revisión, de amputaciones en textos demasiado extensos, de prólogos y notas de presentación que llegan tarde, si finalmente llegan (95)… que la meticulosidad de Wigmore con sus papeles nos permite hoy conocer. Como no resulta posible recoger las mil y una particularidades de una empresa que se prolonga durante una década y compromete a un elevado número de participantes (96) será bastante alegar unos

(95) Entre esos papeles se encuentra un cuadro sinóptico (ms.) que recoge los particulares del proceso editorial: fechas de los contratos, direcciones postales de los autores, relación de traductores, estado del original (por ejemplo, junio de 1910 se prevé como fecha de recepción del Ferri), responsables de los prólogos, honorarios por la versión inglesa (sumas que oscilan entre los 300 dólares por el Bernaldo de Quirós o el Aschaffenburg y los 500 del Ferri o el Bonger), etc.

(96) A los autores, prologuistas, traductores, revisores… hay que añadir aún un nutrido grupo de consultores — en general, miembros del *Institute* — a los que acude Wigmore en solicitud de nombres aptos para traducir o de cualquier otro particular editorial: cf. por ejemplo Joseph Jastrow a Wigmore (2 de octubre de 1909), con la propuesta de su mujer, capaz de traducir alemán, francés e italiano, comprometiéndose él mismo a revisar el trabajo (Mrs. Jastrow se encargará del Saleilles); Charles Ellwood a Wigmore (6 de octubre), presentando al rev. Horton como hábil traductor (lo será en efecto del Bonger y del Lombroso); véase, en general, un « Memorandum of Negotiation for contracts of Translation Committee » (sin fecha, probablemente de inicios de noviembre), donde Wigmore comunica a sus colegas el trato cerrado con Little, Brown, and Company, que pide aprobar, así como los borradores de acuerdos que deben suscribir autores y traductores (Horton, Kallen, Husik, Mrs. Jastrow, Veditz, Webster, Shick, Waldo, Kelly…).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cuantos documentos al objeto de comprender la magnitud del empeño.

Un empeño que nace y termina con nuestro John H. Wigmore. El decano de Chicago ha impuesto su criterio al hacer aprobar la serie entre las conclusiones del congreso. Ha negociado en persona con la editorial de Boston y utiliza su extenso cuaderno de direcciones para encontrar traductores competentes y comprometer la factura de los prólogos. Se ha votado un comité editorial que cuenta con William Smithers a título de presidente, pero hemos comprobado que Wigmore disputa continuamente ese terreno: « your colleagues on the Committee », le escribirá Roscoe Pound, « are not only under a great debt to you for doing all the work of the Committee so well, but we all ought to be ashamed of ourselves heartly for leaving it to you to do » (97). La lista de obras traducidas también corresponde al profesor de Northwestern; en realidad, ha sido su visita a Lombroso la circunstancia remota que está detrás de tantos esfuerzos. Y por supuesto, a Wigmore le tocará acudir a los autores — a veces también útiles para aviar las demás series (98) — solicitando un acuerdo, proponiendo ajustes, urgiendo prefacios. Las cartas de los meses siguientes documentan una actividad frenética en la gestión de permisos y suscripción de contratos (99). Con el

(97) Roscoe Pound a Wigmore, 8 de marzo de 1910, cit. (n. 85).

(98) Por ejemplo, Raymond Saleilles es consultado (carta a ¿Albert Kocourek?, 2 de diciembre de 1910) sobre los autores a traducir en las series histórica (Glasson, Esmein, Fustel de Coulanges…) y iusfilosófica (Duguit, Gény, Demogue…). Observemos que esta serie nace oficialmente en agosto de 1911, lo que ilustra perfectamente sobre el modo de trabajar de Wigmore; cf. Wigmore Papers, box 204, folder 1. También se pide opinión a Constancio Bernaldo de Quirós (« a committee of the Association of American Law School is endeavoring to make a book for translation, which shall cover the legal sources and literature of Europe… we desire to cover, first, the medieval sources; second, the jurists of the 1600, 1700 y 1800's, and third, the progress of national codification in 1800's »), aprovechando la carta donde se comunica el buen éxito de la edición de su obra y se anuncia el envío de copias (Wigmore a C. Bernaldo de Quirós, 30 de enero de 1911, en Wigmore Papers, box 204, folder 8).

(99) Las condiciones económicas pactadas con Little, Brown, and Co. (la resolución que aprueba la colección precisa que ésta debe salir sin coste alguno para el *Institute*) prevén la retribución del autor con el cinco por ciento sobre las ventas; otro cinco por ciento iría al traductor. Por supuesto se dan variantes: así, en el contrato con Raffaele Garofalo, 20 de marzo de 1911, se saldan esos derechos mediante un pago único de cien dólares, lo que sin embargo se niega a Bernaldo de Quirós; Ferri recibe un diez

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'modelo Ferri' a la vista se pide al autor un prólogo para la edición americana y la puesta al día de referencias estadísticas y bibliográficas. En la mayoría de los casos la autorización se recibe de inmediato y el trabajo editorial procede con toda normalidad (100). Pero otras misivas adquieren un tono menos agradable, lo que suele acontecer si se discuten recortes. Ha sido el caso del criminólogo holandés de nuestra biblioteca, el doctor Willem A. Bonger (Amsterdam), honradísimo al conocer la oferta de traducción (carta a Wigmore, 14 de agosto de 1910); las cosas se complican cuando recibe (febrero de 1911) la petición de recortar ciento cincuenta páginas de *Criminalité et conditions économiques* (« too long for the size of the volume permitted in our series, and also too long for the price which we are able to pay for translation »), con ruego de remitir el texto en unas pocas semanas. Inaceptable solicitud: si resulta « absolutely impossible » tocar la segunda parte (donde Bonger diserta sobre el sistema económico, en particular sobre las manifestaciones criminales del capitalismo), la primera (« Critical exposition of the literature dealing with the relation between criminality and economic conditions ») podría perder unas veinte páginas; algo más el capítulo histórico… pero estos sacrificios exigen una labor de meses; además, la extemporánea propuesta no está contemplada en el contrato y, aún peor, otros tomos de la serie (la *Sociologia* de Ferri) tienen similar o mayor extensión. En fin, que estas cosas sucedan en América resulta algo increíble: « it seems incredible to me that in the country of the unlimited posibilities a book should have to be published in incomplete form, either for financial reasons […] or for reasons of form » (3 de marzo). Parece que los argumentos son convincentes, pero Bonger vuelve a molestarse al conocer por terceros la identidad del traductor y el estado que llevan los trabajos (Bonger a Wigmore, 2 de agosto de 1912).

---

por ciento, pues ha contratado antes de constituirse la colección; se entregan además cinco ejemplares gratuitos de autor. Para las referencias de archivo, cf. n. siguiente.

(100) Así, Constancio Bernaldo de Quirós (Wigmore Papers, box 204, folder 8), Gustav Aschaffenburg (*ibd.* folder 4), Saleilles-Tarde (*ibd.* folder 28), Garofalo (*ibd.* folder 11), Gross (*ibd.* folder 13). Pero la normalidad incluye, claro está, algún que otro sobresalto: por ejemplo, la enfermedad del traductor del Aschaffenburg, Adalbert Albrecht, seguida de la de su mujer, que actúa de mecanógrafa (Wigmore a los miembros del comité editorial, 5 de marzo de 1912, en Wigmore Papers, box 204, folder 1).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Entre unas y otras discusiones (hay algún desencuentro con Henry P. Horton, responsable de la versión inglesa de esta obra) el libro de Bonger marcha con gran lentitud; la revisión final a cargo de Edward Lindsey y la espera de un nuevo prólogo terminan por atrasar su aparición hasta 1916 (cf. Bonger a Wigmore, 4 de junio) (101).

Algo similar sucede con Lombroso, cuya descomunal obra científica, que Maurice Parmelee ha querido publicar íntegramente como sabemos, provoca tensiones con la celosa hija Gina, inflexible vigilante de la suerte de *Crime. Its Causes and Remedies*. Sus intentos por imponer el famoso título paterno — si no pueden traducirse los tres volúmes de *L'Uomo delinquente*, que la edición americana incluya al menos un amplio resumen del contenido; si tampoco es posible incluir ese resumen, que a la traducción acompañe la bibliografía lombrosiana y una noticia de los artículos aparecidos en su revista, el « Archivio di Psichiatria » — se estrellan siempre contra la dificultad insuperable de sacar adelante un tratado aluvional de extensión poco común (102).

Y las relaciones del comité editorial con los traductores (Lisle, Kelly, Solzd-Jastrow, Horton, Millar, De Salvo…) se encuentran sometidas también a continuos avatares. Al conocimiento de un idioma que no siempre ha sido la lengua materna del autor — se trata de traducir la edición más actual — se añaden las dificultades derivadas de la terminología técnica y el control de los detalles de impresión: si se desea obtener un buen resultado « experience has shown us that the editorial member of the committee should go over the MS very carefully and catch all those trivialities of error which involve punctuation, typography and citation. Also that he should colate the MS, to see that all the front matter is in shape according

(101) Cf. Wigmore Papers, box 204, folder 5. También *ibd*. folder 1, con abundantes materiales; por ejemplo carta de Lindsey a Wigmore (29 de noviembre de 1915), pidiendo noticias del Ferri para actualizar las referencias a la *Sociologia* contenidas en este otro libro; Wigmore contesta que « it is now too late to attempt to insert the citations in the BONGER to the pages of the English translation of the FERRI », pues habría acarreado mayores retrasos (carta a Lindsey, 9 de diciembre). Lo malo es que estos intentos de perfección, aun rechazados, siempre terminan por perturbar: Wigmore ha incluido por error galeradas del Ferri (¡más retrasos!) en el sobre destinado a Lindsey (carta a Wigmore, 11 de diciembre).

(102) Cf. apéndice documental, nn. 15-21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the former usage » (103); algo por completo diferente será la eficacia con que los colaboradores de Wigmore (Lindsay asume el Bonger; el propio Wigmore, el Lombroso; Parmelee se dedica al Aschaffenburg; Smithers brega con el Ferri…) desempeñen esta incómoda tarea (104). Hay que buscar además especialistas de prestigio que elaboren notas sobre la vida y obras de personajes que son, más allá de las fronteras de Europa, sólo remotamente conocidos: hace reir la anécdota de Garófalo, quien debe explicar a Wigmore, cuando acepta la oferta de traducción, que no le escribe un fantasma: falsamente tenido por muerto, todavía espera vivir lo suficiente para ver en inglés la *Criminologia* (105).

Cuando los esfuerzos comienzan a dar resultado (106) y la publicación definitiva se toca con la punta de los dedos todavía fluyen las cartas en busca de revisores con experiencia, de juristas capaces de escribir los prólogos (mejor si se trata de jueces conocidos: E. Ray Stevens, Quincy A. Myers), de soluciones prácticas para los accidentes menores que dificultan la empresa (107). Algunos de

(103) Carta de Wigmore a Smithers, 17 de septiembre de 1913. En Wigmore Papers, box 204, folder 1.

(104) En una carta cruzada entre Wigmore y Lindsey (17 de septiembre de 1914) antes citada, el de Chicago reprocha la indulgencia de algún editor con los dislates del traductor: « Mr. Parmelee nearly ruined the reputation of the Committee by passing the Aschaffenburg without doing much more than untying the string on the express package » (cf. Parmelee a Wigmore, 6 de noviembre de 1912, con su ofrecimiento para corregir la traducción). Ambos escritos en Wigmore Papers, box 204, folder 1, donde se contienen, en general, copiosas noticias sobre el proceso de las traducciones.

(105) Raffaele Garofalo a Wigmore (21 de marzo de 1911), apéndice documental, n. 22.

(106) No siempre con continuidad, como hemos visto. Si Kelly y Lisle mueren con las manos en el Ferri, un Victor von Borosini, propuesto por Harry E. Smooth, secretario del *Institute*, a Wigmore (24 de marzo de 1911) para traducir del alemán, francés o italiano, se encarga del Bonger, pero falla (William W. Smithers a Wigmore, 4 de abril de 1912). Cf. Wigmore Papers, box 25, folder 14.

(107) Revisores: hacían falta para el Ferri, pero nadie sabe pagar su inevitable intervención (William W. Smithers a Wigmore, 27 de octubre, 1916: « I am sorry the translation is so unsatisfactory, but I suppose we shall have to let it go »). Prólogos: así Wigmore al sociólogo (University of Missouri) Charles E. Ellwood (28 de diciembre, 1909), solicitando a este pionero en la enseñanza de la sociología criminal (« in fact, I believe it is your duty as the first man to lecture in this country on Criminal Sociology ») cinco o seis páginas sobre Enrico Ferri « to help launch this book ». Incidencias: las

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esos documentos nos avisan de la severa adaptación que sufren las versiones originales en su conversión al inglés: sabemos, por ejemplo, que las notas del Ferri dan muchísimo que hacer, especialmente « certain portions of the text which in this edition are intended to appear as notes » (108). A ese libro se suma el Bernaldo de Quirós, pero ahora es el mismo interesado quien ha modificado el texto para la edición americana (109). La obra de Bonger, amenazada en su integridad como vimos, al final sufre profundas alteraciones (« note[s] to the American Edition », añadidos bibliográficos, supresión de partes y resumen de otras… también a iniciativa del traductor) (110). Una « Translator's Note » al frente de la *Criminal Psychology* de Hans Gross advierte aún de la amputación de referencias « not readily accessible to English readers », « not of general psychological or criminological interest », amén del corte de otros pasajes (« the chief omission is a portion of the section on dialects ») (111). Decididamente creadora, aunque menos intensa en sus efectos, se anuncia la adaptación del Garofalo: « the aim has been to say what

---

peores se dieron en el tan citado caso del Ferri: el colmo llega con la muerte del segundo traductor — que ha conseguido superar una enfermedad — en un noble acto de heroísmo: William W. SMITHERS, *Editorial Preface*, en Enrico FERRI, *Criminal Sociology*, Translated by Joseph I. Kelly… and John Lisle… Edited by William W. Smithers, with an Introduction by Charles A. Ellwood and Quincy A. Myers. Boston, Little, Brown and Co., 1917, xxi-xxv, p. xxiv. En Wigmore Papers, box 204, folder 1.

(108) William Smithers a Wigmore, 24 de enero de 1916 (Wigmore Papers, box 204, folder 1).

(109) C. BERNALDO de QUIRÓS, *Modern Theories of Criminality*. Translated from the Spanish by Alfonso De Salvo… with an Introduction by Wm. W. Smithers, Esq. Boston, Little, Brown, and Company, 1911. 249 pp. más índice. Cf. p. xxiii: « the entire contents of the book have been recast in a new mold, which the author considers preferable »; sería completamente nuevo el último capítulo (« The Scientific Investigation of Crime »).

(110) W.A. BONGER, *Criminality and Economic Conditions*. Trans. By Henry P. Horton, with an Editorial Preface by Edward Lindsey… and with an Introduction by Frank H. Norcross. Boston, Little, Brown, and Company, 1916. xxxi-716 pp. más índice. Cf. en particular BONGER, *Preface to the American edition*, xxvii-xxviii: ha condensado su texto « as much as possible », eliminando las partes sobre raza y delito y pasajes sobre el medio físico y el crimen; también « Translator's Note », xxiii: condensación de párrafos y notas « of a parenthetical nature ».

(111) Cf. *Translator's Note* en Hans GROSS, *Criminal Psychology. A Manual for Judges, Practitioners, and Students*… trans. by Horace M. Kallen… With an Introduction by Joseph Jastrow… Boston, Little, Brown, and Company, 1911, p. [ix].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Garofalo has said, but to say it as an Englishman or American would have said it » (112). En fin, en el caso del Saleilles — sobre el que apenas informan los documentos — un cotejo entre las dos versiones nos sirve para situar los cambios: caída del subtítulo (sin duda equívoco en el ambiente general de la serie: « étude de criminalité sociale », recordemos) y de la dedicatoria (« à la mémoire de M. C. Bufnoir […] et à celle de M. Gabriel Tarde […] ») y silencio sobre Gaston Morin (« docteur en Droit, chargé de Conférences à la Faculté de Paris »), colaborador de Saleilles en la edición que se traduce (113)… Y las novedades introducidas en la traducción condicionan el índice, pues los ocho capítulos de la fuente se convierten en diez (114) y un sistema de páragrafos (titulados y numerados, noventa y siete en total) fragmenta el contenido, así más accesible a sus nuevos lectores. Una comprobación minuciosa podrá determinar el alcance de todas estas intervenciones, en general violentas; creo que sólo se salva la *Philosophie pénale* (115) de Gabriel Tarde, seguramente por contar con subdivisiones y epígrafes que respeta la edición de Boston — con la simple innovación de introducir una numeración corrida.

Y sin embargo ¿podemos seguir interesados en el autor empí-

(112) Cf. *Translator's Preface*, xi-xv, en Raffaele GAROFALO, *Criminology*, trans. by Robert Wyness Millar… With an Introduction by E. Ray Stevens… Boston, Little, Brown, and Company, 1914, p. xiii. Por lo demás, « pursuant to the ideas of the Editorial Committee », el traductor habría introducido títulos de sección y de párrafos.

(113) Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Paris, Félix Alcan, 1909. 2e. éd. revue et mise au point.

(114) Los editores del Saleilles cortan el capítulo VI (« Responsabilité et individualisation ») en el último párrafo de la p. 167, creando un nuevo cap. VI (« The Doctrine of Responsibility ») y otro VII, para el que mantienen el título primitivo (« Responsibility and Individualization »); el capítulo VII original (« L'individualisation légale et l'individualisation judiciaire ») gemina en los capítulos VIII (« Legal Individualization ») y XI (« Judicial Individualization »). Allí donde Saleilles introducía un salto lógico mediante tres asteriscos en ángulo (cf. por ejemplo p. 169) el editor americano abre parágrafo.

(115) Gabriel TARDE, *La philosophie pénale* (1890), Paris, Maloine, 1903, 4ª. éd. revue et corrigée. Los capítulos (nueve) se dividen en partes, a veces subdivididas; la edición americana simplifica el esquema, con respeto a los capítulos y disposición del texto en (cien) parágrafos correlativos; cf. *Penal Philosophy*… trans. by Repelje Howell… With an Editorial Preface by Edward Lindsey… and an Introduction by Robert H. Gault. Boston, Little, Brown, and Company, 1912.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rico de un texto? Situados en el 'After Babel' (Steiner) la pregunta sagaz de Umberto Eco — que obviamente recibe una respuesta negativa — me resulta oportunísima, no en último lugar por delatar las perplejidades que encierra cualquier operación de lectura o traducción. Parece posible avanzar un paso más y entender, gracias al semiólogo de Bolonia, que « toda traducción es producto del marco conceptual que le da lugar […] desde [tal] perspectiva, se hace muy difícil reducir el fenómeno de la traducción a la cuestión de la *fidelidad* o de la *equivalencia* ». Es más, « traducción es lo que en el contexto de destino se considera traducción », de modo que el traductor « habrá de reconocer que esa consideración, esas normas que determinan qué se traduce y cómo se traduce […] están muy lejos de ser imparciales y objetivas ». Si leemos correctamente estas observaciones antes de proyectarlas sobre la experiencia singular que nos interesa se habrá de concluir que la traducción inventa un texto 'original' *en la medida necesaria* a la cultura (tiempo, lugar, lengua, estilo) del futuro texto 'traducido'. Así las cosas, si el proceso de 'recepción' del texto nos permite identificarlo en cuanto tal, si el cambio de lengua empapa con referentes desconocidos el discurso ajeno, entonces la traducción abandona su (aparente) posición degradada para ocupar el terreno reservado a la creación intelectual (116).

De manera que los Gross, Garofalo, Bonger, Lombroso… serían una pura invención de John H. Wigmore. Probablemente una encuesta conducida en general sobre las traducciones jurídicas — otro fenómeno datado en el cambio de siglo — conseguirá demostrar que esta radical afirmación no carece de medida: a ver quién se atreve a distinguir entre 'originales' y 'copias' (o 'traducciones') si un librero cualquiera, por ejemplo el español José Lázaro (1862-1947), solicita de sus autores « más que una traducción rigurosa una

(116) Tengo a la vista *Interpretación y sobreinterpretación* (1992), trad. Juan Gabriel López Guix, Cambridge (U.K.), Cambridge University Press, 1995, pero son argumentos recurrentes en toda su obra. También, Natalia ARREGUI BARRAGÁN, *Estado de la investigación en el ámbito de la teoría de la traducción literaria*, en *Çedille. Revista de estudios franceses*, 1 (2005), 2-27, útil regesto: por eso me maravilla la ausencia en esas páginas del aludido George STEINER, *Después de Babel. Aspectos del lenguaje y la traducción* (1975), trad. Adolfo Castañón y Amelio Major, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2001 (reimp. de la ed.^{2}1995).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adaptación, un plagio como si digéremos (aunque poniendo el nombre del autor, claro está), algo como lo que haría uno que se propusiera copiar un Derecho penal sin que se conociese. Yo no quiero un Derecho alemán traducido, sino un Derecho español siguiendo el método del autor alemán y utilizando todo lo que de su pensamiento, de sus palabras, etc. se pueda utilizar. No sé si lograré explicar bien mi pensamiento. Lo primero que quiero es que no se cite ningún artículo del Código alemán, porque esto confunde mucho ».

Aunque los modos literarios de José Lázaro Galdiano, propietario de la *La España Moderna*, a quien pertenecen las frases anteriores (117), fueran (si lo fueron) más expeditos que aquéllos de John H. Wigmore, debemos admitir que los nueve libros de Northwestern adquieren una insospechada dimensión al juntarse y componer una *serie*. Me refiero al 'efecto biblioteca' — un curioso fenómeno (118) que nunca se daría con la simple agrupación de varios libros de fechas distintas y escritos en francés, español y alemán.

1. De una parte — la parte del 'efecto' que llamaría *uniformización* — esos libros obtienen, al salir en inglés, una lengua común. Cuanto representaba ante ojos americanos la babélica experiencia del continente europeo se reduce por fin a un código inteligible y así de fácil acceso: « toda traducción », enseña Steiner (p. 244), « se empeña en abolir la multiplicidad y en reunir las distintas visiones

(117) Archivo Universitario de Salamanca, Fondo Dorado Montero IV, 13 (31), carta de Lázaro a Dorado, 24 de octubre de 1894; también *id*. (31), a propósito de una obra del italiano Sighele: « más que traducción ha de ser adaptación ». Sobre el importante personaje, coleccionista de arte y productor de textos (entre ellos, traducciones de autores de la *Series*: Lombroso, Ferri, Garofalo, Tarde…) cf. Juan Antonio Yeves Andrés, *José Lázaro Galdiano, bibliófilo y editor, y Goya*, en « Goya. Revista de Arte » 252 (1996), 331-340.

(118) Uso analógicamente el 'efecto libro' (« conservation », « difussion », « cristalisation et amplification », « autorité », « récit ») del que trata Robert Darnton, *La France, ton café fout le camp! De l'histoire du livre à l'histoire de la communication*, en « Actes de la recherche en sciences sociales » 100 (1993), 16-26, en combinación con Robert Chartier, *L'Ordre des livres. Lecteurs, auteurs, bibliothèques en Europe entre XIVe et XVIIIe siècle*, Aix-en-Provence, Alinéa, 1992, en particular pp. 69 ss. de « Bibliothèques sans murs ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del mundo en una congruencia única y perfecta » (119). No supone entonces una pérdida de estilo, no parece una manifestación de mal gusto *yankee* aquella sincera frase de Wigmore al presentar su propuesta al congreso de Chicago: « You or I may not agree with Lombroso, but I would take the opportunity to read him in two Sunday afternoons if he were put into English ».

Dos tardes de domingo, amenizadas con *L'Uomo delinquente*… La torre de Babel es metáfora que expresa la imposibilidad de lograr una mutua comprensión, pero también simboliza la riqueza inagotable del pensamiento humano. La torre se convierte entonces en biblioteca y puede atesorar, entre todas las combinaciones posibles de los veinticinco signos alfabéticos, la globalidad del universo: desde luego contiene una versión de cada libro realizada en cada lengua (120). Después de Babel y después de Borges el historiador de la *Modern Criminal Science Series* observará perplejo los tomos que ya conocemos. Se ha ganado en facilidad de lectura, pero pagando el precio de una saludable complejidad: se diría que el proyecto de Wigmore hace suya la imagen de una Babel-maldición a medida en que se aleja de la biblioteca de Babel. Y es que la traducción inglesa de la criminología europea encierra un acto de poder indiscutible (« el dominio creciente de un esperanto angloamericano en todo el planeta », se lamenta Steiner, p. 18) que anuncia la irrelevancia académica de otras lenguas, en especial la francesa: ese viejo idioma de uso internacional que aún utilizaban el holandés Bonger y el triunvirato positivista italiano (también directamente: Garofalo).

Tenga o no que ver con el asunto que tratamos, no resisto la tentación de recordar aún que la exigencia del inglés como requisito legal para la naturalización del inmigrante se introduce en los

(119) Y nada más expresivo de tal anhelo que el propósito de Edward Lindsey, editor del Bonger, de disponer de un Ferri traducido, al objeto de convertir a esa versión las citas de Ferri contenidas en *Criminalité et conditions économiques*; cf. *supra* (n. 101). Por su parte Smithers, en el *Editorial Preface* que compone para Ferri cit. no deja de señalar (p. xxiii) que « in 'Modern Theories of Criminality' by De Quirós, translated as Vol. I of the Modern Criminal Science Series, will be found an appreciation of Ferri's place in modern criminal science ».

(120) Jorge Luis BORGES, *La biblioteca de Babel*, en *El jardín de los senderos que se bifurcan* (1941), ahora en *Obras completas*, I (1923-1949), Buenos Aires, Emecé, 1989, 465-471. Cf. Steiner cit. (n. 116), pp. 89 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Estados Unidos apenas dos años antes de nacer la serie de John H. Wigmore (cf. *Naturalization Act*, 1906) (121). Casualidad o no, se diría que la serie y la ley ejecutan de modo inexorable un auténtico plan de « americanización » (de libros, de personas, de valores) que anuncia el advenimiento de una época nueva.

2. *Identificación*. La lectura siempre es re-escritura. La intuición de Borges ciertamente vale para la especie particular de lectura que acarrea la traducción: en el fondo, nunca sabremos si el llorado Pierre Menard lee, escribe, re-escribe o traduce el Quijote de Cervantes, un libro del siglo XVII del que Menard (« los capítulos noveno y trigésimo octavo de la primera parte […] y un fragmento del capítulo veintidós »: la traducción, el laberinto, la cábala) también sería autor… a comienzos del siglo XX. Ahora bien, « re-escribir un texto […] implica dos momentos: la apropiación de un discurso ajeno y el cambio de su sentido original mediante la reinserción de dicho discurso en un contexto nuevo ». Si aceptamos la opinión de un crítico autorizado del imprescindible poeta argentino (122) estaremos a un paso de descifrar el alcance del título general que John H. Wigmore concede a su colección: como sabemos, son nueve textos de *Modern Criminal Science*.

He ahí tres palabras que no han empleado ninguno de los autores traducidos; términos cargados de sentido que otorgan a los volúmenes de la biblioteca criminológica una identidad precisa: desde esta perspectiva, la traducción « representa un intento de dotar a la significación de una nueva forma, un ensayo concebido para encontrar y justificar otro enunciado posible. El arte del

(121) Para esto último, contexto de lo primero (o al revés), cf. W. SCHROTH, *Language and Law*, en « American Journal of Comparative Law » 46 (1998 Supp.), 17-39. También, Michael DICHIARA, *A Modern Myth. The Necessity of English as the Official Language*, en « Boston College Third World Journal » 17 (Winter 1997), 101-131: el motivo del 'English-only' tendría esta suerte de antecedentes (y aún peores: prohibición de usar lenguas autóctonas, apartamiento del sufragio, siempre por razones lingüísticas, de la población neoyorquina yiddish y de los chinos californianos, etc.).

(122) Víctor G. ZONANA, *Varia fortuna de Pierre Menard: proyecciones del concepto borgiano de re-escritura en la teoría literaria*, en « Anales de literatura hispanoamericana », 21 (1992), 357-364; asimismo, STEINER cit. (n. 116), pp. 91 ss, sobre este relato (1939), « el más agudo y denso comentario que se haya dedicado al tema de la traducción ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

traductor », concluye Steiner (p. 244), es « profundamente ambivalente: se inscribe en un juego encontrado de fuerzas, entre la necesidad de producir facsímiles y la de hacer recreaciones ». Y me parece que el 'efecto biblioteca', en cuanto tiene de *identificación*, responde a este segundo momento.

Con independencia de fecha, tradición intelectual, lengua y materia los libros de Wigmore se nos presentan, en primer lugar, identificados como aportaciones 'modernas'. Y ya se sabe: « [*m*]*odern*, at the time, meant opposition to the tenets of *classical* criminal law […] the 'modern' view emphasized the biological and social determinants of human behavior, the need to consider the causes and conditions of crime, and the futility of insisting on a strict equivalence between crime and punishment if the object is to reduce the incidence of criminality ». A la oportuna precisión de Edward M. Wise ([123]) sólo cabe agregar que el campo semántico de la *modernidad* implica en nuestro contexto un juicio de valor, al tiempo que un *desideratum* en relación a la justicia penal. Pues lo *moderno* ofrece, en primer lugar, un método que se entiende *mejor* que el *clásico* (más realista y más efectivo) para combatir la criminalidad; es más: el momento del 'combate' pasa a ser secundario ante el protagonismo que logra ahora el momento 'cognitivo': pues sólo con la 'etiología' del comportamiento criminal (« it does have natural causes, — that is, circumstances which work to produce it in a given case »: cf. « General Introduction to the Series », p. vii) puede prevenirse su comisión… o castigarse de un modo práctico (*h.e.* proporcional, individual, adecuado).

Ahora bien, este paradigma 'moderno' que quiere sorprender al crimen en sus mismas raíces (« the man's heredity, the man's physical and moral make-up, his emotional temperament, the surroundings of his youth, his present home, and other conditions, — all the influencing circumstances », *ibd.*) alberga, en segundo lugar, un *desideratum* irrenunciable bajo la especie de un programa de reformas, tanto del derecho sustantivo como del proceso penal (incluida en especial la ejecución de la condena): a la luz de las investigaciones actuales la justicia criminal resultaría una herramienta envejecida para evitar el crimen (« this ignorance or indiffe-

([123]) Cit. (n. 48), pp. 1287-1288.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rence has blocked the way to progress in administration », *ibd*.), por eso reformable de inmediato.

Los modernos criminólogos son 'naturalmente' *reformers*: la libertad condicional, la remisión de la pena, los tribunales de menores, la negociación con el acusador público (*plea bargaining*) son novedades que se suceden desde los años 1870; ahora se colocan por fin en un cuadro coherente que responde a la máxima del « individualized treatment » (124). Sobre tal principio se hace posible un empeño de *ciencia*: otra clave identitaria de la serie o biblioteca. Por lo demás, esta ciencia nueva, que es justamente positiva, tiene que ver con el derecho (acaso son los restos de la 'escuela clásica') pero va más allá de la dogmática habitual: en los términos de uno de los libros de la *Series*, « criminal science, while remaining a juridical science in its results must nevertheless in its basis and its means of research become a branch of sociology » (Ferri, p. 555). El proyecto 'científico' de la biblioteca (125) se abre entonces a expertos que no son juristas de formación — tanto los autores (Lombroso, Aschaffenburg) como, sobre todo, el círculo de usuarios — y propone además un saber universal — apto para ser elaborado (aplicado, demostrado) por cualquiera que esté preparado y opere en cualquier ámbito social o geográfico — frente a la experiencia provinciana de los textos clásicos de derecho. Expresado de otro modo, la *criminal science* no es, nunca llegará a convertirse en *Landesjurisprudenz*.

Sobre tales convicciones se hace posible el plan de las traducciones, pero la cuestión todavía no nos interesa. Ciertamente, considerados de una forma aislada, los libros europeos han asumido el modelo 'científico' descrito — demasiado habitual en el cambio de siglo — pero nuestra serie en cuanto tal lo utiliza como referente de la misma colección: la *ciencia* deja de ser una condición textual que diríamos 'íntima', un elemento epistemológico del texto para con-

(124) Con referencia a Enrico Ferri y la 'scuola positiva' ha estudiado — de modo excelente — la vocación reformadora Sbriccoli cit. (n. 65), pp. 632 ss.

(125) Cf. aún el prospecto de la serie cit. (n. 128) pues los libreros añaden una página con notas de prensa entre las que destacan — expresa muy bien el valor identitario que atribuyo a la colección — las frases siguientes, tomadas de una reseña del *New York Herald*: « Spain, Germany, Italy, France, and Holland have been called upon to teach the United States something about 'criminal science' … the result promises to be one of the most valuable and important contributions to the literature of sociology ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vertirse desde el titulo de aquélla en reclamo de futuros lectores. Y así, aunque el libro de Saleilles desprecie los apoyos empíricos y no se entretenga con estadísticas criminales, recuento de tatuajes o mediciones craneanas su mera inclusión en la biblioteca le acerca de manera inexorable al determinismo que el autor pretendía refutar: al fin y al cabo se ha ocupado tan extensamente de la 'escuela italiana' (cf. « The Italian School and Individualization Based upon Formidability », pp. 99 ss) que sus propósitos críticos contra esos « reformers, ready, in their disregard of the judicial attitude, to replace law by sociology » (p. xxii) también pueden servir como fuente de información. Lo mismo podría predicarse de la filosofía penal de Tarde, un corpulento volumen que « est un examen des idées mises en circulation et en faveur […] par l'école d'anthropologie criminelle » (« Avant-propos », sin paginar), « an examination of ideas put in circulation and brought into favor […] by the school of criminal anthropology » (« Author's Foreword », p. [xviii]); uno y otro libro (las únicas piezas discutidas al instante de formar la colección, según vimos) (126) sufrirían — colocados dentro de ella — aquella especie de 'transfiguración' de la que nos habla Steiner (p. 17), « en la que el peso y el brillo intrínseco de la traducción eclipsa los de la fuente ».

3. *Inclusión.* Sin duda la manifestación más obvia del llamado 'efecto biblioteca' se produce por el *modus operandi* que exige toda colección: unos pocos libros entran en la misma y otros, mucho otros, sencillamente no son tenidos en cuenta. Las obras seleccionadas constituyen entonces un conjunto autónomo donde los lazos recíprocos y ciertos elementos comunes (lengua, impresión, formato, título colectivo, comité editorial) se afirman sobre la singularidad de

(126) Por parte del sociólogo Maurice Parmelee, Ph. D. (« Associate Professor of Sociology in the University of Missouri »), autor — recuerda nuestra serie — de *Principles of Anthropology and Sociology in their Relations to Criminal Procedure*: cf. Gustav ASCHAFFENBURG, *Crime and Its Repression*… trans. by Adalbert Albrecht… With an Editorial Preface by Maurice Parmelee… And an Introduction by Arthur C. Train… Boston, Little, Brown, and Company, 1913, p. [xi], n. 1. En Cesare LOMBROSO, *Crime. Its Causes and Remedies*… trans. by Henry P. Horton… With an Introduction by Maurice Parmelee… ibd. 1911, a Parmelee se le atribuyen unos *Principles of Criminal Anthropology*: mera abreviación del título primero (New York, Macmillan, ca. 1908).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cada título en concreto. Si la biblioteca les ofrece de este modo un contexto nuevo (en el caso que estudiamos se describe fácilmente como 'europeo', 'científico', 'moderno', 'positivo', 'reformista', etc.) también es cierto que cualquiera de los libros de la serie 'contextualiza' a los restantes, en beneficio final de la *uniformidad*.

Por otra parte, al dejar fuera un panorama literario vastísimo, parece que la biblioteca no se explicaría por aquella « confianza inicial » descrita por George Steiner (« concedamos, de entrada, que 'hay algo allí' que debe comprenderse; que el traslado no será vacuo ») como el primer elemento del « desplazamiento hermenéutico » que encierra el acto de traducción (pp. 303 ss): a mi entender, la 'confianza' exige también una previa atribución de sentido, se encuentra también apoyada en la extensión del contexto propio del 'bibliotecario' (valores, intereses, conocimientos) hacia la obra fuente, lo que hace plausible al final la selección. Algo de eso veo en la nada inocente afirmación de William Smithers, deslizada en su prólogo al Ferri: a pesar de una tradición local que ahora se recuerda (« the announced but undeveloped theories of Lieber […] and Drähms »), « no American writer […] has devoted such untiring energy to the problem as a whole as Gross of Austria, Tarde of France, Garofalo of Italy or Bonger of Holland » (p. [xxi]).

Desde luego, no resulta facil conocer el proceso en sus detalles ni, aún menos, justificarlo en su vertiente negativa; por citar un supuesto cercano, son bastante opacas las razones de Wigmore al excluir un Joseph Van Kan, *Causes économiques de la criminalité* (1903) a favor de un Willem A. Bonger, *Criminalité et conditions économiques* (1905) (127). En cualquier caso, la colección de esta obra en la biblioteca sin muros que aquí analizamos — cualquier *inclusión*, en general — emite ciertos « ecos », desencadena fenó-

(127) Una hoja de mano de Wigmore (cf. Wigmore Papers, box 204, folder 2) recoge un « Mem. of desirable volumes to add as a Supplementary Series », con tres títulos: Ladislaus v. Thot [*h.e.* Lászlo Thót], *History of the Literature of Criminal Law in Countries other than Germany*, 1912; Hans Gross, *Criminal Police Science*, « being 7th. ed. 1912 of Hans' Gross Handbuch der Untersuchungsrichter » y una *Psychology of Crime*. También estaba pendiente la publicación de las fracasadas *lectures* de Gross, como recordaremos; su ausencia entre estos 'suplementos' — de los que nada más puedo decir — revela el escaso entusiasmo que causa en Wigmore la propuesta editorial del penalista austríaco.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menos especulares (pues la biblioteca actúa a modo de « espejo, que no sólo refleja, sino que también genera luz ») que amplifican los significados: « incluir un texto fuente en la categoría de las obras que merecen traducirse equivale a conferirle una dignidad inmediata y a involucrarlo en una dinámica de magnificación (sujeta, por supuesto, a posterior revisión y, quizá, hasta a destitución) » (Steiner, p. 307).

4. « The Modern Criminal Science Series », proclaman los folletos de propaganda que anuncian la colección de Wigmore, « comprising works by eminent European authorities ». Las 'autoridades' lo son por designio de un editor que no escatima los elogios: Bernaldo de Quirós sería « the most eminent of modern Spanish criminologists » (a pesar de Dorado y de Salillas); Hans Gross, « one of the half-dozen most eminent European students of Criminal Science » (como si no existiera von Liszt); el famoso Lombroso « is already universally known to Americans » (¿también lo era Carrara, Ellero, Pessina?); Enrico Ferri, « a pupil of Lombroso […] is a recognized leader of his school of thought, which has exercised an important influence throughout Europe », etcétera (128). Las alabanzas expresan perfectamente la 'magnificación' (los ecos, los espejos) de que hablaba Steiner y nos ponen sobre la pista de una última vertiente del 'efecto biblioteca'. Me refiero a la *expansión*, esto es, el aumento del número de lectores de una obra gracias a la simple circunstancia de su publicación seriada.

Esta característica, inevitable en cierta clase de textos (enciclopedias, revistas), facilita la lectura de libros que ganan por la contigüidad establecida con otros: en pocas palabras, el estudioso que acude a Lombroso bien puede terminar cogiendo además un Saleilles. Y es que la colección genera un ámbito de consulta más concurrido que cuanto haría prever la suma aritmética de los usuarios potenciales de cada pieza aislada. Las estrategias comercia-

(128) Sigo con Wigmore Papers, box 204, folder 2. Aquí se contiene el prospecto de la serie (ca. 1913) con lista de sus nueve tomos (se indica el traductor) y a) presentación general (que depende de la « General Introduction » escrita por Wigmore), b) descripción de autores y contenidos con indicación del precio, c) boletín para suscripciones, d) fragmentos de reseñas elogiosas. Hay otro prospecto de fecha anterior, con noticia de « Officers of the American Institute of Criminal Law and Criminology », Wigmore por supuesto en cabeza.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

les a favor de la serie se añadirían sencillamente a la magnificación o eco que provocaría el esfuerzo del traducir.

V. *La biblioteca y la crítica*.

Las (cuatro) anteriores manifestaciones del 'efecto' convergen, en resumen, hacia una auténtica (5) *americanización* de nueve libros europeos. Los paratextos añadidos a la obra traducida han sido los principales reponsables del fenómeno; llegados a este punto procede exponer las líneas maestras que les han otorgado sentido.

Los paratextos americanos han servido, en primer lugar, para presentar velozmente a los autores ante su público nuevo: « the Editorial Preface has for its main function to give some account of the reputation and works of the author », advierte en general Wigmore (129). Con la excepción de Lombroso y, tal vez, Enrico Ferri (130) el resto de los nombres de europeos remite a celebridades puramente locales que conviene hacer visibles: el *cursus honorum* (títulos, cargos, cátedras), los méritos particulares (« Ferri proved himself a born teacher; from the first his lecture rooms were crowded, and his popularity among students was very great », p. xxii), los libros más importantes (en especial, revistas: como el *Archiv für Kriminalanthropologie* de Hans Gross), las tesis y escuelas principales […]. todo vale para explicar a los lectores la selección del texto exótico y el esfuerzo gastado en traducirlo: por eso también hay que relatar las peripecias del proceso de traducción cuando sus muchos accidentes — sucedió con el maldito Ferri (pp. xxiii-xxv) — han sido tan peturbadores que se teme por el resultado final (131).

(129) Carta de Wigmore a Smithers, 29 de noviembre de 1915 (Wigmore Papers, box 204, folder 1). La circunstancia de esta misiva está en un malentendido a propósito de la presentación del Ferri: el sociólogo Charles A. Ellwood habría enviado un prefacio sin noticias bio-bibliográficas; los datos recopilados a ese fin se envían ahora a Smithers para su nota editorial.

(130) Y la *Introduction to the Volume* de Ellwood cit. (n. 107), p. [xvii], puede recordar la reciente publicación americana de *Socialism and Modern Sciences* (1909) y *The Positive School of Criminology* (1912).

(131) Los párrafos sobre traductores y revisores son cosa de Wigmore, que los añade por su cuenta en el prólogo de Smithers: « but I do not believe that I have said anything to which you would not agree » (Wigmore a Smithers, 31 de octubre de 1916, cit. n. 129).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En segundo lugar, los prólogos y notas editoriales pretenden colocar la obra que viene de fuera dentro del espacio de recepción. Se trata, enseña Steiner, de la 'incorporación' del libro fuente a su nueva lengua, un momento « capaz de dislocar o de reacomodar toda la estructura del original […] aquí se presentan dos familias de metáforas, probablemente emparentadas: la de la comunión sacramental o encarnación y la de la infección » (p. 305). Y entonces los títulos que traduce Wigmore pueden enlazar, merced a los prólogos, con referencias americanas (William Smithers sobre Ferri, p. [xxi]), descubrir en un extranjero líneas de pensamiento anglosajonas (132), dispensar aplausos al tiempo que críticas (133), arrastrar las conclusiones ajenas hacia los problemas propios (134), en fin, exponer la literatura nacional a propósito de la recibida (135). Nada tiene de raro que los prólogos disciplinen la posterior lectura y sean valor que se añade al libro: « [t]he editorial preface », observa sobre el Ferri un crítico especializado, « enhance its value » (136). Por esta última razón la incorporación pasa además por la presencia de firmas ilustres al pie de los paratextos: un magistrado conocido, un famoso profesor americano que escriben sobre Saleilles o Bonger convocan 'naturalmente' a sus colegas hacia las páginas que así avalan; secundariamente, los prólogos dialogan con el autor y refutan, llegado el momento, escrúpulos demasiado europeos sobre la recepción del

(132) Cf. MILLAR cit. (n. 112), p. xi: "*Anglo-Saxon influences have not been without their part in the ground work of his system. Here Darwin, Spencer, and Bagehot have all contributed to shape his thought and color his ideas*". La nota prosigue con las informaciones biográficas y bibliográficas de rigor, sólo en este caso confiadas al traductor.

(133) Y así, el autor de la *Criminal Sociology* « eminently deserves… to be called a criminal sociologist in the true sense, even though one may have to criticize the sociology upon which he builds his general view of the problem of crime »; ELLWOOD cit. (n. 107), p. xxviii.

(134) Por ejemplo, la prostitución o la relación entre el alcoholismo y la delincuencia: cf. Maurice PARMELEE, *Editorial Preface to this Volume* cit. (n. 126), [xi]-xv.

(135) Cf. Charles A. ELLWOOD, *The Classification of Criminals*, en « Journal »… 1 (1910-1911), 536-648, en relación la compleja clasificación de Ferri. Por otra parte, Maurice PARMELEE toma de sus *Principles of Anthropology and Sociology*… (1908) lo que le hace falta para exponer sintéticamente las doctrinas lombrosianas: cf. *Introduction to the English Version*, en LOMBROSO cit. (n. 126), [xi]-xxxii, pp. xiii ss.

(136) Cf. FERRI, *Criminal Sociology* (1917) en « Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology » 8 (1917-1918), 629-635 (Arthur J. Todd), p. 634.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« diritto penale sociale » (Sbriccoli) en tierras capitalistas: « the distinguished author [*h.e.* Bonger] may be agreebly disappointed in the number of American readers who will agree in a large measure with his conclusions as to the causes of crime generally » (137).

La incorporación se intensifica, en tercer lugar, cuando el autor traducido interpreta la nueva versión de su obra como la mejor confirmación de las tesis mantenidas: « the work of scientific germination, which is an inevitable phase for every new doctrine », por decirlo con Ferri (cf. « Author's Preface to the American Edition », p. xxxix). La sentencia condicional, la justicia de menores, etc. se alegan ahora como reformas de sentido práctico pero dotadas de rigor científico que demostrarían el acierto de la criminología moderna. De este modo nuestros prólogos insinúan aquel otro elemento del desplazamiento hermenéutico que Steiner define con el término 'reciprocidad', a saber: « la auténtica traducción tenderá a igualar, aunque las etapas de la mediación sean largas y oblicuas […] el traductor, el exégeta, el lector sólo es *fiel* a *su* texto, sólo tiene reacciones fidedignas y responsables cuando se empeña en establecer el equilibrio de las fuerzas, de la presencia integral que su comprensión apropiativa ha desquiciado […] Las flechas de la significación, del enriquecimiento cultural y psicológico, apuntan en ambas direcciones » (pp. 308-309).

El atinado juicio de Steiner nos viene como anillo al dedo para presentar una derivación de nuestro argumento sobre la que apenas

(137) Cf. Frank H. Norcross ('Chief Justice of the Nevada Supreme Court'), *Introduction to the Volume*, xix-xxii, en Bonger cit. (n. 110), p. xix; también p. xxii: « the value… does not depend upon an agreement with the views of the author. The book will bring to the American reader a depth and breadth of view most valuable to the administrator of criminal law and those interested in the wider field of social progress ». El contrapunto lo ofrece Bonger, *Preface to the American Edition* cit., p. xxvii: "*I am fully convinced that my ideas about the etiology of crime will not be shared by a great many readers of the American edition*", pues desde su posición socialista defiende que la mejora de condiciones vitales de la clase proletaria sería la única medida eficaz para erradicar la delicuencia. Cf. aún Norcross, p. xx, refutando las razones del autor contra la esterilización: « we Americans have been so busy developing a new country », por lo que habría faltado en los Estados Unidos el tiempo necesario para orientar el derecho penal según las enseñanzas de la ciencia; menos mal que se han producido las iniciativas de Wigmore: « the quickest way for Americans to become abreast of the best modern thought on criminal law and criminology ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poseo información. Me refiero a las dificultades que encierra cualquier traducción técnica (uso el adjetivo con alcance equivalente a 'no literaria', 'no creativa'), pues parece que, en estos supuestos, la *fidelidad* al texto fuente es la condición necesaria de aceptación del nuevo discurso. Gracias a *Babel* comprobamos que un viejo poema chino se traduce espléndidamente (quiere decirse: con más empatía, sentido estético, economía de recursos lingüísticos) aun sin saber una palabra de esa lengua, pero un libro de derecho extranjero plantea, en principio, un problema por completo diferente.

O tal vez no. Ya hemos comprobado que los editores (españoles o americanos) de hace un siglo no tuvieron demasiados escrúpulos a la hora de manipular los textos. Se diría que el ideal de 'fidelidad' a la fuente técnica — si es que este valor figuraba entre sus propósitos — ha sido inmolado en el altar de la 'utilidad' inmediata: antes que respetar citas en un idioma incomprensible (Gross), antes que castigar al lector con un código penal desconocido (Lázaro — Dorado Montero), en fin, antes que abandonarlo en medio de capítulos interminables (Saleilles) cuánto mejor no será prescindir de lo accesorio, alegar la ley nacional o trocear el texto según el estilo al uso. Los responsables de estas operaciones no aceptarían probablemente reproches por su alegre proceder (la fidelidad al mensaje expulsaría la fidelidad a las palabras); con toda seguridad alegarían que las nuevas divisiones o las notas abreviadas han dejado incólume la sustancia del original: es más, en defecto de su decidida intervención la obra ajena nunca habría llegado a las manos del público americano (« translated into the English: a language so different in idiomatic expression », por expresarlo en los términos — traducidos — de Bernaldo de Quirós). Y es que « todo acto de comprensión debe apropiarse de otra entidad ».

La regla enunciada (se trata de la 'agresión', una más de las etapas del desplazamiento hermenéutico de Steiner, p. 304) conoce un cumplimiento fatal con independencia de la naturaleza poética o técnica (jurídica) del discurso traducido y nos demuestra que la 'fidelidad' es, aparte de un (mal) sueño, poco menos que una variable independiente de los deseos del traductor y de la aceptación que lograrán sus trabajos. Antes y después de Wigmore: es suficiente recordar que la intervención editorial de Luther S. Cushing al publicar (hacia 1850) la versión inglesa del tratado de Jean Domat ha

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seguido exactamente los mismos pasos (reducción del texto, eliminación de notas y referencias superfluas al derecho romano… (¡incluso la impresión de la obra a cargo de Little y Brown, de Boston!) que recorre nuestra serie criminológica al cabo de dos generaciones (138).

De aceptar los análisis más solventes, el énfasis en el receptor o lector del libro sigue guiando la empresa de *legal translation* en nuestros días: mejor « liberal » que « literal » — afirman los profesionales del ramo (139). Ahora bien, la liberalidad 'agresiva' que permite comprender, al convertirlo en objeto de apropiación, el texto fuente acarrea un segundo y complejo problema referido, no sólo a la exigencia de conocimientos previos por parte de los traductores (sepamos que en la serie de Chicago la mayoría no tiene formación jurídica: Kallen, De Salvio, Jastrow, Horton, Albrecht), pero también al salto de 'familia' o 'cultura' que se produce al importar los libros jurídicos del continente europeo hasta Norteamérica — con la cascada de dificultades derivadas que hacen imposible una adecuada transposición institucional. Si la labor editorial de Wigmore y los suyos, reforzada mediante revisores que también controlan la terminología, ha intentado compensar los deslices de traductores legos, el que podríamos llamar 'foso comparativo' no ha preocupado en absoluto al « committee on translations ». Desde luego la traducción llega a complicarse cuando el texto de referencia es, a su vez, otra traducción (Lombroso, Ferri). En relación al Garofalo se trabaja con una versión francesa realizada por el propio autor, pero nuestros paratextos — que conocen perfectamente, se diría, la *Babel* de George Steiner — advierten que tampoco entonces hay garantías con una auto-traducción: parece prudente tener a la vista una versión italiana de la obra, lo que el traductor (Millar) « has found […] of much service » (p. xiii). Por ejemplo ¿cómo traducir *probité*, un vocablo usado por Garofalo para designar el segundo de los instintos altruistas primarios, pre-

(138) Cf. M. H. Hoeflich, *Translation and Reception of Foreign Law in the Antebellum United States*, en « American Journal of Comparative Law » 50 (2000), 753-776, pp. 767 ss.

(139) Susan Sarcevic, *New Approach to Legal Translation*, The Hague-Boston, Kluwer Law International, 1997.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sente en los sentimientos de respeto a la propiedad ajena? El término 'honesty' se acercaría al sentido buscado pero no termina de ofrecerlo, al ser más amplio o ambiguo; tal vez valga 'probity'…. si no fuera porque esta palabra denota un *maximum* de compromiso moral ausente de la 'probité' francesa (p. xiv). Pero está claro que la criminología 'científica', esta amalgama de derecho, economía, medicina, estadística… escapa con cierto decoro de los límites inherentes al ensayo de comparación (140).

« La traducción está implicada formal y pragmáticamente en *cada* acto de comunicación, en la emisión y en la recepción de todas y cada una de las modalidades del significado », en una palabra: « entender es descifrar » (Steiner, p. 13). Ahora bien, la descodificación del texto nunca supone — aclaremos de inmediato — una sola posibilidad de entenderlo. La lectura de los editores, la fatigosa tarea del traductor, el compromiso que asume el revisor especialista o el corrector de las galeradas han descifrado en cada caso un mensaje por completo diferente: entre la admiración inicial de Wigmore y la comprensión rutinaria del que caza las erratas coexiste en el proceso editorial una gama riquísima de interpretaciones. Todas presentan, empero, una característica común: son lecturas, previas y necesarias, para producir un texto… que se encuentra destinado a provocar muchas otras lecturas.

Tocamos así el problema de la 'fortuna' de nuestra colección, una cuestión en absoluto sencilla que queda para mejor ocasión. Apenas dispongo de indicios, informaciones limitadas que nos permiten aventurar que la serie criminológica de Wigmore tiene óptimos comienzos — aunque no exactamente entre la clase profesoral de las escuelas juridícas: « the salesmen of the house which published the Series are eager for a new volume to offer the Bar; they regard that Series as one of their favorite morsels; the Bar, those who buy books at all, are their best patrons for this Series. And yet in the law faculties it gets practically no recognition at all. One or two schools at most offer a course which takes any notice of these

(140) Cf. aún el locuaz prólogo de MILLAR: « Some notes have been added by the translator, chiefly with reference to the meaning of legal terms. In this regard (as well as for guidance to specific rendering) Sir James Fitzjames Stephen's 'History of the Criminal Law of England' has been repeatedly drawn upon », cit. (n. 112), p. xv.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principles of modern criminal science which dominate in the world of practical penology, of lay studies, and of literature except the law » (141). Y es que « the law [school] alone has absteined », se diría, jugando con los lamentos de Wigmore en la « General Introduction to the Series ».

Ese acusado contraste entre *chair* y *bar* en punto al consumo de libros criminológicos permite derivaciones (ediciones sucesivas, historia de la enseñanza de materias penalísticas…) en las que apenas he de entretenerme. Es suficiente recordar que algún volumen de la serie ha sido objeto — al parecer (142) — de inmediatas reimpresiones (el Saleilles, publicado en 1911, impreso también dos años después; el Gross, otro de los títulos pioneros de ese año, vuelto a salir en 1918; acaso el Lombroso, publicado en 1911 y 1912), sin contar los facsímiles (Tarde, 1968; Bonger, 1967, 1969, 1972; Ferri, 1967, 1976; Bernaldo de Quirós, 1967, 1987; Lombroso, 1968, 1994) producidos en nuestros días… A lo que se ve, en el panorama literario nacional la serie de Wigmore ha recibido un cierto marchamo de clasicidad y así, al sacar la casa Patterson Smith (Montclair, New Jersey), una colección de « Criminology, Law Enforcement, and Social Problems » (desde 1967 en adelante) no faltan las traducciones de Chicago entre sus primeros *reprints* (nº 11, Aschaffenburg; nº 12, Garofalo; nº 13, Gross; nº 14, Lombroso; nº 15, Saleilles; nº 16, Tarde).

Tampoco estoy en condiciones de analizar la suerte académica del derecho penal como disciplina universitaria — en sí y en relación a la criminología. Otra vez me limito a unas pocas impresiones, que nos indican, nada casualmente, la importancia de esta enseñanza en el *curriculum* de Northwestern: gracias a una fuente autorizada (143),

(141) Cf. [Ernest G.] LORENZEN, [Report from the Committee on Publication] en *American Association of Law Schools-Proceedings* 15 (1915), 54 ss, p. 55. Lorenzen informa ahí de las ventas de las series histórica y filosófica, comparadas con la criminológica.

(142) Esto es, de juzgar por los catálogos de grandes bibliotecas jurídicas americanas (Yale, Berkeley, Northwestern… más la *Library of Congress*), que ahora consulto *on-line*. Quede para otra ocasión una auténtica investigación bibliográfica.

(143) Roscoe POUND-Felix FRANKFURTER (eds.), *Criminal Justice in Cleveland. Reports of the Cleveland Foundation Survey of the Administration of Criminal Justice in Cleveland, Ohio*, Clevaland, The Cleveland Foundation, 1922 (rep. 1968), en especial

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sabemos que diez años después de nacer la *Series* la presencia de un « Criminal Law and Procedure » ha sido muy desigual: si la facultad de Wigmore y la escuela jurídica de la University of Pennsylvania dispensan idéntica atención (108 horas de enseñanza) al derecho penal y a 'Contracts' (aunque siempre por debajo de 'Real Property': 162 h., Northwestern; 144 h., Pennsylvania), en una mayoría de establecimientos (Indiana, Minnesota, Yale, Cleveland) la atención a los contratos duplica — quando menos — la presencia académica del derecho penal.

Datos demasiado episódicos, que no permiten sacar conclusiones terminantes sobre la difusión de nuestra *Series*. Poca o mucha se admitirá, en todo caso, que habrá tenido que ver con una clase muy especial de lecturas, destinadas en sí mismas a condicionar la vida del texto entre sus usuarios futuros. Me refiero, por supuesto, a las reseñas.

Desconozco la recepción de la serie en las revistas europeas, aunque debe ser extraordinario encontrar notas a su propósito o cualquier otro acuse de recibo; la 'identificación' que produce el 'efecto biblioteca', entendida como 'americanización', limitaría su circulación a los Estados Unidos. En ese ámbito inmenso no faltan, pero tampoco abundan, las reseñas de los volúmenes cuya historia editorial hemos reconstruido. Las hubo en la prensa generalista, según comprobamos gracias al prospecto de la colección que saca Little, Brown, and Company (cit. n. 128); recortes breves, por fuerza laudatorios, que anuncian la serie (por ejemplo: « [t]he need of a thorough study of criminal science is recognized, not only by those engaged in the practice of criminal law, but by judges, professors, sociologists, penalogists, physicians, police officials, and by other classes, and the present Series should be of inestimable value », *The New York Herald*) o alguna novedad publicada en la misma (del tipo siguiente: « [n]o better work could possibly have been found to open the series than Señor de Quiros' masterly survey of the whole

---

Albert M. KALES, *Legal Education in Cleveland*, pp. 487 ss., cuadro comparativo de p. 503. Me permito añadir que el 'capital simbólico' derivado de sus trabajos en la *Series* asegura a Pound un papel relevante en esta gran investigación socio-criminológica sobre la delincuencia en Cleveland; cf. Roscoe POUND, *Criminal Justice in the American City*, caps. 1 a 5 del *Survey*, recogidos en GLUECK cit. (n. 25), 117-168. Y lo mismo hay que apuntar en relación a Wigmore: cf. (n. 20).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

body of European literature on criminal science published during the last half century », *The New York Tribune*; « Criminal Psychology, by Hans Gross, deals with the whole psychology of the criminal trial — including that of the judges, the witnesses, the lawyers, and the jury. It has an interest, and perhaps an importance, transcending that of any of the admirable Modern Criminal Science Series », *Chicago Post*), etc.

En el prospecto propagandístico se recogen además un par de frases tomadas de otra clase de publicación. Se trata de las revistas jurídicas, un género floreciente — al compás del modelo universitario de Harvard — en estos mismos años en que sale la serie que analizamos (144). El decano de Northwestern ha participado en el movimiento con una aportación original: en efecto, tras poner en marcha el órgano jurídico de su escuela (y del estado: la *Illinois Law Review*, 1906, más tarde convertida [1969] en *Northwestern University Law Review*), convence al *Institute* para lanzar el *Journal… of Criminal Law and Criminology*. Más arriba recordé que el *Journal* fue revista pionera en el ámbito del *common law* por su atención exclusiva a la 'ciencia criminal'; conviene añadir que la vocación monográfica, en sí misma considerada, ha sido el rasgo más original de ese otro título de Wigmore (145). Hijo intelectual del personaje y obra de idéntico impulso, no sorprende desde luego la atención que el *Journal* presta a la serie: si el largo artículo de Charles A. Ellwood sobre « Lombroso's Theory of Crime » funge de comentario de *Crime. Its Causes and Remedies* (cf. *Journal* 2 [1911-1912], 716-723), la traducción del Saleilles (cf. *ibd*. 949-952, Edward Lindsey) y la *Criminal Sociology* de Ferri (cf. « Journal » 8 [1917-1918], 629-635, Arthur J. Todd) han sido objeto de reseñas en un sentido estricto.

(144) Cf. Michael I. Swygert-John W. Bruce, *The Historical Origins, Founding, and Early Development of Student-Edited Law Reviews*, en « Hastings Law Review », 36 (1985), 739-791

(145) Cf. Michael L. Closen-Robert J. Dzielak, *The History and Influence of the Law Review Institution*, en « Akron Law Review » 30 (Fall 1996), 15-53; pp. 37 ss sobre « Illinois Law Review »; pp. 16 ss sobre revistas especializadas: una práctica que sólo será habitual después de la Segunda Guerra. De modo significativo (significa el predominio de las revistas generalistas sobre las revistas de especialidad) los autores advierten que « law reviews, as discussed in this chapter, are limited principally to student-edited periodicals » (p. 16), esto es, a la primera categoría.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Probablemente la cuasi-identidad de la *Series* y el *Journal* haya aconsejado que sean otras las revistas que asuman la labor de crítica — la propaganda — de la colección; al menos, los tres mayores periódicos universitarios del momento (Harvard, Yale, Columbia) y la veterana *American Law Review* son los títulos que, entre otros, han acogido con preferencia los primeros lectores de la biblioteca criminológica.

No todos sus libros suscitan el mismo interés. Bonger, Aschaffenburg, Gross, Bernaldo de Quirós, Saleilles, a su modo el Lombroso… en una palabra, la mayoría de títulos publicados, sólo han recibido una cortés atención: elogios a la obra y a la serie, felicitación a traductores y prologuistas, énfasis en la 'americanización' producida... son, entre otras alegaciones (por ejemplo, en el caso del Bonger: « [i]t is a partisan statement, but is a much-needed corrective to the numerous individualistic interpretations of crime recently published. It may be that lawyers especially need to consider these Socialist views of crime »), las piezas que componen estas notas (146). Se destacan en buena lógica ciertos puntos de interés para el público de los Estados Unidos: sucede así con la institución del jurado, puesta en cuestión por Roscoe Pound, quien podría ahora esgrimir las duras consideraciones de un Garofalo o un Tarde (147). El mismo Garofalo documenta el fracaso de la intención correcionalista, utópico ideal aún suscrito por tantos filántropos americanos (148). Como digo, son reseñas informativas, sólo ocasionalmente críticas, con

(146) Cf. C. BERNALDO DE QUIRÓS, *Modern Theories of Criminality* (1911), en « Harvard Law Review » 25 81911-1912), 398-399 (E. R. K.); Hans GROSS, *Criminal Psychology* (1911), en « Columbia Law Review » 12 (1912), 90-91 (E. R. K.); Gustav ASCHAFFENBURG, *Crime and Its Represssion* (1913), en « American Law Review » 47 (1913), 799-200; W.A. BONGER, *Criminality and Economic Conditions* (1916), en « Harvard Law Review » 30 (1916-1917), 405-406 (G. P. Wyckoff).

(147) Gabriel TARDE, *Penal Philosophy* (1912), en « Harvard Law Review » 27 (1913-1914), 100-102 (O. S. R.); Raffaele GAROFALO, *Criminology* (1914), en « University of Pennsylvania Law Review and American Law Register » 63 (1914-1915), 149-150 (P. N. S.); uno y otro, los autores que han recibido mayor número de comentarios. Abajo cito algunos sobre Garofalo; sobre Tarde cf. además « American Law Review » 47 (1913), 470-472; « The American Political Sience Review » 7 (1913), 513-514 (John Edward Oster); « Yale Law Journal » 22 (1912-1913), 563-565 (F. R. S.).

(148) GAROFALO cit. en « Columbia Law Review » 14 (1914), 545-547 (Joseph E. Corrigan), p. 546.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

agradecimiento a la iniciativa que da origen a la serie y reconocimiento a la labor de traductores y prologuistas.

Más allá de esas observaciones en las reseñas palpita un argumento que afecta a la serie toda y se refiere, precisamente, a la fortuna universal de Lombroso. Y ello con independencia de su concreta formulación: si la obra lombrosiana está presente a contraluz en la reseña del Bernaldo de Quirós (« the theories of modern school of criminology are as yet unproved », p. 399, lo que además permite rebajar las expectativas expresadas por un prologuista), Lombroso también comparece de modo positivo: « without him criminal psychology would never have made the advance the fruitful results of which we are now gathering » (Aschaffenburg en su reseña, p. 800). Las palabras son muy sentidas, pues el psiquiatra alemán se ha empeñado denodadamente en refutar las tesis del médico italiano. Pero Cesare Lombroso, con sus toscos hallazgos anatómicos, ha impuesto otra forma de observación, un acercamiento insólito al momento criminal que definitivamente crea escuela. La encuesta 'etiológica' y la consideración del delincuente constituyen, al margen del énfasis colocado en esta u otra causa del delito, en esta o aquella medida preventiva, una de esas « tradiciones particularmente coherentes de investigación científica » según teoriza Kuhn, con todas sus consecuencias (producción de 'ciencia normal', intento desesperado de convertir la naturaleza al paradigma, reducción del campo de visión en el seno de la ciencia normal, etc.); a partir de Lombroso la orientación determinista ofrecería « un criterio para seleccionar problemas », tomando aquéllos que encuentran solución en el seno del paradigma y rechazando otros, aun tradicionales, « como metafísicos, como correspondientes a la competencia de otra disciplina o, a veces, como demasiado problemáticos para justificar el tiempo empleado en ellos » (149). En este sentido, todos los autores de la serie, todos los comentaristas, todos los lectores serían lombrosianos en diverso grado: « [w]e now realize that each criminal should be studied in the light of his heredity, his envi-

(149) Thomas KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas* (1962), trad. Agustín Contín, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 34, p. 71.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ronment and the peculiar conditions accompanying the crime », observa en general uno de los críticos de Ferri (150).

Y ahí se encuentran entonces los límites de la serie y su doctrina. El triunfo del positivismo está a un paso de la divulgación, quiere decirse de lo vulgarizador y aun de lo vulgar. « Many of Garofalo's ideas », advierte una de sus reseñas (151), « and the best of them, have passed over into the main body of modern Criminological tought and whether under his name or not they are familiar to students of the subject. This makes the reading of this book [...] have a flavor of the familiar. This, however, is the greatest compliment that can be paid to Garofalo, and society will always be grateful to him for these ideas ».

El éxito es silencio, se diría. Podríamos solicitar la ayuda de Steiner (152), que sabe también de estas cosas, mas así nos alejaríamos demasiado del asunto actual: en última instancia, nos llevaría hasta la pregunta de Jonathan Simon que abre estas páginas. Además, siempre quedarán los críticos irredentos, los lectores menos contaminados o más escépticos con la flamante criminología. « I went the other day to hear an address by a learned Frenchman on the future of the criminal law. I listened carefully and gathered: (I) that punishment ought to be adjusted to the offense; (II) that each criminal must be considered uniquely; (III) that evidence must be sifted with extreme care; (IV) that psychology may do much for criminology; (V) that the rule in McNaughton's is obsolete. I felt that it was all in Gilbert and Sullivan's old rhyme and very much better

(150) Enrico FERRI, *Criminal Sociology* (1917), en « The American Political Science Review » 11 (1917), 770-772 (Wm. B. Bailey), p. 772. Por supuesto, la lectura del Ferri provoca particulares reacciones sobre Lombroso: « [t]he whole atmosphere of the book shows a marked tendency to admit the tentative character of the earlier evidence upon which the Lombrosian theories were based » (« Harvard Law Review » 31 [1917-1918], 316 [Arthur D. Hill]), « since the death of Lombroso is perhaps the chief representative of the Italian school (« American Law Review » 51 [1917], 636-637). También vale al efecto la *Criminology* de Garofalo: « [i]ts moderate tone and practical nature make it good preparation for the audacious theorizing of Lombroso and the brilliant ingenuity of Tarde », cf. « Harvard » 28 (1914-1915), 221-222 (H. B. E.), p. 222.

(151) Precisamente la aparecida en « American Law Review » 48 (1914), 945-946. Otra reseña, de mera rutina, en « Yale Law Journal » 23 (1913-1914), 554-555.

(152) George STEINER, *Lenguaje y silencio. Ensayos sobre la literatura, el lenguaje y lo inhumano* (1967), trad. Miguel Ultorio, Barcelona, Gedisa, 1994.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stated there ». La precisión irónica de Harold Laski, al describir desde Londres (24 de febrero de 1924) al juez Holmes sus experiencias con la materia criminal (153), exhibe de forma descarnada la tesis de la serie lombrosiana. No han pasado muchos años del congreso de Chicago, todavía el último volumen — la *Criminal Sociology* de Ferri — conserva una novedad relativa, pero el empeño 'científico' de analizar las causas del delito y dispensar al delincuente el mejor tratamiento punitivo es una obviedad que puede repetir cualquiera… sin estadísticas, cráneos, tatuajes o conductas desviadas de la población reclusa. Con la sencilla música de Sullivan y la chispa cómica de Gilbert, con los alegres *cantabili* de su vieja opereta *Trial by Jury* (1875), la obra más aparente del *American Institute of Criminal Law and Criminology* puede por fin ocupar un discreto, segundo plano.

(153) Cf. Mark Dewolfe Howe (ed.), *Holmes — Laski Lettres. The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski, 1916-1935*, I, Cambridge (Mass.), Harvad University Press, 1953, 587-590, p. 589. La referencia es al M'Naghten's Case, 10 Cl. & Fin 200 (1843).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

APÉNDICE DOCUMENTAL

1.

1908, agosto 19. Buenos Aires.
(Wigmore Papers, box 204, folder 10)

Enrico Ferri escribe a Wigmore en relación a una posible invitación como conferenciante en Chicago

Buenos Aires, 19 août 908
Monsieur,
Mon maitre et ami, le prof.
Lombroso m'écrit que vous avez bien voulu lui écrire de m'inviter à donner des conférences à l'Université de Chicago sur les doctrines de l'anthropologie et sociologie criminelle.
Je vous remercie beaucoup de l'honneur que vous me faites.
Mais cela ne sera possible qu'ne novembre 1909, car je veux aussi prendre la pratique de la langue anglaise et donner mes conférences en anglais.
Nous avons donc le temps pour arranger cela.
A la fin de décembre prochain je serai à Roma (via Montebello, 2) et vous pouvez m'écrire là.
Cordialement à vous
Enrico Ferri

2.

1908, diciembre 21. Roma
(Wigmore Papers, box 204, folder 10)

El embajador americano en Roma, Lloyd C. Griscom, dirige a Wigmore una carta ('confidential') sobre las actividades de Enrico Ferri, en vistas a su contratación para las Harris Lectures en Chicago.

Dr. John H. Wigmore
Dean of the Law School
Northwestern University
Chicago, Ills.

My Dear Dr. Wigmore,
I have held your letter of October 19, without replying for some weeks, in order to make some satisfactory inquiries about Professor Enrico Ferri.
I am informed as follows:
Professor Ferri is undoubtedly one of, if not *the* greatest authority in Italy on criminal law. He is also noted as a very eloquent orator and his lectures in the Italian language are a great success. As to his personal characteristics, I may state at once that the answers I received depended upon whether my informant was a political enemy or a political friend

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of Ferri. He is a rather hot-headed socialist. He likes notoriety, and also likes to make money. My best informant told me that if he was well paid by the Harris Lectures, he will strictly comply with whatever conditions are imposed, but friend intimates that he thinks conditions ought to be strictly imposed, otherwise he is sure to be tempted to hold many Socialistic meetings among the Italians in the United States. It might not occur to him that Socialistic lectures or Conferences in the United States would embarrass the University which invites him to lecture, since he himself is a University Professor, and in Italy his Socialistic doctrines do not bother the University in the slightest. It would therefore seem to me that the course for the Committee of the Harris Lectures to pursue should they desire to tender an invitation to Professor Ferri, is to specify exactly what the University would permit him to do, and what they would consider objectionable.

There does not seem to be any question as to his qualifications as a lecturer of great ability. I hope this information will satisfactorily cover the questions you have put to me. I return herewith Mr. Locy's letter to you.

I am, Dear Professor Wigmore,
Very truly yours,
Lloyd C. Griscom

P.S. I enclose a characteristic article about Prof. Ferri' s recent tour in South America, which appeared written a week [sic] in the *Avanti*, the leading Socialist paper in Italy

3.

1909, enero 16. Chicago.
(Wigmore Papers, box 204, folder 10)

John H. Wigmore invita a Enrico Ferri a dictar unas conferencias en Chicago a fines de 1909, extendiéndose, entre otros extremoss, sobre la militancia socialista del colega italiano.

Chmo. Sign. Enrico Ferri
Via Montebello 2,
Roma, Italy

Dear Signor Ferri,

I beg to present my respects, and to say that we are at last ready to make a proposal on the subject of the lecture-tour, which I already wrote briefly to you in November. The terms of the proposed appointment as International Lecturer on Criminology for 1909-10 are stated on a separate paper enclosed. You would be the first one to fill that place in our University. And it is with pleasure that I report that our Faculty unanimously believe that you are its first choice, among European jurists, for presenting the subject to the American Bar. Let me now explain how important our general plan is, and how necessary a part you play in it.

The Faculty of Law is especially anxious that you should be the lecturer, because of the great assistance that would thereby be given to a cause which it now has very much at heart, namely, the propaganda of the Science of Criminology among the American legal profession, who are hitherto quite deaf to its appeals. The present plan is to encourage that propaganda in three ways, first by calling a National Conference on Criminology next June, 1909, secondly, by your lectures in the winter of 1909-10, and thirdly by exciting interest in the International Penitentiary Congress at Washington in October 1910. By the aid of these three things three great blows can be struck in favor of that important and pressing object, — the reform of our criminal law. At the National Conference next June, the American sociologists, anthropologists, psychologists, psychiatrists, and penologists will

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

be caused to meet the American judges, attorneys, and prosecuting officers, and a society will be organized, with local branches in each State. The path would thus be prepared for your lectures in the ensuing winter. After delivering your courses of six lectures here, arrangements could be rule for you to address the Bar Association of ten or twelve large cities on your way back to New York City; also for a lecture or two at the leading Universities and Law Schools. The international fame of your eloquence and your scientific leadership would attract attention, and would help to emphasize the work already begun by our National Conference. The fact that you are a member of the Bar and a practitioner in the criminal courts would obtain for your speeches an attendance by our lawyers which they would never give to a mere professor of sociology or anthropology. In fact, it is the lawyers who with us mainly have to be converted to the reform, and that is a chief reason why we rest so much hope on the influence of your lectures and speeches; for they will have special confidance in you, as a lawyer speaking to lawyers. I cannot too strongly state, therefore, how important you are to our purpose; because it is your status as a lawyer that will do so much for us, and the known eminence of Italy in criminology.

As to the precise time of the lectures, I would suggest November, January, or February as the best month. Inasmuch as the terms of the appointment require the lecturer to give first the lectures at this University, you would not find December a good month, because after your departure from this University you would find people too busied with Christmas preparation. Of the above-mentioned four months, one would be as suitable to us as another; though I believe that January or February would be best.

Now I wish to speak of two matters which would have to be seriously considered by you before accepting, - the English language, and Socialist propaganda.

As to English, we desire to ask you to make special preparation for reading the written lectures in comprehensible English. Naturally, you would do this, - indeed in your letter from Buenos Aires you so stated. But in the case of Sig. Ferrero, he also made such preparations, and yet his earlier lectures could hardly be understood by the audience because of his deficient pronunciation of English. I therefore deem it wise to warn you that the lectures would totally fail of their usefulness unless you had taken special pains to prepare in the pronunciation of the English language.

As to Socialist propaganda, I ought to explain that the personnel of the Socialist party in this country is entirely different from its composition in Italy, for not only is its voting membership chiefly the ignorant and discontented proletariat, including the groups allied to the anarchists, but its leaders (instead of being university professors, lawyers, etc.) are almost entirely demagogues and opponents of law and order. For this reason the party (which is quite small) not only lacks popular confidence, but is regarded with positive distrust and repulsion by the leaders of all other parties, by the commercial classes, by the learned professions and the universities, and by the intelligent classes generally. One reason for this is that the man who led the horrible riots in Chicago in 1894, which caused the destruction of many lives and $10,000,000 worth of property, was recently the Presidential candidate of the Socialist party, and people have not forgotten his bad record. We are aware that your notable services to the cause of ideal Socialism would cause the leaders of the Socialist party to seek, on your arrival, to use your eminent name to give respectability to their party unworthy of the honorable name of Socialism, and it would be natural for you, not knowing the wide difference between the two parties of that name in your country and ours, to yield them that oportunity. But such an affiliation with them would only injure your influence with the classes of persons whom we desire you to persuade to our great scientific purposes, and especially the lawyers. Now our sole object is to assist the propaganda of Criminology, and we know that such would be your purpose also. We therefore desire to warn you that you could not wisely expect to lecture at all to the Socialists nor to attend any public meetings of theirs nor to assist their cause publicly. Our sole object is thereby to conserve your influence with those other classes who possess the legislative power to make reforms in criminal law and whose persuasion is necessary for that end.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

We hope you will therefore understand the sincere and honorable motive of this unusual request, which is prompted, not by any lack of sympathy for true Socialism (of which we have indeed plenty, *under other names*), nor of disrepect to yourself, but rather by the desire to conserve the exalted esteem and honor in which your name is now here held amd which might be endangered by your misunderstanding of the true nature of the men who have unjustly appropriated to themselves the name Socialist in this country. Pray credit us with the sole desire herein to do what is best for yourself, and for the great cause of Criminal Sociology, which needs so much the help which you alone can give. If you know how obstinately conservative our lawyers have been in this subject, you would not hesitate to hasten to our assistance.

There is one more matter of which I must speak fully, and which requires a speedy reply; and that is a translation of your 1905 French edition of « La Criminologie Sociologique » into English. Would you consent that we should arrange to have such a translation made and published, by next November? Our great object would be to supply our 80,000 lawyers with the means of becoming familiar with the best European book on the subject. There is no book yet in English which compares with it; Ellis' « The Criminal » is our best, but it is not as good as yours, first because it lacks the emphasis on sociological causes, and secondly because it lacks the direct proposals for legal reforms which are given in your book. Our National Conference next June will open the eyes of our lawyers everywhere to the subject. They will be searching for information. Your book, if in English, will be just the right one.

You also perceive that the translated book and your lectures will help each other. The lectures will advertise the book, and *vice versa*. As a financial matter, this would be very important, because it would induce the publishers to undertake it more easily. In our country, almost no foreign books are translated, and publishers are usaully afraid to try them. But if your lectures and yourself come here shortly after the book's publication, this would be a very important thing to persuade the publisher.

We have considerable influence with some important publishing houses, and on our reccommendation I believe one of them would undertake it, paying you some suitable royalty to be agreed on. We could, I think, obtain a good translator, — Professor Kelly, dean of the State Law School of Louisiana, a fine French scholar. Will you not give us the authority to make the necessary arrangements, so that no time may be lost?

I ought to add that the English translation in 1896 (?) of your French 1893 edition was not satisfactory. All the citations and bibliography were omitted; the text was condensed; moreover, the publisher was not the right one. I believe that if the right publisher is obtained, you could surely have an annual sales royalty of about $200. a year for the next five years and probably a higher sum than that. I trust that you will favorably consider this plan.

As to the emolument attached to the lectureship, $ 1,200., I think this would be found not unworthy. The expenses of the trip by steamer and railroad Naples-Chicago would be not more than $150. each way; to which add not more than $100. for expenses of the two weeks staying in Chicago, leaving $800. In visiting the other cities, to address Bar Associations, etc., we could make arrangements that those who invite you should at least pay your expenses. So that there would remain $800. net.

I close with assuring you that the mere hope of your coming has already inspired us with efforts to prepare for it, particularly by this National Conference on Criminology, and that you will have, if you come, the satisfaction of considering yourself as much the leader and inspirer of modern criminal sociology in this country as well as in Europe.

With sincere assurances of esteem and consideration, and of the cordial personal welcome which will be given to you by the fraternity of the American bar, I remain,

Faithfully yours,
JHW
Dean of the Faculty of Law

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4.

1909, febrero 10. Roma.
(Wigmore Papers, box 204, folder 10)

Enrico Ferri agradece a Wigmore la invitación pero alega varias razones en su rechazo; sólo una elevada compensación económica le permitiría aceptar. Da su visto bueno a una edición americana de la 'Sociologia criminale'.

Roma, via Montebello, 2
10 febbraio 909

Illustre e caro collega,

La sono vivamente grato per la sua lettera e la prego di gradire l'espressione sincera della mia gratitudine, insieme ai suoi colleghi.

Sono lisungatissimo dell'onore fattomi, scegliendomi come conferenziere.

Sono persuaso che le mie conferenze sarebbero utili, perché il Nordamerica, per fortuna sua, non ha il misoneismo accademico della vecchia Europa ed ha maggior senso pratico.

Se venissi in America escluderei certamente (come ho già fatto in Argentina e Brasile) qualsiasi azione socialista da parte mia.

Ma io temo molto di non poter venire!

Ritornato in Italia, dopo sei mesi, sono stato preso da infiniti impegni.

Ed io non verrei nel Nord America se non potendo *parlare bene* (e non soltanto *leggere*) in inglese. Ma per questo io temo di non avere da oggi al gennaio 910 i tre, quattro mesi necessari per perfezionare il mio inglese!

Di più, io debbo dirla sinceramente che dovrei venire nel Nord America con la mia signora, che è la mia bussola nella vita. E quindi le spese sarebbero il doppio.

E d'altra parte venendo nel Nord America io avrei necessità di fare un guadagno (netto da spese) molto grande, per compensarmi delle perdite che farei in Italia con mia assenza.

Io, in sostanza, se dovessi venire nel Nord America vorrei avere assicurati 500 dollari per ogni conferenza o lezione di criminologia — netti d'ogni spesa. E temo che le Università Americane non abbiano la possibilità di farlo.

Nel Sudamerica ho fatto 84 conferenze (scientifiche), ma quasi tutte nei teatri, ad un pubblico molto numeroso.

Sinché l'unica cosa possibile mi pare che sia l'edizione americana della mia *Sociologia Criminale* (edizione francese del 1905).

Io non ricordo di avere mai dato il mio consenso all'editore Appleton per l'edizione di cui lei mi scrive e che io non conoscevo neppure!

Sicché io do a lei ogni facoltà per trovare il traduttore e l'editore, assicurandomi i diritti d'autore, poiché io non sono ricco e vivo del mio lavoro intellettuale.

Se io avessi *prima del settembre 909* l'assicurazione del guadagno (che ho indicato sopra) per un giro di conferenze nel Nord America, dall'ottobre al dicembre mi perfezionerei nell'inglese abbastanza.

Ma temo che sarà impossibile.

Ad ogni modo, sono riconoscente a Lei per la benevolenza dimostratami e attendo notizie per l'edizione inglese di *Sociologia Criminale*.

Cordialmente suo
Enrico Ferri

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5.

1909, marzo 15. Chicago.
(Wigmore Papers, box 204, folder 10)

John H. Wigmore escribe a Enrico Ferri con varios particulares sobre la traducción de la 'Sociologia criminale' y su publicación en Norteamérica.

15 March 1909
Professor Enrico Ferri
2 Via Montebello.

Roma, Italy.
Dear Signor Ferri,

I enclose herewith a contract for publication of the translation of your edition of 1905, Criminal Sociology. These publishers are an old and reputable firm, who could be relied upon to publish in good style and to push the sale. They would also pay for the translation, so that you would have nothing to do but receive the royalty provided in the contract. I recommend, however, that you furnish to us the list of current articles since 1893 as an appendix to supplement the bibliography printed in your edition in 1893. You might also write a special preface for this edition, as it would very much help the sale of the book. Please also send me a short biographical sketch of your life, and about one dozen photographs; in this country it is customary to send around a photograph of the author to the literary agents who review a book for a magazine or newspaper, and the photograph so published in the newspaper or the magazine. The translation will be begun as soon as possible, and it is hoped that the printing would be finished by next September or October.

Yours very truly
JHW

6.

Mayo 3, 1909. Roma.
(Wigmore Papers, box 27, folder 3)

Enrico Ferri escribe a John H. Wigmore en respuesta a su carta circular de 9 de abril, con varias consideraciones y buenos deseos sobre el congreso de derecho penal y criminología, a celebrarse en Chicago.
Roma, 3 maggio 1909

Illustre Collega,

Le sono vivamente grato dell'invio fattomi del *programma preliminare* per la *National Conference on Criminal Law and Criminology*, indotta dalla *Northwestern University*.

Ho letto, con molto interesse, l'elenco delle questioni che saranno discusse nella Conferenza. Esse sono tutte molto importanti, così teoricamente come praticamente.

Forse sono troppo numerose per poter essere tutte egualmente discusse con profondità dai convenuti nella Conferenza. Ma questo è effetto inevitabile dall'essere questa Conferenza la prima che si tiene agli Stati Uniti con eguali intendimenti. Essa rappresenta perciò come una specie di *sinfonia* di tutta l'opera, che poi sarà svolta, progressivamente, per portare nell'opinione pubblica, nell'opinione dei giuristi e quindi nelle leggi penali, una orientazione in accordo colle conclussioni della scienza positiva.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ed io credo che la iniziativa della *Northwestern University* sarà molto utile, perché l'atmosfera intellettuale e sociale degli Stati Uniti è la più adatta per divolgare le conclussioni della criminologia scientifica, come io ho spiegato nella prefazione all'edizione americana dalla mia *Sociologia criminale*.

Auguro quindi che questa *Nazionale Conferenza* e poi il ciclo di conferenze scientifiche che si terranno nell'inverno 1910 e poi il congresso penitenziario internazionale che si terrà a Washington nell'autunno 1910 portino negli Stati Uniti un tale movimento di opinione intorno al problema della criminalità da metterli, anche su questo terreno, all'avanguardia della civiltà.

Coi più cordiali saluti di fraternità intelletuale a lei ed ai suoi colleghi della *Northwestern University* ed ai convenuti alla *National Conference*, mi è caro dirmi

Suo devmo.
Enrico Ferri
al Prof. John H. Wigmore
Chicago

7.

1909, mayo 20. Berlín.
(Wigmore Papers, box 27, folder 3)

Adolf Hartmann, Amtsgerichsrat *en Berlin, agradece a Wigmore la noticia del próximo congreso y la interesante bibliografía que acompaña su carta. Envía una 'communication' para sus actas, rogando separatas y un ejemplar del volumen completo.*

Dear Sir!

I thank You for Your kind letter, from April 7. which I did get on April 29. and I send You herewith my communication to the committee of the Conference, asked for. Please, let me have some special copies when printed, and a copy of the proceedings too.

I hope that my paper is what You did wish to have. I must say that I don't agree so very much with the methods of the « Vergleichende Darstellung ». But to this I must hint in my communication very cautiously.

The interesting Bibliography gave me much interest indeed.

Let me express my best wishes for Your great undertaking.

Yours very truly
Adolf Hartmann

Professor
John H. Wigmore

* * *

Gentlemen!

The committee of organization of a National Conference on Criminal Law and Criminology did honor me by asking me to send a communication expressing my views as to the methods of work to be undertaken, both during and after the Conference. I thank the committee very much, and full of good will and interest in the work of the Conference, I am willing to do my best, well aware that You did throw on my shoulders a very hevy burden, likely to break me down.

Beforehand, let me say this. If a Society be founded, the Society will be likely to appoint a committee the task of which it would be to go systematically through the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

laws of the single states to the end to find out what provisions and rules of a mere historical character, not amounting to the wisdom of now, might be thrown out. Such committee would have so to say, a retrospective character. I don't want to say, that in the laws of a country, by themselves, there is no magic power to bestow good justice and command order. Deterring disorder depends on the energy and assiduity of prosecuting crimes. On the other hand, as laws amounting to the very spirit of the epoch are useful to promote good justice, the work of such committee, suggesting for instance concerning murder to do away with certain legal presumtions as to the intent, might be very useful. I guess, a Society of learned American men would elect a committee to investigate the American problem of criminal appeal. As the remedy of American criminal appeal is not seldom apt to protect the defendant too much by formalism and by mere technicalities, learned men in America did propose that all criminal appeal should be abolished. With us, our german code provides that after verdict and sentence and even after punishment at any time the same indictment may be retried when new important evidence by chance got to be found. This new trial is only admitted under certain restricting conditions, pointed out very accurately by the law. Its legal name is: « Wiederaufnahme des Verfahrens ». In America it would be given to the defendant only. Perhaps, public opinion would allow dispensing by general laws with criminal appeal in certain cases, and perhaps the higher courts might often times be more likely to dismiss an appeal when this extraordinary remedy would remain reserved for the defendant. This proposition, I don't believe to be worth so very much, but it might be worthwile being considered. I am well aware that rules or institutions of a certain country mostly don't suit the conditions of an other country. I am to say more about this. But this might be a curious exception.

But now, I mean that perhaps, by reason of the very free and high position of American judges, in no other country judges in criminal cases need so much a thorough scientific training as in America. In continental Europe the single judge is, to say so, protected very more by all the institutions of state and thrown by laws in a certain directions. In America judges have part on the state sovereignty by the tripartition of power, but at the same time want that firm hold on the institution of a almost allmighty state power. The American judge is standing very more on his own feet. All what the Conference may do to promote furtheron teaching and studying of criminal law and criminology, the Conference should do.

Winning the public opinion and promoting true light of science, will allways be the most important matters in the United States to promote protection of society. In a country where public opinion reigns, public opinion must be won, and if need must be enlightened, as state governments must be won and must be enlightened in continental Europe. To come to the end to win public opinion in matters of criminal cases, sicence will help the more, the more it does push on and expand through the rank and file of the legal profession.

All scientists in Europe engaged in criminal law and criminology will give the utmost interest to the Conference, as America did advance very far in developing general principles of criminal law, which european scientists, and even european nations too, realize to be the correct principles the more and more. Making use very carefully of what those sciences brought on in recent years in other countries, American scientists will do good work to promote those sciences everywhere.

While saying this, I feel fully obliged to suggest that American science of criminal law and criminology will show, so to say, quite an other face than in continental Europe for a long time yet, and that there would work some danger when the sciences of both countries would mingle together, the character of everyone not being cared for. What I mean is this. I feel obliged to say that in America there was

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

made a great step forward in the development of criminal law by the reformatory system and the various kinds of indeterminate sentence and all what is connected with these matters. As indeterminate sentence of any kind does deal with the special character of a certain offender, as to wether he is an habitual offender or a casual one, defectiv or not defective etc. there is where indeterminate sentence is lawful, not so much need to point out accurately by substantiv law what these different classes are. « Omnis definitio in jure civili periculosa », these words proved true in criminal law too by a good deal of continental experiences. As indeterminate sentence in continental laws is almost unknown as yet, judges, not so free as in America, want to be given certain directions and allowances by provisions very carefully shaped out as to what those classes accurately are, all the dangers lurking in acute definitions nothwistanding. In America this would be a step backwards. It is quite the same in respect to the different degrees of responsibility.

Judges ought to know well and fully all what the sciences of the epoch brought on in respect to those classes, to the different degrees of responsibility. But knowing all this he ought to deal individually with the single offender considering the total of his character and the total of circumstances of deed. This seems to me to be in line with the historical development and very spirit of American law, and will prove to be possible furtheron by the advantages You have.

When a Society should be founded by the Conference, I should propose a committee whose task it would be to survey all the field of very modern American legislation, such laws included as the law of Indiana making it lawful for surgeons to prevent under certain conditions insane people by bodily operation from getting to have children; a law that, besides, is very contrary to the feelings of the European public, I believe. Such committee should have contact with the great organizations of Prison Associations, National Congresses on Prison Discipline etc. the nearest contact as may [*ms* my] ever be possible, as the very spirit of American prison reforms should imbue all the proceedings of the committee, and there should be cooperation of both.

Now, Gentlemen, I did lay before You, or hintet at almost all I have to say. Let my add only this.

As any idiom has its own genius, and there may not by a good translation of a work written in an other language when the translator don't [sic] master the very genius of both idioms, so the legal sciences of different countries have their different character and their different ways to go on. In the continental system, by historical reason much stress is laid on the substantive laws, so on definitions of various crimes, while with You the law of procedure is very more the centre of the whole. One may say, all legal thoughts, with You, are in a sense thoughts arisen out of the proceedings before a jury. So the shaping out of definitions of forbidden acts would not seem to be so very important.

While this is so, there may [*ms* me] be already, nevertheless, a mutual understanding of the different sciences, even across the ocean, and, by the international intercourse of now, sciences may be helpful by going on to each other. Many people will follow attentively the proceedings of the Conference, and those who might travel through the United States will give to the proceedings a special personal interest. As one of these I express my best wishes.

Yours very respectfully
Adolf Hartmann
Berlin, May 1909

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

8.

1909, mayo 21. Toulouse.
(Wigmore Papers, box 27, folder 3

Georges Vidal agradece la carta de Wigmore relativa al congreso de Chicago y da cuenta de los trabajos prácticos y de la actividad corporativa desarrolladas en Francia y en su cátedra de Derecho Penal.

Toulouse, le 21 Mai 1909
12, rue Saint Rémezy

Cher Monsieur et très honoré collègue,

Je vous remercie de la communication que vous avez bien voulu me faire du prochain Congrès de loi pénale et de criminologie qui va se tenir prochainement à Chicago pour la célébration du cinquantième anniversaire de l'Ecole de Droit de votre Université, et suis très honoré que vous ayiez pensé à me demander mon sentiment relativement à vos travaux.

Je commence par vous assurer de toute na sympathie et de l'intérêt tout particulier que je porterai à ces travaux, lorsque, après leur publication, vous voudrez bien me fournir l'occasion de les lire.

Je regrette que le caractère tout National de votre Congrès, mon eloignement si grand de votre beau pays, mon ignorance de votre langage que je ne sais ni parler ni écrire et que je sais toute juste assez pour lire vos publications, ne me permettent pas de prendre une part active et une collaboration effective à votre conférence. Mais j'espère vous fournir quelques détails interessants en vous faisant connaitre ce que j'ai fait à Toulouse pour développer l'enseignement de droit pénal que je professe depuis 1881.

Au cours de droit criminel ou Droit pénal général comportant, suivant les programmes officiels imposés à toutes nos Ecoles de Droit de France, l'enseignement de la partie générale du Code pénal et les principes élémentaires de la procédure pénale, j'ai depuis 1895 ajouté un Cours de Science pénitentiaire destiné à vulgariser parmi nos jeunes gens les principes et la pratique de cette science et que je complète au point de vue pratique par des visites aux diverses prisons de notre région, prison en commun de Toulouse, prisons cellulaires de Montauban, Foix, Carcassone, colonie pénitentiaire de jeunes détenus d'Auiane près de Montpellier, Colonie correctionnelle pour les jeunes détenus indisciplinés et incorregibles d'Eysses près de Villeneuve sur Lot, Maison Centrale de longues peines de Nîmes. — Je vous envoie le programme de ce Cours de science pénitentiaire. — J'ai également crée à Toulouse une oeuvre de patronage des libérés et d'assistance par le travail et un Comité de défense des enfants traduits en Justice, auxquels mes élèves s'interessent et collaborent avec moi, apprenant ainsi sous ma direction la pratique de ces moyens préventifs de la criminalité et de la récidive. — Je vous envoie les documents relatifs au fonctionnement de ces oeuvres.

Enfin depuis 1906, j'ai obtenu la création par notre Université à notre Ecole de Droit d'un diplôme spécial qui, sous le nom de Certificat d'études pénales comporte l'enseignement de la science pénale, de la science pénitentiaire, du droit pénal spécial (étude des délits spéciaux et de leurs peines) et des sciences auxiliaires de la science pénale, médicine légale et médicine mentale. — J'y joins, pendant mes visites à la prison, des notions pratiques d'anthropométrie et de photographie judiciaires suivant la méthode de M. Bertillon. Je joins à ma lettre les conditions et le programme de ce certificat d'études pénales créé en 1905 à Paris et en 1906 à Toulouse.

Nous avons aussi en France des Congrès nationaux de Droit pénal et des Congrès de patronage des libérés et de défense des enfants traduits en Justice. — Les Congrès nationaux de droit pénal ont été organisés en 1905 par la branche française de l'Union internationale de Droit pénal; le premier s'est tenu à Paris en Juillet 1905, le second à Toulouse en Mai 1907. Je regrette de ne pouvoir vous envoyer le compte-rendu du Congrès de Toulouse; je n'en ai pas d'exemplaire disponible; les travaux de ces deux

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

congrès ont été publiés par le Bulletin de l'Union internationale de Droit pénal. — En Mai 1907 nous avons eu aussi à Toulouse un important Congrès de Patronage dont je me fais un plaisir de vous envoyer le volume des travaux que je viens de publier. — Vous y verrez qu' on s'y est occupé avec beaucoup d'activité de la question des *Tribunaux d'enfants* et de *la mise en liberté surveillée* sur le modèle de vos *Juveniles Courts* et de votre *Probation System*. — Nous n'avons pas encore des tribunaux d'enfants; mais nos Comités de défense des enfants traduits en Justice suggèrent à nos magistrats les solutions qui paraissent les meilleures pour sauvegarder l'avenir des mineurs et nous pratiquons à Toulouse depuis 1907, la mise en liberté surveillée dont la société de patronage que je préside assume la responsabilité et la direction.

J'ai lu avec intérêt le volume de Biobliographie de Criminologie que vous avez bien voulu m'envoyer et je vous remercie de cette communication.

Je me tiens avec beaucoup d'intérêt au courant de votre législation et des progrès de votre pratique pénitentiaire, grâce à l'obligeance de M. Samuel Barrows de New-York, qui est assez aimable pour m'envoyer tous les documents et tous les rapports qu' il publie et grâce aussi aux publications de l'Association Howard de Londres, que son éminent et regretté secrétaire, M. William Tallack me faisait parvenir régulièrement avec ses ouvrages personnels.

Aussi, je vous suis particulierment obligé, cher Monsieur et Collègue, de m'avoir fait part de votre prochaine réunion dont le programme est très vaste et très important. J'en lirai avec grand plaisir et profit le compte-rendu avec tous les ouvrages dont vous voudrez bien me faire hommage pour me permettre de completer mes connaissances relatives à votre législation pénale et à votre pratique pénitentiaire.

Il m'est bien difficile de formuler un avis quelconque sur les questions que vous devez étudier et discuter, ainsi que sur les méthodes de travail de cette première conférence. J'aurai certainement, à la lecture de vos travaux beaucoup plus à m'instruire moi-même que je ne pourrai en ce moment vous donner d'utiles renseignements sur des sujets et des méthodes que vous connaissez certainement mieux que moi.

J'espère que ma lettre retardée par des circonstances indépendants de ma volonté et notamment par la grève des employés des Postes, aujourd'hui terminée, vous arrivera avant la réunion de votre conférence.

Recevez, cher Monsieur et collègue, avec l'assurance du plaisir que j'ai d'entrer en relation personnelles avec vous et les honorables membres de votre Comité, l'expression de mes sentiments dévoués.

Georges Vidal

Vous me faites l'honneur de me demander ma photographie. Je n'ai qu' une photographie toute récente d'amateur, que je vous envoie, pour répondre à votre désir, mais qui, bien que ressemblante, a tous les défauts d'une épreuve non retouchée.

Georges Vidal

9.

1909, mayo 24. Versailles.
(Wigmore Papers, box 27, folder 3)

Gustave Le Poittevin, juez del tribunal del Sena, presenta a Wigmore sus puntos de vista sobre el congreso de Chicago, con insistencia en el régimen de la extradición.

Versailles, le 24 Mai 1909

Monsieur Gustave Le Poittevin, Directeur du Journal du Parquet

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Juge au Tribunal de la Seine
15, rue de la Bonne Aventure
Versailles (S. & O.)

Cher Monsieur

J'ai l'honneur de vous faire connaître que j'ai reçu votre aimable lettre et que je m'intéresse très-vivement à l'oeuvre de la Conférence Nationale qui doit avoir lieu prochainement à Chicago. Je serai extrémement heuréux si à un moment quelconque je puis aider le Congrès dans l'accomplissement de la tâche considérable qu' il entreprend: mon concours le plus complet lui est acquis. Vous pourrez donc, si vous avez besoin de documents ou d'indications sur les lois pénales ou les lois de procédure criminelle française, vous adresser à moi et je ferai tout mon possible pour vous les fournir le plus promptement possible.

En ce qui concerne les travaux du Congrés, il me semble qu' il y aurait lieu qu' il s'occupât tout spécialement des mesures internationales à prendre pour permettre 1º de rechercer à l'étranger les malfaiteurs internationaux; 2º de constater leur identité et leurs antécédents.

1º Il faudrait donc étudier les bases d'une législation internationale de l'extradition. — Au lieu d'une série de traités conclus d'Etat à Etat qui diffèrent sur les points eesentiels, il faudrait une acte, posant des bases fixes et des principes généreaux, auquel finiraient par adherer tous les pays d'Europe et d'Amérique.

Comme question de détail, il y aurait lieu d'examiner la question de « l'extradition des nationaux ». — En Europe, il est de régle aujourd'hui que l'on ne peut extrader les nationaux: c'est du moins ce qui résulte de presque tous les traités. Or cette règle que l'Amérique, à juste tître, s'est refusée à admettre, est une entrave à la répression et devient, en pratique, la source de difficultés inextricables. Il faut qu' elle disparaîsse. D'ailleurs, jusqu' en 1830, environ, la France avait admis et pratiqué l'extradition de ses nationaux; il existe même encore un décret impérial qui est toujours en vigeur — bien qu' en fait il ne soit pas appliqué — et qui règle les formalités d'extradition des nationaux.

2º Il y a lieu d'étudier les mesures internationales relatives à l'échange des bulletins du Casier Judiciaire. — Je me permets, pour le cas aù le Congrès s'intéresserait à cette question, de vous adresser un exemplaire d'un livre que j'ai publié récemment sur le Casier judiciaire et où j'ai spécialement étudié les questions de droit international qui s'y rattachent.

J'insiste sur l'intérêt tout spécial qu' il y aurait à provoquer un mouvement en ce sens, car des modifications profondes se sont produites dans la criminalité. Au lieu de se confiner dans un pays, les malfaiteurs les plus habiles et les plus redoutables tendent à *s'internationaliser*; par suite, les mesures d'instruction et de recherche jusqu' ici admises deviennent insuffisantes et il importe d'y remédier au plus tot. Or, pour qu' un ensemble de dispositives internationales puisse être étudié et adopté, il faut qu' un mouvement scientifique se produise et fasse naitre un courant d'opinion asse fort pour que les Gouvernements soient nécessairement amenés à s'y conformer et à réunir une Conference internationale.

Je vous adresse le portrait que vous avez bien voulu me demander; je l'envoie par le même paquet que le livre sur le Casier Judiciaire.

Veillez agréer, cher Monsieur, l'expression de mes sentiments les meilleurs et les plus dévoués.

G. Le Poittevin

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

10.

1909, Mayo 31. Viena.
(Wigmore Papers, box 27, folder 3)

Hugo Hoegel, 'Oberstaatsanwalt' en Viena, propone argumentos para el congreso, con el acento colocado en el derecho penal federal; advierte también contra las recepción precipitada de leyes extranjeras.

Wien 21. Mai 1909

Sehr geehrter Herr!

Vor Allem danke ich Ihnen für die mich ehrende Aufforderung und bitte Sie die Verspätung meiner Antwort auf den Umstand zurückzuführen, dass ich verreist war und nach meine Rückkher dringende Arbeiten zu erleidigen hatte.

Zur Beantwortung bediene ich mich der deutschen Sprache, da ich die englischen nicht in dem Masse beherrsche, um mich ihrer für ein fachwissenschaftliches Thema bedienen zu können.

Meine Antwort aus Ihre 2 Fragen wird übrigens, wie Sie sehen werden, sehr kurz ausfallen.

1) Wir verfolgen in Europa die Rechtsentwicklung in den Vereinigten Staaten mit grossen Interesse. Es gilt dies insbesondere von den Staaten, deren Recht auf deutscher Grundlage aufgebaut ist. Die eigenartige Entwicklung des englischen Rechtes und die selbständige Fortbildung desselben auf amerikanischen Boden geben uns reiche Anregung.

Es ist daher begreiflich, dass wie einer « National Conference on Criminal Law and Criminology », wie sie von Ihnen in Aussicht genommen ist, lebhaftes Interesse entgegenbringen. Für meine Person wünsche ich Ihnen positive Ergebnisse und besten Erfolg.

2) Was die Arbeitsmethode anbelangt, so meine ich, dass eine Erörterung der grossen Streitfragen auf dem Gebiete des Strafrechtes Sie kaum zu greifbaren Ergebnissen führen wird. Meiner Ansicht nach sollte das Bestreben der nordamerikanischen Kriminalisten dahin gehen der Rechtszersplitterung, die auf diesem Gebiete bei Ihnen herrscht, durch Schaffung eines einheitlichen Bundensstrafrechtes ein Ende zu bereiten. Es geht nicht an, dass in einem zu hoch entwickelten Staatenbunde mit einem ausgebildeten Verkehrswesen eine derartige Rechtsverschiedenheit weiter bestehe, wie sie dermalen herrscht.

Bei der Verwandschaft des Strafrechtes der einzelnen Bundesstaaten müsste die Durchführung dieses Gedankens dann keiner allzugrossen Schwierigkeiten unterliegen, wenn Sie Sich bemühen würden, zunächts ohne durchgreifende Änderungen oder modern scheinende Reformen das geltende Recht einheitlich zu kodifizieren, und es der Zukunft überlassen dieses auf nationalen Grundlage geschaffene Recht auf gleicher Grundlage fortzubilden.

Bei Vorbereitung dieser Arbeit werden Sie erkennen, welche Einzelheiten auf dem Gebiete des materiellen Strafrechtes, der Strafverfahrens und des Strafvollzuges der Gesetzgebung der Bundesstaaten zu überlassen sei. Vor Allem würde ich Sie warnen fremde Einrichtungen auf Ihren Boden zu übertragen, bevor Sie nichts die Gewähr besitzen, dass sie für Ihre Verhältnisse passen. Es ist ein Fehler, der bei uns nur zu häufig begangen wird, das wir solche fremde Einrichtungen, die auf fremdem Boden würzeln, ihrer Neuheit wegen übernehmen.

Die Aufgabe, die Sie Sich damit stellen würden, wäre so gross, dass für andere Aufgaben kaum Platz wäre. Die Zeit nach der Konferenz wäre der Ausführung dieses Gedankens zu widmen.

Mit der Versicherung meiner besonderen Hochachtung,
zeichne ich Ihr ergebener
Dr. Hoegel
(Gewünschte Photographie angeschlossen)
Herrn Professor John Wigmore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

11.

1909, junio 15. Chicago
(Wigmore Papers, box 204, folder 1)

John H. Wigmore se dirije al presidente del comité de traducciones, William W. Smithers, y le comunica sus ideas acerca de la selección de títulos, casa de publicaciones y otros particulares de la 'Modern Criminal Science Series'.

15 June 1909

William W. Smithers, Esq.,
1100 Land Title Bldg.,
Philadelphia, Pa.,

Dear Mr. Smithers:-

This is to remind you that you were appointed Chairman at the Conference on Criminal Law and of a Committee of Five on Translation; of which the other members are Mssrs. Freund, Pound, R. F. Scott, and Wigmore. It is not my province to offer anything but a few suggestions as to the possibilities of this Committee' s work.

As to beginning its work, I suggest that the Chairman call for a straw ballot of the five titles first preferred by each member of the Committee. In my Preliminary Bibliography a reminder of the scope of the field can be found. In choosing these titles we should directly [*cancelado*] desire to see reported the different aspects of the subject. The treatises need not be the very latest because we could presumably procure the author's leave to revise his book to date; Ferri, for example, has written an American Preface for the translation now under way of his 1905 French edition of his book on Criminal Sociology. I would further suggest that as a working rule we have the understanding that the book finally suggested shall have been looked over in person by at least three members of the Committee; for this purpose the Gary Library will place itself at the service of the Committee, by circulating such designated books as it already possesses and by ordering such designated books as it does not already possess.

As to a publisher, it is probable that a firm having an English and American headquarters would be most likely to possess the best marketing facilities and therefore would be most ready to undertake the series, for example, MacMillan or the Oxford Press. Nevertheless I also suggest that for the purpose of reaching the lawyers, a law publishing house would be very servicable [*sic*], for example, Callahan of Chicago, Baker-Voorhed of New York, or Little-Brown of Boston; moreover Messrs. Little-Brown have undertaken to publish for a local Committee here a translation of Ferri's « Criminal Sociology », now under way by Professor Kelly, recently Dean of the Law School of Louisiana University. It may therefore be worth while to propose to Little-Brown to incorporate the Ferri book as one of the series.

As to financing, I have no doubt that one of these houses would be willing to undertake the financing. I would think likely that a share of 10% to the translator and 5% to the Continental author would be a fair and practical proposal, or perhaps a lump sum of $300 to $500 per volume for the translator, with 5% to the author.

As to the translator, doubtless the Chairman of this Committee has an ample source upon which to draw. Nevertheless I suggest that since his staff is composed mainly of lawyers, we might venture to discuss [?] the matter among the younger men in the Universities in the department of Sociology, etc.; because for the majority of the books arranged [*cancelado*] a legal vocabulary would not be necessary.

As to the detail of translation, there is at least one thing which your Committee could and ought to do for the translator, and that is to agree upon a uniform scheme

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of vocabulary for inserting technical words likely to recur such as Paine, Verbrechen, etc.

Trusting that these reflections will not seem impertinent, I am
Yours truly,
John H. Wigmore
President

Resolution B:

« *Whereas*, it is exceedingly desirable that important treatises on Criminology in foreign languages be made readily accessible in the English Language.

Resolved that the President appoint a committee of five with power to select such treatises as in their judgement should be translated and to arrange for their publication, without expense to the Institute ».

Copy of this letter is sent to each member of the Committee

12.

1909, agosto 19. Graz.
(Wigmore Papers, box 204, folder 1)

Hans Gross agradece a Wigmore varios envíos y propone fechas para su viaje a Chicago. Alude también al proyecto de traducir la 'Kriminal Psychologie', oponiéndose a la posible amputación del texto; finalmente, envía en nota adjunta el plan de sus lecciones.

Dear Professor Wigmore,

with the best thanks for Your aimable letter and the bulletin, I take the liberty of answering the single questions, as follows.

With reference to the time, I agree with pleasure to Your proposal, selecting february or march. It is suitable to the vacations between the first ad the second semester, and except that, it is also the better time for travelling to and in America.

Also to the translation of my « Kriminalpsychology » [*sic*] I agree with great pleasure and would I only beg, that, if possible, if You undertake this large labour, nothing should be shortened; I am shure [*sic*], that the whole work would lose very much on value, especially on perspicacity, if it would be abriged. *It isn't a condition*, but I would be glad, if this desire could be performed.

If the translator wishes my help in any way, of course I would willingly give it, but I am afraid, that it couldn't be possible in request as every answer would require a month of time.

What belongs to the subject of the lectures, I send You a list of the topics, as I think, that it would suit. You and our proposal; I hope, You will be kind enough to tell me withal, if You agree to the topics. The most of them are ready, but only in german.

Important to me is also the question about the lectures at the other universities and if it would be possible to form a straight programm [*sic*], how I have to absolve it; of course it would not be possible to fix such a programm during the vacation but — You understand, that it is very important to me to know what form the question of this programm would take.

With many regards
Yours very sincerely
H. Gross
Graz 19/ 8 09

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Introductory discourse

1. The nature of crime
the historical moment
[the] psychological [moment]
[the] physical [moment]
[the] logical [moment]

2. The fundaments of modern Crim. law
the question of free will
the transvalueation [*sic*] of the values (the new values)
the importance of Crim. Anthropologie
A principel in the Crim. law
The crime as a pathological phenom.
[The crime as a] socialpolitical [phenomena]

3. Degeneration and Crim. law

4. The matters of fact of the crime
(certain chapters according to my Krim. Investigation)

5. Crim. Psychologie
(certain chapters according to my « Crim. Psych ». with new matters)

6. « Criminal institutes »
(lectures about matters of the 'criminalistic', crim. museums, 'library', publications and a 'crim. station').

13.

1909, septiembre 10
(Wigmore Papers, box 204, folder 1)

John H. Wigmore escribe nuevamente a William W. Smithers, presidente del comité de traducciones, con una propuesta de selección de originales para la 'Modern Criminal Science Series'.

W. W. Smithers, Esq.
Philadelphia, Pennsylvania

Dear Mr. Chairman:-
As the work of translating any foreign book will take a considerable time, I beg to make some suggestions as to the books to be selected. Several considerations or aspects ought to be conceded in the final selection, if possible.
(1) The three principal countries, France, Italy and Germany, and if possible, the countries next in importance, Spain and Netherlands, should have a representative author on the list.
(2) The works selected should be reference books which make a distinct contribution of permanent value to the theory of the subject, with the addition, however, of one or two books summarizing all the literature to date, and thus serving as hand-book for teacher and students.
(3) The various aspects of the criminology emphasized differently by different investigators should be represented, if possible. This moans that seven or eight aspects have a claim upon us:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the Anthropological (such as #1)
the sociological (such as #2)
the psychological (such as #3)
the statistical (such as #5 and #9)
the ethico-metaphisycal (such as #8)
the economic (such as #10)
the juristic (such as #7 and the Germans Binding and Liszt)
and the historic (such as #11)
and books summarizing all theories to date and bibliographies are represented by #6 and #10.

Of all these (1), I dare say, we can plan at present for not more than five or six. I propose that all of our Committee mark the annexed list with their first choice of five, six, or seven, and that the votes be then collected and considered. It is very important that they make their selection shortly. If, while we are making this selection, we could at least agree upon translating #4 (Gross on Criminal Psychology) it would particularly useful; for the reason that we are planning to invite Professor Gross to make a tour in this country next Spring, and if the translation of this book is ready then, both book and lectures would help each other. Would it be possible to agree upon this book? I may add that the Ferri book is already being translated. I also suggest that the proposition be made to some publisher to take these in a series; this would make it easier for him to dispose of them on the market. With a view to finding the possibilities in that reference, I corresponded with Little, Brown & Company, and I have from them an offer to consider such a series at an arrangement of 5% fot the author and 5% for the translator, or some equivalent arrangement.

Hoping that will rush this matter rapidly, so that we can find the translators and set them to work, I am
Yours sincerely

(1) La nota se acompaña de una lista, con copia, de obras de posible traducción, con casillas anejas para registrar la votación de cada miembro del comité; allí compruebo la presencia del sociólogo Maurice Parmelee, probablemente sumado al *board* de editores — más o menos *de facto* — ante la escasa actividad de Roscoe Pound y Enrst Freund. La lista incluye, por este mismo orden (el orden en que los menciona la carta transcrita): 1) LOMBROSO, C. *L'Uomo delinquente*, 5ª ed., 4 vols., 1897. *Le Crime, causes et remèdes*, 1 vol., 1899.- 2) FERRI, E. *La sociologie criminelle*, 3ª ed., 1905.- 3) GAROFALO, R. *Criminologia*, 1890 (4ª ed. francesa, 1895).- 4) GROSS, H. *Handbuch für Untersuchungensrichter*, 4ª ed. 1904 (Eng. trans. *Criminal Investigation*, 1907); *Criminal-pysichologie*, 2ª ed. 1905.- 5) ASCHAFFENBURG, G. *Das Verbrechen und ihre Bekämpfung*, 2ª ed. 1906.- 6) QUIRÓS, B. de [*sic*], *Las nuevas teorías de la criminalidad*, 2ª ed. 1908.- 7) SALEILLES, R. *L'individualisation de la peine*, 2ª ed. 1908.- 8) TARDE, G. *La philosophie pénale*. 4ª ed. 1903.- 9) KAN, J. van. *Les causes économiques de la criminalité*. Paris, 1903.- 10) BONGER, W. A. *Criminalité et conditions économiques*. Amsterdam, 1905.- 11) VARGHA, J. *Die Abschaffung der Strafknechtschaft*. 2 vols., Graz, 1896.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

14.

1909, diciembre 28. Chicago
(Wigmore Papers, box 204, folder 1)

Wigmore traslada a Smithers, presidente del comité de traducciones, el borrador del prefacio general de la serie, con otras sugerencias sobre la edición de los textos. Le ruega además que realice un prólogo al libro de Bernaldo de Quirós.

W. W. Smithers, Esq.
Land Title building, Philadelphia

Dear Mr. Smithers:-

I send herewith a draft of the general preface or introduction for the books in our series on criminology. My suggestion is that each book be preceded by the necessary material to give the reader a correct understanding of its place in the whole series, and of the object of the series, and of the significance of the particular author; such materials are often lacking in translations. There would thus be three documents: (1) a general introduction to the series, uniform for all the books, and signed by the committee; (2) a special preface fot the particular book by a specialist in the field, giving the orientation of that book and that author, and introducing him to the American public; (3) and American preface, short, by the author himself, for the American edition. In pursuance of this plan I want to ask you if you will consent to write the preface to De Quiros's MODERN THEORIES OF CRIMINOLOGY. As you know, the plan as thus far worked out by the Committee, has started three books, — i.e. Ferri's CRIMINAL SOCIOLOGY, Gross's CRIMINAL PSYCHOLOGY and De Quiros's book. The translation of Ferri is already well under way, but I do not know whether it will be finished by June. The translation of Gross will be finished in January and it must begin printing inmediately. The translation of De Quiros, in my opinion, should be hastened, so as to be ready by June, because that book gives a survey of all the modern authors, and enables one to find something out about the place of every one of them; it is, therefore, the very best introduction or hand-book. If this and the Gross come out about the same time we shall be beautifully started. Then, the Ferri will come next: and I should think that the Saleilles ought to follow; this would represent Germany, Italy and France, and wouls also give the psychological and sociological and the semi-legal aspects, and would thus be properly variegated, so as not to cumulate material of the same sort together. Now, you as chairman of the committee, and as one of the first and foremost exponents of modern criminology, are destined to be the writer of the preface to De Quiros. The preface ought to be ready by June 1 or earlier. I confess that I cannot put my hand on any data about him, but I will look in some of the recent numbers of criminology journals and find some material. I have already written to him at Madrid, to ask his consent to the translation, and when I hear from him I could doubtless get the biographical data also. I could find no information regarding him on the Minerva year-book, and he is therefore presumably not connected with any University. The general preface is perhaps not the kind of thing that you would agree to. If so, please write another. I have an idea, though, that it must have a missionary tone. My idea would be that on the fly leaf of the book, opposite the title page, should be a list of the books now under translation, and of those which are provisionally selected by the committee. This would excite interest and lead to expectation.

Yours sincerely,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

15.

1910, marzo 7. Turín.
(Wigmore Papers, box 204, folder 20)

Gina Lombroso-Ferrero propone ciertas condiciones para autorizar la traducción de las obras de su padre, el criminólogo Cesare Lombroso (2).

7 Mars. 1910
Via Legnano 96
Torino (Italia)

Cher Mr.

J'ai reçu votre lettre du 24 Fevrier, à la quelle je m'empresse de repondre tout de suite.

Le volume français de mon père, « *Crime, causes et remedes* », est la traduction française du troisième volume de « *L'Uomo delinquente* » dernière edition italienne, dont une édition parue justement comme sous titre « *Cause e rimedi* ».

Le volume français étant quelque peu reduit et posterieure à la edition italienne serait pourtant preferable pour une traduction à l'edition italienne.

Mon mari et moi qui avons eté chargé par le testament de mon père de nous occuper de ces editions nous serions très disposés a conceder les droits de traductions aux conditions proposés.

Seulement nous vous faisons remarquer, que ce volume ne contient qu'une partie de la theorie de mon père, c'est a dire l'etude des causes naturelles et sociales du crime et les remèdes juridiques et penales, qu' il n'est en somme que le troisième volume de son oeuvre, non un oeuvre à part.

Or nous craignons que publié seul ce livre pourrait égarer beaucoups de lecteurs qui le prendraient pour toute la theorie, d'autant plus que les deux premiers volumes ne sont même pas traduits en anglais.

Pourquoi donc ne pas publier les trois volumes de l'*Uomo delinquente*, où ce qui vaudrait mieux encore les deux volumes français de l'*Homme Criminel* et le *Crime. Causes et remedes* qui en est le troisième, qui ont deja etés reduits par mon père a des proportions moindres et plus faciles?

Vous donneriez au public Americain et anglais l'oeuvre monumentale de la Criminologie moderne dont les autres que vous allé publier ne sont plus au moins que de derivations.

Dans le cas ou vous seriez decide a ne traduire que ce volume il faudrait le fair preceder d'une introduction résumant les deux premiers volumes et avertissam très clairement le lecteur que le livre qu' il a sous les yeux est un troisième volume, non un oeuvre a part. Je serai disposé a la fair, ou à la fair fair par le Prof. Carrara mon beau frère qui a été longtemps aide de mon père, mais j'ai peur que ça ne puisse amener à des complications car je dois publier cette année même chez Putname le resumé de l'*Uomo Delinquente* qui a cette heur doit etre deja sous presse ou sous revision. Je ne pourrai pourtant rien fair ou fair fair sans le consentement de Mr Putname editeur de la reduction, don't le resume se serait plus au moins forcement un duplicatum

Voudriez vous pourtant reflechir sur cette question et me repondre? Nous attendons a signer le contrat d'avoir votre decision definitive.

En vous priant cher monsieur d'agreer l'assurance de mes sentiments les plus distingues croyez moi

Votre devouée
Gina Lombroso Ferrero

---

(2) Respeto la expresión, frecuentemente incorrecta aunque siempre comprensible, del aproximativo francés de Gina Lombroso.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

16.

1910, abril 19. Chicago.
(Wigmore Papers, box 294, folder 20)

John H. Wigmore explica las razones de la selección del volumen de Lombroso que quiere hacer traducir, solicita la pertinente autorización y hace votos por la futura publicación íntegra de la obra lombrosiana en inglés.

19 April 1910

Illmª Signª Gina Lombroso Ferrero
Torino, Italy

Dear Madame Ferrero:-

I received with satisfaction your letter of March 8. I will explain that we were very anxious to plan for translating completely Professor Lombroso's entire book. But no publisher in this country would undertake it at present. Possibly later we could hope to see it done. In the meantime, it was impossible that we should ignore him in making up our list of translations. We, therefore, selected this short woulume, which would at least give an opportunity to read some of his latest views in his own words. We shall threfore accept with gratitude your consent to the translation of this third volume; hoping that at some later date we can pursuade the publishers to undertake the whole.

Will you, therefore, fill out the documents of consent accordingly? As to the preface, we can arrange for it ourselves, instead of asking you to do it. We are anxious that the book by Professor Lombroso should come out promptly next year. Already the series has three books in press, or almost ready, as you will see by the circular I send herewith. This circular was printed before the death of your lamented father.

It certainly makes reflections of great emotion, when I think that within two years, after enjoying the privilege of your hospitality, I am now endeavoring to give wide circulation to the doctrines and books of your lamented father. I thank you particularly for your kind interest in our enterprise, and I beg that you will present our regards to your distinguished husband, and will accept my assurances of the most sincere devotion and gratutude for your courtesy to

Yours faithfully
JHW

17.

1910, mayo 10. Turín.
(Wigmore Papers, box 204, folder 20)

Gina Lombroso expone a Wigmore sus dudas sobre la traducción parcial de la obra paterna, autorizando sin embargo la de los dos primeros tomos de L'Uomo delinquente*, que ella y su esposo se encargarán de resumir.*

Via Legnano 26
Torino

Cher Monsieur,

J'ai reçu votre lettre, et j'ai reçu aussi le « Report of Committee on translation of American Institute of Criminal Law » que vous avez eu la bonté de m'envoyer. Mais

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

après avoir longuement medité votre lettre et votre relation je ne peux vraiment me decider à vous donner l'autorisation de traduire le livre de mon pére « *Crime. Causes et remèdes* » qui comme je vous ai deja dit n'est que le troisième volume du livre « L'Homme Criminel » de mon père.

Je comprends très bien les raisons éditoriales que vous me donnez — mais ne pouvant traduire qu'un volume d'un oeuvre bien plus logiquement on doit traduire le premier et non le dernier.

Je vous donne pourtant l'autorisation de traduire les deux premiers volumes de l'oeuvre de mon père que nous nous chargerions de reduire à un seul volume de 650 pages, soit sur l'édition italienne que sur l'édition française.

Vous qui connaissez si bien l'oeuvre de mon père vous ne pourrez pas ne pas me donner raison. La traduction de ce troisième volume isolé serait deja grave si elle sortait des mains d'un éditeru quelconque, mais plus grave encore sortant du « Committee on translation of American Institute etc. » qui a pour but « to circulate the study of modrn criminal science as a pressing duty » et qui a deja publié ou doit publier des livres de toutes les écoles de criminologie de l'Europe — car ce livre passerait aux yeux du public comme contenant tout à fait la theorie de mon père — malgré qu' il n'en soit au contrair qu'un complement. J'espère que ous accepterez cette modification.

Croyez moi cher Monsieur
Votre devouée
Gina Lombroso Ferrero
10 Maggio 910

18.

1910, noviembre 11. Turín.
(Wigmore Papers, box 204, folder 20)

Gina Lombroso Ferrero solicita a Wigmore nueva copia del contrato de traducción, que dice hacer extraviado; le pide además cincuenta páginas para incluir en el libro la bibliografía lombrosiana y un resumen del contenido del Archivio di Psichiatria.

11 Novembre 1910
Via Legnano 26
Torino

Cher Mr.,

Votre dernière lettre avec le contrat relatif à la publication du « Crime. Causes et remèdes » de mon père m'est arrivée il y a quinze jours — juste au moment ou j'etais en train de partir pour Florence. J'ai signé le contrat et apres je ne me rappelle plus si je l'ai envoyé ou non — Le fait est qu' au retour je n'ai plus pu trouver trace ni de la lettre ni du contrat ni de la copie du contrat, pourtant je vous écrie pour vous prier mille fois de m'en excuser du retard… et de m'envoyer encore un autre contrat.

Je profite de l'occasion pour vous demander de publier dans le même volume la liste des oeuvres de mon père e le resumé des index de l'Archivio di Psichiatria de mon père qui contient surement les plus precieuse documents de toutes l'école anthropologique fondée par mon père. Comme l'Archivio est arrivé à sa XXXI année il me faudrait pour cela une cinquantaine de pages que vous devriez fair traduir de l'Italien — et qui servira a quiconque voulait étudier l'anthropologie criminelle pour connaitre son histoire. Je vous prierai aussi de annoncer dans la cuverture du livre le resumé que j'ai fait des trois volumes de mon père — et qui va paraître prochainement chez Putnam avec

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le totre *The Criminal Man* according Cesare Lombroso, summarized by his daughter Gina Lombroso Ferrero ».

Vous remerciant de tout croyez moi Mr. le Professeur
Votre devouée
Gino Lombroso Ferrero

Permettez moi — après la lettre d'affair de vous ecrire deux mots amicales pour vous demander à Mme. Wigmore et à vous le pourquoi vous êtes partis d'Italie sans nous faire la visite que vous nous avez promise et pour envoyer à vous et à Mme. Wigmore les souvenirs plus reconnaissant pour la touchante amitié dont vous nous avez donnez maintes preuves.

19.

1910, diciembre 3. Chicago.
(Wigmore Papers, box 204, folder 20)

John H. Wigmore agradece la carta anterior, avisa que el manuscrito de Lombroso obra en poder del impresor y que por tanto es poco probable realizar las adiciones solicitadas.

3 December 1910

Madame Gina Lombroso-Ferrero
Torino, Italy

Dear Madame Ferrero,
I thank you for your very kind letter of November 11. I send herewith a copy of the contract, which is the same that made the other authors.
The MS has already been sent to the printer, and I am afraid that it will not be possible now to make the additions which you request. A preface has given a full account of the life of your father, and of his principal works. I will find out from the publishers whether it can be done.
I thank you very much for your kind expressions of regret that we were unable to turn aside to make a visit at Turin. It was impossible for us to do so, or otherwise we should have taken the opportunity to exercise the privilege which you so kindly extended to us.
With sincere regard, and with the expressions of esteem and admiration for your distinguished husband, I am

Yours faithfully
JHW

20.

1910, diciembre 27. Turín.
(Wigmore Papers, box 204, folder 20)

Gina Lombroso transmite a Wigmore la gran contrariedad que le ha producido la carta del 3 de diciembre y exige la inclusión en la edición americana de las piezas que antes ha sugerido y ahora incluye junto a su respuesta.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

27 Dec. 910
Via Leganano 26
Torino

Cher Mr.

Votre lettre m'a beaucoups étonné. Vous m'envoyé avec la lettre le contrat dans lequel je dois m'engager à fournir une preface et une bibliographie — et vous m'écrivez en même temps que le livre est pret — que la preface est prète — et que vous tacherez de voir si on pourra ajouter quelque chose. Tout cela est evidemment contrair au texte du traité.

Comme je n'aime pas les chicanes je veux bien passer outre à quelque chose — mais j'exige au moins 1) qu' elle me soit envoyée et que je puisse y ajouter sous une forme ou sous une autre ce que je crois essentiel s'il y manquait, 2) que vous ajoutez en appendix la bibliographie des oeuvres de criminologie de mon père et l'index de *l'Archivio* (de mon père — que a été et continue à être le journal officiel de la Nouvelle école) que je vous envoye par le même courrier. Il est aussi necessaire que dans la preface ou ailleurs on dise que je vais publier chez l'editeur Putnam le resumé des trois volumes de l'oeuvre capitale de mon père.

J'espère que vous pourrez m'arranger cela et je vous souhaite une fois encore la bonne année.

Gina Lombroso Ferrero

Je vous avertie que dans la bibliographie de mon père j'ai signé avec une petite croix en marge les livres d'Anthropologie, et j'ai couvert d'un trait les autres — pour vous épargner la peine de faire vous même le choix dans une langue étrangère.

21.

1911, febrero 18. Chicago.
(Wigmore Papers, box 204, folder 20)

18 February 1911
Madame Gene Lombroso Lerrero [*sic*]
Torino, Italy

Dear Madame Ferrero,

I am glad to say that the bibliography of your lamented father's works will be inserted in our translation of « Crime and ist Causes », which is now in press; also there will be a mention of your Summary coming out trough Putnam. I trust that this will be satisfactory to you, and I beg to express my thanks for your kindness in forwarding the bibliography, and my hope that on the next occasion of my visit to Italy, I may have the honor of seeing you, and your learned husbund.

Most sincerely
JHW

22.

1911, marzo 21. Roma
(Wigmore Papers, box 204, folder 11)

Raffaele Garofalo acusa recibo de la carta que envió Wigmore a sus editores de Turín y señala ciertas condiciones para aceptar la propuesta de traducir su Criminologia *en América.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Napoli. Largo Garofalo 29
(Italie) Rome, le 21 Mars 1911

Monsieur,

Je réponds en français à la lettre que vous m'avez envoyée par le moyen des Frères Bocca, Editeurs à Turin, n'ayant pas assez d'habitude à écrire l'anglais pour pouvoir le faire sans trop de retard.

Ne craignez pas d'abord, en lisant la signature, qu' elle soit celle d'un revenant (*a ghost*). Il ne m'est pas encore arrivé de mourir, comme votre éditeur à Boston l'a cru. Je pense que la nouvelle de ma mort a été répandue, il y a quelques années, par l'effet d'une homonymie. Il s'agissait d'un professeur d'histoire ancienne, Francesco Garofalo, qui a succombé à la suite d'un accident de voiture. Quant à moi, il n'est pas impossible que j'aie encore quelques années à vivre, et que je puisse avoir ainsi le plaisir de lire la traduction anglaise de ma *Criominologie*.

En tout cas, je suis très content de pouvoir vous épargner l'ennui de chercher mes héritiers ou leur représentants.

Il faut pourtant préciser dans le contrat, que la traduction doit être faite uniquement sur la 5e édition française (Félix Alcan, Editeur, 1905, Paris, 108 Boulevard St. Germain), parce que mon ouvrage a étéétentièrement refondu dans cette èdition, et il a etè organisé d'une manière très differente de la 1re et 2e édition italienne; toute la partie statistique a été renouvelée, quelques chapîtres ont été ajoutés, et d'autres, supprimés. D'ailleurs, c'est moi-même qui ai fait cette traduction française de mon livre.

Je ne peux pas m'engager à vous fournir une nouvelle préface, mais seulement quelques notes biographiques et quelques lignes d'avant propos.

Quant aux droit qui me seraient assurés par votre éditeur, j'accepte qu'il soient réglés sur la base du 5%, mais je désire que la somme qui me reviendrait me soit envoyé dans le même mois de la publication de l'ouvrage.

Je désire encore en avoir cinq exemplaires *gratis*.

Si vous aurez la bonté de m'assurer que vous acceptez ces conditions, je vous renverrai le contrat signe par moi.

Veuillez m'ecrire à l'adresse suivante:
Rome (Italie)
Senato del Regno.
Veuillez agréer, Monsieur, l'assurance de ma haute considération.
Raffaele Garofalo.

23.

1911, abril 20. Chicago.
(Wigmore Papers, box 204, folder 11)

Wigmore contesta a Garofalo, le agradece su disposición y le señala las condiciones económicas del contrato, según los términos sugeridos por el propio autor.

20 April 1911
On. Barone Raffaele Garofalo
Rome, Italy

Dear Barone Garofalo,

I am very grateful for your kind letter of 21 March, and am glad to hear that you have forgiven me my absurd error in regard to yourself.

It is also pleasant to learn that you are ready to consent to our undertaking and to permit the translation of your work. I have already notified the translator that he is to follow your fifth French edition, (1905) which indeed he was already doing.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

We shall not insist upon an entirely new preface; but we should be very glad to have a statement to be added to the preface of 1905, so as to exhibit the state of your opinion at this moment as to the progress of your doctrine in public acceptance, and as to any opposing views that may have been advanced. Of course, we should also desire the bibliographical notes. As to the honorarium, I understand from you that you would accept our proposal of 5% royalty, — but you say that the sum should be paid to you at the time of publication. But, what we mean by royalty is 5% of the annual amount received from sales of the book, which 5% would be annually sent to you. If, however, you prefer certain single payment in exchange for all rights, the publishers have authorized me to offer you, as we offer others, $100 payable 30 days from the date of publication. This is the amount that has been accepted by the other authors. If you should prefer this arrangement, kindly make the change in the form of contract now in your hands. Please also insert in the form contract that the publisher will send you five copies gratis.

With assurance of my sincere esteem and distinguished consideration, I am
Yours faithfully
JHW

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARCO NICOLA MILETTI

OMBRE D'INQUISIZIONE. L'INTERVENTO DELLA DIFESA NELL'ISTRUTTORIA PENALE ITALIANA (1865-1913)

> « Nella storia si devono studiare gli umani errori per evitarli e non per pigliarne coraggio a farsene imitatori. Guai alla povera umanità se un *diritto* dovesse perdere ogni speranza del proprio riconoscimento per la sola ragione che una diecina di secoli lo avessero calpestato! ».
> F. CARRARA, *I discorsi di apertura* (1873), in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Tipografia Giusti, 1874, cap. IX, p. 169.

1. Garanzie individuali *versus* sicurezza sociale: cicli retorici. — 2. « Tenebre fatali », « scintille di luce ». — 3. « Una riforma temperata »: il magistero di Carrara. — 4. L'impulso comparatistico. — 5. Lucchiniani, conservatori ad oltranza, moderati. — 6. Lo « splendido sogno » degli avvocati. — 7. Il contributo dei positivisti. — 8. Una questione ormai oziosa. — 9. Bifasico, discrezionale, obiettivo: tre criteri d'intervento. — 10. La « pubblicità per le parti » nel progetto Finocchiaro-Aprile. — 11. Una « bolla di sapone ». — 12. Controlli e diffidenze.

1. *Garanzie individuali* versus *sicurezza sociale: cicli retorici.*

La « pubblicità per i difensori delle parti […] libera il procedimento dalle ombre del mistero inquisitorio » (1). Così il guardasigilli

(1) Camillo FINOCCHIARO-APRILE, *Progetto del codice di procedura penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Finocchiaro-Aprile) nella seduta del 28 novembre 1905. Parte I: Relazione Ministeriale. Atti Parlamentari — Legislatura XXII — Sessione 1904-905. Camera dei Deputati, n. 266*, in *Commentario del Nuovo Codice di Procedura Penale*. Direttori Raffaele Garofalo, Agostino Berenini, Adolfo Zerboglio, Eugenio Florian […]. *Lavori preparatori fondamentali*, a cura di Eugenio Florian e Arrigo Bernau, Milano, Vallardi, 1914 [d'ora in avanti: FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*], p. 290.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Camillo Finocchiaro-Aprile, nella pregevole *Relazione* al progetto di codice di procedura penale del 1905 (dal quale trarrà forma, tra molti compromessi, il definitivo articolato del 1913) (2), prende posizione sulla questione, che appassionava da qualche decennio i processualpenalisti europei, dell'intervento della difesa in istruttoria. Tema dalle evidenti implicazioni sulla dialettica autorità/libertà, e che, esaminato nel lungo periodo della procedura penale italiana (dai testi esemplati sul *code d'instruction criminelle* all'inquieto approdo del 1988), traccia un percorso nient'affatto unidirezionale. Del resto, provvide già il sistema 'misto' napoleonico a disilludere per tempo quanti avevano creduto irreversibile la transizione dalle tenebre inquisitorie alle sorti magnifiche e progressive dell'accusatorio (3).

Da allora, la riflessione sulla *segretezza* istruttoria *interna* (4) ov-

---

(2) Sull'elaborazione scientifica e dottrinale del c.p.p. del 1913 mi permetto di rinviare a Marco Nicola MILETTI, *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913. I: L'attesa*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 193-197 (per la relazione del 1905 del ministro Finocchiaro-Aprile) e pp. 315-359 (quanto ai lineamenti del testo definitivo).

(3) Luigi LUCCHINI, *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 […]. Seconda edizione accresciuta degli Atti del Congresso Giuridico Italiano sull'argomento (adunanze 30 nov. e 4 dic. 1872 in Roma)*, Venezia, Ferdinando Ongania, 1873, p. 97 definisce il *processo misto* « mostruoso aborto » mediante il quale le codificazioni, « legate al carro d'un oscuro e tenebroso passato […], s'attennero ad un ibrido partito di mezzo ». Per Salvatore BARZILAI, *L'istruttoria segreta*, in « Rivista politica e letteraria », I, vol. I, fs. III, 15 dic. 1897, p. 125 il segreto istruttorio è uno di quei relitti medievali che « squarciava l'impeto della Convenzione francese e la dittatura imperiale ristabiliva ». L'ironia di Franco CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in « Jus. Rivista di scienze giuridiche », 1964, pp. 137-162, poi in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*. Convegni di studio « Enrico de Nicola », Milano, Giuffrè, 1965, p. 62 denuncia il compromesso del « processo misto », vantato come « felice prodotto d'intelligenza combinatoria » ma in realtà « residuo vischioso di abitudini mentali » (l'istruzione permane « scritta e segreta ») e « finzione di procedimento accusatorio ». Ancor di recente CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2006, § 6.8, p. 65 ha definito il *code* del 1808 *reincarnazione* dell'*Ordonnance criminelle*. Su « aporie e contraddizioni » del modello napoleonico Giorgia ALESSI, *Le contraddizioni del processo misto*, in *La costruzione della verità giudiziaria*, a cura di Marcella Marmo e Luigi Musella, Napoli, Cliopress, 2003, pp. 13-52 e in partic. p. 38.

(4) Gian Domenico PISAPIA, *Il segreto istruttorio nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 42-44 distingue tra *segretezza* o *pubblicità esterna*, che consiste nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vero sull'istruzione *pubblica* o *contraddittoria* (5) (profili che solo di recente hanno ricevuto una non pacifica distinzione dogmatica) (6) alterna afflati di trasparenza ad allarmati anatemi, mentre voci più sagge raffreddano gli opposti estremismi declassando la faccenda a questione di *limiti* e dunque « eminentemente pratica » (7).

---

divieto, valido per chiunque, di divulgare determinati atti che non debbono necessariamente restare segreti alle parti; e *segretezza interna*, « che integra il vero e proprio segreto istruttorio » e consiste « nel *divieto di rivelazione* o anche nel *limite alla conoscibilità di determinati atti o fatti da parte di determinati soggetti* ». Un atto *non segreto* (aggiunge l'A. ivi, p. 210) può non essere pubblico né pubblicabile: sicché, come ha riconosciuto la Corte Cost., 29 gen. 1981, sent. n. 18, il divieto di pubblicità esterna non rappresenta una prerogativa del rito inquisitorio. Una distinzione tra *segreto* e *divieto di pubblicazione* permane anche nel c.p.p. 1988, come rilevano, a commento dell'art. 329, Giovanni Conso, Vittorio Grevi, *Commentario breve al nuovo codice di procedura penale. Complemento giurisprudenziale*, a cura di Vittorio Grevi, Padova, Cedam, 2002, p. 1123.

(5) Pisapia, *Il segreto*, cit. in nt. 4, pp. 44-46 distingue tra *segretezza interna* e *contraddittorio*: un sistema processuale potrebbe respingere la prima senza per ciò accogliere il secondo (che l'A. intende peraltro come « *partecipazione* dinamica allo svolgimento del processo »). Insiste sull'*effettività* del contraddittorio Giovanni Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », n.s. IX, fs. 2, apr. - giu. 1966, pp. 409-413. Ulteriori spunti ora in Renzo Orlandi, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in « Criminalia. Annuario di scienze penalistiche », I, 2006, pp. 303-304. Dal suo canto, Francesco Carnelutti, *Princìpi del processo penale*, Napoli, Morano, 1960, n. 35, p. 139 esalta la *contraddizione* tra p.m. e difensore perché « il dubbio è un passaggio obbligato sulla via della verità ». Traccia di questa convinzione si ritrova nel progetto di codice predisposto dalla Commissione ministeriale del 1962 presieduta dallo stesso Carnelutti (Id., *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, Morano, 1963, p. 18). La diffidenza manifestata anche dagli « ordinamenti liberaldemocratici » nei confronti d'un contraddittorio effettivo deriva, ad avviso di Glauco Giostra, *Contraddittorio (principio del). II) Diritto processuale penale*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Istituto Enciclopedia Italiana, 1988 [2001], p. 3, da antiche predilezioni di stampo inquisitoriale.

(6) « La pubblicità — scrive Luigi Casorati, *Il processo penale e le riforme. Studi* (estratto dal *Monitore dei Tribunali*), Milano, Tipografia Fratelli Rechiedei, 1881, p. 258 —, ove non sia bugiarda parola, suppone necessariamente l'oralità ed il contraddittorio » [il saggio, che raccoglieva una serie di articoli apparsi sul « Monitore dei Tribunali » del 1878-79, verrà qui citato anche da quest'ultima fonte quando si riterrà opportuno 'datare' la posizione dell'A.]. La dottrina tardottocentesca tuttavia tiene distinti *segreto* e *contraddittorio*: così ad es. Raffaele Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione [...]. Seconda edizione interamente riordinata e rifatta dall'Autore e con un'appendice di L. Carelli*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1891 [I ed. Torino 1885], parte III, cap. III, § II, pp. 395-396.

(7) Cosí Francesco Carrara, *I discorsi di apertura* (1873), in Id., *Opuscoli di diritto*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le scansioni — ma questa è forse una costante nella codificazione processualpenale italiana — sono state molto nette e tutte vibratamente dialettiche verso l'immediato passato (8): i liberali, che pure si spaccano durante l'elaborazione del codice Finocchiaro-Aprile (1913) (9), concordano sull'urgenza di archiviare gli sconci dell'istruttoria post-unitaria; il legislatore fascista taccia di *morboso sentimentalismo* le garanzie conquistate nella stagione giolittiana (10); il legislatore delegato repubblicano fissa la parità *in ogni grado del procedimento* tra accusa e difesa per esorcizzare i fantasmi dell'istruttoria del '30 (11). L'oscillazione diventa anch'essa fonte

---

criminale, Lucca, Tipografia Giusti, 1874, cap. XI *I pericoli*, p. 205; CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, p. 246 (e già in « Monitore dei Tribunali », XIX, n. 44, 26 ott. 1878, 1018-9); FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*, cit. in nt. 1, p. 275.

(8) D'altronde, stando ad un *tópos* consolidato, il diritto processuale penale esprime con particolare immediatezza il contesto sociopolitico che lo partorisce. Per tutti cfr. Enrico PESSINA, *Manuale del diritto penale italiano. Parte Terza — Norme del procedimento penale*, Napoli, Eugenio Marghieri, 1893, p. 4. Con riferimento specifico al problema qui esaminato, Silvestro GRAZIANO, *La difesa penale nell'istruttoria*, Bologna, Zanichelli, 1912, p. 9.

(9) MILETTI, *Un processo*, cit. in nt. 2, spec. pp. 225-313; e, più ampiamente, sulle divisioni interne alla penalistica liberale, Mario 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, *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, pp. 159-160.

(10) MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume VIII. Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929 [d'ora in avanti ROCCO, *Relazione al progetto preliminare*], p. 7.

(11) Giovanni CONSO, *Introduzione* a G. CONSO, Vittorio GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, IV ed. aggiornata ed ampliata, Padova, Cedam, 1996, p. XVIII: « Con la delega del 1987 e con il codice del 1988 i residui dell'istruzione […] vengono spazzati via ». Va osservato che già la legge-delega (l. 16 feb. 1987 n. 81), nel prescrivere al governo l'attuazione del sistema accusatorio (art. 2 preambolo), indicava tra i « principi ed i criteri » indefettibili la « partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento », anche nell'indicare prove e presentare memorie (art. 2 n. 3), nonché il diritto dell'imputato di « farsi assistere nell'interrogatorio dal difensore » o di conferire, se sotto custodia, con lui in tempi ristretti (art. 2 n. 6). Il codice del 1988 (osservano Nicola CARULLI, Carlo MASSA, Giovanni ESPOSITO, Aniello PALUMBO, *Lineamenti del nuovo processo penale. Dai soggetti al giudizio di primo grado*, con la collaborazione di Anna Cinquina. II ed. riveduta ed aggiornata, Napoli, Jovene, 1993, p. 58) ha « notevolmente riequilibrato il rapporto fra accusa e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'inquietudine, come avverte la fulminante intuizione di Carrara: « Ma noi non possiamo chiamarci tranquilli in faccia a questa altalena » (12).

Ciascun segmento costruisce una propria *retorica*. La *penalistica civile* (13) si batte per l'*individualità* dei diritti dell'imputato contro l'equazione *inquisitio = interesse sociale* (14). La scuola positiva è

---

difesa », sino a consentire a quest'ultima non solo d'ingerirsi nelle investigazioni, ma di condurle in proprio. Dell'*attività investigativa del difensore* si occupa ora l'art. 327-*bis*, introdotto dall'art. 7 della l. 7 dic. 2000 n. 397: il secondo comma chiarisce che tale facoltà è riconosciuta « in ogni stato e grado del procedimento ». Per un inquadramento del tema cfr. Antonio CRISTIANI, *Una breve introduzione allo studio delle indagini difensive*, premessa a *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Mario Chiavario ed Enrico Marzaduri, Torino, Utet, 2003, pp. 3-11. Il nesso tra principio del contraddittorio, giusto processo e indagini difensive è posto in risalto da Pasquale VENTURA, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale* diretto da Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena, XVII.2, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 1-23.

(12) CARRARA, *I discorsi*, cit. in nt. 7, cap. VIII, p. 178.

(13) La locuzione è ovviamente mutuata da Mario 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 Aldo Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-332.

(14) Federico BENEVOLO, *Le riforme al codice di procedura penale. Il Pubblico Ministero e il Giudice istruttore*, in « Rivista penale », XVI, 1890, vol. XXXI (I terza s.), fs. V (mag.), p. 407 deplora che il processo penale sia stato a lungo considerato « una collisione tra il diritto della società e il diritto individuale, dimenticando » che il primo « non è che la risultante » del secondo. Pressoché analoghi i concetti espressi da Giovan Battista IMPALLOMENI, *La difesa dell'imputato nell'istruzione preparatoria*, Palermo, Ditta Giuseppe Pedone Lauriel editore, 1886, pp. 22-23; GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, p. 141 (« È inesatto, ed è un errore giuridico […] retaggio del sistema inquisitoriale, che nell'istruzione debba prevalere l'interesse sociale »); Alessandro STOPPATO, *Relazione della Commissione nominata dal Presidente della Camera […] sul Progetto del Codice di procedura penale per il Regno d'Italia e Disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione approvato dal Senato del Regno il 7 marzo 1912 (V. stampato n. 544) presentato dal Ministro di grazia e giustizia e dei culti (Finocchiaro-Aprile) nella tornata dell'8 marzo 1912 — Atti parlamentari — Legislatura XXIII — Sessione 1909-12 (N. 1066 A)*, in *Commentario*, cit. in nt. 1 [d'ora in avanti: STOPPATO, *Relazione 1912*], p. 990 (lo Stato non può pretendere, « senza offendere la ragione giuridica », di « preparare tutto il materiale per il giudizio senza l'intervento dell'imputato » a difesa dei suoi invulnerabili « diritti fondamentali »). Ma sin dal 1872 il prof. pareggiato dell'Università di Napoli Giuseppe MADIA, *Istituzioni di procedura penale*, vol. II, Napoli, Presso Giuseppe Marghieri editore, 1872, *Introduzione*, § 3, p. IV denuncia il rischio che da « un'eccessiva

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attanagliata da un'ossessione esattamente speculare (15). Con fine ironia Enrico Pessina, nella nota *La difesa dell'imputato nella istruzione* letta nel 1904 davanti all'Accademia napoletana di Scienze morali e politiche, stigmatizza le opposte *esagerazioni*: da un canto la « sentimentalità » dei cantori dei diritti individuali, dall'altro i nostalgici del patibolo, novelli De Maistre persuasi « essere fulcro dell'edifizio sociale il carnefice » (16). Altrettanto apodittici, i processualpenalisti che lavorano per il regime inneggiano all'imparzialità del giudice istruttore, che rende superflui i cavilli avvocateschi nella prima frazione del processo (17). E si potrebbe continuare con la dottrina degli anni Cinquanta e Sessanta del secolo XX, che rimprovera alla magistratura l'ostinata impermeabilità al dispiegarsi dei precetti costituzionali in materia di difesa.

Nella rincorsa all'iperbole, spiccano gli accenti apocalittici — pur verosimili — coi quali i penalisti *liberali* dipingono la sorte del cittadino incappato nei meandri dell'indagine giudiziaria. Il giovane Lucchini si chiede, con un indovinato *calembour*, chi non abbia « provato talvolta [...] un secreto orrore » verso il « mistero » inquisitorio. In istruttoria — scrive Giovan Battista Impallomeni sperando di dilatarne le maglie — s'invera « una ecclissi del diritto individuale »: l'imputato non è più un cittadino, è « un *oggetto* d'inquisizione », un « uomo solo e passivo contro la onnipotenza del potere sociale » che gli costruisce intorno « tutto un edificio di

---

pubblicità del procedimento » derivi, per converso, « il predominio » dell'individualismo.

(15) Nel progetto presentato al guardasigilli Zanardelli, Raffaele GAROFALO - Luigi CARELLI, *Riforma della procedura penale in Italia. Progetto di un nuovo codice*, Torino, F.lli Bocca Editori, 1889, *Introduzione*, p. XIII curano che l'imputato « abbia sufficienti mezzi per far valere, *in tutti gli stadii del procedimento*, la propria difesa » [csv. degli Aa.], ma aggiungono che lo Stato deve badare alla « difesa collettiva » e non « all'opera individuale », onde evitare di « rendere agevole ai rei di celarsi e di indurre la giustizia in errore ». Più avanti (ivi, p. CCXXXXIV), occupandosi proprio della difesa in istruttoria, i due magistrati retrodàtano alla Rivoluzione francese l'« esagerazione » della libertà individuale.

(16) Enrico PESSINA, *La difesa dell'imputato nella istruzione del processo. Nota letta alla R. Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Reale di Napoli*, Napoli, Stab. Tipograf. R. Università A. Tessitore & Figlio, 1904, pp. 4-6.

(17) A questa teorica, in materia d'intervento difensivo in istruttoria, aderisce ROCCO, *Relazione al progetto preliminare*, cit. in nt. 10, p. 59.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

denunzie, informazioni, testimonianze, perizie, requisitorie, ordinanze ». Un misurato cattedratico come Pietro Nocito, nei lavori preparatori al nuovo codice, rileva che l'imputato in istruttoria dovrebbe badare anzitutto a trarsi fuori quanto prima dal « mare fortunoso di un processo penale ». Sulla « Rivista politica e letteraria » del 1897 Salvatore Barzilai addebita all'*istruttoria segreta* addirittura la « demoralizzazione » del paese dopo Lissa e Custoza (18).

Drammatizzazioni che non piacciono ai positivisti. Il « sentimentalismo », annotano Garofalo e Carelli nel 1889, « rappresentando l'imputato in preda alle ansie terribili dell'ignoto, nell'oscuro dei *piombi* o delle segrete, senza conforto [...] fino al giorno nel quale la sua voce sarà udita nel pubblico giudizio, ci pare poco opportuno. Si riesce così soltanto ad evocare una sbiadita reminiscenza delle istituzioni di altri tempi, che oggi non trovano il men che lontano raffronto nella realtà » (19).

Ogni angolazione retorica si affanna a prevenire le probabili obiezioni. Si confrontino le relazioni ai codici del 1913 e del 1930. Finocchiaro-Aprile sa di dover placare le ansie degli uomini d'ordine: e allora assicura che l'ingresso della difesa in istruttoria si rivelerà un'arma particolarmente efficace nella lotta alla delinquenza e metterà in difficoltà più il malfattore che il galantuomo (20). Rocco è consapevole che l'avvocatura italiana non gradirà l'estromissione dal gabinetto istruttorio: e perciò promette che il fascismo non ha in programma il disdoro della classe forense (21). Ancora negli anni

(18) Rispettiv. LUCCHINI, *Il carcere*, cit. in nt. 3, p. 281; IMPALLOMENI, *La difesa*, cit. in nt. 14, pp. 20-21 (analoga preoccupazione in BARZILAI, *L'istruttoria*, cit. in nt. 3, p. 133); Pietro NOCITO, *Polizia giudiziaria e istruzione preparatoria*, in *Lavori preparatorii del Codice di Procedura Penale per il Regno d'Italia — Atti della Commissione istituita con decreto 3 ottobre 1898 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Finocchiaro — Aprile) con l'incarico di studiare e proporre le modificazioni da introdurre nel vigente Codice di procedura penale*, vol. III, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1900, p. 135; BARZILAI, *L'istruttoria*, cit. in nt. 3, p. 116.

(19) GAROFALO-CARELLI, *Riforma*, cit. in nt. 15, p. CCXXXXIII.

(20) FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*, cit. in nt. 1, pp. 125 e 263 (« il delinquente di mestiere spesso non ha bisogno di assistenza alcuna, conosce tutte le insidie dell'istruzione segreta »). Considerazioni analoghe già in CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, p. 257.

(21) La relazione di ROCCO al *Progetto preliminare*, cit. in nt. 10, p. 8 si prefigge sin dall'introduzione di « accrescere il prestigio e la serietà della difesa ». L'espressione è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sessanta del Novecento studiosi di formazione progressista riconoscono « non ingiustificato » il timore che la presenza del difensore alle deposizioni testimoniali istruttorie ingeneri fughe di notizie (22).

Il perno garanzia / repressione tende a riproporsi ciclicamente in un gioco di rimandi non innocenti. « Il legislatore del nuovo Regime » — scrive nel 1929 il presidente della corte d'appello di Bologna, Copelli, riferendosi al *Progetto preliminare* del c.p.p. — non ha temuto il « ritorno all'antico » piuttosto che lasciarsi irretire dalla « marcia trionfante del progresso »: tra i sintomi « opportuni ed illuminati » del riflusso l'alto magistrato segnala proprio « la soppressione dell'intervento della difesa nell'istruzione » (23). Nello stesso contesto, gli avvocati del foro di Roma esprimono apprezzamento per la ventilata restaurazione del « sistema del 1865 » (24). Il moto pendolare consente di stabilire connessioni indicative: com'è stato autorevolmente notato, la logica positivista, secondo cui l'imparzialità dell'istruttore « supplisce alla contraddizione delle parti, con grande economia di tempo e di lavoro », trova un puntuale *pendant* nella relazione di Rocco al *Progetto preliminare* del 1929, ove la presenza del giudice in istruttoria è ritenuta « garanzia […] sufficiente per rendere superflua la garanzia del difensore » (25). Non

---

testualmente riprodotta nella Relazione al Re (MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume XII. Testo del nuovo codice di procedura penale con la Relazione a Sua Maestà il Re del Guardasigilli [Rocco]*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1930, p. 9).

(22) Così, ai convegni di Lecce e Bellagio del 1964, CORDERO, *Linee*, cit. in nt. 3, p. 65.

(23) MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume IX. Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale. Parte III — Articoli 220-407*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1930 [d'ora in avanti: *Lavori preparatori 1930*, IX parte III], p. 212.

(24) MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume IX. Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale. Parte I — Articoli 1-72*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1930 [d'ora in avanti: *Lavori preparatori 1930*, IX parte I], p. 140.

(25) Rispettiv. GAROFALO, *Criminologia*, cit. in nt. 6, parte III, cap. III, § II, p. 395; ROCCO, *Relazione al progetto preliminare*, cit. in nt. 10, p. 59. La « significativa assonanza » tra i due testi è stata rilevata da Paolo FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 106 nt. 69.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a caso Eugenio Florian, che dalla famiglia positivista proveniva, quando nel 1929 è chiamato dall'Università di Torino a valutare il progetto preliminare del codice di rito plaude tra l'altro alla « grande fiducia » che esso esprime nel giudice e nel p.m. (26).

2. *« Tenebre fatali », « scintille di luce ».*

« Dissero i classici del diritto — proclama il procuratore generale Augusto Setti all'inaugurazione dell'anno giudiziario genovese, il 7 novembre 1914 — che uno degli scopi dell'intervento della difesa è quello di produrre un attrito da cui, come da ferro battuto, sprizzano scintille di luce » (27).

Dai penalisti liberali dell'ultimo quarto dell'Ottocento la lotta al segreto istruttorio, « tarlo roditore » del processo penale italiano (28), viene impostata come una crociata 'neoilluminista' contro le ombre proiettate dal mostro, mai domo, dell'inquisizione. Nell'istruttoria — registra Lucchini sin dal 1872 — « veggiamo tante tenebre e tanti arruffamenti là dove non dovrebbe essere che luce, chiarezza e semplicità ». « Parte dalle tenebre », riflette Carrara negli stessi anni, l'ordine d'arresto: e la tralatizia conservazione del segreto istruttorio « ad altro non serve che a mantenere fra le tenebre la giustizia ». Le istruttorie — avverte Barzilai a fine secolo — sono « condotte nel buio […]. E come la verità di rado usciva da sotto i sapienti ordigni della Inquisizione, così scarse probabilità di sprigionar luce ha pure tutto questo moderno apparecchio ». Sicché, come osserva Impallomeni, soltanto « alla piena luce del pubblico dibattimento » l'imputato può provare la sua innocenza (29).

---

(26) *Lavori preparatori 1930*, IX parte I, cit. in nt. 24, p. 66.

(27) Augusto SETTI, *Discorso inaugurale a Genova del procuratore generale. Varietà - Il nuovo codice di procedura penale e l'esperienza fattane*, in « Rivista di diritto e procedura penale », vol. VI, 1915, I, p. 52.

(28) Cosí lo definisce Francesco CARFORA, *La pubblicità istruttoria in rapporto alla scienza, alle legislazioni ed alla pratica*, Napoli, Tipografia Angelo Trani, 1893, p. 165.

(29) Rispettiv. LUCCHINI, *Il carcere*, cit. in nt. 3, p. IX; CARRARA, *I discorsi*, cit. in nt. 7, cap. XI, pp. 207 (il « momento più grave della inquisizione » è quello nel quale il mandato d'arresto « parte dalle tenebre ») e 261 (persistenza dell'istruzione segreta); BARZILAI, *L'istruttoria*, cit. in nt. 3, pp. 126 e 134; IMPALLOMENI, *La difesa*, cit. in nt. 14, pp. 20-1. Sceglie le medesime immagini Giorgio M. CALOSI, *L'intervento dell'avvocato*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Recependo la metafora (30) e la mentalità che vi è sottesa, la relazione Finocchiaro-Aprile del 1905 pone maliziosamente in contrasto la predilezione dei giudici togati per la « prova raccolta nell'ombra » e la diffidenza dei giurati verso « l'istruttoria segreta, la quale spesso così male resiste alla luce della contraddizione ». « Il prestigio della magistratura », aggiunge il ministro poco oltre, « e il decoro stesso della giustizia impongono massimamente che sia tolta l'istruzione preliminare dall'ombra sospettosa alla quale si ribellano i costumi odierni » (31).

L'obiettivo della campagna liberale è scoperto: additare l'incubo del « mantenimento del processo inquisitorio, al di cui solo nome inorridito rifugge l'animo mio ». Sono parole scritte nel 1872 da Luigi Lucchini, che da abile comunicatore aggiunge: « In materia d'istruzione criminale noi ci troviamo ancora a quel vecchio sistema delle informazioni segrete, contemporanee della tortura, dei supplizi del fuoco, della mutilazione e dei duelli giudiziari. Al pari dell'Inquisizione noi copriamo il processo istruttorio di un velo nero e denso » (32). Nel *Discorso* pisano del 1873 Carrara rincara la dose e constata che « il più sacro diritto dell'individuo » viene sistematicamente compresso « per una superstiziosa reverenza alle tradizioni medioevali, ed alla idolatria del segreto »: rispetto al passato, anzi, egli ritiene che le « tenebre fatali » si siano addirittura infittite, a causa di « tanti vizi inqualificabili » (tra cui l'« infeudazione del Pubblico Ministero al potere esecutivo » e « la deificazione dell'arbitrio ») che « hanno convertito in un edifizio gotico l'ordinamento giudiziario ed il procedimento penale dato alla Italia, il peggiore

---

difensore nell'istruttoria, Torino, Tip. G. Sacerdote, 1908, p. 36. Originale l'osservazione di GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, p. 12 secondo cui « la pubblicità della procedura » limitata al solo imputato, ossia senza l'assistenza dell'avvocato, « sarebbe luce per il cieco ».

(30) La contrapposizione luci / ombre, proposta dalla scuola 'classica', sopravvive nell'immaginario processualpenale, se si pensa che è stata utilizzata come filo conduttore dal recente studio di CRISTIANI, *Una breve introduzione*, cit. in nt. 11, pp. 3-11 sulle indagini difensive.

(31) FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*, cit. in nt. 1, pp. 263 e 283.

(32) LUCCHINI, *Il carcere*, cit. in nt. 3, pp. IX e 5 (la seconda affermazione è datata Venezia 10 ott. 1872). Il c.p.p. 1865 (dichiara in apertura GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, p. 3) « per ciò che riguarda il periodo istruttorio sa di diritto canonico e di barbarie, con vernice moderna ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forse di quanti ne ricorda la storia » (33). A fine secolo il segreto istruttorio appare uno dei « tanti relitti dell'evo medio » del quale però « si parla come di un talismano prezioso […] che solo i ribelli alla legge e al diritto avrebbero interesse a respingere! » (34). Cavalcherà anche questi umori la relazione di Finocchiaro-Aprile al progetto del 1905, laddove rileverà che la vigente istruzione formale, priva di pubblicità per le parti, « non risponde ai progressi della scienza e non a torto è ritenuta un avanzo dei tempi medioevali » (35).

Fu dunque la processualpenalistica del tardo Ottocento a tematizzare l'intervento difensivo in istruttoria, con due peculiarità che condizioneranno i successivi sviluppi del dibattito e che in queste pagine saranno rispettate.

La prima consiste nel riferire gl'interrogativi circa l'opportunità della *pubblicità* e del *contraddittorio* prevalentemente all'istruzione *formale*, nel cui àmbito, d'altronde, essi sono stati tradizionalmente collocati dalla sistematica codicistica, dai commentari e dalla manualistica. Resta dunque sfocata la trasposizione del problema alle fasi preistruttorie e di polizia, all'istruzione sommaria (citazione diretta o direttissima) (36), al decreto penale, alle indagini preliminari.

In secondo luogo, le discussioni più accese s'incentrarono sui poteri del difensore dell'*imputato* (37). Eppure costituisce un indice

(33) CARRARA, *I discorsi*, cit. in nt. 7, cap. XI, p. 261.

(34) BARZILAI, *L'istruttoria*, cit. in nt. 3, p. 125.

(35) FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*, cit. in nt. 1, p. 256.

(36) Ernesto SALUSTI, *L'intervento della difesa nell'istruzione preparatoria dei giudizi penali*, in « Rivista penale », a. XXX, 1904, vol. LX, fs. V (nov.), p. 550 ritiene che *intenti* e *modi* dell'intervento difensivo andrebbero studiati non solo con riferimento all'« istruzione normale » ma anche alla citazione diretta e direttissima e sinanche alle indagini di polizia (ivi, pp. 572-575). Sul problema delle garanzie difensive nella citazione diretta cfr. Claudia STORTI, Difetti del sistema *e* difetti d'uomini. *Citazione diretta e logica dell'istruzione dal codice di procedura penale del 1865 alle soglie della pubblicazione del codice del 1913*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, a cura di Marco Nicola Miletti, Milano, Giuffrè, 2006, spec. pp. 232-233.

(37) Il VI Congresso Giuridico Nazionale (Milano, 24-30 set. 1906) vaglia l'opportunità, concessa dal progetto del 1905, di ammettere in istruttoria anche la difesa della parte civile. Nonostante l'opposizione del relatore Vincenzo MANZINI (*Dei limiti dell'intervento della difesa della istruttoria penale secondo la teoria dei diritti pubblici*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non trascurabile di civiltà processuale garantire anche agli altri soggetti (parte civile, civilmente responsabile) un'adeguata assistenza legale agli atti investigativi.

3. *« Una riforma temperata »: il magistero di Carrara.*

Il codice di procedura penale sardo del 1859 presentava il non « picciol difetto […] di tener segreta la procedura fino al momento in cui s'aprono le assise » (38). Esso imponeva al giudice istruttore (art. 161 primo comma) di « ricercare le prove tanto a carico quanto a discarico ». A commento di queste « serene parole della legge », il penalista veneziano Domenico Giuriati, esule in Piemonte, rammentava che l'accusato in istruttoria « non ha altro difensore che il Giudice ». Il testo subalpino non prevedeva alcuna assistenza legale nel primo stadio del processo: sicché Giuriati si augurava che sull'esempio della legislazione francese i pubblici ministeri, nonostante l'art. 82 li autorizzasse ad intervenire « a tutti gli atti d'istruzione », si astenessero dal farlo nell'interrogatorio. Quanto, infine, alla possibilità per il detenuto di « consultarsi » con l'avvocato, il giurista veneziano ricordava che anche su questo punto « la pratica risponde che no, e gli autori sciorinano magnifiche tiritere in favore della pratica », basandosi sulla cattiva fama dell'avvocatura e sui classici argomenti « coi quali i partigiani dell'inquisizione combattevano la difesa e, disperati di non poterla abolire, vogliono restringerla, mutilarla » (39).

---

subiettivi, in *Atti del Congresso*, Varese, Eredi Macchi, 1907, II, pp. 148-149), l'assemblea vota la mozione favorevole presentata dall'avvo. Servilio Marsili (ivi, I, pp. 205-206 e 213). Nel 1918 Alessandro Stoppato riconosce, a proposito della partecipazione del difensore all'istruttoria, che anche le altre parti avrebbero « diritti da salvaguardare », ma gli sembra che essi si presentino « in maniera secondaria o accessoria o pedissequa » (*Commento al Codice di procedura penale a cura dei signori sen. Lodovico Mortara, dep. Alessandro Stoppato, sen. Guglielmo Vacca, gr. uff. Augusto Setti, comm. Raffaele de Notaristefani, comm. Silvio Longhi. Vol. IV: Codice di procedura penale. Libro I - Disposizioni generali. Commento del prof. Alessandro Stoppato*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918 [d'ora in avanti: STOPPATO, *Commento*], n. 124, p. 502).

(38) Tancredi CANONICO, *Introduzione allo studio del diritto penale. Del giudizio penale. Memorie delle lezioni*, Torino, Stamperia dell'Unione Tipografico-Editrice, 1871, p. 115.

(39) Domenico GIURIATI, *Commento teorico-pratico al codice di procedura penale*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il codice di rito del 1865 confermò (art. 82) che il solo pubblico ministero aveva il diritto di assistere a tutti gli atti istruttori. In base all'art. 816, invece, lo stesso p.m. poteva negare al detenuto per « convenevoli motivi », durante l'istruzione, il colloquio col difensore. Una disciplina a dir poco restrittiva: un « fantasma di difesa », come lo battezza Impallomeni (40). La logica implicita restava quella inquisitoria, in base alla quale « una intelligenza sola dirigeva il processo nel senso dell'accusa e nel senso della difesa »: « una chimera », tuona Carrara, l'« incarnazione di un sofisma » (41).

La magistratura si adegua e, sin dai primi lustri di applicazione del codice unitario, mostra nei confronti della « pubblica informazione » (ossia della pubblicità istruttoria *interna*) una « ripugnanza, che assume il carattere della pertinacia, tanto in essa è potente la venerazione per la rancida età degli avi » (42). Il più diffuso commentario al codice del 1865, il Borsani-Casorati (due magistrati, non a caso), con reciso garbo liquida come *esagerazione* il timore che la giurisdizione istruttoria italiana non assicuri, nel complesso, adeguate garanzie (43). Carlo Cesarini, procuratore generale presso la corte d'appello di Lucca, all'inaugurazione dell'anno giudiziario 1873 difende lo *status quo* perché, a suo avviso, bisogna nutrire fiducia nell'etica dei magistrati inquirenti: argomento che solleva l'indignata protesta della scuola di Carrara (44). Ancora nel 1888 un

---

del Regno d'Italia, Milano, Giacomo Stella editore, 1863, pp. 166 (sull'art. 161) e 214-216 (interrogatorio e colloquio).

(40) IMPALLOMENI, *La difesa*, cit. in nt. 14, p. 19. Di indicazioni « platoniche » sul tema nel c.p.p. 1865 parla Ugo CONTI, *L'intervento della difesa nell'istruttoria*, in « Rivista penale », a. XXI, 1895, vol. XLI (XI terza s.), fs. I (gen.), p. 20; « affermazione platonica, pio desiderio », ripete Alfredo POZZOLINI, *L'idea sociale nella procedura penale. Appunti critici*, in « Archivio giuridico Filippo Serafini », LXI (n.s. II), 1898, p. 283. Anche la facoltà, riconosciuta alle parti dall'art. 427, di presentare memorie alla Sezione d'accusa « non può chiamarsi difesa », ad avviso di Bernardino ALIMENA, *Studi di procedura penale*, Torino, Bocca, 1906, p. 41.

(41) CARRARA, *I discorsi*, cit. in nt. 7, cap. X, p. 198.

(42) LUCCHINI, *Il carcere*, cit. in nt. 3, p. 287.

(43) Giuseppe BORSANI - Luigi CASORATI, *Codice di procedura penale italiano commentato […]. Libro primo e secondo […] Volume Terzo*, Milano, Coi tipi di Luigi di Giacomo Pirola, 1878, p. 14.

(44) Carlo CESARINI, *R. Corte d'appello di Lucca. Inaugurazione dell'anno giuridico 1873. Resoconto dell'amministrazione della giustizia. Riforme legislative, istruzione pre-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sostituto procuratore generale, Filippo Manduca, ipotizza che « nello stato attuale di moralità sociale la pubblicità dell'istruzione sarebbe d'ostacolo alla ricerca della verità e della pruova » ed « una minaccia permanente per i testimoni » (45). L'attento spoglio condotto da Claudia Storti sulla giurisprudenza di legittimità dimostra come, almeno sino al 1875, le corti di cassazione si limitassero a verificare la regolare presenza del difensore in dibattimento, oltre che il rispetto delle norme deontologiche (46).

Se procure e gabinetti istruttori si trincerano dietro la rigida esegesi codicistica, nella neonata scienza processualpenalistica italiana monta l'insofferenza. « Si agita da qualche tempo con crescente calore — annota Francesco Carrara nel *Programma* — tra i filosofi più amici del progresso e della libertà civile la idea che nel processo misto debba accordarsi allo inquisito un difensore anche nel primo periodo. Il principio su cui poggia cotesto disegno è sacro: gravi sono i pericoli che minacciano la innocenza […]. Sarebbe dunque desiderabile », auspica il maestro lucchese, attivare sin dai primordi dell'indagine « lo zelo di un patrono che facesse argine alle preoc-

---

paratoria dei processi penali, Lucca, Tip. di B. Canovetti, 1873. CARRARA, *I discorsi*, cit. in nt. 7, cap. IX *I conservatori*, pp. 171-177 ribatte al Cesarini chiedendogli di riconoscere che « fra i procuratori del Re e giudici istruttori » figurano « uomini appassionati per il trionfo delle loro preconcette opinioni »: talvolta « lo scorno di un processo fracassato al cospetto del pubblico perché mal fatto eccit[a] la bile dello inquisitore […]. Lascio dunque il Cesarini bearsi nella sua fiducia degli ordini vigenti. Ma se gli Avvocati sono *uomini*, si convenga che sono *uomini* anche i Magistrati ». Concorda appieno LUCCHINI, *Il carcere*, cit. in nt. 3, p. 191, che obietta a Cesarini: « Io credo bene che i nostri magistrati sieno giusti e coscienziosi » nell'indagare « sí a carico che a discarico […], ma non è della bontà che noi ricerchiamo, sibbene vogliamo del *dritto* ».

(45) Filippo MANDUCA, *La procedura penale e la sua evoluzione scientifica*, Napoli, Ernesto Anfossi Libraio Editore, 1888, pp. 11-12. L'A., sostituto p.g. a Napoli, riconosce che l'« istruzione segreta possa produrre delle sinistre conseguenze al principio della libertà individuale », ma — confida — « verrà tempo che la segretezza delle istruzioni sparirà dalle pagine della penale procedura ».

(46) Claudia STORTI STORCHI, *Difensori e diritto di difesa nel processo penale italiano nel primo decennio dell'unificazione legislativa*, in *Officium advocati*, hrsg. von Laurent Mayali, Antonio Padoa Schioppa und Dieter Simon, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2000, pp. 349-364. Una pronuncia della Cass. Firenze 10 lug. 1872 (ivi, p. 357) stabilì che, in virtù dei princípi di oralità e contraddittorio dibattimentali, la deposizione testimoniale raccolta in istruttoria avrebbe dovuto sempre essere oggetto di confutazione giudiziale da parte della difesa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cupazioni, e spesso alle ostinazioni di un giudice istruttore eccessivamente zelante e tenace, e crudele talvolta per abitudine o per infelice natura. Ma a questa santa idea » si suole contrapporre il timore « che lo zelo imprudente, o il calore partigiano del patrono penetrando nel segreto della inquisizione ne disturbi i movimenti, distrugga le prove ». Sul punto, conclude Carrara, « di anno in anno si vanno sempre più elaborando gli studi dei progressisti » impegnati a « *ridurre* quanto più si può alla forma accusatoria anche il primo periodo del processo misto » (47).

Ad incrementare gli *studi dei progressisti* contribuirà presto il suo allievo Luigi Lucchini. Nel 1872, in un denso capitolo della monografia sulla carcerazione preventiva dedicato alla *difesa dell'imputato nel periodo istruttorio*, il giovane penalista veneto non solo riproduce il citato brano del *Programma* carrariano, ma denuncia — polemizzando col Cesarini — che « in un sistema processuale leale ed onesto il segreto è una innegabile soperchieria dell'accusa » (48). L'anno seguente, Lucchini intitola *Pubblicità, oralità e contraddittorio nella istruttoria* un volumetto apprezzato (ma non condiviso *in toto*) dal suo maestro (49).

Il fronte della penalistica liberale, tuttavia, non è compatto (50). Il punto del dissenso emerge dal magistrale *Discorso* pisano del 30 settembre 1873, nel quale Carrara, se da un lato ribadisce la sacralità

(47) Francesco Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, ed. Bologna, Il Mulino, 2004, sez. III *Del giudizio criminale*, cap. VIII, § 856 nt. 1, pp. 104-105.

(48) Lucchini, *Il carcere*, cit. in nt. 3, p. 191. Qui è cit. la II ed. del 1873, che riporta alle pp. 371-379 gli esiti del I Congresso giuridico di Roma. La I ed. era stata pubblicata a Venezia, Naratovich, 1872. Carrara, *I discorsi*, cit. in nt. 7, cap. VI *Istruzione segreta*, p. 121 annovera tra i « novatori », accanto a Lucchini, i belgi Adolphe Prins e Hermann Pergameni (*Instruction criminelle. Réforme de l'instruction préparatoire en Belgique*, Paris 1871) e altri penalisti francesi e tedeschi.

(49) Luigi Lucchini, *Pubblicità, oralità e contraddittorio nella istruttoria del processo penale. Appunti critici*, Verona, Tipografia M. Dal Ben, 1873. Carrara, *I discorsi*, cit. in nt. 7, cap. X *Dualismo*, p. 181 dissente da Lucchini perché, a differenza di questi, egli non crede nell'assoluta affidabilità dell'istruttoria pubblica (in forma più allusiva ivi, cap. XI *I pericoli*, p. 260).

(50) Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit. in nt. 9, pp. 159-160; e Id., *La penalistica civile*, cit. in nt. 13, p. 186 ha insegnato come non possa parlarsi unitariamente di scuola *classica* se non nel significato dialettico (e polemico) che ne diedero gli antagonisti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del *diritto di difesa* « in *tutto il corso* del procedimento » quale corollario del diritto-dovere naturale all'autoconservazione (51) e biasima l'estromissione dell'avvocato come « crudeltà degna dei tempi barbari » (52), dall'altro non si sente di sposare *sino in fondo* le ragioni dei *novatori* e li invita a desistere da « utopie » che finirebbero per dar ragione agli allarmi lanciati « non sempre a torto » dai conservatori:

> « Lasciamo in pace il segreto […] finché […] non ci ruinano addosso le catene corporee e lo isolamento » o finché non s'invadano i « diritti inerenti alla nostra personalità » o si « demoliscano per sempre i mezzi defensionali […]. Il segreto sia rotto immediatamente in quanto al *titolo* del delitto […]. Ma in quanto al resto la inquisizione costruisca il suo armamentario a libito suo, purché ancor io possa costruire liberamente l'armamentario mio senza l'obbligo mostruoso di chiedere per grazia al mio persecutore la licenza di assodare le mie difese, o di lasciare alla sua balía le mie armi perché crudelmente me le restituisca spuntate ed inutili » (53).

Ai novatori, che « dai *danni del segreto* argomentano recisamente *dunque completa pubblicità* », e ai conservatori, che « dai *pericoli della pubblicità* » desumono il « *perpetuo mantenimento del segreto* »; ai « combattenti di ambo le parti » che credono di trovare una sponda nei suoi scritti, Carrara precisa di non voler aderire alle loro *proposte assolute*. Persuaso che *in medio veritas*, egli consiglia che « si receda dal segreto e dalla negazione della difesa *in tutto quello dove ciò può farsi senza pericolo della pubblica sicurezza* ». Una « riforma temperata » consiste, a suo avviso, nel secretare il costituto e l'esame testimoniale, onde impedire *escamotage* (« cenni o moti »)

---

(51) CARRARA, *I discorsi*, cit. in nt. 7, cap. VI *Istruzione segreta*, pp. 119-121. « Ecco — osserva l'A. — la ultima barriera contro la quale combattono i novatori contemporanei. Essi non ammettono limitazioni o distinzioni […]. La logica non transige. O la difesa è di diritto naturale, o non lo è […]. Ed è contraddittorio ed assurdo (come bene osserva il Lucchini) che si proclami sacro il diritto alla difesa quando l'accusa si accampa sul fondamento di un *processo* che già le dà un'apparenza di verità, e si neghi lo esercizio di quel sacro diritto quando l'accusa viene a molestarmi senz'altro fondamento che i suoi *sospetti* od il suo capriccio ».

(52) Ivi, cap. X, p. 201. Cfr. anche ivi, cap. VII *Istruzione segreta (storia)*, p. 149: riservare all'accusa l'« esclusività » nelle indagini « rappresenta un *privilegio* » ed è, come tale, « barbaro ed intollerabile ».

(53) Ivi, cap. VII *Istruzione segreta (storia)*, p. 147.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al « patrono malizioso »; e, per il resto, nel coartare la libertà di difesa solo in presenza di « assoluta necessità » (54).

Un'altra divergenza, più marginale, tra Carrara e la sua scuola concerne il *Tribunato della difesa*. Il maestro, com'è noto, aveva suggerito nel 1859 al governo provvisorio toscano l'istituzione di questo ufficio municipale, dinanzi al quale avrebbero potuto « schiudersi senza pericolo i cancelli della prigione [e] rompersi ogni segreto della istruzione ». Cesarini, che nel 1872 aveva riservato alla magistratura « l'onore di una veloce disapprovazione », nel '73 aveva confermato la propria contrarietà, ravvisandovi uno strumento di indebito controllo sul pubblico ministero. Ora, nel *Discorso* pisano del '73, Carrara rinnova senza eccessiva fiducia la proposta, obiettando al Cesarini che i giudici istruttori « considerano come cosa *compromettente* ascoltare la parola di un difensore », mentre « nella realtà delle cose » l'accusato viene a trovarsi « nella piena e libera balía del Procuratore del Re ». Ma neppure tra i suoi allievi il *Tribunato della difesa* miete consensi (55).

4. *L'impulso comparatistico.*

Le tesi *liberali* propense all'intervento difensivo in istruttoria traggono un sensibile incoraggiamento dai Regolamenti di procedura penale austriaco e tedesco, entrati in vigore, rispettivamente,

(54) Ivi, cap. XI *I pericoli*, pp. 204-205; ivi, cap. XI, pp. 258-261. Cfr. anche ivi, cap. IX *I conservatori*, pp. 171-175. Critica rispettosamente le teorie poggianti sui concetti di *pericolosità* o di *irreparabilità* dell'atto istruttorio GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, pp. 574-577.

(55) CARRARA, *I discorsi*, cit. in nt. 7, cap. X *Dualismo*, pp. 189-197 e 203. La proposta di Carrara sembra a LUCCHINI, *Il carcere*, cit. in nt. 3, p. 204, « col dovuto rispetto del Maestro », illusoria: in alternativa, egli suggerisce il ricorso a dipendenti comunali o cittadini eletti. Entrambe le ipotesi sono censurate da CARFORA, *La pubblicità*, cit. in nt. 28, p. 177, a cui parere non è necessario creare « una nuova magistratura » per difendere diritti già tutelati dalle leggi vigenti: il Tribunato (ivi, p. 179) « par quasi abbia l'aria del pipistrello, che non è topo e non uccello ». MANDUCA, *La procedura*, cit. in nt. 45, pp. 15-16 propone d'istituire una figura intermedia « tra il giudice inquirente ed il magistrato », identificabile nel presidente del Consiglio dell'Ordine (o di disciplina) degli Avvocati, il quale dovrebbe presenziare agli atti istruttori al fine di « un puro controllo ». Una larvata critica al Tribunato della difesa si legge in FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*, cit. in nt. 1, p. 279.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel 1873 e nel 1877: una ventata di comparazione che va inquadrata entro la più generale transizione della processualpenalistica italiana dai « portici di Francia » — come sintetizza Antonio Buccellati — all'area germanica (56).

Il Regolamento austriaco del 1873, come spiega il principale artefice, il ministro Julius Glaser, vuole lasciarsi per sempre alle spalle l'esasperazione inquisitoria della *Franziskana* (1803), che aveva tra l'altro comportato « la totale mancanza di pubblicità nel procedimento e la proibizione di farsi assistere da un difensore » (57). Il nuovo testo riconosce « incondizionatamente » all'incolpato il diritto — ancora « incerto » ai sensi del codice del 1853 e « contrastato » nella prassi — di « valersi di un difensore » sin dall'istruttoria (58). Cruciale è il § 45. Il primo comma concede al legale « anche durante i rilievi preliminari ed il processo d'istruzione » di presenziare alle constatazioni di fatto non ripetibili; di « conferire » con l'assistito detenuto, « alla presenza di una persona del giudizio »; di ispezionare gli atti, purché l'istruttore lo reputi « compatibile » con lo scopo del procedimento, nonché di chiedere

(56) Antonio BUCCELLATI, *Recenti riforme del processo penale in Europa in confronto al codice di procedura penale del Regno d'Italia. Generalità ed istruzione preparatoria*, in *Annuario delle scienze giuridiche, sociali e politiche*, diretto da Carlo F. Ferraris, III, Milano, Hoepli, 1882, spec. pp. 409-412. Un invito ad affiancare allo studio della procedura francese « gli esempi e gli ammaestramenti della dotta Germania » era già stato lanciato da Francesco CARRARA, *Introduzione* a Carl August WEISKE, *Manuale di procedura penale con speciali osservazioni sul diritto sassone. Recato in italiano dagli avvocati Zei e Benelli [...]*, Firenze, E. e F. Cammelli, 1874, p. XIV.

(57) Julius GLASER, *Rapporto giustificativo (motivi) del progetto del Regolamento di Procedura Penale Austriaco 23 maggio 1873. Traduzione autorizzata con dispaccio 7 novembre 1875 n. 14309 del Ministero della Giustizia*, in Antonio DEGL'IVELLIO, *I motivi del regolamento di procedura penale attivato in Austria colla legge 23 maggio 1873. Traduzione e studio*, Zara, Tip. di G. Woditzka, 1876, p. 1. Sulla disciplina della difesa nella *Franziskana* cfr. Ettore DEZZA, *Il nemico della verità. Divieto di difesa tecnica e giudice* factotum *nella codificazione penale asburgica (1768-1873)*, in *Riti, tecniche, interessi*, cit. in nt. 36, pp. 24-26.

(58) GLASER, *Rapporto*, cit. in nt. 57, p. 53. Il Regolamento di procedura penale del 1853 aveva riconosciuto all'imputato un limitato diritto di farsi assistere da un avvocato: cfr. Carlo Francesco GABBA, *Prefazione* a Karl Joseph Anton MITTERMAIER, *Guida all'arte della difesa criminale nel processo penale tedesco e nel processo pubblico ed orale con riguardo alle difese tenute davanti ai giurati.* Prima ed. italiana del dottor C.F. Gabba, Milano-Verona, Stab. Civelli, 1858, pp. X-XI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

copia dell'arresto o dei provvedimenti impugnati. Il secondo comma prescrive che, dopo la comunicazione dell'atto d'accusa, imputato e difensore possono colloquiare senza testimoni, nonché ispezionare (seppur « sotto sorveglianza ») e copiare i documenti (59).

L'accoglienza riservata dagli osservatori italiani al nuovo rito austriaco è assai lusinghiera. Carrara lo definisce « la ultima e più avanzata parola che abbia detto la scienza » (60). La relazione di Glaser viene tradotta e pubblicata da Antonio degl'Ivellio, il quale di Carrara sottoscrive sia il giudizio complessivo, sia in particolare l'auspicio che il § 45 influenzi *conservatori* e *novatori* nel senso di ammettere in ogni stadio processuale la difesa purché ne sussista l'effettiva necessità (61). Casorati, sul « Monitore dei Tribunali » del 10 maggio 1879, apprezza le « larghe e liberali riforme » introdotte proprio tramite il § 45, segnalando altresì la perdurante esclusione del difensore dall'interrogatorio dell'imputato e dall'esame dei testimoni (62). Una voce parzialmente dissonante si leva però da Francesco Forlani, avvocato triestino che aveva avuto modo di sperimentare il nuovo Regolamento dinanzi alle corti asburgiche. In un commento ospitato sul primo numero di « Rivista penale », Forlani rileva come l'ingerenza consentita al legale dall'istruttoria austriaca lasci « a desiderare, in contemplazione del marcato carattere inquisitorio del procedimento preliminare, e della diffidenza con cui viene trattato in questo stadio […] il difensore (cfr. § 45) » (63).

---

(59) Per il testo cfr. GLASER, *Rapporto*, cit. in nt. 57, pp. 196-197. Cfr. anche CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, p. 269; PESSINA, *La difesa*, cit. in nt. 16, p. 15.

(60) CARRARA, *Introduzione*, cit. in nt. 56, p. VI. Dissente da Carrara Francesco FORLANI, *Il nuovo Regolamento di procedura penale 23 maggio 1873. Profili e appunti critici*, in « Rivista penale », I, 1874, *Legislazione straniera - Austria*, I, set., p. 169, a cui parere il Regolamento del 1873 non esprime « il tipo del processo accusatorio puro ».

(61) DEGL'IVELLIO, *I motivi*, cit. in nt. 57, *Introduzione*, pp. XV-XVI (ove si riferisce la valutazione globale del Carrara) e ivi, pp. 197-198 (per una lunga citazione dal penalista lucchese).

(62) CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, § 57, p. 297 [e già in « Monitore dei Tribunali », XX, nn. 19-20, p. 449]. Meno dettagliato il parere, positivo, di BUCCELLATI, *Recenti riforme*, cit. in nt. 56, p. 416.

(63) FORLANI, *Il nuovo Regolamento*, cit. in nt. 60, pp. 180-181. Questa prima parte del saggio è datata Trieste, set. 1874. L'A. prevede che, rispetto al Regolamento austriaco, il progetto germanico in corso di preparazione sia più progressista quanto alle garanzie difensive in istruttoria.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indicazioni meno univoche provengono dal confronto con la normativa germanica. Nell'orbita del *Reich* la difesa in istruttoria aveva ricevuto una disciplina eterogenea, entro una gamma compresa tra l'estrema liberalità della procedura del Brunswick (§ 7) e le « più temperate » soluzioni dei codici di Sassonia e del Württemberg. Quest'ultimo in particolare, laddove rimetteva « alla prudente estimazione del tribunale » il rilascio del permesso al difensore di colloquiare col detenuto e d'ispezionare gli atti (art. 212), avrebbe ispirato il codice dell'Impero (64).

Rispetto a simili precursori, il progetto di codice imperiale segna un arretramento e subisce critiche che Carrara non sottovaluta. « È sempre l'antico processo di inquisizione — scrive per esempio Hermann Seuffert — che dalla scuola porta il disordine nella testa di molti giuristi, e che fa apparire loro il difensore come l'uomo malvagio, che con i raggiri e i cavilli distrugge lo scopo della inquisizione » (65). Il testo definitivo, varato nel 1877, tollera (§ 137) « in ogni stadio processuale » l'assistenza del difensore, il quale dispone (§ 147) di ampie facoltà di ispezionare gli atti e del diritto (§ 148) di conferire, salvo talune cautele, col cliente detenuto (66). Il secondo comma del § 190 esclude però, al pari di altri codici tedeschi, « in modo assoluto l'intervento del difensore all'interrogatorio », consentendolo solo parzialmente (§ 191 secondo comma) nell'esame non ripetibile dei testimoni (67).

Il codice germanico — ricorda la *Relazione* di Finocchiaro-Aprile del 1905 — non realizzava « la completa pubblicità per le

(64) CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, § 58, p. 300 [e già in « Monitore dei Tribunali », XX, nn. 19-20, 10 mag. 1879, pp. 449-450]. Già CARRARA, *I discorsi*, cit. in nt. 7, p. 184 si sofferma sui §§ 7 e 8 del codice del Brunswick, che ammettono « la *pubblicità* senza limiti ed il *contraddittorio* completo dell'imputato e del suo patrono a *tutte* le operazioni dell'inquisizione ». Lo stesso testo riconosce « piena libertà al detenuto di *conferire senza vigilanza* col patrono » [csv. dell'A.]. Il codice del Brunswick (aggiunge Carrara ivi, p. 186) aveva fornito buona prova.

(65) Il brano, riportato nel testo, di Hermann SEUFFERT, *Über Schwurgerichte und Schöffengerichte*, München, Kaiser, 1873, pp. 49 e 54 è tradotto (e condiviso nel merito) da CARRARA, *I discorsi*, cit. in nt. 7, pp. 184-186.

(66) CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, § 58, p. 301 [e già in « Monitore dei Tribunali », XIX, n. 45, 2 nov. 1878, p. 1048].

(67) Gaetano LETO, *Il progetto di codice di procedura penale dell'Impero Germanico. Traduzione illustrata e studi*, Palermo, Libr. Internaz. A. Reber, 1910, p. 42 ntt. 1-2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parti » ma mosse comunque « un gran passo in quella direzione » (68). La dottrina italiana ne sottolineò l'incompiutezza e seguì con interesse i propositi riformistici dei giuristi teutonici (69). Un progetto particolarmente avanzato fu presentato il 26 marzo 1909 al *Reichtstag* dal cancelliere dell'Impero: esso ammetteva il difensore all'interrogatorio dell'imputato e all'esame dei testimoni, e consentiva alla procura di Stato d'intervenire solo nei casi in cui l'intervento del legale non fosse escluso (§§ 167-168). Gaetano Leto, professore a Palermo e attento comparatista, commentò favorevolmente questo disegno di legge che, a suo avviso, da un lato risollevava « la posizione del difensore » in istruttoria, dall'altro assegnava alla procura « *esclusivamente* il compito di accusare » e non anche quello, previsto dal codice vigente, di ricercare le prove « a discolpa » (70).

Non manca infine, fra i penalisti italiani del tardo Ottocento, un cauto ma costante parallelismo con il « sistema inglese » quanto alla posizione riconosciuta alla difesa durante l'istruzione. Lucchini ne è antesignano (71). La sua « Rivista penale » pubblica nel 1886 un saggio che raffronta la prassi d'oltre Manica e la legislazione franco-italiana (72). Prevale tuttavia un certo scetticismo. Si fa rilevare che il modello britannico non costituisce « quell'ideale della processura preparatoria che alcuni ritengono », anche perché la partecipazione della difesa resta confinata alla fase giudiziaria della raccolta di prove, lasciando sguarnita l'indagine di polizia che invece getta

(68) FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*, cit. in nt. 1, p. 259.

(69) Già il 10 mag. 1879 CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, § 58, p. 303 osservava che le concessioni effettuate dai regolamenti processuali austriaco e imperiale, « per quanto progressive », apparivano ai giuristi tedeschi « troppo timide » perché recavano « tuttora troppo vivamente le tracce » inquisitorie. Dopo il 1877, riflette GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, p. 314, la Germania « ha operato un incessante movimento di riforma ».

(70) LETO, *Il progetto*, cit. in nt. 67, pp. XVI-XVIII.

(71) LUCCHINI, *Il carcere*, cit. in nt. 3, p. 201. Sul punto cfr. Luigi LACCHÉ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 56.

(72) C.K. LINDON, *Della difesa nell'istruttoria preliminare delle cause penali nel processo inglese*, in « Rivista penale », XII, 1886, vol. XXIII (III seconda s.), fs. IV (apr.), pp. 273-281.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'autentica « base dell'edificio processuale » (73). D'altronde, chiosa Pessina, « gli stessi inglesi non sono molto teneri del loro sistema giudiziario » (74).

La sprovincializzazione promossa dagli studi comparatistici, pur disorganici, consentirà al ministro Finocchiaro-Aprile di appuntare nella *Relazione* del 1905 che « nello stato odierno della scienza » un'istruzione disegnata ancora su « princípi puramente inquisitori » andrebbe in controtendenza rispetto a tutti gli altri « codici recenti, compresi quelli degli Stati eminentemente conservatori » (75).

5. *Lucchiniani, conservatori ad oltranza, moderati.*

L'appassionata analisi del Carrara, gli stimoli comparatistici, la fondazione della combattiva « Rivista penale » convergono nell'assegnare all'intervento difensivo in istruttoria una rilevanza centrale nel dibattito processualpenalistico, peraltro ancora piuttosto asfittico, degli anni Settanta dell'Ottocento (76). Sul tema Casorati, in una serie di articoli apparsi sul « Monitore dei Tribunali » del 1878-79, registra tre approcci dottrinali.

« Una scuola » sempre più ampia — scrive lo studioso con chiaro riferimento ai lucchiniani — « considera la pubblicità, l'oralità ed il contraddittorio dell'istruzione preliminare come la panacea » dei mali del processo penale. Secondo questa tesi, la pubblicità, come avviene nel sistema anglosassone, esalta « la lealtà e legalità » dell'istruttoria. Sarebbe inoltre incoerente ammetterla al dibattimento ed escluderla dall'istruzione. E la società potrebbe

(73) CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, § 59, p. 304.

(74) PESSINA, *La difesa*, cit. in nt. 16, pp. 18-9. Sugli sviluppi otto-novecenteschi della *pubblicità esterna* nell'istruttoria inglese cfr. PISAPIA, *Il segreto*, cit. in nt. 4, pp. 71-73 e 80.

(75) FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*, cit. in nt. 1, p. 257. Deplora l'arretratezza, in proposito, del rito italiano Gaetano AMALFI, *Intervento della difesa nell'istruttoria secondo la riforma della procedura penale*, in Pisa, Dalla Tip. del cav. F. Mariotti, 1909, pp. 7 e 11.

(76) Sul periodico lucchiniano, nato nel 1874, è d'obbligo il rinvio a SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale*, cit. in nt. 9, pp. 105-183. Quanto alla faticosa emersione tardottocentesca di un'autonoma disciplina processuale penale cfr. la bibliografia in MILETTI, *Un processo*, cit. in nt. 2, pp. 7-11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« concorrere alla ricerca del vero in tutti gli stadi del procedimento » anche mediante i « sussidi portati dalla libera stampa » (77).

S'inscrive in questo primo indirizzo il saggio che Erio Sala, professore presso l'Università di Modena, destina a « Rivista penale » del 1876. Lo studioso emiliano, premesso che l'istruzione segreta « esercita una suprema ed indeclinabile influenza sullo svolgimento del processo orale », ne stigmatizza i due principali pericoli: il ricorso sistematico alla calunnia o alla falsa testimonianza e l'errore giudiziario. A tali inconvenienti si ovvierebbe, ad avviso di Sala, evitando che l'istruttore si erga ad « avversario » dell'indagato e consentendo che questi sia assistito dal difensore in « tutti gli atti » istruttori (78).

Una scuola « diametralmente opposta », fedele al sistema 'misto' napoleonico, caldeggia l'« assoluto ed illimitato segreto del processo preparatorio ». Per evitare che gli imputati àlterino le risultanze probatorie o si diano alla fuga, questa teoria consiglia di estrometterli « da qualsiasi partecipazione agli atti processuali », tanto più in quanto ai loro interessi « provvede sufficientemente l'obbligo del giudice istruttore e del pubblico ministero di ricercare imparzialmente la verità tanto a carico che a discarico » (79).

« Una terza scuola » infine, nella quale Casorati accomuna i *Discorsi d'apertura* di Carrara e i *Discorsi d'inaugurazione* del 1873 e

---

(77) CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, pp. 250-251 [brano già apparso sul « Monitore dei Tribunali », XIX, n. 45, 2 nov. 1878, 1041-1042].

(78) Erio SALA, *Dell'intervento dell'imputato nella istruzione del processo penale*, in « Rivista penale », a. III, 1876, vol. V, ago., pp. 5-9; 10-16 (calunnie e false testimonianze); 16-30 (errori degli inquirenti o dei giudici, con particolare riguardo alla perizia). Il pericolo della calunnia era stato già utilizzato a sostegno della pubblicità istruttoria da LUCCHINI, *Il carcere*, cit. in nt. 3, p. 297. Per un'essenziale bibliografia su Sala cfr. Carmelo Elio TAVILLA, *Pubblico e privato tra unità nazionale e particolarismi regionali. Problemi giuridici ed istituzionali in Emilia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 73.

(79) CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, p. 251. CARRARA, *I discorsi*, cit. in nt. 7, cap. VIII *Istruzione segreta (segue storia)*, p. 168 aveva parlato di « conservatori a tutta oltranza », i quali « non vogliono si tocchi un atomo […]: costoro sono forse i più logici, perché anche le cose più brutte possono aspirare al pregio della simmetria ». Più articolata la disamina di SALA, *Dell'intervento*, cit. in nt. 78, pp. 8-12, secondo il quale la « doppia schiera di avversari » dell'istruzione 'aperta' è composta sia dai fautori del sistema vigente, sia dai timorosi delle « sinistre influenze dell'imputato ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1874 del Cesarini, propone un contemperamento, consistente nel rinunciare ad opporre alla difesa, per quanto possibile, il segreto istruttorio (80). Per la verità, le posizioni di Carrara e Cesarini si erano a lungo divaricate, tanto che il primo aveva definito il secondo *conservatore transigente* (81). Nel discorso del 1874 Cesarini aveva però aderito alla proposta moderata del Carrara, seppur preoccupandosi che l'istruttoria aperta « non dovesse degenerare in vero contraddittorio orale » (82).

Casorati inclina per il terzo indirizzo. « È venuta oggi molto in moda — lamenta sul « Monitore » del 1878 — la massima » che reclama la « parità di diritti » tra pubblico ministero e difesa anche in istruttoria. « A noi pare che questa massima celi un equivoco. L'uguaglianza dei diritti ben si addice alla uguaglianza dei rapporti e degli interessi. Ma quando questi non sono identici », il legislatore dovrebbe differenziare le rispettive posizioni processuali (83). Si tratta, allora, di bilanciare l'« incontrastabile » diritto degli imputati a non restare « affatto estranei agli atti dell'istruzione preparatoria » e l'opportunità di conferire ad esso « una forma pratica », ossia « modalità e confini ». Da questo punto di vista, lo studioso confessa un astratto « entusiasmo per la pubblicità » istruttoria *assoluta*, ma

(80) CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, pp. 252-253. L'evoluzione del Cesarini da una posizione restrittiva ad una più favorevole alla difesa è ricostruita da GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, pp. 570-571. Cfr. anche LACCHÉ, *La giustizia*, cit. in nt. 71, p. 59.

(81) CARRARA, *I discorsi*, cit. in nt. 7, cap. VI *Istruzione segreta*, pp. 131-134 ricorda che nel discorso inaugurale del 1873 il suo interlocutore non aveva del tutto escluso l'eventualità d'una riforma ma l'aveva reputata prematura per l'Italia. Allude chiaramente al Cesarini del 1873 SALA, *Dell'intervento*, cit. in nt. 78, p. 8 quando registra l'opposizione alla pubblicità istruttoria da parte di coloro che nutrono « piena fede » nella normativa vigente e pensano che « la nazione nostra ha bisogno di avere leggi stabili […], di farle diventare abitudine e sangue della sua vita ».

(82) La sintesi del *Discorso* di Cesarini del 1874 è in GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, p. 571.

(83) CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, p. 243 [il brano era uscito sul « Monitore dei Tribunali », XIX, n. 44, 26 ott. 1878, pp. 1018-1019]. Pressoché identica la posizione di IMPALLOMENI, *La difesa*, cit. in nt. 14, p. 46. SALUSTI, *L'intervento*, cit. in nt. 36, p. 550 reputa « assurdo » il principio della parità tra accusa e difesa. « Per parità » Francesco MIRA, *Dell'ammissione della difesa durante l'istruttoria nel procedimento penale*, in « Giurisprudenza Italiana », vol. XXXVIII (quarta s.), 1886, parte IV, col. 71 intende « l'accordo dei diritti dell'imputato con quelli della società, accordo che deve risultare da mutue concessioni » finalizzate alla « scoperta della verità ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teme che essa gioverebbe ai « veri malfattori, ai calunniatori, a chi specula sull'onore altrui », e per contro priverebbe gli inquirenti della « libertà », della « calma » e del « raccoglimento » indispensabili alle indagini. Egli perciò esorta a non forzare « l'applicazione del segreto istruttorio al di là di ciò che è veramente reclamato dalle esigenze della giustizia. Concedete agl'imputati la partecipazione al processo preparatorio additata dal loro naturale diritto di difesa, non obliando però mai le precauzioni richieste dalla tutela giuridica dela società ». Quando tuttavia passa a tradurre queste coordinate in suggerimenti concreti, Casorati si accontenta di chiedere per l'imputato più ampi poteri d'impugnazione, un'attenuazione della detenzione preventiva, uno snellimento dell'istruttoria. In virtú di tali misure, a suo avviso, se l'istruzione non risulterà « assolutamente pubblica nel senso dei novatori, non sarà nemmeno segreta nel senso odioso dell'antico processo inquisitorio »: si otterrà il segreto ove necessario, « ma nel rimanente la *pubblicità per le parti*, come dicono i tedeschi (*Parteienöffentlichkeit*), cioè un controllo reciproco tra tutti i fattori del processo » (84).

Il moderatismo 'carrariano' si presta dunque a letture restrittive o quanto meno a retoriche ambivalenti. L'avvocato siciliano Francesco Mira, su « Giurisprudenza Italiana » del 1886, si pronuncia a favore d'una *pubblicità* istruttoria *relativa*: l'intervento difensivo resti una *facoltà* (non un *obbligo*) e sia subordinato « al prudente arbitrio del magistrato » (85). Manduca, sostituto procuratore legato a Pessina, affronta il medesimo tema dichiarando *in limine*: « Io non amo le riforme radicali […]. Apparteniamo alla scuola del progresso, ma

(84) CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, pp. 243-246 (bilanciamento), 254-258 (pubblicità *assoluta*), 267-268 (pubblicità per le parti). MIRA, *Dell'ammissione*, cit. in nt. 83, col. 75 riecheggia palesemente Casorati quando ribadisce, in senso contrario alla piena pubblicità, che « nella istruttoria il magistrato ha bisogno della massima quiete » e della « massima libertà » di ricerca.

(85) MIRA, *Dell'ammissione*, cit. in nt. 83, col. 82. La « pubblicità » (ragiona l'A. ivi, col. 76) dovrebbe concretizzarsi nell'oralità e nel contraddittorio. Ma la prima toglierebbe all'istruzione la « solida e duratura base » della scrittura; il secondo, « oltre eccitare le passioni », invoglia a ritrattare. Inoltre un'istruzione *pubblica* comprometterebbe l'onore dell'imputato (« *calunniate, calunniate che qualcosa resta* ») e renderebbe superfluo il dibattimento. Non per questo il penalista siciliano si oppone ad una *pubblicità relativa*: evenienza (ivi, col. 87) che definisce né « troppo audace » né « assoluta » ma gradualista.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

moderato, giusto » (86). Persino l'avvocato napoletano Francesco Carfora, che pure intitola *La pubblicità istruttoria* la sua ampia monografia del 1893, non si esime dal precisare che egli propende per un « sistema medio » contro ogni « eccesso vizioso » di pubblicità (87).

6. *Lo « splendido sogno » degli avvocati.*

« Qualche vacillante passo » verso l'apertura dell'istruzione era stato compiuto dalla legge Vigliani del 30 giugno 1876, la quale aveva ammesso la difesa ad assistere ai soli atti concernenti la libertà provvisoria (88). Ma la classe forense non ne fu appagata e pertanto, in attesa di improbabili riforme a breve termine, s'industriò a scovare soluzioni empiriche tra le pieghe della legislazione.

Un ponderoso studio del milanese Silvio Campani (1879-80) elenca a beneficio dei colleghi le possibili « funzioni avvocatesche » esercitabili nel rispetto della legge durante l'istruttoria: alcune *legali*, suddivise in *ordinarie* (istanze alla camera di consiglio circa la libertà provvisoria) e *straordinarie* (memorie alla sezione d'accusa); altre *extra legali*, variabili a seconda che sia stato spiccato un mandato d'arresto (suggerimenti al cliente contumace, vigilanza sul rispetto delle scadenze, istanze vòlte ad esperire prove di cui il legale viene informalmente a conoscenza etc.) o che l'imputato sia libero (salvaguardia dei beni e delle sostanze del cliente, tenendosi sempre « sulle generali » e senza « fretta »). La conclusione di Campani è incoraggiante: sebbene l'azione difensiva in istruttoria sia « assai ristretta e circoscritta in una serie angusta soverchiamente, tuttavia non è onninamente esclusa, onde l'avvocato non deve avere scrupolo alcuno ad esplicarla […] per un male inteso rispetto al segreto della istruttoria ». Non bisogna « pretermettere il poco che è consentito o che non è vietato dalla legge », né rinunciare a « far penetrare un

(86) MANDUCA, *La procedura*, cit. in nt. 45, pp. 14 e 18-19.

(87) CARFORA, *La pubblicità*, cit. in nt. 28, p. 171. Si schiera per le « temperate riforme » CALOSI, *L'intervento*, cit. in nt. 29, p. 29.

(88) Così si esprime MANDUCA, *La procedura*, cit. in nt. 45, p. 12. Altri autori (CARFORA, *La pubblicità*, cit. in nt. 28, p. 177 nt. 1) reputano il segnale insoddisfacente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

raggio di luce in favore dell'imputato […] fra le tenebre dell'istruttoria » (89).

Oltre un decennio più tardi, l'avvocato Carfora ripropone un'interpretazione 'progressista' delle norme processuali vigenti che, a suo avviso, se non richiedono « necessariamente » la presenza del difensore in istruttoria, tuttavia neppure la vietano. Lo studioso ricorda che, nella pratica, i difensori usano presentare *fogli di lumi*, ossia osservazioni ed istanze concernenti soprattutto la libertà personale: al punto che, nella relazione statistica del 1885, il regio procuratore presso il tribunale di Napoli aveva lamentato che « oggi il processo penale ha perduto abbastanza della forma inquisitoria » e che ormai « l'imputato interviene nel processo fin dal suo inizio con dimande ed istanze, che qualche volta precorrono la stessa denunzia ». Ma la realtà, secondo Carfora, è ben più triste: nonostante la riforma Vigliani, l'avvocato continua a muoversi « a casaccio », « nella piena ignoranza » degli atti a carico e senza alcuna certezza che il magistrato gli accordi la facoltà di presentare elementi a difesa (90).

Espedienti occasionali non sciolgono il nodo di principio. Senza « l'attivo concorso difensivo dell'imputato » in istruttoria, osserva Impallomeni nel 1886, l'« attuale rito preparatorio » rimane dialetticamente monco: l'« azione unilaterale dell'accusa rischia di ridursi ad un monologo, conducente a conclusioni false » (91). Su « Rivista penale » del 1895 Ugo Conti ripropone l'immagine di un imputato in balía di « un'istruttoria aggressiva e parziale » e deplora « l'attuale mancanza di mezzi difensivi » nel corso della prima, decisiva fase del processo (92).

---

(89) Silvio Campani, *La difesa penale in Italia. Studi teorici e pratici […]*, Volumi Primo e Secondo, Bologna, Zanichelli, 1879-80, I, § 51, pp. 131-2, 136; § 68, pp. 189-190, 196 (per l'imputato detenuto); ivi, I, § 72, pp. 202-207 (per l'imputato a piede libero); ivi, I, § 76, pp. 221-223 (per la conclusione).

(90) Carfora, *La pubblicità*, cit. in nt. 28, pp. 177-8 e nt. 1.

(91) Impallomeni, *La difesa*, cit. in nt. 14, pp. 3-8, 32-33. Su Impallomeni cfr. Mario Sbriccoli, *Il diritto penale sociale 1883-1912*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 3-4, 1974-75, *Il « Socialismo giuridico ». Ipotesi e letture*, pp. 591-4; Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit. in nt. 9, pp. 135 e 179.

(92) Conti, *L'intervento*, cit. in nt. 40, p. 27 (il saggio occupa le pp. 5-43). Molte le analogie nelle riflessioni di Pozzolini, *L'idea*, cit. in nt. 40, vol. LXI, p. 284.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'insoddisfazione, ma anche il realismo degli avvocati emergono al terzo Congresso giuridico nazionale svoltosi a Firenze nel 1891. Relatore per la difesa in istruttoria è l'avvocato Dario Cassuto, il quale, appellandosi al Carrara, riflette: « Il vizio non è degli uomini […]; il vizio è del sistema, che riduce il processo orale », se si eccettuano « le cause più clamorose », ad una sorta di « seconda edizione del processo scritto […], quasi una formalità ». Cassuto tuttavia, dissentendo dal francese Odillon Barrot, dal tedesco Keller, dai belgi Prins e Pergameni e dal « benemerito fondatore » di « Rivista Penale », non reputa si debba « abolir di sana pianta il processo scritto » sostituendolo con l'istruzione pubblica e contraddittoria: istruire una causa « alla piena luce del sole » — afferma — « non è che uno splendido sogno », un'impossibile conciliazione. La Commissione congressuale propone perciò di ampliare le ipotesi di citazione diretta e di ammettere la difesa « tutte le volte che a istruzione [formale] si debba far luogo, e in quanto non resti compromessa la sociale sicurezza ». In concreto, ciò significa concedere l'intervento in tutti gli « atti relativi all'ingenere » e dall'esito irreparabile; e che esso « deve esplicarsi » soprattutto in forma di « vigilanza e tutela » sulle operazioni istruttorie (93).

7. *Il contributo dei positivisti.*

Nel capitolo della *Criminologia* provocatoriamente intitolato *Il delitto tollerato e protetto*, Raffaele Garofalo, vicepresidente del Tribunale di Napoli, riflette: « La nostra procedura dà al giudice istruttore la cura di esaminare i testimoni indicati dall'imputato e di raccogliere le prove della sua innocenza o minore colpabilità [...]. Ma tanta larghezza non basta ai progressisti della procedura! Essi vorrebbero che ogni segreto fosse bandito, che ogni cosa fosse fatta di ragion pubblica fin dal primo istante, e che tutti gli atti, perizie,

(93) Dario CASSUTO, *La riforma della istruzione preparatoria nel processo penale con intervento della difesa. Relazione […] sulla prima parte della terza Tesi sottoposta allo studio del Congresso*, Firenze, Tipografia Luigi Niccolai, 1891, pp. 10-11 (« vizio del sistema »), 16-18 (« splendido sogno »), 23 (sicurezza sociale), 55 (proposta congressuale).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esami di testimoni, confronti etc. fossero fatti *in contraddittorio* [...] sotto la sorveglianza del giudice » (94).

Nel dibattito sull'intervento difensivo in istruttoria irrompe dunque la scuola positiva, la quale negli ultimi lustri del secolo va prospettando una palingenesi, tutt'altro che univoca, del rito penale (95).

Se si esamina uno dei prodotti più solidi di questa elaborazione, vale a dire il progetto Garofalo-Carelli presentato al ministro Zanardelli nel 1889, vi si scorge *prima facie* un'affinità con le tesi dei *liberali* moderati. I due autori, convinti che l'oralità, la pubblicità e il contraddittorio già previsti per il dibattimento dalla legge vigente bastino « a distruggere il congegno del vecchio sistema *inquisitorio* », invitano a sgomberare il campo dalle opposte *esagerazioni*: « Gli scrittori serii, non affetti da monomania reazionaria, o da epilessia radicale, convengono tutti nell'affermare che *una certa segretezza* sia necessaria nel periodo d'istruzione *preparatoria*; e che debba essere concessa *una certa pubblicità*, perché l'imputato possa, prima del pubblico dibattimento, difendersi ». Nel merito il progetto ripartisce l'istruzione in due fasi: la prima, destinata alla raccolta delle prove, *segreta* e pressoché interamente rimessa al giudice istruttore; la seconda di *controllo* sull'operato del giudice (96). Sul piano tecnico, peraltro, la proposta di Garofalo e Carelli non andrà esente da critiche, concernenti soprattutto la sopravvivenza di un'istruttoria segreta (per quanto abbreviata) ed il rischio di prevaricazioni del pubblico ministero (97).

---

(94) GAROFALO, *Criminologia*, cit. in nt. 6, parte III, cap. III, § II, p. 395 [la I ed. risale al 1885].

(95) L'elaborazione d'una procedura penale 'positivista' può datarsi a partire dal noto saggio di Raffaele GAROFALO, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, in « Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale per servire allo studio dell'uomo alienato e delinquente », III, 1882, pp. 85-99. Per una rassegna delle diverse « anime del positivismo processualistico » rinvio a MILETTI, *Un processo*, cit. in nt. 2, pp. 321-334.

(96) GAROFALO-CARELLI, *Riforma*, cit. in nt. 15, pp. CCXXXXI-CCXXXXIII (rito vigente); pp. CCXXXXVIII-CCXXXXIX (« esagerazioni »); pp. CCLII-CCLIII (duplice fase). CARFORA, *La pubblicità*, cit. in nt. 28, p. 192 definisce il progetto Garofalo - Carelli « quello, che di meglio si sia fatto in Italia nel genere in questo ultimo scorcio di tempo ».

(97) I rilievi critici mossi da CARFORA, *La pubblicità*, cit. in nt. 28, pp. 194-195;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una terapia altrettanto bilanciata contro le « esagerazioni individualistiche e dottrinarie della completa pubblicità » è suggerita nel 1892 da un altro 'manifesto' della procedura penale positivista, il capitolo IV della *Sociologia criminale* di Enrico Ferri. Questi ammetterebbe in istruttoria, « massime per le constatazioni materiali sopra luogo, anche l'intervento del processato » (98). Nell'ultima edizione, postuma, della stessa opera lo studioso amplia agli « altri accertamenti relativi all'*in genere* del reato » il novero degli atti cui reputa opportuna la partecipazione non solo del *processato* (come recitava la precedente versione) ma anche del *suo difensore* (99).

Anche i positivisti considerano pregiudiziale la questione del *limite*. Lo enuncia a chiare lettere Alfredo Pozzolini sull'« Archivio giuridico Filippo Serafini » del 1898 (100). Lo presuppone Adolfo Zerboglio nella prolusione urbinate dell'anno accademico 1905-06, nella quale non si nasconde il rischio che la presenza del « patrono » in istruttoria si risolva « a detrimento della società e ad utile proprio » (101).

Comunque il contributo positivistico rafforza, negli studi di procedura di fine secolo, la coscienza — il cui germe risale alla

---

POZZOLINI, *L'idea sociale*, cit. in nt. 40, vol. LXI, p. 54; e SALUSTI, *L'intervento*, cit. in nt. 36, p. 553 sono sintetizzati da GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, pp. 566-568.

(98) Enrico FERRI, *Sociologia criminale. Terza edizione completamente rifatta dei Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, F.lli Bocca, 1892, pp. 631-632 (l'A. richiama il saggio di Raffaele GAROFALO, *Del contraddittorio nella istruzione*, apparso su « Scuola Positiva » del 31 agosto 1891).

(99) Enrico FERRI, *Sociologia criminale. Quinta edizione riveduta ed ampliata*, con note a cura di Arturo Santoro, II, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930, n. 78, p. 365, con ampia bibliografia.

(100) POZZOLINI, *L'idea sociale*, cit. in nt. 40, vol. LXI, p. 289: « L'intervento della difesa nel periodo istruttorio dovrebbe essere contenuto entro certi limiti »; difensore e p.m. andrebbero informati « al pari ed insieme » di tutti gli atti d'indagine, con facoltà per entrambi di proporre prontamente « nuovi mezzi istruttori ». Il saggio fu pubblicato a puntate sull'« Archivio giuridico Filippo Serafini » nel 1898: n.s. I, vol. LX, pp. 305-19; n.s. II, vol. LXI, pp. 30-62; ivi, pp. 279-303. Sulla figura di Pozzolini e la sua alterità dal socialismo cfr. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, cit. in nt. 91, p. 621; sul suo riformismo processuale MILETTI, *Un processo*, cit. in nt. 2, pp. 328-331.

(101) Adolfo ZERBOGLIO, *Il processo penale e la difesa sociale. Discorso inaugurale [...] per la solenne apertura dell'Anno accademico 1905-06 nella Università degli Studi di Urbino*, in *John Marshall*, a cura di J.B. Moore, Boston, Ginn & Company, Publishers, The Athenaeum Press, 1901, pp. 29-30.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penalistica *civile* e innanzitutto al Carrara — della *politicità* insita nell'alternativa *segretezza/pubblicità* istruttorie (102). Chi tocca questo tasto deve ormai tener conto della crescente aspirazione dell'opinione pubblica a partecipare delle vicende giudiziarie, nonché di possibili ripercussioni nell'agone partitico.

Di questi nuovi orizzonti il *Manuale* di Enrico Pessina del 1893 coglie un profilo ancora, per così dire, 'idealistico' e di principio. Il penalista napoletano non è affatto un fautore dell'istruttoria aperta: a suo avviso, tra i difetti dell'accusatorio, « la pubblicità può essere di ostacolo alla *ricerca* della verità e delle sue pruove, quando niente ancora si è raccolto intorno al reato ed al reo ». D'altro canto però egli ammette che l'inquisitorio puro presenta « vizi assai più gravi »: il segreto, in particolare, « impedisce che il vero giudice pronunzi, essendo vero giudice la coscienza sociale, la quale non può pronunziare se non conosce » (103).

Un analogo concetto si ritrova nella citata monografia di Carfora (1893). La società, riflette l'Autore, come ha « acquistato dopo titaniche lotte » il diritto di « controllare i risultamenti del pubblico dibattimento colla facoltà di assister[vi] […] e di partecipare, nei casi più gravi, al giudizio stesso per mezzo dei giudici popolari », dovrebbe rivendicare « anche quello di sapere che durante il periodo istruttorio, che a buona ragione deve essere chiuso al pubblico non interessato ad esso direttamente, al giudicabile non è vietato col cieco segreto di far valere efficacemente le sue ragioni » (104).

Squisitamente politiche sono poi le riserve sul segreto istruttorio manifestate nel 1897 da Salvatore Barzilai. Ad avviso del giornalista e parlamentare repubblicano, il pubblico ministero, grazie all'asimmetrico diritto — disconosciuto al difensore dal c.p.p. del 1865 — « di incalzare la istruttoria passo per passo », diventa « il tramite pel quale spesso l'azione del potere esecutivo arriva ad inceppare l'opera del magistrato ». Sicché « non farà più meraviglia il sapere che di

(102) GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, pp. 3 e 9 osserverà che, di fronte all'« antitesi stridente » del codice del 1865 « col diritto di libertà individuale », con la « Costituzione dello Stato » e con la « nuova concezione di società moderna […], il diritto di difesa squassa l'illegittimo segreto dell'istruttoria » e « traduce in attuazione pratica il diritto politico di libertà ».

(103) PESSINA, *Manuale*, cit. in nt. 8, III, p. 8.

(104) CARFORA, *La pubblicità*, cit. in nt. 28, p. 175.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutti i processi a riflessi politici e bancari degli ultimi anni, e in qualunque modo interessanti il potere esecutivo […], copie debitamente autenticate, sotto gli auspici del famoso segreto, arrivarono a Palazzo Firenze e qualche volta persino » alle agenzie di stampa. « L'*ex* guardasigilli, deputato Gianturco, in una recente solenne occasione, ebbe il buon gusto di non affacciare alla Camera […] il pericolo di violazione di un segreto che sarebbe ormai paragonabile a quello della classica maschera napolitana » (105). Il giurista triestino propone di riformare « di sana pianta » l'istruzione « sul tipo offerto dalla recente legislazione francese: cioè con l'abolizione assoluta del segreto nella istruttoria dopo il primissimo periodo » di indagini. Grazie a questa innovazione, la difesa si vedrebbe « giorno per giorno costretta a smascherare le sue batterie […] al cospetto del pubblico ministero » (106).

L'allusione di Barzilai alla *legislazione francese* riguarda la *loi* Constans, approvata proprio nel 1897: un testo che, almeno negl'intenti, spalancava le porte dell'*instruction* agli avvocati e che, al di qua delle Alpi, evidenziò impietosamente la sclerosi del rito inquisitorio italiano (107). In quei mesi, dopo che le Sezioni Unite della *Cour de Cassation* ebbero espresso un parere favorevole all'« assistenza di un difensore fin dal principio dell'istruzione », compare su « Rivista penale » un commento (presumibilmente dettato da Lucchini) assai tagliente: « Come si vede, i concetti della S.C. francese sono assai larghi e liberali, tali che farebbero allibire i nostri vecchi magistrati, e anche i giovani infarinati di antropologia, che trovano anzi troppo dottrinario il nostro codice » e ne vagheggiano « un salutare stringimento di freni » (108).

---

(105) BARZILAI, *L'istruttoria*, cit. in nt. 3, pp. 125-6.

(106) Ivi, pp. 134-6.

(107) Come osserva GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, p. 325, « dopo le radicali modificazioni » francesi l'Italia rischia di « rappresentare […] il tipo principale dell'antico regime ». Sul tema mi permetto di rinviare a Marco Nicola MILETTI, *Il velo squarciato. Riforme dell'*instruction *nella Terza Repubblica e riflessi nell'Italia liberale*, in *Riti, tecniche, interessi*, cit. in nt. 36, pp. 361-412.

(108) *Riforma del codice d'istruzione criminale in Francia*, in « Rivista penale », a. XXIII, 1897, vol. XLV (XV terza s.), fs. III (mar.), *Cronaca*, p. 316.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

8. *Una questione ormai oziosa.*

Al tramonto del secolo XIX l'Italia, nonostante trent'anni di riflessione scientifica e qualche disegno di legge sommerso dalla polvere degli archivi, tiene ancora gli avvocati severamente fuori dalla porta del giudice istruttore (109). Il turbolento clima politico degli anni Novanta non agevola certo la ricerca di soluzioni condivise, e per di più su un aspetto così delicato del processo penale. Gli studiosi, dal loro canto, forniscono risposte non sempre leggibili in termini di contrapposizione tra *scuole*.

Recita il già citato *Manuale* del Pessina (1893): « Le indagini della pruova hanno a rimaner segrete durante lo stadio inquisitorio, perché in esso la pruova non è ancora formata; e l'interesse personale » dei soggetti coinvolti « potrebbe intralciare il cammino della giustizia, offuscare il vero e dare al mendacio la parvenza di esso » (110). Asserzioni che i positivisti potrebbero senz'altro sottoscrivere. Undici anni dopo, occupandosi specificamente della questione davanti all'Accademia napoletana di Scienze Morali e Politiche, lo stesso Pessina sostiene che gli atti istruttori scritti dovrebbero « diventar pubblici » ad istruzione ultimata, in un'apposita « pubblica discussione » tra tutte le parti. Durante questa udienza-filtro dovrebbe spettare ad un magistrato terzo, « al di sopra al pubblico ministero e al giudice inquirente […], decidere se vi sieno elementi sufficienti per darsi luogo ad un giudizio solenne contraddittorio e diffinitivo innanzi alla coscienza sociale ». Diversa è, per Pessina, « la quistione dell'intervento delle parti » nei singoli atti istruttori, che egli di norma sconsiglia, salvo facoltà di presentare « memorie scritte » (111).

La posizione pessiniana sottintende, come si vede, una modifica strutturale del rito penale. La medesima considerazione può farsi riguardo agli *Elementi di procedura penale* di Luigi Lucchini. La

(109) Di « bando della difesa » parla opportunamente Storti Storchi, *Difensori*, cit. in nt. 46, p. 334, mutuando l'espressione dall'intervento congressuale di Cassuto.

(110) Pessina, *Manuale*, cit. in nt. 8, III, p. 42 (trattando dei caratteri generali dell'istruzione). A conforto della propria tesi, l'A. cita l'art. 96 c.p.p. 1865, a norma del quale « *è proibito agli uffiziali, che intervengono negli atti d'istruzione, di rivelarne il contenuto* ».

(111) Pessina, *La difesa*, cit. in nt. 16, pp. 20-23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prima edizione di questo fortunatissimo manuale Barbèra vagheggia un'ideale istruzione accusatoria come « opera delle parti » dotate di « attribuzioni » di pari efficacia, rispetto alle quali la funzione del giudice si ridurrebbe a vigilare sulla regolarità degli atti. *Rebus sic stantibus*, invece, e cioè sussistendo un'istruzione formale affidata al giudice, secondo Lucchini « si dovrebbe almeno temperarne l'incoerenza con l'ammettere l'intervento della difesa accanto a quello dell'accusa, se non altro per gli atti più importanti »: per ciascuno di questi le parti dovrebbero disporre, in condizione di parità, del diritto di richiesta, assistenza, gravame (112).

Nell'edizione del 1899 il penalista veneto manifesta qualche ripensamento. Da un lato egli registra come nell'esperienza italiana « la difesa, conculcata nell'inizio della procedura, si rifaccia poi con mille mezzi e artifici dilatori e defatigatori ». Dall'altro sminuisce gli esempi stranieri osservando che l'Inghilterra non fa testo, che i regolamenti tedeschi hanno effettuato solo « parziali concessioni » e che la riforma francese del 1897 è « esperimento troppo recente per giudicarne ». L'Autore ripete comunque che un *contraddittorio* può logicamente concepirsi tra le parti, non con il giudice (113).

Anche Silvestro Graziano, nella corposa monografia del 1912 su *La difesa penale nell'istruttoria*, auspica che una futura istruzione formale si dipani come contraddittorio dinanzi ad un giudice « neutro ». Essa dovrebbe decorrere solo dopo l'imputazione: da quel momento, la difesa istruttoria si esplicherebbe « come contro-attività positiva », non più semplicemente *ammessa* bensì *concorrente* alla costruzione dell'« edificio istruttorio » (114).

---

(112) Luigi LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, G. Barbèra, 1895, § 217, pp. 239-241 (ideale accusatorio); ivi, § 232, p. 257 (proposta rispetto al rito vigente). L'A. respinge le obiezioni sui presunti danni che l'intervento difensivo arrecherebbe « alla sincerità e alla speditezza dell'istruttoria ».

(113) Luigi LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, G. Barbèra, 1899, § 232, p. 264. D'accordo con Lucchini e Benevolo, SALUSTI, *L'intervento*, cit. in nt. 36, p. 575 suggerisce l'abolizione del *dualismo* tra accusatore e istruttore e l'istituzione d'un *giudice assistente* incaricato di conservare le prove, decidere sulla libertà e vigilare sulle indagini del p.m.

(114) GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, p. 572 (« contro-attività ») e pp. 648-651 (riforma dell'istruttoria formale). Cfr. FERRUA, *Oralità*, cit. in nt. 25, p. 155.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ad inizio Novecento dunque, come osserva Enrico Salusti su « Rivista penale », « il principio teorico » dell'intervento difensivo « in ciascuna fase del giudizio penale, e perciò anche nel periodo preparatorio, non è controverso ». Il problema semmai è « pratico »: consiste nel « definire i modi » di esercizio della difesa e nel « contemperare » l'eterno antagonismo tra diritti dell'accusato e tutela dei consociati (115). Persino Vincenzo Manzini, facendo ammenda di suoi precedenti contributi, depreca nel *Manuale* del 1912: « Fin troppo si è scritto sulla opportunità dell'intervento del difensore nell'istruttoria: questione divenuta per ciò stesso oltremodo noiosa e arruffata. Ed anche oziosa: perché ormai non si trova alcuno, che non sia forse qualche venerando magistrato prossimo ai limiti d'età, che ponga in dubbio la convenienza ». Il problema, ad avviso dello studioso, si riduce a « fissare i limiti del detto intervento »: impresa delicata, « anzi impossibile [...], giacché nessuno saprà mai indicare il limite minimo d'onestà professionale dell'avvocato ammissibile agli atti istruttori ». La conclusione è lapidaria: se si volesse affrettatamente « allargare ancor più le già troppo ampie maglie della classica rete della giustizia penale, meglio sarebbe rimanere nello stato attuale » (116).

Queste righe vanno inquadrate entro l'atteggiamento di indifferenza ostentato da Manzini verso il codice Finocchiaro-Aprile giunto ormai al traguardo. Ma certo assumono una peculiare rilevanza ove si consideri la decisiva influenza che il penalista avrebbe assunto nell'elaborazione del rito penale fascista.

---

(115) SALUSTI, *L'intervento*, cit. in nt. 36, pp. 549-550.

(116) Vincenzo MANZINI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, F.lli Bocca Editori, 1912, cap. VI, § 267, p. 404. La nt. 1 è particolarmente aspra nei riguardi del progetto Orlando (1909), che prometteva anch'esso aperture alla difesa in istruttoria: « riformetta che provvidenzialmente non è venuta a scompaginare e ad arruffare maggiormente lo stato già abbastanza disorganizzato della nostra legislazione. Sarebbe bene che i ministri si persuadessero, se non si sentono adatti alle grandi imprese, esser meglio occuparsi d'affari d'ordinaria amministrazione ». Critica Manzini, nello stesso anno, GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, p. 597 nt. 3. Ben più garantista era apparsa la posizione di MANZINI (*Dei limiti*, cit. in nt. 37, II, pp. 137-150) al VI Congresso Giuridico del 1906.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

9. *Bifasico, discrezionale, obiettivo: tre criteri d'intervento.*

Per tutti, dunque, è questione di *limiti*, di *modalità*. Ma come determinarli in concreto? La dottrina favorevole al *difensore libero*, come ricorda un'indovinata classificazione del Salusti che sintetizza decenni di studi sul tema, propone « tre sistemi » attuativi: la scansione dell'istruzione in fasi; l'*arbitrio del giudice*; la distinzione oggettiva « atto per atto » (117).

Il « sistema » dell'istruzione bifasica è già delineato da Casorati. La difesa dovrebbe scattare dal momento dell'*incolpazione*, che pone in pericolo la « pubblica estimazione ». Dovrebbe poi espandersi « nella fase intermedia tra il processo preparatorio ed il giudizio », quando al difensore andrebbe consentito d'ispezionare « tutti gli atti processuali », di richiedere l'assunzione di nuovi testimoni o atti, di ricevere la notifica del rinvio a giudizio e sporgere reclamo (118).

Non molto diverso il meccanismo prospettato dal progetto Garofalo-Carelli. In esso « il *primo periodo è segreto*; il Giudice istruttore raccoglie gli elementi della istruzione sia in favore, sia contro l'imputato, *fuori la presenza delle parti*; tutto è lasciato alla sua mente, alla sua coscienza, alla sua equanimità »; le parti presenziano ai soli atti generici irripetibili. Nel « secondo periodo » l'inquisito può « *controllare* l'opera del giudice » impugnandone gli atti e indicando nuovi testimoni sino a realizzare una sorta di *cross examination*. La bipartizione, ad avviso dei due proponenti, potrebbe realizzarsi sfruttando istituti già in vigore, e in particolare la riapertura dell'istruzione (119).

Sono riconducibili al medesimo criterio le proposte di Benevolo, che autorizzerebbe il contraddittorio ogni qualvolta l'istruzione da

---

(117) SALUSTI, *L'intervento*, cit. in nt. 36, pp. 552-553 (ove ciascuno dei tre sistemi è sottoposto a critica).

(118) CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, pp. 276-277 [e già su « Monitore dei Tribunali », XX, nn. 19-20, 10 mag. 1879, pp. 442-443]. Analoga la posizione espressa pochi anni dopo da IMPALLOMENI, *La difesa*, cit. in nt. 14, p. 16; e poi da GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, pp. 631 e 693 il quale ammetterebbe il difensore ai soli atti di prova specifica (incluse le testimonianze, assunte col metodo della *cross examination*) raccolti *dopo* l'imputazione. Riguardo al colloquio del detenuto col difensore, CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, § 53, pp. 287-290 [« Monitore dei Tribunali », cit. in questa nt., p. 446] propende per consentirlo solo dopo l'interrogatorio.

(119) GAROFALO-CARELLI, *Riforma*, cit. in nt. 15, pp. CCLII-CCLIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

atto di parte diventi *atto di giudice* (120); e di Pessina, per il quale il *segreto* dovrebbe cessare quando l'indagine sia esaurita, eccettuati gli atti non riproducibili in giudizio e salvo assistenza al detenuto (121). Salusti, invece, è tra i pochi studiosi italiani a preoccuparsi di un eventuale intervento difensivo anche nella fase delle indagini di polizia (122).

Il secondo « sistema » consiste nel subordinare, almeno in parte, l'intervento del difensore alla discrezionalità del giudice. Per il vaglio dell'istruttore, secondo Casorati, dovrebbero passare il diritto di assistere agli atti « non ripetibili » e agli « accertamenti generici » (perquisizioni domiciliari, ispezioni giudiziali o peritali su oggetti corruttibili), nonché la visura del fascicolo, tramite il difensore, preferibilmente dopo l'interrogatorio (123). Una posizione analoga avrebbero assunto Mira e Conti (124).

In senso contrario, Cesarini aveva affermato, sin dal 1874, di non comprendere « come un diritto dell'imputato, quando è riconosciuto per tale, possa dalla legge efficacemente proteggersi con lasciarlo alla discrezione del magistrato sia pure rispettabilissimo »: rimettere « con formola elastica » — aveva scritto il procuratore generale — l'esercizio d'un diritto « all'arbitrio altrui pare peggior cosa che disconoscerlo e negarlo, in quanto che la effimera concessione viene ad assumere la ipocrita sembianza di una guarentigia ».

---

(120) Federico Benevolo, *Le riforme al codice di procedura penale. La pubblicità e la difesa nel periodo anteriore al dibattimento*, in « Rivista penale », a. XVII, 1891, vol. XXXIV, fs. III (set.), pp. 231-241. Dalla proposta di Benevolo dissente Carfora, *La pubblicità*, cit. in nt. 28, p. 189, osservando che essa si basa su una visione dell'istruttoria quale attività affidata prettamente alle parti.

(121) Pessina, *La difesa*, cit. in nt. 16, pp. 29-30.

(122) Salusti, *L'intervento*, cit. in nt. 36, pp. 572-575. Il nuovo assetto istruttorio proposto dall'A. si completa con il rafforzamento della difesa d'ufficio e con una revisione garantistica della citazione diretta e direttissima (ivi, pp. 575-582). Al tema delle garanzie difensive nel corso delle indagini di polizia dedicano maggiore attenzione i processualisti francesi, specie in rapporto ai limiti della *loi* Constans: cfr. Joseph Champcommunal, *La riforma dell'istruttoria in Francia*, in « Rivista penale », a. XXIV, 1898, vol. XLVIII, fs. I (lug.), p. 16.

(123) Casorati, *Il processo*, cit. in nt. 6, § 54, pp. 280-287 e poi, in sintesi, p. 290 [cosí già in « Monitore dei Tribunali », XX, nn. 19-20, 10 mag. 1879, pp. 443-6].

(124) Mira, *Dell'ammissione*, cit. in nt. 83, col. 82, il quale giustifica il *prudente arbitrio* del magistrato « per ragioni di utilità sociale »; e Conti, *L'intervento*, cit. in nt. 40, pp. 25 e 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Casorati aveva però respinto l'obiezione, rilevando come l'« assentimento » del giudice avrebbe permesso di non irrigidire l'assolutezza dei princípi processuali: logica, a suo parere, non ignota al codice del 1865 (laddove « abbandona al giudice istruttore l'applicazione della detenzione preventiva ») né alle legislazioni austriaca e germanica (125).

Col trascorrere dei decenni, la delega alla *prudente estimazione* giudiziale convince sempre meno. Si osserva che la decisione « caso per caso » spingerebbe a scelte arbitrarie o comunque disincentivanti. Si paventa che « il diritto dei cittadini avrebbe in tal caso una *garanzia variabile* », procurando inevitabili disparità di trattamento. « Un popolo civile e illuminato — ammonisce la relazione Cassuto al terzo Congresso giuridico di Firenze — non può affidare le proprie libertà soltanto alla rettitudine della sua magistratura, ma deve ripararle sotto l'egida delle leggi » (126). Dalla prospettiva dei positivisti l'« equanimità del magistrato » appare, all'opposto, suscettibile di atteggiamenti troppo 'lassisti' rispetto al dovere di tutelare il « segreto istruttorio » (127).

Il terzo « sistema » infine dimensiona l'intervento istruttorio della difesa in rapporto al tipo di *atto* processuale. In forma elementare questo parametro era stato prescelto nel 1872 al primo Congresso giuridico di Roma: il consesso, su relazione dell'avvocato Giovanni Florenzano, aveva accolto, in via di principio, l'ipotesi di consentire al legale d'intervenire a tutti gli atti istruttori ai quali prendesse parte il pubblico ministero (128). Troppo sofisticata, per contro, appariva la demarcazione carrariana tra il *jus praeventionis*, inteso quale legittimo diritto di invadere la sfera altrui a fini di sicurezza pubblica, e il *jus defensionis*, che si risolve « nel diritto di

(125) Il testo di Cesarini è riprodotto da CASORATI, *Il processo penale*, cit. in nt. 6, p. 290. Ivi, pp. 290-292 per le obiezioni. Per prevenire i « possibili abusi » del giudice istruttore, Casorati propone di consentire il gravame alla camera di consiglio avverso gli eventuali dinieghi, come prescriveva il recente Regolamento austriaco (§ 45).

(126) Rispettiv. SALUSTI, *L'intervento*, cit. in nt. 36, p. 553 (rifiuto della soluzione casistica); GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, p. 559 (« garanzia variabile »); CASSUTO, *La riforma*, cit. in nt. 93, p. 73 (Congresso di Firenze).

(127) GAROFALO-CARELLI, *Riforma*, cit. in nt. 15, p. CCXXXXII.

(128) Cfr. CASSUTO, *La riforma*, cit. in nt. 93, p. 54; GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, p. 421.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sindacare se veramente sia conforme alla legge la visita domiciliare, o il sequestro, o l'arresto »; « nel diritto di assistere o di fare assistere alla visita od al sequestro […]; nel diritto di mettere innanzi le mie ragioni »; nel diritto a preservare integri i potenziali mezzi probatori (129).

Man mano che questa teoria 'oggettivistica' si tecnicizza, il ventaglio delle concrete modalità attuative si diversifica. I 'lucchiniani' propugnano un'apertura pressoché assoluta, tale da consentire l'intervento difensivo persino all'interrogatorio e all'esame testimoniale (130). I 'moderati' si limiterebbero a riconoscere all'avvocato la facoltà di presenziare agli accertamenti dell'*ingenere* o della *materialità* dell'atto (131) ovvero — quasi all'unanimità — alle testimonianze irripetibili (132), mentre forti restano le resistenze riguardo

(129) CARRARA, *I discorsi*, cit. in nt. 7, pp. 123-126. Criticano la distinzione carrariana, per motivi parzialmente coincidenti, CARFORA, *La pubblicità*, cit. in nt. 28, pp. 187-188; e GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, p. 626. La appoggia invece Emilio BRUSA, *Lezioni di procedura penale*, Torino, Tipografia Industriale di Marco Ovazza, 1899, p. 13.

(130) Cosí SALA, *Dell'intervento*, cit. in nt. 78, p. 8. L'idea di ammettere la difesa anche all'interrogatorio e all'esame dei testi è condivisa da Emilio Brusa; LUCCHINI, *Elementi*, ed. 1895, cit. in nt. 112, § 232, p. 257 (con qualche reticenza); Pietro NOCITO, *Istruzione preparatoria*, in « Rivista penale », a. XXVII, 1901, vol. LIV (IV quarta s.), fs. V (nov.), p. 385 (e cosí già nei *Lavori preparatorii*, cit. in nt. 18, III, p. 83 ss.); Francesco MAGRI, *Sul progetto del nuovo codice di procedura penale. Referendum della Rivista penale. Lett. A*, in « Rivista penale », a. XXXVIII, 1912, vol. LXXVI (XXVI quarta s.), fs. I (lug.), p. 12. Cfr. FERRUA, *Oralità*, cit. in nt. 25, p. 155 nt. 23.

(131) MIRA, *Dell'ammissione*, cit. in nt. 83, coll. 83-86 accorderebbe all'imputato la facoltà di assistere, ove « compatibile con gli interessi della giustizia », agli atti che « tendono ad accertare materialità transitorie o permanenti » (accessi, visite, perquisizioni). Il Congresso giuridico di Firenze del 1891 si orienta nel senso di concedere l'intervento in tutti gli « atti relativi all'ingenere » che comportino « violazione irreparabile del diritto privato » (visite domiciliari, perquisizioni, accessi, sequestri, constatazioni peritali): cosí, sulla scorta di Carrara, il relatore CASSUTO, *La riforma*, cit. in nt. 93, p. 55 (punto 19° delle *conclusioni* della Commissione, ivi, p. 70). Cfr. anche ALIMENA, *Studi*, cit. in nt. 40, p. 44. Per una critica della tesi GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, pp. 576-577. Sulla linea di Mira e Cassuto si pongono Pasquale TUOZZI, *Osservazioni e proposte di riforma per un nuovo codice di procedura penale*, in « Cassazione Unica », XIII, 1901, vol. XII, col. 164; e, con qualche distinguo, SALUSTI, *L'intervento*, cit. in nt. 36, pp. 563-565.

(132) CONTI, *L'intervento*, cit. in nt. 40, pp. 29-31; SALUSTI, *L'intervento*, cit. in nt. 36, p. 562 (che propone però di fissare rigorose « cause della presunta irripetibilità »); PESSINA, *La difesa*, cit. in nt. 16, p. 29.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'interrogatorio dell'imputato e alle deposizioni dei testi (133). Eppure gli epigoni della penalistica liberale si dicono convinti che solo la presenza del patrono conferirebbe all'interrogatorio l'effettiva natura di mezzo difensivo evitando che esso si ripresenti come « forma raddolcita della tortura morale » e « materiale » (134).

10. *La « pubblicità per le parti » nel progetto Finocchiaro-Aprile.*

Questa, per linee essenziali, la composita griglia di valori 'civili' e di indicazioni tecniche che la scienza processualpenalistica italiana del tardo Ottocento consegna idealmente alla commissione nominata il 3 ottobre 1898 dal nuovo guardasigilli Camillo Finocchiaro-Aprile con il compito di *studiare e proporre le modificazioni* al *vigente codice di procedura penale* (così recitava il decreto di nomina), ma in realtà chiamata a sostituire un testo da tutti riconosciuto obsoleto (135).

---

(133) CASSUTO, *La riforma*, cit. in nt. 93, p. 55 (si tratta del punto 20° delle *conclusioni* della Commissione: ivi, p. 70); CARFORA, *La pubblicità*, cit. in nt. 28, p. 196 (sulla base della distinzione [criticata da GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, p. 579] tra prove « nascenti da fatti » e prove « nascenti da testimoni »); SALUSTI, *L'intervento*, cit. in nt. 36, pp. 559-562, il quale comunque (ivi, p. 567) consentirebbe la *visura* degli interrogatori e dei confronti nonché degli atti cui il difensore ha assistito.

(134) Ad avviso di IMPALLOMENI, *La difesa*, cit. in nt. 14, p. 32 l'interrogatorio, se privo dell'assistenza legale, non è « garenzia sufficiente di difesa ». « Il segreto e lo scritto », rileva GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, pp. 376-377, « atteggiano involontariamente il giudice a domande suggestive » e rendono « l'interrogatorio un potente mezzo d'accusa »: nelle camere di sicurezza si usa « non solo la forma raddolcita della tortura morale, ma addirittura quella materiale, la quale non differisce gran che dalla passata inquisizione ». Da qui la convinzione (ivi, p. 682) che la difesa debba presenziarvi. Invece PESSINA, *La difesa*, cit. in nt. 16, p. 30, pur auspicando che l'interrogatorio non sia più « mezzo » per indurre alla confessione bensí sede in cui l'imputato comunica « alla giustizia, se vuole, le ragioni che lo assistono », ritiene che il difensore dovrebbe solo riceverne « cognizione ». Al VI Congresso Giuridico di Milano (1906) i due relatori si presentano divisi: MANZINI, *Dei limiti*, cit. in nt. 37, II, p. 145 propende per la presenza del difensore all'interrogatorio, mentre Luigi MASUCCI, *Limiti dell'intervento della difesa nell'istruttoria*, in *Atti*, cit. in nt. 37, II, pp. 101-106 si dichiara contrario (*ivi*, I, p. 212 per il dissenso).

(135) Sulla nomina della Commissione, anche con riferimento alla congiuntura politica e alla personalità di Finocchiaro-Aprile, MILETTI, *Un processo*, cit. in nt. 2, pp. 157-167 e l'intero cap. IV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Negli archivi di Palazzo Firenze giacevano da qualche anno un paio di progetti di legge, nei quali si contemplava l'assistenza del difensore agli atti istruttori generici o « di fatto permanente » (136). Nel giugno del 1896, davanti alla Camera dei deputati, il ministro della giustizia Costa aveva dichiarato che « la questione » avrebbe dovuto risolversi facendo intervenire in istruttoria, « discretamente, ben inteso, l'ufficio del difensore ». Nel rinviare la soluzione alla futura riforma del codice di rito, Costa aveva invitato a cercarla, oltre che sul piano tecnico, anche « dal punto di vista dei nostri costumi » (137).

All'interno della commissione del '98 tocca a Pietro Nocito, deputato e professore di diritto e procedura penale alla « Sapienza », relazionare sull'istruzione preparatoria. Lamentando, nel primo stadio del processo, una sperequazione tra regio procuratore e difensore, Nocito propone di ammettere quest'ultimo (magari in veste di pubblico ufficiale e, come tale, tenuto al segreto d'ufficio) almeno alle perizie e agli altri atti (testimonianze incluse) in cui interviene il p.m. (138): ipotesi che ricalca quella profilata dal primo Congresso giuridico del 1872. La commissione ministeriale tuttavia, nella *massima* 54, perviene ad un'indicazione più restrittiva, giacché concede ad accusa e difesa il diritto di « assistere a tutti gli atti di prova generica o diretti alla constatazione di fatti permanenti » (perquisizioni, ispezioni, perizie, sopralluoghi). Risultano quindi eccettuati, su mozione di Pessina, gli atti « di prova testimoniale specifica ». Quanto all'interrogatorio, la stessa *massima* dà mandato all'istituenda sottocommissione di « studiare » il problema « tenendo pre-

(136) Il progetto Bonacci (1892) conferiva ai difensori il diritto di assistere agli atti di prova generica o di fatto permanente, oltre che all'esame testimoniale a futura memoria. Non diversi i termini del progetto Gianturco (1897). Su entrambi cfr. STOPPATO, *Relazione 1912*, cit. in nt. 14, pp. 990-991.

(137) *Rassegna parlamentare. Discussione dei bilanci di grazia e giustizia e dell'interno (Camera: tornate dal 9 al 12 giu., e dal 28 mag. al 4 giu. Senato: tornate del 20 e 21 giu., e dal 15 al 17 giu.*), in « Rivista penale », a. XXII, 1896, vol. XLIV, fs. IV (ott.), pp. 373-374.

(138) NOCITO, *Polizia giudiziaria*, cit. in nt. 18, pp. 131-132. Sul siciliano Nocito (1841-1904) cfr. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, cit. in nt. 91, p. 588.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sente […] la prova fatta in Francia dalla legge 8 dicembre 1897 » (139).

In attesa che la sottocommissione si pronunci, il nuovo guardasigilli Emanuele Gianturco sottopone (con circolare del 10 luglio 1900) i *voti* della commissione al parere della magistratura, delle Facoltà giuridiche, dei Consigli dell'Ordine degli avvocati e di alcuni giuristi stranieri (140).

La cassazione di Roma rimette l'incarico al consigliere Cesare Natali e al procuratore Tofano, ma le divergenze tra le due relazioni la inducono a formare una nuova commissione presieduta dal senatore Caselli (presidente di sezione) e della quale fa parte il sostituto procuratore generale Raffaele Garofalo: è quest'ultimo a stilare la relazione conclusiva, approvata nella seduta del 23 luglio 1901 (141). Se il documento di Natali aderiva, in linea generale, alla *pubblicità per le parti* nei termini prospettati dalla *massima* 54 (142), Garofalo, nell'ambito d'un giudizio assai critico sull'operato della commissione Finocchiaro, ravvisa nel « nuovo sistema della istruzione in contraddittorio […] un passo estremamente pericoloso »: e ciò sia per considerazioni di ordine pratico, sia tenendo conto della « tendenza generale della nostra popolazione a paralizzare piuttosto che ad incoraggiare l'opera della giustizia », diversamente dalla Francia dove è più rispettata « l'autorità giudiziaria » e « molto più moderato […] il ceto degli avvocati […]. Da qualsiasi punto si guardi tale riforma » — conclude Garofalo confermando un suo radicato convincimento,

---

(139) *Lavori preparatorii del Codice di Procedura Penale per il Regno d'Italia — Atti della Commissione istituita con decreto 3 ottobre 1898 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Finocchiaro - Aprile) con l'incarico di studiare e proporre le modificazioni da introdurre nel vigente Codice di procedura penale. Principii adottati dalla Commissione*, I, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1900, p. 335.

(140) MILETTI, *Un processo*, cit. in nt. 2, pp. 172-177.

(141) *Parere della Corte di Cassazione di Roma intorno ai Principii adottati dalla Commissione Ministeriale incaricata di studiare e proporre le modificazioni da introdursi nel vigente codice di procedura penale*, Roma, Tipografia Adriana Consolato 6, 1901, pp. 3-5.

(142) D'accordo con la commissione del '98, Cesare NATALI, *Relazione*, in *Parere*, cit. in nt. 141, pp. 42-44 ritiene che p.m. e difesa possano assistere agli atti di prova generica non rinnovabili (e anzi propone di estendere la previsione a tutte le parti), mentre teme che la presenza del legale agli esami testimoniali e all'interrogatorio rallenti i tempi del processo ed àlteri la spontaneità delle deposizioni. La relazione Natali era stata stilata tra il 19 luglio e il 20 novembre 1900.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non rifluito però nel progetto redatto con Carelli — « essa non potrebbe produrre che effetti molto dannosi » (143).

Anche altre magistrature interpellate da Gianturco rispolverano argomenti già collaudati a sostegno dell'istruzione segreta. È il caso della cassazione di Firenze, il cui presidente Cesarini — trent'anni dopo la tenzone col Carrara — relaziona in senso negativo riguardo all'eventualità dell'intervento difensivo nell'interrogatorio (144). Nel complesso, due sole corti di cassazione (Firenze, proprio grazie ad un Cesarini ormai 'progressista', e Palermo) su quattro, nonché nove corti d'appello su diciannove votano a favore della pubblicità istruttoria (145).

Nonostante i dissensi raccolti tra i togati, il progetto elaborato nel 1904 dalla Commissione di Revisione, a seguito del prospetto predisposto dalla sottocommissione (1902), conferisce ai difensori il diritto di assistere agli atti di prova di fatto permanente e di prova generica, alle ricognizioni nonché al costituto (146). La vera sorpresa è proprio l'inopinata inclusione dell'interrogatorio, che una parte tutt'altro che retriva della dottrina giudica súbito di dubbia applicabilità oltre che incurante del « necessario arbitrio dell'istruttore » (147).

---

(143) Raffaele Garofalo, *Relazione*, in *Parere*, cit. in nt. 141, pp. 27-29. Il testo è datato 23 lug. 1901. Per il tranciante scetticismo già manifestato dal Garofalo sull'istruttoria aperta cfr. *supra*, § 7.

(144) *Lavori preparatorii del Codice di Procedura Penale per il Regno d'Italia — Osservazioni e pareri richiesti con circolare 10 luglio 1900 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Gianturco) su i principii adottati dalla Commissione Ministeriale*, IV, Roma, Stamperia Reale Domenico Ripamonti, 1902, *massima* 54, p. 209: il p.m. (questo il ragionamento di Cesarini) potrebbe mettere « in situazione imbarazzante » il giudice istruttore, mentre il difensore potrebbe, « con cenni e moti », suggerire le risposte al suo cliente. La cassazione di Palermo (ivi, p. 211) respinge l'idea che il p.m., « organo della legge », sia escluso dall'esame delle prove specifiche.

(145) Finocchiaro-Aprile, *Relazione 1905*, cit. in nt. 1, p. 283 nt. 1. Su questi dati cfr. anche Ferrua, *Oralità*, cit. in nt. 25, p. 162, il quale sottolinea per contro le risposte per lo più favorevoli delle Facoltà giuridiche e dei giuristi stranieri. In linea di principio, le corti d'appello (*Lavori preparatorii*, IV, cit. in nt. 144, p. 222) « non si manifestano contrarie alla partecipazione della difesa agli atti di prova generica o diretti alla constatazione di fatti permanenti ».

(146) *Progetto del codice di procedura penale approvato dalla Commissione di Revisione presentato al Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Ronchetti)*, in *Commentario*, cit. in nt. 1, p. 67.

(147) Così, nella prolusione cagliaritana del 19 nov. 1905 (quando evidentemente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A confortare le aspettative dei progressisti giunge la *Relazione* al progetto del 1905 firmata da Finocchiaro-Aprile, reinsediatosi intanto a palazzo Firenze.

Sin dalle considerazioni introduttive il guardasigilli siciliano auspica che « il principio inquisitorio nell'istruzione preliminare [sia] corretto e temperato, affinché, senza danno, anzi con vantaggio della repressione, sia meglio garantito il diritto della difesa ». Ma è soprattutto nel *capo* I (*Istruzione formale*) che la *Relazione* del 1905 si diffonde ampiamente sull'opportunità d'introdurre, nel primo stadio del processo, la *pubblicità per le parti*. L'*incipit* è inequivocabile: il rito formale « non a torto è ritenut[o] un avanzo dei tempi medioevali », eppure « non mancano conservatori i quali, dimenticando che il moto è legge di vita, nulla vorrebbero immutato, e combattono la pubblicità e il contraddittorio nell'istruzione anche nei limiti più tollerabili », sul presupposto che il segreto assicuri tanto « la repressione » quanto l'« imparzialità ». Per Finocchiaro, invece, « è appunto in questa materia, più che in ogni altra, che la nostra legislazione è antiquata e risente il bisogno di rinnovamenti ». D'altronde, insinua il ministro, nella prassi non vi è più « giudice istruttore che si meravigli della chiaroveggenza con la quale l'imputato, o il suo difensore, combatte le prove che non deve conoscere […]. Il segreto rigoroso nell'istruzione non solo non è mantenuto da alcuno, ma spesso neppure è desiderato dal giudice » (148).

Il guardasigilli reputa comunque irrealistico il passaggio all'accusatorio puro. Ed è altresì convinto che, se è indifferibile l'adozione del *contraddittorio* istruttorio, non altrettanto può dirsi della *pubblicità* [esterna, *n.d.r.*]: la « cooperazione del pubblico » riuscirebbe infatti « pericolosa e dilatoria » nonché lesiva della « reputazione dei cittadini ». L'istruttoria deve perciò « mantenersi giudiziale e divenire limitatamente contraddittoria, rimanendo a risol-

---

non era ancora noto il testo della *Relazione* al progetto 1905, presentato da Finocchiaro-Aprile il successivo 28 nov.), Ugo CONTI, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, in « Rivista penale », a. XXXII, 1906, vol. LXIII (XIII quarta s.), fs. I (gen.), p. 16.

(148) FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*, cit. in nt. 1, p. 125 (introduzione); pp. 257-262 (capo I).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vere soltanto la questione del metodo che è, in fondo, la questione dei limiti » (149).

Per conseguire questo risultato della *contraddizione temperata*, il progetto 1905 (art. 196) consente alle parti di presentare istanze e legittima il difensore ad esaminare gli atti cui ha facoltà di assistere o la cui lettura (« larghissimo ma avveduto temperamento ») non sia ritenuta nociva dal giudice. Quanto alla « scelta degli atti ai quali i difensori hanno diritto di assistere » (ispezioni e accertamenti giudiziali, perizie, perquisizioni, sequestro, ricognizioni: art. 197), il ministro rivendica d'aver « proceduto con molta prudenza » tenendo in equilibrio « l'interesse della repressione e quello della difesa ». Il progetto esclude invece la presenza degli avvocati negli esami testimoniali e negli interrogatori degl'imputati: nei primi per preservarne la genuinità ed evitare « i riguardi, i timori, la commiserazione » già tanto deplorati « nel nostro paese »; nei secondi perché ormai trasformati in mezzi meramente difensivi grazie al « diritto di non rispondere » (150).

Nel congedarsi, Finocchiaro tiene a precisare di non aver accolto integralmente nessuno dei « due sistemi » e d'aver solo introdotto « prudenti e razionali temperamenti » grazie al « sistema della pubblicità per le parti ». Una mediazione che non intende ispirarsi affatto « alle idee di arditi novatori » e che, al contrario, ha conquistato « il consenso dei conservatori più illuminati e di una corrente della Magistratura »: forse, riflette il ministro, « nessuna riforma è più di questa matura e sorretta da un largo consentimento della pubblica opinione » (151).

In effetti, il progetto 1905 accoglie molte delle proposte dei

(149) Ivi, pp. 264-7 e 274-275. Il guardasigilli (ivi, pp. 280-281) sgombera il campo dalle ultime obiezioni all'intervento difensivo in istruttoria. A chi vi scorge un « privilegio plutocratico » ribatte che l'eguaglianza va ricercata « per diversa via ». A chi teme l'ingombro di un'ulteriore « ruota » nell'« ingranaggio » processuale fa notare che la sopravvivenza dell'inquisitorio puro in istruzione sta provocando « l'esagerazione del sistema contraddittorio nel dibattimento ».

(150) Ivi, pp. 290-291. Con una misura particolarmente restrittiva, il progetto 1905, non ammette neanche l'intervento difensivo nelle deposizioni di testimoni che presumibilmente non potranno presentarsi al dibattimento. Quanto agli interrogatori, il ministro ne sottolinea la conoscibilità in copia e mediante presentazione di istanze.

(151) Ivi, pp. 283-4. A suffragio della fiducia espressa dal guardasigilli palermitano, il VI Congresso Giuridico (1906) approverà un ordine del giorno, presentato da Cesare Civoli, che accetta l'intervento istruttorio del difensore « nei limiti ed alle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'moderati': non solo nel merito (la limitazione *oggettiva* della facoltà d'intervento difensivo) ma anche nello spirito (l'equilibrio tra contrapposti interessi, il recupero d'una certa discrezionalità del giudice istruttore). Stupisce dunque che Silvestro Graziano interpreti, alcuni anni dopo, la *Relazione* del 1905 come la più limpida bandiera dell'istruzione totalmente *aperta* (152): una simile valutazione si giustifica forse soltanto se si soppesa il significato 'politico' del documento (in qualche modo 'eversivo' rispetto al codice allora vigente), piuttosto che le opzioni tecniche ormai piuttosto pacifiche.

11. *Una « bolla di sapone ».*

Le vicende politiche non consentono, inizialmente, al progetto Finocchiaro-Aprile di sfidare il vaglio parlamentare. Intanto, nella tornata del 15 maggio 1908, quando la Camera dei Deputati discute il bilancio di previsione del Ministero di grazia e giustizia, l'onorevole Pasquale Grippo dichiara di non condividere le « esagerazioni di coloro che vorrebbero l'istruzione contraddittoria o pubblica », la quale non si giustificherebbe in un sistema, come quello italiano, privo di « testimoni coraggiosi, persone che vadano innanzi alla giustizia a dire la verità a qualunque costo ». Grippo però riconosce che « la contraddizione di difesa », ossia « la pubblicità limitata alla difesa, può essere ed è molte volte una guarentigia di più completa istruzione e di risultato più pratico nel dibattimento » (153).

Il 1° dicembre dello stesso anno il guardasigilli Vittorio Emanuele Orlando sottopone alla Camera alcune misure volte a *rendere più sollecita l'amministrazione della giustizia penale*. Nella relazione di accompagnamento il ministro si professa non meno 'progressista' del concittadino (e predecessore) Finocchiaro-Aprile: « Nelle condizioni presenti della scienza e del diritto comparato, quando quasi tutti gli Stati hanno riformata l'istruttoria sulla base della

condizioni fissati dal progetto » Finocchiaro - Aprile (*Atti*, cit. in nt. 37, I, p. 210). Decisivo il sostegno di Manzini (ivi, p. 211).

(152) Così la annovera GRAZIANO, *La difesa*, cit. in nt. 8, p. 594, il quale peraltro non condivide, della *Relazione*, la posizione inquisitoria riservata al giudice istruttore.

(153) ATTI DEL PARLAMENTO ITALIANO, *Camera dei Deputati. Sessione 1904-08 (I della XXII legislatura) — Discussioni*, vol. XVIII dal 12 mag. al 12 giu. 1908, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1908, p. 21426.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

così detta *pubblicità per le parti* [...], la partecipazione della difesa costituisce una di quelle riforme che basta annunziarle per assicurare in favore di essa i suffragi del Parlamento ». Viceversa, « l'esclusione assoluta della difesa » e « l'assoluto segreto » differiscono improvvidamente tutte le contestazioni al dibattimento. In concreto, il progetto Orlando del 1908 concedeva ai difensori la facoltà di assistere all'accertamento del corpo del reato, alle perizie e alle ricognizioni; e al giudice la facoltà di far assistere il difensore alle visite domiciliari, alle perquisizioni, all'interrogatorio e ai confronti (154).

Gli umori parlamentari, in realtà, sembrano incoraggianti. Alla Camera, durante la tornata del 20 maggio 1909 in cui si discute del bilancio preventivo del dicastero della giustizia, il deputato socialista Adolfo Zerboglio, brillante esponente dell'ala 'sociologica' della scuola positiva, si professa « guardingo » circa l'opportunità di « aprire totalmente, assolutamente la porta dell'istruttoria e che il difensore vi possa entrare a vele spiegate, giacché sì la pratica quanto la teoria mi insegnano che, se debbono essere tutelati gli interessi individuali, deve essere anche garentito l'interesse sociale. Nello stesso tempo, però, io ritengo che un opportuno e misurato intervento della difesa nell'istruttoria sia un obbligo di giustizia », specie se coordinato con una riforma dell'avvocatura (155).

Pochi giorni dopo, il 24 maggio del 1909, Orlando presenta al Senato un secondo, più ambizioso disegno di legge contenente *Riforme al codice di procedura penale*. Dal precedente il nuovo testo riprende l'idea di ammettere l'intervento difensivo in base al « criterio razionale e pratico della irripetibilità » degli atti istruttori: ma, rispetto allo schema del 1908, l'assistenza a visite domiciliari e perquisizioni non è più subordinata all'autorizzazione del magi-

(154) *Commento al Codice di Procedura Penale a cura dei signori sen. Lodovico Mortara, dep. Alessandro Stoppato, sen. Guglielmo Vacca, comm. Augusto Setti, comm. Raffaele de Notaristefani, comm. prof. Silvio Longhi. Parte I — Lavori preparatorii. Vol. I: I progetti di riforme parziali e i lavori delle Commissioni riassunti ed esposti a cura del Sen. Guglielmo Vacca*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, p. 61.

(155) Atti del Parlamento italiano, *Camera dei Deputati. Sessione 1909 (I della XXIII legislatura) — Discussioni*, vol. I dal 24 marzo al 23 maggio 1909, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1909, p. 1058.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strato. La crisi del ministero Giolitti, nel dicembre 1909, vanifica l'intraprendenza orlandiana (156).

Nel marzo del 1911 è lo stesso Giolitti, nel formare il suo quarto esecutivo, a richiamare alla Giustizia il vicepresidente della Camera Finocchiaro-Aprile. Confidando nell'evidenza che il discorso d'insediamento del primo ministro aveva voluto attribuire alla riforma del rito penale, il guardasigilli presenta al Senato già il 23 maggio un nuovo progetto di codificazione (157). La relazione che lo accompagna, per quanto attiene alla segretezza istruttoria, conferma nella sostanza le linee enunciate nel 1905, nelle quali il ministro ravvisa tuttora « una giusta proporzione » tra « totale pubblicità » istruttoria e « tutela dell'innocenza e della libertà individuale ». La « sola innovazione » consiste — spiega Finocchiaro — nell'aver voluto eliminare « ogni limite all'assistenza della difesa » allorché l'istruttore, depositati gli atti in cancelleria, ordini un supplemento d'istruttoria (158).

Le due commissioni parlamentari chiamate ad esprimere un parere sul testo del 1911 rivolgono alla difesa istruttoria un'attenzione asimmetrica ma partecipe.

La relazione stilata da Lodovico Mortara (ritenuto molto vicino alla scuola positiva) per conto della commissione senatoria osserva come il nuovo progetto sancisca, oltre all'« antica non discussa massima della necessità della difesa » in giudizio, « anche la nuova regola della legittimità dell'assistenza durante l'istruzione » (non sfugga la

(156) *Progetti di legge e lavori preparatori — Italia. La riforma della procedura penale. Disegno di legge n. 37, presentato al Senato del Regno dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Orlando) nella tornata del 24 maggio 1909*, in « Rivista di diritto e procedura penale », I, 1910, parte I, pp. 11-12. Cfr. anche *Commento*, cit. in nt. 154, parte I, vol. I, p. 69. Sulla parabola del secondo progetto Orlando cfr. MILETTI, *Un processo*, cit. in nt. 2, pp. 214-221.

(157) MILETTI, *Un processo*, cit. in nt. 2, pp. 225-227.

(158) *Progetto del Codice di procedura penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione presentato dal Ministro di grazia e giustizia e dei culti (Finocchiaro-Aprile) nella tornata del 23 maggio 1911. Parte I — Relazione. Senato del Regno — Legislatura XXIII — Sessione I (N. 544)*, in *Commentario*, cit. in nt. 1, p. 684. Quando il c.p.p. del 1913 entrerà in vigore, SETTI, *Discorso*, cit. in nt. 27, p. 53 definirà ironicamente *serotino* l'intervento dell'avvocato successivo alla requisitoria del p.m. (e al deposito degli atti in cancelleria). Nella relazione 1911 Finocchiaro-Aprile si compiace dell'approvazione al progetto 1905 manifestata, sul punto qui in esame, dal Congresso giuridico di Milano del 1906 (cfr. *Progetto* cit. all'inizio di questa nt., p. 684).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contrapposizione semantica *necessità / legittimità*). Sul tema, riflette un rassegnato Mortara, « esiste una fiorita letteratura […]. L'esempio delle legislazioni estere, la ragione di umanità, il costume già in parte penetrato nella nostra pratica giudiziaria, le correnti del sentimentalismo talvolta esagerato e morboso, una folla di interessi di vario ordine ch'è difficile discernere e qualificare, impongono di considerare matura la riforma e di accettarne il concetto fondamentale » (159).

La relazione di Stoppato, penalista formatosi alla scuola classica, contribuisce in misura cospicua, anche sul punto dell'intervento della difesa in istruttoria, a sopire gli entusiasmi liberali. Nella lunga premessa il professore bolognese, dopo gl'immancabili accenni all'esigenza di equilibrare i « mezzi consentiti alla Società » e quelli spettanti « all'individuo imputato », osserva sul piano diacronico che, come la « preponderanza » dei metodi inquisitori « fece scattare una rivoluzione giuridica a difesa della libertà individuale, una rivoluzione giuridica in senso opposto farebbe sorgere la preponderanza dell'attività dell'imputato per esigenza di sicurezza né mancano i segni! » (160). Nel merito, Stoppato rileva (come Mortara ma senza rammarico) che i voti della scienza e della coscienza collettiva sembrano maturi per l'ingresso della difesa in istruttoria. Però, aggiunge, « noi siamo un popolo pronto, di facile fantasia, spesso impulsivo, sovente anche, se non violento, molto, troppo vivace »: un'istruzione « prettamente accusatoria » o anche « aperta con pubblicità fra le parti » non è pertanto consigliabile in Italia. « Il termine medio preferibile è un'istruzione giurisdizionale [...] limitatamente contraddittoria, affidata cioè al giudice ». In quest'ottica l'intervento delle parti si giustifica non per « un preventivo sospetto di parzialità nel giudice, ma perché anche la imparzialità solitaria può diventare

(159) *Relazione della Commissione speciale composta dai Senatori Quarta*, presidente, *Mortara*, segretario e relatore, *Baccelli, Balenzano e Inghilleri sul disegno di legge presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti nella tornata del 23 maggio 1911 - Nuovo Codice di procedura penale*, in *Commentario*, cit. in nt. 1, p. 851. Per le fonti da cui si evince l'adesione di Mortara al positivismo rinvio a MILETTI, *Un processo*, cit. in nt. 2, p. 236.

(160) STOPPATO, *Relazione 1912*, cit. in nt. 14, pp. 911-914. Nel medesimo spirito Stoppato si oppone alla presunzione d'innocenza e non si nasconde che « le garanzie della libertà individuale spinte alla superstizione » conducono « la giustizia penale ad una torbidezza pericolosa ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una torpida abitudine di ricerca », oltre che causa di rallentamenti. Il lessico utilizzato dal relatore della Camera è un modello di moderazione: ricorrono espressioni quali *sistema eclettico*, rifiuto di criteri *aprioristici irreducibili*, *grande serenità*, *onesta e temperata pubblicità fra le parti*, *relativo contraddittorio*. Superfluo aggiungere che Stoppato condivide appieno il criterio della irripetibilità degli atti quale condizione di ammissione del difensore, nonché l'estromissione di quest'ultimo dagli esami testimoniali e dall'interrogatorio (161).

Le relazioni Mortara e Stoppato tracciano il perimetro del dibattito parlamentare del 1912. Il confronto è serrato ma la fisionomia di un'istruzione relativamente pubblica e contraddittoria trova un terreno spianato. Persino Lucchini si compiace che, nel progetto 1911, « finalmente anche in Italia, al pari ormai delle legislazioni dei paesi più civili, si venga ammettendo il patrocinio defensionale anche nell'istruttoria » (162). In tal modo — proclama un enfatico Carlo Nasi su « Rivista penale » — « resterà dissipato finalmente il pregiudizio odioso che la toga sia la *mala bestia* insidiante sempre la giustizia e non ne possa invece essere, splendida idealità!, il naturale doveroso indispensabile ausilio » (163).

---

(161) Ivi, pp. 992-994. Le parole della *Relazione* sono quasi letteralmente riprese qualche anno dopo dallo stesso STOPPATO, *Commento*, cit. in nt. 37, pp. 502-503, il quale ribadisce che la cooperazione delle parti all'istruzione « accentua la tranquillità della convinzione sociale sulla verità del futuro giudizio » perché attenua i sospetti « di parzialità o di unilateralità della ricerca ». MAGRI, *Sul progetto*, cit. in nt. 130, p. 12 si duole che il progetto 1911, col plauso di Stoppato, abbia escluso il difensore dall'interrogatorio e dalle testimonianze: tale soluzione, giustificabile, a suo avviso, solo per i processi indiziari, parte dal presupposto « estremamente ingenuo […] che un birbante matricolato possa fare il suo interrogatorio in modo tale da dar lumi alla giustizia » se interpellato in assenza del legale.

(162) *Commento al Codice di procedura penale a cura dei signori sen. Lodovico Mortara, dep. Alessandro Stoppato, sen. Guglielmo Vacca, comm. Augusto Setti, comm. Raffaele de Notaristefani, cav. Silvio Longhi. Parte I - Lavori preparatorii. Vol. III: Lavori parlamentari (relazioni, discussioni) e redazione definitiva del Codice e delle norme di attuazione e transitorie*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1914, *Discussioni — Tornata del 28 febbraio 1912 — Senatore Luigi Lucchini*, p. 111.

(163) Carlo NASI, *Sul progetto del nuovo codice di procedura penale. Referendum della Rivista penale. Lett. B*, in « Rivista penale », a. XXXVIII, 1912, vol. LXXV (XXV quarta s.), fs. V (mag.), p. 555. Nel merito peraltro l'A. reputa « non serio » che il difensore sia « ammesso in *qualsiasi* primo atto di istruttoria », mentre ciò è « sacrosantamente giusto » prima dell'invio a giudizio (ivi, p. 556). Nel fs. di luglio della stessa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dall'opposto versante dei positivisti che siedono in Parlamento il progetto 1911 è apprezzato soprattutto per non essersi svenduto alle seduzioni del garantismo liberale. Nel discorso alla Camera Enrico Ferri si dichiara « sostanzialmente d'accordo » con la scelta di bandire il difensore dall'interrogatorio, anche alla luce della « non buona prova » che stava fornendo la *loi* Constans del 1897. Il socialista mantovano dissente, invece, dal progetto laddove permette al detenuto di conferire liberamente, dopo l'interrogatorio, con l'avvocato: egli paventa che in tal modo « il delinquente più scaltro e più pericoloso » dapprima ascolterà il giudice « con attitudine felina » e poi si servirà del difensore come tramite con i congiunti (164). Per analoghi motivi l'esclusione del legale dall'interrogatorio riscuote il consenso anche di Mortara, il quale soggiunge che in alcune regioni italiane « la nervosità del carattere, la costituzione fisica, l'educazione delle popolazioni, forse la necessità di sfuggire alla dura compressione di lunghi secoli di tirannide, ha messo in uso il linguaggio degli occhi » per realizzare « uno scambio perfetto di idee » (165).

Nella Commissione di Coordinamento, mediante la quale Giolitti avoca all'esecutivo la stesura finale del codice, la questione della difesa istruttoria giunge pressoché 'blindata'. Il socialista Luigi Majno chiede che gli avvocati siano ammessi ad assistere all'interrogatorio, ma la proposta è respinta, sulla base dell'« esperienza non buona fatta in Francia », dalla Commissione, la quale invece, su mozione di Mortara, delibera che il difensore potrà soltanto « prendere cognizione » dell'interrogatorio, senza estrarne copia (166).

Al termine dell'accidentato *iter* parlamentare, Finocchiaro-Aprile, presentando il testo definitivo al re, può asserire che, rispetto

---

« Rivista penale » MAGRI, *Sul progetto*, cit. in nt. 130, p. 13 sostiene che la scelta di ammettere il difensore soltanto ad ispezioni, esperimenti, perquisizioni, sequestro e ricognizioni « ha già fatto bancarotta nei codici stranieri e nella dottrina »: la presenza a tali atti, infatti, « non conclude proprio che poco o nulla », perché il legale vi assiste « come uno spettatore qualunque, che non saprebbe che dire né obiettare ».

(164) *Commento al Codice di procedura penale*, cit. in nt. 162, parte I, vol. III, *Discussioni Camera — Tornata del 22 maggio 1912 — On. Enrico Ferri*, p. 361.

(165) Ivi, parte I, vol. III, *Discussioni Senato — Tornata del 5 marzo 1912 — Sen. Lodovico Mortara*, p. 167.

(166) *Commissione Reale di Coordinamento nominata in virtú dell'art. 1º della legge 20 giugno 1912, n. 598 che autorizzò la pubblicazione del codice di procedura penale*, in *Commento al Codice di procedura penale*, cit. in nt. 162, parte I, vol. III, p. 527.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ai progetti del 1905 e del 1911, l'istruzione formale « non ha perduto le linee » caratterizzanti, giacché si prospetta « limitatamente aperta » all'assistenza a taluni atti. Anzi, osserva il ministro, pubblicità e contraddittorio risultano ulteriormente potenziati: il difensore può essere scelto anche prima dell'interrogatorio se occorra compiere atti cui ha diritto d'assistere (art. 196); ed ha facoltà di leggere il verbale d'interrogatorio (art. 197/3) (167). Tace, però, la *Relazione al re* riguardo alla vera e propria sparizione di ogni riferimento ai sequestri, alle ispezioni e alle perquisizioni personali, cui invece i due precedenti progetti consentivano di presenziare (168).

In realtà, da una lettura meno superficiale dei singoli articoli si evince che, anche rispetto ad un principio — quello dell'istruttoria *pubblica* — che avrebbe potuto celebrare i fasti dell'individualismo liberale, i codificatori del '13 rimasero in mezzo al guado (169). Si consideri il principio-chiave dell'art. 198, che conferisce al difensore il *diritto* di assistere agli esperimenti giudiziari, alle perizie, alle perquisizioni domiciliari e alle ricognizioni. Questa norma — osservano i primi commentari del nuovo codice — considera la presenza del difensore una mera *facoltà* e non un obbligo (170). La Cassazione

---

(167) *Relazione a S.M. il Re del ministro guardasigilli (Finocchiaro-Aprile) presentata nell'udienza del 27 febbraio 1913 per l'approvazione del testo definitivo del Codice di procedura penale*, in *Commentario*, cit. in nt. 1, p. 1090.

(168) FERRUA, *Oralità*, cit. in nt. 25, p. 195. Silvio LONGHI, *Commento al codice di procedura penale a cura dei signori Lodovico Mortara, Alessandro Stoppato, Guglielmo Vacca, Augusto Setti, Raffaele De Notaristefani, Silvio Longhi*, vol. V *Codice di procedura penale*, l. II *Dell'istruzione*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1921, p. 447 giustifica questa restrizione 'oggettiva' nel testo definitivo (rispetto ai due progetti) sulla base della peculiare « semplicità » di tali atti e della « difficile attuazione » della presenza difensiva.

(169) CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., cit. in nt. 3, § 7.6, p. 82 ha parlato, per il c.p.p. 1913, di *liberalismo equivoco* anche con riferimento agli artt. 198-200 sulla difesa in istruttoria.

(170) L'art. 198 c.p.p. 1913 [« I difensori delle parti hanno diritto di assistere agli esperimenti giudiziari, alle perizie, alle perquisizioni domiciliari e alle ricognizioni, salvo le eccezioni espressamente stabilite dalla legge. / Il giudice può autorizzare anche l'assistenza dell'imputato o della parte lesa agli atti suddetti, se il pubblico ministero o i difensori ne facciano richiesta, o la qualità dell'atto lo renda necessario. / È vietato a coloro che intervengono a questi atti di fare segni di approvazione o disapprovazione e di rivolgere la parola o far cenni ai periti, ai testimoni o alle parti »], spiega STOPPATO, *Commento*, cit. in nt. 37, p. 505, aveva voluto rendere *facoltativa* (e non *obbligatoria*) la difesa istruttoria sia per « ragioni d'ordine generale » (la libertà di scelta) sia per « motivi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ribadirà, inoltre, che l'elenco di atti cui i difensori possono assistere va considerato tassativo (171).

Nel complesso, la disciplina del c.p.p. 1913 in materia di assistenza difensiva in istruttoria sembra risolversi, secondo il caustico bilancio di Vincenzo Lanza, « in una bolla di sapone » (172). L'insoddisfazione è trasversale. Per Florian « la decantata innovazione » riveste una « alquanto pallida luce », sia perché l'intervento difensivo non è obbligatorio, sia perché non riguarda gli atti « più importanti », sia perché, di fatto, la polizia giudiziaria potrà agire indisturbata (173). Negli *Elementi* del 1920 Lucchini rimprovera al codice Finocchiaro d'aver aggravato, rispetto al rito del 1865, la posizione della difesa ammettendone « un simulacro nell'istruttoria [...], ma in realtà negandole ogni iniziativa » (174). I più pratici fanno osservare che anche prima del 1913 nessuno « vietava di presentare istanze » (i cosiddetti *fogli di lumi*) agli istruttori per sollecitare la raccolta di prove: sicché la nuova legislazione aveva soltanto alimentato « la diffidenza dei magistrati » i quali, « pavidi per la temuta inframmettenza della difesa [...], nulla trascurano per tenerla lontana e metterla alla porta, se possibile » (175).

Considerazioni che risuoneranno alla vigilia della codificazione del rito penale fascista. Nel 1929 gli avvocati e procuratori di Roma, chiamati a pronunciarsi sul *Progetto preliminare* di Alfredo Rocco, denunceranno l'« incertezza » dell'« esperimento » avviato da Finocchiaro-Aprile, che peraltro non aveva comportato vantaggi in

---

di opportunità pratica e di esperienza » (spesso gli avvocati non se ne avvalgono e, d'altronde, l'obbligatorietà avrebbe richiesto l'istituzione di « un'avvocatura ufficiale »). Di opposto avviso era stato nel 1904 Salusti, *L'intervento*, cit. in nt. 36, pp. 556-557.

(171) Cass., II sez. pen., 30 giugno 1917. Cfr. Vincenzo Lanza, *Sistema di diritto processuale penale italiano. II - Rito*, Roma, Athenaeum, 1922, n. 297, p. 68 nt. 1.

(172) Lanza, *Sistema*, cit. in nt. 171, n. 297, p. 69.

(173) Eugenio Florian, *Il processo penale e il nuovo codice. Introduzione al Commentario del nuovo codice di procedura penale* diretto da Garofalo, Berenini, Florian, Zerboglio [Estratto], Milano, Vallardi, 1914, p. 156.

(174) Luigi Lucchini, *Elementi di procedura penale. Quarta edizione*, Firenze, Barbèra, 1920, § 43 *quatuor*, p. 61.

(175) Giuseppe Gregoraci, *Sull'intervento della difesa nell'istruttoria*, in « Rivista penale », a. XLVII, 1921, vol. XCIV (IV sesta s.), fs. 4 (ott.), p. 311.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dibattimento (176). Nella stessa circostanza il sindacato forense di Como ricorderà che la presenza del difensore, riconosciuta dal codice del 1913, « era, in fondo, una garanzia illusoria », vanificata specialmente dal meccanismo delle nullità per mancato avviso del compimento di atti cui gli avvocati avevano diritto d'assistere (177).

12. *Controlli e diffidenze.*

Casorati, sostenitore d'una moderata pubblicità istruttoria, pensava che essa potesse favorire « un controllo reciproco tra tutti i fattori del processo ». Per Cassuto, relatore al terzo Congresso giuridico nazionale di Firenze, l'intervento della difesa nel primo stadio del processo « deve esplicarsi nel senso di una vigilanza e tutela, con facoltà, non solo di assistenza a quello che si compie, ma di richiamo a rilievi fatti e da farsi, di istanze da proporsi, e con diritto di far verbalizzare ». Il segreto istruttorio, ad avviso di Barzilai, produce verbali inverosimili: « Il contadino, l'avvocato, l'operaio, il filosofo trovano rivestite nelle carte del giudice più di una volta le loro deposizioni della stessa forma, delle stesse tinte. Ogni particolare accentuazione si smarrisce, ogni chiaroscuro […] resta sfumato sotto ai colpi cadenzati ed uguali della parola parlata che si trasfigura sulle labbra del giudice ». Tra altri aneddoti, il deputato triestino racconta il malvezzo d'un istruttore che intercalava « in ogni periodo delle deposizioni testimoniali un *purtroppo* che scivolava tra frase e frase, alterando il senso di tutte. "*A domanda risponde*", dettava l'integerrimo magistrato, "*ho conosciuto purtroppo l'imputato quattro anni or sono*" ». L'assistenza del difensore in istruttoria — conclude Barzilai — risparmierebbe simili parossismi (178).

Casorati, Cassuto, Barzilai coltivano una concezione 'minimalista' della difesa nella fase delle indagini. I codici Finocchiaro-Aprile e Rocco porranno la questione in termini di *modi*, *limiti*, *dinieghi*,

(176) *Lavori preparatori 1930*, IX parte I, cit. in nt. 24, p. 140; ivi, IX parte III, cit. in nt. 23, p. 228.

(177) *Lavori preparatori 1930*, IX parte III, cit. in nt. 23, p. 224.

(178) Rispettiv. CASORATI, *Il processo*, cit. in nt. 6, p. 258; CASSUTO, *La riforma*, cit. in nt. 93, p. 55; BARZILAI, *L'istruttoria*, cit. in nt. 3, pp. 127-8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autocondannandosi il primo alla delusione di tutte le componenti forensi, il secondo all'erosione del legislatore repubblicano e della giurisprudenza costituzionale.

Il rito oggi vigente si presta ad un disincantato recupero di quel compito 'snello', eppure così intensamente 'civile', che i liberali assegnavano all'avvocatura nel primo stadio del procedimento. Anche nel codice del 1988, in altri termini, l'intervento della difesa durante le indagini preliminari (179) « non è in genere — ha osservato Neppi Modona — funzionale alla formazione della prova, ma svolge un ruolo di garanzia e di controllo sulla legalità dell'operato del pubblico ministero » e sulla correttezza nella « raccolta degli elementi a carico dell'imputato » (180).

Riemerge dunque la *diffidenza* quale autentica *ratio abscondita* della pubblicità e del contraddittorio in ogni stadio e grado del procedimento. Nel contesto italiano la sfiducia reciproca risulta inasprita dal cronico riverbero della conflittualità politica sulle vicende giudiziarie e da un'invadenza mediatica che, un tempo avida degli spettacoli dibattimentali, si pasce oggi (e si consuma) soprattutto della fase investigativa. Il sogno ottocentesco di portar luce là dove regnava l'ombra inquisitoria rischia di ribaltarsi nella paradossale, inconfessabile tentazione di invertire la rotta.

---

(179) Sulle dimensioni dell'assistenza difensiva all'interrogatorio e sull'accesso ai luoghi di custodia nel c.p.p. 1988 cfr. Giorgio Spangher, Giovanni Paolo Voena, *Libro I. Soggetti (artt. 1-108)*, in Conso, Grevi, *Profili*, cit. in nt. 11, pp. 76 (Voena) e 116 (Spangher).

(180) Guido Neppi Modona, *Libro V. Investigazioni preliminari e udienza preliminare (artt. 326-437)*, in Conso, Grevi, *Profili*, cit. in nt. 11, pp. 418-419. Analogamente Oliviero Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale* diretto da Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena, VII.1, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 78-9 osserva che, anche quando — come nel caso dell'interrogatorio dell'imputato — l'assistenza del difensore non è direttamente « finalizzata » al contraddittorio, essa « funge, nondimeno, da efficace deterrente » contro potenziali scorrettezze dell'« autorità procedente » o eventuali « errori nella verbalizzazione ». Spunti in tal senso già in Vittorio Grevi, *« Nemo tenetur se detegere ». Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 123 nt. 156.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MASSIMO MECCARELLI

GIURISDIZIONE PENALE E LEGALITÀ NEL PENSIERO DI LODOVICO MORTARA

1. La funzione punitiva come funzione giurisdizionale. — 2. La dimensione costituzionale del rapporto tra giustizia, legge e giurisdizione. — 3. Giustizia, svolgimento del principio di legalità e giurisdizione penale.

Lodovico Mortara non è uno studioso del diritto penale, eppure alcune sue pagine non sono prive di interesse per chi intenda ricostruire tendenze e sensibilità del pensiero giuridico in materia tra Otto e Novecento.

Del resto il giurista mantovano è di quelli che non amano restare all'interno di steccati. Mortara è uno scienziato del diritto che indossa la toga del giudice, così come le vesti dell'uomo politico (1); la sua opera principale, dall'apparente taglio pratico-descrittivo di commentario ad un codice, è in realtà uno spazio in cui vengono formulate teorie generali del diritto e del sistema giuri-

(1) Sulla vicenda biografica di Mortara si vedano, fra gli altri, L. Mortara, *Pagine autobiografiche* (1933), in S. Satta, *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, 1969, pp. 39-65; G. Mortara, *Appunti biografici su Lodovico Mortara*, in « Quaderni fiorentini », 19, 1990, pp. 107-113; F. Cipriani, *Le dimissioni del professore Mortara e i germanisti del preside Scialoja*, in « Rivista di diritto processuale », XLV, 1990, pp. 770-821; Id., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, Giuffrè, 1991; F. Cipriani, S. Mazzamuto, *La « Giurisprudenza italiana » di Gabba e Mortara*, in « Giurisprudenza italiana », CXLIV, parte IV, 1992, cc. 497-502; G. Conso, *Mortara e il processo penale*, in *Giornata lincea in ricordo di Lodovico Mortara*, (Roma, 17 aprile 1997), Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1998, pp. 77-81, e Ivi N. Picardi, *Lodovico Mortara magistrato*, pp. 92-95; L. Lacché, *« Personalmente contrario, giuridicamente favorevole ». La sentenza Mortara e il voto politico alle donne (25 luglio 1906)*, in *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocata italiana*, a cura di N. Sbano, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 103-121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dico (2); egli dedica le proprie energie intellettuali prevalentemente a temi relativi al processo civile e all'ordinamento giudiziario, ma senza smettere di coltivare il suo interesse primigenio per la dimensione costituzionale e i problemi del perfezionamento degli assetti dello Stato moderno (3).

Tale versatilità non è espressione di eclettismo; piuttosto è il risultato di un forte ancoraggio ad un interesse di fondo, che consiste nell'osservare il fenomeno 'diritto' nei suoi caratteri fondanti e costitutivi. L'originalità della percezioni mortariane, nei diversi terreni su cui va a svolgersi il suo pensiero, deriva da tale stabile angolazione.

Il presente saggio intende proporre una ricognizione della riflessione penalistica di Lodovico Mortara limitata alla ricostruzione del filo di un discorso svolto a margine di altre trattazioni (4). Non

---

(2) Il suo *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, Vallardi, s.d., opera solo apparentemente esegetica, in realtà contiene una riflessione capace di tracciare le linee e individuare i terreni per una elevazione dello studio della procedura civile a livello di scienza del diritto processuale civile; Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 61-62; S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara* (1968), in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro, Ilisso, 2004, pp. 388-389. Del *Commentario* di Mortara si usa qui la seconda edizione; la prima venne pubblicata a fascicoli alla fine dell'Ottocento. Cfr. MORTARA, *Pagine autobiografiche*, cit., p. 56; F. CIPRIANI, N. CARRATA, *Bibliografia di Lodovico Mortara*, in « Quaderni fiorentini », 19, 1990, pp. 121-143.

Si pensi, per far un altro esempio, alle *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Firenze, Barbera, 1890; per quasi un terzo della loro lunghezza hanno il taglio di un trattato di diritto costituzionale sui caratteri dello Stato moderno e l'articolazione dei suoi poteri. L'edizione che si usa qui, è la seconda (1896). Cfr. A. PIZZORUSSO, *Mortara e i problemi dell'ordinamento giudiziario*, in *Giornata lincea in ricordo di Lodovico Mortara*, cit., p. 19.

(3) Nelle *Pagine autobiografiche*, cit., p. 39-65, MORTARA riconosce espressamente l'importanza della sua esperienza come costituzionalista (ricorda di averlo insegnato per un decennio) per maturare « nuove vedute nel campo del diritto processuale ». Cfr. G. TARELLO, *Il problema della riforma processuale*, in ID., *Dottrine del processo. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 51-57; CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., pp. 33-34; CIPRIANI, MAZZAMUTO, *La « Giurisprudenza italiana »*, cit., cc. 501-502; A. PIZZORUSSO, *Prefazione* a L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia* (1885), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1992, pp. 8-9; V. DENTI, *Lodovico Mortara*, in *Giornata lincea in ricordo di Lodovico Mortara*, cit., pp. 9-11; GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 65-66; LACCHÉ, *« Personalmente contrario, giuridicamente favorevole »*, cit., pp. 116-118.

(4) Le riflessioni 'penalistiche' di Mortara a parte i pur importanti interventi come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si intenderà invece osservare, attraverso la specola della riflessione mortariana, il contesto del dibattito penalistico italiano tra Otto e Novecento. Il fine delle pagine che seguono non è in effetti quello di illustrare una percezione della questione penale; piuttosto ci interessa evidenziare un modo di pensare il problema della giustizia penale.

Il Mortara 'penalista' non ragiona come un penalista; il punto che lo interessa è riflettere sui caratteri sistematici che l'ordinamento giuridico è chiamato ad assumere, al fine di essere strumento di giustizia penale; la riflessione si concentra sui fondamenti dell'ordinamento penale, cioè sulle sue premesse costituzionali.

L'itinerario attraverso il quale cercheremo di descrivere il rapporto tra giurisdizione penale e legalità in quello che Mortara chiama « Stato democratico » sarà dunque il seguente: dopo aver illustrato la nozione di funzione punitiva, si renderà necessario spostarsi sulla connotazione costituzionale del potere giudiziario, per capire la dimensione che lega i concetti di giustizia, legge e giurisdizione; si tratterà poi di vederne le ricadute sui regimi della legalità dal punto di vista sistematico e ordinamentale generale, conclusivamente concentrando l'attenzione sui riflessi peculiari nel campo penale.

1. *La funzione puntiva come funzione giurisdizionale.*

La funzione punitiva per Mortara è volta a « tutelare la sicurezza sociale » (5); per questo, isolatamente considerata, essa è « vera e

Senatore in occasione della elaborazione del nuovo codice di procedura penale (al riguardo si veda la puntuale ricostruzione proposta da M.N. MILETTI, *Un processo penale per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913,* I, *L'attesa*, Milano, Giuffrè, 2003), sono non a caso prevalentemente svolte nel contesto di discorsi che interessano gli assetti generali dello Stato e del suo ordinamento giuridico.

Ad esempio in MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., il problema della giustizia penale è trattato all'interno del tema più generale del rapporto tra Stato e giustizia. In ID., *Commentario*, cit., la questione penale viene toccata nel primo volume consacrato alla *Teoria della giurisdizione*. In ID., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., la funzione punitiva è analizzata all'interno di una introduzione costituzionale all'ordinamento giudiziario.

(5) MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 82; ID., *Sul nuovo codice di*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

propria funzione di governo e dà luogo all'attività legittima di quella forza di comando o di coercizione che vi è inerente » (6). Nello Stato democratico però tale funzione punitiva si manifesta nella forma di una giustizia penale, che deve necessariamente assumere un carattere giurisdizionale.

Va ricordato infatti che le attività dello Stato sulla società, e in particolare sugli individui che la compongono, si manifestano necessariamente come esercizio di diritti soggettivi, intesi come funzioni accordate per realizzare il diritto oggettivo (7). È quest'ultimo a costituire la vera base dell'ordinamento giuridico, cioè di quel « sistema di norme regolatrici » dei modi e degli indirizzi delle attività dei singoli come dello Stato, emanate dal « potere pubblico », per rafforzare il dato socialmente fondante della cooperazione dei singoli consociati (8).

Ciò però vuol dire che l'esercizio del diritto soggettivo risulta legittimo sul piano concreto, nella misura in cui sia fondato sul diritto oggettivo e, soprattutto, che il rapporto tra diritto soggettivo e oggettivo non è risolto una volta per tutte, ma è verificabile (e da verificarsi) di volta in volta (9).

Per questo esiste la funzione giurisdizionale: essa permette di

---

procedura penale. Discorso del Senatore Lodovico Mortara Relatore della Commissione speciale pronunziato nella tornata del 5 marzo 1912, Roma, Tipografia del Senato, 1912, p. 18.

(6) ID., *Commentario*, cit., vol. I, p. 23; ID. *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., p. 13.

(7) ID., *Commentario*, cit., vol. I, p. 590. Lo Stato opera in una modalità specifica che si definisce a partire dalla sua connotazione, anche quando eserciti la funzione di governo, come « soggetto di diritti subbiettivi pubblici e privati ». Nell'esercitare tali diritti soggettivi lo Stato fa vivere il « diritto obbiettivo » che costituisce l'ordine giuridico generale, attuato dall' « l'organizzazione sociale, considerata nella sua qualità di comunanza giuridica ». Il « diritto subbiettivo », spiega Ivi, p. 15, è dunque inteso come « facoltà autorizzata dal diritto obbiettivo per quel che è della sua essenza come per gli scopi, i mezzi e la estensione del suo svolgimento ».

(8) Ivi, p. 14.

(9) Coglie nel segno SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, cit., p. 398, quando precisa che si tratta di una concezione del diritto oggettivo molto diversa da quella chiovendiana: « in Chiovenda il diritto obbiettivo era fine a se stesso, mentre in Mortara esso è il grande, l'augusto mediatore fra le volontà ipoteticamente o realmente contrastanti dei soggetti ». Cfr. G. TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in ID., *Dottrine del processo civile*, cit., pp. 151 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individuare « fra due attività o volontà che si trovano in contrasto [...] quella contraria al diritto obbiettivo » (10).

La giurisdizione è costruita, costituzionalmente parlando, come strumento di « difesa del diritto obbiettivo, in virtù della quale ottengono protezione le facoltà soggettive al medesimo conformi » (11); è uno strumento che garantisce l'attuazione del primo e « per conseguenza » accorda tutela alle seconde (12).

Tale schema ricostruttivo si applica alla giurisdizione in generale la quale del resto ha un carattere unitario (13) e vale anche quando lo Stato opera « come soggetto pubblico investito dell'autorità e della forza », a partire dalle attività inerenti alla repressione dei reati (14).

L'azione punitiva si fonda su di un conflitto tra il diritto

---

(10) MORTARA, *Commentario*, cit., vol. I, p. 15.

(11) Ivi, p. 17. Tanto che, precisa: « non è corretto il dire, come pur si suole da molti, che la difesa di queste facoltà, cioè dei diritti subbiettivi, è il suo scopo unico o per lo meno principale ».

(12) Ivi, p. 19.

(13) Ivi, pp. 589-593; in quelle pagine dimostra la « unità sostanziale della funzione sovrana di giurisdizione, che si esplica nei dominii della giustizia civile e della penale » [p. 593].

(14) Ivi, pp. 22-25. Con l'istaurarsi dello « Stato libero pose radici il concetto che le facoltà di governo, che sono o si reputano garantite dal diritto obbiettivo, non possano essere esercitate in difesa di facoltà individuali che similmente sono o reputansi garantite dal diritto obbiettivo, senza che il conflitto sia risoluto dalla volontà investita della funzione giurisdizionale, continuatrice ed interprete della volontà da cui emana il diritto obbiettivo » [p. 25]. La « difesa dell'ordine giuridico pubblico interno, cioè delle condizioni di pacifica e civile convivenza sociale » è un esempio di diritto soggettivo dello Stato [Ivi, p. 590].

In effetti, spiega Ivi, p. 19, due sono i modi in cui il conflitto tra diritti soggettivi può presentarsi: « quando in due soggetti giuridici sia ugualmente, ma inconciliabilmente, l'opinione di agire secondo il diritto obbiettivo »; ma anche « quando un soggetto giuridico, per l'attuazione del suo diritto, sia pure non contrastato, debba compiere atti i quali abbiano apparentemente carattere di opposizione o limitazione alla sfera delle facoltà altrui, quali sono garantite ordinariamente al diritto obbiettivo; laonde sia mestieri giustificare e dichiarare la esistenza di specifiche circostanze valevoli a restringere od abolire, nel caso concreto, siffatta garanzia, ed a legittimare l'azione che parrebbe con essa in conflitto ». Questa seconda ipotesi ricorre proprio quando lo Stato esercita l'azione punitiva: se la legge riconosce il diritto allo Stato di limitare la libertà personale del delinquente al contempo tutela « la libertà dell'uomo in generale » [Ivi, p. 18].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soggettivo dello Stato e il diritto soggettivo del soggetto (15). Per questo essa può essere esercitata solo attraverso lo strumento della giurisdizione (16), la quale ne verifica il legittimo esercizio.

Ciò è pienamente in sintonia con la retrostante concezione del reato (17): in quanto « fatto antisociale », pone la legittimità dell'azione punitiva dello Stato nei termini di un ristabilimento « delle condizioni della convivenza civile »; se in certa misura può consistere in una lesione del diritto individuale della persona offesa, esso costituisce sempre una offesa al diritto pubblico dello Stato.

La giurisdizione penale si spiega dunque come ordine di grandezza della giurisdizione in generale; se è vero che si distingue quanto ai mezzi di cui si serve per adempiere al proprio compito (18), essa ha la stessa destinazione delle altre: dare luogo ad un processo di riconoscimento del sostegno offerto dal diritto oggettivo ad un diritto soggettivo preteso.

Da ciò Mortara trae una conseguenza fondamentale: c'è dunque — il discorso vale anche per il penale — un necessario scarto tra legge e sua applicazione, che determina la necessità di una ponderazione della prima attraverso la seconda.

I modi di questa ponderazione sono legati al recupero di una dimensione che le teoriche legicentriche ottocentesche riducevano a mera premessa dell'ordine giuridico positivo: la giustizia.

Quando il giovane Mortara avverte, in epigrafe al suo *Lo Stato moderno e la giustizia*, che « la giustizia è la pietra angolare su cui edificasi la prosperità di una nazione », sa già di non formulare una affermazione dal carattere retorico. Ma anche il suo lettore si accorge presto che si tratta di un riferimento ad un punto decisivo. È del resto un dato che emerge chiaramente e in modo costante nei

(15) Ivi, p. 591.

(16) Ivi, p. 24. Per questo, osserva Mortara, la giurisdizione penale è da considerarsi « il più segnalato esempio di perfetta limitazione apposta alla discrezionalità dei poteri di governo » [p. 22]. Queste tesi sono poi ribadite Ivi, pp. 591-592.

(17) Ivi, pp. 22-23. Il reato è « fatto antisociale » nel senso di essere « contrario alle condizioni fondamentali della convivenza umana, in relazione a un determinato stadio di civiltà ».

(18) Si veda *infra* paragrafo 3. Sotto l'angolazione del rapporto tra diritto soggettivo e oggettivo però, MORTARA, *Commentario*, cit., p. 591, chiarisce esplicitamente che giurisdizione penale e civile si svolgono « nello stesso modo ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suoi scritti, lungo tutta la parabola della sua vita scientifica: lo Stato moderno per essere tale — cioè uno Stato che si distingue dall'antico dispotico per essere libero e democratico — deve tenere al centro la questione della giustizia e non darla mai per risolta definitivamente.

Essa ha a che fare con il fondamento della sovranità che, nello Stato libero, è necessariamente « funzione sociale » (19). Infatti « l'istituto della sovranità » scaturisce « dalla volontà sola di dar presidio alla giustizia », sul presupposto che il precetto '*ius suum cuique tribuendi*' nasce *prima* della legge, concomita anzi alla formazione della società » (20) e quindi determina il livello di tenuta della legge.

Potremmo dire che tramite il prisma della giurisdizione il problema (costituzionale) della giustizia evidenzia il suo legame immediato con i profili (sistematici) della legalità.

Il punto di saldatura tra la funzione punitiva, concepibile solo *sub specie iurisdictionis*, e regimi della legalità, va dunque cercato nel rapporto tra la giustizia e i poteri che incidono sull'esercizio della giurisdizione, vale a dire livello della dimensione costituzionale dello Stato democratico.

2. *La dimensione costituzionale del rapporto tra giustizia, legge e giurisdizione.*

La centralità della questione giustizia condiziona anzitutto la nozione della divisone dei poteri che caratterizza lo Stato democratico; infatti « la giustizia è missione fondamentale » dei diversi poteri esecutivo, legislativo e giudiziario; è la ragion d'essere e la condizione del loro esercizio, tanto che ciascuno di essi è legittimamente esercitato « solo in quanto alla giustizia si conformi » (21). Non sono

(19) « La nozione dello Stato libero ha per dato essenziale », afferma Id., *Commentario*, cit., vol. I, p. 12, « il principio che la sovranità è funzione sociale, coordinatrice e integratrice di tutte le altre funzioni dell'organismo collettivo, ossia di tutte le forme di cooperazione dalle quali trae vita e incremento il consorzio civile. Costituisce anch'essa una forma di cooperazione, in certo senso più d'ogni altra elevata ».

(20) Id., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 32 [corsivi dell'Autore].

(21) *Ibidem* e quasi con le stesse parole anche Id., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., p. 55. È per questo che Satta, *Attualità di Lodovico Mortara*, cit., p. 390, ridimensiona il carattere pubblicistico della concezione mortariana del processo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

affatto affermazioni di principio prive di ricadute immediate sulla concezione dell'ordine giuridico. Di ricadute ve ne sono sul piano costituzionale (regimi della sovranità), su quello sistematico (regimi di legalità) e su quello strutturale (caratteri dell'ordinamento giudiziario).

Da un punto di vista costituzionale esse toccano i regimi e i caratteri della sovranità, poiché implicano una idea della divisione dei poteri, che non è meccanica, ma organica (22). Infatti non è sufficiente alla conservazione e alla difesa dello Stato democratico

---

L'attenzione di Mortara, spiega Satta, si concentra in realtà « sul giudice, come ministro essenziale della giustizia, ma non come autorità, secondo quanto è stato pur detto, ma come responsabilità, che è cosa profondamente diversa, per non dire opposta, e rende del tutto teorica la pretesa qualificazione del processo come istituto di diritto pubblico ».

Tale sottolineatura, come lo stesso Satta, Ivi, pp. 395-400 lascia intuire, rispondeva alla necessità di evitare che certe intuizioni di Mortara potessero venir accostate alle tesi di Chiovenda; tentativo a ben vedere rinvenibile nello stesso necrologio scritto da G. CHIOVENDA in « Rivista di diritto processuale civile », 14, 1937, parte I, p. 100-103, (ambiguamente elogiativo se si considerano i forti contrasti che li contrapposero in vita; cfr. CIPRIANI, *Storie di processualisti*, cit., pp. 374-387). In realtà tra le due concezioni di Stato che Chiovenda e Mortara sottendono al loro ragionamento sul processo, vi è « la stessa differenza che vi è tra la teologia e la storia » [p. 398].

La precisazione di Satta, per tornare al nostro percorso, corrisponde pienamente a quanto noi intendiamo dire in queste pagine, quando ci riferiamo alla centralità della dimensione costituzionale nella riflessione mortariana: nella concezione 'pubblicistica' del processo proposta da Mortara c'è più Società (tramite la valorizzazione della giustizia) e non più Stato (come attraverso la cristallizzazione dogmatica chiovendiana).

(22) « La sovranità popolare » spiega MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 60, « che noi abbiamo riconosciuto essere il mezzo per la conservazione dell'equilibrio fra i diritti dei cittadini nel consorzio sociale, ha bisogno di essere esercitata con facoltà tra loro diverse, e quindi di ripartirsi, secondo quanto abbiamo veduto, in poteri separati ed autonomi [...]. Ma come è unico nella sua origine il concetto della sovranità, così unico è pure il fine della svariata e molteplice azione dei poteri in cui essa si divide ».

« Il principio dogmatico della meccanica divisione dei poteri » osserva ID., *Commentario*, cit., vol. I, pp. 11-12, « fu giustamente giudicato [...] come inesatto, per quanto contenga in sé una parte di vero ». L'inesattezza riguarda « il rigorismo con il quale le prime leggi della rivoluzione francese vollero costringere le funzione del potere giudiziario »; ciò sulla scia di un « retaggio di rancori, di diffidenze e di antipatie lasciato dalle magistrature di antico regime ». Cfr. ID, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stabilire il principio che « la guarentigia delle libertà e dei diritti non si può ottenere se non quando la *legge* preceda l'*azione governativa* e le sia norma costante »; e non basta prevedere « che un conveniente *controllo* assicuri la conformità dell'*azione* alla *legge* ». Tali caratteri non forniscono « alcuna guarentigia di difesa e conservazione, essendo adattabili a qualunque specie di organizzazione politica » e attribuiscono all'organo legiferante « un predominio illimitato, con grave danno degli interessi sociali » (23).

Lo Stato democratico non può accettare l'esistenza di poteri assoluti non soggetti a controllo; pur in regime di separazione, i poteri devono avere delle aree di sovrapposizione di modo che ciascuno funga da bilanciamento e controllo dell'altro (24).

È sulla base di tale concezione che Mortara interpreta il principio statutario per cui 'la giustizia emana dal Re': piuttosto che sottrarre dignità costituzionale alla funzione giudiziaria, dimostra che « il potere giudiziario emana *direttamente* dalla sovranità, e non è punto un braccio od un organo del potere esecutivo » (25). È per la stessa ragione che invece ritiene fuorviante la diversa formulazione, solo apparentemente più democratica, per cui 'la giustizia emana dalla legge'; essa infatti lascia supporre una « onnipotenza del potere legislativo », offuscando « il principio che la *giustizia* è già condizione vitale ed essenziale della legge nel libero reggimento » (26).

---

(23) Ivi, p. 12 [corsivi dell'Autore].

(24) Ivi, pp. 12-13: « Occorre per di più che ciascuno degli organi della sovranità partecipi in acconcia misura all'esercizio delle varie funzioni fondamentali. [...] A ciascuno deggiono spettare parti distinte e simultaneamente operati, nella formazione della legge, nell'azione governativa, nel controllo della conformità fra l'azione governativa e la legge. Così la loro correlazione è necessaria e continua » e ha luogo una « mutua regolazione ». « In regime di democrazia » afferma Id., *Intorno ai problemi dell'ordinamento giudiziario*, in « Giurisprudenza italiana », IV, 1917, c. 58, « nessuna funzione sovrana può essere sottratta a controllo nel suo esercizio ». Nello Stato libero, spiega Id., *Commentario*, cit., vol. I, pp. 12-13, la sovranità è « funzione sociale […] e da questa sua natura riceve necessaria determinazione di fini e limitazioni di mezzi ». Cfr. Ivi, p. 71; Id., *La giustizia nello Stato democratico*, cit., p. 190.

(25) Id., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 62 [corsivo dell'Autore].

(26) Ivi, pp. 62-63 [corsivo dell'Autore]. « Cosicché » prosegue « tanto i poteri da cui la legge emana come quelli che ne custodiscono l'osservanza deggiono tutti in ugual

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Qui bisogna però precisare, che le sue non sono posizioni antiparlamentariste, tutt'altro. Mortara è ben attento a evitare che il recupero della funzione giudiziaria vanifichi il primato della legge (27). Uno dei profili che distinguono lo Stato libero da quello dispotico, precisa, sta proprio nel fatto che il potere è « esercizio di facoltà istituite e misurate dalla norma giuridica, e perciò ad essa subordinate » (28).

No, Mortara non si muove su un crinale antilegalista; piuttosto Egli ritiene fondamentale, sul piano costituzionale, riconoscere un diverso valore alla funzione giudiziaria, proprio allo scopo di dare concretezza a quel primato della legge.

Il potere sovrano adempie alla sua missione « di temperare gli eccessi dell'azione egoistica individuale […] e di serbare quell'equilibrio tra le libertà e tra i diritti che è in fin dei conti lo scopo della consociazione », anzitutto attraverso « il potere di *far le leggi* »; ma poi deve prevedere una specifica funzione, che assicuri la loro osservanza, esercitata da un potere *ad hoc*, il potere giudiziario

---

grado essere fattori di giustizia allo scopo di guarentire le politiche e le civili franchigie dei cittadini ».

(27) Vi sono diversi riscontri. Ad esempio pur sostenendo una autonomia organica della magistratura, ritiene sia errato configurarla in modo che escluda del tutto forme di controllo esterno. Cfr. *infra* nota 63. Altro riscontro è rappresentato dalla prudente posizione con riferimento alla questione del controllo di costituzionalità diffuso in capo al giudice, che è sempre negato da Mortara. Cfr. *infra* nota 50.

Il carattere non antiparlamentarista delle sue posizioni mi pare poi confermato dal saggio *Statuto, Corona, Parlamento* (1897), ora in ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., pp. 145-158, nel quale MORTARA risponde a S. SONNINO, *Torniamo allo Statuto* (1897), ora in *Scritti e discorsi extraparlamentari, (1870-1902)*, raccolti da B. F. Brown, Bari, Laterza, 1972, vol. I, pp. 575-597. Mortara in quello scritto sostiene il carattere parlamentare dell'ordinamento costituzionale in Italia. Cfr. PIZZORUSSO, *Prefazione*, cit., pp. 11-12.

(28) MORTARA, *Commentario*, cit., vol. I, p. 14; e precisa ancora: mentre nello Stato assolutista « il *potere* è la medesima cosa che il *volere* », nello Stato libero invece il potere « non è altro che *dovere* ».

Le norme regolatrici costituiscono uno dei tre elementi che concorrono a costruire la « vita civile dello Stato libero »; gli altri due sono « le attività cooperanti dei singoli consociati; l'attività del potere pubblico che coordina ed integra quelle dei singoli, apportando alla loro cooperazione il ragguardevole contributo della forza collettiva sociale » [Ivi, p. 13].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

appunto (29), che deve essere « elevato al grado effettivo di un membro indipendente della sovranità » (30).

Caratteristica che distingue lo « Stato libero » dal « regime dispotico » è infatti anche l'intangibilità della legge rispetto ai fatti che va a disciplinare; tale principio va considerato come rivolto anche al legislatore stesso. Per questo, spiega Mortara, applicazione e emanazione della legge debbono far riferimento a funzioni distinte: la « volontà espressa nella legge è guida obbligatoria a quella che deve essere espressa nell'atto di giurisdizione; ma non può la podestà dell'organo legislativo intervenire e contrapporsi a quella dell'organo giurisdizionale » (31).

---

(29) MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 31; ovviamente sullo stesso piano quanto al riferimento teleologico c'è anche quella « potestà *esecutiva* od *amministrativa* », al fine di « procedere alla vita dello Stato e al governo delle relazioni che si formano tra esso e i cittadini » [corsivi dell'Autore].

(30) Ivi, p. 57.

(31) ID., *Commentario*, cit., vol. I, p. 16. Nel « regime dispotico » la « funzione giurisdizionale » è deputata a « guarentire l'immutabile obbedienza alla volontà del sovrano »; il diritto individuale è tutelato « soltanto subordinatamente ai fini di quella suprema volontà: così è che dessa interviene nella contesa sul caso particolare, modificando, abrogando, manomettendo a suo beneplacito la norma che doveva regolarlo ». Invece « nello Stato libero la legge emanata è intangibile, rispetto ai fatti che si compiono sotto il suo impero e alle contese che da questi fatti derivano. E la sua applicazione costituisce una funzione assolutamente distinta dalla sua emanazione; per modo che il diritto subbiettivo sta di fronte a quello obiettivo in un rapporto costante, che ne rende appunto possibile la garanzia ».

Molto esplicativa è la pagina Ivi, p. 69: il magistrato « interprete quest'ultimo della volontà del legislatore, si trova posto in una condizione ben eccezionale: ciò che egli pronunzia è *senz'altro* ciò che si deve ritenere *voluto dal legislatore*. Non importa se, chiamato a determinare la norma regolatrice di un particolare rapporto, il giudice ne dichiarerà una effettivamente diversa da quella che il legislatore aveva per esso destinata; non importa se, allo scopo di palesare il pensiero contenuto nella formola della legge, egli ne manifesterà uno che non fu mai nella mente de' suoi compilatori. La necessità di distinguere e separare l'esercizio delle funzioni di sovranità, [...] rende *sovrano il giudice* nella applicazione della legge » [miei i corsivi].

Come ben spiega ID., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., p. 26 « se il giudice non fosse libero nello studio e nella interpretazione della legge, ma dovesse uniformarsi alla volontà di un potere superiore la funzione giudiziaria sarebbe da questo e non dal giudice realmente esercitata. E qualora cotal potere superiore fosse il legislativo, ciò equivarrebbe a completo annullamento della funzione giudiziaria, non che dell'organo suo proprio; o in altre parole, ad una radicale alterazione nella compagine degli istituti politici esistenti ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La legittimità di quel potere del resto non discende solo (o anzitutto) dalla conformità alla legge; esso, in quanto espressione di sovranità, deve possedere una legittimità « in senso politico », che deriva dal fatto che « il popolo intenda e riconosca trovarsi quell'organizzazione, che la legge ha creato, in armonia perfetta col carattere generale e con lo spirito delle istituzioni che lo reggono » (32).

Affinché la legge produca la giustizia, la custodia della legge da parte del potere giudiziario appare caratterizzarsi come un compito niente affatto passivo. È per questo che sul piano costituzionale la fisiologica relazione tra potere giudiziario e legislativo non può essere di « pura e semplice dipendenza » (33).

Il discorso trova conferme anche dalla ricostruzione della genesi storica della funzione giudiziaria proposta da Mortara. Da questa angolazione appare costante la centralità del rapporto tra « organizzazione politica degli Stati » e funzione giudiziaria; la marginalità costituzionale di quest'ultima dipende dalla specifica genesi degli ordinamenti liberali, che si è distinta come processo di progressiva autonomizzazione della funzione legislativa dal corpo dei poteri indivisi tipici dello Stato dispotico (34). Tale marginalità costituzio-

---

(32) ID., *La giustizia nello Stato democratico*, cit., p. 188.

(33) ID., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, p. 21; ID., *Commentario*, cit., vol. I, p. 71.

È proprio la giurisdizione, ad esempio, che porta la legge ad essere uno strumento di rimozione della disuguaglianza. MORTARA lo spiega nella Prolusione al corso di diritto costituzionale nell'Università di Pisa del 1889, *La lotta per l'uguaglianza*, ora in « Quaderni fiorentini », 19, 1990, pp. 160-161. Il principio di uguaglianza in Mortara connota « la nozione di Stato non più come fine a sé stesso, ma come strumento al fine della società, che è poi quello dell'individuo ». Cfr. CIPRIANI, *Storie di processualisti*, cit., p. 36.

(34) MORTARA, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 16-17. Il fenomeno di separazione delle podestà sovrane, spiega, « fu segnato mediante il distacco graduale, e mano a mano progressivo, della funzione legislativa dalle altre, e mediante devoluzione di essa ad assemblee, rappresentanti gli interessi di alcune classi e più tardi della intera nazione. Quanto alla funzione giudiziaria, parve sufficiente guarentigia del suo esercizio l'averla sottoposta alle limitazioni necessarie derivanti dal fatto stesso della costituzione autonoma di corpi legislativi; e parve che il controllo reciproco fra la podestà amministrativa e la legislativa bastasse eziandio a difendere da qualsiasi attentato dell'una o dell'altra il terreno in cui si svolge la funzione giudiziaria » [p. 16]. È per questo che « la osservazione superficiale delle costituzioni politiche moderne, presso il maggior numero degli Stati liberi, ha dato autorità al concetto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nale non è però un aspetto strutturale degli ordinamenti liberali; semmai è l'indicazione che il processo di costruzione dello Stato democratico non si è ancora perfezionato e che ciò che si è determinato storicamente è solo « un armistizio fra l'antico ordine di cose [...] e il moderno movimento ». Anzi, conclude Mortara, gli attuali ordinamenti avrebbero forma più compiuta se la funzione giudiziaria tornasse ad occupare un suo proprio ruolo nella organizzazione costituzionale della sovranità (35).

Come si nota, il fatto di porre la giustizia al livello dei fondamenti costituzionali dello Stato libero produce conseguenze importanti. La diversa nozione di potere giudiziario che ne scaturisce implica da un lato un ripensamento critico della questione dei compiti della funzione giudiziaria rispetto al sistema giuridico e dall'altro un ragionamento sui caratteri organizzativi della stessa (36). È anche rispetto a queste due dimensioni che si chiariscono i termini più specifici del rapporto tra giurisdizione penale e legalità.

3. *Giustizia, svolgimento del principio di legalità e giurisdizione penale.*

Da quanto abbiamo osservato è già chiaro che per Mortara il

empirico della bipartizione dei poteri, ossia della classificazione del potere giudiziario come una dipendenza » del poter esecutivo [p. 17].

(35) Ivi, pp. 17-19. « Tutto ciò dimostra che, nella maggior parte almeno degli Stati a reggimento popolare rappresentativo, la divisione dei poteri della sovranità ha da percorrere tuttavia una fase di evoluzione molto importante per raggiungere il suo definitivo assetto, mediante la separazione organica del potere giudiziario dall'amministrativo » [p. 18]. Per concludere: « il problema della separazione organica del potere giudiziario dall'amministrativo è nondimeno di una primaria importanza; la sua risoluzione potrà essere considerata come il coronamento glorioso del grande edificio dello Stato moderno » [p. 19].

(36) « Attorno la funzione giudiziaria » spiega ID., *La giustizia nello Stato democratico*, cit., p. 183, « la nuova costituzione politica svolge due problemi: quale ne sia il compito e la posizione; quale debba esserne l'organizzazione. In altre parole, le due questioni sul contenuto della funzione e sull'adattamento dei suoi organi, in rapporto alle istituzioni politiche di cui fanno parte, si ripresentano e devono ottenere soluzioni parallele, con le necessarie differenze di sostanza e di forma, da quello che ricevettero in passato ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principio di legalità non è sufficiente alla conservazione e alla difesa dello Stato democratico. Egli crede nel primato della legge ma non nella onnipotenza del legislatore. La giustizia resta al centro delle dinamiche sistematiche; oltre ad essere prerequisito e base costruttiva dell'ordine legale, conferisce a quest'ultimo anche il necessario carattere dinamico in sede applicativa.

Certo, ricordiamo l'altro punto fermo, la valorizzazione della giustizia non determina la marginalizzazione della legge. Per Mortara compito dell'ordinamento giudiziario nello Stato libero è la « custodia non già della giustizia genericamente, come in antico dicevasi, ma bensì *della legge* » (37). Se è vero che la giustizia nasce prima della legge, è anche vero che, con l'avvento dello Stato libero, la giustizia « non è più confinata in regioni astratte, di esclusivo dominio intellettuale », ma è recepita nella legge che costituisce un sicuro punto di riferimento nel complesso compito del *ius suum cuique tribuere* (38).

È sulla base di queste premesse, poste come si vede in un orizzonte di svolgimento costituzionale del principio di legalità, che vanno considerate le significative aperture giusliberiste di Mortara.

Sono già noti (39) i riflessi in tema di interpretazione della legge

---

(37) ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., pp. 33-34: « Il compito del magistrato non è di indagarla [la giustizia] con teoriche astrazioni e seguendo i propri criteri soggettivi, ma di cercarla *nella legge*, di far rispettare questa come incarnazione di quella » [corsivi dell'Autore].

(38) Ivi, p. 104; « ormai » prosegue « il concetto della giustizia, dalla generica definizione dello *ius suum cuique tribuere*, scend[e] a quella più pratica e positiva che la fa consistere nella *corretta uniformità di applicazione della legge*, giacché è la *legge* che onninamente tutela il diritto colle sue complete e precise disposizioni » [corsivi dell'Autore].

(39) Cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 63-65, 103-108; LACCHÉ, *« Personalmente contrario, giuridicamente favorevole »*, cit., pp. 137-147; M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 160-162 e 201-208. Per una illustrazione del più ampio dibattito italiano mosso da sollecitazioni giusliberiste si vedano anche P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la scienza giuridica italiana fra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 20, 1991, pp. 394-495 e Ivi anche P. GROSSI, *Ripensare Gény,* pp. 1-51; ID., *La scienza del diritto privato. Una rivista progetto nella Firenze di fine secolo*, Milano, Giuffrè, 1988; ID., *« Il coraggio della moderazione » (specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*, in « Quaderni fiorentini », 18, 1989, pp. 192-251; ID., *Interpretazione ed esegesi*, in *Studi in memoria di Tarello*, I, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 282-307; ID., *Itinerari dell'assolutismo giuridico.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel momento della sua utilizzazione in sede giurisdizionale da parte del magistrato.

Il giudice è chiamato, secondo Mortara, a interpretare la legge, adottando un « metodo critico » improntato a una valorizzazione del profilo funzionale degli istituti (40), attraverso una osservazione in chiave sociologica (41) e storica (42) al fine di coglierne il valore attuale e « le mutazioni sostanziali anche là dove radicali cangiamenti esterni non vengano a denunziarli » (43). È un'interpretazione che, se rifugge decisamente « l'apriorismo e le lusinghe fallaci dell'astrazione pura », tuttavia « non mette capo a un pedestre empi-

---

Saldezze e incrinature nelle "parti generali" di Chironi, Coviello e Ferrara, in « Quaderni fiorentini », 27, 1998, p. 168-227; M. Meccarelli, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in « Quaderni fiorentini », 30, 2001, t. I, pp. 361-476.

(40) Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. VII.

(41) Ivi, p. 2. Nelle *Pagine autobiografiche*, cit., p. 55, Mortara ricorda anche di averlo assunto come metodo del suo insegnamento nei corsi di diritto costituzionale, proprio negli anni in cui prendeva forma l'indirizzo opposto di Orlando, tutto teso ad escludere « le scorrerie nel campo sociologico o in quello dell'alta scienza politica ».

(42) Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. VII: « dei materiali storici sicuri egli [l'interprete] deve giovarsi non già considerando gli istituti e le regole del giudizio civile come pietrificati nelle forme e nei caratteri antichi, ma facendone altrettanti punti di partenza per seguire le evoluzioni degli istituti e delle regole attraverso le vicende della funzione giudiziaria, che sono poi le vicende stesse della civiltà, all'intento di rendersi ragione delle forme e dei caratteri odierni ». Il diritto odierno « non è un corso d'acqua derivata da una unica sorgente, [...] ma è raccolta di acque provenienti da mille fonti, che in un serbatoio comune si filtrano e si depurano per servire ai bisogni della vita. Ciò che interessa principalmente non è tanto di conoscere in quale misura ciascuna fonte abbia contribuito a fornire il serbatoio, quanto di accertare in quale misura e con quale funzione il contenuto di questo serva allo scopo cui è destinato ». In questa stessa prospettiva si veda anche Id., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 8-9.

(43) Come spiega Id., *Commentario*, cit., vol. I, p. VII, il giudice « penetrando nella cognizione dei suoi [si riferisce alla norma] fini » non fa altro che dichiarare la legge « mantenendola con essi in relazione costante e coerente ». « Tanto più che » aggiunge Ivi, p. VIII, « dove una norma si presenta meritevole di critica, diventa un dovere aggiungere all'opera della interpretazione quella della discussione. L'una dall'altra deve essere tuttavia distinta, perché il desiderio di correggere la volontà del legislatore non conduca ad alterarla ».

« L'importanza della concezione dinamica dell'ordinamento » spiega bene Satta, *Attualità di Lodovico Mortara*, cit., p. 400, « sta in ciò che il giudice è al centro dell'esperienza, partecipa all'opera di autentica creazione del diritto, che non conosce né principio né fine ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rismo; bensì conduce a stabilire il valore e il senso dell'istituto e della norma con una giusta larghezza di comprensione » (44). Si tratta per altro di un compito non meramente ricognitivo; l'evoluzione del diritto non ha infatti un andamento predeterminato. Ogni trasformazione giuridica può essere portatrice di « miglioramento o deterioramento, progresso o decadenza », per cui è necessaria una partecipazione attiva della « ragione umana » per neutralizzare le cause del regresso e favorire quelle del progresso (45).

Il rischio opposto di « esautoramento della potestà legislativa » (46) viene evitato tramite altri strumenti: il principio costituzionale della interpretazione autentica come prerogativa esclusiva del potere legislativo (47); una conformazione dell'apparato giudiziario che assicuri la presenza di un vertice come la Corte di cassazione, capace di assicurare una uniformità nella interpretazione della legge e fungere da freno all'azione integrante della giurisprudenza (48); il

(44) MORTARA, *Commentario*, cit., vol. I, p. VII.

(45) ID., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 5-6. Riportiamo l'efficace pagina mortariana: « L'azione consapevole della ragione umana vale a diminuire se non ad eliminare dalla vita della società le cause di regresso e a favorire e fortificare quelle di progresso, a quella stessa guisa che una azione inconsapevole e male indirizzata può ottenere l'opposto effetto ». Aveva infatti spiegato sopra che « gli effetti della evoluzione e il suo andamento sono determinati [...] da una serie complessa di elementi e di fattori; taluni de' quali appartengono alla individualità stessa del soggetto che si evolve, e taluni, pur essendo esteriori, si trovano con esso in una necessaria relazione di contatto e di influenza ».

(46) Ivi, p. 29.

(47) Ivi, p. 27. Cfr. ID., *Commentario*, cit., vol. I, pp. 69-71. Non a caso considera difettoso l'istituto del *référé législatif*, « poiché esso confonde l'uffizio legislativo con quello giurisdizionale » [Ivi, p. 74].

(48) ID., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 29-30; ID., *Commentario*, cit., vol. I, pp. 69 ss., vol. II, n. 14, p. 15. La cassazione per Mortara è un luogo di elaborazione giurisprudenziale del diritto che stabilizza la funzione dinamica della giurisprudenza; la sua valenza nomofilattica non ha cioè una caratterizzazione antigiurisprudenziale (nel senso di quella caratterizzazione propria dell'idea francese di *cassation* dopo la rivoluzione francese). Tale concezione della cassazione come custode della legge non sottende dunque una separazione tra giustizia sostanziale e legalità. Per un inquadramento della nozione mortariana di cassazione nel contesto dottrinale italiano rinviamo a MECCARELLI, *Le Corti di cassazione*, cit., *passim* e in partic. pp. 160-163, 205-212, 237. Cfr. ID., *Impieghi dell'idea francese di* cassation *nell'Italia post-unitaria*, in *Forum Historiae Iuris. Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte, http://www.forhistiur.de*, 9. Dezember 2005, pp. 1-13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vincolo ai principi generali (come nel caso dell'art. 3 c.c.), i quali devono intendersi come « i principii che informano generalmente la legislazione nazionale » (49); la negazione di un ruolo del giudice nella valutazione della costituzionalità delle leggi, limitando il suo compito alla sola verifica di « *legalità* dei provvedimenti propri del potere amministrativo » (50).

Il terreno elettivo di tale costruzione è però certamente (anche se non esclusivamente) il diritto civile. Pensando alle tipologie della norma penale « altri sono i criteri dell'ermeneutica legale, altre le conseguenze da essa riverberate nella pratica ». C'è infatti una « minore ampiezza del campo scientifico in cui si muove la giurisdizione penale » e una diversa rilevanza del processo ermeneutico, inteso come momento di sviluppo scientifico-dottrinale, rispetto alla finalità della giustizia (51). Decisiva è in questo senso la diversa connotazione del rapporto tra questione di fatto e questione di diritto: mentre nel diritto civile esse appaiono più difficilmente scindibili, nella materia penale è la struttura stessa del processo, tramite l'istituto della giuria, a determinarne la separazione (52).

---

(49) MORTARA, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 32-33.

(50) Ivi, pp. 37-38. Le sue aperture al riguardo, maturate negli anni Venti, si spiegano esclusivamente con la valutazione della necessità di supportare il Parlamento contro l'abuso del potere di decretazione da parte dell'esecutivo. Sul punto si vedano MECCARELLI, *Le Corti di cassazione*, cit., pp. 242-251; ID., *La questione di decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899 n. 227,* in *Historia Constitucional*, *http://hc.rediris.es*, 6, 2005, pp. 263-283; ID., *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia postunitaria*, in *Giornale di storia costituzionale*, 4, 2002, pp. 173-188; PICARDI, *Lodovico Mortara magistrato*, cit., pp. 92-95. Cfr. *supra* nota 27.

(51) MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 96. Poco prima [p. 77], aveva sottolineato che « i criteri e gli indirizzi a cui s'ispira la legge penale sono diversissimi per sostanza e per fisionomia da quelli della legge civile, e che anzi perfino talora gli uni cogli altri stanno in conflitto ». Si vedano Ivi anche le pp. 70-71.

(52) Ivi, p. 76. Si veda anche ID., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., p. 105.

L'idea di un diverso modo di concepire la separazione tra questione di fatto e di diritto nel civile rispetto al penale appare del resto abbastanza diffusa. Si pensi a P. GRIPPO, *Intorno alla proposta delle questioni subordinate nei giudizi giurati*, in « Rivista penale », XXII, 1885, p. 175, quando sottolinea che nel penale l'accertamento del fatto consiste nell'accertamento di una responsabilità morale, o a C. CESARINI, *Osservazioni e confronti a proposito di alcune recenti proposte di riforma giudiziaria*, in « Rivista penale », XXII, 1885, pp. 12-13, secondo il quale nel civile il fatto, per assumere rilevanza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questo mi pare un punto determinante: la convinzione che nelle questioni penali dovrebbe rilevare in via più immediata la dimensione dell'opinione pubblica, cioè, « l'ambiente civile, morale e intellettuale delle diverse nostre regioni », non filtrato in via esclusiva dalla scienza giuridica; qui « la voce dei dotti e lo spirito della nazione si associano » e da ciò scaturisce il « benefico effetto di conciliazione » e una capacità di individuare gli elementi che modificano le « condizioni della criminalità » (53). Su questo torneremo fra un attimo.

Ora ci preme sottolineare che la relativa rilevanza, nel penale, del tema dell'interpretazione storico evolutiva del diritto, non implica che in esso vi sia un diverso regime della legalità in rapporto alla giurisdizione. Resta confermata l'idea di una collaborazione sinergica tra i poteri, per cui la norma scritta va sottoposta ad « un lavoro di discriminazione di adattamento, il quale non deve essere compiuto dal legislatore », ma dal giudice. Anche nel campo penale il giudice mette in opera una attività che ha « il carattere di una *continuazione ed integrazione* del precetto legislativo, preliminare alla sua *esecuzione* » (54). È una attività che costituisce, lo ricordiamo, una « ingerenza non minima nella funzione *legislativa* »; il magistrato come *viva*

---

giuridica, accanto ad un apprezzamento reale, necessita di un apprezzamento legale. Su queste linee anche G. PODRECCA DEL TORRE, *L'intervento popolare nei giudizi. A proposito della progettata riforma giudiziaria*, in « Rivista penale », XXIV, 1886, pp. 316-317.

(53) MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 96. È in questa compatibilità tra propensioni 'sociologiche', cioè nell'idea di studiare il diritto a partire dalla sua funzione sociale e dalla sua espressione storica reale, che si spiega il rapporto di Mortara con la Scuola positiva. È un legame che Mortara non nasconde (si vedano ad esempio ID., *Sul nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 27; ID., *Pagine autobiografiche*, cit., pp. 62-63) e che è emerso anche durante i lavori parlamentari in occasione della elaborazione del codice di procedura penale del 1913. Anche per questo Mortara Relatore della Commissione speciale del Senato, si attirò gli strali di autorevoli penalisti del peso di Luigi Lucchini. Cfr. MILETTI, *Un processo per la terza Italia*, cit., pp. 225-314. Però questa vicinanza con Ferri, posto che la 'sensibilità sociologica' non è il prodotto della Scuola positiva ma la premessa, non mi pare abbia delle ricadute specifiche sulla produzione scientifica di Mortara.

(54) MORTARA, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., p. 23 [corsivi dell'Autore]. Ne deriva una « esecuzione della volontà del legislatore per tal modo specializzata ed integrata » [Ivi, p. 26]. La tesi del magistrato come « prosecutore e interprete della volontà contenuta nella legge » — tanto nella giurisdizione civile quanto in quella penale — è ribadita da ID., *Commentario*, cit., vol. I, p. 591. La funzione giudiziaria, ribadisce Ivi, p. 25, è « continuatrice e interprete della volontà da cui emana il diritto obbiettivo ». Si vedano poi Ivi anche le pp. 67-72. Cfr. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione*, cit., p. 205.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vox legis, interviene sul diritto scritto « adattandolo alla multiformità e incostanza dei bisogni sociali e delle idee dominanti » (55).

Con questo vogliamo dire che anche per la giustizia penale è da ritenersi valida la nota distinzione mortariana (56) tra statica (legge) e dinamica (giurisprudenza) del diritto. Diversi semmai, rispetto al civile, sono gli strumenti dello svolgimento sistematico del principio di legalità attraverso la giurisdizione (57).

In particolare è sul terreno dei caratteri del processo e dell'ordinamento giudiziario, che si individuano le risorse per sviluppare il rapporto virtuoso tra giurisprudenza e legge nel campo del penale.

Qui si spiega l'interesse di Mortara per l'istituto della giuria. La necessità di un tale istituto ha una giustificazione anzitutto di ordine costituzionale; la giuria « rappresenta una guarentigia introdotta a favore della società non meno che a presidio degli imputati », poiché corrisponde al « concetto fondamentale del reggimento democratico »: mantenere « viva e continua, nei limiti ragionevolmente possibili, una corrente di relazioni e di contatti tra la nazione delegante e i poteri ad essa delegati », in modo tale che la sovranità non

(55) MORTARA, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 13-14.

(56) ID., *Commentario*, cit., vol. I, p. 76.

(57) Ivi, pp. 591-592. Prima ancora di considerare gli esempi specifici proposti nelle pagine che seguono, si pensi alla distinzione tra azione privata e pubblica: dove la seconda rappresenta l'unico modo di esercizio del potere giudiziario nel campo penale. Le norme penali infatti tutelano in via diretta (senza la mediazione dell'interesse soggettivo del privato come nel caso delle norme civilistiche) le condizioni della convivenza civile. Cfr. ID., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 23-26.

Ci sono per contro anche diversi punti di contatto tra giurisdizione penale e civile rispetto a certe categorie di reato, ulteriori a quelle che hanno un immediato carattere antisociale; ID., *Commentario*, vol. I, cit., p. 25, in particolare fa riferimento ai così detti reati « 'di azione privata' », quelli nei quali l'esercizio della funzione punitiva è subordinata alla volontà della vittima « in ragione della minima quantità della violazione da essi recata al diritto pubblico dello Stato ». Vi sono poi alcune ipotesi di azione penale derivanti da situazioni privatistiche e poste a tutela di interessi particolari più o meno estesi. Questo è il caso dell'azione penale che devia dalla dichiarazione di fallimento. La tutela così offerta non è direttamente riconducibile all'intera società. Ci sono poi i reati di « mera creazione legislativa »; questi « rappresentano violazioni di diritti subbiettivi, pubblici o privati, per semplice ragione di opportunità assoggettate alle forme procedurali e alle sanzioni del diritto penale, ma che potrebbero anche, per la natura loro, essere riparabili con provvedimenti di giurisdizione civile ». Sui rapporti tra giurisdizione civile e penale si veda l'ampia trattazione proposta da MORTARA, *Commentario*, cit., vol. I, pp. 587-750.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degeneri in dispotismo, anzi ne rappresenti « gli interessi nel modo più vero e genuino » (58).

Infatti l'istituto della giuria favorisce una maggiore corresponsione alla finalità propria della giurisdizione penale — che, del resto, per Mortara è propria anche della procedura penale (59) — consistente nella tutela della « sicurezza sociale ». Infatti è il giudice popolare (dunque la società), a valutare in che misura il fatto contestato si sia tradotto in una alterazione della sicurezza sociale (60), contenendo in tal modo l'opera del magistrato togato « nei limiti del bisogno sociale » (61).

Non a caso, a riprova di questa funzionalità costituzionale oltre che processuale dell'istituto della giuria, Mortara sostiene l'estensione generalizzata dell'istituto a tutti i giudizi penali (62). Non è questa però la sede per addentrarci in profili di tipo più specifica-

---

(58) ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 82. Cfr. ID., *Intorno ai problemi dell'ordinamento giudiziario*, cit., c. 59; ID., *La giustizia nello Stato democratico*, cit., pp. 188-190.

(59) ID., *Sul nuovo codice di procedura penale*, cit., pp. 17-22. Non è esatto infatti, ad avviso del Nostro, affermare « che il Codice di procedura penale è la legge che tutela l'innocenza » [p. 17]; tale equivoco — spiega Mortara — nasce da una erronea sopravvalutazione di alcuni principi garantistici della procedura penale che, seppure sono « sacrosanti », non ne costituiscono però lo scopo. Si veda anche ID., *Relazione al disegno di legge di riforma giudiziaria*, in *Atti della Camera, Documenti*, Legislatura XXV, sessione 1919, doc. 92. Sulle valenze del progetto di processo penale nel disegno mortariano Cfr. MILETTI, *Un processo per la terza Italia*, cit., pp. 239-243; CONSO, *Mortara e il processo penale*, cit., pp. 77-81.

(60) MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 82: « Sia dunque la società stessa che additi al magistrato i turbamenti da lei risentiti per le azioni che tendono a menomarle la coscienza di tale sicurezza; sia la società che per mezzo dei suoi membri, non rivestiti di poteri sovrani ma forniti di uno speciale mandato transitorio e vicendevole, attesti al magistrato che un malefizio, avendo alterata la sua sicurezza, esige repressione, ovvero al contrario, che un fatto il quale si offre in apparenza di reato è però Stato compiuto in tali condizioni e circostanze da non cagionare apprensione o turbamento ».

Si veda anche ID., *La giustizia nello Stato democratico*, cit., p. 188, dove sottolinea l'esigenza di uno strumento di partecipazione popolare aggiuntivo alla legge, affinché l'organizzazione giudiziaria resti « in armonia perfetta col carattere generale e con lo spirito delle istituzioni che lo reggono ».

(61) ID., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., p. 75.

(62) ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., pp. 81-84; ID., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., p. 76.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente processuale. Qui ci basta considerare il tema a titolo esemplificativo.

Come si nota tale percezione della natura e dei caratteri della giuria corrisponde a quella medesima idea della funzione del giudice intesa come prosecuzione, prima che esecuzione, della legge, che sta alla base delle aperture giusliberiste sul terreno della interpretazione della legge.

Ma un simile riscontro lo potremmo avere osservando le proposte formulate da Mortara sul terreno dell'ordinamento giudiziario. Si pensi a quella di stabilire una « autonomia organica » della magistratura attraverso la introduzione di un organismo di « autogoverno » (63); va in questo senso anche la tesi della abolizione del Pubblico Ministero (64). Ma, per limitarci alle proposte che interessano più specificamente la giurisdizione penale, possiamo menzionare l'idea di una separazione tra magistratura penale e civile, nonché dei caratteri della giurisdizione suprema penale rispetto a quella civile. Non è importante in questa sede chiarire se effettivamente Mortara, come non sembra, sosterrà nel tempo tali idee formulate negli anni giovanili. Qui ci interessa solo evincere da tali

(63) ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., pp. 125-127. L'autonomia organica determina « non soltanto la sua indipendenza nell'esercizio quotidiano della giustizia, ma la sua separazione assoluta degli altri membri della sovranità » [p. 125]. Mortara però significativamente, avverte del rischio che l'autonomia favorisca il prodursi di una « casta chiusa »; questo contraddirebbe il principio, sopra illustrato, della reciproca delimitazione dei poteri in regime di Stato democratico; per tanto Egli ritiene che vadano previsti dei bilanciamenti tali per cui, senza che si modifichi il carattere organico della autonomia, si impedisca la formazione di un « organismo non soggetto a controllo » [pp. 189-190]. Si veda anche ID., *Intorno ai problemi dell'ordinamento giudiziario*, cit., cc. 58-60; ID., *La giustizia nello Stato democratico*, pp. 175-195. Nelle specifico pur sostenendo l'istituzione di un Consiglio superiore di giustizia come organo di autogoverno, Mortara critica la medesima istituzione ove favorisca, come riassume PIZZORUSSO, *Prefazione*, cit., p. 16, « forme di autogoverno tutte interne alla Magistratura e del tutto prive di raccordi con le altre istituzioni dello Stato ». Si vedano più in generale Ivi le pp. 10-17 e ID., *Mortara e i problemi dell'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 20-24. Cfr. *supra* nota 27.

(64) La dottrina italiana, spiega MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 85, è concorde « nel riprovare siccome contrario ai sani principii del diritto pubblico il concetto della delegazione di mandatari del potere esecutivo (o meglio di sue cretature) a sorvegliare e controllare l'opera del potere giudiziario ». Il Pubblico Ministero costituisce un elemento di perturbazione della fisiologica dialettica tra i diversi poteri.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ipotesi di lavoro il modo di pensare la giurisdizione penale in rapporto alla legalità.

Con riferimento al primo profilo, quello della separazione tra magistratura penale e civile (65), Mortara spiega che esso rispecchia la diversità in ordine al trattamento ermeneutico del diritto legale e corrisponde anche all'esigenza di evitare i 'rischi' derivanti alla condizione di autonomia organica del potere giudiziario, poiché favorisce un frazionamento di quest'ultimo sul piano organizzativo.

Con riferimento ai caratteri della giurisdizione suprema Mortara si esercita sulla ipotesi di una articolazione di quella penale in cinque Corti regionali; per quanto riguarda quella civile sottolinea, invece, la sua urgente e necessaria unificazione in una Corte suprema unica (66). Dal punto di vista processuale, per entrambe le materie, si tratterebbe di un giudizio di cassazione ma da intendersi come rimedio ordinario (67). La distinta articolazione della giurisdizione

---

(65) Ivi, pp. 69-78. Cfr. CESARINI, *Osservazioni e confronti*, cit., pp. 6 e 153.

(66) MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., pp. 95-96. Cfr. CESARINI, *Osservazioni e confronti*, cit., p. 153.

Sul terreno della cassazione, essenzialmente con riferimento a quella civile, Mortara tornerà in numerosi scritti al fine di porre il problema della sua indispensabile unificazione. Non mi pare riproponga invece la tesi della divisione in cinque Corti della giurisdizione suprema in materia penale. Si vedano a tal proposito MORTARA, *Commentario,* cit., vol. I, II e IV *passim*; ID., *La Corte di cassazione come è e come dovrebbe essere*, in *Rivista d'Italia*, VII, 1904, pp. 535-546; ID., *Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione*, in *Studi in onore di Carlo Fadda, pel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, Pierro, 1906, pp. 199-221; ID., *Relazione al disegno di legge di riforma giudiziaria*, cit.; Id., *Riflessioni e proposte per il nuovo codice di procedura civile*, in « Giurisprudenza italiana », 1923, parte IV, cc. 136-207. Cfr. *supra* note 48 e 50.

(67) ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 89; ID., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 120-121. Ciò in parte dipende dal fatto di sostenere anche l'abolizione dell'istituto dell'appello. Nel penale sarebbe la conseguenza dell'estensione generalizzata della giuria a tutti i tipi di giudizio; si veda ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 83. La tesi della abolizione dell'appello o comunque di un suo ripensamento nel quadro del sistema delle impugnazioni è poi, come noto, sostenuta anche nella materia civile. Qui la ragione principale sembra doversi ricondurre alla constatazione che l'istituto si è in realtà trasformato in una prosecuzione della istruttoria di primo grado. Cfr. L. MORTARA, *Appello*, in *Digesto italiano*, 1890, *passim*; ID., *Commentario*, cit., vol. II, pp. 14-16 e vol. IV, *passim*; ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., pp. 105-109, 116-124; ID., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 106-108. Cfr. F. CIPRIANI, *Le impugnazioni nel pensiero di Lodovico Mortara*, in *Giornata lincea in ricordo di Lodovico Mortara*, cit., pp. 37-47.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suprema tra civile e penale corrisponde proprio alle diverse finalità assolte rispetto allo svolgimento del rapporto tra giurisdizione e legalità.

Per il civile la presenza di una Cassazione unica rappresenta, come abbiamo già osservato (68), un bilanciamento del carattere dinamico della interpretazione del diritto, praticato nei vari livelli della giurisdizione. Per il penale la divisione in cinque Sedi della giurisdizione suprema favorisce quella prossimità alla società, che, come si è appena visto, è considerata essenziale perché la giustizia penale (che è esercizio di funzione punitiva) riesca a calibrare l'applicazione della legge sui bisogni della società (69).

Decisiva in tutto ciò è la convinzione che la giurisdizione muta i suoi caratteri « in relazione allo stato della organizzazione dei poteri pubblici, al carattere fondamentale di questi e alle forme in cui si svolge la loro operosità » (70). È questo il terreno sul quale Mortara incontra la questione penale: è il terreno dei necessari gradi di libertà della giurisdizione dalla (e di ancoraggio alla) legalità. Sono gradi di libertà e ancoraggi da definire attraverso apposite strutturazioni del processo e dell'ordinamento giudiziario, che hanno il valore di manifestazioni sistematiche di un certo assetto costituzionale storicamente determinato.

È un terreno di frontiera però necessario per garantire quel livello di tenuta tra percezione teorica e portata reale della questione giuridica, che è irrinunciabile quando ci si vuole occupare della giustizia dal punto di vista dei suoi strumenti generatori.

(68) Cfr. *supra* paragrafo 3 nota 48.

(69) MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., pp. 95-96.

(70) ID., *Commentario*, cit., vol. I, p. 2; in questo senso anche ID., *La giustizia nello Stato democratico*, cit., pp. 177-178.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La stagione della crisi: i 'totalitarismi' novecenteschi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GUIDO NEPPI MODONA

PRINCIPIO DI LEGALITÀ E GIUSTIZIA PENALE NEL PERIODO FASCISTA

1. Il salvataggio del codice Rocco in nome del principio di legalità. — 2. Forma e sostanza del principio di legalità. — 3. Le violazioni dei contenuti sostanziali del principio di legalità. — 4. Repressione del dissenso politico e vanificazione del principio di legalità. — 5. Dipendenza della magistratura dal potere politico e funzione del principio di legalità formale.

1. *Il salvataggio del codice Rocco in nome del principio di legalità.*

Prima ancora del crollo definitivo del fascismo e della liberazione dell'intiero territorio nazionale dalle truppe tedesche e dai fascisti della repubblica di Salò, a livello politico erano state vigorosamente denunciate le « concezioni nettamente autoritarie » e la derivazione totalitaria del codice penale Rocco, ed era stata invocata l'urgenza della « formazione di un nuovo codice penale » (1). La riflessione storica sulle ragioni della mancata riforma del codice del 1930 ha peraltro messo in evidenza, sin dagli anni Settanta del secolo scorso, che queste prese di posizione avevano suscitato immediate e vivaci reazioni dei professori universitari di diritto penale presenti nelle zone d'Italia già liberate; reazioni che si erano tradotte in una vera e propria operazione di salvataggio del codice fascista, sviluppatasi con pieno successo negli ultimi mesi del 1944 e nel corso del 1945, mediante la pubblicazione di numerosi articoli e saggi su quotidiani e su riviste giuridiche (2).

(1) Tali affermazioni sono contenute nella relazione del Guardasigilli Tupini al d. lgs. lgt. 10 agosto 1944, n. 224, abolitivo della pena di morte.

(2) Per una accurata ricostruzione della vicenda v. 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, pp. 261 ss. Per richiami più o meno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In particolare, interessa in questa sede segnalare che l'opera di difesa e di salvataggio del codice Rocco da parte della dottrina penalistica si era basata soprattutto sulla constatazione che il codice del 1930 aveva mantenuto fermi i fondamentali principi garantistici — di indiscussa ispirazione liberale — di legalità e irretroattività della legge penale e del divieto di analogia, e non aveva ripudiato la concezione del reato come violazione o messa in pericolo di un bene o interesse giuridico. Dal canto suo durante il ventennio anche la cultura penalistica aveva rifiutato, salvo rare eccezioni (3), le lusinghe esercitate dalla 'rivoluzione' intervenuta nel diritto penale nazista, che aveva appunto abbandonato il principio di legalità, affiancando alla legge quali fonti del diritto il sano sentimento del popolo e la violazione del dovere di fedeltà allo stato, con conseguente erosione e svalutazione del concetto di bene giuridico e il ricorso all'analogia anche *in malam partem* (4).

La conservazione nel codice del principio di legalità e dei corollari dell'irretroattività e del divieto di analogia e l'adesione a tali principi da parte della stragrande maggioranza della dottrina penale,

---

estesi al dibattito sulla riforma del codice penale nel trapasso tra regime fascista e ordinamento repubblicano v. anche F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in « Novissimo digesto italiano », XIX, 1973, Torino, UTET, p. 32; G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte giuridiche nella riforma del codice penale*, in « Democrazia e Diritto », 1977, pp. 674 ss.; Id., *Legislazione penale*, in « Il mondo contemporaneo. Storia d'Italia — 2 », a cura di F. LEVI, U. LEVRA, N. TRANFAGLIA, La Nuova Italia editrice, Firenze, 1978, pp. 597 ss.

(3) È d'obbligo il richiamo al saggio di G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in « Rivista italiana di diritto penale », 1939, pp. 140 ss. Cenni al mantenimento del principio di legalità nel codice Rocco e alla dissonante posizione di Maggiore sono presenti anche in alcuni manuali di diritto penale: v. ad esempio G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2006, p. 4° ed., XXXII; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, Cedam, 2007, 5° ed., p. 18; D. PULITANÒ, *Diritto penale, parte generale*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 43-44.

(4) Artefici della difesa del codice e della dottrina penalistica del ventennio, condotta sulla base del mantenimento delle tradizionali garanzie di stampo liberale, sono R. PANNAIN, *La riforma della legislazione penale*, in « Annali della facoltà giuridica dell'Università di Camerino », XVI-XVIII, Roma, Arte della Stampa, 1944, pp. 3 ss.; Id., *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, in « Archivio penale », 1945, pp. 58 ss., ove sono parzialmente riprodotti numerosi articoli pubblicati su quotidiani da Giovanni Leone tra il settembre 1944 e il marzo 1945; G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, ivi, 1945, pp. 23 ss.; ID., *Contro la riforma del codice penale*, ivi, 1945, pp. 276 ss.; T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, ivi, 1945, pp. 161 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in coerenza con l'indirizzo del tecnicismo giuridico allora dominante, hanno dunque svolto un ruolo essenziale nel salvataggio del codice Rocco, quasi che il principio di legalità sia un'etichetta magica, di per sé capace di traghettare indenne la codificazione penale da un regime dittatoriale ad un ordinamento democratico. Le virtù taumaturgiche attribuite al principio di legalità inducono ad approfondire quale concezione ne avessero gli esponenti della cultura penalistica ufficiale nel 1944 e nel 1945 e quale sia stato l'effettivo ruolo svolto dal principio nel sistema della giustizia penale del regime. Si ha infatti l'impressione che dietro la difesa del codice Rocco in nome della conservazione del principio di legalità si celi un equivoco profondo circa la funzione in realtà svolta dal principio nel periodo fascista e circa quella che il principio stesso avrebbe dovuto svolgere nel nuovo ordinamento democratico.

2. *Forma e sostanza del principio di legalità.*

Non vi è dubbio che i principali protagonisti della campagna in difesa del codice Rocco — Remo Pannain, Giovanni Leone e Tullio Delogu — avevano del principio di legalità una concezione meramente nominalistica, astratta e formale.

Nominalistica, in quanto sostengono che il codice Rocco ha mantenuto l'impianto liberale del precedente codice Zanardelli sol perché non ha aderito alla concezione nazista del diritto penale, rifiutando di ricorrere al sano sentimento del popolo o alla volontà del capo quali fonti analogiche del diritto penale, senza però chiarire in positivo se e quale sia stata la funzione di garanzia che il principio di legalità avrebbe svolto nella codificazione del regime.

Astratta, in quanto la garanzia della legalità è richiamata quale principio generale, senza verificare se e in quale modo sia stata attuata nella formulazione delle singole fattispecie incriminatici descritte nella parte speciale del codice e negli altri settori che concorrono a formare il sistema complessivo della giustizia penale.

Formale, posto che non ci si cura minimamente di chiarire quali fossero, nel contesto istituzionale dello stato fascista, i caratteri di quella legge in base alla quale, a norma dell'art. 1 del codice penale, si può essere puniti solo per un fatto espressamente preveduto come reato. Non una parola viene spesa per ricordare che la struttura

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

istituzionale dello Stato fascista aveva completamente stravolto il significato politico e sostanziale espresso dalla garanzia della legge quale fonte esclusiva del diritto penale. Non più la legge quale risultato del dibattito parlamentare tra esponenti della maggioranza e dell'opposizione democraticamente eletti, rappresentanti delle varie componenti politiche e sociali, ma il prodotto di un sistema che aveva calpestato tutte le libertà politiche e si basava sul partito unico; una legge, cioè, che rappresentava l'unica forza politica presente in parlamento, per essere precisi nella Camera dei fasci e delle corporazioni, approvata senza alcun confronto tra maggioranza e opposizione, non avendo quest'ultima alcuna rappresentanza a livello parlamentare ed essendo ridotta alla clandestinità o all'esilio, quando non racchiusa nelle patrie galere o inviata al confino.

Era questa la legge, priva di qualsiasi legittimazione rappresentativa, alla quale si riferivano il principio di legalità e il divieto di analogia enunciati dall'art. 1 del codice Rocco; una legge che, a fronte della tradizione illuministica e liberal-costituzionale dello stato di diritto, svolgeva solo la funzione meramente formale di garantire l'esistenza di una fonte scritta del diritto penale, e quindi la conoscenza e la certezza della fonte, ma non esprimeva più il modo di formazione dialettico e democratico della fonte stessa e il controllo politico e sociale sui suoi contenuti (5).

È opportuno precisare che quando si parla di un modo di produzione della legge dialettico e democratico, tale cioè da garantire, attraverso il dibattito e il confronto parlamentare, il concorso di tutte le componenti politiche e sociali rappresentate in parlamento, si fa riferimento ad un modello che non è sempre stato presente nella storia parlamentare. In particolare, per quanto riguarda l'esperienza italiana, non vi è dubbio che durante l'arco dello Stato liberale la legittimazione rappresentativa del Parlamento sia stata molto limitata, in conseguenza delle restrizioni sulla base del censo e dell'istruzione (e del sesso) poste al diritto di voto.

Questa constatazione implica certamente una considerevole limitazione quantitativa e qualitativa della rappresentatività del Par-

(5) Sui mutamenti sostanziali dei caratteri della legge nel periodo fascista, a seguito delle modificazioni istituzionali introdotte dal regime, insiste PIASENZA, *Tecnicismo giuridico*, cit., pp. 272-273.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lamento, ma non esclude che tra i caratteri sostanziali della legge nel periodo liberale e nel ventennio fascista vi fosse una incolmabile differenza di fondo, data appunto dalla totale eliminazione della dialettica tra diverse forze politiche in seno alla Camera dei fasci e delle corporazioni, a nulla rilevando che nei diversi momenti dello stato liberale il confronto politico parlamentare sia sempre stato più o meno imperfetto, a seconda della minore o maggiore rappresentatività del corpo elettorale.

La constatazione impone di riservare alcuni cenni al problema della continuità tra l'ordinamento liberale e il regime fascista, in questa sede evidentemente circoscritto al sistema penale, e cioè tra il codice penale Zanardelli e il codice Rocco. I penalisti artefici del salvataggio del codice del 1930 pongono evidentemente i rapporti tra i due codici in termini di continuità, sottintendendo la matrice liberal-garantista di entrambi, ma tale conclusione è sostenuta anche da quegli studiosi che in epoca successiva, muovendo da posizioni politiche e ideologiche antitetiche a quelle dei difensori del codice del 1930, hanno invece insistito sulle componenti autoritarie già presenti nel codice Zanardelli, sino a vedere nel successivo codice fascista un mero perfezionamento repressivo di un impianto già presente nei suoi presupposti essenziali nella codificazione dello stato liberale. Mi riferisco alle posizioni di chi ha definito il codice Rocco come una forma di « sublimazione autoritaria » del sistema penale liberale (6), ovvero ha riscontrato, nel confronto tra i due codici, la netta prevalenza di elementi di continuità tra il vecchio sistema penale e il nuovo codice (7).

Paradossalmente, le medesime conclusioni in termini di conti-

(6) T. Padovani, *La sopravvivenza del codice Rocco nell'età della codificazione* in « La questione criminale », numero speciale dedicato a *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, 1981, 1, p. 90.

(7) G. Fiandaca, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, ivi, p. 71 ss., che parla, riguardo al Codice Rocco, di esempi di rigorismo repressivo, che non segnano però una svolta qualitativa rispetto al precedente sistema liberal-conservatore. Le conclusioni in termini di continuità tra codice Zanardelli e codice Rocco sono state sottoposte a critica da G. Marinucci, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, ivi, 2, p. 297-299: l'Autore conclude che l'operazione di « ibernazione » e di « defascistizzazione » del codice Rocco compiuta nell'immediato dopoguerra « da destra » ha trovato una insperata copertura « da sinistra », sul presupposto che il nuovo « sarebbe impossibile, essendo il vecchio ordine, l'ordine italiano di sempre ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuità tra i due codici sono quindi state sostenute sia da chi non si fa minimamente carico delle componenti autoritarie già presenti nel sistema penale liberale e tende poi a minimizzare o a misconoscere le involuzione liberticide anche qualitative del codice Rocco, sia da coloro che privilegiano gli aspetti autoritari del codice Zanardelli per poi valutare gli irrigidimenti repressivi del codice Rocco come meri perfezionamenti del sistema penale precedente.

L'identità di conclusioni tratte da argomentazioni specularmente opposte dimostra che un confronto di carattere generale tra i due sistemi penali in termini di continuità ovvero di rottura non è produttivo, e che appare più prudente ed equilibrata la posizione di chi, storico del diritto e non penalista 'puro', ha preferito impostare il problema analizzando i singoli istituti e contenuti del codice Rocco che si pongono in termini di continuità e quelli connotati invece da una disciplina di rottura rispetto al codice precedente, lasciando comunque intravedere una conclusione che sul terreno qualitativo privilegia gli aspetti di rottura della legislazione penale fascista — sia nei contenuti che nei fini — rispetto ai profili di continuità con il liberalismo conservatore, autoritario e patriottico del sistema penale precedente (8).

Conviene dunque tornare al tema di fondo del significato e della funzione da attribuire al principio di legalità rispettivamente nell'originario codice Rocco, destinato ad operare in un contesto dittatoriale, e poi in un sistema penale calato in un ordinamento democratico, sorretto da una Costituzione di tipo rigido e quindi caratterizzato da diritti, garanzie e principi sovraordinati alle leggi ordinarie.

3. *Le violazioni dei contenuti sostanziali del principio di legalità.*

Abbiamo già avuto occasione di rilevare che nel codice penale di un regime nel quale non esisteva più una palestra parlamentare di libero confronto tra le forze politiche e sociali, il principio di legalità e i suoi corollari assumono un valore meramente formale volto a

(8) M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in « Quaderni fiorentini », XXVIII, 1999, II, pp. 823 ss., 827 ss., 840 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

garantire ai consociati l'esistenza di una norma scritta emanata dagli organi competenti prima della commissione del fatto di reato e ad assoggettare il giudice al vincolo di subordinazione ad una legge ormai svuotata dei meccanismi di produzione democratica (9), senza alcuna possibilità di sindacarne i contenuti sostanziali.

Emerge dunque una netta contrapposizione tra una funzione meramente formale del principio di legalità e la dimensione sostanziale del principio, che si manifesta attraverso vari contenuti, di cui quello relativo al metodo democratico di produzione della legge costituisce solo uno degli aspetti (10). L'esame dei contenuti della legislazione fascista nei vari settori della giustizia penale, condotto alla stregua dei profili sostanziali che connotano il principio di legalità in un ordinamento democratico, consentirà appunto di escludere che il principio solennemente enunciato nell'art. 1 del codice Rocco, ma operante solo sul terreno formale, meriti il ruolo salvifico che gli è stato attribuito dalla cultura accademica penalistica dopo la caduta del fascismo.

In effetti, il principio di legalità formale « si limita ad esigere la legge quale condizione necessaria della pena e del reato », esprime cioè « la condizione del vigore o dell'esistenza delle norme che prevedono reati e pene, quali che siano i loro contenuti » e si limita a prescrivere la soggezione del giudice alle leggi vigenti, a prescindere dai loro contenuti; il principio di legalità sostanziale esige invece il concorso di tutte le altre garanzie, eventualmente anche di natura costituzionale, che sono le condizioni necessarie della legalità penale; la conformità a tali garanzie è quindi « condizione di validità o legittimità delle leggi vigenti » (11).

Oltre al metodo democratico di produzione della legge penale e

(9) In termini sostanzialmente analoghi, v. PADOVANI, *La sopravvivenza*, cit. p. 90; PIASENZA, *Tecnicismo giuridico*, cit., p. 272-273.

(10) Per l'impostazione della distinzione tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale mi sono in parte rifatto all'impianto teorico elaborato da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1998, 5ª ed., pp. 71 ss. e *passim*, che definisce il primo come principio di mera legalità o legalità lata, e il secondo come principio di stretta legalità. Qui continuo ad utilizzare i termini di legalità formale e sostanziale, in quanto più aderenti al linguaggio abituale tra i penalisti per riferirsi alle situazioni definite da Ferrajoli con i termini mera legalità e stretta legalità.

(11) FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 71-72.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ai criteri di tassatività, univocità, determinatezza e certezza con cui debbono essere formulate le norme incriminatrici, le garanzie espresse dal principio di legalità sostanziale si riferiscono ai caratteri che debbono presentare gli elementi costitutivi del reato, quali ad esempio la materialità dell'azione, la colpevolezza in capo all'autore del reato, l'offensività del reato, cioè l'esistenza di un bene o interesse giuridico meritevole di tutela, suscettibile di essere leso o concretamente esposto a pericolo, la necessità dell'intervento penale in termini di *extrema ratio*, e si estendono alle garanzie processuali nell'accertamento della responsabilità penale (12), in una visione complessiva del sistema della giustizia penale comprensivo di tutti i settori che concorrono a definire le varie forme di intervento ricollegabili direttamente o indirettamente al diritto penale.

Una vastissima letteratura ha messo variamente in luce i numerosi profili di violazione del principio di legalità sostanziale presenti nel codice Rocco (13); in questa sede sarà dunque sufficiente richiamare a titolo esemplificativo alcuni contenuti particolarmente significativi della legislazione penale fascista, relativi sia alla parte generale che alla parte speciale del codice.

Circa la parte generale, sul terreno sanzionatorio si pone certamente in termini di violazione del principio di legalità sostanziale (e di rottura nei confronti del codice Zanardelli) il sistema del doppio

---

(12) FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 69 ss., individua dieci assiomi del garantismo penale, che concorrono a definire il principio di stretta legalità, alcuni dei quali sono richiamati nel testo.

(13) Rinviamo in particolare, oltre che allo stesso FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 460 ss. e *passim*; a G. VASSALLI, *Codice penale,* in « *Enciclopedia del diritto* », VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 272 ss.; E. DOLCINI, *Codice penale*, in « *Digesto delle discipline penalistiche* », II, 1988, Torino, UTET, pp. 279 ss.; ai contributi di F. BRICOLA, G. BETTIOL, P. NUVOLONE, T. PADOVANI, M. ROMANO, in « La questione criminale », numero speciale dedicato a *Il codice Rocco,* cit.; PIASENZA, *Tecnicismo giuridico*, cit,, p. 278; MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit., pp. 297 ss.; SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit., pp. 831 ss., 840 ss.; Id., *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. 225 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. 528 ss.; volendo si può consultare anche G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12: *La criminalità*, a cura di VIOLANTE, Torino, Einaudi, 1997, pp. 784 ss. e *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

binario (pena più misura di sicurezza), che specie nei casi di pericolosità sociale presunta comporta in sostanza un automatico raddoppiamento del carico sanzionatorio, per di più ancorato ad un parametro di incerta determinazione quale è la pericolosità sociale; completano questo disegno di spietato rigorismo sanzionatorio la reintroduzione della pena di morte (già prevista per i delitti politici dalla legge 25 novembre 1926, n. 2008, contenente provvedimenti per la difesa dello Stato) anche per alcuni delitti comuni, nonché il generalizzato aumento della misura delle pene.

Circa l'esigenza di tassatività, determinatezza e certezza nella descrizione dei fatti punibili, il principio di legalità sostanziale risulta violato sia in tema di tentativo che di concorso di persone nel reato, attraverso l'abbandono, rispettivamente, della formula garantistica dell'inizio di esecuzione per l'individuazione degli atti punibili a titolo di tentativo e la conseguente estensione della punibilità anche ad atti meramente preparatori, e della tipicizzazione dei contributi partecipativi presente nel codice Zanardelli, che distingueva tra correità e complicità (quest'ultima, a sua volta primaria — istigazione — e secondaria — determinazione e agevolazione dell'esecuzione del reato), mentre il codice Rocco appiattisce ed equipara, mediante la generica formula « quando più persone concorrono nel medesimo reato », tutti i possibili contributi causali dei concorrenti.

Nel settore delle cause di giustificazione, il fondamentale principio di proporzione, che normalmente ricorre in quelle che presuppongono un rapporto tra offesa e difesa, risulta violato dalla nuova scriminante dell'uso legittimo delle armi e, specularmente, dall'eliminazione della causa di giustificazione della reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale.

Sul terreno della colpevolezza, la notevole estensione delle ipotesi di responsabilità obiettiva — dai delitti aggravati dall'evento all'imputazione oggettiva delle circostanze aggravanti e alla responsabilità, non solo senza dolo o colpa, ma addirittura per fatto altrui, del direttore del giornale per i resati commessi con il mezzo della stampa — delinea un quadro di gravi violazioni di questo requisito della legalità sostanziale.

Significativo è anche il ribaltamento della disciplina del reato politico, che perde i connotati di nobiltà e di sostanziale favore di cui godeva nella tradizione liberale: sottoposto ad una disciplina di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

particolare severità, ne risulta ora notevolmente allargata la nozione sia oggettiva che soggettiva, nonché la sfera di operatività, al fine di consentire l'applicazione della legge penale italiana ai fatti di rilevanza politica anche se commessi all'estero sia da cittadini italiani che da stranieri.

Infine, in contrasto con il criterio della proporzionalità della pena alla effettiva gravità del reato, viene irrigidito il vincolo di subordinazione del giudice alle scelte sanzionatorie del legislatore: il potere discrezionale nella comminazione della pena è sacrificato sia dalla eliminazione delle circostanze attenuanti generiche, sia dal divieto di operare il giudizio di bilanciamento tra attenuanti e aggravanti quando ricorrono circostanze aggravanti ad effetto speciale (cioè quelle che aumentano la pena in misura indipendente, per specie o quantità, rispetto alla pena base); circostanze che sono appunto previste per quegli specifici reati o categorie di reati per i quali il legislatore intende esprimere con particolare forza le sue scelte rigoriste in materia sanzionatoria.

Il settore in cui le violazioni del principio di legalità sostanziale risultano particolarmente evidenti, senza che sia possibile tentare improbabili mediazioni culturali tra gli aspetti autoritari già presenti nella legislazione del periodo liberale e l'ideologia penale del fascismo, è comunque quello della parte speciale, costruita sulla base di un nuovo sistema di valori, organico alla concezione fascista dello stato e della società, incentrato sulla tutela della personalità dello Stato, organismo ad un tempo politico e giuridico, economico e sociale, etico e religioso, e sulla tutela di interessi pubblicistici, prevalenti sugli interessi individuali della persona umana (14).

L'ordine con cui sono introdotte nel codice penale le varie categorie di reati risponde ad una precisa gerarchia di valori, che esprime appunto la nuova impostazione dei rapporti tra autorità e cittadino e la prevalenza attribuita ad interessi pubblici astratti e indeterminati, idealistici e in quanto tali di difficile se non impossibile individuazione, quali ad esempio la personalità internazionale e

(14) Sulla pubblicizzazione e la conseguente astrazione dei beni e degli interessi protetti, ci permettiamo rinviare a NEPPI MODONA e PELISSERO, *La politica criminale*, cit, pp. 789 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interna dello stato (15), il sentimento religioso, l'ordine pubblico, la fede pubblica, l'economia pubblica, la moralità pubblica e il buon costume, il pudore e l'onore sessuale, l'integrità e la sanità della stirpe. Sino a mascherare sotto le etichette rispettivamente della moralità pubblica e del buon costume e dell'integrità e sanità della stirpe aggressioni a beni e diritti personalissimi e privatissimi quali sono quelli tutelati dai delitti di violenza carnale e di aborto su donna non consenziente (artt. 519 e 545 cod. pen., ora entrambi abrogati, diversamente disciplinati e collocati rispettivamente in altro titolo del codice penale e nella legge 28 maggio 1978, n. 194, sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza).

Ebbene, il carattere astratto e pubblicistico di queste categorie generali di interessi da un lato porta alla sostanziale vanificazione della concezione del bene giuridico concretamente e materialmente individuabile, sino a prefigurare un diritto penale basato non più sull'offesa di un bene o interesse, ma sulla violazione del dovere di obbedienza alla legge o dell'obbligo di fedeltà allo stato; dall'altro si traduce, sul terreno della formulazione degli elementi costitutivi della fattispecie, nella violazione dei criteri di determinatezza e materialità della condotta, particolarmente evidente nei titoli dei reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico: basti pensare al proliferare dei delitti di attentato e dei vilipendi, all'associazione sovversiva o antinazionale e alla cospirazione politica mediante accordo, ai delitti di istigazione e di apologia, sino a colpire l'istigazione dell'istigazione o l'accordo a commettere istigazione (artt. 302 e 304 cod. pen.).

Ed ancora, anche al di fuori dei delitti contro la personalità dello Stato, condotte quali esporre « circostanze tali da offendere la morale familiare » (art. 565 cod. pen.), tenere « una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie » (art. 570 cod. pen.), « manifestazioni o grida sediziose » e « radunata sediziosa » (artt.

(15) PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica e alla riforma del titolo I del libro II c.p.*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1982, p. 11, rileva appunto che la personalità dello stato non è il bene tutelato, ma una metafora dietro la quale si cela la volontà di colpire « comportamenti essenzialmente concepiti come sintomi di disobbedienza ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

654 e 655 cod. pen.), « atti » o « linguaggio contrari alla pubblica decenza » (art. 726 cod. pen.), introducono elementi talmente indeterminati, valutativi e soggetti a interpretazioni discrezionali da vanificare le garanzie di tassatività e di certezza della fattispecie incriminatrice (16).

Sotto molteplici aspetti emerge dunque un quadro di generalizzate violazioni del principio di legalità sostanziale, che spaziano — come abbiamo visto — dalla constatazione che il principio si riferisce ad una legge ormai priva di qualsiasi legittimazione democratica alla frequente difficoltà o impossibilità di individuare il bene o interesse tutelato dalla norma incriminatrice, dalla mancanza di materialità e concretezza della condotta all'utilizzazione di espressioni generiche e indeterminate, che presuppongono il ricorso a criteri valutativi incompatibili con il canone di certezza delle fattispecie incriminatrici.

Anche ove l'esame venga limitato — come è stato fatto sinora — al solo codice penale, il principio di legalità previsto dall'art. 1 cod. pen. risulta dunque svuotato dalle frequenti violazioni della legalità sostanziale contenute sia nella parte generale che nella parte speciale del codice. In effetti, la presenza di elementi generici, elastici e indeterminati nella struttura delle fattispecie vanifica il divieto di analogia, che può appunto svolgere la sua funzione di garanzia solo quando le fattispecie incriminatrici rispettano i criteri di tassatività, certezza e determinatezza; a sua volta, il riferimento, per intieri titoli della parte speciale, alla tutela di beni o interessi astratti e difficilmente individuabili e la presenza di numerosi reati di pericolo presunto vanificano la garanzia dell'effettiva offensività del reato nei confronti di un concreto bene o interesse, lasciando al giudice ampio spazio per conformare l'applicazione della norma alle esigenze repressive del potere politico.

In estrema sintesi, le violazioni del principio di legalità sostanziale sono lo specchio della spregiudicatezza e della determinazione con cui il legislatore del 1930, forte dell'appoggio prestato dal raffinato tecnicismo giuridico della dottrina penalistica, ha introdotto nel codice la tutela dell'impianto politico e ideologico del

(16) Per un florilegio di queste e di analoghe formulazioni v. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 736 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regime, imponendo la propria gerarchia di valori con la forza cogente della legge penale.

La sistematica della parte speciale del codice e il contenuto scopertamente politico di numerose incriminazioni spiegano dunque perché il legislatore fascista si sia potuto permettere il lusso di mantenere fermo il principio di legalità formale; dimostrano che il sistema penale del 1930 non aveva alcuna necessità, a differenza del diritto penale nella Germania nazista, ove era ancora in vigore il codice del 1871, di abbandonare il principio della legalità formale per affiancare alla legge quali fonti del diritto la violazione del dovere di fedeltà e il sano sentimento del popolo (17).

In presenza di un codice che aveva ormai tradotto in un compiuto sistema legislativo le scelte politiche, ideologiche, economiche e sociali del regime, aveva visto giusto un raffinato penalista come Petrocelli, che rispondendo alle sollecitazioni del suo collega Maggiore (18) perché anche il sistema penale italiano abbandonasse il principio di legalità, aveva precisato che tale principio costituiva « una delle basi più solide del regime autoritario », in quanto « certezza del diritto vuol dire innanzi tutto certezza del comando, e quindi certezza del manifestarsi dell'autorità dello Stato » (19).

Queste conclusioni trovano ulteriore conferma ove la funzione svolta dal principio di legalità nel periodo fascista venga valutata non solo in relazione alla codificazione penale, ma nel contesto più generale di tutti i settori che concorrono, direttamente o indirettamente, a definire gli interventi repressivi della giustizia penale. Converrà dunque riservare alcuni cenni ai settori serventi o sussidiari del diritto penale, per avere un quadro più completo dei rapporti tra principio di legalità e sistema complessiva della giustizia penale nel periodo fascista.

---

(17) Così Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., p. 33; Neppi Modona, *Legislazione penale*, cit., p. 599.

(18) V. *retro*, nota 3.

(19) B. Petrocelli, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in « Rivista italiana di diritto penale », 1941, pp. 20, 22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. *Repressione del dissenso politico e vanificazione del principio di legalità.*

Il principio di legalità, sia pure nella dimensione meramente formale in cui figurava nell'originario codice Rocco, deve essere calato nella realtà del sistema complessivo della giustizia penale in vigore nel periodo fascista; sistema che, ai fini della repressione del dissenso politico, prevedeva la possibilità di ricorrere alternativamente a strumenti diversi dal codice e dal processo penale ordinario, a seconda delle contingenti esigenze politiche e di immagine del regime (20).

Grazie alla legislazione speciale del 1926 (legge 25 novembre 1926, n. 2008, per la difesa dello Stato e R.D. 12 dicembre 1926, n. 2367, contenente le norme di attuazione) e al coevo testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 6 novembre 1926, n. 1848), destinati ad essere riversati, per le parti che qui interessano, rispettivamente nel titolo I (Delitti contro la personalità dello Stato) del libro II del codice penale e nel Capo V (Del confino di polizia) del titolo VI (Disposizioni relative alle persone pericolose per la società) del R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), il regime poteva ricorrere, nell'alveo dei rimedi legislativamente disciplinati, a tre diverse modalità di repressione del dissenso politico.

Delle manifestazioni di protesta politica occasionali e marginali, ricollegabili ad iniziative individuali, si occupa la magistratura ordinaria — pretori e tribunali penali — che procede con le forme del processo penale, utilizzando reati di non particolare gravità, oggettivamente politici ovvero determinati in tutto o in parte da motivi politici (art. 8, comma 3, cod. pen.), dai vari delitti di vilipendio delle istituzioni costituzionali dello Stato e del regime all'oltraggio nei confronti di esponenti delle istituzioni e dei gerarchi locali, dal danneggiamento dei simboli dell'iconografia fascista all'ingiuria e

(20) Per un esame delle varie forme e modalità di repressione del dissenso politico ci permettiamo rinviare a NEPPI MODONA e PELISSERO, *La politica criminale*, cit., pp. 769 ss.; più di recente, v. ancora NEPPI MODONA, *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, Edizioni Università di Macerata, a cura di L. Lacché, in corso di stampa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla diffamazione di appartenenti al partito o ad altre organizzazione fasciste.

Per le forme clandestine di opposizione politica organizzata, espressione dei disciolti partiti e movimenti antifascisti collegati con le basi dei fuorusciti all'estero (soprattutto comunisti, socialisti, anarchici, esponenti di giustizia e libertà, ma anche nazionalisti e irredentisti croati e sloveni), interviene il tribunale speciale per la difesa dello Stato, con sede in Roma, unico per tutto il regno. Organo militare di giustizia politica, ne fanno parte un presidente scelto tra ufficiali dell'esercito, della marina, dell'aeronautica e della milizia volontaria per la sicurezza nazionale, dalla quale provengono altri cinque giudici, e un relatore appartenente al personale della giustizia militare, cioè soggetti che garantiscono la totale e diretta dipendenza dal capo del governo e l'osservanza delle sue direttive politiche. Giudica secondo le norme della procedura penale per l'esercito in tempo di guerra: fase istruttoria segreta e senza alcuna partecipazione della difesa sino al rinvio a giudizio, ammissione della difesa dopo il rinvio a giudizio, peraltro limitata ad un solo difensore scelto tra gli ufficiali in servizio nella sede del tribunale speciale o tra gli avvocati ammessi all'esercizio della professione, con facoltà del presidente di escludere l'assistenza del difensore non militare ove lo ritenga necessario nel pubblico interesse, obbligo di emettere il mandato di cattura e divieto di concessione della libertà provvisoria, sentenze non appellabili né ricorribili in cassazione, ma suscettibili solo di revisione, affidata ad un consiglio presieduto dallo stesso presidente del collegio di primo grado e composto anch'esso di ufficiali dell'esercito e della milizia volontaria. È competente per i più gravi reati di natura politica, che verranno poi riversati, opportunamente modificati e sistematicamente riorganizzati, nel codice penale del 1930 sotto il titolo dei delitti contro la personalità dello Stato.

La composizione e le regole di procedura denotano che non si tratta di una riforma della giurisdizione ordinaria, ma della utilizzazione della giustizia militare in funzione di repressione dell'opposizione politica, alla stregua del ruolo, ripetutamente sperimentato nei momenti di rottura della legalità durante il periodo liberale, svolto dai tribunali militari, ai quali, previa dichiarazione dello stato d'assedio, veniva trasferita la competenza a giudicare i reati politici.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tanto è vero che il tribunale speciale, peraltro costantemente prorogato, nasce come organo temporaneo e di emergenza.

Infine, per le manifestazioni di dissenso politico per le quali il regime ritiene opportuno, per i più svariati motivi, evitare la sia pur minima pubblicità connessa alla celebrazione del processo penale, ovvero per forme anche associative di opposizione che non raggiungono livelli di tale gravità da giustificare l'intervento del tribunale speciale, si ricorre al confino di polizia. Previsto dagli articoli 184 e seguenti del testo unico di pubblica sicurezza del 1926 (poi sostituiti dagli articoli 180 e seguenti del già citato testo unico del 1931), il confino può essere disposto « nei confronti di 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 a ostacolare l'azione dei poteri dello Stato, o un'attività comunque tale da recare nocumento agli interessi nazionali », nonché nei confronti degli ammoniti, tra cui rientrano « le persone designate dalla voce pubblica come pericolose socialmente o per gli ordinamenti politici dello Stato », e delle persone diffamate, cioè designate dalla voce pubblica come colpevoli di delitti di natura politica.

Il confino colpisce in primo luogo le più disparate categorie di oppositori (comunisti, socialisti, anarchici, esponenti di Giustizia e Libertà, cattolici, liberali), ma viene utilizzato anche nei confronti di semplici disfattisti, fascisti dissidenti, pubblici dipendenti autori di reati contro la pubblica amministrazione (peculato, malversazione, corruzione, corruzione), contro il patrimonio o contro la moralità pubblica e il buon costume, ai quali non si vuole dare pubblicità per non nuocere all'immagine del regime.

I presupposti del confino — disposto da commissioni amministrative provinciali presiedute dal prefetto e composte dal procuratore del re, dal questore, dal comandante provinciale dell'arma dei carabinieri, da un ufficiale superiore della milizia volontaria per la sicurezza nazionale — sono estremamente generici e indeterminati, tali da consentirne una applicazione assolutamente discrezionale, se non del tutto arbitraria. Altrettanto generiche sono le prescrizioni imposte dalla legge ai confinati (tenere buona condotta, non dare luogo a sospetti, non discutere di politica e non fare propaganda politica anche in modo occulto), cui si aggiungono tutte le altre prescrizioni disposte

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dall'autorità di pubblica sicurezza: alla discrezionalità delle formulazioni legislative si aggiunge quindi l'arbitrio della pubblica sicurezza, al di fuori di qualsiasi garanzia di legalità formale.

Per avere un'idea della rilevanza quantitativa di questi tre strumenti di intervento contro l'opposizione politica (e marginalmente, per quanto riguarda il confino, contro altre categorie di soggetti non graditi e tali da compromettere l'immagine del regime), basterà ricordare che nel corso della sua attività in tempo di pace (dal 1926 al 1940) il tribunale speciale ha giudicato 5619 imputati, di cui 4596 raggiunti da sentenze di condanna, ha comminato 28.000 anni di galera e pronunciato 9 condanne a morte (senza tenere conto di quelle emesse successivamente contro sloveni e croati) (21).

Dal canto suo, nell'arco temporale tra il 1926 e il 1943 il confino di polizia viene disposto nei confronti di circa 12.300 oppositori politici, ai quali vanno aggiunti circa 2600 confinati distribuiti tra iscritti al partito fascista colpevoli di reati comuni contro il patrimonio o la pubblica amministrazione, fascisti dissidenti, omosessuali, usurai, spie non più utilizzabili, cioè soggetti che si riteneva opportuno sottrarre alla pubblicità del processo penale, per un totale complessivo di circa 14.900 confinati (22).

A fronte di questi interventi selettivi, ma che hanno comunque avuto una non trascurabile consistenza numerica, il numero degli imputati processati dalla magistratura ordinaria per reati comuni aventi in concreto una connotazione politica non è determinabile, in quanto sinora non sono state condotte ricerche organiche su questo strumento di repressione politica. È presumibile che il numero degli imputati sia quantitativamente consistente, non fosse altro che per la diffusione capillare sul territorio degli organi di primo grado della giustizia penale ordinaria, anche se sul terreno qualitativo, stante la modesta rilevanza dei reati, le condanne sono probabilmente state di scarsa entità.

Anche alla luce di questi dati, la possibilità di ricorrere a strumenti di repressione del dissenso politico alternativi alla giustizia

(21) I dati sono tratti da A. AQUARONE, *L'organizzazione dello stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 101 ss.

(22) Per questi dati v. D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure* praeter delictum, Napoli, Jovene, 1996, p. 155.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penale ordinaria si traduce in un'ulteriore violazione del principio di legalità sostanziale, forse la più grave ed incisiva tra quelle sinora indicate, in quanto espressione di un sistema repressivo che consente di scavalcare le sia pure minime garanzie della giustizia ordinaria sulla base di scelte dettate da criteri assolutamente arbitrari, lasciati alla discrezionalità del potere politico.

Le modalità di funzionamento del sistema complessivo della giustizia penale non sono state sinora poste adeguatamente in rilievo nel dibattito sulla portata del principio di legalità nel codice penale del 1930, ma in realtà dimostrano in modo inoppugnabile l'assoluta inutilità e futilità del principio enunciato nell'art. 1 cod. pen.

Nei confronti di fatti di rilevanza politica la scelta di assegnare il caso al tribunale speciale ovvero alla magistratura ordinaria è infatti lasciata alla piena discrezionalità del potere esecutivo, nella persona del ministro della giustizia, che attraverso i dipendenti uffici del pubblico ministero controlla l'azione penale e le relative modalità di esercizio.

Ove il caso sia ritenuto 'meritevole' di essere assegnato al tribunale speciale, vengono quindi meno le sia pure minime e imperfette garanzie del processo penale ordinario (già di per sé assai autoritario, in quanto basato su di un modello rigidamente inquisitorio), dall'imparzialità e terzietà del giudice all'esercizio del diritto di difesa, dalla tempestiva contestazione dell'accusa al contraddittorio nella fase dibattimentale e alla pluralità dei gradi di giudizio.

Il potere politico può anche decidere di scavalcare sia la giustizia penale ordinaria che il tribunale speciale per investire la commissione amministrativa competente per l'applicazione del confino di polizia. Ove venga prescelta questa alternativa le violazioni del principio di legalità sostanziale sono ancora più clamorose. In un colpo solo il soggetto assegnato al confino (che non è solo l'oppositore politico, ma può essere anche il pubblico dipendente infedele, un iscritto al fascio dissidente, ovvero l'appartenente ad una di quelle categorie di soggetti sgraditi al regime per i loro atteggiamenti di vita e le loro scelte esistenziali) viene privato delle garanzie di vedersi contestato un fatto e una condotta materiale previsti dalla legge come reato e di essere giudicato da un organo giudiziario, sia esso espressione della giustizia ordinaria ovvero di quella militare, ed è costretto a difendersi dall'alone di sospetto e di generica perico-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

losità politica o sociale davanti ad una commissione amministrativa diretta espressione del potere esecutivo, ove per definizione non hanno cittadinanza le garanzie del principio di legalità sostanziale.

La scelta di ricorrere alla giustizia penale ordinaria, ovvero al tribunale speciale o al confino di polizia comporta evidentemente anche la violazione del principio di legalità formale, posto che i criteri per scegliere l'una piuttosto che l'altra via non sono previsti da alcuna norma di legge, ma rimessi alla discrezionalità pura del potere politico, che opera sulla base di criteri dettati da esclusive esigenze di convenienza e di opportunità.

5. *Dipendenza della magistratura dal potere politico e funzione del principio di legalità formale.*

Anche rimanendo all'interno del sistema della giustizia penale ordinaria, il principio di legalità sostanziale risulta comunque violato dalle condizioni in cui operava la magistratura, priva delle più elementari garanzie di autonomia e di indipendenza, sia esterna, nei confronti del potere politico, sia interna, con riferimento alla subordinazione gerarchica dei giudici inferiori o dipendenti nei confronti dei magistrati superiori (23).

Il pubblico ministero, analogamente a quanto accadeva durante il periodo liberale, continua a dipendere gerarchicamente dal ministro della giustizia, non gode quindi di alcuna indipendenza dal potere esecutivo ed è tenuto a conformare le sue iniziative in tema di esercizio dell'azione penale alle direttive del governo.

Quanto alla magistratura giudicante, alcune riforme parziali e poi l'ordinamento giudiziario del 1941 (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12) rafforzano e razionalizzano i poteri — in gran parte già operanti prima dell'avvento del fascismo — del ministro della giustizia sullo stato giuridico dei giudici, nonché la rigida organizzazione interna gerarchica e piramidale.

I diretti poteri del ministro (e talvolta del consiglio dei ministri), ovvero di commissioni formate da alti magistrati nominati dal

(23) Per un esame della giustizia penale nel periodo fascista esteso alla posizione istituzionale e alle condizioni di fatto in cui operava la magistratura ci permettiamo rinviare a NEPPI MODONA, *Diritto e giustizia penale*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ministro e istituite presso il ministero, si riferiscono a tutti gli aspetti dello stato giuridico (ingresso in carriera, assegnazione delle sedi e delle funzioni, trasferimento da sede a sede e da funzione a funzione, promozioni, nomina dei capi degli uffici e conferimento degli incarichi direttivi, iniziativa e giudizio disciplinare) e condizionano quindi l'intiera carriera del giudice, dalla nomina sino alla pensione; le aspettative di promozione, di trasferimento in sedi più gradite e del conferimento di un incarico direttivo sono quindi in grado di condizionare la libertà di decisione e di giudizio del singolo magistrato.

I poteri del ministro sullo stato giuridico dei magistrati si sposano a loro volta con il rafforzamento dell'organizzazione gerarchica interna, cioè dei vincoli di dipendenza dei magistrati inferiori nei confronti dei capi degli uffici e dei vertici dell'organizzazione giudiziaria; vincoli che interferiscono anch'essi pesantemente sul libero esercizio delle funzioni giudiziarie dei singoli magistrati e facilitano l'esercizio del controllo politico del ministro, che viene così in un certo senso delegato ai capi degli uffici.

La complementarietà tra dipendenza dall'esecutivo e organizzazione gerarchica interna, tra i poteri del ministro e quelli dei vertici dell'ordine giudiziario e dei capi degli uffici sui magistrati dipendenti, costituisce la chiave per comprendere il ruolo assegnato alla magistratura durante il fascismo. L'applicazione di un apparato legislativo che esprime le scelte di valore e le esigenze di tutela del regime fascista, basato sul principio di legalità formale e affidato a un corpo di giudici che continuano ad essere di estrazione tecnico-giuridica, presuppone infatti un controllo totalizzante sull'attività interpretativa, al fine di rendere la funzione giudiziaria coerente con la codificazione penale; controllo che si realizza appunto attraverso il rafforzamento della doppia dipendenza, esterna e interna, dei singoli giudici attuato dall'ordinamento giudiziario del 1941.

Le scelte istituzionali e organizzative che sanzionano il rafforzamento della duplice dipendenza della magistratura trovano riscontro nella prassi dei rapporti tra i magistrati e il personale politico del regime fascista.

Una ricerca condotta per un decennio da un giovane studioso francese (24) — utilizzando, tra l'altro, inediti fondi d'archivio

(24) Y. BEAULIEU, *Magistrature et pouvoir politique en Italie entre 1918 et 1943.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relativi a 449 procedimenti avanti alla Suprema corte disciplinare per la magistratura, i fascicoli personali di 327 magistrati che si sono avvicendati con funzioni dirigenti presso il ministero della giustizia, di 33 magistrati nominati senatori e di alti magistrati sottoposti ad epurazione dopo la caduta del fascismo, nonché i dati relativi ai « meriti fascisti » e all'iscrizione al partito dei magistrati che, rispettivamente nel 1931 e nel 1943, occupano le prime 269 e 248 posizioni nella graduatoria generale dell'ordine giudiziario — mette in luce il diffuso clima di servilismo e di corruzione morale che il fascismo era riuscito ad instaurare all'interno della magistratura.

Ne emerge un quadro penoso di magistrati sottoposti in primo luogo alle incessanti pressioni delle circolari ministeriali relative all'interpretazione e all'applicazione delle leggi e ai criteri di gestione processuale di quelle categorie di reati che sollecitano maggiormente l'interesse del regime, all'osservanza delle forme rituali di ossequio al regime, dall'obbligo di indossare la camicia nera e di adottare il saluto fascista alla partecipazione alle pubbliche manifestazioni di fede fascista ([25]). Oltre a queste pressioni per così dire ufficiali, di fatto i magistrati sono umiliati dalla rigida subordinazione gerarchica ai capi degli uffici, dai condizionamenti esterni dei gerarchi nazionali e locali, dai controlli del prefetto e del segretario del fascio, dall'esigenza di mantenere buoni rapporti con tutte le autorità istituzionali e politiche locali, a cominciare dal podestà.

Ne emerge anche un quadro poco edificante e sconsolante di magistrati alla caccia di raccomandazioni a livello nazionale e locale per ottenere la promozione, il trasferimento in una sede più gradita, la nomina ad un ufficio direttivo, clemenza in un procedimento disciplinare, il riconoscimento di 'benemerenze' e 'meriti fascisti'; benemerenze e meriti che sovente si accompagnano a carriere fulminanti all'interno della magistratura ovvero a incarichi esterni di grande prestigio. L'iscrizione al partito fascista e le relazioni abituali con gli esponenti politici nazionali e locali sono condizioni assolu-

---

Analyse socio-historique des magistrats ordinaires et de leur relations avec le personnel politique. Tesi discussa il 20 novembre 2006 presso l'*European University Institute* di Firenze e approvata all'unanimità dalla commissione giudicatrice.

([25]) Per l'esame delle circolari ministeriali ci permettiamo rinviare a NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, a cura di G. QUAZZA, Torino, Einaudi, 1973, pp. 136 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tamente necessarie per i capi degli uffici e per i magistrati che hanno raggiunto i gradi alti della carriera o che sono distaccati presso il ministero, ma anche per la maggioranza dei magistrati costituiscono il presupposto per percorrere le tappe di un'ordinaria carriera: la lettera di raccomandazione del gerarca nazionale o locale, del prefetto, del podestà è condizione necessaria per qualsiasi provvedimento sullo stato giuridico, posto che il magistrato deve comunque avere dei garanti della propria fede fascista.

Dal punto di vista delle prassi a cui deve adeguarsi il magistrato per percorrere i gradi gerarchici della carriera giudiziaria può a ragione parlarsi di vera e propria fascistizzazione coatta della magistratura, nel senso che il fascismo riuscì ad attuare un controllo totalitario sui magistrati, mediante condizionamenti esterni e rapporti interni di subordinazione gerarchica talmente invasivi da imporre, salvo isolate ed eccezionali sacche di resistenza, un diffusissimo conformismo giudiziario.

La funzione giudiziaria, tra i cui compiti rientra quello di garantire l'osservanza del principio di legalità, si trovò ad operare in un contesto di pressoché totale asservimento al regime; ne risulta ancora una volta confermato il carattere velleitario della garanzia enunciata nell'art. 1 cod. pen., posto che il principio di legalità, sia nella sua dimensione sostanziale che in quella formale, presuppone comunque una magistratura autonoma e indipendente in grado di garantirne il rispetto e l'attuazione.

Queste condizioni, sotto molti aspetti vacillanti anche nel periodo liberale, sono del tutto inesistenti durante il regime fascista. Il sistema della giustizia penale si chiude così in un cerchio perfetto che, oltre agli strumenti alternativi del tribunale speciale e del confino di polizia, si avvale di una magistratura ordinaria sottoposta a controlli e condizionamenti talmente incisivi da non essere neppure in grado, salvo poche lodevoli eccezioni di alcuni giudici di merito, di sottrarsi ad una servile e zelante interpretazione e applicazione delle leggi razziste e antiebraiche del 1937 e 1938 (26); una

(26) Cenni sugli indirizzi giurisprudenziali in materia sono menzionati in NEPPI MODONA e PELISSERO, « La politica criminale », cit, pp. 805 ss., cui rinviamo anche per la bibliografia essenziale. Di recente, una ricca rassegna giurisprudenziale sulle decisioni della magistratura ordinaria (soprattutto della Cassazione), del Consiglio di Stato e della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

magistratura che si adagiò nell'alibi del rispetto di quel principio di legalità formale sapientemente utilizzato dal regime per ottenere acquiescenza anche alle più vergognose e 'illegali' scelte legislative del ventennio.

Corte dei Conti è stata curata da G. SPECIALE, *Giudici e razza nell'Italia fascista*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 51 ss., ma analogamente a precedenti saggi giurisprudenziali la ricerca ha utilizzato solo le sentenze pubblicate dalle riviste giuridiche del periodo. Rimane quindi aperto il problema, ove si voglia esprimere una valutazione complessiva sulle posizioni assunte dalla magistratura ordinaria, di condurre un'indagine di archivio sulle sentenze inedite, con particolare riferimento a quelle dei giudici di merito.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

HINRICH RÜPING

NATIONALSOZIALISMUS UND STRAFRECHT

1. Das rechtsstaatliche Strafrecht und seine Krise. — 2. Das Strafrecht im autoritären Staat. — 3. Die Umsetzung in der Praxis. — 4. Transformationsprozesse nach politischen Systembrüchen. — 5. Rechtsstaat und Strafrecht.

Das Strafrecht — im Folgenden verstanden als Zusammenfassung von materiellem Recht und Strafverfahrensrecht — hat sich in der jüngeren Geschichte stets als besonders anfällig erwiesen gegenüber Veränderungen des politischen Systems. Seine theoretischen Prämissen wie praktischen Umsetzungen im Nationalsozialismus sind daher auch stets Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion gewesen. Allerdings besteht über die Ansätze zur Deutung der Phänomene keine Einigkeit. Diese Diskussion besitzt daher ihre eigene Geschichte.

Tonangebend für die unmittelbare Reaktion auf den Nationalsozialismus nach 1945 ist die Position *Gustav Radbruchs* geworden. In der letzten vor der nationalsozialistischen Ära, 1932 erschienenen Auflage seiner 'Rechtsphilosophie' hatte er die Geltung des Rechts auf seine Durchsetzbarkeit beschränkt: « Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, daß er Recht zu setzen berufen ist ». 1946 leitet ihn dagegen seine Besinnung auf unveränderliche Inhalte des Naturrechts dazu, Rechtsnormen, die noch nicht einmal Gerechtigkeit erstreben, die Geltung abzusprechen, verbunden mit der folgenschweren Deutung der Tätigkeit der Rechtsanwender im totalitären Staat, der Positivismus habe die Juristen « wehrlos » gemacht (1).

(1) Einerseits RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Leipzig 1932, S. 81, andererseits: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, S. 105 ff.; zur « *Radbruchschen* Formel » HASSEMER in der *Neuausgabe des*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Die gegenwärtige Diskussion betrachtet diesen Ansatz als bereits historisch. Er versperrt den Zugang zu einer zeitgeschichtlich gebotenen Erfassung der nationalsozialistisch geprägten Epoche im 20. Jahrhundert. An die Stelle eines Bekenntnisses zum Naturrecht muss das Bemühen treten, historische Kontinuitäten für die Zeit des Nationalsozialismus auszumachen, die teilweise vor 1933 zurückreichen und die Nachkriegszeit einschließen, sowie auf der anderen Seite Diskontinuitäten (2). Für ein geschichtliches Verstehen reicht weiter nicht nur im Sinne der klassischen Rechtsgeschichte die Betrachtung des normativen Rahmens in Recht und Justiz aus, sondern kommt es für dessen Umsetzung im Verständnis einer « ganzen Geschichte » auf den schwierigen Prozess von Anpassung und Selbstanpassung an, auf die Einbeziehung der Opfer wie der Täter (3) und damit letztlich auf mentalitätsgeschichtliche Fragestellungen.

1. *Das rechtsstaatliche Strafrecht und seine Krise.*

Der Nationalsozialismus stellt sich nicht dar als voraussetzungslos oktroyiertes, auf Willkür und Exzessen beruhendes Herrschaftssystem, sondern entwickelt eine eigene weltanschauliche Grundle-

---

Aufsatzes, Baden-Baden 2002, OTT, *Die Radbruch'sche Formel, Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd. 107 (1988)*, S. 335 ff., DREIER, *Die Radbruchsche Formel — Erkenntnis oder Bekenntnis?*, in: *Festschrift für R. Walter*, Wien 1991, S. 117 ff., SCHEUREN-BRANDES, *Der Weg von nationalsozialistischen Rechtslehren zur Radbruchschen Formel, Paderborn 2006*, ADACHI, *Die Radbruchsche Formel*, Baden-Baden 2006 sowie ROTTLEUTHNER, *Rechtspositivismus und Nationalsozialismus, Demokratie und Recht 1987*, S. 373 ff.

(2) Dazu MARXEN, *Das Problem der Kontinuität in der neueren deutschen Strafrechtsgeschichte, Kritische Vierteljahresschrift* für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1990, S. 287 ff. sowie an Hand der Geschichte der Anwaltschaft in Deutschland jüngst RÜPING, *Rechtsanwälte im Bezirk Celle während des Nationalsozialismus*, Berlin 2007, S. 229.

(3) Als Beispiel ist heute auch in Österreich für die Justiz ihre nicht nur passive Rolle nach dem « Anschluss » anerkannt (NEUGEBAUER, *Richter in der NS-Zeit*, in: *Richter und Gesellschaftspolitik*, ed. *Weinzierl/Rathkolb/ Mattl/Ardelt*, Innsbruck/Wien 1997, S. 56 ff., 65), im « Gegensatz zur früheren Verdrängung des eigenen Anteils am Nationalsozialismus » (MATTL/STUHLPFARRER, *Abwehr und Inszenierung im Labyrinth der Zweiten Republik*, in: *NS-Herrschaft in Österreich*, ed. TALÓS/HANISCH/NEUGEBAUER/SIEDER, Wien 2000, S. 902 ff., 928 f.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gung und macht sich vorgefundene Entwicklungen zunutze, soweit sie ihm nützlich erscheinen. Der Beitrag der Rechtstheorie als akademischer Disziplin liegt darin, den 'Führerstaat' legitimiert und teilweise überhöht, damit das System unterstützt zu haben. Ohne Rückblick auf Positionen in den beiden Jahrhunderten zuvor lässt sich dieser Prozess nicht erklären.

Die Zeit des Naturrechts der Aufklärung bedeutet in Europa die Säkularisierung des Strafrechts, in diesem Rahmen jedoch auch die Bindung an den absoluten Staat, einen « princeps legibus solutus » und die utilitaristische Orientierung am gemeinen Nutzen. In der Spätaufklärung lässt *Kant* dem Talionsgedanken Raum (4) und formuliert *Feuerbach* die Maxime « nullum crimen, nulla poena sine lege », ohne damit dem Inhalt formal bestimmter Strafrechtsnormen Grenzen zu setzen (5). So bleiben auch strafrechtliche Kodifikationen im 19. Jahrhundert einer formalen Gesetzestechnik verpflichtet, inhaltlich der Generalprävention. Die Kodifikation des Kaiserreiches, das Reichsstrafgesetzbuch von 1871, schließt diese Epoche ab und behält z.B. die Todesstrafe bei (6).

Auch die durch die konstitutionelle Bewegung Mitte des 19. Jahrhunderts politisch erkämpfte Reform des Strafverfahrens kann nicht ausschließlich im Sinne eines Sieges liberaler Ideen gedeutet werden. Sie führt nach napoleonischem Vorbild die Staatsanwaltschaft ein, damit ein nicht nur unparteiischer Gesetzlichkeitsaufsicht

(4) Zu der nur vordergründigen, teils widersprüchlichen Rezeption *Kants* im Strafrecht des 19. Jahrhunderts NAUCKE in: *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Baden-Baden 2000, S. 131 ff., 146.

(5) Mit *Naucke* folgt eine Begrenzung weder aus dem Prinzip der Gesetzlichkeit noch aus dem Zweck des Strafrechts, Sicherheit zu verbürgen (*Über die Zerbrechlichkeit* [N. 4], S. 185 ff., 188), zur Reichweite des Liberalismus CATTANEO, *Anselm Feuerbach*, filosofo e giurista liberale, Mailand 1970.

(6) Für die klassische Konzeption von Seiten der Wissenschaft BINDING (*Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1, 4. Aufl., Leipzig 1922, S. 97, 133 f., 423) und politisch BISMARCK (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes, Legislaturperiode I, Session 1870, 12. Sitzung vom 1.3.1870, S. 129 f.). Gegen die Todesstrafe hatte sich die Frankfurter Nationalversammlung insbesondere mit dem Argument ausgesprochen, sie wirke nicht abschreckend im Sinne der von *Feuerbach* für die Strafdrohung angenommenen Wirkung (zu dieser Diskussion RÜPING, *Studien-und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Bd. 2, Aalen 1994, S. 36 f.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verpflichtetes, sondern der Regierung gegenüber weisungsabhängiges Organ (7). Und wenn die Beteiligung von Laien in den Worten *Hegels* dem Urteilsspruch die Weihe verleiht, « aus der Seele des Volkes » zu stammen, ist sie doch im bürgerlichen Zeitalter nach Geschlecht und Status beschränkt auf Männer von Stand (8).

Das bürgerliche Zeitalter wird zu Beginn des 20. Jahrhunderts erschüttert durch die sozialen Veränderungen. *Franz v. Liszt* setzt gegen klassische Positionen eines Vergeltungsdenkens, aufbauend auf der Lehre der italienischen Kriminalisten (*Cesare Lombroso*, *Enrico Ferri*) die « moderne Schule » durch und mit ihr den Gedanken der Prävention. Doch bleibt die Frage ungelöst, wie der damit von Haus aus nicht an rechtliche Grenzen gebundene staatliche Zugriff mit der rechtsstaatlichen Maxime *Feuerbachs* einer Selbstbindung in Einklang gebracht werden kann.

v. Liszt orientiert die Strafe, nicht das Strafrecht, am Zweckgedanken, will aber gleichzeitig die aufklärerische Überlieferung nicht aufgeben: Die Strafgewalt auch des sozialistischen Staates wird gesetzlich begrenzt bleiben nach Voraussetzung und Inhalt. Die Strafgesetzbücher werden nicht ersetzt werden durch den einzigen Paragraphen: « Der Gemeingefährliche wird unschädlich gemacht ». Damit müssen die Voraussetzungen der Sozialschädlichkeit gesetzlich bestimmt sein, nicht aber die daran anknüpfenden Reaktionen (9). Am zeitgeschichtlichen Beispiel des im ersten Welt-

---

(7) Zur ambivalenten Bewertung RÜPING, *Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Deutschland,* Vorträge auf dem 28. deutschen Rechtshistorikertag, ed. NÈVE/COPPENS, *Nijmegen 1992*, S. 148 f. 1895 behauptet ein Praktiker (unter dem Pseudonym *Aulus Agerius*) in den Preußischen Jahrbüchern Bd. 81, S. 1 ff., die Justizverwaltung habe sofort « die Macht erkannt, welche eine in den Organismus der Justiz eingefügte und dabei völlig von der Verwaltung abhängige Behörde ihr auf die Handhabung der Justiz selbst gewährt »; einseitig zu diesem Aspekt COLLIN, *« Wächter der Gesetze » oder « Organ der Staatsregierung »?*, Frankfurt/M. 2000.

(8) Zur Begründung in *Hegels* Rechtsphilosophie LANDAU, *Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19.* Jahrhundert, in: *The Trial Jury in England, France, Germany*, ed. *Padoa Schioppa*, Berlin 1987, S. 241 ff., 251 ff.

(9) Vgl. v. LISZT, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2, Berlin 1905, Nachdruck Berlin 1970, S. 25 ff.); zur Kritik GEORGAKIS, *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts, Leipzig 1940*, S. 56 ff. und NAUCKE (*Über die Zerbrechlichkeit* [N. 4], S. 223 ff., 261 ff.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

krieg ausufernden Verwaltungsstrafrechts zeigt sich, wie weit sich die Umschreibung des pönalisierten Verhaltens vom Ideal der « lex certa » entfernt hat.

In der Weimarer Republik stehen liberale Reformen im Sinne der '82modernen Schule', etwa in der Bewegung für ein eigenständiges Jugendstrafrecht, im Verfahrensrecht Veränderungen gegenüber, die typisch erscheinen für die zunehmende Politisierung der Justiz in Krisenzeiten. 'Schützende Formen' im Verfahren abzubauen, etwa durch Schnellverfahren und durch die freie Stellung des Gerichts im Beweisrecht (10), schafft einen geradezu zeitlosen Vorrat an Maßnahmen auch in der Folgezeit.

In einer klarsichtigen Prognose ein Jahr vor dem Sieg des Nationalsozialismus heißt es: « Im Faschismus und Nationalsozialismus kehrt man bewußt zum Absolutismus des 18. Jahrhunderts, zum *Machiavelli* des 'Principe' zurück. Die Staatsgewalt wird auf Kosten der Freiheit und Rechtssicherheit des Staatsbürgers gestärkt. Menschenrechte bestehen nicht mehr. [...]. Das Recht wird ein politisches Mittel, es erhält eine wächserne Nase, die nach den jeweiligen Bedürfnissen der Gewalthaber zurecht gebogen wird. Mit gesetzlichen Kautschukbestimmungen, die überall wie Fangnetze ausgespannt, wie Wildschlingen gelegt sind, kann man jeden Staatsbürger zur Strecke bringen. [...] So wäre das Recht im Dritten Reiche des Landes verwiesen. Die Form, der Schein des Rechtes, würde als Werkzeug zur Vernichtung des politischen Gegners mißbraucht » (11).

2. *Das Strafrecht im autoritären Staat.*

Zentrale Befunde zum Strafrecht im Dritten Reich bestätigen

(10) Z.B. kennt die Verordnung zur Bildung von Sondergerichten vom 9.8.1932 (Reichsgesetzblatt Tl. I, S. 404 ff.) keine gerichtliche Voruntersuchung, keinen Eröffnungsbeschluss, eine verkürzte Ladungsfrist, Ermessen des Gerichts im Rahmen der Beweiserhebung und schließt Rechtsmittel aus. Zur einseitig auf Angriffe von der politischen Linken reagierenden Rechtsprechung JASPER, *Justiz und Politik in der Weimarer Republik, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1982*, S. 167 ff.

(11) HOEGNER, *Recht oder Willkür im Dritten Reich?*, Die Justiz Bd. 7 (1931/32), S. 170 ff.; zu seinem Konzept eines nicht parteipolitisch beeinflussten Richters nach 1945 als Justizminister in Bayern N. 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die Prognose. Recht besitzt im Nationalsozialismus keinen Eigenwert mehr. Es wird beschränkt auf die Funktion, der Erhaltung der Gemeinschaft der blutsmäßig verbundenen Volksgenossen zu dienen. Der Gemeinschaftsgedanke erhält eine staatsrechtliche Fundierung. An die Stelle der herkömmlichen liberalen Sicht, dem Individuum im Sinne des 'status negativus' Abwehrrechte gegenüber dem Staat zuzugestehen, tritt seine auch rechtliche Verpflichtung, sich in den Dienst an der Gemeinschaft zu stellen: « Gemeinnutz geht vor Eigennutz » (12). Ist diese Gemeinschaft rassisch bestimmt, gelten ihre Normen auch nur für « Artgleiche ». Der Gedanke des allgemeinen und gleichen Gesetzes gehört der Vergangenheit an. Das neue Recht ist gekennzeichnet durch seine Dualität: Eigenes Recht gilt jeweils für Arier wie für « Fremdvölkische », d.h. Polen und Juden.

Polen und Juden haben nach der Verordnung von 1941 über die Strafrechtspflege in den eingegliederten Ostgebieten « alles zu unterlassen, was der Hoheit des Deutschen Reiches und dem Ansehen des deutschen Volkes abträglich ist ». Sie werden auch bestraft wegen einer Tat, « die gemäß dem Grundgedanken eines deutschen Strafgesetzes nach den in den eingegliederten Ostgebieten bestehenden Staatsnotwendigkeiten Strafe verdient », und zwar auch bei « jugendlichen Schwerverbrechern » selbst mit dem Tode (13). Der noch Anfang 1945 erschienene Entwurf eines Gesetzes über die Behandlung « Gemeinschaftsfremder » enthält konzentriert das kriminalpolitische Programm des Nationalsozialismus. Gemeinschaftsschädliche Verbrecher können der Polizei überwiesen, durch das Gericht zu Zuchthaus bzw. Gefängnis von unbestimmter Dauer verurteilt und mit dem Tode bestraft werden, « wenn der Schutz der Volksgemeinschaft oder das Bedürfnis nach gerechter Sühne es erfordert » (14).

---

(12) Zu den daraus für das Strafrecht folgenden Ansätzen, mit der neoklasssischen Lehre (SCHWINGE und ZIMMERL), der « Kieler Schule » (*Dahm* und *Schaffstein*) bzw. dem Denken in konkreten Ordnungen (*Carl Schmitt*) zu einem « materialen » Begriff der Straftat zu gelangen, MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlin 1975, S. 167 ff.

(13) Verordnung vom 4.12.1941 (Reichsgesetzblatt Tl. I, S. 759 ff., Art. I Abs. 1, Art. II, Art. III Abs. 2).

(14) Text im Bestand des Bundesarchivs (Signatur R 18/3386).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Schließlich ändert sich auch die Methode des Rechtsdenkens. Das Ziel der jetzt als liberalistisch bekämpften « Systemzeit » war, auch bei teleologischer Interpretation die Rechtsanwendung durch nachvollziehbare Prinzipien der Normauslegung berechenbar zu machen. Das neue Richterkorps des Nationalsozialismus wird sich dagegen « nicht sklavisch der Krücken des Gesetzes bedienen, [...] sondern verantwortungsfreudig im Rahmen des Gesetzes die Entscheidung finden, die für die Volksgemeinschaft die beste Ordnung des Lebensvorgangs ist » (15). Programmatisch macht die Novelle von 1935 das neue Rechtsdenken sichtbar, indem sie das Analogieverbot im Strafrecht aufhebt. Strafe ist jetzt auch möglich, wenn die Tat « nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient ». (16)

Die vorbereitende Denkschrift des Preußischen Justizministers von 1933 lässt ausdrücklich « die Bedeutung des geschriebenen Gesetzes als Grundlage des staatlichen Strafrechts zurücktreten », da Volk und Staat eins sind und alles Recht in der Rechtsüberzeugung des Volkes wurzelt. Die Normierung über eine Novelle, andererseits die Verweisung auf das « Volksempfinden » stellt sich als politischer Kompromiss dar. Die Neufassung soll künftig « Gemeinschädlingen » unmöglich machen, « durch die Maschen des geschriebenen Gesetzes [...] zu schlüpfen » (17).

Offen erscheint der Weg, die ungeschriebene Rechtsquelle zu ermitteln und im konkreten Fall anwendbar zu machen. Der theoretischen Grundlegung im Nationalsozialismus gemäß verweist das Gesetz nicht unverfänglich als Korrektiv auf ein allgemeines Rechtsempfinden, das der Richter im Einzelfall zu konkretisieren hätte. Im autoritären Strafrecht definiert in einem System des Dezisiosmus (18)

---

(15) Vorspruch zum Richterbrief Nr. 1 vom 1.10.1942 (bei BOBERACH, *Richterbriefe*, Boppard 1975, S. 6).

(16) Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28.6.1935 (Reichsgesetzblatt 1935 Tl. I, S. 839, Art. 1).

(17) *Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preußischen Justizministers*, Berlin 1933, S. 115 ff. Zur kontroversen Diskussion um die Reichweite der Novellierung SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, Frankfurt/M. 1976, S. 196 ff., RÜPING, *Nullum crimen sine poena: Zur Diskussion um das Analogieverbot im Nationalsozialismus*, in: *Festschrift für Oehler*, Köln/Berlin/Bonn/München 1985, S. 27 ff., 41.

(18) Zur Methode und ihren Auswirkungen ROTTLEUTHNER, *Substantieller*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die Partei als Träger der nationalsozialistischen Bewegung das Volksempfinden, letztlich ihr « bester Mann », der « Führer ». (19) Sein Charisma ist die Gewähr, den wirklichen Willen des Volkes zu finden, d.h. unfehlbar das « Lebensgesetz der Nation » sichtbar und öffentlich werden zu lassen. (20)

Einen weiteren Versuch, die methodisch reflektierte Rechtsanwendung durch eine intuitive ganzheitliche Erfassung des Lebensvorgangs im Sinne des Nationalsozialismus zu ersetzen, bildet die Verwendung bestimmter 'Tätertypen'. Als Beispiel dient vor allem der « Volksschädling », der sich unter Ausnutzung der Kriegsverhältnisse an der Gemeinschaft vergeht. Er kann in diesem Fall für Straftaten auch mit lebenslangem Zuchthaus, sogar mit dem Tod bestraft werden, « wenn dies das gesunde Volksempfinden wegen der besonderen Verwerflichkeit der Straftat erfordert » (21).

Dezisionismus, in: *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft Nr. 18, 1983, S. 20 ff., 29. In diesem Zusammenhang zur Wandlungsfähigkeit der teleologischen Methode, bezogen auf die Biographie von *Edmund Mezger*, TELP, *Ausmerzung und Verrat*, Frankfurt/M. 1999, THULFAUT, *Kontinuität in der Strafrechtsdogmatik*, in: *Justiz und Nationalsozialismus — Kontinuität und Diskontinuität*, ed. PAULI/VORMBAUM, Berlin 2003, S. 199 ff.

(19) So zugespitzt für die Gerichtsbarkeit der SS-und Polizei-Gerichte: *Hinweise für den SS–Richter*, Heft 2, 1944, S. 17 (Bundesarchiv, Bestand NSD 41/310). Für das Reichssicherheitshauptamt verabschiedet der Chef des Amtes III, SS–Brigadeführer *Ohlendorf*, in einem Vortrag am 27.7.1942 über « Rechtssicherheit und Unabhängigkeit der Richter » beide Rechtsinstitute in ihrem liberalen Gehalt (bei SCHNEIDER, *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1956*, S. 413 f.). Im selben Jahr will *Freisler* auf einer Tagung mit den Chefs der Gerichte und Staatsanwaltschaften an die Stelle der herkömmlichen methodischen Handhabung des Gesetzes die weltanschaulich bestimmte Kunde von Leben und Recht setzen, damit « kein strafwürdiger Fall ohne Bestrafung bleibt » (Text bei BOBERACH, Richterbriefe [N. 15], S. 426 ff.); dazu BREUNING, *Roland Freisler, Rechtsideologien im III. Reich: Neuhegelianismus kontra Hegel*, Hamburg 2002.

(20) In diese Richtung gehen CARL SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, 2. Aufl., Hamburg 1934, S. 42, HEINRICH LANGE, *Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat*, Tübingen 1934, S. 23 f., 37, und KARL LARENZ, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen 1934, S. 34, zu ihm MAUS, *Juristische Methodik und Justizfunktion im Nationalsozialismus*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft Nr. 18, 1983, S. 176 ff., 183, LA TORRE, *La « lotta contro il diritto soggettivo »: Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialistica*, Mailand 1988.

(21) Eine nach dem Wortlaut des § 4 der Verordnung gegen Volksschädlinge vom 5.9.1939 (Reichsgesetzblatt 1939, Tl. I, S. 1679 ff.) nicht mögliche Einschränkung verlangt eine Begrenzung auf den « Typ » des Täters, « der nach seiner ganzen Persön-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Auch das Strafverfahren erhält in der Theorie eine neue Konzeption. Der als liberalistisch verdächtigte Antagonismus der Verfahrenskräfte durch Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung soll durch den Monismus ihrer 'Gleichrichtung' überwunden werden. Alle Beteiligten sind um den Preis einer « Auflockerung » des Verfahrens, d.h. des Abbaus von schützenden Formen, der Ermittlung der Wahrheit und einer im Sinne des Nationalsozialismus gerechten Entscheidung verpflichtet (22).

3. *Die Umsetzung in der Praxis.*

a) *Straftaten und ihre Ahndung.*

Die Vorstellungen des Nationalsozialismus sind keine gedanklichen Experimente geblieben. Die zwölf Jahre nationalsozialistischer Herrschaft haben nicht ausgereicht, um das Rechtswesen der Systemzeit vollständig zu ersetzen. Doch haben amtliche Reformentwürfe des Justizministeriums wie konkurrierende parteiamtliche der Akademie für Deutsches Recht Vorarbeiten geleistet, um wichtige Etappenziele auf dem Weg zu einem autoritären Strafrecht und Strafverfahren festzumachen. Der Eintritt in den 2. Weltkrieg 1939 gibt zusätzlich die Handhabe, ideologisch motivierte Änderungen als kriegsbedingte Vereinfachungen zu deklarieren.

Im materiellen Strafrecht bekommt auf diese Weise der Abschreckungsgedanke Auftrieb und gegen Ende der nationalsozialistischen Herrschaft Alleingeltung. Er zeigt sich in der zunehmenden Androhung der Todesstrafe, überhaupt in der Flucht in harte, drakonisch verschärfte Strafen, je gefährlicher sich der Täter durch

---

lichkeit unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere auch der Tat und ihrer Begleitumstände, als Volksschädling anzusehen ist » (Reichsgericht, Großer Senat für Strafsachen vom 7.5.1941, Entscheidungen in Strafsachen Bd. 75, S. 210 f.), dazu KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 38. Aufl. Berlin 1944, Vorbemerkung III zur Verordnung, methodisch WERLE, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin/New York 1989, S. 244 ff. und HARTL, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, Berlin 2000.

(22) Zur grundsätzlichen Umwertung im « Einheitsmodell » des Strafverfahrens RÜPING, *« Auflockerung » im Strafverfahrensrecht*, in *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft Nr. 18, 1983, S. 65 ff., 67 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seinen Angriff auf Lebensinteressen der Volksgemeinschaft darstellt. Eine tatbestandliche Präzisierung brächte Maßnahmen um ihre Effizienz; statt ihrer werden die Präambel, in politisch sensiblen Bereichen auch Verwaltungsvorschriften unmittelbare Leitlinien für die Anwendung (23).

Als Schritt in diese Richtung stellt der Vorspruch zur Verordnung zum Schutz der Metallsammlung des deutschen Volkes aus dem Jahre 1940 klar: « Die Metallsammlung ist ein Opfer des deutschen Volkes für das Durchhalten in dem ihm aufgezwungenen Lebenskampf. » Der folgende Straftatbestand beschränkt sich auf den Satz: « Wer sich an gesammeltem oder vom Verfügungsberechtigten zur Sammlung bestimmten Metall bereichert oder solches Metall sonst seiner Verwendung entzieht, schädigt den großdeutschen Freiheitskampf und wird daher mit dem Tode bestraft » (24).

b) *Funktionen des Verfahrens.*

Ausschlaggebend für die Umsetzung in der Praxis werden Veränderungen des Gerichtsorganisations- und des Strafverfahrensrechts. An erster Stelle stehen neu geschaffene erst- und letztinstanzliche Gerichte, die über die große bzw. die kleine politische Kriminalität entscheiden. Das berüchtigtste Strafgericht des Dritten Reiches, der bewußt am Sitz der Reichsregierung in Berlin errichtete Volksgerichtshof, erhält die bis dahin dem Reichsgericht vorbehaltene Zuständigkeit für Hoch- und Landesverratssachen. Er

(23) Als bezeichnendes Beispiel macht der Reichsjustizminister in einer Rundverfügung vom 26.8.1940 zur Verordnung über den Umgang mit Kriegsgefangenen vom 11.5.1940 (Reichsgesetzblatt 1940, Teil I, S. 769) den Runderlaß des Chefs der Sicherheitspolizei vom 14.6.1940 verbindlich, welche Kontakte das « gesunde Volksempfinden » verletzen (dazu RÜPING, *Staatsanwaltschaft und Provinzialjustizverwaltung im Dritten Reich*, Baden-Baden 1990, S. 119).

(24) Verordnung vom 29.3.1940 (Reichsgesetzblatt 1940, Tl. I, S. 565). Um nicht mit dem « gesunden Volksempfinden » in Widerspruch zu geraten, weist das Justizministerium die Generalstaatsanwälte an, Bagatellfälle nicht zu verfolgen (Bericht des Nachrichtendienstes der SS vom 5.9.1940, bei BOBERACH, *Meldungen aus dem Reich*, Bd. 1-17, Herrsching 1984, hier Bd. 5, S. 1541 f.). Zur Theorie CATTANEO, *Strafrechtstotalitarismus*, deutsche Ausgabe, Baden-Baden 2001, und VOGEL, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, Berlin 2004.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

entscheidet augenfällig in der Besetzung mit drei, den Gliederungen der Partei entstammenden Laienrichtern und nur zwei Berufsrichtern. Für die allgemeine Wahrnehmung werden bestimmend die Inszenierung von Schauprozessen wie nach dem Attentat auf *Hitler* am 20. Juli 1942 und der inflationäre Gebrauch der Todesstrafe. Unter seinem Präsidenten *Freisler* verhängt das Gericht ab 1942 in fast 50% der Verfahren die Todesstrafe, während sie zuvor nur 5 % betragen hat (25).

Auf der Ebene der Landgerichte entscheiden Sondergerichte in der Besetzung mit drei Berufsrichtern über weniger gewichtige politische Taten, wie das Abhören feindlicher Sender oder heimtückische Angriffe auf Partei und Staat. Um die im Großdeutschen Reich einschließlich der besetzten Gebiete zuletzt 43 Sondergerichte « gleichzuschalten », bedarf es in der Sicht der Justizverwaltung intensiver Personalschulung. Die Programme gemeinsamer Tagungen zeigen, wie die politische Führung versucht, dem neuen Richterkorps die « Staatsnotwendigkeiten » zu vermitteln, an denen sich seine Urteile auszurichten haben. Auch hier sind der theoretische Anspruch, « Standgerichte der inneren Front » zu schaffen, und die Wirklichkeit auseinander zu halten.

Bis zum Krieg werden die an Sondergerichten tätigen Richter und Staatsanwälte gerade wegen ihrer weltanschaulichen Zuverlässigkeit dort amtieren. Im Krieg und mit seiner zunehmenden Dauer erreicht die Schulung dagegen die Adressaten nur noch eingeschränkt. Ein interner Bericht des Nachrichtendienstes der SS stellt 1943 ernüchtert fest, die zunächst gefürchtete Schnelligkeit und

(25) Zur Statistik sowie zur daran anschließenden Frage, wie weit der Volksgerichtshof noch als « Gericht » oder als bloßes Instrument zur Vernichtung politischer Gegner angesehen werden kann, RÜPING, *« Streng, aber gerecht. Schutz der Staatssicherheit durch den Volksgerichtshof »*, in *Festschrift für Wassermann*, Neuwied/Darmstadt 1985, S. 983 ff., 992 f.; MARXEN sieht den Volksgerichtshof dagegen wegen der weitgehenden Bereitschaft der Bevölkerung zur Denunziation als ein « Gericht des Volkes » (*Das Volk und sein Gerichtshof*, Frankfurt/M. 1994, S. 71). Weiter SCHLÜTER, *Die Urteilspraxis des nationalsozialistischen Volksgerichtshofs*, Berlin 1995, und EDER, *Das italienische Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato und der deutsche Volksgerichtshof: ein Vergleich zwischen zwei politischen Gerichtshöfen*, Frankfurt/M. 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Härte der Urteile hätten gelitten, und inzwischen seien noch nicht einmal mehr alle Richter an Sondergerichten Parteigenossen (26).

Die in der Theorie postulierte Ausrichtung des Verfahrens auf eine materiell gerechte Entscheidung soll umgesetzt werden durch umfassende Maßnahmen zur Lenkung der Rechtspflege. Ihr dienen neben der Personalschulung allgemeine Vorschriften der Justizverwaltung zur Handhabung von Normen in sensiblen Bereichen, umfassende Berichtspflichten der Staatsanwaltschaft, daraus erwachsende Rundverfügungen des Ministeriums, Weisungen in Einzelfällen, und über die « Vorschau » eine « kameradschaftliche Fühlungnahme » der Staatsanwaltschaft mit dem Gericht vor der Entscheidung (27).

Die « Gleichrichtung » erfasst auch den Verteidiger als Angehörigen eines freien Berufs. Seiner Disziplinierung dienen die Standesgerichtsbarkeit und die bei bestimmten Gerichten notwendige besondere Zulassung mit dem Attest politischer Zuverlässigkeit. Im neuen Modell des Strafverfahrens haben Anwälte nicht individuelle Interessen des Mandanten zu vertreten, sondern den Richter bei der Rechtsfindung zu unterstützen. Sie näher an den Staat heranzurücken, bedeutet 1943 im letzten Aufgebot zur Reform, sie der staatlichen Disziplinargerichtsbarkeit zu unterwerfen und sie auch pensionieren zu können (28).

---

(26) Bericht des Sicherheitsdienstes der SS vom 20.5.1943 über die Entwicklung der Sondergerichtsbarkeit im Kriege (Text bei BOBERACH, *Meldungen aus dem Reich* [N. 24], Bd. 13, S. 5269 ff.). Aus diesem Grunde und wegen der uneinheitlichen Praxis (dazu RÜPING, *Sondergerichte im Dritten Reich*, in: *Festschrift für Lieberwirth*, Köln/Weimar/Wien 2000, S. 115 ff., 130 ff.) sieht auch ein Entwurf des Reichsjustizministeriums von 1944 zur Neuordnung der Gerichtsverfassung die Rückgliederung der Sondergerichte in die allgemeine Strafgerichtsbarkeit vor (RÜPING, *Perspektiven der Justizlenkung im Nationalsozialismus*, in: *Festschrift für Grünwald*, Baden-Baden 1999, S. 563 ff., 577).

(27) Zu den einzelnen Maßnahmen RÜPING, *Staatsanwaltschaft* [N. 23], S. 35 ff., 52 ff., 73 ff., 144 ff. sowie zur Vor- und Nachschau, um den « Führerwillen » zu vermitteln, *Perspektiven der Justizlenkung* (N. 26), S. 568 ff.

(28) Zum Programm des Nationalsozialismus und seiner Umsetzung RÜPING, *Rechtsanwälte im Bezirk Celle* (N. 2), S. 91 ff.; zu dem methodisch wiederkehrenden Versuch, Anwälte aus ihrer Stellung als « Organ der Rechtspflege » für Zwecke jenseits der Interessenvertretung in Pflicht zu nehmen, hier als « Rechtswahrer » gegenüber der Volksgemeinschaft, S. 158.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

c) *Justizlenkung durch die Staatsanwaltschaft und Justizkorrektur durch die Polizei.*

Als wesentliche Veränderung verlagern sich die Kompetenzen innerhalb der Justiz. So emphatisch der neue Richtertyp beschworen wird, erscheint doch die Staatsanwaltschaft geeigneter, über Weisungen die Vorstellungen der Justizführung in der Praxis durchzusetzen und sich zu diesem Zweck auch außerordentlicher Rechtsmittel zu bedienen. Sie erhält zunehmend mehr Kompetenzen, etwa Haftbefehle zu erlassen oder eine Strafsache wahlweise beim Landgericht oder Sondergericht anzuklagen und ihr im zuletzt genannten Fall eine politische Dimension zu verleihen (29).

Die Staatsanwaltschaft gilt einem internen Bericht des Nachrichtendienstes der SS zufolge als « die gegebene Lenkungsbehörde. Sie kenne den Sachverhalt in allen Einzelheiten, sei selbst an der Verfolgung und Ermittlung maßgebend beteiligt gewesen und besitze durch die Vorbesprechung mit dem Richter, durch die Mitwirkung in der Verhandlung, durch Anklagerede und Strafantrag einen erheblichen Einfluß auf die Rechtsprechung. » Wenn es weiter heißt: « Die Richter seien im allgemeinen auch durchaus geneigt, den Anregungen des Staatsanwalts weitgehend zu folgen » (30), belegt diese Einschätzung die weitgehend erfolgreiche Metamorphose von einem unabhängigen Repräsentanten der dritten Gewalt zu einem den « Staatsnotwendigkeiten » gegenüber aufgeschlossenen « Rechtswahrer » im Nationalsozialismus.

Beide Rechtspflegeorgane, Gericht wie Staatsanwaltschaft, müssen im « Führerstaat » ihre Kompetenzen verteidigen gegen die politische Polizei. Wie sich die nationalsozialistisch inspirierte Reform des Strafverfahrens polizeilichen Vorstellungen öffnet, zeigt die von *Carl Schmitt* geprägte Denkschrift des Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes von 1937. Das neue Strafverfahren dient der notwendigen Sicherung gegen Schädlinge, erscheint daher als « erweiterte Polizeiaktion », und eine einheitliche Praxis wird nicht

(29) Zu dieser Entwicklung RÜPING, *Staatsanwaltschaft* (N. 23), S. 127 ff.

(30) Thema des Berichts vom 3.9.1942 sind die verschiedenen Lenkungsmaßnahmen und ihre Akzeptanz (bei BOBERACH, *Meldungen aus dem Reich* [N. 24], Bd. 13, S. 5301 ff., 5307).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mehr erreicht über Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen, sondern über eine oberste, auch politisch besetzte Stelle (31).

Die als Charakteristikum eines totalen Staates wiederkehrende Allmacht der Polizei zeigt sich bei der Geheimen Staatspolizei (Gestapo) des Dritten Reiches darin, dass sie ihr nicht genügende Urteile 'korrigiert', Angeklagte noch im Verhandlungssaal in Schutzhaft nimmt und sie eventuell 'polizeilicher Sonderbehandlung' überführt, d.h. sie liquidiert. Seit ihrer Einführung in Deutschland leidet die Effizienz der Staatsanwaltschaft daran, dass sie keinen eigenen Unterbau erhält, sich auf keine eigene Gerichtspolizei stützen kann. Wenn sie seitdem entsprechende Forderungen erhebt, muss sie umgekehrt 1942 befürchten, selbst der Polizei und ihrem Chef, dem « Reichsführer SS und Chef der deutschen Polizei » *Heinrich Himmler* unterstellt zu werden (32).

Soweit die Staatsanwaltschaft gegen Übergriffe der Staatspolizei protestiert, geht es darum, ihre eigene Zuständigkeit für eine justizmäßige Ahndung zu erhalten. Ganz auf derselben Linie nimmt das Reichsjustizministerium entsprechende Klagen zum Anlass, Gerichten wie Staatsanwaltschaften in ihrem Interesse eine härtere Ahndung ans Herz zu legen. Die Justiz gibt nach und will auf diese Weise, wie es damals und erst recht nach 1945 zur eigenen Entlastung heißt, « Schlimmeres verhütet haben ». Selbstanpassung und vorauseilender Gehorsam haben jedoch die Erosion der eigenen Kompetenz nicht aufgehalten, sondern beschleunigt. 1942 genügt eine einfache Vereinbarung zwischen Partei, SS und Justiz, um ihren Ausverkauf zu besiegeln. Schriftlich wird festgehalten die « Korrektur bei nicht genügenden Justizurteilen durch polizeiliche Sonderbehandlung », sowie, es werde « des Führers Zeit mit diesen Dingen überhaupt nicht mehr beschwert » (33).

---

(31) Dazu RÜPING, *Perspektiven der Justizlenkung* (N. 26), S. 567.

(32) Für die bisherige Zuordnung zur Justiz spricht sich naturgemäß der Entwurf des Reichsjustizministeriums zur Neuordnung der Gerichtsverfassung aus dem Jahre 1944 aus (RÜPING, *Perspektiven der Justizlenkung* [N. 26], S. 578).

(33) Bericht des Reichsjustizministers *Thierack* über eine Besprechung mit *Himmler* und *Bormann* am 18.9.1942 (Internationales Militärtribunal Nürnberg, *Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, Amtlicher Text in deutscher Sprache*, Nürnberg 1947-1949, Bd. 26, S. 201, Dokument 654-PS).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. *Transformationsprozesse nach politischen Systembrüchen.*

a) *Naturrecht und Rechtspositivismus.*

Zur Würdigung der Zeit des Nationalsozialismus zählt wie die Vorgeschichte auch die Nachkriegszeit. Nach dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Herrschaft richten die Alliierten im Nürnberger Prozess in einem strafrechtlich geführten Verfahren über die Schuldigen. Die Anwendung der Strafbestimmungen im Statut des Militärgerichtshofes wie im übereinstimmenden Gesetz Nr. 10 des Alliierten Kontrollrats aus dem Jahre 1945 schafft erhebliche Probleme. Unter Strafe gestellt werden u.a. « Verbrechen gegen die Menschlichkeit », darunter die für die Praxis wichtige « Verfolgung aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen » (34).

Die Anwendung auf den Hauptfall der Denunziation mit unvorhersehbaren Folgen für das Opfer macht bereits erhebliche dogmatische Schwierigkeiten. Der in der Britischen Zone als höchste Instanz errichtete Oberste Gerichtshof sieht seinen Auftrag nicht darin, den von der Besatzungsmacht vorgegebenen Rahmen theoretisch anzuzweifeln, sondern darin, « geleitet von dem Willen nach Gerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, das Beste aus ihm zu machen [...] und die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung durch brauchbare Maßstäbe, wie sie unter deutschen Verhältnissen nur ein Gesetzestatbestand bietet, möglichst zu sichern » (35).

Die dem anglo-amerikanischen Rechtskreis entstammende Normierung nach Art eines in kontinentaleuropäischer Tradition entstandenen Gesetzes zu handhaben, führt am Beispiel der Denunziation zu zwangsläufigen Brüchen mit Voraussetzungen strafrechtlicher Zurechnung. Der Denunziant beruft sich darauf, unmenschliche Folgen beim Opfer, erst recht seinen Tod nicht vorhergesehen und nicht gewollt zu haben; und hinsichtlich der Kausalität sei entscheidende

(34) Gesetz Nr. 10 des Alliierten Kontrollrats vom 20.12.1945, Art. II Nr. 1c (Amtsblatt, S. 50 ff.); entsprechend das Statut des Internationalen Militärtribunals, Art. 6 (Text in: *Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher* [N. 33], Bd. 1, S. 10 ff.).

(35) So der Richter am Obersten Gerichtshof JAGUSCH, *Süddeutsche Juristenzeitung 1949*, Sp. 620. Zur späteren Opposition unterer Gerichte Nachweise bei RÜPING, *Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000*, S. 355 ff., 358.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ursache nicht seine Anzeige, sondern das Handeln staatlicher Stellen. In diesem Dilemma wählt der Oberste Gerichtshof den Ausweg, dem Täter die konkret eingetretenen Folgen als kausal und vorsätzlich herbeigeführt zuzurechnen, indem er entscheidend auf die Auslieferung an ein willkürlich verfahrendes Terrorsystem abstellt (36). Als Folge eines politischen Systemwechsels ergibt sich dann die paradoxe Situation: « Der mit dem jeweiligen Rechtssystem konform handelnde Denunziant hat keinen Richter. Wird dieses System nachträglich seiner Legitimationsgrundlagen beraubt, hat er plötzlich deren zwei. Den ersten hat er benutzt, der zweite verurteilt ihn deswegen » (37).

Wenn die Alliierten im Programm der demokratischen Erneuerung Deutschlands das Verbot der Rückwirkung von Strafrechtsnormen verankern (38), provoziert das Kontrollratsgesetz Nr. 10 den weiteren Einwand, mit seinen naturrechtlich inspirierten Strafbestimmungen gegen das Verbot zu verstoßen.

Als prominenter Wortführer der Justiz in der Britischen Zone geht der Präsident des Oberlandesgerichts Celle so weit, den Versuch, im Interesse nachträglicher Ahndung die Rechtssicherheit zu Gunsten einer « höheren Gerechtigkeit » aufzugeben, methodisch in Parallele zu setzen zu dem im Nationalsozialismus eröffneten Weg, auf das « gesunde Volksempfinden » zu rekurrieren (39). Der Einwand trifft in der Sache die in der frühen Bundesrepublik unter dem weitreichenden Einfluss der rechtsphilosophischen Position *Radbruchs* einsetzende Renaissance des Naturrechts, die bereits in Vorstellungen der bürgerlichen Opposition gegen *Hitler* als Grund-

(36) Grundlegend Oberster Gerichtshof für die Britische Zone vom 20.5.1948, Entscheidungen in Strafsachen, Bd. 1, S. 11 ff., 16; zur damaligen Kritik RÜPING, *Denunziationen im 20. Jahrhundert als Phänomen der Rechtsgeschichte*, in: *Historical Social Research Bd. 26 (2001)*, Nr. 2/3, S. 30 ff., 38.

(37) FRANßEN, *Der Denunziant und sein Richter, Neue Justiz 1997*, S. 169 ff., 170.

(38) Militärregierung Deutschland, Gesetz Nr. 1 vom 30.8.1945, Art. IV Nr. 7 (Gesetze der Militärregierung, ed. *Anders*, Karlsruhe [1946], Gruppe D 1).

(39) Oberlandesgerichtspräsident V. HODENBERG, *Zur Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 durch deutsche Gerichte*, *Süddeutsche Juristenzeitung 1947*, Sp. 113 ff. Die Britische Militärregierung sieht darin eine Aufforderung zur Rechtsbeugung (zu diesem Konflikt RÜPING, *Staatsanwälte und Parteigenossen*, Baden-Baden 1994, S. 81).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lage einer künftigen rechtlichen Neuordnung Deutschlands auftaucht (40).

Dass der Einwand in der Praxis nicht verfängt und Opposition sogar geahndet wird, verwundert nach der in Deutschland von den Besatzungsmächten ausgeübten Regierungsgewalt nicht. Über die Eingabe der Verteidiger in Nürnberg setzt sich der Gerichtshof mit der Erwägung hinweg, jeder Aggressor habe wissen müssen, Unrecht zu tun, « und weit entfernt davon, daß es nicht ungerecht wäre, ihn zu strafen, wäre es vielmehr ungerecht, wenn man seine Freveltat straffrei ließe » (41). Eher verwundert, dass deutsche Gerichte, soweit sie das Kontrollratsgesetz Nr. 10 anwenden, seine Geltung teilweise rein positivistisch begründen: « Die Geltung eines in Gesetzesform erlassenen Befehls der Staatsgewalt ist nicht davon abhängig, ob es inhaltlich dem Sittengesetz entspricht. » (42)

b) *Der Ordnungswert des Rechts.*

Im Gegensatz zur sowjetisch besetzten Zone und späteren Deutschen Demokratischen Republik im Osten (43) stehen die Zei-

(40) Zur damaligen Diskussion um Naturrecht und Rechtspositivismus Füßer, *Rechtspositivismus und « gesetzliches Unrecht »*, in *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie Bd. 78 (1992)*, S. 301 ff. Eine Denkschrift des « Kreisauer Kreises » um *Graf v. Moltke* will 1943 als « Rechtsschänder » bestrafen, « wer wesentliche Grundsätze des göttlichen oder natürlichen Rechts, des Völkerrechts oder des in der Gemeinschaft der Völker überwiegend übereinstimmenden gesetzlichen Rechts in einer Art bricht, die erkennen läßt, daß er die bindende Kraft dieser Rechtssätze freventlich mißachtet » (dazu Rüping in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln/Berlin/Bonn/München 1989, S. 51 ff., 61), — geahndet werden soll ersichtlich nicht die Tat, sondern die verwerfliche Gesinnung.

(41) Urteil vom 1.10.1946 zur Eingabe der Verteidiger vom 19.11.1945 (*Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher* [N. 33], Bd. 1, S. 189 ff., 245 sowie S. 187).

(42) Oberlandesgericht Hamburg vom 18.6.1947, *Süddeutsche Juristenzeitung 1948*, Sp. 35 ff., 37; dazu Rüping, *Der Verlust der Rechtseinheit*, in: *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg 2006, S. 119 ff., 125.

(43) Alle auch nur durch die bloße Zugehörigkeit zur NSDAP betroffenen Juristen auszuschließen (Befehl Nr. 49 der Sowjetischen Militäradministration vom 4.9.1945 über die Reorganisation der deutschen Gerichte, Text bei Schöneburg, *Geschichte des Staates und des Rechts der DDR*, Dokumente 1945-1949, Berlin/DDR 1984, S. 223) und Berufsjuristen zu ersetzen durch « Volksrichter » mit erprobter antifaschistischer Gesinnung (Erste Juristenkonferenz der SED, Grundsätze zur Rechtserneuerung vom 1./2.3. 1947, bei Schöneburg, S. 228 ff., zur Praxis Hilde Benjamin, *Der Volks-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chen in den drei Westzonen und der frühen Bundesrepublik auf Restauration. Was die Entnazifizierung des Rechts angeht, heben die Alliierten nur einzelne im Sinne des Nationalsozialismus propagandistische Normen auf wie die Nürnberger Rassegesetze, die Polenstrafrechtspflegeverordnung oder das Gesetz über den Volksgerichtshof. (44) Die Masse von Rechtsnormen aus der Zeit des Nationalsozialismus gilt weiter. In der praktisch wichtigen Frage, wieweit verwaltungsstrafrechtliche Bestimmungen aus der Zeit des 2. Weltkrieges, hier die Verordnung von 1939 über das Preisstrafrecht, anwendbar bleiben, betont die Justiz den Ordnungswert: « Wo der Gesetzgeber die, wenn auch unvollkommene, gesetzliche Regelung erkennbar aufrechterhalten wissen will, bis er den Zeitpunkt für gekommen erachtet, sie durch eine bessere und gerechtere zu ersetzen, ist es dem Richter versagt, ihr die Geltung mit der Begründung abzusprechen, daß sich die Verhältnisse geändert hätten. Auch die mangelhafte Ordnung ist noch eine Ordnung » (45).

Der Ordnungswert inspiriert die Praxis auch dazu, entgegen dem ausdrücklichen Verbot der Militärregierung Normen für anwendbar zu halten, die auf den Maßstab des « gesunden Volksempfindens » verweisen (46). Die Analyse der Rechtsanwendung im Nationalsozialismus, wie sie der Amerikanische Militärgerichtshof III 1947 im Nürnberger Folgeprozess gegen Juristen des Dritten Reiches vorgenommen hat, erreicht die Praxis nicht. Dem Gerichtshof zufolge entwickelten sich ab 1933 « nebeneinander zwei Methoden, durch die das Justizministerium und die Gerichte für terroris-

---

richter in der Sowjetzone, Neue Justiz 1947, S. 13 ff.), steht für eine Revolution von oben und Veränderung der gesamten Gesellschaft im Sinne der Herrschaft der Arbeiterklasse (dazu WROBEL, *Verurteilt zur Demokratie: Justiz und Justizpolitik in Deutschland 1945-1949*, Heidelberg 1989, S. 137, BENZ, *Die Entnazifizierung der Richter*, in: *Justizalltag im Dritten Reich*, ed. *Diestelkamp/Stolleis*, Frankfurt/M. 1988, S. 112 ff., 117 ff.).

(44) Zu Einzelheiten ETZEL, *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat* (1945-1948), Tübingen 1992, S. 80 ff., RÜPING, *Studien- und Quellenbuch* (N. 6), S. 297.

(45) Oberster Gerichtshof für die Britische Zone vom 17.8.1948, Entscheidungen in Strafsachen, Bd. 1, S. 63 ff., 65. Die Praxis in der sowjetisch besetzten Zone verfährt dabei nicht anders (RÜPING, *Der Verlust der Rechtseinheit* [N. 42], S. 122 f.).

(46) Das Gesetz Nr. 1 der Militärregierung von 1945 (N. 38) verbietet in Art. 4 Nr. 7 die « Bestrafung von Taten unter Anwendung von Analogie oder nach angeblichem « gesunden Volksempfinden ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tische Funktionen zur Unterstützung des Nazi-Regimes ausgerüstet wurden. Durch die erste wurde den Gerichten eine immer weitergehende Macht über Leben und Tod anvertraut. Durch die zweite wurden die Strafgesetze in so umfassender und unbestimmter Ausdrucksweise erweitert, daß die Richter den größtmöglichen Spielraum bei der Wahl der anzuwendenden Gesetze und bei der Auslegung eines Gesetzes in einem gegebenen Fall erhielten » (47).

Die Verweisung auf das « Volksempfinden » gilt bereits bald nach 1945 als unverfänglich, da dieses — im Widerspruch zu seiner historischen Erscheinungsform — nur das in der Gesetzgebung tradierte Korrektiv einer allgemeinen Rechtsanschauung bezeichne. Streitfall wird in der Nachkriegspraxis die Neuregelung des Jugendstrafrechts von 1943, auf Jugendliche das allgemeine Strafrecht anzuwenden, « wenn das gesunde Volksempfinden es wegen der besonders verwerflichen Gesinnung des Täters und wegen der Schwere der Tat » fordert. Wie interessegeleitet die Suche nach dem 'typisch Nationalsozialistischen' in dieser Bestimmung bleibt, veranschaulicht die zeitgenössische kontroverse Diskussion. Die zeitgebundene ideologische Einkleidung der Vorschrift und die verbindliche Vorgabe des Besatzungsrechts fordern, die Regelung nicht mehr anzuwenden. Doch wird dieses Resultat vermieden mit der Begründung, die Neuregelung stelle entscheidend auf die Voraussetzungen der Gesinnung und der Tatschwere ab; im übrigen stehe das « gesunde Volksempfinden » nur für « das Rechtsgefühl anständiger Bürger oder das gesunde Empfinden für das Recht, das in allen Kulturstaaten im wesentlichen gleich ist » (48).

(47) *Das Nürnberger Juristenurteil vom 4.12.1947, Allgemeiner Teil*, ed. Zentraljustizamt für die Britische Zone, Hamburg 1948, S. 46.

(48) So die Argumentation des Oberlandesgerichts Frankfurt/M. vom 28.8.1947 (in: Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen, Bd. 1, S. 69 ff., 71 f.) und des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 17.12.1947 (Deutsche Rechtszeitschrift 1948, S. 143 ff., 144); für die nur vereinzelt vertretene abweichende Auffassung Oberster Gerichtshof für die Britische Zone vom 7.6.1949, Entscheidungen in Strafsachen, Bd. 2, S. 73 ff., 79 ff. Zur Umdeutung des « gesunden Volksempfindens » bei Bestimmung der Verwerflichkeit der Nötigung nach § 240 Abs. 2 StGB Oberlandesgericht Neustadt vom 8.1.1947, Deutsche Rechtszeitschrift 1947, S. 235 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

c) *Entnazifizierung als Integration.*

Was die Entnazifizierung des Personals auch der Justiz angeht, gelingt abgesehen von überzeugten Aktivisten des Nationalsozialismus den meisten nur formellen Angehörigen der NSDAP die Rückkehr in ihre früheren Positionen. Die politisch erwünschte Integration auch der Belasteten wird getragen von der juristischen Konstruktion, sie hätten ihre früheren Amtsstellungen nicht verloren, sondern seien nur an der Amtsausübung bis zum Abschluss des Entnazifizierungsverfahrens gehindert. Das restaurative Denken in der frühen Bundesrepublik veranschaulicht die weitreichende Auffassung der gerichtlichen Praxis, Beamte und Richter dienten dem Staat unabhängig von seiner Staatsform und hätten keine politischen Funktionen; deshalb überdauere ihr Anstellungsverhältnis den Wechsel der Staatsform (49).

Die Integration bewirkt, dass Betroffene den eigenen Anteil an der Stützung des nationalsozialistischen Systems verdrängen und sich als Opfer des Systems sehen. Im schwierigen Prozess der Auseinandersetzung mit der Vergangenheit wird die Erinnerung verfälscht, geht es um die eigene Entlastung durch Verdrängung der Vergangenheit und nicht um die gebotene Auseinandersetzung auch mit der eigenen Rolle. In den Worten eines Aphorismus von *Friedrich Nietzsche* siegt wiederum der Stolz über die Erinnerung: « ‚Das habe ich gethan', sagt mein Gedächtniß. ‚Das kann ich nicht gethan haben' — sagt mein Stolz und bleibt unerbittlich. Endlich — giebt das Gedächtniß nach » (50). Wenn im Bereich der Justiz abgesehen von einigen Einzelfällen der Identifizierung mit dem Nationalsozialismus Richter nach wie vor « die Flamme des Rechts gehütet » und Rechtsanwälte trotz mancher Vorbehalte « die Probe der großen

(49) Bundesgerichtshof vom 20.5.1954, Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 13, S. 265 ff., 296. Grundsätzlich zur Entnazifizierung *Niethammer*, Die Mitläuferfabrik, Berlin/Bonn 1982, kritisch zum « Beicht- und Bußverfahren » HATTENHAUER, *Geschichte des deutschen Beamtentums*, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1993, S. 469 ff.

(50) NIETZSCHE, *Jenseits von Gut und Böse* (1886), Ausgabe Leipzig 1903 (Werke, Bd. VII), Hauptstück 4 Aphorismus 68 (S. 94).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Versuchung der Jahre 1933-1945 bestanden » haben sollen (51), bleibt diese Selbstentlastung nichts weiter als apologetisch.

Ein historischer Zugang zu der Zeit des Nationalsozialismus ist auf diese Weise nicht möglich und in Deutschland bis in die 60er Jahre des 20. Jahrhunderts auch nicht erreicht worden. Die gegenwärtige Geschichtswissenschaft greift dagegen für die Deutung des « Führerstaates » als Form charismatischer Herrschaft auf Ansätze *Max Webers* zurück. Übertragen auf die Zeit des Nationalsozialismus, setzt das System nicht nur den charismatischen « Führer » voraus, sondern auch eine in durchaus unterschiedlichen Formen denkbare Zustimmung der Geführten (52). Auf diese Weise verbleibt es nicht bei der Perspektive der Opfer, sondern gerät auch die der Täter und Gehilfen in den Blick.

d) *Transformationsprozesse im Vergleich.*

Über diesen Ansatz werden Prozesse der Transformation von Recht bei politischen Systemumbrüchen in anderen Ländern Europas vergleichbar und lassen sich Aussagen verallgemeinern. Ein vergleichendes Verfahren setzt vergleichbare Strukturen in der Entwicklung voraus. Dies trifft etwa für Länder zu, die nach dem Sieg über den Faschismus unter die Herrschaft des Kommunismus geraten und — beschränkt auf zwei signifikante Kriterien — zunächst eigens geschaffene Volksgerichte zur politischen Säuberung einsetzen sowie eine zentral organisierte Staatsanwaltschaft als Kontrolleurin der sozialistischen Gesetzlichkeit zur politischen Disziplinie-

(51) Zum « stillen Heldentum » der Richter Eb. Schmidt, *Berufsjurist und staatliche Rechtspflege, Monatsschrift für Deutsches Recht 1948*, S. 374 ff., 376 ff. (vor dem Hintergrund der Kontroverse um den « Volksrichter », vgl. Rüping, *Berufsjurist und staatliche Rechtspflege*, in *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, Heidelberg 2003, S. 405 ff., 421); seine Mutmaßung über die Anwaltschaft gibt Lewald der ersten Nummer der Neuen Juristischen Wochenschrift auf den Weg (« Betrachtung zur Einführung », Neue Juristische Wochenschrift 1947/48, S. 2 ff., 3).

(52) Die bei *Max Weber* idealtypisch angelegte Konzeption (Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Tübingen 1976, S. 140) wird von Lepsius übertragen auf das nationalsozialistische Herrschaftssystem (*Demokratie in Deutschland*, Göttingen 1993, S. 105 ff.) und etwa von Wehler nutzbar gemacht für die Geschichtswissenschaft (*Deutsche Gesellschaftsgeschichte 1914-1949*, 2. Aufl., München 2003, S. 552 ff., 597 f.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rung (53). Wieweit sich darüber hinaus sinnfällige Elemente, insbesondere der Einsatz politischer und revolutionärer Ausschüsse, von Sondergerichten und Volksgerichten mit der Praxis in anderen Ländern (54) vergleichen lassen, setzt die Erarbeitung von Kriterien eines Vergleichs politischer Systeme voraus (55).

5. *Rechtsstaat und Strafrecht.*

Die vorangestellte Prophezeiung *Hoegners* trifft entscheidende Merkmale des nationalsozialistischen Strafrechts: seine « wächserne Nase », seine Anlage, sich politischen Vorgaben zu öffnen, und seine Bestimmung, politische Gegner zu vernichten. In diesem Duktus wirkt das Resümee schlüssig, damit sei « das Recht » des Landes verwiesen worden.

---

(53) Zu einzelnen insoweit vergleichbaren Elementen in der Deutschen Demokratischen Republik, in Ungarn, Polen und Tschechien vgl. das Sammelwerk: *Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften (1944-1989)*, ed. *Mohnhaupt/Schönfeldt*, Frankfurt/M. 1997, 1998; darin SCHÖNFELDT, Bd. 1 (Sowjetische Besatzungszone und Deutsche Demokratische Republik), S. 153 ff., BOROS/GYULAVÁRI/FLECK, Bd. 2 (Ungarn), S. 26 f., RZEPLIŃSKI/FAJST/KADOCZNY/WYPYCH, Bd. 3 (Polen), S. 81 ff., SOUKUP, Bd. 4 (Tschechoslowakei), S. 264 ff. (dort auch CÍSAŘOVÁ, S. 282, zur rückwirkenden Ahndung von Angriffen auf die « Ehre der Nation »).

(54) Für Österreich KURETSIDIS-HAIDER in: *« Keine Abrechnung » — NS-Verbrechen, Justiz und Gesellschaft in Europa nach 1945*, ed. *Kuretsidis-Haider/Garscha*, Leipzig/Wien 1998, S. 16 ff, für Griechenland ETMEKTSOGLOU (dort S. 243 f.), für Italien WOLLER, *« Ausgebliebene Säuberung »?*, in: *Politische Säuberung in Europa*, ed. HENKE/WOLLER, München 1991, S. 148 ff., 177. Das Sammelwerk: Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, ed. Eser/Arnold/Kreicker, behandelt u.a. Griechenland (Bd. 4, Freiburg 2001, ed. *Kareklás*), Polen (in: Bd. 5, Freiburg 2002, ed. *Weigend/Zoll*) und Ungarn (in: Bd. 5, ed. *Udvaros*).

(55) Den Faschismus in Italien (dazu PETERSEN, *Faschismus und Gesellschaft in Italien*, Köln 1998, zeitgenössisch STURZO, *Italien und der Faschismus*, deutsche Ausgabe Köln 1926) und in Deutschland vergleichen REICHARDT, *Faschismus in Italien und Deutschland*, Göttingen 2005, bezogen auf Juristen SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino: Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt/M. 2005, zeitgenössisch PRINZING, *Faschismus und Nationalsozialismus*, Dresden 1942. Zusätzlich zu Spanien: DI FEBO/KLINKHAMMER, *Dittature, opposizioni, resistenze: Italia fascista, Germania nazionalsocialista, Spagna franchista*, Mailand 2005, zu Frankreich BREUER, *Nationalismus und Faschismus: Frankreich, Italien und Deutschland im Vergleich*, Darmstadt 2005, für Europa: HEINEN, *Erscheinungsformen des europäischen Faschismus*, in: *Festschrift für Schieder*, Berlin 2000, S. 3 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

So sehr die Absage an das nationalsozialistische Recht oder besser Unrecht überzeugt, schon weil sie selten so entschieden begegnet, lässt sie Qualität und Inhalt eines nicht-nationalsozialistischen, gültigen Rechts offen. Da *Hoegner* in seiner herausgehobenen politischen Funktion im demokratischen Deutschland nach 1945 die Justiz von allen parteipolitischen Einflüssen freihalten will (56), liegt die Alternative offenbar im vornationalsozialistischen, bis 1933 geltenden Recht.

Der Versuch, die zwölf Jahre nationalsozialistischer Herrschaft an einem intakten Rechtszustand bis dahin zu messen und die Folgezeit als bloßen 'Betriebsunfall' zu werten, bietet sich nach 1945 an, um pragmatisch zwischen Recht und Unrecht differenzieren zu können. Doch erscheint uns das Verfahren nachträglich keineswegs überzeugend, wenn wir an Kontinuitäten denken, die vor 1933 zurückreichen und auch die Zeit bis 1945 überdauern: an die Sonderrolle des politischen Strafrechts, an besondere, durch « Volksrichter » politisch legitimierte Tribunale, an « aufgelockerte » Verfahren in Krisenzeiten, an den in Funktionen der Staatsanwaltschaft angelegten Ausbau zur umfassenden Kontrolle der Gesetzlichkeit, an die Disziplinierung der Anwälte über ihre Stellung als Organ der Rechtspflege, an den wachsenden Einfluss der Justizverwaltung oder an das Interesse der Polizei, präventive und repressive Funktionen in eine Hand zu bekommen.

Diskontinuitäten sind ebenso sichtbar, wie die beherrschende Stellung der Staatspolizei, der unmissverständliche Primat des Politischen oder die Rassenideologie. Doch treten sie in ihrer Bedeutung hinter Kontinuitäten zurück. Auch die Aufhebung des Analogieverbots hat mehr programmatischen Charakter, als dass sie eine Zäsur bedeutet. Die nur beschränkte Tragweite formeller Garantien wie der Gesetzesbestimmtheit zeigte sich bereits bei *Feuer-*

(56) Nach seinem Erlass vom 10.4.1947 als Bayerischer Justizminister über die Sicherung der Rechtspflege gegen parteipolitische Einflüsse darf der Richter « nicht das Werkzeug einer Partei, einer Weltanschauungsgemeinschaft, eines Standes, einer Rasse oder Klasse, eines Vorurteils, der Willkür oder der Rache sein » und « steht daher in seiner richterlichen Tätigkeit jenseits aller Parteipolitik » (Bayerischer Staatsanzeiger 1947, Nr. 18, S. 2). Zum damaligen Ideal des unpolitischen Richters RÜPING, *Justiz und Demokratie nach 1945*, in: *Festschrift für Rieß*, Berlin/New York 2002, S. 983 ff., 992 f. Zu HOEGNER vgl. auch N. 11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bach und *v. Liszt*, und der Siegeszug von Generalklauseln mit der für sie maßgeblichen teleologischen Interpretation setzt bereits Anfang des 20. Jahrhunderts ein (57).

Die Zuflucht zu universal gültigen Sätzen eines Naturrechts vermag nicht ein der Wahrung der Humanität verpflichtetes Strafrecht auf eine sichere Basis zu stellen. Die Rückbesinnung wird angestoßen durch die Ahndung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Besatzungsrecht. Sie bleibt methodisch angreifbar, weil die rückwirkende Ahndung eher beispielhaft aufgeführter Verbrechen auf Kosten der Rechtssicherheit einer höheren Gerechtigkeit zum Siege verhelfen will.

Doch hat dieser politisch nur kurzlebige Impuls bewirkt, in UN-Konventionen der Folgezeit Inhalte des Völkerstrafrechts durch Ratifizierung seitens der Staaten verbindlich zu machen. Auf diesen Prozess gründet sich die Hoffnung, die Antithese von Naturrecht und Rechtspositivismus zu Gunsten des Völkerstrafrechts (58) zu überwinden.

---

(57) Bezogen auf das Zivilrecht RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 6. Aufl., Tübingen 2005, K. W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen: Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, 1988, S. 33 ff., BÖRNER, *Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit*, Frankfurt/M. 1989, und KNOLL, *Um den Nationalsozialismus bemühte Rechtsauslegung*, Österreichische Richterzeitung 1999, S. 2 ff.

(58) Zu einzelnen Etappen, wie der Internationalen Genozid-Konvention von 1948 und der UN-Konvention von 1968 über die Unverjährbarkeit von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 8. Aufl., Heidelberg 1999, S. 379 ff. und KRESS, *Germany and International Criminal Law: Continuity or Change?*, in: *The Nuremberg Trials, International Criminal Law Since 1945*, ed. *Reginbogin/Safferling*, München 2006, S. 235 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ERNESTO DE CRISTOFARO

LEGALITÀ E PERICOLOSITÀ. LA PENALISTICA NAZIFASCISTA E LA DIALETTICA TRA RETRIBUZIONE E DIFESA DELLO STATO

1. La pericolosità: una definizione del campo tematico. — 2. Il Fascismo e la forza dello Stato. — 3. Il Nazismo e la difesa della comunità. — 4. Confronti dottrinali.

1. *La pericolosità: una definizione del campo tematico.*

La definizione della pericolosità nel campo concettuale delle scienze giuridiche e in quelli ad esso correlati attraversa il diciannovesimo secolo culminando, tra fine ottocento e inizio novecento, nell'opera di studiosi quali Cesare Lombroso o Enrico Ferri, i cui esiti toccheranno tanto il dibattito teorico che i dispositivi normativi, all'epoca oggetto di frequenti revisioni e trasformazioni in diversi Stati del continente europeo.

Si possono, per grandi linee, individuare almeno due ambiti in cui la nozione di pericolo assurge al ruolo di crocevia disciplinare tra diritto e scienze mediche e antropologiche, in misura tale da rendere il primo sensibile alle acquisizioni che le statistiche cliniche, demografiche ed economiche rendevano disponibili per il rinnovamento della legislazione e la sua più efficace presa sulle dinamiche sociali: la questione della cosiddetta « follia morale » e il delitto politico.

È a partire da alcuni casi di controversa interpretazione giudiziaria e portatori di forte allarme sociale che nella psichiatria forense di metà ottocento si va definendo il paradigma del « folle morale ». Esso riguarda gli autori di delitti che appaiono particolarmente inquietanti per un duplice ordine di ragioni: perché si rivolgono verso determinate categorie di soggetti (bambini, anziani, prossimi congiunti del reo) e perché nascono da quella che si è definita

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un'« intermittenza della ragione » (1), ossia un brusco e imprevedibile offuscarsi della lucidità mentale che conduce persone solitamente miti e innocue a compiere gesti di efferata violenza.

Nell'assenza di moventi razionalmente inquadrabili e in mancanza di precedenti che potessero attestare un decorso eziologico sussumibile entro i correnti parametri della psichiatria, si apriva lo spazio per la configurazione di una fisionomia mediana tra quelle del delinquente e del malato di mente: l'individuo pericoloso. Tale era colui il cui « crimine — scrive Foucault — scaturiva da quello che poteva essere chiamato il grado zero della follia » (2).

Espressioni di significato analogo quelle di « individuo pericoloso », « folle morale », « pazzo ragionante » (3), descrivono contestualmente l'imbarazzo di medici e giuristi alle prese con azioni che non si lasciano ricondurre agli schemi di classificazione disponibili e che vanno, tuttavia, trattate come il presupposto di un intervento pubblico che isoli quanti abbiano turbato la pacifica *routine* della vita sociale.

Nei suoi studi Lombroso mostra la più acuta consapevolezza circa il carattere problematico della questione. Nel coniare la definizione di « mattoidi criminali », ennesimo ibrido clinico giuridico, osserva da un lato, come vi sia « bisogno di capire con spiccata accentuazione che non si tratta di comuni pazzie ma di forme affatto diverse sin dall'origine », ma altresì, stanti i pericoli che la società corre, come non si possa che agire come si fa con i delinquenti almeno « finché il manicomio criminale non sia posto in opera e la legge modificata in proposito » (4).

Un dibattito ulteriore sull'opportunità di prevedere luoghi specializzati di custodia per tali soggetti, non abbastanza malati per

(1) Cfr. A. FONTANA, *Le intermittenze della ragione*, in *Io, Pierre Rivière, avendo sgozzato mia madre, mia sorella e mio fratello. Un caso di parricidio nel XIX secolo*, a cura di M. Foucault, Torino, Einaudi, 1976, pp. 293-310.

(2) M. FOUCAULT, *L'evoluzione della nozione di « individuo pericoloso » nella psichiatria legale del XIX secolo*, in *Archivio Foucault*[3]. 1978-1985. *Estetica dell'esistenza, etica, politica*, a cura di A. Pandolfi, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 46.

(3) Cfr. P. CAMPAGNE, *Traité de la manie raisonnante*, Paris, Masson, 1869.

(4) C. LOMBROSO, *La pazzia morale e il delinquente nato* (1882), in ID., *Delitto, genio, follia. Scritti scelti*, a cura di D. Frigessi, F. Giacanelli, L. Mangoni, Torino, Bollati Boringhieri, 2000, p. 551.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

finire in manicomio né abbastanza colpevoli per stare in carcere tra i delinquenti, andò, infatti, sviluppandosi sul finire dell'ottocento in concomitanza con quelli concernenti la definizione diagnostica e profilattica dei casi in questione (5).

Negli stessi anni e sulla base di movenze teoriche simili a quelle che orientano la ricerca sulla follia morale, la riflessione di giuristi, medici e sociologi tocca la questione del delitto politico e delle forme di devianza che minacciano l'ordine costituito.

Si può dire che questo rappresenti una risposta all'affacciarsi sempre più ricorrente sulla scena pubblica di partiti, associazioni e movimenti di opinione sostenuti da un ampio radicamento popolare e portatori di una visione aspramente contestataria nei confronti dell'ordine borghese ispirata ad istanze egualitarie di redistribuzione della ricchezza e livellamento sociale.

D'altra parte, i soggetti politici che si riconoscevano nel medesimo progetto di superamento delle strutture istituzionali che garantivano l'egemonia delle *elites* più ricche, ospitavano differenze significative tra quanti propugnavano un percorso graduale ispirato al riformismo e alle procedure di una democrazia parlamentare e i massimalisti, che puntavano a una rottura traumatica e alla definizione di un nuovo quadro politico-sociale per le vie più spicciative della violenza rivoluzionaria.

Tra gli anni quaranta e ottanta dell'ottocento in Francia si pubblicano studi come quelli di Taine sulla « psicologia dei rivoluzionari » o come quelli di Fregier e di Quetelet sulle « classi pericolose », nei quali si imputa l'alta incidenza statistica di reati commessi da individui provenienti dai livelli meno privilegiati della popolazione alla mancanza di senso morale quale tratto caratteriale tipico dei poveri piuttosto che all'indigenza nella quale essi versano (6).

Nello stesso orizzonte si collocano gli studi di Cesare Lombroso sugli anarchici. Per quanto vicino ad alcune posizioni del Partito

(5) Cfr. D. Frigessi, *Cesare Lombroso*, Torino, Einaudi, 2003, pp. 389-397. La legge manicomiale del 1904 prevedeva che dovessero essere custodite e curate nei manicomi le « persone pericolose a sé o agli altri o di pubblico scandalo ».

(6) Cfr. F. Colao, *Il delitto politico tra ottocento e novecento. Da « delitto fittizio » a « nemico dello stato »*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 90-91.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Socialista, al quale aderisce nel 1893, Lombroso mantiene fermi i suoi giudizi sul carattere atavico delle devianze criminali, minimizza il peso dei condizionamenti legati all'ambiente familiare e sociale e non esita a difendere polemicamente le proprie tesi anche verso suoi compagni di orientamento riformista come Turati quando questi gli manifestano il loro dissenso (7).

Ogni gesto tendente ad accelerare il ritmo del cambiamento sociale gli appare una forzatura, ogni fuga in avanti verso la conquista di un assetto più equo, il sintomo di una malattia della mente non meno perniciosa di altre forme di follia. Sebbene dissimulata da rivendicazioni altruistiche ed umanitarie essa, in realtà, impedisce a chi ne è affetto di comprendere le leggi che regolano il progresso dell'uomo e della società. In tal senso, fa sì che il delitto politico si confonda col delitto comune come effetto di un analogo *deficit* di discernimento: « Ogni sforzo violento contro l'ordine stabilito, se costituisce una necessità per la minoranza oppressa, resta pur sempre un fatto antisociale [...] i conati al progresso i quali si estrinsecano con mezzi violenti destano ripugnanza [...] raggiungere la meta con ogni mezzo, anche col furto e con l'assassinio. Qui il delitto e l'assurdo si sposano » (8).

In definitiva, che si rivolga verso singoli soggetti o intere categorie del corpo sociale, l'attenzione degli studiosi punta a inquadrare e classificare le situazioni pericolose, enfatizzando il momento special-preventivo della risposta penale, grazie al quale essa può risultare adeguata ed efficace non in relazione all'astratta violazione di una norma ma alle specifiche caratteristiche di chi l'abbia perpetrata. Nel farlo si serve anche di arti e tecniche il cui sviluppo tra otto e novecento investe gli studi sulla criminalità. La fotografia, ad esempio, generando la fotosegnaletica di polizia, fornisce all'approccio antropometrico il conforto di immagini che documentano la relazione tra costituzione somatica e tare del comportamento (9).

---

(7) Cfr. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, cit., pp. 262-271.

(8) C. LOMBROSO, *Gli anarchici* (1894), in ID., *Delitto, genio, follia*, cit., p. 662.

(9) Cfr. A. GILARDI, *Wanted! Storia, tecnica ed estetica della fotografia criminale, segnaletica e giudiziaria*, Milano, Bruno Mondadori, 2003, pp. 35-52, G. ALESSI, *Il processo penale. Un profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 179-183 e A. FONTANA, *Il vizio occulto. Cinque saggi sulle origini della modernità*, Ancona, Transeuropa, 1989, pp. 74-77.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche un autore come Enrico Ferri, che nei suoi studi mostra maggiore sensibilità rispetto all'elemento ambientale nella ricostruzione della biografia dei delinquenti, manterrà un atteggiamento fedele alle tesi lombrosiane e al loro determinismo organicista fin nei suoi lavori più tardi. Nei *Principi di diritto criminale* del 1928 afferma che « l'uomo delinquente è sempre un anormale » (10) e che vi sono alcuni tipi di condotte criminose, come i reati sessuali, in cui ricerche endocrinologiche mostrano un'altissima frequenza di anomalie biochimiche in capo agli autori (11).

La ricezione di questi indirizzi appare in progetti di riforma penale in Italia e Germania e viene consacrata dall'inclusione di classificazioni e strumenti ad essi ispirati nel nuovo codice italiano del 1930 e in singole leggi emanate nella Germania nazionalsocialista. Naturalmente il Progetto elaborato nel 1921 dalla commissione presieduta da Enrico Ferri mette al centro la necessità di declinare lo strumento giuridico-penale non nei termini della retribuzione ma in quelli della difesa sociale e, dunque, di rivolgersi non più al fatto delittuoso ma alla persona del delinquente come potenziale elemento di perturbazione (12). Occorre, secondo questo approccio, considerare il valore sintomatico del reato e non tanto l'offesa che esso arreca a un bene tutelato e se, tramite la punizione, si intende perseguire il mantenimento della quiete e dell'ordine e ricondurre chi delinque sulla via della legalità, bisogna differenziarla in base ai tratti individuali e non secondo la conformità della condotta a una fattispecie tipizzata. « Criterio fondamentale per una riforma delle leggi di difesa sociale contro la criminalità — scrive Ferri — deve essere che i provvedimenti repressivi siano più severi, cioè più efficaci, per i delinquenti abituali e più pericolosi per tendenza congenita o acquisita, e siano meno rigorosi ossia meglio adatti per la grande maggioranza dei delinquenti occasionali e meno pericolosi » (13).

Stabilito che qualunque tendenza antisociale è determinata mec-

(10) E. Ferri, *Principi di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 259.

(11) Ivi, p. 260.

(12) Cfr. E. Ferri, *Relazione al progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (Libro I)* , Milano, Vallardi, 1921, p. 3.

(13) Ivi, p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

canicamente da condizioni psico-patologiche, da influenze familiari e ambientali o da un'originaria « atrofia del senso morale » (14), ogni riferimento alla pretesa di retribuire con la pena una colpa morale appare un'anacronistica ingenuità e viene meno la possibilità di distinguere pene e misure di sicurezza, laddove la nuova legislazione sia orientata ad assumere, oltre la gravità del fatto, i motivi a delinquere e la personalità del delinquente come indici della sua pericolosità (15). È intorno alla pericolosità che va edificato, secondo Ferri, il sistema penale e l'assimilazione delle misure di sicurezza alle pene tradizionali può assicurarne, anzi, una migliore applicazione supportata da garanzie giurisdizionali e « sottratta all'arbitrio del potere amministrativo » (16).

La lezione di Cesare Lombroso ed Enrico Ferri rappresenta uno spartiacque teorico gravido di conseguenze. Ferri ne è consapevole e lo osserva rispetto ai cambiamenti cui è sottoposto il diritto penale italiano; dei quali, pur non potendo vedere l'atto conclusivo, il Codice del 1930, sottolinea i molteplici nessi esistenti con il magistero del positivismo criminologico quali emergono dalle relazioni ministeriali e dai lavori preparatori nel corso degli anni venti (17). Analoghe osservazioni si esprimono in dottrina a proposito degli effetti che i summenzionati orientamenti teorici determinano nella politica criminale del governo nazionalsocialista, benché in Germania, come si avrà modo di ripetere, non si dia corso ad un'organica riforma della codificazione ma a riforme su singoli punti secondo le necessità ritenute più pressanti (18).

---

(14) *Ibidem*.

(15) Ivi, p. 46.

(16) Ivi, p. 13.

(17) Offre un breve ma denso resoconto critico dei commenti di Ferri, D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, Jovene, 1996, pp. 144-146. Avanza ampie riserve sulla ricezione teorica del magistero criminologico positivista nel Codice Rocco P. ROSSI, *Scetticismo e dogmatica nel diritto penale*, Milano, Principato, 1937, pp. 178-179. Al contrario, seppure richiamando l'eclettismo degli autori del Codice, ribadisce questa continuità G. VASSALLI, *Codice penale*, in ID., *Scritti giuridici*. Volume IV, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 26-28.

(18) Cfr. P. NUVOLONE, *Il servizio tedesco di biologia criminale. Indagini biologiche e principio di responsabilità*, in « Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere », LXXIII, 1939-40, 2, p. 435. Tra i più autorevoli penalisti tedeschi, E. Mezger richiama l'importante contributo della « scuola positiva » italiana agli studi criminologici

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una breve rassegna dei testi che documentano l'incedere della riforma penale fascista può confermare l'esistenza di questa connessione. Nella relazione al Parlamento con cui nel 1925 il Ministro Rocco accompagna il disegno di legge sul nuovo Codice penale, egli si riferisce alla necessità di introdurre le misure di sicurezza poiché queste hanno scopi distinti dalle sanzioni penali. Laddove la pena ha di mira la collettività, verso cui deve ribadire l'autorità della Legge ripristinata dopo l'infrazione, le misure di sicurezza si rivolgono al singolo delinquente, nei cui confronti sono sostenute da fini « socialmente eliminativi e, secondo i casi, anche curativi e terapeutici, ovvero educativi e correttivi » (19). Più avanti, indicando i soggetti ai quali esse andrebbero applicate Rocco elenca i delinquenti abituali affetti da un'alterazione acquisita o congenita del senso morale che consente di classificarli come degenerati, folli o criminali nati; gli individui affetti da squilibri psichici appartenenti a una zona mediana tra malattia e salute (isterici, epilettici, nevrastenici); gli alcolizzati e i tossicodipendenti e, infine, gli individui « ignavi o repugnanti al lavoro » condotti da questa disposizione d'animo, benché combattuta, verso stati al limite della psicopatia. Verso tutti costoro, accanto o in sostituzione alla pena, appare opportuno prevedere « un regime di cura, di custodia e di segregazione a tempo indeterminato, avente carattere insieme curativo e di sicurezza, che valga ad ottenere, quando è possibile, la guarigione o perlomeno a rendere il delinquente socialmente innocuo per l'avvenire » (20).

Pochi anni più tardi, nel 1928, Rocco ribadisce concetti simili nel corso di una seduta della commissione incaricata di redigere il Codice. A suo avviso, il senso comune ben prima degli studi di antropologia criminale, avrebbe sempre riconosciuto alcune condotte come il risultato di un'innata vocazione delinquenziale, di un'insuperabile ottusità del senso morale. « Amoralità o immoralità — asserisce — delinquenza, criminalità, sono espressioni che, in un certo senso, si equivalgono, perché chi delinque è un amorale e

---

in *Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen*, Stuttgart, Eke, 1944, pp. 14-27.

(19) Al. Rocco, *Relazione ministeriale al disegno di Legge*, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*. Volume I, Roma, Provveditorato generale dello Stato-Libreria, 1928, p. 16.

(20) Ivi, p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prova con la delinquenza questa sua deficienza di senso morale. In questo senso, tutti i delinquenti, per il solo fatto che sono delinquenti, sono anormali o anomali, abnormi o minorati morali e sociali: se non fossero tali non sarebbero delinquenti » (21). Nella parte conclusiva di quest'intervento, in cui afferma che di fronte a tendenze delinquenziali che spesso si manifestano in gioventù lo Stato deve difendersi senza attendere che una tendenza criminale si trasformi in un'abitudine al delitto (22), Rocco richiama la lezione degli studi psichiatrici (tra cui quelli di Emil Kraepelin) per sottolineare come vi siano tra la popolazione delle carceri e quella dei manicomi da cui, tuttavia, li distingue una condizione di lucidità mentale unita a un'assoluta amoralità, individui particolari: « Sono non-valori umani e non-valori sociali, gente che non ha il minimo di capacità morale e sociale per poter convivere socialmente, neppure nelle prigioni e nei manicomi: bestie umane in una parola » (23).

Nel licenziare il Codice, due anni più tardi, il Guardasigilli tornerà sull'argomento ricordando che il sistema accolto dal legislatore non considera i delinquenti per tendenza né infermi di mente né altrimenti predestinati al delitto, non riconoscendo predisposizioni criminose incoercibili fuori dai veri e propri casi di patologia mentale. Nonostante questo nodo epistemologico rimanga alquanto irrisolto, la classificazione giuridica relativa viene preservata e consente di dichiarare taluni soggetti imputabili e, altresì, in quanto ritenuti socialmente pericolosi, sottoponibili a misure di sicurezza.

A proposito di queste, nella redazione finale si omette la locuzione che le avrebbe rese applicabili « a tempo indeterminato ». La si ritiene, infatti, un'espressione superflua considerando quanto è già implicitamente dettato dalle modalità di revoca delle misure, subordinate, in genere, all'apprezzamento giurisdizionale della cessazione dello stato di pericolosità (24).

---

(21) Al. ROCCO, *Verbale 23 (1/4/1928) della Commissione Ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo Codice penale*, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, p. 321.

(22) Ivi, p. 324.

(23) Ivi, p. 322.

(24) Cfr. Al. ROCCO, *Relazione a S. M. il Re per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale*, in *Codice penale e Codice di procedura penale*, Roma, Istituto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La scienza giuridica tedesca, che segue con attenzione gli sviluppi teorici del dibattito criminologico italiano, elabora tra fine ottocento e inizio novecento anche una riflessione autonoma sull'opportunità di sostituire il modello retributivo nel campo della legislazione penale.

La necessità che la risposta dello Stato si adatti alle caratteristiche degli autori di reati e che, tramite questa flessibilità, si possano arginare le tendenze delinquenziali e difendere la comunità dalla paura della violenza e del disordine, emerge nella riflessione di eminenti studiosi come Franz von Liszt ed è accompagnata dall'evoluzione dell'inquadramento normativo della categoria di « delinquente abituale pericoloso » (25).

Raccogliendo con rispetto i fermenti che agitano il dibattito teorico penale in Europa e tra questi anche quelli che vengono dalla « scuola antropologica italiana », nella sua prolusione a Marburgo del 1882 (che segue di appena un anno quella di Ferri a Bologna sui *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*) von Liszt si sforza di individuare nella tradizione giuridica e filosofica tedesca i puntelli di un pensiero grazie al quale costruire un sistema dogmatico lontano da ogni premessa metafisica e al passo con i tempi, un sistema in grado di chiarire la reale funzione dell'azione che lo Stato svolge punendo, secondo specifiche soluzioni, un insieme di condotte (26).

« Nessuna fondazione metafisica della pena — scrive von Liszt — è in grado di darci il criterio di misura della stessa [...] Essa infatti non è in grado e non deve essere in grado di dirci se ad un

---

Poligrafico dello Stato, 1930, p. 38. Dall'applicazione delle misure, di cui si fissa solo la durata minima, si può anche essere affrancati per l'estinzione del reato o della pena (art. 210, I e II comma) oppure per decreto del Ministro che ne stabilisce la revoca in base a considerazioni di equità e opportunità (art. 207, I comma). In quest'ultimo caso, parte della dottrina riteneva che il Ministro potesse tenere in considerazione anche lo stato di pericolosità. Cfr. E. Musco, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 119-121.

(25) Cfr. H.J. Koestler, *Der Begriff des gefärlichen Gewonheitsverbrechers als Ergebnis einer Entwicklung*, Dresden, Dittert & Co., 1938, pp. 13-69 e M. Grünhut, *La custodia di sicurezza nel diritto penale germanico*, in « Rivista di Diritto Penitenziario », VI, 1935, pp. 216-235.

(26) Cfr. F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), Milano, Giuffrè, 1962, pp. 5-34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

singolo, concreto reato debbano corrispondere cinque o dieci anni di reclusione, o sei settimane di arresto, oppure mille marchi di pena pecuniaria » (27). La tradizionale idea di retribuzione, ossia di proporzione astrattamente calcolata tra reato e pena va superata attraverso l'idea di scopo della pena, ponendo, cioè, in primo piano l'individuazione del trattamento che nel singolo caso, secondo il contenuto e l'estensione del castigo inflitto, appare la migliore tutela dei beni giuridici al cui presidio essa è posta (28).

Il diritto penale, secondo von Liszt, deve saper rilevare le differenze individuali e valorizzarle ai fini di un più efficace trattamento sanzionatorio. Se è possibile mostrare qualche indulgenza verso i delinquenti occasionali e gli individui bisognosi di risocializzazione, nessun cedimento è ipotizzabile verso la temibile armata dei « nemici capitali dell'ordine sociale »: mendicanti, vagabondi, prostitute, alcolizzati e delinquenti abituali (29). Verso tutti costoro, che costituiscono la categoria degli irrecuperabili, occorre lasciar da parte ogni chimera retributiva e prevedere un regime di neutralizzazione inflessibile e definitivo: « Voler recuperare individui di tal fatta ad ogni costo in celle di penitenziari è semplicemente assurdo. Lasciarli liberi a contatto con il pubblico, simili ad animali rapaci, fino a quando, dopo alcuni anni, commessi tre o quattro nuovi reati saranno nuovamente imprigionati e « rieducati » è ancora più assurdo […]. La società deve proteggersi contro gli irrecuperabili » (30).

Motivi simili sono presenti nel lavoro di Franz Exner *Die Theorie der Sicherungsmittel*, pubblicato nel 1914. Qui vengono isolate condizioni d'origine che determinano il sorgere di uno stato di pericolosità in capo ad alcuni individui: abbandono durante l'infanzia, alcolismo, immaturità psichica, infermità mentale. Poiché la genesi dei comportamenti devianti può radicarsi in eventi del tutto dissimili, non si può assoggettare ogni individuo allo stesso regime punitivo, ma occorre prevedere un ventaglio di risposte che tengano

(27) Ivi, pp. 38-39.
(28) Ivi, p. 45.
(29) Ivi, p. 54.
(30) Ivi, p. 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conto del carattere cronico od occasionale della pericolosità espressa nel reato (31).

Il tema della pericolosità e le discussioni che esso suscita tra i penalisti a cavallo tra XIX e XX secolo vanno anche letti nella cornice del più ampio ruolo che lo Stato viene assumendo, anche attraverso la politica criminale, nel governo della vita dei singoli e nella determinazione forzosa di quello spirito coesivo che, se stentava a definirsi spontaneamente in particolare in comunità come l'italiana o la tedesca da pochi decenni raccolte in uno Stato unitario, poteva certo essere sollecitato con mezzi più energici e simbolicamente altrettanto suggestivi. A tal proposito, in una lettura che ridimensiona il peso dell'eredità positivista nella cultura e nella legislazione penale del fascismo, Mario Sbriccoli ha posto l'accento sui tratti permanenti di un sistema che, in quanto indulge al disprezzo per la persona dell'accusato, alla vessazione, all'intimidazione, si colloca su un *continuum* il cui punto d'avvio va recuperato all'indietro risalendo ben oltre le riflessioni della scuola di antropologia criminale. « È l'autoritarismo — scrive — 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 della libertà o non compatibili col principio democratico » (32).

In termini analoghi si esprime Franco Bricola, ravvisando nella « mentalità ideologicamente autoritaria » di cui è portatore l'indirizzo tecnico-giuridico, intelaiatura dottrinale del Codice Rocco, uno sviluppo di tendenze illiberali che nei decenni precedenti si erano affacciate più volte nel dibattito scientifico come risposta alle ricorrenti manifestazioni di conflittualità sociale e che avevano tro-

(31) Cfr. Musco, *La misura di sicurezza detentiva*, cit., pp. 73-77. Impegnati a riflettere sul tema colpa/pericolosità nei primi decenni del novecento sono anche altri autori tedeschi richiamati da Musco come Grünhut o Birkmeyer.

(32) M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in « Quaderni Fiorentini », XXVIII, 1999, p. 831.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vato nella prolusione di Arturo Rocco del 1910 un momento di solenne legittimazione (33).

Non differente appare il paesaggio tedesco qualora lo si osservi negli anni che precedono la presa del potere da parte del movimento nazista.

Da più parti si è sottolineato come il diritto penale nazista, nonostante la sua peculiare radicalità, sia solo l'ultima espressione di un'ondata antiliberale che travolge alcuni principi di garanzia individuale secondo un'opera di decostruzione dogmatica che attraversa i decenni tra fine ottocento e inizio novecento (34).

Wolfgang Naucke ha più direttamente rubricato la legislazione che va dal periodo bismarckiano alla prima guerra mondiale come il semplice preludio all'esperienza penale nazista. Sulla medesima linea autoritaria tracciata nella sua lettura vanno considerati il diritto di guerra, il diritto coloniale, fino a risalire ai provvedimenti liberticidi della « Legge contro i socialisti » del 1878, in base alla quale si qualificava come punibile il semplice fatto della partecipazione ad un sodalizio politico animato da finalità stigmatizzate come pericolose in quanto eversive dell'ordine costituito (35).

Ma, in generale, lo strumentario dogmatico sostanziale e processuale formatosi attraverso le esperienze coloniale e bellica, avrebbe preparato il terreno ai più drammatici eccessi dell'esperienza nazista: burocratizzazione della giustizia, deboli garanzie formali, inasprimento delle pene, procedure sommarie e affievolimento del principio di legalità (36). « Dalla fondazione del *Reich* al 1933 — scrive Naucke — non una sola volta nella dottrina si trova

(33) Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in ID., *Scritti di diritto penale*. Volume I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 552, n. 42. Sottolinea maggiormente lo sforzo dogmatico della scuola « tecnico-giuridica », rilevando anche i limiti, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 258. Sull'importanza della prolusione di Ar. Rocco si veda anche F. COLAO, *Le ideologie penalistiche tra ottocento e novecento*, in, *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra otto e novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, pp. 121-122.

(34) Cfr. K. MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, p. 249.

(35) Cfr. W. NAUCKE, *NS-Strafrecht: Perversion oder Anwendungsfall moderner Kriminalpolitik?*, in « Rechtshistorisches Journal », XI, 1992, p. 286.

(36) Ivi, p. 285.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il diritto penale di uno Stato di diritto [...]. Nel periodo 1933-45 la qualità del diritto penale non cambia » (37).

Accanto alla tendenza alla massima durezza, propria di una politica criminale autoritaria leggibile in termini di continuità, Alessandro Baratta evidenzia, nella maggior parte degli autori tedeschi che scrivono a ridosso del 1933, anche il superamento del dato naturalistico e criminologico, in quanto scientificamente obiettivabile, in favore dell'esigenza etico-politica di difendere la compattezza della comunità nazionale: « Il fine e la misura della sanzione penale — scrive — venivano così ricondotti al principio dell'inserimento autoritario del singolo nella comunità, del suo assoggettamento spirituale alla « sana morale popolare » (38). Esigenze che, con tutta evidenza, collidono col mantenimento del principio di legalità quale parametro stabile e scritto della conformità della condotta alle regole condivise, fino a sfociare in vere e proprie forme di « terrorismo penale » (39).

Le similitudini ideologiche esistenti tra fascismo e nazismo producono un analogo appello al diritto penale e ai suoi strumenti nel perseguimento di comuni strategie di controllo sociale e, tuttavia, la differente fisionomia dei due processi rivoluzionari, il diverso effetto conservativo-innovativo che essi hanno sulle strutture istituzionali preesistenti e la diversa matrice concettuale di alcuni lemmi che ne alimentano la retorica non possono essere trascurati e, anzi, appaiono rilevanti tanto nel dibattito culturale di esponenti della dottrina penalistica italiana con i loro omologhi tedeschi, quanto tra gli studiosi italiani, preoccupati di tenere la propria disciplina al riparo dalle « sirene » della politica. Per quanto, come osserva Naucke, alcuni mutamenti di struttura del diritto penale nazista fossero stati ampiamente preparati da quelli che avevano segnato i passaggi politicamente più impegnativi dei decenni precedenti, il nazismo costruisce un sistema fondato su alcune particolarità. Ad esempio, sulla sovrapposizione tra Partito nazista e Stato e sui legami di sangue e onore che garantiscono la vita della comunità. Vi si

(37) Ivi, p. 287.

(38) A. Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale,* Milano, Giuffrè, 1966, p. 53.

(39) Ivi, p. 54.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

utilizza ampiamente il termine « popolo » (*Volk*) perché, al di là delle procedure e mediazioni istituzionali, esso rinvia alla dimensione originaria dei legami biologici di cui il *Führer* è sintesi, sicché da quest'ultimo promana la legge come espressione della volontà e del sentimento collettivi incarnati nella persona del Capo (40).

Anche nel fascismo si assiste a un marcato accentramento del potere nelle mani dell'esecutivo, ma la funzione d'ordine assunta dal diritto penale non si spinge alle aberrazioni dell'esperienza nazista e mostra un qualche livello di compatibilità con regole e principi della tradizione liberale e un diverso atteggiamento sul principio di legalità.

2. *Il Fascismo e la forza dello Stato.*

Si suole far decorrere l'avvio della politica criminale fascista dalla legge 2008 del Novembre 1926, recante « Provvedimenti per la difesa dello Stato ». Di poco successiva alla crisi che aveva scosso il paese per l'omicidio di Giacomo Matteotti e che aveva offerto al regime l'opportunità di un primo robusto « giro di vite » su diritti e libertà, essa giunge come quasi immediata risposta al fallito attentato di Anteo Zamboni ai danni di Mussolini. Tramite questa legge viene reintrodotta nel sistema la pena capitale, prevista per quanti attentino alla vita del Re, di altri membri della casa regnante (regina, reggente, principe ereditario) nonché del Capo del Governo. Inoltre, la medesima pena si applica a coloro che rivelino segreti ad uno Stato estero o che ricevano la rivelazione, così come a chi promuova una sollevazione popolare in armi o atti di devastazione, saccheggio o strage; un insieme di condotte che il Codice Zanardelli sanzionava con pene oscillanti tra i tre e i quindici anni di reclusione. Alla legge 2008 si deve anche l'istituzione del Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato, organo cui è devoluta la cognizione esclusiva dei reati che la legge disciplina e composto da giudici tratti dai ranghi delle forze armate o della milizia. Esso interviene retroattivamente anche sui procedimenti pendenti davanti alla magistratura ordinaria al

(40) Un'ampia analisi della struttura giuridico-isituzionale del nazismo e del suo sfondo culturale è presente nel classico di F. NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo* (1942*),* Milano, Bruno Mondadori, 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

momento della sua istituzione e le sue decisioni non sono suscettibili di impugnativa o ricorso, salva la revisione.

Tra le condotte che la legge 2008 prende in considerazione e punisce con pene che vanno dai tre ai quindici anni di reclusione (contemplando, nel caso di delitti commessi all'estero, anche la perdita della cittadinanza e la confisca dei beni) (41) vi sono la diffusione di notizie false che possano menomare il prestigio dello Stato o lo svolgimento di attività comunque contrarie agli interessi nazionali, la ricostituzione di associazioni o organizzazioni disciolte per ordine della pubblica autorità, l'istigazione al compimento o l'apologia di atti diretti contro la vita, l'integrità o la libertà personale dei membri già elencati della dinastia regnante o del Primo Ministro e il semplice concertare la commissione di simili atti. In quest'ultimo caso, il legislatore prevede una pena edittale massima di trent'anni per i promotori o organizzatori di gruppi di persone unite dal medesimo disegno criminoso.

Presentando tali misure al Senato, il Guardasigilli Rocco si esprime così: « La lotta contro il regime battuta sul terreno politico, si è ripiegata sul terreno della criminalità; occorrono mezzi speciali per combatterla sul terreno che essa ha scelto: occorrono cioè leggi speciali e di polizia » (42).

Come si è osservato (43), questo insieme di misure riporta indietro d'un colpo lo Stato rispetto al cammino sul terreno delle garanzie che, pur faticosamente e nonostante non pochi rigurgiti rigoristici, erano state poste a tutela della persona nel sistema del Codice Zanardelli.

Incoraggiato da un'ideologia che non riconosce al singolo individuo altro spazio di realizzazione che quello che l'organizzazione statuale gli riserva (44) e in cui, pertanto, il diritto di punire non è letto come una graziosa concessione che il cittadino fa allo Stato ma

(41) Confisca anch'essa retroattiva in quanto prevista sui beni del reo oggetto di alienazione dopo e fino a un anno prima della commissione del reato.

(42) Al. Rocco, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, La Voce, 1927, p. 122.

(43) Tra gli altri, si veda Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., pp. 833-835.

(44) Sulla mistica fascista del « gregariato di massa » si veda M. Isnenghi, *L'Italia del fascio*, Firenze, Giunti, 1996, pp. 152-154.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come una sovrana prerogativa che quest'ultimo esercita liberamente ogni qualvolta senta minacciata la propria stabilità, il Governo fascista imprime un indirizzo quanto mai eloquente alla politica criminale che inizia ad essere declinata nel senso della difesa da ogni potenziale minaccia, da qualsiasi remoto segno di pericolo.

È sacrificando ogni diverso principio alla difesa dello Stato che si affida il giudizio sui fatti indicati nella legge ad un Tribunale che, per composizione e modalità di funzionamento, ha tutto l'aspetto di una corte militare, orientata non tanto ad accertare responsabilità ma a neutralizzare nemici; che si prevede la punibilità della semplice concertazione di una condotta criminosa; infine, che si introducono elementi di regolazione sostanziali e processuali con effetto retroattivo.

Poche settimane prima della Legge 2008, con il Regio Decreto 1848 del 6 Novembre, era stato approvato il Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza, che consentiva al Prefetto di intervenire con un ampio ventaglio di misure in una serie di situazioni in cui ne ravvisasse la necessità per garantire l'ordine. Il provvedimento riconosceva al Prefetto, tra l'altro, la facoltà di sciogliere associazioni che svolgessero attività contrarie agli interessi nazionali (una locuzione quella della « contrarietà agli interessi nazionali » che ritorna più volte nella legislazione, come si vedrà), inoltre puniva il tentativo di espatrio clandestino e l'attività di quanti avessero concorso a far espatriare o fossero espatriati per motivi politici e introduceva, per i reati comuni e politici, la sanzione del confino, variazione sul tema del domicilio coatto già noto alle leggi di polizia post-unitarie.

Il medesimo strumentario si ritrova nelle Norme sull'ammonizione e sul confino che corredano il Testo Unico sulla Pubblica Sicurezza modificato nel 1931, pochi mesi dopo l'introduzione del nuovo Codice penale. Il dato caratterizzante di questa normativa, immancabilmente sottolineato in ogni trattazione che la richiama (45), è l'utilizzo di indici di inquadramento delle condotte assolutamente generici nella costruzione delle fattispecie tramite cui

(45) Cfr. P. MARCONI, *Codice penale e regime autoritario*, in « La Questione Criminale », VII, 1981, 1, p. 132 e D. PETRINI, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in *Storia d'Italia. Annali* 12, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 908-915.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esse vengono perseguite. Si prevede la misura dell'ammonizione, normalmente l'anticamera del confino, per le « persone designate dalla pubblica voce come pericolose socialmente o per gli ordinamenti politici dello Stato » ma si prevede, altresì, l'inflizione diretta del confino per « coloro che svolgono o abbiano manifestato il proposito di svolgere un'attività rivolta a sovvertire violentemente gli ordinamenti costituiti nello Stato [...] o un'attività tale da recare nocumento agli interessi nazionali ». Il sistema si dota, così, di una capacità di reazione a due velocità: in un primo momento richiama all'ordine quanti si mostrino indisciplinati e recalcitranti comminando alcune prescrizioni che valgono come un avvertimento e un invito a rientrare rapidamente nei ranghi della vita ordinata e della rispettabilità; in un secondo momento, contro la persistenza di atteggiamenti non altrimenti correggibili, isola i soggetti più indocili trasferendoli in luoghi remoti dal proprio domicilio per un tempo variabile da uno a cinque anni. Ma, in effetti, questa progressione può anche non esserci perché la misura del confino può essere adottata direttamente nel caso dell'esistenza dei summenzionati propositi sovversivi e qualora si sia diffamati, ossia « designati secondo la pubblica voce come abitualmente colpevoli » di una serie di delitti che vanno dalla resistenza alla pubblica autorità, al commercio di stupefacenti, dallo sfruttamento della prostituzione alla falsificazione di monete, dall'omicidio alla rapina. In altri termini, la legge consente l'irrogazione del confino alla semplice condizione che la polizia, che attraverso il Questore promuove l'applicazione della misura da parte di una commissione presieduta dal Prefetto, abbia raccolto delazioni, accuse ed ogni tipo di elementi a carico di un individuo che, secondo il successivo giudizio della commissione, appaiano prove sufficienti a dimostrarne la pericolosità per la sicurezza pubblica e l'opportunità di un allontanamento dalla vita comunitaria. Le maglie della legge sono estremamente strette: si può essere ammoniti in quanto semplicemente oziosi o vagabondi; si può essere ammoniti ma anche confinati in quanto « sospettati » rispetto a una serie ampia ed eterogenea di delitti; si può essere confinati in quanto l'attività contestata sia contraria agli interessi nazionali; infine, si può essere confinati non solo per aver svolto ma per aver manifestato il proposito di svolgere un'attività mirante a sovvertire

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gli ordinamenti costituiti *nello* Stato e, dunque, non esclusivamente i poteri costituiti *dello* Stato.

La legge fornisce al regime uno strumento repressivo d'eccezione che si può far valere nella ordinaria quotidianità delle tante situazioni che esso è capace di abbracciare. Lo scostamento dalla norma che innesca tale dispositivo appare tradurre i termini politici ed etici del patto cui lo Stato fascista ritiene di dover vincolare i cittadini. La punibilità di condotte come il vagabondaggio è un retaggio degli aspetti deteriori della legislazione liberale, ma la generica « contrarietà agli interessi nazionali » o la minaccia di sovversione degli « ordinamenti sociali costituiti nello Stato » lasciano affiorare un carattere della violazione modulato secondo le pretese di uno Stato autoritario e secondo i divieti di un sistema giuridico del conformismo e dell'obbedienza. Entro il cui perimetro è possibile ricondurre le condotte più disparate; dall'alcolismo all'omosessualità, dalla dissidenza politica ai delitti contro la persona o il patrimonio, in quanto tutte condotte egualmente estranee all'obbedienza politica e all'ortodossia morale cui si conforma la maggioranza dei cittadini (46). Le misure di prevenzione (o di polizia) possono colpire indiscriminatamente una larga fascia di soggetti in quanto sfuggano all'adesione ai valori che il regime non semplicemente difende ma impone e, così facendo, pongono le condizioni per quella che si è definita una « perdita completa del senso politico e morale della libertà individuale » (47). A maggior ragione, se si considera che esse si attivano anche sulla base della semplice formulazione di un proposito criminoso. Aspetto che, ricongiunto alla tipologia dei comportamenti censurati e al carattere sommario delle procedure di irrogazione dei provvedimenti, fa pensare a una strategia di politica criminale del sospetto e dell'intimidazione.

(46) Sulla persecuzione che queste disposizioni rendono possibile nei confronti degli omosessuali e sul significativo corto circuito che esse provocano nella loro classificazione come criminali politici o comuni si vedano: G. DALL'ORTO, *Il paradosso del razzismo fascista verso l'omosessualità*, in *Nel nome della razza. Il razzismo nella storia d'Italia 1870-1945*, a cura di A. Burgio, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 515-528 e T. GIARTOSIO, G. GORETTI, *La città e l'isola. Omosessuali al confino nell'Italia fascista*, Roma, Donzelli, 2006, pp. 139-144.

(47) G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 284.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Poiché, come si è osservato, « pericolosità sociale e pericolosità politica vengono assimilate fra loro come disvalori equivalenti, meritevoli di essere combattuti sullo stesso piano e con gli stessi mezzi a tutela di un ordine che è ad un tempo politico e sociale » (48), occorre spostare l'analisi verso l'altro strumento normativo che assume come perno la pericolosità: le misure di sicurezza. Avvertendo sin d'ora che la comune radice e il carattere ideologicamente solidale di misure di sicurezza e prevenzione appare con forza già nella comparazione che ne offre un penalista autorevole come Biagio Petrocelli nel 1940 (49). Attecchita grazie al medesimo *humus* teorico, tale simbiosi operativa crea quello che Tullio Padovani ha indicato come lo « svuotamento parallelo » delle istituzioni penali, ossia la « creazione di una sorta di doppio binario normativo per cui i principi e le garanzie affermati in massima vengono sovvertiti e derogati per settori particolari, dove è necessario operare senza impacci e senza remore » (50).

È, infatti, sul terreno della pericolosità che il principio di legalità, sebbene formalmente mantenuto, perde il suo ancoraggio ad una dimensione oggettiva di lesività e, molto più che attraverso le modifiche della parte speciale del Codice relative ai delitti di attentato, di pericolo presunto o agli interventi, pur incisivi, sui massimi edittali e sulla recidiva, per suo tramite si giocano le strategie di una politica criminale « funzionale […] a una difesa a oltranza degli interessi statuali […] nella logica del più grande rigorismo repressivo » (51). Per quanto la dogmatica che ispira il Codice Rocco rimanga su alcuni punti, come il differente trattamento riservato a delitto tentato e consumato, ancorata a una visione che valorizza il concretizzarsi dell'evento lesivo e la sua obiettiva apprezzabilità (52),

(48) Ivi, p. 285.

(49) Cfr. B. Petrocelli, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, Cedam, 1940, pp. 288-302.

(50) T. Padovani, *La sopravvivenza del Codice Rocco nell'« età della decodificazione »*, in « La Questione Criminale », VII, 1981, 1, p. 91.

(51) C. F. Grosso, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia. Annali* 12, cit., p. 26. Si vedano anche Padovani, *La sopravvivenza del Codice Rocco*, cit., p. 90 e G. Neppi Modona, M. Pelissero, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali* 12, cit., pp. 788-789.

(52) Rispetto al differente rapportarsi delle due dimensioni e ad altri profili

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il lungo dibattito teorico che si svolge negli anni trenta e nei primi anni quaranta sulla pericolosità e su temi connessi come la capacità a delinquere, la definizione di delinquente abituale o professionale o, ancora, la configurazione di un « tipo d'autore », segnalano il peso che ha, in quella congiuntura culturale, la comprensione del delitto come espressione di un'anomalia soggettiva, da correggere se possibile o da isolare quando non si diano possibilità di correzione (53).

Da questo punto di vista, l'analisi di Biagio Petrocelli, che si pone nel 1940 sul crinale cronologico del primo decennio dall'entrata in vigore del nuovo Codice e in una certa misura raccoglie le fila dei contributi emersi sino a quel momento, risulta davvero illuminante.

Ci sono, secondo la lettura che propone, più ragioni per assimilare le misure *ante delictum* o di polizia delle leggi del '26 e successive integrazioni del Testo Unico del '31 e le misure di sicurezza o *post delictum*, di cui agli articoli 202 e seguenti del Codice penale. Ragioni estrinseche riguardanti le modalità di irrogazione per cui, se alla magistratura sono rimesse anche funzioni amministrative, il diverso regime giurisdizionale delle misure di sicurezza rispetto a quelle di polizia cessa di essere un elemento discriminante (54), e ragioni di contenuto che si lasciano ricondurre a due aspetti: il presupposto che ne consente l'applicazione è il medesimo; le finalità che esse perseguono non mostrano differenze. Tanto le misure di polizia che le misure di sicurezza risultano fondate sulla pericolosità individuale, comunque essa si manifesti. La pericolosità può emergere dalla commissione di un reato, nel qual

---

soggettivistici del « Progetto Ferri » si veda G. BATTAGLINI, *Principi di diritto penale in rapporto alla nuova legislazione. Questioni preliminari*, Milano, Istituto Editoriale Scientifico, 1929, pp. 137-152.

(53) Altro tema che richiama l'attenzione degli studiosi e produce differenti valutazioni in ordine alle premesse soggettive dell'infrazione penale è il tema della criminalità minorile e della risposta, insieme sanzionatoria e correzionale, che lo Stato fascista appresta con il Regio decreto del 20 Luglio 1934, istitutivo di un circuito giurisdizionale specifico per i minori. Ragioni di spazio impediscono una più diffusa analisi, per la quale ci sembra utile rinviare ai contributi di F. GRISPIGNI, *La nuova legislazione sulla criminalità minorile* e B. PETROCELLI, *La nuova legislazione sui minorenni e il principio dell'imputabilità morale*, entrambi in « Rivista di Diritto Penitenziario », V, 1934.

(54) Cfr. PETROCELLI, *La pericolosità criminale*, cit., pp. 290-291.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

caso ne costituirà il valore sintomatico, oppure può manifestarsi in modo indipendente dalla violazione di una norma ma, in entrambe le ipotesi, l'unico rapporto logico, la sola connessione che occorre considerare è quella esistente tra i mezzi di tutela e i reati ritenuti possibili per l'avvenire e non fra i suddetti mezzi e il reato avvenuto: « la prevenzione non cessa di essere tale solo perché si pone in moto in vista del sintomo reato, anziché di altri sintomi » (55). Inoltre, e coerentemente con una visione che enfatizza il ruolo di difesa che tali strumenti assolvono, le misure di sicurezza non sono meno repressive di quelle di polizia, cui manca ogni riferimento al recupero del singolo che le prime dovrebbero, invece, curare poiché sia le une che le altre puntano alla neutralizzazione: « è essenziale l'allontanamento dell'individuo pericoloso, elemento che a torto si vorrebbe ritenere proprio soltanto delle misure di polizia » (56).

Poste tali premesse, il ragionamento di Petrocelli scivola verso la sovrapposizione pura e semplice delle nozioni di pericolosità criminale che il legislatore fascista usa con riferimento tanto alle misure di polizia che a quelle di sicurezza. Richiamando le norme sull'ammonizione e sul confino del Testo Unico, Petrocelli asserisce che, nonostante l'apparente genericità, espressioni come « persone designate dalla pubblica voce come pericolose all'ordine nazionale dello Stato » o « persone che abbiano commesso o manifestato il deliberato proposito di commettere atti diretti a sovvertire violentemente gli ordinamenti, nazionali, sociali od economici costituiti nello Stato o a menomarne la sicurezza ovvero a contrastare o ostacolare l'azione dei poteri dello Stato » nella realtà sono assimilabili a situazioni che manifestano il pericolo di atti costituenti reato. « Atti — sottolinea — di tale gravità che non possono non rientrare, almeno nella massima parte dei casi, nelle ipotesi delittuose previste dal titolo primo del libro secondo del Codice penale, come è logico non soltanto per la gravità intrinseca degli atti stessi, ma anche per i criteri di rigorosa tutela della sicurezza dello Stato cui quella parte del Codice è ispirata » (57).

Perfettamente a suo agio entro la cornice ideologica del tempo,

(55) Ivi, p. 291.
(56) Ivi, p. 295.
(57) Ivi, p. 294.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che sacralizza lo Stato e comprime la libertà dell'individuo, Petrocelli ritiene che si possano esplicitamente attrarre nell'orbita della sicurezza collettiva e sottoporre ai diversi dispositivi che la garantiscono il più generico atteggiamento di indisciplina, la più lieve ritrosia all'adesione conformistica che governa la vita pubblica e identificare nella loro equivocità gli elementi della condotta che li attesterebbero, ai più corposi requisiti che compongono la fisionomia dei reati contro la sicurezza dello Stato.

L'attenzione che il tema della pericolosità riscuote nella dottrina degli anni trenta non permette, tuttavia, di considerare una posizione come questa un'isolata espressione di rigorismo o « cultura del sospetto ». Una più ampia ricognizione al riguardo può mostrare quale peso avesse nel dibattito teorico la considerazione degli elementi soggettivi nella violazione penale e come, tramite essa, si venisse rafforzando la funzione d'ordine assolta dal diritto penale e scavando lo spazio per una « dogmatica penalistica del nemico », ampiamente professata nella Germania nazionalsocialista e non estranea alle frange politicamente più zelanti del mondo accademico italiano.

Il dato normativo concernente le ipotesi di pericolosità cui il Codice Rocco fa seguire l'applicazione di misure di sicurezza è ricavabile principalmente dagli articoli 202, 203 e 204. Essi dispongono che le misure possono essere applicate solo a persone socialmente pericolose che abbiano commesso fatti previsti dalla legge come reati e, in particolari casi che la legge determina, anche al di fuori della commissione dei medesimi. Si considera pericoloso precisamente chi, quand'anche non imputabile o non punibile, sia con la propria condotta incorso in una delle due ipotesi appena descritte e vi sia la probabilità che commetta nuovi fatti che la legge considera reati. Il giudizio di probabilità va emesso sulla base dei parametri offerti dall'articolo 133 (motivi a delinquere, carattere del reo, precedenti, condizioni di vita familiare e sociale) ma, in casi espressamente determinati, la legge stabilisce presuntivamente la qualità di persona socialmente pericolosa.

Quest'ultima ipotesi si concretizza, ad esempio, in relazione alla presenza di condizioni patologiche, difetti dello sviluppo intellettivo dell'agente o allo stato di corruzione morale che i precedenti penali del medesimo indicherebbero, la cui elaborazione normativa trova

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spazio nelle definizioni di delinquente abituale o professionale. La nozione di « alterazione patologica del comportamento » risulta, tuttavia applicabile in una serie potenzialmente assai ampia di casi (tra gli altri: minori non imputabili che abbiano commesso un delitto per cui si prevede la reclusione non inferiore a tre anni, soggetti prosciolti per infermità psichica o intossicazione alcolica purché il delitto non sia colposo e la pena edittale massima sia superiore ai due anni, condannati per un delitto non colposo a una pena diminuita a causa di infermità psichica o intossicazione alcolica) e secondo un presupposto, la relazione tra malattia o immaturità e crimine, la cui natura epistemologicamente problematica rischia, come si è osservato, di vanificare la previsione legale dell'accertamento di pericolosità e rendere molti soggetti non imputabili, assoggettabili a misure fuori da ogni garanzia (58).

Se, d'altra parte, nei casi ordinari la previsione che subordina le misure al verificarsi di un reato può considerarsi una soluzione ottimale in quanto assegna all'illecito penale un carattere sintomatico univocamente accoglibile (59), la legge ammette talune rilevanti deroghe. Si tratta delle figure, disciplinate dagli articoli 49 e 115, del « reato impossibile » e del mero accordo per commettere un delitto o, ancora, dell'istigazione, accolta o respinta, a commettere un delitto successivamente non perpetrato. Nel richiamarli si è affermato che « il concetto di fatto, agli effetti delle misure di sicurezza, non si identifica col concetto di fatto ai fini dell'applicazione delle pene » perché nel caso delle pene il reato viene osservato nella sua dimensione causale come fonte di danno o pericolo laddove rispetto alle misure esso vale come indicatore di uno stato personale che segnala l'opportunità di attivare meccanismi di difesa (60).

Ma, nel momento in cui si ammette questo, ossia in ossequio alle esigenze di sicurezza si offre cittadinanza ad un'accezione sensibilmente attenuata del termine « fatto », si finisce per far pendere la bilancia del giudizio di pericolosità sulla valutazione prognostica del comportamento operata dal giudice secondo un discrezionale ap-

(58) Cfr. Musco, *La misura di sicurezza detentiva*, cit., p. 113.

(59) Ivi, p. 109.

(60) C. Saltelli, E. Romano-Di Falco, *Commentario teorico-pratico del nuovo Codice penale*, Torino, Utet, 1940, vol. II, p. 429.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prezzamento degli elementi elencati dall'articolo 133 e con ciò si disancora il principio di legalità delle sanzioni che regola il sistema penale dal riferimento ad un presupposto contenutistico di lesività sufficientemente certo e stabile (61).

Come detto, una ricognizione sulle discussioni dottrinali che accompagnano l'entrata in vigore del Codice Rocco, anche se condotta nei limiti di alcuni campioni rappresentativi, consente di misurare lo spazio che la questione dell'indole soggettiva come fondamento della violazione della legge e premessa del suo reiterarsi, occupa nel confronto teorico.

In un testo intitolato *Capacità a delinquere e pericolosità criminale* pubblicato nel 1933, Agostino Berenini insiste sul rilievo che il Codice penale assegna al profilo soggettivo del delinquente assumendo che la capacità a delinquere in quanto insufficiente resistenza alle « forze che traggono al delitto » si debba certamente far coincidere con la pericolosità, della quale non sarebbe altro che la manifestazione conclamata nel reato consumato, uno scenario attraverso cui è possibile vedere come: « il pericolo non risiede nel fatto ma nell'uomo » (62). Se capacità a delinquere e pericolosità sono reciprocamente funzionali, gli elementi di diagnosi indicati nell'articolo 133 vanno contestualmente assunti come base per la quantificazione della sanzione ma anche come cornice di una più ampia valutazione sulle possibili ricadute del reo. Decisivo è il ruolo del giudice che, avvalendosi della sua preparazione mentale e della sua conoscenza della personalità psichica del giudicabile « nella quale più che nel fatto si annida il pericolo » (63), dovrà ricavare da questa « psicoscopia » i criteri per la sua scelta.

Anche uno studioso più recalcitrante a riconoscere nella considerazione della pericolosità il fulcro dell'attenzione che il legislatore

(61) Sul punto, F. SGUBBI, N. MAZZACUVA, *Dispensa per il corso di Istituzioni di Diritto Penale*, Bologna, Patron, 1994, p. 68 e, più diffusamente, G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 399-404.

(62) A. BERENINI, *Capacità a delinquere e pericolosità criminale*, in « Il Pensiero Giuridico-Penale », V, 1933, p. 173.

(63) Ivi, p. 170. Nel senso della differenza tra capacità a delinquere e pericolosità rispetto al rilievo che gli indici dell'articolo 133 possono avere su un giudizio rivolto al fatto commesso o ai fatti futuri si vedano SALTELLI, ROMANO-DI FALCO, *Commentario*, cit., pp. 430-431.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fascista avrebbe spostato dal delitto al delinquente quale Silvio Ranieri, in un testo apparso nello stesso anno ammette che essa configura forme di delinquenza *qualitativamente* diverse per il trattamento delle quali il giudice non può che affidarsi a deduzioni e criteri d'ordine empirico: « l'esattezza del giudizio di pericolosità — scrive — è correlativa all'estensione della conoscenza delle circostanze che lasciano attendere una condotta criminosa. E il problema dell'accertamento della pericolosità si riduce, nel suo aspetto pratico, all'accertamento di quelle cause che, secondo l'esperienza e la legge di causalità, fanno persuasi dell'esistenza di un pericolo in atto come causa probabile di un futuro evento dannoso » (64).

Proprio sull'accettazione da parte di Ranieri della pericolosità quale criterio di determinazione della pena si radica la critica mossagli da Filippo Grispigni, il quale asserisce che se si accoglie un tale presupposto non si può che osservare come l'intero sistema penale sia fondato sulla pericolosità. Secondo la sua analisi « è evidente che quando la legge determina i criteri che devono obbligatoriamente essere seguiti dal giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale, ciò significa che questi stessi criteri essa ha seguito nell'elaborazione di tutto il sistema legislativo; l'opera infatti del giudice non è che la continuazione di quella del legislatore e sarebbe assurdo che l'uno e l'altro seguissero criteri diversi » (65). A sostegno di tale argomentazione, Grispigni ricorda che l'effettiva inflizione del castigo (e non solo le sue modalità) secondo la lettera del Codice penale appare ancorata al giudizio di pericolosità perché è secondo questo che gli articoli 164 e 169 prevedono la possibilità del perdono giudiziale, della sospensione condizionale della pena e della liberazione condizionale (66). Ma, allargando lo spettro della sua replica a Ranieri, Grispigni contesta anche il fatto che l'articolo 203 vada letto nel senso di una delimitazione dell'area dei soggetti pericolosi. Questi, secondo il rinvio all'articolo precedente, sarebbero gli autori di fatti previsti dalla legge come reati o anche, in ipotesi tassative, non considerati tali e, dunque secondo Ranieri, il legislatore avrebbe

(64) S. Ranieri, *La pericolosità criminale nel Codice penale vigente* (1933), in Id., *Scritti e discorsi vari* Volume I, Milano, Giuffrè, 1968, p. 267.

(65) Ivi, *Postilla del Grispigni*, p. 276.

(66) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mantenuto sui profili soggettivi della pericolosità un pregiudizio valutativo rispetto all'effettuale verificarsi di un evento. In realtà, per Grispigni, l'articolo 203 si sarebbe dovuto leggere per esteso, sottolineando adeguatamente la locuzione iniziale « agli effetti della legge penale è socialmente pericoloso… ». Così facendo, si sarebbe compreso che la reale intenzione del legislatore non era tanto quella di considerare pericolose le persone che avessero infranto la legge penale, ma che, solo agli effetti di questa, un soggetto pericoloso sarebbe stato sottoponibile a misure di sicurezza, restando aperta, in ogni altro caso, la via delle misure di prevenzione della legge di Pubblica Sicurezza (67).

Ma se autori come Berenini, Grispigni o Petrocelli insistono sulla funzione di difesa apprestata dalla nozione di pericolosità, costituendola come il piano di immanenza su cui il legislatore articola lo strumentario integrato della prevenzione penal-poliziesca, altri studiosi provano a evidenziarne i profili garantistici, di criterio di adattamento della reazione statale alle caratteristiche individuali dell'agente secondo la minaccia che questo realmente rappresenta.

È il caso di Eugenio Florian che, condividendo l'approccio positivista secondo il quale è possibile osservare un'inclinazione al delitto che va oltre la semplice infrazione penale, ritiene che la pericolosità vada assunta come condizione di perfezionamento dell'imputabilità dell'azione. Se questo vale pacificamente rispetto alla previsione normativa che vuole un individuo passibile di misure di sicurezza solo se, non essendo punibile o imputabile, questi sia anche pericoloso, Florian insiste sull'inversione dello schema per cui: « la pena e gli istituti affini non hanno ragione di applicarsi ove non sieno necessari od almeno utili: ove non è pericolosità, ivi non può farsi luogo agli stessi […] la pericolosità è il titolo per il perfezionarsi della responsabilità criminale » (68).

Contro posizioni dottrinali che si erano andate mostrando favorevoli alla configurazione di una specifica categoria delittuosa consistente nella mera pericolosità, Florian insiste sul fatto che essa si sarebbe dovuta inquadrare sempre rispetto alla commissione di un delitto, che questo passaggio dovesse comunque costituirne un

(67) Ivi, p. 273.

(68) E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, Milano, Vallardi, 1934, p. 316.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indefettibile presupposto. Ma se, d'altra parte, il fine della risposta penale è la difesa della società, non si sarebbe dovuta trascurare l'indole dell'autore, in quanto un'azione repressiva si giustifica ove essa appaia il solo modo per neutralizzare una fonte di pericolo. « Dire che il delinquente è sempre pericoloso — scrive Florian — è tornare all'antico, trasferire di nuovo la pericolosità nell'azione, obliando il delinquente » (69).

In questo schema, la pericolosità funziona come « limite concreto dell'imputabilità » (70) e, benché essa abbia nel fatto l'occasione più eloquente del suo manifestarsi, possono darsi casi in cui essa manchi del tutto, impedendo di far sorgere una qualsivoglia pretesa punitiva. Al tempo stesso, secondo Florian, il trattamento richiesto da azioni che non integrino gli estremi del reato, come quelle che configurano un « tentativo impossibile », va fatto rientrare nell'orbita della difesa penale in quanto denuncino un certo livello di pericolosità (71).

Alle soglie della seconda guerra mondiale e nei primi anni quaranta, in un clima politico che favorisce il dialogo con la penalistica tedesca, autorevoli studiosi italiani criticano la tendenza a far gravitare il sistema penale intorno alla pericolosità e i « cedimenti » in senso garantistico che essa poteva implicare. Significative, in tal senso, le posizioni assunte da Giuseppe Maggiore e Giuseppe Bettiol. Il primo, sul quale si avrà modo di tornare per un suo celebre scritto che, ispirandosi a controversi esiti della penalistica nazista, prefigura un approdo del diritto penale in linea col carattere rivoluzionario dell'esperienza fascista, richiama la centralità della volontà consapevole nell'imputazione del reato secondo il dettato del Codice Rocco e ironizza sulla tendenza dei positivisti a misurare tutto in termini di pericolo e difesa omettendo la finalità eminentemente retributiva della giustizia penale. « Il mondo penale del positivista — scrive Maggiore — si articola intorno a un asse percorso dalla corrente elettrica dove è scritto « pericoloso toccare ». In tal modo non vi sono, per essere esatti, più rei, reati e pene, ma persone pericolose, azioni pericolose, misure intese ad

(69) Ivi, p. 321.
(70) Ivi, p. 322.
(71) Ivi, p. 658.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

evitare un pericolo. Non c'è […] neppure un diritto penale (poiché non vi è diritto senza giustizia) ma soltanto un diritto di difesa; e neanche un diritto, bensì un semplice meccanismo difensivo » (72).

Pur riconoscendo che la pericolosità è « eticamente valutabile », Maggiore rifiuta che essa si possa considerare la « chiave di volta del diritto penale » e insiste sulla differenza tra la nozione di pericolosità usata nell'articolo 203 e quella di capacità a delinquere presente nell'articolo 133. A parte il rilievo per cui nulla avrebbe vietato al legislatore di usare la medesima espressione ove avesse voluto riferirsi alla medesima cosa, Maggiore osserva che la pericolosità indica solo la probabilità che taluno commetta un reato, laddove la capacità a delinquere « importa un giudizio sulla personalità del reo, il quale è più incline al male anziché al bene » (73).

Tanto la pericolosità che la capacità a delinquere sono suscettibili di valutazione etica, ma solo la capacità può essere oggetto di un rimprovero che si traduce, in sede giuridica, in un castigo, mentre l'individuo pericoloso si pone « fuori dal mondo morale » (74). La struttura fondamentalmente retributiva del sistema per cui si può ben essere imputabili senza essere pericolosi obbliga a considerare l'azione assumendo come *prius* la libertà del singolo e, qualora essa « pende più verso il peccato che verso la virtù » (75), a usarla come il calco di una complessione morale che esige un adeguato inasprimento punitivo.

In funzione complementare al meccanismo colpa-espiazione su cui si fonda il diritto penale, l'ordinamento accoglie dei dispositivi di neutralizzazione, le misure di sicurezza, che funzionano secondo una logica preventiva, eventualmente associabile ma in nessun modo succedanea di quella che ispira le pene. Proprio perché si tratta di orizzonti differenti, l'opinione di Maggiore è che le misure di sicurezza vadano ricomprese nell'ambito di operatività delle misure di polizia, delle quali condividono premesse e obiettivi: « A noi sembra che l'attrazione delle misure di sicurezza nell'orbita delle

(72) G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 1943, pp. 313-314.

(73) Ivi, p. 316.

(74) Ivi, p. 719.

(75) Ivi, p. 316.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

misure amministrative di polizia si presenti, dal punto di vista dogmatico, fatale. Se esse hanno un solo presupposto: il pericolo e un solo scopo: la prevenzione di esso, non possono che coincidere in tutto e per tutto » (76). Questa sembra l'unica concessione fatta alle posizioni di positivisti come Petrocelli (77), all'interno di un'analisi che punta a enfatizzare il momento retributivo della risposta penale e l'inquadramento dell'indole dei delinquenti secondo una logica ad esso conciliabile. In effetti, si tratta di una concessione significativa perché allude all'esistenza di un *continuum* tra la neutralizzazione poliziesco-securitaria dell'individuo pericoloso (78) e una modulazione delle pene che ne incrementi il rigore ogni qualvolta le caratteristiche personali del reo richiamate dall'articolo 133 attestino una significativa capacità a delinquere, ossia una fisionomia morale attratta dal disordine e dal male. L'orizzonte del recupero passa in secondo piano a favore di una sensibilità che coglie nel rigore e nell'inflessibilità il *quid* del comando giuridico.

Su posizioni simili a quelle di Maggiore e, come nel suo caso manifestando una vocazione al dialogo con la penalistica nazista, si trova Giuseppe Bettiol. Proprio partendo da una riflessione sulle nozioni di « tipo di autore » e « colpa di autore » quali erano emerse negli scritti di alcuni giuristi tedeschi, Bettiol si domanda se anche nel Codice Rocco non vi fosse modo di ricostruire i lineamenti di una dogmatica che sapesse valorizzare i tratti individuali non nei termini specialpreventivi della difesa ma in quelli classici della colpa e della retribuzione. Secondo la sua analisi occorre distinguere tra istituti come la « recidiva » e l'« abitualità a delinquere », essendo la prima perfettamente aderente al sistema della retribuzione mentre la seconda è sottoposta al diverso principio della difesa. « Ai fini della determinazione dell'esistenza di una pena che si adegui al modo di essere dell'autore — scrive — la qualifica del delinquente abituale, in quanto porta ad una misura di sicurezza non ha significato alcuno,

(76) Ivi, pp. 722-723.

(77) Il cui saggio sulla pericolosità è per Maggiore la migliore trattazione dell'argomento. Cfr. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, cit., p. 314.

(78) Giova ricordare che per Petrocelli la correzione-risocializzazione non rappresenta lo scopo principale delle misure di sicurezza. « Può darsi — scrive — misura di sicurezza senza cura e senza emenda, non misura di sicurezza senza… sicurezza ». B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale*, cit., p. 278.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perché siamo al di fuori del campo della *colpa di autore* (*Täterschuld*) che porta alla *pena di autore* (*Täterstrafe*). Solo in quanto l'autore è un recidivo il problema viene in considerazione » (79).

Il reato del recidivo manifesta la sua inclinazione a delinquere e va considerato, anche nel perimetro di un diritto penale dell'azione, come indice di una più intensa volontà colpevole che va adeguatamente repressa. Il carattere non va apprezzato secondo la prospettiva fissa del determinismo positivista, valevole tanto a espandere difensivamente che a restringere garantisticamente la risposta dell'ordinamento, ma come qualcosa di plasmabile, come il campo di « un'attività cosciente, finalisticamente orientata, capace di superare anche le tare ereditarie e le deficienze innate, e ciò non in base a una mera finzione […] ma alla stregua di una verità che ha avuto il suo collaudo sperimentale » (80). In altri termini, al delinquente e massimamente al recidivo può e deve rimproverarsi non solo il fatto commesso ma anche l'omessa censura delle proprie intenzioni. Non semplicemente l'aver rubato, ad esempio, ma l'aver lasciato prevalere in sé lo spirito del ladro. Se dal punto di vista della società questo significa essere stato fonte di ulteriori pericoli, dal punto di vista del singolo significa non avere colpevolmente controllato l'insorgenza delle tendenze da cui essi si sono sviluppati. Sicché Bettiol può affermare che: « L'idea della retribuzione non è infranta ma estesa oltre alla sfera d'influenza della singola azione delittuosa » (81).

Sebbene formalmente Bettiol rispetti la bipartizione pene-misure di sicurezza, nel suo ragionamento il polo repressivo-retributivo finisce per assorbire ogni altro elemento e fa assumere al diritto una curvatura etica che non lascia spazio a schemi alternativi. Si è colpevoli per aver impresso un certo indirizzo all'esistenza, per aver preferito il male al bene: « C'è una colpa che colora tutta una vita […] la colpa per condotta di vita è di netta *origine moralista*, ma può essere invocata per spiegare alcuni fenomeni del diritto penale che

(79) G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei « tipi di autore »*, in « Rivista italiana di diritto penale », XIV, 1942, p. 39.

(80) Ivi, pp. 43-44.

(81) Ivi, p. 41.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

finora non erano stati abbastanza chiariti » (82). Quand'anche il soggetto sia tratto al crimine da un *deficit* caratteriale, egli deve rispondere di quest'incapacità di controllarsi, che lascia pesare sul fatto un valore aggiunto di esecrabilità e giustifica una reazione più vibrante.

Negli anni della guerra (Bettiol pubblica il suo articolo nel 1942 e l'anno seguente escono i *Principi di diritto penale* di Maggiore) comprensibilmente la circolazione di temi e idee tra studiosi italiani e tedeschi aumenta e, per quanto nell'insieme si possa tener fermo che « le esperienze totalitarie hanno modelli variabili a seconda del contesto in cui si svolgono » (83), la stretta rigorista di parte della dottrina italiana, che attraverso un certo uso della recidiva e della nozione di capacità a delinquere sembra voler tratteggiare la fatti-specie incriminatrice di « individuo pericoloso » (84) può leggersi come un effetto di questo clima. Il corso degli eventi successivi ha impedito che esso incidesse sulla politica criminale italiana in modo significativo, ma lo ha, probabilmente, impedito più di quanto non avrebbero saputo fare le originarie e in parte persistenti differenze tra i due versanti teorici.

3. *Il Nazismo e la difesa della comunità.*

Se in Italia discussioni teoriche e affinamenti dottrinali spingevano nel senso dell'estensione o del restringimento del principio

(82) Ivi, pp. 42-43. Va osservato che alcuni decenni dopo, Bettiol scrive che la sua insofferenza verso le misure di sicurezza come presidio della « difesa sociale » era stata originata da una sollecitudine nei confronti dei delinquenti malati di cui, a suo avviso, ci si sarebbe dovuti far carico secondo una visione solidaristica ispirata alla dottrina morale cattolica. Cfr. G. BETTIOL, *Il ruolo svolto dal Codice penale Rocco nella società italiana,* in « La Questione Criminale », VII, 1981, 1, p. 30.

(83) BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 552, n. 42.

(84) Mantenendo la distinzione tra capacità a delinquere come malvagità e pericolosità come probabilità di commettere reati in relazione a circostanze oggettive che vanno oltre l'indole del soggetto (distinzione che consente al doppio meccanismo repressivo-trattamentale di intervenire in ogni caso), Pietro Nuvolone usa, nel definire la capacità a delinquere, l'equivoca espressione (utilizzata già da Antolisei) « criminalità latente » che allude a una profonda deformazione morale di cui il reato rappresenta il luogo di emersione. Cfr. P. NUVOLONE, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, Piacenza, Tipografia A. del Maino, 1942, pp. 35-40.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cardine del diritto penale liberale *nullum crimen sine lege*, depositando nelle maglie della legge ciò che essa attraverso le sue trasformazioni ma altresì attraverso tali confronti mostrava di poter accogliere, in Germania più radicali rivolgimenti politico-ideologici decretavano l'affermarsi di una visione del delitto e della pena ispirata alla diversa massima *nullum crimen sine poena*, che sintetizza efficacemente il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato totalitario e le sue conseguenze nel campo giuridico-penale.

Occorre sottolineare la differenza tra certezza delle regole, propria dello Stato di diritto, e giustizia sostanziale. Secondo questi termini si esprime Carl Schmitt in uno scritto del 1934 che commenta il processo seguito all'incendio del *Reichstag*, osservando che la giustizia pretende che nessun delitto resti impunito (85) e si può dire, per grandi linee, che questo approccio si manterrà come la cifra identificativa di una nuova epoca in cui ciò che è penalmente rilevante va considerato assumendo la difesa della comunità popolare come scopo e la coscienza morale della medesima come sorgente di valori e mettendo da parte ogni amabile concessione alla sfera esistenziale del singolo individuo (86).

È possibile cogliere un segnale delle nuove tendenze che interessano il diritto penale proprio a partire dal processo « van der Lubbe », che prende il nome del giovane militante comunista accusato di aver causato l'incendio del *Reichstag* il 27 Febbraio 1933 e successivamente condannato a morte per quest'imputazione. Il 28 Febbraio, un provvedimento noto come « Ordinanza per la difesa del popolo e dello Stato » aggrava le pene previste per alcuni delitti, introducendo la pena di morte per casi per cui, sino ad allora, si sarebbe applicato l'ergastolo. Ma è una successiva legge del 29 Marzo che stabilisce che le pene modificate il 28 Febbraio si sarebbero applicate anche ai fatti commessi tra il 31 Gennaio e il 27 Febbraio 1933 (87). Il regime nazista si affaccia, dunque, al potere brandendo la pena capitale e non esitando a usarla retroattivamente

(85) Cfr. C. SCHMITT, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, in « Juristische Wochenschrift », 12-13, 1934, pp. 713-718.

(86) Cfr. H. RÜPING, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, München, Beck, 1981, p. 97.

(87) Cfr. W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, Neuwied-Kriftel, Luchterhand, 2000, p. 64.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al primo segnale di allarme in grado di turbare l'ordine e la quiete e di apparire come una sfida ai nuovi detentori del potere. Non molto tempo dopo, nel 1935, sarà il sottosegretario alla Giustizia (e più tardi Presidente del *Volksgerichtshof*) Roland Freisler a sottolineare che il diritto penale intende combattere ogni inclinazione all'antisocialità, all'anarchia, all'illecito, al turbamento della pace, quand'anche non si concretizzi in una condotta lesiva dei beni protetti dalla legge ma appaia, anche in modo latente, dalla fisionomia spirituale del soggetto perché il diritto penale è un « diritto di battaglia » e la battaglia non può limitarsi alla reazione a un attacco ma mira alla neutralizzazione del nemico pericoloso prima che questi possa nuocere (88).

In uno scritto del 1933 che è, per certi versi, un manifesto della politica criminale del nascente regime nazista, i penalisti Georg Dahm e Friedrich Schaffstein insistono sulla necessità che la pena assolva una funzione simbolica, consistente nel manifestare la potenza dello Stato (89). Benché tale funzione si riconnetta massimamente all'uso della pena di morte, essi osservano che la repressione del delitto non deve superare certi limiti di proporzionalità perché ogni « brutale sovrappiù senza commisurazione rispetto a colpa e responsabilità sarebbe insensata barbarie e non verrebbe compreso » (90). Non bisogna, tuttavia, enfatizzare la portata di quest'affermazione o vedervi particolari cautele garantistiche. La tesi di Dahm e Schaffstein è che, attraverso il diritto penale, la cui forza coattiva veicola l'inflessibilità del comando politico, lo Stato nazionalsocialista riconduce ad unità ciò che la mentalità liberale aveva lasciato disperdere. Lo Stato non può costituirsi come effetto delle singole volontà concorrenti e il diritto non può valere come strumento di tutela di interessi localizzati. Da questo punto di vista, la massima « nessuna pena senza predeterminazione legale » che è l'architrave del Codice penale, fa che esso appaia, secondo la nuova sensibilità ideologica, la « *Magna Charta* del delinquente » laddove

(88) Cfr. R. Freisler, *Willenstrafrecht; Versuch und Vollendung*, in *Das Kommende deutsche Strafrecht. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission*, a cura di F. Gürther, Berlin, Vahlen, 1935, pp. 14-15.

(89) Cfr. G. Dahm, F. Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, p. 41.

(90) Ivi, p. 42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esso dovrebbe diventare la « *Magna Charta* degli interessi statuali » (91). Per difendere ed affermare la preminenza di questi su quelli privati, il senso etico cogente ricompreso in espressioni come « onore della nazione » contro la deriva relativistica della cultura borghese, il diritto penale è uno strumento irrinunciabile ma, tanto più efficace quanto più flessibile. In linea di principio, esso non può trascurare la dimensione special-preventiva, grazie alla quale la pena, oltre alla sua funzione deterrente generale, punta ad un recupero del delinquente; a patto che si tenga ferma la distinzione tra sicurezza e rieducazione e, cioè, che resti fermo che « non ogni delinquente può essere rieducabile ma la questione va risolta caso per caso » (92).

Il sistema del diritto penale nazista resterà, fino al crollo del regime, ancorato a due postulati metodologici: da una parte una strettissima dipendenza rispetto al campo delle decisioni politiche, la quale fa sì che, nonostante l'insediamento di una commissione di riforma del Codice penale, non si arrivi all'emanazione di una nuova compilazione che avrebbe prodotto un diritto ideologicamente connotato ma vincolante, con minori spazi di manipolazione tramite interventi occasionali (93); dall'altra, la rimodulazione di alcune coordinate fondamentali nel campo delle fattispecie incriminatici che spinge verso un diritto del pericolo piuttosto che del danno e verso l'inquadramento di condotte pericolose a partire dai tratti specifici (biografici ma altresì etnico-razziali) di particolari categorie di soggetti pericolosi per la comunità, come esponenti della stessa dottrina italiana non esitano a rilevare sin dall'inizio (94).

Tra i primi e più significativi risultati di quest'indirizzo, va considerata la legge del 24 novembre 1933 contro i delinquenti abituali pericolosi. Pur attingendo a elementi di politica criminale che precedono la dittatura hitleriana, essa funziona come uno degli strumenti privilegiati nella guerra che il regime dichiara ai propri

(91) Ivi, p. 32.

(92) Ivi, p. 45.

(93) Cfr. J. FEST, *Il volto del Terzo Reich*, Milano, Mursia, 2001, p. 335. Sui progetti di riforma del Codice del 1871 precedenti alla presa del potere nazista si veda MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, cit., pp. 76-79.

(94) Cfr. A. DE MARSICO, *Prime linee della riforma hitleriana del diritto penale*, in « Rivista Penale », V, 1934, pp. 17-18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nemici interni, solo retoricamente identificabile alla battaglia proclamata contro la delinquenza (95).

La legge prende in considerazione i « delinquenti pericolosi » sotto un duplice punto di vista, parzialmente riconducibile alla logica del doppio binario adottata nel sistema italiano e meglio assimilabile alle questioni poste a proposito dell'accezione repressivo-retributiva che, secondo alcuni, si sarebbe dovuta assegnare al concetto di capacità a delinquere usato dal legislatore fascista.

Il primo articolo della legge, che diventa il paragrafo 20 del Codice penale, stabilisce che la terza condanna per un fatto doloso impone la comminazione di cinque anni di reclusione o, qualora l'ultimo fatto fosse sanzionato con pena più grave, di quindici anni. Condizione per determinare l'incremento è che i primi due fatti dolosi avessero provocato una condanna definitiva compresa tra i sei mesi di carcere e la pena capitale. Ma il comma seguente si affretta a precisare che la pena può essere aggravata per ognuno dei fatti da giudicare secondo le misure previste anche in mancanza di altre premesse qualora l'autore « dalla valutazione complessiva dei fatti risulti delinquente abituale pericoloso ». Il profilo evocato dalla legge è, per ampio riconoscimento della dottrina, non quello del semplice recidivo ma quello di un soggetto pericoloso, indotto a violare ricorsivamente la legge da una costituiva « instabilità e debolezza della volontà » (96). Ciò che la disposizione qualifica è un'attitudine espressa dalla condotta ma profondamente inerente al temperamento del singolo. « Ragione dell'inasprimento della pena — scrive Bockelmann — è una qualità dell'autore: che egli è un delinquente abituale […] Solo la valutazione complessiva di tutti e tre i fatti può giustificare l'ipotesi che l'autore è un delinquente abituale pericoloso. Cosicché la legge obbliga il giudice a oltrepassare il quadro del singolo fatto […] il delinquente abituale pericoloso secondo l'inequivocabile tenore letterale del paragrafo 20 viene

(95) Cfr. M. Frommel, *Verbrechensbekämpfung im Nationalsozialismus*, in *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, a cura di M. Stolleis, München, Beck, 1991, p. 54.

(96) E. Schäfer, *Das Gesetz gegen gefärliche Gewonheitsverbrecher und über Maßregeln zur Sicherung und Besserung*, in *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, a cura di H. Frank, München, Franz Eher, 1935, p. 1367.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

punito per ciò che egli è » (97). Secondo Edmund Mezger, la figura del « delinquente abituale pericoloso » introdotta dalla legge del 1933 risolve il problema, rimasto aperto nella dottrina italiana, riguardante la caratterizzazione del « delinquente per tendenza », ossia di quel soggetto che si trova ripetutamente in contrasto con le regole della vita associata in ragione di un'indole particolarmente malvagia, la quale obbliga l'ordinamento ad adeguare le proprie risposte (98). Questo adeguamento risente del particolare clima che nel regime nazista si determina intorno all'infrazione della legge, non osservata solo nella dimensione oggettiva del danno che essa produce o del pericolo che segnala, ma nella dimensione soggettiva del sottrarsi da parte del singolo « membro della comunità » (*Volksgenosse*) ad un patto tacito di scrupolosa obbedienza all'autorità che si configura come un intollerabile atto di infedeltà, un vero e proprio tradimento (99).

Questa percezione della coesione come bene primario, che onora il gregarismo come prassi grazie alla quale solo diluendosi nello spirito collettivo è possibile trovare il proprio *ubi consistam*, esalta gli aspetti repressivi del diritto penale e la loro vocazione a isolare e neutralizzare quanti si mostrano più riottosi o, comunque, non adattabili.

A partire da tali premesse è possibile comprendere perché la legge del Novembre 1933 appaia ispirata ad una logica poliziesca ed afflittiva anche in quelle sue parti che introducono alcune « misure di sicurezza e miglioramento », in qualche modo simili alle misure di sicurezza previste dalla legislazione italiana. Infatti, essa dispone che qualora si commetta un reato in condizioni di disturbo dell'attività mentale che impediscano di riconoscere l'illiceità del proprio comportamento, l'autore non sia punibile. Sarebbe punibile in via attenuata, secondo le disposizioni che regolano la punizione del tentativo, se il disturbo comportasse una limitazione parziale delle

(97) P. BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1940, 2° Teil, p. 36. Nello stesso senso, G. DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, Weicher, 1940, p. 15.

(98) Cfr. MEZGER, *Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen*, cit., pp. 262-263.

(99) Cfr. R. FREISLER, *Der Schutz der Bewegung im neuen Strafrecht*, in « Deutsches Strafrecht », III, 1936, 3, p. 75.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

facoltà di discernimento. Queste disposizioni innovano il paragrafo 51 del Codice penale che, nella precedente versione, si riferiva a *deficit* mentali che escludessero la libera determinazione della volontà, esigendo la prova della mancata percezione dell'illiceità della condotta e, in ogni caso, si riconnettono agli altri articoli della legge, che diventano i paragrafi 42a-42n del Codice penale e introducono un insieme di misure in cui, per stare allo scritto di Dahm e Schaffstein sul *Diritto penale liberale o autoritario*, le esigenze di sicurezza e rieducazione vengono sapientemente dosate.

La regola generale impone che chi ha agito in stato di incapacità venga associato a uno stabilimento di salute o di cura, se la sicurezza pubblica lo esige. Il ricovero è cumulato alla pena nel caso di semplice attenuazione dell'imputabilità (paragrafo 42b). Il ricovero in uno stabilimento di cura per bevitori viene previsto per i soggetti dediti al consumo di alcolici e assegnato insieme alla pena per un delitto che sia stato commesso in condizioni di ebbrezza (paragrafo 42c) così come l'internamento in casa di lavoro è disposto quando taluno abbia commesso atti impudichi ovvero abbia mendicato per pigrizia, indolenza o per professione o abbia comunque fatto ravvisare l'opportunità di un'educazione forzosa al lavoro e alla vita ordinata (paragrafo 42d). Nel caso di delitti di indole sessuale di particolare gravità quanto alle modalità di esecuzione o alle qualità delle vittime, per coloro che abbiano superato i ventuno anni, oltre la pena può essere disposta l'evirazione (paragrafo 42k) (100). La custodia di sicurezza può essere, inoltre, ordinata nei confronti dei « delinquenti abituali pericolosi » a cui si riferisce il paragrafo 20, insieme alla pena quando il tribunale ravvisi esigenze di pubblica sicurezza (paragrafo 42e). La durata delle misure non è determinata in modo univoco. L'internamento dei bevitori in uno stabilimento di disintossicazione non può durare oltre i due anni. Ma lo stesso limite vale solo per il primo ingresso in una casa di lavoro, mentre per l'internamento in un istituto di cura psichiatrica o per la custodia di

(100) La giurisprudenza tedesca arriva ad ammettere una « castrazione ripetuta » ed eventualmente « più volte ripetuta », qualora il primo intervento non sia stato ben eseguito o quando il soggetto pericoloso, seppure ristretto in un istituto di sicurezza, possa soddisfare i propri « istinti criminali » ed agire contro la moralità. Cfr. H. Von Hentig, *Nuovi problemi della castrazione*, in « La Giustizia Penale », XLIV, 1938, coll. 12-13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sicurezza non è fissato alcun tetto massimo. Secondo i casi, ogni due o tre anni il tribunale decide sull'interruzione o proroga della misura valutando se lo scopo della stessa sia stato conseguito (paragrafo 42f). Ulteriore meccanismo che si introduce con questa legge e che interessa direttamente il principio di legalità è la retroattività delle misure di sicurezza e miglioramento. Un articolo che aggiunge al Codice penale il paragrafo 2a stabilisce, infatti, che per le misure vale la legge in vigore al momento della decisione, estendendo l'uso degli strumenti di controllo e repressione di cui, per suo tramite, il regime nazista si dota a una generalità di condotte quand'anche avessero preceduto la regolazione imposta dai nuovi governanti. Regolazione che appare ispirata al massimo rigore e, anche secondo i commenti che suscita in dottrina, punta a costruire un sistema chiuso in cui a ogni anomalia, infrazione o intemperanza segue una punizione calibrata sul minore o maggiore grado di difformità del singolo stile di vita dai canoni della diligenza e dell'ordine autoritario che si vanno imponendo.

Secondo Georg Dahm bisogna guardare alla legge del Novembre 1933 come a un vero baluardo nella difesa della comunità. Grazie alle sue prescrizioni, la maggiore mitezza nei confronti degli incapaci di intendere e volere viene bilanciata dall'istituzione di strutture di cura in cui costoro verranno collocati, mentre nel caso di « delinquenti abituali pericolosi », la cumulabilità di pena e misura di sicurezza risponde alla necessità di retribuire la colpa e arginare la pericolosità sociale muovendosi su un « doppio binario » (101). Considerazioni simili quelle di Hans Welzel, che osserva come il nuovo paragrafo 20 del Codice penale abbia una funzione distinta e complementare rispetto alle misure di sicurezza e miglioramento: queste guardano al futuro e alle possibili ricadute del reo, la modulazione della pena connessa all'abitualità delle infrazioni è commisurata, invece, alla necessità di punire la condotta secondo i differenti gradi di colpa che essa manifesta, sia che dipendano da cause naturali, sia che attestino un vizio del temperamento (102).

(101) Cfr. G. DAHM, *Deutsches Recht*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1944, pp. 422-423.

(102) Cfr. H. WELZEL, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1944, p. 170.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La legge asseconda una mappatura dello spazio sociale che risponde alla dicotomia guerresca amico-nemico. Il ruolo del nemico, garante di un'identità che si consolida oppositivamente, è svolto da quanti, a vario titolo, non si possono considerare membri sani della comunità; perché ne violano le leggi, ne disattendono gli imperativi etici, ne turbano l'ordine, ne minacciano la salute. Quando il programma di purificazione razziale troverà, con le leggi di Norimberga del Settembre 1935, una solenne e articolata espressione, l'Ebreo, il non-ariano, il tedesco che calpestando l'onore della propria comunità si unisca a costoro, rappresenteranno altrettanti bersagli di una nuova stigmatizzazione, pericolosi untori da punire e isolare ogni qualvolta mettano a repentaglio la salute della comunità inquinandone il sangue, indebolendone la discendenza (103).

Non è difficile comprendere come, da queste premesse, si scivoli verso la comminazione della pena di morte ai delinquenti abituali introdotta nel Settembre 1941 da una legge che, secondo le parole di Franz Exner, prende atto del fatto che vi sono « personalità delle quali la comunità secondo il nostro sentimento etico non dovrebbe assolutamente più curarsi e che sono votate alla morte perché sono immeritevoli di essere parte in qualunque modo, sia pure come detenuti, della comunità » (104).

Ma non occorre aspettare gli anni della guerra per incontrare ragionamenti di questo tenore. Occupandosi proprio della legge del 24 Novembre 1933, pochi mesi dopo la sua entrata in vigore, Karl Siegert si chiede se abbia importanza o utilità per la parte sana e razzialmente pura della popolazione assistere i malati di mente che abbiano infranto la legge e che costituiscono una costante minaccia alla salute della discendenza. « La questione dell'annientamento della vita priva di valore — scrive — deve essere trattata oggi nel modo più onesto, poiché il singolo non ha alcuna prerogativa, alcun diritto all'esistenza o alla difesa attraverso la generalità, bensì va valutato nel suo significato di membro di questa comunità. Se però

(103) Sul trattamento penale delle condotte vietate dalla legislazione razziale si veda F. Gürtner, R. Freisler, *Das Neue Strafrecht. Grundsätzliche Gedanken zum Geleit*, Berlin, Decker, 1936, pp. 43-49.

(104) F. Exner, *Sinnwandel in der neuesten Entwicklung der Strafe*, in *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlin, Walter De Gruyter & Co., 1944, p. 34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un uomo divenuto contravventore della legge a causa della sua minorità mentale non ha assolutamente alcun valore per la generalità, lo Stato ha il diritto di eliminarlo » (105).

Accanto a questa legislazione che osserva i pericoli cui la comunità è esposta attraverso le tipologie umane che potrebbero suscitarli, nel corso del 1934 si procede a un significativo rafforzamento delle istituzioni repressive con la creazione, tramite una legge sul processo penale approvata il 24 Aprile, del Tribunale popolare (*Volksgerichtshof*). Questa struttura, i cui membri sono nominati per cinque anni dal Ministro della Giustizia, assorbe ogni competenza sui reati di tradimento, sugli attentati contro i vertici istituzionali del *Reich* e, in generale, sui fatti contemplati nella già citata « Ordinanza per la difesa del popolo e dello Stato » del 28 Febbraio 1933. Ma la sua azione si estende a una casistica quanto mai ampia nelle ipotesi di concorso di queste fattispecie con altre, perché la cognizione del Tribunale popolare attrae quella rimessa ad altre istanze. Nel decennio del suo funzionamento, esso commina un numero di condanne a morte la cui stima oscilla tra le sedici e le ventimila (106).

Nel suo primo anno di vita il regime nazista impone al sistema penale una brusca virata in senso autoritario. Sebbene questo avvenga attraverso l'uso di dispositivi che, come osserva Naucke, non hanno un carattere assolutamente inedito, è difficile non cogliere nella stretta sequenza di interventi di riforma un disegno che enfatizza, ben più che simbolicamente, il cambio di marcia politico e l'improcrastinabile necessità di adeguare gli ambiti più « sensibili » della legislazione alla nuova *Weltanschauung*. Per questa ragione, Georg Dahm può fare, già in uno scritto del 1935, una rassegna delle differenze tra il diritto penale nazista e quello fascista proprio partendo dalle rispettive cornici culturali.

Il fascismo pone lo Stato al centro del suo discorso, laddove per il nazismo lo Stato è un semplice mezzo per il perseguimento di uno scopo, la struttura formale tramite cui la comunità popolare, orga-

(105) K. SIEGERT, *Der Einfluß der Strafzwecke auf Schuld und Strafmaß*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », LIV, 1934, p. 425 e ID., *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, Tübingen, Mohr, 1934, pp. 74-75. Sul « successo » storico di queste e consimili tesi si vedano B. MÜLLER-HILL, *Scienza di morte*, Pisa, ETS, 1989 e M. TREGENZA, *Purificare e distruggere*, Verona, Ombre Corte, 2006.

(106) Cfr. E. COLLOTTI, *La Germania nazista*, Torino, Einaudi, 1962, p. 95.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nismo vivente che custodisce una medesima anima, trova una compiuta espressione. L'unità della comunità si gioca a un livello più profondo ed è determinata dalla coappartenenza etnico-razziale dei suoi membri. Qui si consuma la differenza tra il popolo e la nazione di cui parla il fascismo, poiché « mentre il popolo esprime un'unità della razza e del sangue, sulla quale riposa la comunità di spirito e di anima, la nazione è anzitutto un'unità storico-spirituale prodotta attraverso volontà e gesta storiche » (107). Pur tributando rispetto verso l'ideologia fascista, Dahm osserva come, dalle diverse premesse, discendano conseguenze per la legislazione assai differenti nei due regimi.

La sovranità statuale è preminente rispetto alla sovranità popolare nel fascismo, mentre la « mobilitazione totale » evocata negli scritti di Ernst Jünger va, secondo Dahm, riferita all'atteggiamento, al sentimento, e alla visione del mondo della comunità piuttosto che alle sue articolazioni istituzionali (108). Nel campo del diritto penale si ha una divaricazione dei due percorsi perché, se per il fascismo la legge è l'espressione dell'autorità statale e « così come non vi è nazione se non nello Stato, non vi è ordine giuridico fuori dalla legislazione statale », per il nazismo i più gravi reati sono l'infedeltà o il tradimento nei confronti della comunità ed essi non si lasciano semplicemente descrivere secondo il linguaggio delle norme scritte, ma la loro essenza va attinta attraverso un concetto di giustizia materiale che si radica sul patrimonio assiologico della comunità. « Il reato — scrive Dahm — non è un'infrazione contro la legge formale, bensì un attacco contro l'ordinamento basilare del popolo tedesco, contro l'ordine etico del popolo e la più intima legge della comunità » (109). Al principio *nullum crimen sine lege* il diritto fascista consegna l'espressione dell'autorità dello Stato che si impone nella forza e solennità della legge ma la stessa condizione non vale per il diritto nazista. Per questo, la vita e la sicurezza della comunità vanno difese da ogni atto ostile, quand'anche esso non assuma la forma tipica di un illecito, ma valga, comunque, a segnalare la disposizione

(107) G. Dahm, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1935, p. 7.

(108) Ivi, p. 10.

(109) Ivi, pp. 14-15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del singolo alla disobbedienza, al tradimento, a una condotta che disonori la comunità e, per la quale, costui contemporaneamente se ne autoestromette (110).

Tali principi trovano applicazione nella legge del 28 Giugno 1935 che modifica il paragrafo 2 del Codice penale. Il testo modificato dispone che: « Viene punito chi commette un'azione che la legge dichiara espressamente punibile o che merita punizione secondo il pensiero fondamentale di una legge penale e secondo il sano sentimento del popolo. Qualora nessuna precisa disposizione trovi immediata applicazione all'azione, l'azione sarà punita secondo la legge il cui pensiero fondamentale le si attagli nel modo migliore ». Questa disposizione garantisce il superamento formale del principio di legalità attraverso la soppressione del divieto di analogia e il radicamento della punibilità della condotta nella sua contrarietà alla coscienza popolare quale fonte primigenia dei più autentici valori della comunità. Naturalmente, l'esigenza di concretizzare una nozione tanto suggestiva quanto indefinita, si risolve nel far dipendere la scelta del giudice da criteri squisitamente politici, poiché siffatte « categorie giuridiche possono avere un senso solo se interpretate alla luce della volontà politica del regime » (111).

Sebbene, come riferisce Nuvolone, tale riforma fosse stata generalmente accolta, fuori dalla Germania, « con un senso di vivo stupore e di aperta condanna » (112), la dottrina tedesca rivendica la sua piena conformità a un ideale di giustizia che reclama la punizione di più comportamenti simili ed ugualmente dannosi per la comunità anche quando la legge abbia censurato espressamente le modalità del manifestarsi di uno solo di essi. « La difesa penale

(110) Ivi, pp. 16-19.

(111) G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale* (1939), Bologna, Il Mulino, 1978, p. 295. Nello stesso senso, O. KIRCHHEIMER, *Criminal law in National-Socialist Germany* in « Studies in philosophy and social science », VIII, 1939-40, p. 448 e H. L. SCHREIBER, *Die Strafgesetzgebung im « Dritten Reich »*, in *Recht und Justiz im « Dritten Reich »*, a cura di R. Dreier e W. Sellert, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, p. 162.

(112) P. NUVOLONE, *La riforma del § 2 del Codice penale germanico* (1938), in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, Cedam, 1969, p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dall'illecito — scrive Freisler — non può inciampare sull'abilità inventiva dei nemici del popolo » (113).

In apertura del congresso penale internazionale tenutosi a Berlino pochi mesi prima della riforma, il Ministro della Giustizia Gürtner formulava i propositi che avrebbero condotto a questa innovazione nel modo seguente: « Una legislazione che si contenti di punire colui che trasgredisca solo una prescrizione penale che sia consacrata per iscritto in un testo di legge non può, a nostro avviso, raggiungere che in modo del tutto relativo l'obiettivo della giustizia: essa costringe il giudice ad abdicare ogni volta che il legislatore ha lasciato una lacuna nel suo testo […] la vera giustizia esige che l'atto meritevole di punizione non sfugga al castigo per la sola ragione che il testo della legge è elaborato in maniera incompleta » (114).

Intorno a ogni prescrizione penale viene, così, a crearsi una « zona di pericolo » (115) che consente alla magistratura e alla polizia di perseguire tutti quegli atti che, pur non essendo dirette infrazioni della legge, ne violano lo spirito e appaiono « moralmente riprovevoli e sconvenienti » (116). Dopo il 28 Giugno la dottrina tedesca si divide sull'espressione « pensiero fondamentale della legge » chiedendosi se essa debba valere come via di accesso all'*analogia iuris* oltre che all'*analogia legis*; potendo essere, nel primo caso, paradossalmente compresso il *Führerprinzip*, cioè la facoltà rimessa al dittatore in quanto titolare supremo della sovranità di stabilire al di là di qualsivoglia principio ricavabile dal diritto positivo come la magistratura dovesse orientarsi (117). D'altra parte, per quanto Gürtner nella sua relazione a Berlino preconizzasse questa configurazione piramidale del sistema delle fonti rispetto al *Machtspruch* hitleriano come ciò che avrebbe saldamente guidato giudici e funzionari poiché « è il *Führer* che dà la forma, che assegna il fine ed imprime

(113) R. Freisler, *Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers?*, *Fesselung des Verbrechers oder des Richters?*, Berlin, Decker, 1935, p. 13.

(114) F. Gürtner, *L'idea di giustizia e la rinascita del diritto penale tedesco*, in « Rivista di Diritto Penitenziario », VI, 1935, pp. 1190-1191.

(115) Ivi, p. 1192.

(116) *Ibidem*.

(117) Offre una panoramica delle diverse posizioni P. Nuvolone, *La riforma del §2 del Codice penale germanico*, cit., pp. 19-21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la direzione alla volontà generale » (118), in sede applicativa sarebbero rapidamente emersi una serie di problemi (119).

A uno sguardo obiettivo essi non possono che apparire come l'inevitabile approdo di un processo la cui unica *ratio* è una politica liberticida e repressiva e che, in termini pratici, si concretizza nel caotico tentativo di far passare dentro le maglie delle stesse leggi fattispecie affatto differenti.

Se a questo scenario si aggiunge l'estensione dei poteri della polizia e l'invio sempre più massiccio nei campi di lavoro di dissidenti politici, omosessuali, « asociali » che, sul finire degli anni trenta, vi giungono a decine di migliaia (120), risulta pienamente comprensibile l'affermazione di Franz Neumann secondo cui un giurista può solo provare sconcerto di fronte a « un sistema giuridico volto esclusivamente a terrorizzare la gente » (121).

4. *Confronti dottrinali.*

Ma in virtù dell'intensificarsi delle relazioni tra i regimi fascista e nazista, proprio alla fine degli anni trenta, anche le occasioni di confronto tra giuristi dei due versanti crescono sensibilmente.

Nell'Ottobre 1938 si tiene a Roma il primo Congresso Internazionale di Criminologia che registra una larghissima partecipazione di studiosi e nel corso del quale, il già menzionato Roland Freisler e Giovanni Novelli, capo dell'amministrazione penitenziaria italiana e organizzatore dell'incontro, si confrontano sul tema delle misure di sicurezza (122).

La relazione di Novelli sottolinea trionfalisticamente i successi

---

(118) GÜRTNER, *L'idea di giustizia e la rinascita del diritto penale* tedesco, cit., p. 1195.

(119) Cfr. W. MITTERMAJER, *La giurisprudenza tedesca in tema di analogia*, in « La Giustizia Penale », XLIV, 1938, coll. 33-47.

(120) Cfr. R. HILBERG, *La distruzione degli Ebrei d'Europa*, Torino, Einaudi, 1999, vol. II, pp. 976-982.

(121) NEUMANN, *Behemoth*, cit., p. 479. Sulla « legittimazione giuridica » del terrore si veda anche W. REINHARDT, *Storia del potere politico in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 572-577.

(122) Le due relazioni appaiono sin da subito tra le più importanti presentate. Cfr. B. DI TULLIO, *Antropologia criminale*, Roma, Pozzi, 1940, p. 474.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del regime nel campo dell'esecuzione penale e descrive il lavoro fatto per rendere effettiva la funzione delle misure come un percorso che mirava a fare della detenzione « un mezzo per il successo dell'opera di rieducazione e di cura » (123). Si trattava, dunque, di creare degli stabilimenti appositi, distinti da quelli previsti per l'espiazione delle pene, che riducessero al minimo gli elementi di afflittività; di usare la scuola, la religione, e il lavoro come altrettante leve per favorire il formarsi di un atteggiamento docile e collaborativo da parte degli internati; di dotarsi di parametri sicuri su cui misurare la cessazione dello stato di pericolosità, condizione per la revoca della misura; infine, si trattava di capire quanti tra gli internati non fossero comunque recuperabili. Tra costoro, secondo Novelli, vi sono « delinquenti abituali o professionali o per tendenza [...] detriti fisici e sociali per i quali nessuna attività di rieducazione è più possibile » (124). In questo caso, secondo una convergenza tra misure *ante* e *post delictum* analoga a quella prospettata da Petrocelli nel suo saggio sulla pericolosità, si sarebbe dovuto usare il confino di polizia. « Dimostrata la non-riadattabilità dei soggetti — scrive Novelli — cessa la ragione di essere delle misure di sicurezza [...] resta a provvedere solo alla eliminazione di tali soggetti dalla vita sociale perché non possano nuocere » (125).

In forza del diverso peso riconosciuto alla diagnosi biologica e all'ereditarietà delle tare del comportamento, quella che nella relazione italiana appare una soluzione, comunque, residuale, secondo Freisler si presenta come il rimedio contro una vasta schiera di soggetti incorreggibili: i delinquenti abituali pericolosi. È la biologia ad attestare che per costoro le pene non bastano ma devono intervenire delle misure di sicurezza e miglioramento. Ma più importante che il recupero dei singoli, sembra essere il benessere della collettività: « A tutte queste misure è comune il compito di proteggere il popolo da pericoli » (126). Passando in rassegna i diversi tipi

(123) G. Novelli, *Teoria e pratica delle misure di sicurezza in Italia*, in *Atti del primo congresso internazionale di criminologia*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1939, vol. I, p. 212.

(124) Ivi, p. 216.

(125) *Ibidem*.

(126) R. Freisler, *L'esperimento delle misure di sicurezza in Germania*, in *Atti del primo congresso internazionale di criminologia*, cit., p. 187.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di misure, Freisler osserva come, in effetti, solo gli stabilimenti per bevitori producano un sensibile decremento dei casi di recidiva, restando in ogni altro caso il prolungamento *sine die* della misura l'unica garanzia di protezione della comunità. Per quel che riguarda i vagabondi e i mendicanti internati in case di lavoro « c'è da calcolare — scrive Freisler — che il loro numero aumenterà giacché la Germania ha bisogno di tutte le sue forze » (127) e chi torna all'inattività dopo il primo internamento va ricondotto al lavoro forzato, « se occorre per tutta la vita » (128). Più duro ancora il destino dei delinquenti abituali pericolosi sottoposti a custodia di sicurezza. Costoro, una volta relegati per il bene della società, vanno trattati senza troppi riguardi. Individui antisociali, essi verranno quasi sempre rieducati invano perché la loro disposizione a commettere gravi reati « deriva da caratteri ereditari difficilmente o per nulla influenzabili » (129). A tal proposito, Freisler è affatto esplicito nel dire che la zavorra inutile va eliminata per sempre (130). Ma poiché tale « zavorra » va classificata secondo parametri bio-medici, « per un assorbimento sempre più completo di questo materiale pericoloso, giuristi e biologi devono senza sosta lavorare, non solo al fine di impedire altri danni [...] ma anche a protezione della nostra razza » (131) .

Riallacciandosi a ragionamenti di questo tenore, Filippo Grispigni si domanda se per il diritto penale tedesco termini come compensazione, colpa, retribuzione abbiano qualche significato. In un campo concettuale in cui la genesi del crimine si ricollega a matrici familiari ed ereditarie, non resta modo per rimproverare colpe al singolo, per fargli scontare l'effetto di scelte autonome e consapevoli. « Se tra i caratteri psichici di una razza vi è la tendenza alla frode, quando una persona appartenente a questa razza commette una truffa, che cosa le si farà « espiare » colla pena, i caratteri razziali consolidatisi e trasmessi attraverso i secoli? » (132).

---

(127) Ivi, p. 191.
(128) Ivi, p. 192.
(129) *Ibidem*.
(130) Ivi, p. 197.
(131) Ivi, pp. 197-198.
(132) F. GRISPIGNI, *Espiazione e difesa nel nuovo Codice penale germanico*, in F. GRISPIGNI, E. MEZGER, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lo stesso vale con riferimento alla sterilizzazione di delinquenti e degenerati allo scopo di impedire che essi possano procreare altri individui portatori di caratteristiche altrettanto esiziali per la comunità e all'evirazione dei delinquenti sessuali pericolosi, inibizione organica di quelle alterazioni del temperamento che preludono a comportamenti violenti. Un ulteriore argomento che obbliga a vedere nel diritto penale tedesco un sistema ispirato alla logica della difesa è che, tradizionalmente, per i seguaci della scuola classica, sostenitori del libero arbitrio e della pena retributiva, ogni *deficit* che avesse compromesso l'autodeterminazione del singolo si sarebbe dovuto considerare causa di esclusione o di sensibile diminuzione della pena. Cosa che, a giudizio di Grispigni, e nonostante il testo del paragrafo 51 del Codice penale tedesco richiamasse tale eventualità, in Germania non avveniva (133). Alle tesi di Grispigni, pubblicate nel 1940 su riviste giuridiche italiane e tedesche, risponde Edmund Mezger. Questi osserva che il diritto penale tedesco riconosce due criteri di reazione rispetto al compimento di atti penalmente illeciti. Un primo criterio di ordine retributivo che guarda alla « restaurazione della responsabilità del singolo di fronte alla comunità » e un secondo ispirato alla difesa che persegue « la separazione da questa delle parti dannose al popolo e alla razza » (134). In altri termini, niente viene escluso: le determinanti causali della condotta trovano una replica nelle misure della legge del Novembre 1933 e, più in generale, nell'insieme di provvedimenti di profilassi eugenetica e razziale; ma, accanto a questi meccanismi, il sistema accoglie anche una nozione di pena-retribuzione fondata sulla libertà personale dell'agente che va stigmatizzato rispetto al disvalore etico della sua condotta. I due punti di vista « non esigono alcuna attuazione unilateralmente dottrinale » (135). Successivamente, Grispigni, ribadirà che l'unica accezione nella quale egli ritiene si possa usare il termine « retribuzione » nel sistema tedesco è un'accezione « giuridico-sociale » nel senso che « ognuno deve avere nella comunità sociale uno *status giuridico*, secondo i pregi e i difetti della propria

(133) Ivi, pp. 18-19.

(134) MEZGER, *Retribuzione e difesa nel nuovo codice penale germanico*, in *La riforma penale nazionalsocialista*, cit., p. 37.

(135) Ivi, p. 39.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

personalità, anche se questi pregi o difetti siano da riportarsi ad influenze ereditarie od ambientali, anziché a merito o colpa morale del soggetto » (136).

In quanto « dottrina essenzialmente biologica » (137), il nazismo offre un modello nel quale un positivista convinto non esita a riconoscersi, segnalandone l'esemplarità per il sistema italiano. Nell'utilizzare le tesi di autori come Frank o Freisler, del quale Grispigni ricorda il commento all'inasprimento del diritto penale della gioventù tedesco come correlato di una visione genetico-determinista della devianza (138), non va sottovalutato l'intento di perorare una certa concezione teorica, convalidata non senza qualche forzatura ermeneutica dal riferimento alla prassi politico-criminale di un paese alleato e ideologicamente affine, all'interno del dibattito dottrinale italiano dove, come si è visto, non erano mancate schermaglie tra deterministi e retribuzionisti.

A favore di quest'ultimo versante possono ascriversi le tesi di Giuseppe Maggiore, esposte in un celebre scritto pubblicato sulla « Rivista italiana di diritto penale » nel 1939, un anno prima dello scambio tra Grispigni e Mezger: *Il diritto penale totalitario nello Stato totalitario*.

Maggiore sottolinea la necessità che alla rivoluzione politica imposta dal fascismo segua una rivoluzione dogmatica, un profondo cambio di passo della scienza giuridica che renda il suo prodotto adatto ai tempi. « Siamo dunque in un'epoca politica. Non vogliamo dire che non ci sia perciò più posto per i giuristi ma essi hanno l'obbligo di divenire più politici [...] più politica e meno dogmatica » (139). Questo vuol dire adeguare i fini del diritto ai nuovi fini della politica, segnatamente « l'educazione fisica e morale e l'epurazione della razza » (140). Ma significa, altresì, ricordare che il diritto è l'espressione della maestà dello Stato ed ogni infrazione, ogni

(136) GRISPIGNI, *I principi fondamentali del nuovo diritto penale germanico*, in *La riforma penale nazionalsocialista*, cit., p. 44.

(137) Ivi, p. 66.

(138) Cfr. GRISPIGNI, *Sul diritto penale della gioventù in Germania*, in *La riforma penale nazionalsocialista*, cit. pp. 80-81.

(139) G. MAGGIORE, *Il diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in « Rivista Italiana di Diritto Penale », XI, 1939, p. 148.

(140) Ivi, p. 145.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

condotta legalmente riprovevole è anche un'offesa all'onore della Nazione, un intollerabile atto di disobbedienza.

Maggiore rifiuta la teoria della difesa perché essa rischia di collocare Stato e individuo su un piano di inammissibile parità: « Lo Stato si difende con la guerra dalle aggressioni di uno Stato nemico. Ma è ridicolo parlare di una guerra dello Stato contro l'individuo delinquente, che sta con lui in rapporti di assoluta subordinazione » (141).

Ma nel tentativo di conciliare il carattere retributivo della punizione con l'auspicata soppressione del principio dogmatico *nullum crimen sine lege*, retaggio di una visione individualista divenuto un baluardo per facinorosi e malintenzionati, egli allude proprio alla necessità che l'ordinamento risponda al delitto anche quando esso non sia contemplato da alcuna legge scritta ma possa, analogamente a quanto avviene in Germania dopo la riforma del '35, essere perseguito in base alla sua contrarietà al sano sentimento popolare: « Dato che un fatto nuovo si produca, il quale sia sostanzialmente ma non formalmente reato […] lo Stato liberale se ne starà inoperoso […] lo Stato totalitario comanderà ai suoi giudici di punire creando essi la norma mancante » (142).

Ma poiché, d'altra parte, il *lumen* etico di queste operazioni giurisprudenziali sarà la coscienza popolare quale essa si manifesta nella parola del Duce e poiché, a sua volta, essa non è che la voce « dello spirito della nazione e della razza » (143), è difficile non vedere nel diritto penale agognato da Maggiore un ponte verso i peggiori approdi delle teorie biologico-securitarie del nazismo.

Di certo, esso sollecita commenti e prese di posizione, tendenzialmente favorevoli in Germania (144), non sempre discordanti in Italia. Qui, in particolare, alle tesi di un Manzini, che vede nel superamento del principio *nullum crimen sine lege* l'abbandono di

(141) Ivi, p. 154.

(142) Ivi, pp. 158-159.

(143) Ivi, p. 160.

(144) Cfr. F. SCHAFFSTEIN, *Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsgutslehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenshaft*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », LIX, 1940, pp. 531-533.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« un cardine della civiltà romana e cristiana » (145) ed auspica che esso non resti che un'ipotesi, fanno da controcanto le argomentazioni di Antolisei, ben più consentanee al clima politico del momento ed alle più severe scelte di politica criminale.

Nei *Problemi penali odierni*, pubblicati nel 1940, Antolisei (tra l'altro condirettore della rivista che ospita il summenzionato « manifesto » di Maggiore) esprime il proposito di andare contro ogni formalismo ed astrattezza e osserva che il diritto penale non può avere solo uno scopo conservativo ma deve spingere la compagine sociale verso il progresso. Condizione per il raggiungimento del quale è che non ci si attardi nelle visioni individualistiche che vogliono la tutela penale ancorata al vecchio concetto di bene giuridico, ma che si consideri la norma come il veicolo di una volontà, quella del legislatore, che opera sempre in vista di un fine, quand'anche essa non si presenti nella forma della protezione di un bene particolare: « la norma penale [...] adempie sempre una funzione: essendo assurdo pensare che il legislatore si induca a emanare divieti o comandi per semplice capriccio » (146). Dunque, largo spazio ai reati di pura disobbedienza, affatto opportuni nel clima politico di uno Stato autoritario « il quale esige dai sudditi nel modo più rigoroso obbedienza e fedeltà » (147) e largo ricorso anche a strumenti presenti nel Codice come la capacità a delinquere, che consentono di colpire la « criminalità virtuale » (148) nel segno di una subbiettivazione della prospettiva, che è uno dei tratti della cultura giuspenalistica corrente.

Ma ai fini del bene e della prosperità della comunità, Antolisei plaude a una serie di scelte di incriminazione che traducono l'indirizzo etico che il legislatore fascista intende imprimere alla vita collettiva: « le norme che sanciscono i divieti della propaganda di certe idealità politiche o sociali, della costituzione di determinate associazioni, pure politiche, dello sciopero o della serrata, del pub-

(145) V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Utet, 1941, vol. I, pp. 196-197.

(146) F. ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 95.

(147) Ivi, p. 84.

(148) Ivi, p. 105.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blico incitamento a pratiche anti-procrative, dei cosiddetti matrimoni misti » (149).

Incriminazioni che, solo grazie a una certa idea di progresso, per dirlo con le parole di Antolisei, sono presenti in alcune legislazioni e non in altre, in cui lo Stato appare meno sollecito quanto all'avvenire dei propri cittadini.

Di fronte a simili tesi, un autore come Petrocelli, apprezzato da Maggiore per il saggio sulla pericolosità, tiene una posizione guardinga. Nella famosa prolusione napoletana del '41, egli raccoglie l'invito di Antolisei a uno scambio più serrato tra scienza e pratica (150), contesta che alla dogmatica giuridica possa rimproverarsi un agnosticismo politico (151)ma, giunto al punto dei rapporti tra politica e diritto penale, si limita a osservare come il mantenimento del principio *nullum crimen sine lege* nell'ordinamento italiano, lungi dall'essere una sopravvivenza liberale, fosse una delle basi dell'autoritarismo: « Posto come principio supremo l'autorità dello Stato, si può sicuramente affermare che la certezza del diritto è la maggiore manifestazione della sua potenza » (152).

Forse trascurando di considerare sia che l'espressione di tale potenza avrebbe potuto, fermo il principio di legalità, investire obiettivi del tutto eterogenei sulla base dei più vari criteri politici, come ricordato da Antolisei; ma anche che se il principio di legalità non era, in fondo, altro che il veicolo della forza del regime e, dunque, aveva rispetto ad essa una funzione strumentale, niente avrebbe dovuto escludere una sua dismissione se ciò avesse potuto comportare un incremento della forza medesima. La dogmatica come « scienza eminentemente logica » (153) si mostra qui come una « rigida armatura » (154), una protezione tramite cui Petrocelli e altri

(149) Ivi, p. 80.

(150) Cfr. B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, Padova, Cedam, 1941, p. 5.

(151) Ivi, p. 11.

(152) Ivi, p. 20.

(153) Ivi, p. 26.

(154) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. p. 260. Sensibile all'articolazione del confronto tra dogmatica e politica e ai suoi esiti sul piano, soprattutto, del processo penale si mostra A. DE MARSICO, *Dogmatica e politica nella scienza del processo penale*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hanno potuto fingere di « non vedere che cosa il fascismo stava facendo all'ordine penale italiano » (155).

Sebbene, ove si convenga che il primo e più decisivo *vulnus* inferto al principio di legalità consiste nel punire qualcuno per ciò che egli è e non per ciò che fa (156), nel sostituire la repressione dei soggetti dannosi o pericolosi a quella dei comportamenti che hanno siffatte caratteristiche, la penalistica italiana ha navigato dalla legalità alla pericolosità, ben prima dell'abbraccio fatale tra nazismo e fascismo. Muovendo verso una direzione che si sarebbe potuta, più incisivamente di quanto non sia avvenuto, lasciar attrarre nell'orbita della biopolitica e della stigmatizzazione razziale degli individui, ma che, comunque, aveva già raggiunto lo stadio di un ordine fondato sulla persecuzione ed esclusione dei dissidenti, dei diversi, dei sospetti.

Ammettendo questo, si potrebbe asserire che l'incapacità di guardarsi intorno o l'indisponibilità a farlo risale già ai primi anni del regime e, forse, per alcuni studiosi intimamente consapevoli di questo, la possibilità di additare il sistema penale nazista come la sede di discutibili commistioni tra politica e diritto, sarebbe servita a proiettare all'esterno le ombre che già da un po' si allungavano nel cortile di casa.

(1941), in Id., *Nuovi studi di diritto penale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1951, pp. 71-102.

(155) SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit. p. 849.

(156) Su cui, recentemente, L. FERRAJOLI, *Il « diritto penale del nemico » e la dissoluzione del diritto penale*, in « Questione Giustizia », XXVI, 2006, pp. 804-805.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARCO COSSUTTA

FRA GIUSTIZIA ED ARBITRIO. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELL'ESPERIENZA GIURIDICA SOVIETICA

1. Sull'interpretazione di una evoluzione storico-dottrinale. — 2. L'affacciarsi di un diritto penale sovietico. — 3. Un primo ordinamento, in funzione bellica, del sistema penale. — 4. Sui tipi ideali di autoritarismo penale. — 5. Convergenze e divergenze con la Scuola Positiva. — 6. Sulla determinazione della pericolosità sociale e sul procedimento analogico. — 7. Il Codice del 1927 e il problema della responsabilità legale. — 8. Su un *Progetto* mai realizzatosi. — 9. Una digressione sulla critica di Pašukanis al concetto di equivalenza. — 10. Sul rapporto fra *Progetto* e Partito. — 11. L'oscillare del sistema penale sovietico fra sostanzialismo e formalismo. — 12. Note sul Codice penale del 1961.

1. *Sull'interpretazione di una evoluzione storico-dottrinale.*

Il ventisei dicembre 1991 per l'ultima volta garrisce sull'immenso territorio dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche la Bandiera Rossa. Il simbolo delle Repubbliche Sovietiche viene reciso da un processo di scomposizione politico-territoriale e ricostruzione socio-economica di proporzioni tali da voler cancellare in quelle terre ogni retaggio istituzionale del passato comunista (1).

Riforme istituzionali e drastici interventi in tutti i campi del diritto si accompagnano a rivolgimenti della struttura economica e

(1) Assumiamo il 26 dicembre 1991 come momento conclusivo dell'esperienza sovietica in quanto proprio in tale data il Soviet Supremo decreta lo scioglimento dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche costituitasi il 30 dicembre 1922. Il giorno precedente, il 25 dicembre 1991, l'ultimo presidente dell'Urss, Gorbaèëv, aveva rassegnato le dimissioni da tale carica. Il processo di dissolvimento inizia formalmente l'11 marzo dell'anno precedente, con la dichiarazione di indipendenza della repubblica di Lituania, imitata in breve dalle altre due repubbliche baltiche. Il 21 dicembre del 1991, cinque giorni prima dello scioglimento ufficiale dell'Unione, undici repubbliche della stessa davano vita alla Comunità degli Stati Indipendenti, dalla quale rimanevano escluse le repubbliche baltiche e la Georgia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

produttiva dei paesi sorti dalla fusione dell'URSS, tanto da poter riconoscere che in un settantennio l'esperienza sovietica è sorta, si è consolidata ed è tramontata. Se l'arco di vita della stessa appare a prima vista un tutto unitario, simboleggiabile in una parabola che al tempo della fine degli anni '80 dello scorso secolo scomparve sotto l'orizzonte, a ben vedere tale unitarietà è solo apparente e la vita della compagine sovietica è segnata da tante e tali inversioni di tendenza da farla apparire più che un lineare evolversi verso la meta del comunismo un insieme di segmenti fra loro il più delle volte malamente legati, anche se saldamente cementati, più che dall'ideologia di stato, dalla presenza del Partito. Pur se la metafora si costituisce su un ossimoro, essa è utile per significare che ben poco dell'esperienza sovietica potrà essere penetrato senza tenere, almeno sullo sfondo, ben presente il ruolo del Partito. E ciò avviene anche per quel particolare settore del diritto che è, per l'appunto, il sistema penale, l'oggetto del nostro indagare.

Come avremo modo di soffermarci lungo il prosieguo del contributo, è proprio intorno al ruolo da attribuire al Partito che si coagula, sia pure implicitamente, gran parte del dibattito in materia di diritto penale; lo scontro senza quartiere che vede coinvolti, negli anni Trenta, i giuristi Krylenko (2), da un lato, e

(2) Nicolaj Vasil'evič Krilenko dopo la rivoluzione del 1917, che lo vide partecipare al primo Consiglio dei Commissari del popolo, ricoprì le cariche di Presidente del Tribunale Supremo e di vice Commissario del popolo per la giustizia nella Repubblica Federativa Socialista Sovietica di Russia e, successivamente, di Procuratore della Repubblica nonché, dal 1936 alla sua epurazione, di Commissario del popolo per la giustizia dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche. Morirà, vittima delle purghe staliniane, nel 1938.

Non può essere questa la sede per dar conto del dibattito in merito alle teorie del diritto sovietiche né, tanto meno, per offrire una, sia pur succinta, nota bibliografica inerente agli autori qui richiamati. Si rimanda, in prima analisi, a U. CERRONI (a cura di), *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964, nonché a R. GUASTINI (a cura di), *Marxismo e teorie del diritto. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1980; in tali testi si trova una raccolta di scritti di giuristi marxisti e sovietici fra i quali compaiono anche passi di Pašukanis, Strogovič, Stučka e Vyšinskij. Utilissime indicazioni possono essere tratte dal classico G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, volume terzo *Ottocento e Novecento*, Bologna, 1970, nonché dalla edizione aggiornata a cura di Carla Faralli, Bari, 2001, con particolare riguardo al *Supplemento di notizie bibliografiche*. Per un primo approccio bio-bibliografico ai giuristi sovietici qui di seguito richiamati si rimanda alla rispettive voci redatte da Tommaso Napolitano per il *Nuovissimo digesto italiano*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vyšinskij (3), dall'altro, ha come oggetto (solo parzialmente occultato) un diverso modo di intendere il rapporto fra legalità e Partito.

Dal *Progetto* del 1930 di nuovo Codice penale, redatto, fra gli altri, oltre che da Krylenko, dal quale prende il nome, anche da Pašukanis (4), emerge a chiare lettere un'idea di legalità rivoluzionaria diffusa, dato che la determinazione della stessa, qualora il *Progetto* fosse entrato in vigore, sarebbe stata demandata all'attività creativa dei giudici, i quali si sarebbero ritrovati nella condizione di qualificare un atto come delittuoso senza l'ausilio di una parte speciale del Codice penale; sicché, in questa prospettiva, sarebbe stato il giudice, le migliaia di giudici operanti sull'immenso territorio sovietico, a porre di volta in volta la norma che qualifica come reato una determinata azione od omissione. Nel far ciò essi sarebbero stati guidati, oltre che dalle disposizioni di parte generale tratteggiate nel *Progetto*, soprattutto dalla loro coscienza giuridica socialista, il che avrebbe consentito, per lo meno da un punto di vista teorico, il costituirsi nell'URSS, se non di una problematicizzazione o messa in discussione del concetto di sovranità (idea cardine dello stato moderno, genere del quale lo stato sovietico è specie), quanto meno del manifestarsi di una sovranità diffusa, immediatamente collegabile alla coscienza popolare e socialista delle masse, delle quali il giudice avrebbe dovuto essere espressione. In questo senso, il giudice non acquisisce il ruolo di *bouche* di un socialismo ideato dal Partito ma diviene, anche per tramite di una ricerca quotidiana sulla legalità socialista, l'autore del complesso di norme (penali) che contribuiscono all'edificazione ed al consolidamento della società socialista.

(3) Andrej Januarevič Vyšinskij inizia la sua carriera di funzionario sovietico nella Procuratura della RSFSR, dal 1925 al 1928 è rettore dell'Università di Mosca, successivamente accede alla carica di vice Commissario del popolo per la giustizia dell'RSFSR e, quindi, diviene Procuratore Generale dell'URSS. Nel periodo bellico diverrà vice Presidente del Consiglio dei ministri dell'URSS e, dal 1949, Ministro degli esteri e capo della delegazione URSS all'ONU. Morirà a New York nel 1954.

(4) Evghenij Bronislavovič Pašukanis, dopo l'affermarsi del potere sovietico, organizza l'Istituto della costituzione e del diritto (poi articolazione giuridica della Accademia delle scienze dell'URSS) e, nel 1936, in virtù dei meriti scientifici riconosciutigli diviene vice Commissario del popolo per la Giustizia dell'URSS. Nel 1938 sparirà nel vortice della repressione staliniana.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Opposta, come con autorevolezza sottolineato (5), la posizione assunta da Vyšinskij, per il quale, sia pure all'interno di « sfumature » offerte dalla possibilità di ricorrere all'analogia in materia penale, il giudice è soggetto *in primis* alla legge; difatti Vyšinskij perora la causa (vincente) d'un Codice penale sovietico dotato di parte speciale. Ci troviamo di fronte ad un giudice sottoposto ad una tradizionale sovranità accentrata, ad un sovrano che pone la legge, di cui il giudice è la *bouche* (fermo restando aperta la questione dell'analogia sulla quale ritorneremo).

Or bene, questo dibattito, avuto riguardo agli esiti, quanto meno serrato, trova sviluppo e conclusione nell'arco di tempo che, dalla fine della *Nep* (6), 1928, giunge alla promulgazione della seconda costituzione dell'URSS, 1936. Va rilevato che è proprio nella Costituzione del 1936 che trova riconoscimento istituzionale, all'articolo 126, il ruolo guida del Partito (7).

---

(5) Vedi U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969, pp. 161 e ss. e, più di recente, M. A. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio. Il problema giuridico del totalitarismo*, Padova, 1998, pp. 149 e ss.

(6) La Nuova politica economica viene stabilita dal X Congresso del Partito, nel marzo del 1921, al fine di condurre il paese fuori dalla fase di ristagno economico determinata dal periodo del comunismo di guerra. Veniva, per tanto, abolito il regime delle requisizioni di beni forzate all'insegna del « tutto per il fronte! » e riconosciuta la liceità dell'iniziativa imprenditoriale privata (fondamentalmente la collocazione sul mercato delle eccedenze agricole). In linea teorica la *Nep* avrebbe dovuto attirare nel mercato sovietico capitale privato, sottoposto al controllo di Stato, al fine di far decollare l'economia del paese. A questa segue la instaurazione di un regime di economia di piano, ovvero l'imposizione dirigista dello Stato nello sviluppo economico del paese. Data l'impostazione del presente lavoro dobbiamo rimandare ogni approfondimento ad altre fonti.

(7) La Carta costituzionale testualmente afferma: « in conformità con gli interessi dei lavoratori ed ai fini dello sviluppo dell'iniziativa organizzativa e dell'attività politica delle masse popolari, ai cittadini dell'URSS è assicurato il diritto di associarsi in organizzazioni sociali: unioni professionali, associazioni cooperative, organizzazioni della gioventù, organizzazioni sportive e di difesa, società culturali, tecniche e scientifiche, ma i cittadini più attivi e più consapevoli che provengono dei ranghi della classe operaia, dei contadini lavoratori e dell'intelligencija lavorativa si associano volontariamente nel Partito comunista dell'Unione sovietica che è il drappello d'avanguardia dei lavoratori nella loro lotta per la costruzione della società comunista e che rappresenta il nucleo direttivo di tutte le organizzazioni dei lavoratori, sia sociali che statali ». Citiamo dalla trad. it. in G. CODEVILLA, *Dalla rivoluzione bolscevica alla Federazione Russa. Traduzione e commento dei primi atti normativi e dei testi costituzionali*, Milano, 1996. Tale testo si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questa prospettiva, come appare dal testo dell'articolo 126, gli *interessi dei lavoratori*, per la tutela dei quali si costituisce anche il diritto penale sovietico, possono essere oggetto di valutazione soltanto da parte del Partito, *reparto d'avanguardia dei lavoratori* e *nucleo direttivo di tutte le organizzazioni dei lavoratori, sia sociali che statali*.

Alla luce di quest'ultima affermazione va letto il portato della disposizione contenuta all'articolo 112 della Costituzione del 1936, ai sensi della quale « i giudici sono indipendenti e soggetti soltanto alla legge ». La soggezione dei giudici alla legge implica il loro assoggettamento al Partito, unico centro propulsivo (quindi detentore *de facto* del potere legislativo) dell'Unione sovietica.

Dopo la costituzionalizzazione del ruolo guida del Partito, avvenuta nel 1936, tutti gli organi statali, quindi anche la magistratura, di cui al Capitolo IX della Costituzione, sono sottoposti al suo intervento dirigista; non vi è più spazio per la creazione di norme da parte dei giudici; queste sono, infatti, poste dal Partito per tramite gli organi costituzionalmente preposti e da questo guidati. All'interno di questa prospettiva il giudice può usare l'analogia in materia penale soltanto per meglio servire e seguire le indicazioni del Partito, mai, in nome di una (falsa) coscienza socialista, per disattenderle.

In questo senso la Costituzione del 1936 segna la fine del fecondo dibattito sul ruolo del giudice *nel* diritto penale sovietico e sul suo ruolo creativo di norme penali all'interno di un vago confine segnato dalla coscienza e dalla prassi socialista. La Costituzione del 1936 riconosce e istituzionalizza all'interno della massima fonte formale del diritto sovietico il ruolo monolitico del blocco stato/partito (8).

---

raccomanda, oltre che per la raccolta di documenti giuridici, per le minuziose note di commento agli stessi nonché per i precisi riferimenti bibliografici.

(8) Le Carte costituzionali sovietiche non rivestono un ruolo propulsivo per la vita sociale, non spingono cioè il legislatore ordinario verso il raggiungimento di determinati obbiettivi; queste rivestono un ruolo, per così dire, *fotografico* della realtà politico-sociale del paese rappresentando il riconoscimento istituzionale del cammino percorso verso la realizzazione del comunismo. Ad ogni significativa modificazione della realtà sociale consegue una sostanziale revisione della Carta costituzionale. Di ciò si ha contezza all'interno dei *Preamboli* che sono anteposti al vero e proprio articolato costituzionale. Sull'argomento cfr. almeno P. Biscaretti Di Ruffia-G. Crespi Reghizzi, *La Costituzione*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. *L'affacciarsi di un diritto penale sovietico.*

Le vicende che conducono all'affermarsi all'interno dell'URSS della primazia dottrinale e, nel contempo, dell'autorità formale di Vyšinskij, di cui si è dato cenno nella parte introduttiva, hanno inizio nel fatidico Ottobre 1917.

La presa del Palazzo d'Inverno da parte degli insorti pietrogradesi, raccolti sotto le bandiere dei Soviet, comporta per i rivoluzionari lì vittoriosi (9), fra le altre, la necessità di confrontarsi con i problemi inerenti all'organizzazione politico-giuridica di una comunità all'improvviso sciolta da ogni legame non solo con l'autocratico governo zarista, invero già colpito con la rivoluzione di Febbraio, ma anche con il liberaleggiante governo di Kerenskj a questo succeduto.

Non è questa la sede per soffermarsi sulle concitate vicende accadute nei *dieci giorni che sconvolsero il mondo*, che sostanzialmente videro spazzare dalla capitale imperiale voluta da Pietro il Grande ogni articolazione istituzionale la quale, sia pure a diverso titolo, promanasse dal mondo borghese, ovverosia antecedente al 25 ottobre (7 novembre, calendario gregoriano) 1917.

« Basandosi sulla volontà della stragrande maggioranza dei lavoratori, dei soldati e dei contadini, basandosi sull'insurrezione vittoriosa degli operai e della guarnigione, avvenuta a Pietrogrado, il Congresso [il secondo Congresso dei Soviet dei deputati degli operai e dei soldati di tutte le Russie] prende il potere nelle proprie mani » (10). Nello stesso giorno, con l'*Ordinanza n. 1*, il Congresso dei Soviet « delibera di costituire, per l'amministrazione del Paese, sino alla convocazione dell'Assemblea Costituente un Governo operario-contadino provvisorio, che si chiamerà Soviet dei Commissari

---

sovietica del 1977. Un settantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS, Milano, 1979; T. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto sovietico*, Torino, 1975, nonché il già richiamato testo di Giovanni Codevilla.

(9) All'indomani del colpo di mano pietrogradese i Soviet controllavano effettivamente una effimera parte del territorio dell'*ex* impero zarista, grosso modo un quadrilatero che comprendeva i distretti intorno alle due tradizionali capitali imperiali. Per una ricostruzione storica si rimanda, fra i molti, a R. PIPES, *Il regime bolscevico. Dal terrore rosso alla morte di Lenin*, trad. it. Milano, 1999.

(10) *Messaggio agli operai, ai soldati ed ai contadini del 26 ottobre* (8 novembre), apparso su « Izvestija » il 27 ottobre (9 novembre) 1917, trad. it. in G. CODEVILLA, *Dalla rivoluzione bolscevica alla Federazione Russa*, cit., pp. 13-14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del popolo » (11). Presidente del Soviet: Vladimir Il'ič Ul'janov (Lenin).

Nella stessa seduta, nella notte fra il 26 e il 27 ottobre, calendario giuliano, il Congresso dei Soviet approva, assieme al *Decreto sulla pace* (« una pace giusta e democratica, quale bramavano la schiacciante maggioranza degli operai e delle classi lavoratrici, estenuate, tormentate e travagliate dalla guerra, di tutti i Paesi in lotta … ») (12), il *Decreto sulla terra*.

Richiamare quest'ultimo *Decreto* riveste particolare importanza per il nostro discorso; infatti, dopo aver sancito la fine della proprietà fondiaria ed il passaggio di tutto il patrimonio fondiario imperiale ed ecclesiastico ai Soviet, il Congresso stabilisce, all'articolo 3, che « qualsiasi danno ai beni confiscati, che da ora appartengono a tutto il popolo, viene dichiarato grave delitto punito dal Tribunale rivoluzionario ».

Per la prima volta e soltanto a poche ore dal colpo di mano che ha dissolto il governo di Kerenskj, il potere sovietico affronta, sia pure sull'onda emotiva che caratterizza quella storica riunione, questioni inerenti la difesa giuridica dell'ordine costituendo. Azioni lesive dei beni confiscati si configureranno come *gravi delitti*, la cui competenza è demandata ad un Tribunale rivoluzionario. Appare per tanto un primo seme da cui far germogliare un ordinamento giuridico sovietico e, cosa forse più interessante, la statuizione di azioni, che minano la società dei lavoratori liberati dal giogo della schiavitù borghese, come delitti *gravi*, i quali, come vedremo in seguito, si antepongono a delitti, che, non avendo come finalità il colpire gli interessi degli operai e dei contadini, si configurano come meno gravi e, quindi, socialmente meno pericolosi.

Il *Decreto sulla terra* fa soltanto menzione del Tribunale rivoluzionario; un ordine giudiziario promanante dal governo degli operai e dei contadini viene formalmente istituito (13) il 22 novembre (5 dicembre) 1917 dal Soviet dei Commissari del popolo con il *Decreto sul tribunale*.

---

(11) Il testo in traduzione italiana è pubblicato in *ibidem*.

(12) Le citazioni dai *Decreti* che qui seguiranno sono tratte dal già richiamato testo di Giovanni Codevilla.

(13) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il qui richiamato *Decreto* rappresenta il punto di avvio dello sviluppo della esperienza giuridica sovietica; esso non solo tratteggia le linee guida per l'organizzazione di un sistema giudiziario consono al nuovo potere operaio-contadino, ma stabilisce, altresì, quali siano le norme penali da applicare, iniziando, in tal modo, a delineare i contorni di cosa possa intendersi come diritto penale vigente nei territori dell'ex Impero di tutte le Russie controllati dai Soviet.

Anzitutto va rilevato come il precedente ordine giudiziario venga abolito; sulle rovine delle istituzioni proprie alla giustizia borghese si ergono i Tribunali eletti dal popolo: *in primis* tribunali locali, i cui membri vengono, in attesa di stabilire le procedure elettorali, designati dai Soviet competenti per territorio. Va altresì ribadito che, ai sensi dell'articolo 3 di tale *Decreto*, la funzione accusatoria e difensiva può essere svolta non già solo da un legale professionista bensì da qualsiasi cittadino.

Al fine di reprimere i delitti socialmente (e gravemente) pericolosi viene istituito, all'articolo 8, il Tribunale rivoluzionario; questo ha competenza in materia di lotta controrivoluzionaria e nei casi di saccheggio, rapina, sabotaggio nonché a fronte di abusi commerciali (fondamentalmente frodi nei confronti dei consumatori). Il Tribunale rivoluzionario è nominato dal Soviet competente territorialmente ed a quest'ultimo, nella materie sopra richiamate, sono affidati compiti di indagine per l'istruttoria preliminare.

Di notevole importanza è il portato dell'articolo 5 del *Decreto* del 22 novembre (5 dicembre) 1917. In questo, infatti, il potere sovietico stabilisce che le sentenze siano pronunciate in nome della Repubblica di Russia e che i Tribunali devono ritenersi vincolati dalla normativa del precedente Governo soltanto se questa non è stata abrogata dal moto rivoluzionario oppure non è in contrasto con la coscienza rivoluzionaria. Più in particolare una nota all'articolo 5, chiaramente rivolta agli organi giudicanti, stabilisce: « tutte le leggi che sono in contrasto con i Decreti del Comitato Esecutivo Centrale dei Soviet operai, dei soldati e dei contadini ed anche con i programmi minimi del Partito operaio socialdemocratico russo e del Partito socialista rivoluzionario devono ritenersi nulle ».

L'articolo 5 e la nota ad esso riferita pongono due ordini di problemi: l'uno riconducibile alla *vexata quaestio* della abrogazione implicita, l'altro relativo alle fonti del diritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come ben evidenzia la teoria generale del diritto (14), le cosiddette abrogazioni implicite (del tipo: « sono abrogate tutte le norme incompatibili con la presente disposizione ») non determinano la decadenza di alcuna norma; si può affermare, infatti, che la formula dispositiva contenente abrogazioni implicite non abroghi, *de facto* e *de iure*, alcunché. Con queste formule l'autorità competente delega ad altri il compito di individuare e di disapplicare le normative non consone con l'indirizzo legislativo da essa stabilito. A differenza del caso della abrogazione esplicita, con la quale vengono dettagliatamente elencate le disposizioni non più in vigore, la abrogazione implicita non fa venire meno il *corpus* legislativo incompatibile con la disposizione che la contiene, indica soltanto all'autorità preposta all'interpretazione ed all'applicazione l'opportunità di non applicare norme che, a suo giudizio, risultino incompatibili con la tendenza espressa dall'autorità normativa. Per tanto, le ipotetiche e non identificate norme oggetto di abrogazione implicita rimangono a tutti gli effetti parte dell'ordinamento giuridico vigente; infatti, di volta in volta queste vengono richiamate dall'autorità delegata alla loro identificazione e da questa giudicate non applicabili in quanto in contrasto con l'indirizzo legislativo dominante.

All'interno dello specifico contesto russo immediatamente post-rivoluzionario sarà competenza dei Tribunali individuare quali leggi dei passati regimi (*ante* e *post* rivoluzione di Febbraio) siano in contrasto con i *Decreti* del Comitato Esecutivo Centrale dei Soviet.

Ciò determina il costituirsi dell'organo giudiziario quale fonte, sia pur a competenza limitata (15), di diritto oggettivo, nel momento in cui, nel caso particolare sottopostogli, abroga (nel senso restrittivo che non ritiene applicabile) una norma in contrasto che i *Decreti* sopra richiamati. Questo fatto offre indubbia discrezionalità all'organo giudicante e nei fatti, ancor prima che ciò venga formalmente legittimato, pone la nascente esperienza penalistica sovietica fuori dai confini del principio di legalità, essendo già qui demandato al

(14) Data l'economia del presente contributo non possiamo dar qui conto della sterminata letteratura in argomento; rimandiamo, per tanto, ad altre e più autorevoli fonti.

(15) Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, p. 98.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giudice il compito non solo di individuare ma anche di creare, sia pur per negazione, l'ordinamento penale da applicarsi ai casi concreti.

Ma il portato della sopra richiamata nota all'articolo 5 del *Decreto sui Tribunali* non si limita a ciò. Infatti, come esplicitato dal testo, non soltanto le leggi contrarie ai *Decreti* emessi dalla massima autorità di Soviet devono ritenersi, nel modo sopra indicato, abrogate, ma anche le leggi che contrastino con i programmi minimi del Partito operaio socialdemocratico russo (di lì a poco Partito comunista dei bolscevichi della Russia (16)) e del Partito socialista rivoluzionario (di lì a poco posto al bando come controrivoluzionario (17)).

Il forte ed inequivocabile richiamo ai programmi dei partiti proletari allora dominanti quale momento discriminante fra leggi applicabili e leggi « nulle », fa assurgere gli stessi programmi politici

---

(16) La denominazione originaria di Partito operaio socialdemocratico della Russia accompagna tale compagine politica dal suo sorgere, nel 1898, sino al marzo del 1918, anno in cui assume il nome di Partito comunista dei bolscevichi della Russia. L'appellativo bolscevico viene in vero già assunto dal Partito socialdemocratico nel 1903 al suo II Congresso quando l'ala leninista divenne maggioritaria (bolscevica, per l'appunto). Nel 1925, dopo il sorgere dell'URSS, il Partito di denomina Partito Comunista Panfederale dei bolscevichi; tale denominazione resterà in vigore sino al 1952, anno in cui assumerà il nome di Partito Comunista dell'URSS.

(17) Il Decreto del Comitato Esecutivo Centrale del 14 giugno 1918 esclude il Partito socialista rivoluzionario dagli organi di governo supremi, così come da tutti gli altri Soviet, in quanto organizzazione controrivoluzionaria. Tale compagine politica si organizzò in opposizione clandestina al potere bolscevico, promuovendo, fra gli altri, il noto attentato a Lenin nell'agosto del 1918. La dirigenza del Partito socialista rivoluzionario venne processata nel 1922. Il pubblico accusatore fu Krylenko; gli imputati vennero giudicati e condannati alla pena capitale (eseguita dopo varie vicissitudini) ai sensi degli articoli 57-60 del Codice penale del 1922 (attività controrivoluzionaria, sollevazione armata e intelligenza con governi straneri nemici). Superfluo notare che già in questa anteprima delle purghe degli anni Trenta si afferma il principio di retroattività della legge penale dato che le attività delittuose ascritte agli imputati si erano svolte prima dell'entrata in vigore del Codice.

Va rilevato come quello dei socialisti rivoluzionari non fu il solo caso di opposizione rivoluzionaria armata al potere bolscevico, né forse, il più importante; va infatti richiamata la lunga guerriglia sostenuta dalle organizzazioni anarchiche contro l'Armata Rossa nei territori ucraini nonché la *mitica* rivolta dei marinai di Kronstadt del 1921. Sull'argomento si rimanda, per un'analisi non legata all'agiografia « dei rossi » né alla storiografia « borghese », all'ormai introvabile VOLIN (V. M. Eichenbaum)*, La rivoluzione sconosciuta*, trad. it. Carrara, 1976.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al rango di fonti del diritto. A ben vedere, questi, all'interno di una rappresentazione che abbia bado alla costituenda gerarchia delle fonti del diritto sovietico, occupano, senza ombra di dubbio, un posto al vertice della costruzione gerarchia delle fonti. In fatti, gli stessi *Decreti* del Comitato Esecutivo Centrale dei Soviet altro non sono che l'oggettivarsi giuridico dei programmi, in modo tale che, direttamente e senza alcuna mediazione, questi costituiscono la base, il fondamento, del nuovo ordine sovietico. In tal senso, il *Decreto sui Tribunali* lucidamente anticipa una linea di evoluzione della vita politico-sociale sovietica che ritroverà compimento, per ciò che concerne il massimo riconoscimento formale del ruolo del Partito, con la Costituzione del 1936.

La stessa funzione creativa ascritta alla giurisprudenza con il *Decreto* del 22 novembre (5 dicembre) 1917 non verrà mai meno nell'ambito del diritto penale, verrà certamente compressa nelle rigide mura dello statalismo idolatra esaltato da Vyšinskij, ma non per questo completamente sradicata, se l'istituto dell'analogia persevererà nei Codici penali sino al 1961.

Ai sensi del sopra richiamato *Decreto* e delle successive integrazioni, l'organizzazione giudiziaria russa si compone di due distinti ordini; l'uno costituito dai Tribunali ordinari con competenza in materia civile e penale sottoposti al Commissario del popolo per la giustizia, e l'altro ricomprendente i Tribunali straordinari (rivoluzionari e speciali) con il preciso compito di reprimere i reati contro l'ordine proletario e la rivoluzione. Va rilevato come i Tribunali rivoluzionari dipendessero direttamente dal Comitato Esecutivo Centrale dei Soviet, il supremo organo di governo, a ribadire la inscindibile connessione fra potere politico e potere giudiziario, con l'assoluto predominio del primo sul secondo, che caratterizzerà l'intera esperienza giuridico-politica sovietica.

A poco più di tre settimane dalla presa del Palazzo d'Inverno il primo *Decreto sui Tribunali* tratteggia in maniera esaustiva i caratteri del futuro stato sovietico: dalla non rilevanza della divisione dei poteri, alla subordinazione degli organi statali alla volontà della istituzione politica rappresentativa degli interessi proletari.

Più specificatamente per ciò che concerne il nostro discorso, sin dal *Decreto* in oggetto si evidenzia la funzione creativa della magistratura rivoluzionaria, sia per ciò che concerne il riconoscimento ed

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il giudizio di conformità della legge applicabile, che avuto riguardo alla individuazione delle fattispecie concrete da considerarsi delittuose (si pensi in proposito alle generiche azioni « contro il potere degli operai e dei contadini » ivi menzionate). Tale discrezionalità da parte del giudice ritrova una guida precisa nel suo assoggettarsi alle linee espresse nei programmi dei partiti proletari nonché nei principi della coscienza rivoluzionaria, espressamente richiamati dall'articolo 2 del *Decreto* del novembre del 1917.

Va rilevato come il legislatore sovietico indugi sul concetto di coscienza giuridica rivoluzionaria dedicandovi numerosi *Decreti*, da quello noto come il secondo *Decreto sui Tribunali* del 22 febbraio 1918, a quello del 30 novembre dello stesso anno, nel quale, all'articolo 22, si eleva la coscienza giuridica socialista del giudice a fonte di diritto (18), sino a giungere ai *Decreti* del 12 febbraio e 12 aprile 1919, che riconoscono nell'amministrazione della giustizia l'affermarsi degli interessi della rivoluzione proletaria, « della Repubblica socialista, della sua difesa contro il nemico », il tutto « secondo il sentimento giuridico comunista e la coscienza rivoluzionaria ».

---

(18) Il *Decreto* del 30 novembre 1918 riveste notevole importanza; infatti, lo stesso appare come il primo formale momento di rottura con la tradizione penale prerivoluzionaria, in quanto fa divieto agli organi giudicanti di applicare norme penali che ritrovino la loro fonte in un atto antecedente il 25 ottobre 1917 (data simbolo, nel calendario giuliano, della presa di potere sovietica). Ai sensi del richiamato *Decreto*, « i tribunali del popolo applicheranno i decreti del governo degli operai e dei contadini. Nel caso in cui manchino o siano incompleti tali testi di legge, si faranno guidare dalla loro coscienza giuridica socialista ». La coscienza giuridica socialista viene perciò assunta al rango di fonte del diritto, fonte secondaria e integrativa della fonte atto rappresentata dal legislatore sovietico. Per tanto, sia pure all'interno d'un contesto sostanzialmente caratterizzato dalla mancanza di una organica raccolta di disposizioni in materia penale, il primo Codice entrerà in vigore nel 1922; la prima fase dell'esperienza penale sovietica è contraddistinta da due momenti: il primo di vero e proprio coordinamento fra il diritto penale zarista (rappresentato dal Codice del 1903) ed i principi enunciati dall'articolo 5 del *Decreto* del 22 novembre (5 dicembre) 1917, il secondo di affermazione, per lo meno in linea di principio, di una totale autonomia della società sovietica dall'*ancien régime* che prende avvio con il *Decreto* del 30 novembre 1918, il quale, passando per i *Principi direttivi di diritto penale* del 1919, condurrà alla promulgazione del primo Codice penale sovietico nel 1922. Cfr. C. PERRIS, *Le nuove teorie penali della Russia sovietica*, in « La Scuola Positiva », 1931, p. 3 e T. NAPOLITANO, *La politica criminale sovietica*, Padova, 1936, p. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un primo tentativo di riordinare la magmatica materia è offerto dai *Principi direttivi di diritto penale* posti in essere dal Commissariato del popolo per la giustizia (19) il 12 dicembre 1919. In questi, fra l'altro, all'articolo 25 compare il concetto di erogazione indeterminata della pena per ciò che concerne la misura privativa della libertà. In questo senso prende piede nell'ordinamento sovietico, accanto alla centralità della pericolosità sociale del reo, lo speculare concetto di una misura di difesa sociale quale reazione ad un attacco contro la nascente società proletaria.

Va, altresì, notato come all'interno dell'apparato (meglio, degli apparati, dato la presenza di distinti ordini di Tribunali) di amministrazione della giustizia, un ruolo decisivo, soprattutto per quanto concerne i reati politici, è assunto dalla cosiddetta *Čeka*, acronimo che sottende alla Commissione Straordinaria di tutte le Russie per la lotta alla controrivoluzione ed al sabotaggio, istituito con *Decreto* del Soviet dei Commissari del popolo del 7 (20) dicembre 1917 (20). I primari compiti assegnatigli sono di investigare sugli atti controrivoluzionari e di sabotaggio commessi sul territorio russo, di deferire al Tribunale rivoluzionario gli stessi controrivoluzionari e sabotatori,

(19) L'estensore materiale fu Pëtr Ivanovič Stučka, nella sua qualità di vice Commissario del popolo per la giustizia; dal 1923 sino alla sua morte, avvenuta nel 1932, sarà il Presidente del Tribunale Supremo della RSFSR. Nell'immediatezza della Rivoluzione d'Ottobre fu il primo Commissario del popolo per la giustizia della Russia sovietica, carica che lasciò per assumere, sostanzialmente fino al gennaio 1920 data della sua caduta, l'ufficio di capo del Governo (carica equivalente a quella ricoperta, nello stesso periodo, da Lenin nella Repubblica russa) della Repubblica sovietica di Lettonia.

(20) Come viene sottolineato, cfr. G. CODEVILLA, *Dalla rivoluzione bolscevica alla Federazione russa*, cit., p. 152, tale organismo, di vitale importanza per il nascente potere sovietico, non ritrova menzione nella carta costituzionale del 1918. Alla fine della fase del cosiddetto comunismo di guerra, la *Čeka* verrà sciolta con *Decreto* del Comitato Esecutivo Centrale del febbraio 1922 e confluirà nella Direzione politica statale (*Gpu*) dipendente dal Commissariato per gli affari interni. Quest'ultimo organismo ritrova dignità costituzionale nella carta del 1924 ed è posto alle dipendenze del Soviet dei Commissari del popolo; dal 1934 verrà riassorbito dal Commissariato per gli affari interni. Esso avrà un ruolo determinante nell'organizzazione delle *purghe* scatenatesi a seguito dell'assassinio di S. M. Kirov, avvenuto, come noto a Leningrado il primo dicembre 1934. Dal 1938, dopo che i suoi vertici ripetutamente caddero sotto la lama delle epurazioni, venne retta da L. P. Berija grosso modo fino all'atto della sua fucilazione nel luglio del 1953. Dal 1954 l'organismo ritorna alle dipendenze del Soviet dei Commissari del popolo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nonché di svolgere indagini atte a reprimere preventivamente il sorgere di azioni controrivoluzionarie e di sabotaggio. In definitiva, al suo sorgere, a questo organismo sono affidati compiti di polizia giudiziaria. L'inasprirsi delle lotte interne, che hanno caratterizzato il periodo del comunismo di guerra, porta ad un ampliamento della sfera di ingerenza di questo organismo. Il *Decreto* del 22 marzo 1918 attribuisce alla Commissione il potere di adottare autonomamente misure relative ai crimini controrivoluzionari, quindi ad amministrare giustizia sostituendosi ai Tribunali rivoluzionari. Questo indirizzo viene ribadito dal *Decreto* del 17 febbraio 1920, nel quale, sia pure riconoscendo al Tribunale rivoluzionario il potere di giudicare le persone inquisite dalla *Čeka*, demanda alla stessa il potere di erogare pene (quindi di emettere sentenze) non superiori a cinque anni di detenzione, sempre per reati di natura controrivoluzionaria.

Sicché, in un clima caratterizzato da una indubbia fluidità giuridica, causata vuoi dalla assenza di precisi riferimenti normativi e procedurali, vuoi dalla amplia discrezionalità del giudice, vuoi dalla contingente situazione politico-militare, si assiste ad un sovrapporsi di istituzioni preposte ad erogare sanzioni, dai Tribunali ordinari a quelli speciali sino a giungere ad articolazioni dello stato quali la *Čeka*.

3. *Un primo ordinamento, in funzione bellica, del sistema penale.*

A tale confusa situazione pone argine la IV sezione del Comitato Esecutivo Centrale, nell'ottobre del 1922, a cinque anni di distanza dalla vittoriosa rivoluzione a Pietrogrado. La riforma del sistema giudiziario, che entrerà in vigore il 1 gennaio 1923, riconduce anzitutto al suo alveo originario la funzione della polizia giudiziaria, alla quale sono affidati compiti di mera indagine e non più di amministrazione di giustizia (vedi l'erogazione della pena); si assiste, altresì ad una riorganizzazione dei Tribunali ordinari nonché alla reintroduzione dei requisiti di « professionalità » al fine di poter ricoprire l'ufficio di giudice (è prevista una attività almeno triennale in settori giuridici). Va rilevato che la magistratura è di nomina politica, in particolare da parte del Comitato Esecutivo competente territorialmente e da questi viene revocata; decade così la prospettiva di una magistratura elettiva.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La prima fase dell'esperienza del diritto penale sovietico ritrova, più in generale, il proprio limite nella promulgazione del primo Codice penale, che entra in vigore il 1 giungo 1922 (21). L'entrata in vigore di uno specifico Codice penale sovietico pone fine al perdurare degli effetti del Codice penale zarista del 1903, che, come accennato, era rimasto parzialmente in vigore, nelle sue parti non in contrasto con i *Decreti* del governo sovietico e con la coscienza giuridica socialista, anche dopo la rivoluzione d'Ottobre.

Si interrompe, quindi, la cosiddetta fase di *coordinamento*, caratterizzata dalla necessità di individuare e utilizzare, in assenza di una nuova legislazione, quella parte del diritto penale pre-rivoluzionario non palesemente in opposizione con le nuove istanze politico-sociali incarnate dal potere sovietico, i cui sforzi, come allora osservato, « si diressero a questa finalità: di adottare, modificare ed infine coordinare — almeno temporaneamente — alle poche nuove leggi pubblicate, la parte ancora utilizzabile della legislazione penale zarista » (22).

A questo intento moderato corrisponde specularmente la duplice funzione difensiva e offensiva che il diritto penale era chiamato a svolgere nel contesto del comunismo di guerra, ovvero in una realtà militare nella quale il potere sovietico si ritrovava attaccato da nemici interni, le forze controrivoluzionarie e gli oppositori di sinistra, ed esterni, le potenze imperialiste, fiancheggianti le armate bianche. Sul versante socio-politico, il potere sovietico deve condurre una serrata lotta contro i vecchi ceti dominanti e le istituzioni a questi collegate, lotta che non potrà che avvalersi anche di strumenti coattivi di natura giuridica. La realizzazione degli obbiettivi posti dall'articolo 3 della Costituzione russa del 10 luglio 1918 (socializzazione delle terre, delle foreste, del sottosuolo, delle acque,

(21) Cfr. il commento di E. FLORIAN, *Prime impressioni sul Codice penale sovietista russo*, in « La Scuola Positiva », 1922.

(22) T. NAPOLITANO, *Evoluzione del diritto penale sovietico dall'ottobre 1917 ai nostri giorni*; il presente contributo fu pubblicato sulle colonne de « La Giustizia Penale » fra il 1931 ed il 1932 nei fascicoli componenti i volumi XXXVII e XXXVIII. Per brevità, nelle citazioni che seguiranno, il saggio di Napolitano verrà citato avuto riguardo alla sua sola collocazione all'interno del volume senza menzionare lo specifico fascicolo che lo contiene; si darà in ogni caso conto della numerazione della colonna. Il passo citato si trova nel vol. XXXVII, c. 1018.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle fabbriche, delle strade ferrate e di ogni altro mezzo di produzione; la nazionalizzazione delle banche nonché l'obbligo generale del lavoro) passano anche attraverso un *uso bellico* del diritto penale.

In definitiva, si tratta di promuovere, come sottolinea l'articolo 9 della Costituzione del 1918, « l'instaurazione della dittatura del proletariato urbano, agricolo e dei contadini più poveri, nella forma di un forte potere sovietico di tutta la Russia, al fine della totale repressione della borghesia, dell'abolizione dello sfruttamento dell'uomo da parte dell'uomo e dell'instaurazione del socialismo, nel quale non vi sarà né divisione in classi né potere statale ».

In quanto organizzazione di poteri mirante all'egemonia di una classe sulle altre (rovesciando in questo specularmente la figura dell'Ottocentesco stato borghese monoclasse ([23])), « la Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia, guidata dagli interessi della classe operaia nel suo insieme, priva singole persone e singoli gruppi di diritti che da questi vengono esercitati a danno degli interessi della rivoluzione socialista », così all'articolo 23 della Costituzione del 1918. Perciò, avuto riguardo al fatto che, come recita l'articolo 7 della medesima carta costituzionale, « nel momento della lotta decisiva del proletariato con i suoi sfruttatori, non ci [può] essere posto per gli sfruttatori in alcuno degli organi di potere », l'articolo 65 priva del diritto all'elettorato attivo e passivo gli appartenenti ad un elenco di categorie che possono venire ricondotte agli sfruttatori; da coloro che si servono del lavoro salariato per conseguire un profitto o che vivono di rendite oppure ancora che commerciano (punti *a*, *b*, *c*), ai membri del clero (punto *d*), agli impiegati ed agenti compromessi con il passato regime zarista (punto *e*). Quindi, i potenziali controrivoluzionari e sabotatori, contro i quali si esercita l'azione repressiva per tramite del diritto penale, in quanto elementi socialmente pericolosi, vengono privati dei diritti politici. Tale azione repressiva è diretta, nella Russia del comunismo di guerra, dal nucleo centrale del potere politico (il Partito comunista dei bolscevichi); infatti, è esclusiva competenza vuoi del Congresso dei Soviet di tutta al Russia, il quale, ai sensi dell'articolo 56 della Costituzione,

([23]) Cfr. sull'argomento almeno M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« rappresenta il massimo potere », vuoi del suo Comitato Esecutivo Centrale, il quale, ai sensi dell'articolo 54 della Costituzione, convoca (a sua discrezione) il Congresso e durante la vacanza di questo detiene l'intero potere, così all'art. 30 della carta del 1918, « la legislazione statale generale, il sistema dell'organizzazione giudiziaria, la procedura giudiziaria, la legislazione civile, penale », così al punto *n* dell'articolo 49 della predetta Costituzione. Va sottolineato come, in questa ed in tutte le altre materie elencate dal sopra richiamato articolo 49, il Congresso dei Soviet ha di fatto soltanto potere consultivo nei confronti del Comitato Esecutivo, allo stesso modo in cui il Commissario del popolo per la giustizia, la cui nomina è effettuata dallo stesso Comitato, è nei fatti un organo ausiliario del vero e proprio centro di potere sovietico. A tale proposito, tutte le *Ordinanze* ed i *Decreti* del Commissario del popolo per la giustizia, così come, più in generale, tutti gli atti dei vari Commissari, « che abbiano un importante significato politico generale sono sottoposti all'esame ed alla approvazione del Comitato Esecutivo Centrale dei Soviet di tutta la Russia », così all'articolo 41 della carta fondamentale della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia.

Non appare di secondaria importanza sottolineare che la prima legge fondamentale della Russia sovietica fa menzione dell'amministrazione della giustizia esclusivamente all'articolo 43, nel momento in cui richiama il Commissario del popolo per la giustizia. In nessun altro punto della carta costituzionale il legislatore si sofferma su questa questione, né tratteggia le linee guida per l'organizzazione dell'apparato giudiziario, né, tanto meno, fa cenno al principio di legalità o all'indipendenza della magistratura.

In assenza di tali indicazioni, il compito di delineare vuoi nei suoi principi, vuoi nelle sue particolari articolazioni, il potere giudiziario spetta interamente al legislatore ordinario, di cui al già richiamato articolo 49, punto *n*.

In definitiva, in questa primissima fase, oltre alla necessità di coordinare il diritto penale zarista con gli interessi della nuova classe dominante, il proletariato cittadino ed agrario, si assiste all'affermarsi di una netta subordinazione del potere giudiziario al potere politico tanto da poter individuare nel primo *la cinghia di trasmis-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sione del secondo (24). Il diritto penale operante in Russia è essenzialmente uno strumento bellico, di lotta alla controrivoluzione ed al sabotaggio; è altresì una esperienza penalistica che si sviluppa, per lo meno in questa fase, sull'ambiguo, perché non espressamente specificato, recepimento di norme penali speciali da parte del Codice del 1903 inserite in una altrettanto vaga cornice ideologia, gli interessi del proletariato ed i programmi dei partiti proletari, di cui fa menzione l'articolo 5 del *Decreto* del 22 novembre (5 dicembre) 1917.

Solamente con i *Principi direttivi di diritto penale* del 1919 si delinea una bozza riconducibile al concetto di parte generale del Codice penale (25). In ogni caso, in questi *Principi* si pongono le basi della futura evoluzione del diritto penale sovietico nel momento in cui il legislatore definisce i contorni dell'azione delittuosa. Delitto, infatti, è considerata, per la prospettiva fatta propria dal mondo sovietico, « l'azione o l'omissione pericolosa per il sistema di relazioni creato dallo Stato che determina la necessità di entrare in lotta con gli autori dell'azione o dell'omissione ».

Come è stato sottolineato (26), la necessità che lo Stato sovietico ha di *entrare in lotta* con gli autori di attacchi diretti o indiretti contro la società socialista di molto si differenzia dalla attribuzione allo Stato della potestà punitiva. Lo Stato sovietico, infatti, non si attribuisce tale potestà, ma, a fronte di controrivoluzionari e sabotatori, al fine di proteggere gli interessi di classe di cui è portatore, *entra in lotta*. La stessa idea di delitto, a ben vedere, in una prospettiva sovietica, quindi marxista, è totalmente slegata dall'idea di responsabilità individuale, per così dire, di colpevolezza; il delitto si manifesta come oggettiva necessità dello scontro di classe, è perciò la risultante oggettiva di interessi economici contrapposti. Delinquere, lungi da ogni riferimento etico sull'azione o sull'omissione,

(24) Cfr. G. CODEVILLA, *Dalla rivoluzione bolscevica alla Federazione Russa*, cit., p. 91.

(25) Cfr. E. FLORIAN, *Prime impressioni sul Codice penale soviettista russo*, cit., p. 518, per il quale i *Principi* « non contengono le forme delittuose, ma enunciano solo concetti di parte generale ».

(26) T. NAPOLITANO, *Evoluzione del diritto penale sovietico dall'ottobre '17 ai nostri giorni*, cit., vol. XXXVII, c. 1022.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

significa (tentare di) affermare il proprio oggettivo interesse a scapito di un altro ed a questo contrapposto.

In questo contesto, che ritrova il proprio sfondo all'interno della concezione storico-materialista, lo Stato non punisce, per l'ovvio motivo che a monte del comportamento delittuoso non vi è colpa soggettiva; lo Stato deve porre in essere, come affermano i *Principi*, « il mezzo coercitivo col quale si proteggono le relazioni sociali create dallo Stato » stesso. Quindi, lo Stato sovietico entra in lotta con chi offende l'ordine socialista.

In questa prospettiva, la reazione difensiva dello Stato dovrà essere commisurata alla pericolosità sociale dell'attacco apportatogli dall'azione o dall'omissione e non con l'obbiettiva valutazione dell'evento in se stesso; cosicché la reazione non sarà rapportabile alla effettiva lesione prodotta, ma al reale grado di pericolo sociale che l'evento determina. I *Principi* del 1919 richiamano pertanto in maniera esplicita l'idea di pericolosità sociale del delinquente.

4. *Sui tipi ideali di autoritarismo penale.*

Con i *Principi direttivi di diritto penale* del 1919 il legislatore sovietico imbocca con chiarezza una precisa direzione in campo penale, ponendosi a pieno titolo fra quelli che Ferrajoli definisce modelli autoritari (27). A tale proposito va appena accennato come l'esperienza sovietica possa agevolmente venire sussunta nel modello idealtipico predisposto dall'autore sopra richiamato. Il reato è, infatti, un sintomo di antisocialità (28), nello specifico della non accettazione della nuova società socialista; la necessità di difesa contro attacchi al nuovo ordine fa sì che si assista alla completa svalutazione del ruolo della legge quale fonte unica della definizione di fatti delittuosi a tutto vantaggio di figure di reato elastiche (29), si

(27) Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale*, Bari, 1990.

(28) « Oggetto di conoscenza e di trattamento penale, secondo questa concezione, è non tanto e non solo il reato in quanto formalmente previsto come tale dalla legge, ma la devianza criminale in quanto di per sé immorale o antisociale, e al di là di essa la persona del delinquente della cui malvagità o antisocialità il reato è visto come una manifestazione contingente, sufficiente ma non sempre necessaria a giustificare la punizione ». *Ibidem*, p. 14.

(29) « Sul pieno delle tecniche giuridiche, queste rappresentazioni si riflettono in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pensi in proposito alla fase di coordinamento fra il diritto zarista e la coscienza socialista del giudice, nonché alla, a dir poco, vaga definizione di delitto come « azione o omissione pericolosa per il sistema di relazioni create dallo Stato », contenuto nei sopra richiamati *Principi*.

A tutto ciò si aggiunge la teorizzazione di soggetti antropologicamente delinquenti (30), i cosiddetti nemici del popolo, ai quali, come già rilevato, è dedicato l'articolo 65 della Costituzione russa del 1918, a questa corrisponde la messa in atto di misure di difesa sociale calibrate non su fatti legalmente determinati ma sulla base di presupposti soggettivi (31), quali la personalità (nel nostro caso più o meno *proletaria*) del reo. In questo senso, si può certamente affermare che all'interno dell'esperienza sovietica il reato non è sempre necessario per far scattare una misura di difesa sociale (32), la quale può trovare applicazione anche in assenza di azioni ed omissioni pericolose; l'esclusione dall'elettorato passivo ed attivo degli appartenenti alle classi pericolose, previsto esplicitamente dalla legislazione sovietica, è indubbiamente una misura di difesa sociale alla quale non corrisponde uno specifico comportamento antisociale; questa misura si applica ad una personalità potenzialmente antisociale all'interno dello schema penale del cosiddetto tipo d'autore (33). Il legislatore sovietico prefigura, infatti, una classe di soggetti socialmente pericolosi criminalizzando l'identità soggettiva: il nemico del popolo (convenzionalmente definito senza alcun riferimento empirico al suo agire) è di per sé soggetto a misura di difesa sociale.

---

una svalutazione del ruolo della legge come criterio esclusivo ed esaustivo di definizione dei fatti devianti. La tecnica più diffusa è la previsione di figura di reato elastiche e indeterminate ». *Ibidem*.

(30) « Si ricordano, da un lato, tra le figure più nefaste del moderno oscurantismo penale, la concezione positivistico-antropologica del « delinquente naturale », la dottrina nazista del « diritto penale della volontà » e del « tipo d'autore » (*Tätertypus*) e quella stalinista del « nemico del popolo » ». *Ibidem*.

(31) « La pericolosità sociale del soggetto [è] legalmente presunta in base a condizioni personali o di *status* quali quelle di « ozioso », o di « vagabondo », o di « proclive a delinquere », o di « recidivo », o di « delinquente abituale » o « professionale » o « per tendenza » ». *Ibidem*, pp. 14-15.

(32) Cfr., *ibidem*, p. 14.

(33) Sull'argomento cfr. *ibidem*, pp. 77-78.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Altrettanto agevole è riscontrare all'interno dell'esperienza sovietica l'impronta del decisionismo penale che, sempre a detta di Ferrajoli, caratterizza il modello autoritario (34). All'interno del contesto socio-politico post-rivoluzionario emerge con chiarezza come il giudizio acquisti la caratteristica di attività di governo, le corti di giustizia perseguono anzitutto finalità di parte, legate all'instaurazione ed alla difesa di un dato ordine sociale e solo subordinatamente al raggiungimento di tali obbiettivi queste si soffermano sulle valutazioni oggettive che, in ogni caso, debbono venire effettuate in un contesto guidato dalla coscienza giuridica socialista. In questo senso, come ravvisa Ferrajoli (35), il giudizio si basa più che su prove oggettive su valutazioni soggettive condotte alla coscienza socialista del giudice. Il carattere soggettivo, che determina una interpretazione in chiave socialista di un certo accadimento, implica lo svolgersi della vicenda processuale attraverso una serie di giudizi di valore che offuscano le prove basate su giudizi di fatto, che sono, come ampliamente sottolineato dall'autore qui richiamato (36), asserzioni verificabili. La verifica empirica è, perciò, subordinata al giudizio di valore; è rispetto a quest'ultimo che il caso verrà giudicato.

Che il potere giudiziario sia, per così dire, aspirato dal centro del potere politico, appare evidente avuto riguardo alla costituzionale subordinazione della magistratura all'organo di governo, a cui abbiamo già fatto cenno.

Se, seguendo le precise indicazioni di Ferrajoli, si evince senza ombra di dubbio che gli esiti della esperienza giuridica sovietica, con particolare riguardo al diritto penale, sono ascrivibili al mondo dell'autoritarismo giuridico, ciò non di meno appare interessante

(34) Cfr. *ibidem*, pp. 13 e ss.

(35) « Se infatti « giuris-dizione » designa una procedura di accertamento dei presupposti della pena che si esprime in asserzioni verificabili e falsificabili empiricamente, qualunque attività punitiva espressamente contraria a questo schema è altra cosa dalla giurisdizione. Precisamente essa è un attività sostanzialmente « amministrativa » — o se si vuole « politica » o « di governo » — caratterizzata da forme di discrezionalità che inevitabilmente, incidendo sulle libertà individuali, sconfinano nel sopruso ». *Ibidem*, p. 16.

(36) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricercare quali siano le premesse che, svolte nell'esperienza pratica, offrono siffatti esiti.

È palese che lo sfondo su cui collocare l'attività del legislatore sovietico sia la teoria marx-engelsiana rivisitata dalle opere di Lenin (37). Ma questo richiamo ancora non permette di riconoscere una prospettiva specificatamente giuridica a cui riconnettere la costruzione e lo sviluppo della prospettiva sovietica. Delle indicazioni in proposito ci vengono offerte esaminando i primi commenti all'evolversi della esperienza russa.

5. *Convergenze e divergenze con la Scuola Positiva.*

Il primo giugno 1922, come già rammentato, entra in vigore in tutto il territorio della Russia, « allo scopo di difendere il governo degli operai e dei contadini e la rivoluzione russa da elementi perturbativi e socialmente pericolosi e per la salvaguardare le solidali istituzioni rivoluzionarie », il primo Codice penale sovietico. Questo è composto da 227 articoli suddivisi fra parte generale, nella quale vengono enunciati dal legislatore i principi applicativi delle norme penali sovietiche, riproponendo in questa sede i *Principi* già elaborati nel 1919, e parte speciale, nella quale, all'interno di sette capitoli (38), vengono stabilite le fattispecie delittuose. Va immediatamente rilevato che gli articoli della parte speciale non sono esaustivi di tutte le fattispecie delittuose, infatti, come noto, l'articolo 10 di detto Codice stabilisce: « in caso di mancanza nel codice penale di norme specifiche per ogni singolo delitto, le pene o le misure di difesa sociale si conformeranno a quegli articoli del Codice che contemplano i delitti analoghi per importanza e per qualità ». In tal modo il principio di analogia vige a pieno titolo nell'esperienza penalistica sovietica (ma su questo oltre).

Ciò che ora preme rilevare è come il legislatore si sia « prefisso

---

(37) Cfr. per tutti il recente volume di M.A. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio*, cit.

(38) Questi sono così titolati: *Dei delitti contro lo Stato*; *Delitti contro la pubblica amministrazione*; *Infrazioni di norme circa la separazione delle Chiese dallo Stato*; *Delitti contro l'economia*; *Delitti contro la vita, la salute, la libertà e l'onore*; *Delitti contro la proprietà*; *Infrazione delle norme tutrici della salute pubblica, della tranquillità e dell'ordine pubblico.* La traduzione italiana del Codice è pubblicata in « La Scuola Positiva », 1922.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lo scopo di difesa legale dei lavoratori da crimini e da elementi socialmente pericolosi ed opera tale difesa mediante l'applicazione, contro i trasgressori della legislazione rivoluzionaria, di pene o di altre misure di difesa sociale », così all'articolo 5.

La legislazione penale sovietica è, quindi, costituita con il preciso compito di difendere la comunità da elementi antisociali; infatti, « nel determinare le misure penali si considera il grado e il carattere del pericolo che può causare il colpevole e che ha causato il delitto da lui commesso », così all'articolo 24.

Si profila, dunque, una adesione alla prospettiva solcata dalla Scuola Positiva, che enfatizza il ruolo della pericolosità sociale nel momento valutativo dell'azione delittuosa. Lo stesso Florian, in un commento coevo all'entrata in vigore del Codice (39), pur ponendosi con intento critico, riconosce che « la legge novella è pervasa e guidata ferreamente dal concetto di difesa sociale, specialmente rivolta a presidio del regime soviettistico e delle classi operaie, nelle cui mani il potere risiede. Tale concetto traspare da ogni piè sospinto ed anima gran parte del codice » (40). A riguardo lo stesso autore rammenta come il giurista sovietico Rakowski abbia dichiarato « che i redattori del nuovo Codice russo si erano ispirati ai criteri fondamentali del nuovo progetto italiano » (41).

È ben vero che il lavoro del legislatore sovietico non è esente da critiche (è « una legge di carattere pratico ed empirico piuttosto che ispirata da criteri generali scientifici ed inquadrata in un insieme sistematico » (42) che, sempre a detta di Florian, « si è resa pienamente tributaria del vecchio dualismo fra pene e misure di sicu-

(39) Cfr. E. FLORIAN, *Prime impressioni sul Codice penale soviettista russo*, cit.

(40) *Ibidem*, p. 519.

(41) *Ibidem.* Florian fa richiamo al cosiddetto *Progetto* Ferri risalente al 1921. Tale Progetto fu redatto da una Commissione Reale per la riforma delle leggi penali, nominata dal Ministro della Giustizia del Regno d'Italia nel 1919. Sul tema vedi *Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti. Relazione del Presidente Enrico Ferri*, Milano, 1921 (d'ora in avanti *Relazione*). Il testo integrale della *Relazione* e del progetto di Codice è pubblicato anche in appendice a E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928. Va rilevato che le opere dei positivisti italiani erano note agli studiosi russofoni, in proposito va solo rammentato che la prima traduzione russa della *Sociologia criminale* di Ferri è datata 1889 (nel 1911 viene data alle stampe la traduzione russa della seconda edizione).

(42) E. FLORIAN, *Prime impressioni sul Codice penale soviettista russo*, cit., p. 519.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rezza » (43)), ma è altrettanto indubbio che il mondo sovietico abbia imboccato una direzione non dissimile da quella percorsa, con risultati certamente più raffinati, dalla Scuola Positiva.

Va anzitutto rilevato che assistiamo all'interno della esperienza sovietica al radicale rifiuto dell'idea di imputabilità morale e del conseguente binomio pena-castigo. Questa prospettiva è già delineata nei *Principi* del 1919, per i quali « nella scelta della pena si deve aver presente che il delitto in una società di classi è prodotto dal sistema delle relazioni sociali, in cui vive il delinquente. Perciò la pena non è un compenso per la colpa, non è un'espiazione della colpa. In quanto misura difensiva, la pena deve essere adeguata ai fini e nel contempo del tutto esente da carattere affittivo, né deve procurare al delinquente inutili e superflue sofferenze ». Coerentemente con questo approccio, il Codice del 1922, all'articolo 8, stabilisce che « la pena e le altre misure di difesa sociale si debbano confermare allo scopo: *a*) di prevenzione comune contro nuove trasgressioni tanto da parte del trasgressore, quanto da parte di altri elementi irrequieti della comunità; *b*) di adattamento del trasgressore alle condizioni della comunità per mezzo di lavori correzionali; *c*) di privare il colpevole della possibilità di commettere ulteriori delitti » (44).

Accanto al profilarsi chiaro delle due versioni della pena come prevenzione generale e speciale si staglia netto il rifiuto della concezione retributiva; la pena deve tutt'al più servire a « influire sui condannati per migliorarli e indirizzarli al lavoro » (45), ma certa-

(43) *Ibidem*.

(44) I punti *a* e *b* dell'articolo 8 fanno presagire la possibilità di intendere la pericolosità sociale nel duplice senso di pericolosità *ante delictum* e *post delictum*; si palesa, pertanto, l'idea di una difesa preventiva (del resto, come già osservato, affidata alla *Čeka*) anche se il disposto dell'articolo 7 lega la pericolosità alla commissione di una azione o di un'omissione o di una attività, va però rilevato che ai sensi della disposizione dell'articolo 24, nel determinare le misure penali si deve considerare « il pericolo che può causare il colpevole », quindi si palesa una proiezione nel futuro delle potenzialità criminali del reo.

(45) M. GRODINSSKI, *Modificazioni alla legislazione penale russa*, in « La Scuola Positiva », 1925, p. 251.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente non a *compensare* il reo per il male arrecato ad altri secondo il principio dell'equivalenza della pena (46).

È ben vero, come gli esponenti della Scuola Positiva ebbero a sottolineare, che nel Codice penale del 1922 è presente un dualismo fra pena e misura di difesa sociale, ma, a nostro avviso, questa differenza è meramente lessicale e non sostanziale.

Anzitutto osserviamo che « per delitto si intende ogni azione od omissione socialmente dannosa, minacciante i principi del governo dei Soviety e il suo ordinamento giuridico, fondato per un certo periodo di tempo sul potere degli operai e dei contadini, cioè fino al passaggio al comunismo », così all'articolo 6 del Codice penale (47). Orbene, tale definizione di delitto è priva di ogni riferimento alla sfera morale; l'azione od omissione è valutata esclusivamente in funzione del suo essere (in atto o in potenza) socialmente dannosa. A fronte di un ipotetico attacco all'ordine sovietico, il legislatore commina, *ex* articolo 11, delle pene, che ritroveranno poi specificazione agli articoli 32-45, a coloro i quali « agiscono con coscienza, cioè prevedono la conseguenza della loro azione e la desiderano o la favoriscono », delitto doloso, ed a coloro che, invece, « agiscono sconsideratamente, cioè con leggerezza, e sperando di stornare le conseguenze delle loro azioni non le previdero, benché potessero prevederle », delitto colposo.

La distinzione qui tratteggiata fra coloro per i quali è possibile ravvisare la piena riferibilità psichica dell'azione e coloro i quali, invece, agirono per colpa, quindi con negligenza o imperizia, non pare ricondurre la prospettiva penale sovietica entro l'alveo della imputabilità morale (48), quanto stabilire, da parte del legislatore,

(46) *Ibidem.*

(47) Va rilevato come il Codice penale del 1922 conosca anche la figura del tentativo delittuoso, ovvero, ai sensi dell'articolo 13, di « quell'azione diretta al compimento di un delitto, quando chi la eseguì non fece tutto ciò che era necessario per il compimento della sua intenzione, o quando, malgrado l'esecuzione completa di tutto ciò che egli ritenne necessario, il risultato criminoso venne a mancare per cause da lui indipendenti ». Ai sensi dell'articolo 14 il tentato delitto è punito come un delitto compiuto.

(48) Cfr C. PERRIS, *Le nuove teorie penali della Russia sovietica*, cit. e T. NAPOLITANO, *L'evoluzione del diritto penale sovietico dall'ottobre '17 ai nostri giorni*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle indicazioni al giudice avuto riguardo alla pericolosità sociale del reo.

Infatti, non va sottaciuto che, ai sensi dell'articolo 24, « nel determinare le misure penali si considera il grado e il carattere del pericolo che può causare il colpevole e che ha causato il delitto da lui commesso. Per determinare ciò, si deve conoscere la preparazione del delitto commesso, si deve analizzare la personalità del colpevole, accertare quanta parte essa ebbe nel delitto da lui commesso e i motivi dell'azione, per quanto è possibile chiarire la personalità stessa dell'imputato, fondandosi sul suo tenore di vita (anche di quella passata) e determinare fino a quale misura il delitto, in quelle date condizioni di tempo e di luogo, minaccia la tranquillità pubblica ».

In questo contesto, « la pena dev'essere conforme allo scopo », così all'articolo 26; quindi, prevenire altre minacce alla tranquillità pubblica. L'indagine sulla personalità del reo e, più in generale, intorno alla definizione del delitto come colposo o doloso, è funzionale a comprendere il grado di pericolosità sociale non solo dell'azione, ma anche dell'agente. Una cosa è, infatti, attaccare l'ordine socialista con premeditazione, crudeltà, astuzia, altra cosa è invece farlo per disattenzione, per leggerezza (49). A tale proposito va sottolineato che, ai sensi dell'articolo 28, il tribunale competente, può erogare, in circostanze eccezionali e previa motivazione, una pena inferiore ai minimi editali, ma ciò, come appare evidente, non in considerazione del grado di colpevolezza del reo, piuttosto della sua pericolosità sociale. È all'interno di questa prospettiva che il Codice commina, ai sensi dell'articolo 17, la pena. Va altresì rilevato, in merito al dualismo fra pena e misure sociale, che, ai sensi dell'articolo 17, « alla pena non sono soggetti coloro che commisero il delitto in condizioni di malattia psichica cronica o per turbamento momentaneo dell'attività psichica e in generale tutti coloro che, al momento in cui commisero il delitto, non potevano rendere conto di sé e delle proprie azioni, e ugualmente coloro che, pur avendo agito in condizioni di equilibrio mentale, nel momento del processo o dell'esecuzione soffrono di malattia mentale. Contro tali persone

(49) Riprendiamo le espressioni usate dal legislatore sovietico all'articolo 25 del Codice penale del 1922.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possono prendersi le misure di difesa sociale », di cui all'articolo 46, che trova applicazione anche per coloro che « non abbiano compiuto i quattordici anni e ai minori dai quattordici ai sedici anni per i quali si ritiene possibile limitarsi a misure medico-pedagogiche », così all'articolo 18.

In questo contesto, le pene (ai sensi dell'articolo 32: espulsione dalla Repubblica dei Soviet, privazione della libertà, lavori forzati senza detenzione, confisca dei beni, multa, privazione dei diritti, esclusione dalle cariche, biasimo pubblico, imposizione di riparare al danno — non va affatto sottaciuto come l'articolo 33 preveda, in via provvisoria, l'ammissibilità, per i reati più gravi della pena di morte) ritrovano applicazione necessaria nei confronti di coloro che commisero un delitto *ex* articolo 6; viceversa, le misure di difesa sociale (ricovero in istituti per alienati, trattamento medico obbligatorio, proibizione di occupare una determinata carica o di svolgere una determinata attività, allontanamento da una determinata località) si applicano a discrezione del tribunale a coloro che, pur commettendo un delitto *ex* articolo 6, si trovano nelle condizioni previste dagli articoli 17 e 18 del Codice penale.

Non pare qui palesarsi nettamente una questione relativa alla problematica del « moralmente non imputabile » (50); il problema può nuovamente venire ricondotto all'idea di pericolosità sociale. Infatti, la pena inerisce alla pericolosità sociale dell'azione e dell'agente, pericolosità sociale che è, secondo i parametri del legislatore sovietico, oggettiva, in quanto il delitto è il prodotto di relazioni sociali basate sullo sfruttamento dell'uomo sull'uomo. Qui l'azione è compiuta, sia pur con diversi gradi di riferibilità psichica (vedi l'articolo 11), da un agente cosciente, nel senso di sostanzialmente pericoloso. Pertanto l'erogazione della pena è obbligatoria. Nel caso delle misure di difesa sociale, anch'esse conseguenza di una azione od omissione delittuosa, di cui all'articolo 6 del Codice penale, ciò che prevale è, avuto riguardo allo stato di inettitudine dell'agente, la loro non pericolosità sociale nei confronti dell'ordine sovietico. Le misure non sono, come le pene, la conseguenza di un attacco allo stato sovietico a seguito del quale questo *entra in lotta* con il

(50) Cfr. T. NAPOLITANO, *Evoluzione del diritto penale sovietico dall'ottobre '17 ai nostri giorni*, cit., vol. XXXVII, c. 1187.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delinquente, piuttosto la risultante di un accadimento (un accidente) sì lesivo di un bene giuridicamente tutelato ma, in considerazione della condizione dell'agente, non pericoloso per la società nel suo complesso. La misura, a differenza della pena, non ha funzione di prevenzione generale, solo speciale, nel senso che circoscrive, cioè isola, intervenendo terapeuticamente, il reo incapace di intendere e di volere ponendolo nelle condizioni di non nuocere.

Pena e misure di difesa sociale hanno qui certamente due funzioni diverse, ma sono pur sempre collocabili su di un unico sfondo: quello della pericolosità sociale. Non a caso il legislatore sovietico, all'articolo 8 del Codice penale, accomuna la pena e la misura di difesa sociale nello scopo prevenzionale. Ed è altrettanto significativo che il legislatore del 1922 non indugi sul concetto di imputabilità; infatti, sia i soggetti alla pena, di cui all'articolo 11, che i soggetti alle misure di difesa sociale, richiamati agli articoli 17 e 18, vengono ricondotti al comune alveo tracciato dal sopra richiamato articolo 8.

Al fine di confermare questa tendenza e la conseguente confluenza nella più complessa prospettiva della Scuola Positiva, è utile soffermarci preventivamente sui *Principi fondamentali della legislazione penale per la Federazione socialista della Russia dei Soviet e per le singole repubbliche federate*, apparsi il 31 dicembre 1924 a cura del Comitato Esecutivo Centrale e dei quali la stessa rivista « La Scuola Positiva » dà notizia (51).

I *Principi* del 1924 hanno la funzione di uniformare le legislazioni penali poste in essere dalle singole repubbliche federate, dal 1922, nell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche. Infatti, ai sensi degli articoli 1 e 3 della Costituzione dell'URSS del 31 gennaio 1924, spetta alle singole repubbliche porre in essere i propri specifici Codici penali, mentre è compito dell'Unione « l'istituzione dei principi dell'organizzazione giudiziaria e della procedura giudiziaria ed anche della legislazione civile e penale », così all'articolo 1, punto *o* della richiamata carta costituzionale. I *Principi*, pubblicati dopo l'entrata in vigore della prima Costituzione dell'URSS, assolvono questo compito. Va solamente osservato che, ai sensi del dettato costituzionale, non è previsto nell'esecutivo centrale dell'URSS la

(51) Cfr. « La Scuola Positiva », vol. V, 1925, pp. 251 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presenza di un Commissario del popolo della giustizia (vedi articolo 37 della carta); tale figura è presente esclusivamente nell'esecutivo delle singole repubbliche (vedi articolo 67 della Costituzione del 1924). Amplio rilievo è dato invece al Tribunale Supremo dell'URSS, il quale è il tutore della *legalità rivoluzionaria* sull'intero territorio sovietico. Esso è formato da undici membri (i quattro presidenti dei Tribunali Supremi delle repubbliche federate — Russia, Ucraina, Bielorussia e Transcaucasica — un rappresentante della *Gup* (52) — nuova denominazione della *Čeka* — ed altri sei membri di nomina del *Presidium* del Comitato Esecutivo Centrale dell'URSS). L'articolo 46 delinea la figura del Procuratore del Tribunale Supremo dell'URSS, questi è nominato dal *Presidium* del Comitato Esecutivo Centrale dell'URSS e deve fornire pareri in merito a tutte le questioni sottoposte al Tribunale Supremo nonché sostenere l'accusa di fronte alla corte. Il Procuratore ha, altresì, facoltà di appellare le sentenze del Tribunale Supremo davanti al *Presidium* del Comitato Esecutivo Centrale dell'URSS (il quale così diviene il massimo organo non solo politico ma anche giudiziario, in quanto tribunale di ultima istanza, del mondo sovietico; va rilevato come il suo intervento possa essere richiesto soltanto dalla accusa e non dalla difesa).

Ritornando ai *Principi*, questi ribadiscono che lo scopo della legislazione penale sovietica è quello di difendere lo stato dei lavoratori da tutte le azioni socialmente pericolose, che minaccino cioè di rovesciare l'ordine proletario o che siano in contrasto con la legislazione sovietica. Viene ribadito, altresì, come la legislazione penale sovietica non concepisca la pena retributiva, ma che i provvedimenti di difesa sociale sono funzionali a prevenire i reati, ad impedire che i soggetti socialmente pericolosi commettano nuovi delitti ed, infine, ad influire sui rei al fine di renderli integrabili nella società dei lavoratori.

Ma il punto più interessante è offerto dall'esplicito abbandono del dualismo pena-misura di difesa sociale, il quale era in qualche modo presente nel Codice penale del 1922. I *Principi* del 1924 prevedono esclusivamente provvedimenti di difesa sociale, suddivisi

(52) Vedi gli articoli 61, 62 e 63 della Costituzione che regolamentano questo organismo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fra provvedimenti giudiziari, provvedimenti di natura medica (trattamento obbligatorio, internamento in istituti) e provvedimenti medico-pedagogici (si applicano ai minori e si configurano come vigilanza nei confronti del minore o internamento dello stesso in appositi istituti).

Stante all'opinione di un *osservatore partecipante*, il professore M. Grodinsski dell'Università di Charcov, « secondo i nuovi *Principi*, la legislazione sovietistica rinuncia completamente alla pena retributiva: essa conosce solo provvedimenti di difesa sociale, diversi a seconda della personalità del delinquente » (53). In questo senso, la legislazione sovietica si avvia chiaramente verso l'assunzione del principio di responsabilità legale; infatti, per l'osservatore sopra richiamato, « delinquente è chiunque commetta un'azione socialmente pericolosa, sia egli un adulto, un minorenne, un sano o un infermo di mente » (54).

È ben vero che all'interno dei *Principi* del 1924, così come all'interno del Codice Penale del 1922, sia pur implicitamente, permane l'idea di imputabilità; tuttavia questa è presente « non come fondamento della responsabilità, ma come condizione per l'applicabilità dei provvedimenti giudiziari di miglioramento. I *Principi* rinunciano egualmente alla contrapposizione fra pena e altri provvedimenti varii di difesa sociale » (55).

In definitiva, i *Principi* formulati nel 1924 e che, in un certo qual modo, fanno presagire la necessità di un ulteriore riordino della materia penale, che avverrà, infatti, di lì a poco con la promulgazione, nel 1927, del secondo Codice penale russo, indirizzano ulteriormente l'esperienza sovietica verso la prospettiva della Scuola Positiva.

A tale proposito viene osservato che « la unificazione nell'unico concetto di misure di difesa sociale dimostra quale tributo alla scienza criminologia bolscevica abbia apportato il positivismo italiano. Il quale positivismo, com'è noto, nega qualsiasi differenza fra pene e misure e quelle concepisce così ampliamente da compren-

(53) M. GRODINSSKI, *Modificazioni alla legislazione penale russa*, cit., p. 253.
(54) *Ibidem.*
(55) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dervi anche le misure o sanzioni eliminative dei pericolosi e curative dei malati » (56).

6. *Sulla determinazione della pericolosità sociale e sul procedimento analogico.*

Prima di dedicarsi ad una succinta analisi del Codice penale del 1 gennaio 1927 e che, sia pur con notevoli modifiche, resterà in vigore sino al 31 gennaio 1961, è bene soffermarsi su due questioni di non secondaria importanza che troveranno riflesso anche nella legislazione penale successiva al gennaio 1927. Ci riferiamo, per un verso, alle critiche rivolte da parte positivista al legislatore sovietico per una presunta mancanza nel settore della ricerca della sociologia criminale, indispensabile, all'interno della Scuola Positiva, al fine di calibrare il principio di pericolosità sociale. Per altro verso, ci riferiamo al già richiamato problema posto dall'articolo 10 del Codice penale del 1922 (ripreso successivamente dall'articolo 16 del Codice del 1927) in merito all'applicazione analogica delle disposizioni penali.

Per quanto concerne il primo problema, la carenza di studi scientifici catalogatori della tipologia di delinquente, viene, infatti, rilevato: « il criterio di pericolosità sociale è meglio sviluppato [nei *Principi* del 1924 rispetto al Codice del 1922] per quanto attiene alla funzione pratica dell'adattamento giudiziale della misura ma è ancora lontano da una rigorosa precisazione scientifica: si ammette, oltre alla ricerca del pericolo sociale nel delitto commesso, anche la valutazione delle circostanze del fatto e della personalità dell'agente, ma si prescinde totalmente da qualsiasi indirizzo metodologico da applicare nel caso di tali delicatissime indagini » (57).

In proposito, sempre negli stessi anni, su « La Scuola Positiva », viene osservato che « mentre la dottrina positivistica, nell'affermazione del principio della pericolosità, si basa sullo studio scientifico del delinquente », la prospettiva sovietica « prescinde, in linea teorica, da ogni ricerca di sociologia criminale: gli è ignota ogni

(56) T. NAPOLITANO, *Evoluzione del diritto penale sovietico dall'ottobre '17 ai nostri giorni*, cit., vol. XXXVII, c. 1435.

(57) *Ibidem*, c. 1434.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

classificazione antropologica dei criminali, nessun sussidio è dato al giudice per sceverare i vari tipi criminali, come aveva fatto il Progetto Ferri, che noi intendiamo compiuta espressione di realizzazione legislativa della scuola positiva » (58). Tutto ciò, pur tuttavia, riconoscendo che l'obbiettivo teorico del diritto penale sovietico tratteggiatosi dal suo sorgere sino a tutti gli anni Venti, « non è, praticamente, lontano da quello, a cui giunge la dottrina positivistica italiana » (59).

Ai rilievi qui richiamati si può obbiettare ritenendo che il legislatore sovietico abbia individuato, sia pur non attraverso criteri ispirati al rigore metodologico, che auspica la Scuola Positiva, dei gradi di pericolosità soggettiva che sono, ad esempio, desumibili dalla stessa lettura del Codice del 1922. In proposito va richiamato il secondo comma dell'articolo 24: « per determinare [la pericolosità del reo] si deve conoscere la preparazione del delitto commesso, si deve analizzare la pericolosità del colpevole, accertare quanta parte ebbe nel delitto da lui commesso e i motivi dell'azione, per quanto è possibile chiarire la personalità stessa dell'imputato, fondandosi sul suo tenore di vita (anche di quella passata) e determinare fino a quale misura il delitto, in quelle date condizioni di tempo e di luogo, minaccia la tranquillità pubblica ».

In tal senso, viene, anzitutto, stabilita una distinzione fra delinquente affetto o meno da patologie psichiche (vedi in merito l'articolo 17 del Codice del 1922), successivamente, nel caso di soggetto non affetto da patologie psichiche va indagato la motivazione politico-ideologica della sua azione od omissione; ben più pericoloso per la « tranquillità pubblica » appare colui che delinque al fine di restaurare l'ordine borghese (articolo 25, punto *a*) oppure per attentare al governo dei Soviet (articolo 25 punto *b*), rispetto a chi è attratto dal delitto per « stimolo della fame, del bisogno » (articolo 25 punto *c*). Quest'ultimo sarà un delinquente occasionale, di gran lunga meno pericoloso d'un delinquente politico o di un delin-

(58) C. PERRIS, *Le nuove teorie penali della Russia sovietica*, cit., p. 11. Vedi in proposito il già richiamato *Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti*, in particolare il Titolo secondo (*Il delinquente*) agli articoli 18-36, nonché, per ciò che concerne la pericolosità sociale, E. FERRI, *Relazione*, cit., pp. 43 e ss.

(59) C. PERRIS, *Le nuove teorie penali della Russia sovietica*, cit., p. 11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quente professionale (articolo 25 punto *f*), perché il primo non è animato da « bassi impulsi di cupidigia » (articolo 25 punto *d*) o da « premeditazione, crudeltà, astuzia » (articolo 25 punto *i*).

La scala di valutazione della pericolosità sociale del delinquente deve, quindi, tenere conto, oltre ai tradizionali parametri offerti dalle figure del delinquente abituale, psichicamente patologico, occasionale e via dicendo, anche di una variabile sociale: l'essere o meno collocato nel mondo degli sfruttatori o borghesi oppure appartenere alle classi proletarie.

Quest'ultima condizione, ben specificata nei *Principi* del 1924, non è affatto di secondaria importanza; essa rappresenta la concreta chiave di volta su cui si regge l'intero sistema penale sovietico. Questo si costituisce intorno alla presupposizione che il reato sia un fenomeno sociale di classe; in questo senso, sarà dal più complessivo studio della società classista, il quale non può, all'interno della tradizione marxista, che basarsi sulle dinamiche economiche e secondo i principi del materialismo dialettico, che si evinceranno i tratti del criminale. Pertanto, la antropologia criminale non può sussistere come scienza in sé, deve essere ricollegata al (e divenire espressione del) materialismo dialettico, ai sensi del quale tutti i reati sono il prodotto della lotta di classe. All'interno di questa prospettiva appare evidente come un reato commesso da un appartenente alla classe proletaria rappresenti un pericolo sociale minore per lo Stato degli operai e dei contadini rispetto allo stesso reato posto in essere da un cittadino borghese; in tal senso, la reazione di difesa sarà diversa, essendo la stessa calibrata sulla pericolosità sociale dell'atto delittuoso e non sull'atto in sé.

La seconda questione è inerente al principio di analogia. La legislazione penale sovietica sin dal suo sorger ammette il ricorso al criterio integrativo analogico nell'ambito del diritto penale.

Le ragioni di tale rottura con l'evoluzione storica del cosiddetto Stato di diritto (60), che viene pesantemente criticata anche

(60) Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., il quale nel suo già richiamato volume offre una amplia indagine sulle correnti e sugli autori che giustificano e perorano l'uso dell'analogia in materia penale; interessante rilevare come molti di questi di collocano a pieno titolo nella *miglior* dottrina occidentale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dagli esponenti della Scuola Positiva (61), vanno ricercate non tanto nella precisa volontà del legislatore sovietico di costruire un sistema sociale basato sul terrore, questo tutt'al più potrà apparire l'esito pratico di determinate scelte di politica penale, quanto negli stessi principi fondanti l'esperienza politico-giuridica sovietica che sono *altri* da quelli riconducibili alla forma Stato liberal-democratica.

Utile in proposito può apparire la lettura di uno scritto redatto dal professore J. J. Anossov (62) dell'Università di Taschkent ed apparso in Italia sulle colonne della rivista « La giustizia penale » nel 1934 con il titolo *L'analogia nel diritto penale* (63). Particolare interesse riveste il seguire le argomentazioni del giurista sovietico, il quale ritiene che « si deve collegare la questione dell'analogia alle vedute teoriche che gli autori del codice avevano sul delinquente, sulla pena, sulla natura e sui compiti dello Stato. Il metodo della ricerca particolare ed autonoma, la valutazione di un determinato istituto giuridico senza collegamento con lo spirito di tutta la

(61) Cfr. per tutti E. FLORIAN, *Prime impressioni sul Codice penale soviettista russo*, cit., p. 520.

(62) Anossov, pur non ricoprendo incarichi istituzionali, rappresenta in quel periodo una sorta di « esportatore ufficiale » della dottrina giuridica sovietica. I suoi contributi apparvero, infatti, sulle principali riviste di diritto penale dell'Europa occidentale (in Italia collaborò assiduamente a « La Giustizia Penale »; fra i suoi contributi qui non richiamati va segnalato il lungo saggio su *Etica e diritto penale* apparso sulla citata rivista nel 1935 sulle colonne dei fascicoli 17, 21 e 22 del volume XLI), fungendo, per tanto, da vetrina sulla panoramica ufficiale del dibattito giuridico in terra sovietica. Va rilevato come lo studioso di Taschent fu fatto oggetto di pesanti attacchi da parte di Vyšinskij durante la sua opera di epurazione dei giuristi « traditori del popolo ». Sull'argomento, fra la sterminata bibliografia, cfr. il coevo contributo di T. NAPOLITANO, *L'epurazione dei giuristi nell'Urss*, in « Rivista Penale », 1938, pp. 775 e ss.

(63) Si tratta di una traduzione dal tedesco di Corrado Perris di un contributo apparso l'anno precedente sulla rivista « Monatschrift für Kryminalpsychologie und Strafrechtsrefor ». L'articolo di Anossov è stato di recente oggetto di una serrata analisi critica da parte di M. A. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio*, cit., pp. 166 e ss. e viene più volte richiamato da studiosi di diritto sovietico quali Napolitano. Va rilevato che lo scritto risalente ai primi anni Trenta accoglie pienamente la prospettiva allora dominante, la quale ritrova la sua massima espressione nel *Progetto* Krylenko e per tanto si discosta non poco dal pensiero di Vyšynskij, il quale, infatti, inserirà Anossov fra i giuristi da epurare.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislazione e specialmente con le leggi fondamentali dello Stato; questo metodo non può dare alcun risultato certo, specialmente nel diritto sovietico, che rappresenta il prodotto di una particolare concezione dello Stato e della società, una veduta determinata dei rapporti tra società e persona » (64).

Lo Stato e la società sovietica si caratterizzano attraverso il rifiuto della prospettiva individualistica, che, a detta dell'autore, « esige soprattutto la massima garanzia della libertà individuale contro l'arbitrio dello Stato » (65). Di contro, il mondo sovietico afferma la primazia del principio sociale, sicché, in ambito penale, a fronte del brocardo *in dubio pro reo* si erge la massima *in dubio pro societate*, la quale risulta perfettamente confacente al concetto di pericolosità sociale. Infatti, « il diritto sovietico ha un particolare valore. Il suo spirito trova la più evidente espressione nel completo ripudio della pena-corrispettivo. Il problema della difesa sociale è posto con chiarezza e conseguenza » (66). In questa prospettiva, sottolinea Anossov, « la colpa quale presupposto fondamentale per le misure di sicurezza sociale, non è più necessaria, né è collegata ed esse logicamente: essa è sostituita dal concetto di pericolosità » (67).

L'erogazione di una pena-corrispettivo, conseguenza della colpa, ha, all'interno di questa elaborazione, un carattere eminentemente individualistico; essa, infatti, è riferibile solamente ad un momento specifico della vita dell'individuo, è rapportabile, quindi, ad una sola azione posta in essere dal reo: è diretta conseguenza di

(64) J. J. Anossov, *L'analogia nel diritto penale*, in « La Giustizia Penale », 1934, c. 174.

(65) *Ibidem*, c. 176. In uno scritto successivo, apparso anch'esso sulla « Monatschrift für Kryminalpsychologie und Strafrechtsrefor », Anossov meglio specifica l'avversione per la prospettiva individualistica. L'autore, al fine di non venire equivocato, afferma: « dobbiamo distinguere, in primo luogo, l'*individualismo* in quanto speciale concezione del mondo, ed in secondo luogo in quanto riconoscimento di determinati diritti per l'individuo. L'*Uomo* resta l'*Uomo* anche in uno Stato che abbia un diritto penale analogico […]. Non si tratta affatto del pieno ripudio della dignità umana. I tempi del Carpzow sono ben passati e la dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino non è restata senza traccia », *Ancora sull'analogia*, « La Giustizia Penale », 1935, cc. 201-202, trad. it a cura di Perris.

(66) Id., *L'analogia nel diritto penale*, cit., c. 185.

(67) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella azione che, per l'appunto, viene esaminata singolarmente in maniera avulsa dal rapporto continuo con la società tenuto dall'agente. In proposito Anossov rileva: « il principio di pericolosità ha base più larga che il principio del corrispettivo. Noi abbiamo invece dell'atomismo su indicato dei singoli fatti criminosi, una continuità, nella quale le singole azioni rappresentano senz'altro dei sintomi, degli indici determinati del pericolo per la società » (68). A differenza della prospettiva individualistica, fondantesi sulla colpa e sulla pena, che ritiene non giuridicamente pertinente l'intervallo fra una azione e l'altra, per la prassi della difesa sociale lo spazio esistente fra una azione e l'altra « è tuttavia rilevante penalmente, poiché non può esistere spazio irrilevante dal punto di vista del diritto penale, nel quale le singole figure criminali rappresentano soltanto i punti salienti, quasi dei centri d'attrazione » (69).

All'interno di una concezione, che vede costituirsi la legislazione penale con il preciso scopo di difendere la società dagli elementi pericolosi, necessitano delle norme penali elastiche e dinamiche; in proposito viene rilevato che « nel codice noi troviamo tutto ciò che è criminoso, cioè pericoloso socialmente; persino non tutto ciò che si trova nel codice è sempre e dovunque pericoloso » (70). Il principio *nullum crimen sine lege* imbriglia l'azione di difesa, la rende inadeguata a far fronte al concreto pericolo sociale, viceversa « in quanto i relativi paragrafi del codice penale sovietico indicano la cerchia delle azioni criminose, essi affermano che il codice non ha lacune, è una *Charta* non della libertà del mondo criminale, ma della difesa sociale » (71) e tutto ciò in virtù dell'applicazione analogica della legge penale.

Va sottolineato come, per l'autore, « il principio colpa-corrispettivo, attuato logicamente come fondamento del diritto penale, rende impossibile in linea teorica, ogni analogia […; nel codice sovietico …] questo metodo di interpretazione è possibile, e tanto

(68) *Ibidem*, cc. 185-186.
(69) *Ibidem*, c. 186.
(70) *Ibidem*, c. 187.
(71) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più possibile quanto più il codice si ispira al tipo della pericolosità » (72).

Dall'intervento di Anossov si evincono le linee guida della politica penale sovietica: lo Stato degli operai e dei contadini non si arroga il diritto di punire, non eroga cioè pene a fronte di colpevoli comportamenti criminosi e ciò perché il delitto altro non è che la risultante dello scontro di classe in atto, pertanto l'azione delittuosa non può essere colta nel suo soggettivo e particolare manifestarsi ma va compresa e contrastata all'interno di un più ampio progetto di difesa sociale. Se l'azione delittuosa è la risultante dello scontro di classe in atto, al variare della dinamica sociale si modificherà la valutazione giuridica di un dato comportamento. Tale constatazione implica due conseguenze fra loro correlate: la prima si palesa per mezzo del riconoscimento del carattere transeunto dei cosiddetti principi cardine del diritto penale, come di ogni altra branca del diritto. A riguardo, lo stesso Anossov rileva come la dottrina giuridica di derivazione borghese, ovvero non storico-materialista, « cade abitualmente in un errore: essa considera norme e rapporti, formatisi attraverso il processo storico, come assiomi eterni ed infallibili » (73); infatti ed avuto considerazione della questione della applicazione analogica rigettata aspramente dalla prospettiva liberal-individualistica, che affonda le proprie radici nel secolo dei Lumi, Anossov riconosce che « il secolo XVIII aveva davanti a sé l'arbitrio del giudice quasi illimitato, e perciò i campioni del movimento di politica criminale di quel tempo si sforzavano di trovare degli argomenti contro queste manifestazioni nocive delle classi dominanti. Allora questi argomenti avevano valore progressivo, servivano allo sviluppo di forze sociali oppresse. Adesso però la cosa è diversa. Le condizioni sociali sono mutate, e perciò le stesse parole assumono un altro significato. *Si duo dicunt idem, non est idem*. Ora gli stessi argomenti che dovrebbero anzitutto servire a conservare ciò che è antico sono diventati essi stessi una remora allo sviluppo sociale » (74).

La seconda conseguenza riscontrabile è data dalla necessità di

(72) *Ibidem*, c. 186.
(73) *Ibidem*, c. 174.
(74) *Ibidem*, c. 180

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disporre di un sistema penale immediatamente adattabile alla difesa di fronte ad attacchi non preventivamente esplicitati nelle fattispecie astratte; rimanere imprigionati entro cavilli formalistici, quali, per un diritto penale in lotta contro elementi socialmente pericolosi, appaiono quelli derivati dal principio del *nullum cirmen sine lege* significherebbe rendere l'ordinamento penale una sorta di « *magna charta libertatum* della delinquenza » (75).

Rifiutato il binomio colpa-pena ed assunta, quale chiave di volta della politica penale, la prospettiva della pericolosità sociale e della misura di difesa sociale, l'utilizzo della analogia per condurre con utilità la lotta alla delinquenza appare conseguente, proprio perché la giustizia, all'interno di questo contesto, più che seguire l'astratto principio deve realizzare ciò che in un determinato momento storico appare più opportuno in un dato contesto sociale. L'apertura alla analogia si lega, quindi, al principio di corrispondenza dell'azione penale ai fini sociali (76).

Ma, al di là di giustificazioni, per così dire, di natura operativa, appare interessante recuperare dalla elaborazione dottrinale di Anossov un'altra argomentazione a favore dell'utilizzo dell'analogia in materia penale. L'autore, rifacendosi al pensiero di Karl Binding (77), rileva che « si pensa abitualmente che il codice penale si diriga, con le sue minacce ai cittadini. Da ciò la presunzione che ogni cittadino conosca la legge, cosa che, nella vita, non è affatto vera. Il Binding però è d'altro avviso; egli pensa, invero, che ai cittadini non le leggi, ma bensì le norme sono indirizzate; le leggi sono previsioni rivolte soltanto ai giudici » (78).

Da questa distinzione, qui non meglio approfondita, fra la legge e la norma, che noi, avuto riguardo a ciò che seguirà, potremmo forse intendere nel senso non tanto tecnico ossia, per ciò che concerne la cultura giuridica italiana (79), di disposizione e norma,

---

(75) *Ibidem*, c. 176.

(76) Cfr. C. PERRIS, *Il principio di corrispondenza ai fini nel diritto penale sovietico*, in « La Scuola Positiva », 1931.

(77) Molto probabilmente Anossov si riferisce allo *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, par. 21.

(78) J. J. ANOSSOV, *L'analogia nel diritto penale*, cit., c. 179.

(79) Cfr. *in primis* i contributi di M. S. GIANNINI e V. CRISAFULLI apparsi nel 1956 su « Giurisprudenza costituzionale », n. 4-5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quanto di distinzione fra cultura giuridica interna, quella del giudice, basata sullo studio scientifico della legislazione, e cultura giuridica esterna, quella del cittadino, fondata più su un generico sentimento di giustizia che su una conoscenza specifica della materia giuridica (80), discendono importanti conseguenze per quanto concerne la giustificazione dell'uso dell'analogia in materia penale. Infatti, Anossov sottolinea: « è essenziale per i cittadini la conoscenza della norma, la quale, con pieno diritto, può essere presunta in ogni uomo che vive in un ambiente di cultura, e che sia imputabile. Da ciò segue in primo luogo che la coscienza della illiceità giuridica non è essenziale per quanto riguarda il dolo » (81).

In buona sostanza Anossov ci suggerisce che nella realtà solamente gli operatori del diritto, i tecnici e quindi una ristretta minoranza della popolazione, conoscono le leggi; i più ne hanno, forse, una percezione mediata. Ciò non di meno la stragrande maggioranza della popolazione pone in essere una condotta socialmente consona (quindi non delittuosa) perché guidata da un senso di giustizia o rettitudine che apprende in quanto parte di un contesto sociale. Di fatti, anche all'interno di una concezione classica, il reato doloso non si manifesta a fronte del riconoscimento che il reo ha voluto infrangere una specifica e, da lui, ben identificata legge penale, piuttosto che egli ha voluto coscientemente con un atto materiale infrangere un ordine che è prima sociale e poi giuridico. La riferibilità dell'atto all'agente viene indagata non avendo come punto di riferimento la conoscenza o meno delle singole disposizioni normative, bensì la volontà di ledere un bene che, ancor prima di essere giuridicamente rilevante, è protetto socialmente.

Infatti, lungo questo itinerario, « la modificazione della legge, che riflette la norma, nulla modifica per quanto riguarda la situazione del cittadino » (82), sempre, sia ben inteso, che si tratti di una alterazione della disposizione non sostanziale, che riguardi, cioè la formulazione della fattispecie o ancora la pena comminata.

---

(80) Cfr. il classico L. M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. it. Bologna, 1978.

(81) J. J. ANOSSOV, *L'analogia nel diritto penale*, cit., c. 179.

(82) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anossov conclude constatando che « se noi concordiamo colla concezione del Binding, la quale (per quanto ciò possa sembrare paradossale) non si distanzia, nel suo fondamento, dalla concezione del Ferri e degli altri, noi veniamo in possesso di un altro argomento che sminuisce il valore del principio *nullum crimen sine lege* » (83).

In definitiva, il giurista sovietico, sembra quasi voler suggerire che l'analogia vada di pari passo con il riconoscimento di una naturale (perché connaturata all'essere sociale dell'uomo) propensione ad accettare i valori sociali dominanti ed a questi conformarsi. Ove il soggetto sia socialmente integrato la presenza della interpretazione analogica nel sistema penale non lo porrà certamente in balia dello stesso; ove, invece, il soggetto sia elemento animato da intenti antisociali lo strumento della analogia servirà per meglio difendere la società dagli elementi per essa pericolosi.

L'analogia non si configura, quindi, come un varco aperto sull'abisso dell'arbitrio. L'esperienza giuridica sovietica, sottolinea Anossov, ha posto delle precise barriere a garanzia del cittadino. Alcune hanno un carattere procedurale; per l'autore « il giudice applicando la analogia non viola la legge […] non agisce neanche arbitrariamente, poiché l'applicazione analogica è sottoposta al controllo di cassazione » (84). Altre, invece, sono delle garanzie

(83) *Ibidem.*

(84) Ivi, c. 183. Il riferimento alla cassazione va qui più correttamente inteso come possibilità di appello al Tribunale di grado superiore. Nella nota apparsa l'anno successivo (*Ancora sull'analogia*, cit.), Anossov vuole meglio specificare i limiti formali all'applicazione analogica nella Russia sovietica: « in primo luogo, il giudice che applichi l'analogia deve indicare il paragrafo del codice penale che prevede il reato analogo. Questa indicazione cade sotto il controllo del Tribunale supremo. Il Tribunale può perciò applicare l'analogia solo quando nel codice esiste una norma o delle norme che prevedano un reato della stessa specie di quella di cui è *casus in iudicio* […]. Inoltre, l'applicazione analogica incontra anche altre limitazioni. Può avvenire che la somiglianza che ha una azione nei confronti di una fattispecie legalmente prevista ci ammonisca di non estendere la applicazione. Noi possiamo dal testo della legge rilevare che un'azione si presenta come socialmente pericolosa soltanto quando avviene sotto determinate circostanze di fatto […]. Tutto ciò è molto lontano dall'arbitrio. Io posso anche aggiungere che l'uso del paragrafo dell'analogia presso di noi è molto raro, e che perciò il paragrafo dell'analogia ha un valore piuttosto teorico e declamatorio, che effettivo », c. 203. Quest'ultima affermazione la riportiamo per dovere di completezza, in ogni caso senza esimerci dal notare che i giuristi Krylenko, Pašukanis e gli altri « traditori del popolo » vennero condannati alla pena capitale,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sostanziali e, all'interno di una politica penale *dinamica* come è quella sovietica, appaiono di gran lunga più importanti delle prime. Anossov le elenca perentoriamente; seguiamo il suo itinerario. « Queste garanzie sono: una diversa costituzione dello Stato, un altro punto di vista per quanto riguarda il potere giudiziario. La caratteristica fondamentale dello Stato sovietico è questa: che il potere è esercitato nel nome e nell'interesse della maggioranza schiacciante della popolazione. I tribunali sono, inoltre, organizzati in modo che non resti ad essi estraneo quel mondo esterno di cui così spesso è stato discusso nella letteratura giuridica e in genere. Il giudice della URSS è eletto dall'ambiente delle classi lavoratrici e rimane in stretto contatto con esse. La sua concezione della vita, la sua coscienza giuridica, sono le stesse concezioni di vita e coscienza giuridica delle masse. In questo contatto noi troviamo precisamente il criterio del diritto e del non diritto, criterio invano cercato dal pensiero giuridico. Tutto ciò che un tale giudice ritiene criminoso lo è anche dal punto di vista delle masse; si potrebbe altresì dire che è criminoso anche dal punto di vista del delinquente, il quale, infatti, nella maggior parte dei casi, proviene dalle stesse larghe masse della popolazione » (85).

In ultima analisi, il sistema di garanzie è cementato sulla legalità rivoluzionaria, la cui fonte e tutela va ricercata più nella prassi giurisprudenziale che in quella legislativa. Non che il potere legislativo non promani anch'esso dalle classi proletarie ma, proprio a

---

soltanto tre anni dopo l'uscita in Italia della nota di Anossov, in virtù della estensione analogia dell'articolo 58, comma nono, « la distruzione o il danneggiamento, compiuto con fini controrivoluzionari, a mezzo di esplosivi, incendio o altro sistema, di strade ferrate o altre vie o mezzi di comunicazione e collegamento popolare, acquedotti, depositi pubblici ed altre costruzioni, oppure la distruzione o il danneggiamento di beni statali o pubblici cagiona l'applicazione della massima misura di difesa sociale: la fucilazione »; Vyšinskij, infatti, argomentò, che tale fattispecie potesse venire applicata anche a coloro che, per tramite delle loro *criminali* teorie dello Stato e del diritto, volessero distruggere lo Stato sovietico. Cfr. P. L. CONTESSI, (a cura di), *I processi di Mosca (1936-1938). La requisitoria di Viscinskij, le accuse del « Breve corso » e la denuncia di Khrushev*, Bologna, 1970 e A. AVERARDI (a cura di), *I grandi processi di Mosca 1936-1937-1938. Precedenti storici e verbali stenografici*, Milano, 1977. Per una contestualizzazione delle epurazioni staliniana cfr. M. LEWIS, *Storia sociale dello stalinismo*, trad. it., Torino, 1988.

(85) J. J. ANOSSOV, *L'analogia nel diritto penale*, cit., c. 183.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seguito del rifiuto della concezione *borghese* della divisione dei poteri (« il regime sovietico non conosce la divisione dei poteri né distingue profondamente fra potere giudiziario e potere amministrativo » (86)), l'asse lungo il quale si costituisce il processo creativo del diritto appare, soprattutto nel primo decennio di vita dell'URSS sino alla Costituzione del 1936 (87), sbilanciato a favore dell'ambito giurisprudenziale.

Anossov rileva come « ora che la nostra concezione dell'ambito

---

(86) ID., *La prova nel diritto penale sovietico*, in « La Scuola Positiva », 1931, p. 126.

(87) La Costituzione del 1936, nota anche come la Costituzione di tutto il popolo, dato che nell'Unione sovietica è « una nuova società socialista senza classi » (così J. STALIN, *Relazione al VIII Congresso (straordinario) dei Soviet dell'URSS (25 novembre 1936)*, ora in P. BISCARETTI DI RUFFIA-G. CRESPI REGHIZZI, *La Costituzione sovietica del 1977*, cit., pp. 431-459), fra le notevoli novità introduce, al Capitolo nono (Il Tribunale e la Procura) anche dei principi inerenti all'attività giurisprudenziale. In particolare vanno menzionati gli articoli 111, relativo alla pubblicità del processo (salvo eccezioni stabilite per legge) e alla « garanzia all'imputato del diritto alla difesa » e 112, il quale laconicamente recita: « i giudici sono indipendenti e sono sottoposti soltanto alla legge ». In tal modo potrebbe apparire sull'orizzonte sovietico un simulacro di separazione fra il potere giurisdizionale e il potere politico-legislativo; in realtà ciò non è affatto così. In proposito, appare di indubbia utilità proporre un passo lucidissimo di Salvatore Satta a commento dell'articolo or ora richiamato. Nel 1950, al Congresso internazionale di diritto processuale civile, l'insigne giurista ebbe a rilevare che « la Costituzione sovietica è la sola che abbia inteso dare alla formula una significazione concreta, in un modo se si vuole radicale, ma che è il solo efficace, togliendo di mezzo il dualismo personale fra giudice e legislatore, facendo della volontà dell'uno e della volontà dell'altro un'unica indistinta volontà ». Ad avvallo della propria tesi Satta propone una riflessione di Vyšinskij, per il quale « la giustizia sovietica è un organo effettivo della politica sovietica. La differenza fra la giustizia e gli altri organi del potere sovietico non sta nei compiti e nei fini dell'attività giudiziaria, ma solo nei metodi e nelle forme di questa attività. La giustizia sovietica, che persegue gli stessi fini che hanno tutti gli altri organi sovietici, lavora nelle condizioni specifiche che caratterizzano il lavoro degli organi di istruzione, del pubblico ministero, dei tribunali. La loro particolarità consiste in ciò: che solo questi organi hanno il potere di prendere decisioni intorno ai diritti relativi alle persone e ai beni, alla libertà e alla vita dei cittadini ». Per Satta, all'interno di questa prospettiva, il giudice « nel suo giudizio è e deve essere un elemento dell'azione, di quella vasta azione che ha nello Stato il suo soggetto formale, in ogni organo dello Stato il suo sostanziale, e solo formalmente distinto soggetto ». Le citazioni sono tratte dal saggio *La tutela del diritto nel processo*, ora in *Il mistero del processo*, Milano, 1994, pp. 70-71; il saggio in questione venne da prima raccolto dal suo autore nei *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, pp. 32 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto vigente è alquanto diversa [… dalla teoria che] si basa sulla identificazione del diritto positivo con la legge, della legge con la volontà del legislatore [questa teoria] è del tutto insufficiente. Il nostro tempo esige che si concepisca il giudice come un essere del tutto *vivificato*, dotato cioè di tutte le facoltà » (88). Questa impostazione di fondo non può che condurre al « riconoscimento della funzione creatrice del giudice nella giurisprudenza. Per noi questo riconoscimento è importante perché vi troviamo una negazione dell'importanza della legge come unica garanzia della persona » (89). Pertanto, in un contesto culturale proteso alla negazione della validità di un assetto basato sulla divisione dei poteri, si giunge a riconoscere, per un verso, la funzione di fonte di diritto alla prassi giurisprudenziale e, per altro, alla stessa un ruolo di garanzia dei diritti dei cittadini. Quest'ultimi, infatti, ritroverebbero le loro garanzie non tanto in enunciazioni di astratti principi da parte della legge (90), quanto nell'operato concreto della magistratura; qui si annida, si sviluppa e si manifesta la prassi della legalità rivoluzionaria. È il giudice, in costante contatto con la società proletaria (è parte di essa, ne condivide le aspirazioni e la coscienza), il quale meglio di chiunque altro riesce a cogliere, nel caso concreto, la coscienza giuridica rivoluzionaria e, quindi, a garantire nei fatti i cittadini. La garanzia va, perciò, ricercata in una prassi giurisprudenziale, creativa di diritto, che è espressione diretta e concreta della legalità rivoluzionaria.

A riguardo è stato osservato come, all'interno dei vari campi del diritto, vi è « un sistema di tecnica legislativa seguito costantemente nella Russia sovietica […] quello di codificare soltanto i capisaldi essenziali ed indispensabili di ciascuna branca o gruppo giuridico, lasciando ampio campo discrezionale, e non meramente interpretativo, alla giurisprudenza e agli usi che vengono formandosi, nonché alla legislazione speciale » (91). All'interno di questa prassi, continua Perris, « l'ammissione dell'analogia nel campo del diritto penale

(88) J. J. Anossov, *L'analogia nel diritto penale*, cit., c. 181.

(89) *Ibidem*.

(90) Si veda in proposito la nota critica di Marx alla prospettiva liberale dei diritti dell'uomo, della quale qui non possiamo dar conto.

(91) C. Perris, *Le nuove teorie penali della Russia sovietica*, cit., p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

significa, in sostanza, ammettere la formazione di una tradizione giurisprudenziale, ispirata alla somma generalità della legge suprema. Né, in via di massima, ciò urta invincibilmente con la natura stessa del diritto penale, se noi consideriamo il sistema criminale inglese » (92).

Ciò che, in definitiva, emerge dall'itinerario di Anossov in merito all'assunzione dell'analogia nell'ambito del diritto penale sovietico non è tanto, come è stato invece rimarcato (93), una tensione contro la certezza del diritto, quanto una ricerca di una diversa (rispetto a quella *borghese*) *certezza del diritto*: una certezza, cioè, che affondi le proprie radici nella prassi della legalità rivoluzionaria e che abbia come prioritario interesse la difesa della società e non l'(egoistico) diritto individuale. Il che, fra l'altro, appare in perfetta sintonia con le basi storico-materialistiche della teoria sovietica del diritto.

Vale, in ogni caso, rammentare la posizione assunta dalla Scuola Positiva per tramite di Eugenio Florian in merito alla assunzione della analogia, che a detta dell'insigne studioso, « dal punto di vista generale, teorico e scientifico, ci pare assolutamente da non approvare. Comprendiamo ch'essa si propone di raggiungere uno stato ideale di intima e immanente conformità della repressione penale collo stato della pubblica coscienza e quindi una più precisa e preservante difesa sociale ». Per Florian, però, la concreta applicazione della analogia in materia penale « creerebbe il regno dell'arbitrio, e sarebbe enormemente lesiva o pericolosa per la libertà individuale, che anzi addirittura metterebbe nel nulla » (94).

Parimenti negativo appare il giudizio in merito al potere creativo del giudice; infatti, « ciò che costituisce un regresso ed un pericolo per tutti i cittadini è il potere creativo (di delitti non previsti dalla legge ma dedotti solo per analogia), mentre un più largo potere interpretativo, com'è nel nostro Progetto, è una migliore garanzia per tutti, giacché toglie l'automatismo meccanico che ora isterilisce la funzione giudiziaria e rende possibile, invece, un più efficace

(92) *Ibidem*.
(93) Cfr. M. A. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio*, cit., p. 149.
(94) E. FLORIAN, *Prime impressioni sul Codice penale sovietista russo*, cit., p. 520.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adattamento delle norme di legge alla personalità più o meno pericolosa di ciascun imputato » (95).

7. *Il Codice del 1927 e il problema della responsabilità legale.*

Il secondo Codice penale della storia della Russia sovietica entra in vigore il primo gennaio del 1927. Pur, come sottolineato da acuti studiosi (96), non apportando sostanziali innovazioni nello sviluppo della politica criminale sovietica di quegli anni, la sua promulgazione è accolta con entusiasmo nei circoli positivisti. Degno di menzione appare un commento di Enrico Ferri apparso su « La Scuola Positiva » a pochi mesi dall'entrata in vigore del Codice (97).

L'attenzione di Ferri venne attratta dalla questione relativa all'adozione o meno del principio di responsabilità legale per tutti coloro che delinquono. A tale proposito, il capofila indiscusso della Scuola Positiva riconosce come il Codice in oggetto abbia ritrovato i propri fondamenti nei *Principi* del 1924 (98) e, in ossequio agli stessi, recepisca « *in pieno quel principio della responsabilità legale per tutti i delinquenti*, che è la pietra di paragone e di intoppo per tutti i legislatori penali contemporanei, i quali non si sentono di abbandonare la tradizionale separazione tra i delinquenti moralmente responsabili e quelli non moralmente responsabili. Il nuovo Codice Penale Russo introduce quindi in una legislazione vigente — e per un grande Stato — l'innovazione fondamentale, proposta e richiesta dalla scuola criminale positiva e che fino ad ora era rimasta allo stato di progetto » (99).

---

(95) *Ibidem*. In proposito rimandiamo a E. Ferri, *Relazione*, cit., pp. 3 e ss.

(96) Cfr T. Napolitano, *Evoluzione del diritto penale sovietico dall'ottobre '17 sino ai nostri giorni* cit., vol. XXXVII, c. 1018, il quale designa la fase caratterizzata dalla promulgazione del codice del 1927 quale fase di compromesso e C. Perris, *Le nuove teorie penali della Russia sovietica*, cit.

(97) Si tratta de *Il principio di responsabilità legale nel nuovo Codice penale Russo (1927) e nel Progetto per Cuba*, in « La Scuola Positiva », 1927. L'articolo in questione venne, l'anno successivo, riproposto dal Ferri quale appendice ai suoi *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928.

(98) Cfr. anche M. Grodinsski, *Modificazioni alla legge penale russa*, cit.

(99) E. Ferri, *Il principio di responsabilità legale nel nuovo Codice penale Russo (1927) e nel Progetto per Cuba*, cit., p. 386.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A tale impostazione, per l'autore, presente negli articoli 10 e 11 del Codice, fa riscontro l'esplicito rifiuto dell'idea classica di pena espresso dall'articolo 9, comma secondo, ai sensi del quale « le misure di difesa sociale non possono avere la finalità di causare sofferenze fisiche o produrre l'umiliazione dell'umana dignità e non si propongono la retribuzione né il castigo ».

Pertanto, ci troviamo di fronte ad un Codice penale che commina misure di difesa sociale (di carattere giuridico-correzionale, di carattere medico e di carattere medico-pedagogico, vedi articolo 7), a chiunque abbia commesso un'azione socialmente pericolosa (ovvero, *ex* articolo 1, « diretta contro lo Stato Sovietico o contro l'ordine pubblico stabilito dal Governo degli Operai e dei Contadini come passaggio per l'attuazione dello Stato comunista ») o che presenti pericolo per i suoi rapporti con gli ambienti criminali o per i suoi precedenti penali (ancora l'articolo 7) (100). Nell'erogare al reo le misure di difesa sociale, il Tribunale « tiene conto […] c) del suo senso giuridico socialista, valutando il pericolo sociale del delitto commesso, le circostanze del fatto e la personalità dell'agente », così ai sensi dell'articolo 45.

Il sistema penale sovietico supera, pertanto, la concezione legata al binomio colpa-pena per proiettarsi verso il terreno proprio alla scuola criminale positiva « e poiché, in tutto il nuovo Codice Russo, non v'è alcun'altra disposizione che si riferisca ai criteri della penale

(100) Anche il Codice del 1927, parimenti a quello del 1922, sanziona il tentativo di delitto. L'articolo 19 recita: « il tentativo di un delitto e la preparazione di esso, che si manifesta mediante acquisto di mezzi o strumenti e con la creazione delle condizioni del delitto, sono puniti come il delitto consumato. Il Tribunale in questo caso determina la scelta della misura di difesa sociale di carattere giudiziario-correzionale da applicarsi secondo il grado di pericolosità sociale dell'autore del tentativo o della preparazione ». In proposito Tommaso Napolitano, avuto riguardo anche all'articolo 56 del Codice penale italiano, allora appena entrato in vigore, così commenta: « scartato il criterio della dosimetria della pena, il legislatore bolscevico rivolge la sua attenzione alla persona di colui che ha delinquito ed al suo grado di pericolosità, è ovvio come in nessuna considerazione possano tenersi le conseguenze del danno — più o meno gravi — alle quali sia arrivata la sua attività criminosa […] non è il delitto in sé, nella sua valutazione obbiettiva del danno cagionato, che qui si considera, ma è invece contro la persona del delinquente — in quanto capace, preparando un delitto, di destare allarme sociale — che va presa la misura di difesa sociale più adatta », *Introduzione* a *Il codice penale sovietico*, Roma, 1931, p. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

responsabilità, è dunque con legittima soddisfazione di studiosi e di cittadini, che noi constatiamo in questo Codice il trionfo della norma fondamentale di responsabilità legale, che, fin dall'inizio della scuola positiva, noi proponemmo per risolvere il problema teorico e pratico, psicologico e giuridico, morale e sociale, della penale responsabilità e quindi della giustizia penale » (101).

È fuori discussione che all'interno del Codice, accanto a indubbi pregi, il giurista italiano riconosca dei difetti. Fra i primi il già richiamato criterio di responsabilità legale, la distinzione fra delitti politici e delitti comuni (vedi l'articolo 46) e la possibilità, prevista all'articolo 51, di erogare una pena al di sotto del minimo editale nonché quella di liberare completamente il reo dalla misura di difesa sociale giudiziario-correzionale quando la sua applicazione sia « palesemente non conforme allo scopo », così all'articolo 52. Fra i difetti Ferri annovera il non aver distinto, nel già richiamato articolo 7, fra pericolosità criminale (*post delictum*) e pericolosità sociale (*ante delitcum*), entrambe determinanti una misura di difesa ma, a detta dell'autore, l'una, la pericolosità criminale, di competenza del Codice penale, l'altra, invece, di competenza della polizia di sicurezza, organizzazione volta alla prevenzione e non alla giustizia repressiva. Soltanto nel caso di provvedimenti di polizia, a detta di Ferri, è possibile ipotizzare, *ex* articolo 16, il principio di analogia, che appare non ammissibile nel caso di sanzioni penali.

Fra le altre lacune va richiamata la non inclusione fra le misure di difesa sociale di carattere giuridico-correzionale, di cui all'articolo 20, della privazione della libertà a tempo indeterminato. Di converso, vengono conservati sanzioni inutili come le brevi pene carcerarie. Altrettanto difettosa è la disposizione ai sensi della quale, nei riguardi di delinquenti minorenni, si applicano misure giudiziario-correzionali e medico-pedagogiche avuto riguardo soltanto alla loro età e non anche alla pericolosità sociale derivante dalla loro personalità. Ed infine, Ferri rileva che non sempre la valutazione della personalità del reo si ricollega al criterio obiettivo dell'atto; ciò si riscontra, ad esempio, già all'articolo 6, ove si ritiene non pericolosa socialmente l'azione che non determina danni oppure danni di

(101) E. Ferri, *Il principio di responsabilità legale nel nuovo Codice penale Russo (1927) e nel Progetto per Cuba*, cit., p. 393.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scarsa importanza. Tutto ciò a scapito della indagine sulla pericolosità del reo, l'unica che può determinare con obiettività la pericolosità sociale di una azione o di una omissione.

Pur tuttavia, anche se non esente da critiche, per Ferri, « i difetti tecnici che si riscontrano nel nuovo Codice penale russo potranno facilmente essere corretti con successive riforme ed essi non diminuiscono affatto il grande valore scientifico, giuridico e sociale delle innovazioni or ora introdottevi » (102).

È fuori dubbio che anche per Ferri, come già per Florian, l'ammissione dell'analogia in materia penale sia da disapprovare. Infatti, la presenza dell'articolo 16 (« se una qualsiasi azione, ritenuta socialmente pericolosa, non è specificatamente prevista dal presente codice, i limiti ed il fondamento di responsabilità si desumono dagli articoli di questo Codice che prevedono delitti d'indole più analoga »), permetterà, per Ferri, « l'estensione dell'articolo 46 anche ad altri delitti politici, che non siano precisamente e direttamente contro « le basi dell'organizzazione statale » » (103).

L'assunzione da parte di Ferri dello spirito del Codice sovietico nell'alveo della Scuola Positiva assume, per così dire, la veste di *interpretazione autentica* e viene, in questo senso, confermata anche da altre fonti dottrinarie, non ultimo da Tommaso Napolitano.

Nel proporre al pubblico italiano la prima traduzione integrale de *Il Codice Penale sovietico* (104), il curatore nella *Introduzione* riconosce senza alcun tentennamento ad Enrico Ferri, il « Grande Giurista Scomparso, il merito di aver ispirato il presente Codice Penale (che è all'avanguardia del movimento di riforme legislative

(102) *Ibidem*, p. 398.

(103) *Ivi*, p. 394. Va rilevato che, ai sensi dell'articolo 46, il legislatore sovietico del 1927, distingue fra delitti pericolosi e delitti meno pericolosi (ovviamente i primi sono quelli contro l'ordine socialista). Per i delitti pericolosi espressamente il legislatore, al comma terzo, stabilisce « un limite al di sotto del quale il Tribunale non può assegnare misure di difesa sociale », mentre per quelli meno pericolosi, ai sensi del comma quarto, viene « stabilito soltanto il massimo che può essere erogato ».

(104) L'opera, sottotitolata *Prima traduzione italiana dal testo ufficiale russo con introduzione e note di riferimento ai principi generali del nuovo Codice penale italiano*, viene pubblicata, come già richiamato, con la *Presentazione* di Silvio Longhi (allora Procuratore Generale della Corte di cassazione), a Roma nel 1931.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comuni a tutti i paesi più progrediti) » (105). Più specificatamente, dal « positivismo italiano il legislatore russo ha non soltanto passivamente accettato le più avanzate teorie, ma queste ha portato, com'è costume dei russi, alle loro estreme conseguenze » (106). Lo stesso Napolitano rileva il recepimento del principio della responsabilità legale per tutti i delinquenti, come fondamento del sistema penale sovietico, dal Progetto dei positivisti italiani e l'esser stato il Codice russo l'esempio richiamato dal Ferri di codice che pone al centro del sistema il delinquente e non più il delitto (107), sebbene, rileva ancora Napolitano, il concetto di pericolosità sociale della scuola criminale positiva non corrisponde a quello adottato dal legislatore sovietico, che confonde, come sopra richiamato, tale nozione con quella di pericolosità criminale (108).

L'adesione del legislatore sovietico alle idee espresse dalla Scuola Positiva, in vero enfatizzata dallo studio di Ferri sopra richiamato, viene qui in qualche modo sfumata, se Napolitano, a conclusione della sua analisi introduttiva, rileva, forse in contrasto con le affermazioni rese all'inizio, che « il Codice Penale russo non è stato influenzato da nessuna tendenza filosofica: il legislatore sovietico ha preso dal positivismo italiano le norme più accettabili, le ha coordinate con le altre tradizionali del popolo russo e le ha tutte rivolte al fine unico e supremo della difesa della rivoluzione e dell'ordine nuovo instaurato » (109).

---

(105) T. NAPOLITANO, *Introduzione* a *Il Codice Penale sovietico*, cit., p. 1.

(106) *Ibidem*, p. 7.

(107) Cfr. E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, cit., pp. 197 e ss., ove l'autore, discutendo in merito alla diatriba fra i sostenitori della centralità del delitto opposti ai fautori della primazia del delinquente osserva: « e poiché sofismi dilatori e dubitativi non erano più possibili, si disse, allora, da altri, che per mettere in prima linea il delinquente, anziché il delitto, può servire un « codice della prevenzione criminale » ma non il Codice penale che deve riguardare il delitto. Si pensa cioè di ricoverare le abitudini tradizionali nell'ultimo riparo della separazione fra pene (per il delitto) e misure di sicurezza (per il delinquente) che, viceversa il nostro Progetto (e, dopo di esso, il nuovo C. P. Russo del 1927) ha bene dimostrato come possano sistemarsi nello stesso Codice Penale guardando il delitto del delinquente », pp. 200-201.

(108) T. NAPOLITANO, *Introduzione* a *Il Codice Penale sovietico*, cit. pp. 11-13.

(109) *Ibidem*, p. 19. Va in ogni caso rilevato che l'autore nel successivo volume *La politica criminale sovietica*, cit., ritenga che « sin dal mio primo scritto sostenni l'opinione che il legislatore sovietico avesse accolto il principio della responsabilità legale. Mani-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Forse il commentatore che più tende, in quel periodo, a porre in evidenza la disarmonia tra la codificazione penale sovietica e la scuola criminale positiva è Corrado Perris. Sulle pagine de « La Scuola Positiva », nel già richiamato contributo del 1931 intorno a *Le nuove teorie penali della Russia sovietica*, egli, in netto contrasto con le analisi sopra richiamate, riconosce che « la distinzione tra delinquenti dolosi e per negligenza, dell'articolo 10, come è compilato, riconsacra il principio della colpabilità morale » (110); infatti, continua l'autore esaminando gli articoli 11 e 12 ed avuto riguardo al Codice del 1922, « nessuna evoluzione ha luogo per quanto riguarda il criterio della responsabilità », la quale rimane legata al criterio soggettivo della imputabilità. L'autore conclude, perciò, affermando che « è in verità poco chiara la ragione dell'affermazione che il codice del 1926 sia costruito sul principio della responsabilità legale ». Perris, quindi, nel qui richiamato contributo, smentisce di fatto quanto scritto quattro anni prima sulla stessa rivista dalla autorevole penna di Ferri, l'animatore indiscusso della Scuola Positiva, che richiama a questa, proprio in ragione dell'accettazione della responsabilità legale, il Codice penale sovietico del 1927.

La ragione di questo apparentemente imbarazzante cambio di tendenza è offerta dallo stesso Perris in una nota dell'articolo richiamato, nella quale egli evidenzia un errore di traduzione nel quale sarebbe incorso Ferri, il quale, basandosi su una traduzione francese del testo ufficiale ritenne di poter intendere che, *ex* articolo 11, alle persone che hanno commesso il delitto in uno stato di incapacità di intendere e volere non possono applicarsi le misure di difesa sociale giudiziario-correzionali; « contro tali persone si applicano soltanto le misure di difesa sociale di carattere medico », così al secondo comma dell'articolo 11 secondo la traduzione apparsa su « La Scuola Positiva », volume VII del 1927. Ebbene, Perris rileva che l'esatta traduzione dovrebbe preporre al « si applicano » il *possono*, sicché la formula suonerebbe come « possono essere applicate », evidenziando in tal modo non un obbligo da parte del

---

festarono parere opposto il Massari, il Perris e il Belloni nelle recensioni al mio libro, ma bisogna ammettere ch'essi non apportarono serie argomentazioni a sostegno della loro tesi », p. 84 in nota.

(110) C. PERRIS, *Le nuove teorie penali della Russia sovietica*, cit., p. 6 *et passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tribunale di erogare misure di carattere medico, quanto una sua possibilità; ovvero, il Tribunale ha la facoltà di erogare siffatta misura. Lungo tale itinerario Perris riconosce il riemergere della figura della responsabilità morale legata al principio di imputabilità e non certamente l'affermarsi incondizionato della responsabilità legale svincolata dalla imputabilità. In proposito, va sottolineato come Napolitano, che pure offre una traduzione del secondo comma dell'articolo 11 in sintonia con quella proposta da Perris, ritenga, nella sua già richiamata *Introduzione*, accolto dal legislatore sovietico il principio di responsabilità legale.

Tale tesi, invero rigettata dal Perris, potrebbe venire supportata da una lettura in combinato disposto delle disposizioni contenute alla nota dell'articolo 6 e all'articolo 8 con quelle più volte citate e racchiuse nel secondo comma dell'articolo 11. La misura sociale non viene, infatti, applicata se l'azione delittuosa non è socialmente pericolosa oppure se il soggetto criminale cessa d'essere socialmente pericoloso. Al comma secondo dell'articolo 11 il legislatore sovietico potrebbe aver voluto specificare, avuto riguardo alle sole misure di carattere medico, che anch'esse possono venire derogate dal Tribunale quando lo stesso ravvisi, ai sensi della nota all'articolo 6, una non pericolosità sociale della azione delittuosa, oppure, *ex* articolo 8, la cessata pericolosità sociale del soggetto criminale ricompreso dal primo e secondo comma dell'articolo 11. In questo senso l'erogazione di misure di difesa sociale a soggetti incapaci di intendere e volere non sarebbe legata al concetto di imputabilità né avverrebbe a discrezione del Tribunale ma, in una cornice di responsabilità legale, risulterebbe la conseguenza di una rilevata pericolosità sociale o dell'azione delittuosa oppure dello stesso soggetto criminale.

8. *Su un* Progetto *mai realizzatosi.*

Ben più rilevante appare, ai fini d'una riflessione sull'evoluzione dell'esperienza penale sovietica, soffermarsi sul cosiddetto *Progetto* Krylenko. Può sembrare paradossale che si ritenga rilevante una proposta di ordinamento penale mai entrata in vigore rispetto ad una dettagliata analisi di un Codice che, come sottolineato, guida la vita sovietica dal 1 gennaio 1927 sino al 1° gennaio 1961. Questa affermazione necessita, quindi, di una giustificazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il *Progetto di codice penale per la RSFSR*, approvato dalla Accademia comunista dello Stato e del Diritto, sezione di Diritto Penale, e reso pubblico il 10 giugno 1930 sulle autorevoli pagine della rivista « Sovìetskaja Iustitsja », rappresenta il vertice della elaborazione giuridica fondata sul concetto di legalità rivoluzionaria e, nel contempo, esso testimonia una delle più compiute elaborazioni dottrinali di, prendendo a prestito il titolo della *Relazione* introduttiva, *un codice senza parte speciale e senza dosimetria*.

Il *Progetto* ci introduce, altresì, in uno dei più cruenti e sanguinosi scontri dottrinali avvenuti in epoca moderna fra giuristi, scontro che spiana la via nell'Unione Sovietica ed in tutto il movimento internazionale comunista alla più che ventennale egemonia stalinista.

Questi tre argomenti permettono, forse, di giustificare l'attenzione su un documento che mai diverrà diritto positivo.

Il *Progetto*, composto da 71 articoli introdotti da una *Relazione* ed accompagnato dal plauso del Primo Congresso panunionista dei marxisti cultori di Scienza dello Stato e del Diritto, svoltosi nell'aprile del 1931 (111), è una chiara esemplificazione d'un codice penale privo della parte speciale, ovvero della precisa ed esaustiva statuizione delle fattispecie astratte che descrivono i reati. Il suo compito, come si evince in fase introduttiva, è di « mettere a disposizione del giudice proletario, invece del precedente « prezzo corrente » dei reati e delle misure di repressione, soltanto un elenco orientativo dei reati più pericolosi, per gli autori dei quali la legge ravvisa la necessità della effettiva esclusione dalla società, e un ampio elenco orientativo delle misure di carattere coatto-educative per gli autori dei reati meno pericolosi » (112).

Per tanto, come anticipato sia dalla *Introduzione*, che dall'articolo 3 del *Progetto*, richiamate all'interno del Codice si ritrovano azioni particolarmente pericolose (« che costituiscono un attentato alla dittatura del proletariato e alle conquiste della rivoluzione proletaria, o che scuotono le condizioni fondamentali della vita collettiva, dell'amministrazione dello Stato e della edificazione so-

(111) Si rimanda al testo della *Risoluzione* del Congresso citato apparso in traduzione italiana su « La Scuola Positiva », 1931, pp. 492 e ss.

(112) Il testo del progetto è pubblicato in traduzione italiana a cura di C. Perris sulle colonne di « La Giustizia Penale », 1932, cc. 1767-1789.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cialista »), le quali necessitano della « applicazione di misure eliminative di classe », accanto ad azioni meno pericolose (« che disorganizzano l'ordinamento socialista e le condizioni di vita socialista »), agli autori delle quali si applicano misure coatto-educative.

Gli articoli dal 21 al 30 del *Progetto* offrono una elencazione di comportamenti particolarmente pericolosi: anzitutto, *ex* articolo 24, le azioni controrivoluzionarie (« è controrivoluzionaria una azione coscientemente diretta, o obbiettivamente atta, a distruggere o indebolire la dittatura del proletariato, danneggiare la edificazione socialista e le fondamentali conquiste politiche economiche e nazionali della rivoluzione proletaria, nonché la capacità difensiva o la sicurezza esterna della URSS »). In presenza di una tensione internazionalista, ovvero dell'aspirazione che vede nella prima Repubblica Sovietica unita la base per la costituzione di una Unione mondiale delle Repubbliche sovietiche, presente nella Costituzione dell'URSS del 1924 allora in vigore, « in virtù della solidarietà internazionale e degli interessi di tutti i lavoratori, tali azioni sono dichiarate controrivoluzionarie e perseguite penalmente anche quando siano dirette contro qualsiasi altro Stato di lavoratori, anche se non faccia parte dell'URSS », così all'articolo 22, il quale ampia, con vaga formulazione, i limiti di applicabilità del Codice Penale del 1927, che, all'articolo 2, già oltrepassa il principio di territorialità e della cittadinanza del reo per i reati controrivoluzionari commessi all'estero.

Gli articoli 22 e 23 offrono una elencazione di diciannove fattispecie di azioni controrivoluzionarie o considerate tali; a questi si sommano gli undici delitti particolarmente pericolosi per l'ordine pubblico (articolo 24), i dieci contro l'economia (articolo 25), i due contro il rapporto di lavoro (articolo 26), i cinque delitti di servizio perpetuati da funzionari (articolo 27), i sette contro la vita e la dignità personale dei cittadini (articolo 28), i sei contro il patrimonio (articolo 29) ed infine i cinque « delitti che rappresentano le sopravvivenze della vita tradizionale », ovvero riguardanti consuetudini radicate eminentemente nelle popolazioni della RSFSR non slavofone (a titolo esemplificativo, fra questi si enumerano il ratto violento della donna finalizzato al matrimonio, la vendetta di sangue, le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

faide tribali, l'amministrazione della giustizia da parte degli anziani, l'esenzione di imposte).

A queste sessantatre fattispecie esemplificative di delitti particolarmente pericolosi (va rilevato che le sessantatre disposizioni contengono un numero molto più ampio di norme — basti pensare alle specificazioni del danneggiamento controrivoluzionario previste dall'articolo 22, comma secondo, punto 7) si sommano settantotto disposizioni che racchiudono, anche in questo caso, un numero considerevolmente superiore di norme esemplificatrici di delitti meno pericolosi (113); sicché è possibile individuare, nel Codice senza parte speciale, ben centoquarantuno disposizioni che esemplificano delitti.

Infatti, ai sensi dell'articolo 7 del *Progetto*, « considerando che la pericolosità reale dell'azione compiuta è il primo fondamentale momento che stabilisce la necessità di applicare misure repressive penali, il codice penale stabilisce soltanto un elenco esemplificativo delle azioni particolarmente pericolose e un elenco esemplificativo delle azioni meno pericolose. Con il presentarsi di nuove forme di lotta di classe e con il sorgere conseguente di nuove specie di reati, il Tribunale può dichiarare pericolosa socialmente un'azione non prevista esplicitamente negli elenchi dei reati ».

Come ha bene evidenziato Anossov, nello scritto già richiamato in materia di analogia, qui non si tratta di effettuare una estensione analogica della fattispecie astratta a fattispecie concrete legate da un rapporto di similitudine alle fattispecie concrete alla prima riferibili, in modo tale da operare una sorta di autointegrazione del sistema penale al fine di renderlo atto ad affrontare ogni azione pericolosa per la società. Tale modo di procedere non ha senso avuto riguardo alla presenza nel Codice penale soltanto di disposizioni esemplificative di figure di reato. Si può, sia pure paradossalmente, affermare che solo una figura di reato viene tassativamente definita e ciò all'articolo 2, ai sensi del quale « è socialmente pericolosa e importa l'applicazione delle misure [… di difesa sociale …] ogni azione o omissione: *a*) che minacci la stabilità della dittatura del proletariato; *b*) che ostacoli il rinsaldamento e lo sviluppo della organizzazione

(113) Salvo che per le azioni controrivoluzionarie, i delitti meno pericolosi seguono la stessa catalogazione già vista nei delitti pericolosi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

socialista; *c*) che disorganizzi l'ordine istituito dai rapporti sociali della società socialista in via di formazione ». Quali siano specificatamente tali azioni non è dato da prevedere all'interno di tassative fattispecie astratte; infatti, come osservato dagli estensori del *Progetto* al già richiamato articolo 7, sarà l'evolversi dello scontro di classe a determinare di volta in volta nuovi reati. Sarà perciò compito dei Tribunali individuarli e perseguirli convenientemente, ovvero erogando una misura di difesa corrispondente al fine.

Alla prassi giurisprudenziale vengono ascritti funzioni istituzionali e compiti anche operativi che, all'interno d'una rigida ripartizione dei poteri verrebbero ascritti all'organo legislativo. Infatti, appartiene al Tribunale la facoltà di dichiarare che « una azione, prevista dalla legge come socialmente pericolosa, ha perduto questo carattere al tempo della sua consumazione o al tempo del giudizio. Considerate la particolarità della personalità dell'autore del delitto, il Tribunale, in questi casi, ha facoltà di non applicare alcuna misura penale giudiziaria in relazione a quella data persona », così all'articolo 8, che consente altresì al Tribunale la facoltà di disattendere all'applicazione delle misure previste dalla legge o di applicare « provvedimenti non rientranti nel gruppo indicato dal Codice », nonché, se il caso lo richiede, di applicare misure « eliminative di classe ad una persona che ha compiuto un delitto meno pericoloso ».

Come si evince dalle disposizioni contenute nel *Progetto*, è il giudice-proletario l'artefice del sistema penale sovietico, non il legislatore; quest'ultimo, infatti, si limita a tratteggiare i contorni volutamente vaghi delle linee di intervento conservativo della società sovietica. Come appare evidente, sarà il giudice a creare le norme penali più opportune al fine di difendere una società socialista in costante evoluzione; a questo, infatti, è affidato il compito di analizzare il manifestarsi concreto dello scontro di classe e, relativamente a questo, il sorgere di nuove figure delittuose. Ed ancora rispetto allo scontro di classe in atto che il giudice prenderà le opportune misure di difesa sociale.

Attraverso la prospettiva imboccata dal *Progetto* si intravede il costituirsi d'un unico fulcro su cui basare la politica penale sovietica: la prassi giurisprudenziale dei Tribunali proletari e non l'attività preventiva del legislatore. Se, per un verso, si può notare l'accrescere a dismisura del potere dell'organo giudiziario, per altro si assiste alla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parcellizzazione di questo potere in una miriade di centri di imputazione, individuabili, per l'appunto, in ogni sede del Tribunale proletario.

Il *Progetto* di Codice penale mira indubbiamente alla promulgazione di un codice di *lotta*, che permetta allo Stato sovietico di contrastare efficacemente le forze antisociali. Come ben sottolinea la *Risoluzione* del Primo Congresso panunionista dei marxisti cultori della Scienza dello Stato e del Diritto, « il codice penale, nel momento attuale deve costituirsi sui principi della differenziazione di classe della misura di repressione e della stessa categoria di « delinquenti » ».

A tale proposito, appare utile richiamare, oltre alla disposizione dell'articolo 8, le disposizioni contenute agli articoli 12, che obbligano il Tribunale ad esaminare la collocazione socio-economica del reo sia nel presente che nel passato, 13, ai sensi del quale un delitto anche lieve « consumato per odio di classe contro la dittatura del proletariato e la edificazione socialista » fa considerare il reo meritevole di misure di eliminazione di classe, 15, che fa obbligo al Tribunale di considerare se un grave delitto sia stato commesso da un lavoratore senza che questi abbia voluto infrangere l'ordine sovietico, in tal caso si auspica, sempre che le condizioni lo permettano, l'applicazione di misure coatte-educative e non di eliminazione di classe.

Ma al di là di ciò, ai sensi della *Risoluzione* di cui sopra, « il codice deve essere redatto in modo siffatto che, insieme con le due chiare linee da seguirsi nella repressione, esso dia la possibilità ai giudici-proletari, in ciascun caso singolo, di usare la massima elasticità, nel senso di adottare concrete misure di repressione in armonia con le concrete situazioni del luogo e del tempo, e della natura dei reati nonché della pertinenza di classe dei rei ».

In questo senso, il *Progetto* ipotizza un Codice che è soprattutto fonte di delegazione di potere ai giudici-proletari, ai quali è attribuito, come sopra rilevato, il compito primario di fungere da analisti (storico-materialisti) della realtà socio-economica socialista e in conseguenza a ciò di individuare e colpire ogni situazione socialmente pericolosa in modo operativamente utile. Infatti, il *Progetto* risolve correttamente rispetto alle premesse anche il problema del valore attribuibile alla sentenza del Tribunale per quanto riguarda l'effetto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intimidatorio o disciplinare, facendo obbligo al giudice di decidere volta per volta se convenga inasprire la misura di repressione perché si consegua l'effetto desiderato.

Va rilevato in proposito, che il *Progetto* prevede, all'articolo 6, accanto ad azioni o omissioni socialmente pericolose, anche la figura del tentato delitto; infatti, « le misure eliminative di classe e le misure coatto-educative possono essere adottate così in rapporto a persone che hanno commesso un delitto in concreto, come in rapporto a persone che non hanno commesso alcun delitto in concreto, ma che, tenendo conto dei loro legami con ambienti criminosi o della loro attività passata, fanno seriamente temere che essi possano compiere nuovi delitti » (114).

La stessa misura eliminativa di classe più rigorosa, la fucilazione (le altre sono, ai sensi dell'articolo 31, la segregazione, la segregazione in campo di lavoro, il confino con o senza lavori coatti, la confisca del patrimonio), ai sensi dell'articolo 32, « può essere applicata soltanto quando il Tribunale si convinca che non è possibile prevenire in nessun modo nuovi reati da parte dell'individuo in esame, oppure quando occorra necessariamente esercitare una speciale intimidazione sui nemici di classe ».

Due, quindi, appaiono le novità più rilevanti contenute nel *Progetto* di riforma di Codice penale; l'una ha un portato tecnico-giuridico, l'altra, invece, si insinua nelle stesse vicende politiche della società sovietica intervenendo in profondità sul ruolo del Partito bolscevico.

Incominciamo dalla prima questione. Il Codice penale delineato dal *Progetto* abbandona definitivamente ogni sponda dosimetrica tanto da far fluttuare il sistema penale sovietico, qualora fosse stato assunto a diritto positivo, all'interno della più pura corrente della difesa sociale. Infatti, ogni riferimento ad un principio di corrispondenza fra entità del reato e entità della misura di difesa sociale, in un certo qual modo presente nel Codice del 1922 ed in quello successivo del 1927, viene meno. È evidente che nella prospettiva dei promotori del *Progetto*, l'eliminazione del principio della dosimetria

(114) Tale formulazione appare ancor più vaga di quella utilizzata nel Codice del 1927 per definire il tentativo di delitto (vedi a riguardo la nota 100 del presente scritto), offre, per tanto, illimitato potere repressivo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non poteva ascriversi ad un mutamento di *volontà* della politica penale sovietica; ogni mutamento giuridico è, infatti, la necessaria conseguenza d'una modificazione in campo economico, essendo, come noto, nella prospettiva marxista, il diritto una sovrastruttura. Difatti, nella *Introduzione* al *Progetto* di Codice penale riscontriamo che « il periodo della edificazione socialista negli ultimi anni, con lo svolgersi e il rafforzamento di nuovi rapporti sociali, ha suscitato anche nuove forme di lotta di classe. I precedenti metodi di costruzione del codice penale, in particolare il formalismo degli elementi « costitutivi dei delitti », invece di agevolare la lotta di classe del proletariato, ebbero risultato opposto, diventando degli impacci per questa lotta ».

Al di là degli intenti operativi, sussiste una ragione più profonda per abbandonare una concezione del diritto penale fondata su base dosimetrica, quale era quella incarnata dal Codice del 1922 riformato nel 1927; infatti, come leggiamo nella già richiamata *Introduzione*, « pur avendo mutato il contenuto di classe del diritto, tale codice non riuscì a liberarsi della forma giuridica ereditata dalla borghesia. Malgrado la proclamazione solenne di aver ripudiato il principio del « compenso corrispettivo » della « punizione », poiché esso rifletteva ancora i rapporti commerciali di scambio non ancora estinti, e la sopravvivenza della ideologia relativa, tolse in prestito ai codici borghesi il principio della repressione commisurata al fatto secondo la dosimetria proporzionale delle misure sanzionatrici, il principio dei precisi « elementi costitutivi del reato », come una certa qual garanzia di legittimità, e infine la privazione della libertà come figura fondamentale di repressione, adeguata agli « elementi » del reato, secondo i medesimi principi di dosimetria ».

Pertanto, seguendo l'itinerario speculativo dei giuristi sovietici allora maggioritari, il rifiuto di una repressione penale commisurata al fatto, deriva in prima istanza dall'estinguersi dei rapporti commerciali di scambio basati su quel principio del *do ut des*, il quale rappresenta il fondamento della pena corrispettiva propria del diritto borghese, che ripaga il reo con una pena corrispondente alla lesione del bene giuridico, quasi a voler monetizzare il rapporto fra il reo e la società, di modo che, in grazie d'una prefissata dosimetria proporzionale, si sappia in precedenza *il quanto costa* di un certo reato. Venendo meno un regime economico fondato sullo scambio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

commerciale, il principio di equipollenza non ha più ragione di sussistere nemmeno nel campo del diritto.

Esplicativo in proposito è un passo della *Risoluzione* del Congresso panunionista che approva il *Progetto* Krylenko: « la funzione direttiva del settore socializzato dell'industria, l'incremento della cooperazione come organo di distribuzione, i progressi della collettivizzazione dell'agricoltura, insieme con la progressiva decadenza del settore individuale dell'agricoltura, e lo sviluppo della *planovost* [dell'economia di piano — nel 1931 è già iniziato il primo piano economico quinquiennale] in tutta l'economia nazionale e nella edificazione economica, hanno prodotto le condizioni necessarie per porre il problema dell'effettivo superamento della teoria della equivalenza nella repressione penale, e per il regolamento della repressione secondo il principio della corrispondenza ai fini ».

In definitiva, il *Progetto* in questione scardina gli schemi del diritto penale tradizionale derivato dalla « società mercantile »; esso prescinde dall'idea di colpevolezza-responsabilità per approdare senz'ombra di dubbio all'idea di responsabilità legale; si veda in proposito l'inequivocabile formulazione dell'articolo 16, punto *d*, del *Progetto* (115), che rifiuta, in ossequio del principio di pericolosità sociale, ogni dosimetria e respinge la previsione in fattispecie astratte dei reati limitandosi ad esemplificare delle linee giuda alla condotta dei giudici-proletari.

Nel far ciò, se da un lato il testo, come è stato osservato, riprende « le correnti più avanzate della scuola positiva del diritto penale iniziata da Lombroso [che] convergono, a noi sembra, in questo Progetto marxista, a parte le riserve che possono farsi, e che noi abbiamo espresso, per quanto riguarda la realizzazione giuridica del principio di pericolosità sociale » (116), per altro è

(115) « Non possono essere in nessun modo applicate né le misure di eliminazione di classe né le misure di carattere coatto-medico […]; d) se la persona che ha commesso un delitto è in stato di malattia psichica, o in tale stato si trovava nel momento della consumazione del reato. In questi casi devono essere applicate misure speciali di carattere medico ». Tale formulazione dissipa ogni dubbio in merito agli equivoci sorti in merito alla traduzione di alcuni passi del Codice del 1927, da cui i distinguo di Perris rispetto a Ferri ai quali si è fatto cenno in precedenza. Cfr. in merito C. Perris, *Le nuove teorie penali nella Russia sovietica*, cit., p. 11.

(116) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parimenti debitore alle analisi del giurista Pašukanis, il quale, assieme a Stučka, fu il più fecondo studioso di diritto nell'URSS dell'era pre-staliniana (117). Va rilevato che lo stesso Pašukanis partecipò in prima persona alla redazione del testo, collaborando fattivamente al gruppo di lavoro diretto da Krylenko, dal quale in progetto prende il nome.

9. *Una digressione sulla critica di Pašukanis al concetto di equivalenza.*

Le idee di fondo che il *Progetto* riprende ed auspica di tradurre in diritto positivo sono tratteggiate, infatti, nel volume *La teoria generale del diritto e il marxismo*, che Pašukanis licenziò alle stampe nel 1924. Nell'*Introduzione* all'edizione del 1924 l'autore, ricollegandosi al pensiero di Marx, sottolinea: « una società che, per lo stato delle sue forze produttive è *costretta* a conservare un rapporto di equivalenza fra il dispendio di lavoro e la retribuzione in una forma che sia pure lontanamente ricorda lo scambio di merci-valori, *sarà costretta* a conservare anche la forma giuridica […]. In linea teorica anche la stessa scienza criminale borghese progressista è arrivata alla convinzione che la lotta contro la criminalità possa essere vista come una questione medico-pedagogica, che il giurista non può risolvere con i suoi « tipi legali », i suoi codici, il suo concetto di « colpevolezza », di « responsabilità penale piena o ridotta », le sue sottili distinzioni tra complicità, favoreggiamento, istigazione e così via. E se questa convinzione non ha ancora portato all'abolizione dei codici penali e dei tribunali, ciò dipende dal fatto che il superamento della forma giuridica è legato non soltanto alla fuoriuscita dalla società borghese, ma anche alla radicale eliminazione di tutti gli elementi che le sopravvivono » (118).

All'interno di questo quadro, per Pašukanis, « il diritto penale è quindi una parte integrante della sovrastruttura del diritto, nella misura in cui incarna una varietà della forma fondamentale della proprietà moderna: quella della equivalenza con tutte le sue infe-

(117) Cfr. per tutti U. CERRONI, *Pašukanis e la grande svolta del diritto sovietico*, in E. B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, trad. it. Bari, 1975.

(118) C. B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e del marxismo*, cit., p. 75.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

renze. La realizzazione di tale rapporto di equivalenza nel diritto penale è un aspetto del processo per cui lo Stato giuridico si costituisce nella forma ideale di relazione tra possessori di merci indipendenti ed eguali che si incontrano sul mercato » (119).

Lo stesso concetto di responsabilità correlato strettamente all'idea di colpevolezza, proprio, a detta di Pašukanis, della dottrina giuridica delle società borghesi, si lega a sua volta con (e risulta necessario a fondare) l'idea di pena come retribuzione; infatti, il reo risponde per la propria azione delittuosa con la privazione del godimento di un bene in modo proporzionale alla gravità del delitto stesso. Si assiste, per tanto, ad una monetizzazione del danno, infatti, « la pena riferita alla colpevolezza è analoga per principio alla retribuzione del danno. Sintomatica si rileva a proposito l'espressione matematica che specifica la « gravità » della sentenza: il numero dei giorni, dei mesi, della detenzione, l'ammontare della multa in denaro, la limitazione o la privazione di particolari diritti » (120). Ricollegandosi, sia pure implicitamente alla nota polemica aperta dalla Scuola Positiva in merito alla detenzione determinata, l'autore rileva che « la privazione della libertà per un arco di tempo stabilito preventivamente nella sentenza del tribunale, rappresenta la forma caratteristica attraverso la quale il diritto penale moderno, cioè il diritto penale borghese-capitalistico, mette in pratica il principio della retribuzione equivalente » (121).

Tutto ciò va riportato, nella prospettiva del giurista sovietico, all'idea di contratto, l'istituto cardine del diritto borghese; è in funzione della possibilità del contratto che sussiste, all'interno dei codici borghesi, una precisa dosimetria legata alla gradazione della responsabilità ed alla predisposizione delle figure di reato nella parte speciale. In tale prospettiva « al delinquente spetta per diritto il sapere in anticipo *per che cosa* deve rispondere e che cosa gli si chiede: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Che significa? Si vuole forse garantire ad ogni potenziale delinquente di avere una conoscenza puntuale dei metodi di correzione che gli verranno inflitti? No, la cosa è veramente molto più rozza e semplice: egli deve sapere

(119) *Ibidem*, pp. 184-185.
(120) *Ibidem*, p. 188
(121) *Ibidem*, p. 189.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quale prezzo (quanta libertà) deve pagare alla fine del contratto giudiziale. È necessario che conosca in anticipo le condizioni in base alle quali dovrà pagare » (122).

Una società che si evolve lungo un itinerario di liberazione dalla sua griglia mercantile, come appare allora la società sovietica, che vede esaurirsi il periodo nella Nuova politica economica, si scrolla di dosso anche le sovrastrutture giuridiche che la contraddistinguevano; infatti, al principio di equipollenza e di pena subentra la pericolosità sociale e la misura di difesa. Per Pašukanis, « la misura di difesa sociale è un puro espediente per conformarsi ad un fine e, in quanto tale, essa può essere regolata con criteri tecnici. Tali regole possono essere più o meno complesse in rapporto allo scopo che si prefigurano: o la meccanica eliminazione di ogni membro pericoloso dalla società oppure la sua correzione. In ogni caso, comunque, con chiarezza e linearità vi si riflette il fine che la società si è preposta. Nelle norme giuridiche, invece, che hanno il compito di determinare una pena per alcuni reati, il fine sociale agisce in una forma mistificata. Il soggetto sul quale si vuole influire viene prefigurato nelle condizioni di un debitore che deve saldare il proprio debito, non a caso il termine « sanzione » indica contemporaneamente esecuzione coatta di una obbligazione giuridica privata e pena. « Scontare la pena » esprime il medesimo concetto: il delinquente, una volta che l'ha scontata ritorna al punto di partenza, cioè ad una esistenza isolata, individualistica, alla « libertà » di obbligarsi e di commettere delitti » (123).

Pašukanis, in tal modo, prefigura l'evoluzione del sistema penale sovietico che, da una fase di ibridazione con il diritto borghese, inevitabile data la struttura economica non ancora socialistica della società russa immediatamente post-rivoluzionaria, si sarebbe condotto, al momento della rottura definitiva dei residui mercantilisti presenti nel mondo sovietico, verso il pieno emergere della difesa sociale. Le idee da lui espresse sei anni prima della presentazione del *Progetto* ne *La teoria generale del diritto e il marxismo* ne hanno guidato la redazione. Rimane da interrogarsi sul perché della sua non realizzazione.

---

(122) *Ibidem*, p. 191.
(123) *Ibidem*, p. 195.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

10. *Sul rapporto fra* Progetto *e Partito.*

Abbiamo osservato all'inizio di questa digressione che il *Progetto* del 1930 contiene in sé due rilevanti novità rispetto al consolidarsi del sistema penale sovietico. La prima, sino ad ora esaminata, attiene ad una lineare evoluzione d'una prospettiva già intuibile nel Codice penale della cosiddetta epoca di compromesso, quello del 1922 e 1927; nel senso che l'ammissione del principio di analogia, l'affermarsi dell'idea di misura di difesa sociale, lo sposare la prospettiva della responsabilità legale, la centralità, quindi, della pericolosità sociale del reo rappresentano tutti indici di una evoluzione, sorretta soprattutto in un'ottica sovietica, dalle modificazioni in campo economico (il crepuscolo della *Nep*) verso un Codice senza parte speciale; tensione questa del resto testimoniata dallo stretto legame teorico fra il sistema penale sovietico di allora e la Scuola Positiva.

È attraverso l'analisi del secondo elemento di novità che, forse, possiamo cogliere la ragione della non realizzazione del *Progetto*, quindi, dell'interruzione di un processo evolutivo che appariva doppiamente inarrestabile: per un verso perché esito coerente dello sviluppo delle premesse teoriche, per altro perché necessitante, in quanto ritenuto frutto d'una evoluzione delle strutture economiche della società, alla quale le sovrastrutture giuridiche necessariamente, in virtù d'un rapporto di causalità, si adeguano.

Un Codice penale privo d'una parte speciale, che tassativamente specifichi le fattispecie delittuose, pone pesantemente al centro dell'esperienza giuridica il ruolo dell'autorità giurisdizionale; come già osservato, un siffatto strumento penale si configura più che una raccolta di prescrizioni o norme di condotta (rivolte, rispetto alla prospettiva che vogliamo assumere, o alle autorità chiamate ad applicarlo oppure ai cittadini), una fonte di delegazione al potere giudiziario. A questo, infatti, è attribuito il compito di definire, di volta in volta, delittuoso o meno un determinato comportamento. Il legislatore non si assume questo compito, per tanto l'organo politico demanda questa funzione all'organo giudiziario.

Al di là d'ogni considerazione sull'opportunità o meno di siffatte scelte di politica penale, che incrinano l'idea della divisione dei poteri, propria ad una rappresentazione dei fatti giuridici e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politici in chiave liberal-democratica e che viene, in vero, espressamente rigettata dalla dottrina sovietica, l'assegnare ad un organo formalmente slegato dal centro del potere politico, quale appare una magistratura composta da giudici-proletari designati dalle stesse classi lavoratrici per tramite dei loro locali consigli, il compito non solo di qualificare nel concreto una determinata azione come pericolosa o meno per la società ma, più in generale, di riconoscere in modo autonomo ciò che è pericoloso per la società, e delegaro anche il compito di definire le misure di difesa sociale più opportune, implicherebbe imboccare nettamente la via del decentramento decisionale.

Infatti, qualora il *Progetto* fosse stato accolto, l'organo politico centrale, il legislatore sovietico, sarebbe stato esautorato da vitali funzioni nel controllo sociale a tutto vantaggio di una miriade di organi periferici. Quale premessa al *catastrofico* esito di un siffatto decentramento va rammentata la constatazione che il delitto, nella prospettiva storico-materialista, è il risultato della lotta di classe, la pericolosità dell'azione delittuosa va perciò dedotta dalla analisi della fase di lotta di classe entro cui sorge e si colloca. Pertanto, rinunciando a proporre una parte speciale al Codice penale, il legislatore sovietico rinuncerebbe ad effettuare, per quanto concerne il campo della politica penale, quell'analisi scientifica della società sovietica, che sta alla base della concezione storico-materialista del diritto, demandando l'approccio agli elementi strutturali agli organi giudiziari periferici. In tale contesto è il Tribunale a doversi assumere il ruolo di analista della struttura economica della società al fine di comprenderne l'evoluzione; in questo senso va letta la disposizione dell'articolo 7 del *Progetto*: « con il presentarsi di nuove forme di lotta di classe, e con il sorgere conseguentemente di nuove specie di delitti, il Tribunale può dichiarare socialmente pericolosa un'azione ». Compito del Tribunale non è, quindi, soltanto valutare il rapporto fra fattispecie concreta e fattispecie astratta, eventualmente estendendo per analogia una fattispecie astratta ad una azione non specificatamente ricompressa nella preventiva descrizione dei delitti; qui il Tribunale ha un compito ben più vasto, centrale nella prospettiva marxista.

Questo, infatti, deve cogliere il presentarsi di nuove forme di scontro di classe, deve analizzarle ed a queste rapportare azioni od

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

omissioni al fine di stabilire, con l'ausilio del metodo storico-materialista, se la stessa, in quella determinata fase strutturale, rappresenti o meno una minaccia per la dittatura del proletariato o un fattore di ostacolo allo sviluppo dell'ordine socialista (vedi l'articolo 2 del *Progetto*), ovvero si configuri oggettivamente come azione socialmente pericolosa.

Il Tribunale qui non solo *crea* la norma penale; è l'organo preposto alla analisi sociale, a cogliere dalla realtà dei fatti economici indicazioni che gli permettano di riconoscere l'indirizzo di politica penale più consono ad una determinata fase di sviluppo della lotta di classe (va ribadito ancora come, all'interno della prospettiva marxista, la norma giuridica non sia il frutto di un atto di volontà bensì il risultato di un processo economico).

Sicché è il Tribunale, le migliaia di Tribunali presenti sul suolo sovietico, ad assumere nella delicatissima fase di lotta contro i nemici della società proletaria il ruolo di avanguardia dei lavoratori, ruolo che la tradizione marxista-leninista attribuisce invece al Partito. Va altresì rilevato che l'attacco portato dal Tribunale al nemico di classe non viene pianificato lungo un asse che va dal centro alla periferia. La sentenza, infatti, anche in terra sovietica si veicola dalla periferia, dall'organo di primo grado che l'ha emessa, al centro, all'organo di controllo centrale. Queste, infatti, per seguire le indicazioni della dottrina giuridica sovietica allora dominante, si formano dal contatto del giudice-proletario con il popolo, promanano dalla coralità della legalità rivoluzionaria.

All'interno di questa prospettiva il giudice-proletario è il custode della legalità rivoluzionaria, di una legalità rivoluzionaria che egli, senza mediazioni coglie per mezzo dell'analisi della evoluzione socio-economica. Nel suo palesarsi quale punta avanzata della difesa della società sovietica ne è anche analista politico, è, in definitiva, il fautore della politica penale sovietica. Tutto ciò escludendo, per lo meno in via formale, l'intervento di un potere non giudiziario quale appare il legislatore (ai sensi della Costituzione del 1924, il Comitato Esecutivo Centrale dell'URSS, composto dai Soviet dell'Unione e dai Soviet delle Nazionalità, vedi articoli 8 e seguenti della prima carta costituzionale dell'Unione).

È ben vero che « allo scopo di rafforzare la legalità rivoluzionaria sul territorio dell'URSS, presso il Comitato Esecutivo Centrale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'URSS, viene istituito un Tribunale Supremo », così all'articolo 43 della Costituzione del 1924. Il Tribunale Supremo ha compiti interpretativi della legislazione, giudica in merito ai contrasti di legittimità costituzionale, risolve controversie fra Repubbliche, oltre a costituirsi in giudice di merito in rapporto a cause relative a pubblici ufficiali superiori per delitti di servizio, svolge le funzioni di giudice di legittimità a fronte di appelli su sentenze di singoli Tribunali Supremi delle Repubbliche federate; in definitiva, tale organo riassume in sé funzioni attribuibili alle occidentali Corti costituzionali e Corti di cassazione e viene attivato solo su istanza del Comitato Esecutivo Centrale dell'URSS, della Direzione Politica Statale Unificata dell'URSS (più nota come *Gpu*), nonché dal suo Procuratore, nominato dal Comitato Esecutivo Centrale, e dai rispettivi Procuratori delle Repubbliche federate, così all'articolo 47 della Costituzione. È però altrettanto vero che quest'organo, di schietta emanazione politica, interviene posteriormente alla individuazione, da parte dei Tribunali ordinari, della legalità rivoluzionaria da affermare; ha pertanto, a maggior ragione in presenza di un Codice penale privo di parte speciale, una funzione latamente correttiva, essendo piuttosto dubbio che il Tribunale Supremo possa intervenire, come recita il dettato costituzionale, « per considerazioni di contrasto di [ordinanze, decisioni e sentenza dei Tribunali Supremi delle repubbliche federate] con la legislazione generale dell'Unione » in assenza proprio di una legislazione penale speciale generale.

Stante così le cose, il punto di elaborazione della legalità rivoluzionaria si sposta dal centro del potere legislativo (l'organo che ha predisposto la parte speciale dei codici del 1922 e 1927) ad una periferia connotata per tramite d'una pluralità di centri decisionali offerti dai singoli Tribunali. Come è stato osservato (124), il *Progetto* rappresenta un ulteriore passo in avanti verso la concezione del *diritto libero*, si costituisce però anche come argine all'ingerenza istituzionale del Partito nella quotidiana vita giuridica. Il Partito, infatti, in assenza di precise indicazioni di politica penale non può direttamente e istituzionalmente guidare l'operato dei giudici. Si

(124) Cfr. T. NAPOLITANO, *Evoluzione del diritto penale sovietico dell'ottobre '17 ai giorni nostri*, cit., vol. XXXVII, c. 1069.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assiste pertanto al manifestarsi d'un paradosso: la proposta di riforma del sistema penale (125) che più radicalmente si spinge entro il possibile campo dell'arbitrio (« il giudice, nel progetto Krylenko, ha un potere del tutto mostruoso, poiché egli non è vincolato a condizioni di fatto precise, né a determinate misure » (126)), è anche quella che più di ogni altra preserva l'indipendenza del giudice, il quale sarà guidato nella sua opera di accertamento della pericolosità sociale di un fatto non già da precise indicazioni del legislatore ma soltanto dalla sua coscienza socialista: dalla legalità rivoluzionaria.

È la legalità rivoluzionaria il faro della navigazione penale sovietica, il Partito tutt'al più rappresenta un fanale posto sulla linea dell'orizzonte.

Su questo scenario si colloca il cruentissimo scontro fra il firmatario del *Progetto*, l'allora Procuratore del Tribunale supremo Krylenko ed il suo antagonista Vyšinskij, colui che passerà alla storia come il giurista di Stalin. « Quest'ultimo, che da vari anni si era già schierato per il principio *nullum crimen sine lege*, affemò che « l'abbandono di precise fattispecie » apre le porte alle più diverse violazioni della legge, al più sfrenato dilettantismo, alla più sciocca « creazione del diritto ». Pur riconoscendo che il problema di una elencazione esauriente delle previsioni legali era di per sé insolubile, Vyšinskij ne concludeva che « proprio la insolubilità di questo compito chiarisce la necessità, utilità e ragionevolezza politica dell'applicazione della analogia insieme e sulla base di precise fattispecie » (127).

---

(125) A dimostrazione della vivacità del dibattito giuridico dell'epoca prestaliniana, va rilevato che il *Progetto* Krylenko non fu l'unica proposta di riforma del Codice del 1927. A questo va, infatti, affiancato almeno il progetto redatto da un gruppo di altri giuristi coordinato da Schirwindt e da Issaiev. Tale progetto fu oggetto di disamina nel Primo Congresso panunionista dei marxisti cultori della Scienza dello Stato e del diritto, ma venne da questo totalmente rigettato in quanto riproducente « concezioni antimarxiste e intimamente ostili nel campo del diritto penale, che hanno incontrato difesa ed asilo da parte di singoli comunisti […]. Il Congresso condanna il progetto di Schirwindt nel suo complesso, e ne considera la difesa come passaggio a ostili posizioni di classe », così nella citata *Risoluzione*, pp. 493 e 496. Il progetto Schirwindt trova commento in T. NAPOLITANO, *La politica criminale sovietica*, cit., pp. 78-81.

(126) T. NAPOLITANO, *Evoluzione del diritto penale sovietico dell'ottobre '17 ai giorni nostri*, cit., vol. XXXVII, c. 1069.

(127) U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, cit., p. 161.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'oggetto del contendere fra i due giuristi è in realtà non tanto incentrato sul portato del brocardo *nullum rimen sine lege*, espressamente rifiutato da Krylenko e solo parzialmente accettato da Vyšinskij, il quale, come visto, accetta a determinate condizioni l'applicazione analogica del diritto penale, che nei fatti depotenzia se non addirittura annulla il portato del brocardo in oggetto; a ben vedere lo scontro avviene sulla netta contrapposizione fra una prospettiva, quella sposata da Krylenko, che ricerca la legalità rivoluzionaria nella attività *indipendente* della magistratura, la quale ha potestà creativa di norme penali, e quella invece solcata di Vyšinsky che vede il realizzarsi della legalità socialista nel veicolarsi, anche per mezzo della magistratura, d'un ordine sociale promanante dal centro del potere politico-legislativo.

Per un verso, quindi, ci collochiamo nel campo del *diritto libero*, nel quale si erge la figura del giudice creatore di diritto, del giudice-proletario che vivifica una legalità rivoluzionaria presente di per sé nella società della quale egli è diretta espressione; dall'altro, viceversa, ci troviamo di fronte alla rappresentazione d'un giudice *bouche* del legislatore, di un giudice cinghia di trasmissione della volontà del potere politico.

Per Vyšinskij, l'accettazione del principio di analogia nel diritto penale è funzionale a meglio calibrare l'azione del giudice alla volontà del legislatore, a rendere più tagliente la lama della misura di difesa sociale, non certamente ad affidare alla magistratura margini di discrezionalità ed indipendenza dal potere politico.

La polemica fra i fautori del nuovo progetto di Codice penale ed i sostenitori di un Codice penale corredato dalla parte speciale ebbe fine nel 1938 (128): « fra il 16 e il 19 luglio del 1938 si svolse la prima

(128) Come appare evidente sin dalla promulgazione della seconda Costituzione dell'Urss nel 1936, una prospettiva che tentasse di sminuire l'assoluta centralità del Partito, sancita, come già richiamato, dall'articolo 126 del dettato costituzionale, non poteva certamente aspirare ad ottenere il diritto di cittadinanza in terra sovietica. Per tanto, quello del 1938 è l'ultimo e definitivo attacco apportato da Vyšinskij ai cosiddetti traditori del popolo. Va in ogni caso considerato che, proprio avuto riguardo all'emergere della centralità, anche costituzionale, del Partito, il *Progetto* Krylenko fu abbandonato già prima della promulgazione della nuova Costituzione. Nel 1935 Krylenko, nella sua veste di allora Commissario del popolo per la Giustizia dell'Urss, presentò un secondo progetto di riforma del Codice penale. Il secondo Progetto Krylenko, forte-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conferenza dei lavoratori scientifici del diritto, nel corso della quale furono impostati e discussi i problemi principali della scienza giuridica e furono elaborate alcune tesi teoriche che dovevano costituire la base dell'ulteriore sviluppo della scienza giuridica nel suo com-

---

mente legato al pensiero di Stalin, rigettava totalmente l'idea di un Codice penale senza parte speciale e privo di dosimetria; recuperava, altresì, non solo lessicalmente, il concetto di pena abbandonando ogni riferimento all'idea di misura di difesa sociale. La difesa sociale, che ha rappresentato il *Leitmotiv* della scienza penale sovietica e in particolare della riflessione di Krylenko, viene dallo stesso nel 1935 rappresentata come un concetto » tolto di peso alla scienza giuridica italiana, estraneo al diritto proletario e che definisce in modo inesatto gli scopi della repressione penale » (la citazione tratta da T. NAPOLITANO, *L'epurazione dei giuristi nell'Urss*, cit., p. 779). In quegli anni si assiste ad una radicale inversione di tendenza da parte dei giuristi sovietici.

Esemplificativo di questo mutamento di rotta appare un contributo di Anossov apparso, nel 1936, sulle colonne de « La Giustizia Penale » e titolato *I termini « pena » e « misure di difesa sociale » nel diritto penale sovietico*. In questo articolo, il giurista di Taschkent intende puntualizzare la posizione ufficiale sull'argomento assunta dalla più recente scienza penalistica sovietica. Per l'autore l'utilizzo del termine pena nel secondo Progetto Krylenko rappresenta « non già un cambiamento di compiti e scopi, ma soltanto la storia della liberazione del pensiero teorico *sovietico*, in materia di diritto penale, dalle concezioni tradizionali, che avevano trovato il loro riflesso (consapevole o inconsapevole) nella legislazione o nella pratica », c. 20. Secondo Anossov, che si riconosce nella prospettiva autocritica di Krylenko, con il Codice entrato in vigore nel 1927, « liberati pertanto dalle reminiscenze della Scuola Classica, noi cadevamo in un altro pericolo, e cioè sotto l'influenza dell'indirizzo sociologico (e in parte del Ferri dell'ultima maniera) », c. 22; pericolo, quest'ultimo, forse maggiore del restar soggiogati alla prospettiva classica, perché « se noi riflettiamo bene, la stessa idea di misura di difesa sociale è ispirata alle concezioni liberali dello Stato, inteso come un gendarme, come un istituto che assicura la tranquillità e la sicurezza. Può sembrare paradossale, ma è così: i novatori — sociologi e antropologi —, a cui noi dobbiamo questa idea della difesa, hanno manifestato uno spirito di conservatorismo, forse anche maggiore che non i loro avversari, i classici […]. L'introduzione, fatta nella nostra legislazione dei Principi Generali, della nozione di misure di difesa sociale è stata un errore », cc. 23-24. Dopo aver richiamato l'influenza che la Scuola Positiva ebbe sulla dottrina sovietica degli anni Venti, l'autore riconosce che « adottando in luogo del termine « pena » il termine « misure di difesa sociale » noi includevamo in un forma imprecisa ed oscura nel nostro diritto vaghi presupposti teorici che ora sottoponiamo ad una revisione radicale », c. 23. La politica penale sovietica, che ritrova per Anossov il proprio compimento nel secondo Progetto Krylenko, « si ispira così poco alle posizioni della Scuola Classica che alle posizioni della Scuola Sociologica e tanto più Antropologica: è distante dalle idee di Carrara (cito il classico più perfetto), come dalle idee di Lombroso, di Ferri o del Liszt », c. 27. Come noto, il secondo Progetto Krylenko, al pari del suo autore, verrà travolto dall'ira purificatrice di Vyšinskij.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

plesso e dei suoi singoli rami. Nella relazione principale sui compiti della scienza giuridica sovietica, svolta da A. Ja. Vyšinskij, le teorie di Stučka, Krylenko, Paškanis e altri teorici del diritto furono tacciate di tradimento » (129).

Stučka, già Presidente del Tribunale Supremo della RSFSR, nonché, come rilevato in qualità di vice Commissario del popolo per la giustizia della RSFSR, ispiratore dei *Principi* del 1919 e del Codice penale del 1922, all'epoca dell'ultimo e definitivo attacco da parte di Vyšinskij era spirato da sei anni; Krylenko, già Procuratore generale della RSFSR e Commissario del popolo per la giustizia dell'URSS

Per una disamina del secondo Progetto Krylenko, cfr. T. NAPOLITANO, *La politica criminale sovietica*, cit., pp. 81 e ss. nonché il commento di C. PERRIS, *Le nuove tendenze del diritto penale sovietico in una Relazione del Commissario del popolo per la giustizia, N. V. Krylenko*, apparso sulle colonne de « La Giustizia Penale », 1935, cc. 817 e ss. Interessante rilevare, seguendo il testo di Perris, alcuni passaggi dello stesso Krylenko sviluppati nella sua *Relazione* alla seduta congiunta della Presidenza della Accademia Comunista, dell'Istituto statale di politica penale presso la Procura dell'URSS e del Commissariato del popolo per la giustizia della RSFSR il 25 dicembre 1934 (pubblicata su « Sovietskaja Justitsija » nell'aprile dell'anno successivo). In questa Krylenko dà conto del ritorno all'idea di pena e del conseguente abbandono del concetto di difesa sociale « in quanto questo termine, tolto al diritto italiano, è estraneo al nostro diritto e definisce in modo inesatto gli scopi della repressione penale dello stato sovietico. La restaurazione del termine pena ma con un contenuto ben diverso da quello che esso ha nel diritto borghese, rappresenta l'emenda di questo nostro errore grossolano ». Di particolare importanza appare il passo nel quale si rigetta totalmente la prospettiva della imputabilità legale, che aveva caratterizzato non solo il primo progetto di riforma del Codice del 1927: « cosa abbiamo ripudiato dei concetti teorici borghesi nel trattare della pena? Noi abbiamo respinto il concetto di pena-corrispettivo, come finalità essenziale della punizione borghese. Che cosa abbiamo ritenuto come contenuto sostanziale della pena? La sua funzione educativa, la sua attitudine, in quanto fattore psicologico determinato, a dirigere, in un certo qual modo, la condotta degli uomini, che siano responsabili dello proprie azioni e che possano sentire e avere la coscienza della responsabilità. Noi non puniamo il malato che ha commesso un delitto, se rinchiuso in un manicomio, perché pericoloso alla società […]; puniamo gli adulti, cittadini coscienti, ponendoli contro la loro volontà in condizione per essi spiacevoli e, comminando questa pena, noi agiamo su di essi e sugli altri nel senso di dirigere la loro condotta ulteriore ». Si palesa quindi un esplicito ritorno alla prospettiva dosimetrica, prima rifiutata *in toto* a seguito di un « estremismo di sinistra dannoso e inutile ». Le citazioni sono tratte dal sopra richiamato contributo di Perris, cc. 823 e 827.

(129) M. S. STROGOVIČ, *Sulla impostazione di alcuni problemi del diritto nelle opere di P. I. Stučka, N. V. Krylenko, E. B. Pašukanis*, trad. it. in U. CERRONI (a cura di), *Teorie sovietiche del diritto*, cit., p. 317.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scomparve proprio nel 1938 nel *buco nero* dello stalinismo, parimenti a Pašukanis, già vice Commissario del popolo per la giustizia dell'URSS. I tre giuristi e uomini politici sovietici vennero riabilitati nel 1956.

11. *L'oscillare del sistema penale sovietico fra sostanzialismo e formalismo.*

Al di là delle vicende storiche, nel porre a confronto i due modelli di sistema penale proposti nell'ambito sovietico va, in definitiva ed avuto riguardo alla ricognizione effettuata da Ferrajoli nel già richiamato lavoro, rilevato come il primo, il *Progetto* Krylenko, sia senz'ombra di dubbio ascrivibile all'idea del *sostanzialismo penale*. Come l'autore citato sottolinea, tale prospettiva si caratterizza per la totale « svalutazione del ruolo della legge come criterio esclusivo ed esaustivo di definizione dei fatti devianti » (130). Altre considerazioni, infatti, giocano nel determinare il delitto, che, nell'ambito dell'esperienza sovietica, si estrinsecano nella potenzialità anti-sociale dell'agente; in proposito viene suggerito che « il sostanzialismo penale si informa alla confusione tra diritto e morale o tra diritto e natura, consentendo discriminazioni soggettive e invasioni incontrollate nella sfera di libertà dei cittadini » (131).

Questi modelli penali sono, infatti, « caratterizzati da figure di reato elastiche e indeterminate, da spazi di fatto se non di diritto aperti all'analogia in *malam partem*, dalla centralità assegnata alle indagini sulla pericolosità del reo nonché al giudizio sulla sua pericolosità e alle connesse misure preventive » (132). In tal senso, al *Progetto* Krylenko si può certamente imputare quella « confusione sostanzialistica tra reato e peccato », la quale sfocia nella « dottrina convenzionalistica della pena come tecnica di prevenzione speciale » (133), ove per *peccato* si intende il rifiuto dell'ordine socialista, rifiuto che rende in sé un'azione od omissione, ma anche un tentativo di reato, necessitante di una adeguata misura di difesa sociale; vice-

(130) L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 14.
(131) *Ibidem*, p. 15.
(132) *Ibidem*, p. 372.
(133) *Ibidem*, p. 373.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

versa, non si può attribuire al *Progetto* in questione la volontà di rendere succube il giudice ad una autorità politica, ed in particolare a *quel* Partito asservito alla volontà di Stalin, nel momento in cui si ascrive proprio al giudice il ruolo di interpretare la legalità rivoluzionaria e di creare la norma penale.

Sostanzialmente differente è la prospettiva di Vyšinskij, la quale è riconducibile all'alveo del *formalismo legalistico*. In tali costruzioni teoriche, infatti, « il principio di (mera) legalità è assunto [...] come unico postulato assiologico (e non meramente teorico), in forza del quale ha *valore* (e non solo *vigore*) qualunque contenuto normativo (*quod principi placuit*); e la forma giuridica non è rivendicata come strumento o garanzia di tutela dei valori o interessi esterni allo stato, ma come valore essa stessa, esclusivo ed esaustivo, non condizionato da limiti o garanzie quali la stretta legalità e gli altri diritti del cittadino » (134).

In questa prospettiva si colloca Vyšinskij e la sua teoria del diritto mirante a imporre sulla legalità rivoluzionaria la nuova legalità socialista incarnata nel ricostruito apparato statuale sovietico retto dal Partito, che veicola la propria volontà per mezzo delle istituzioni statali poste costituzionalmente al suo servizio.

Al di là degli esiti pratici, l'osservatore si ritrova di fronte a due prospettive teoreticamente inconciliabili, l'una protesa verso la realizzazione della rivoluzione sovietica, l'altra parallela all'affermarsi del culto della personalità. Non va, infatti, sottaciuto come fu il Procuratore generale Vyšinskij a trasformare in prassi giudiziaria la staliniana legge dell'inasprimento meccanico della lotta di classe in prossimità della fine del periodo di transizione, ovverosia nell'immediatezza della realizzazione della società comunista. Nella fase finale della dittatura del proletariato deve necessariamente inasprirsi la repressione penale al fine di fronteggiare gli ultimi colpi di coda della soccombente borghesia.

Così descrive un osservatore sovietico quel periodo: « Vyšinskij, nei suoi ordini ai Procuratori dipendenti, personalmente li autorizzava alla inosservanza delle leggi penali e procedurali. Egli giustificava la possibilità, e perfino la necessità, di ignorare le leggi penali e procedurali per i delitti contro lo Stato sulla base della teoria

(134) *Ibidem*, p. 216.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'inasprimento meccanico della lotta di classe […]. Per effetto della violazione delle norme giuridiche si avevano le repressioni penali più infondate e venivano calpestati i diritti soggettivi e le libertà dei cittadini nonostante che le leggi esplicitamente li riconoscessero » (135).

12. *Note sul Codice penale del 1961.*

Il processo di destalinizzazione della società sovietica, culminato con il XX Congresso del PCUS, non poteva che condurre ad una radicale riforma del diritto penale in URSS. Ciò sostanzialmente per due motivi: il primo va ricercato nella stessa matrice culturale storico-materialista del sistema penale sovietico. « Nella nostra società socialista esistono ora soltanto classi lavoratrici […]. Dopo la vittoria completa del socialismo non c'è posto per la dittatura di una sola classe. Contro quali classi dovrebbe esercitarsi la dittatura? Le classi ostili ormai non esistono più da noi », così Chruscëv nel XXII Congresso del PCUS tenutosi nel 1961, pone le basi per il superamento della fase della dittatura del proletariato, in vero già adombrata da Stalin con la Costituzione del 1936 (136), e per il *riconoscimento* della decisiva fase del precomunismo. Avuto riguardo al rapporto fra sovrastruttura giuridica e struttura economica della società appare indubbio che un diritto penale costruito da una società pervasa dalla lotta di classe non possa più rimanere in vigore in un contesto societario liberato dallo scontro di classe; lo stato di tutto il popolo necessita di un nuovo diritto penale espressione delle mutate condizioni strutturali.

A queste argomentazioni legate alla teoria marxista della società se ne aggiunge una molto più pratica: il ventennio staliniano aveva lasciato troppe ferite aperte nella società sovietica a seguito dell'esercizio di un potere arbitrario da parte della magistratura al servizio del capo indiscusso del PCUS per non riconoscere, a maggior ragione nella fase precomunista, la necessità dell'affermazione del

(135) N. G. Alexandrov, *Il diritto di tutto il popolo, nuova tappa nello sviluppo del diritto socialistico*, in « Lo Stato sovietico e il diritto », 1962, n. 9, citato da T. Napolitano, *Delitti e pene nella società sovietica*, Milano, 1981, p. 67.

(136) Si richiama in merito la nota 87 del presente testo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principio di legalità, non più d'una generalizzata legalità rivoluzionaria e ancor meno d'una legalità socialista intrisa di formalismo legalistico, bensì caratterizzato per mezzo d'un (forse inaspettato) innesto del principio *nullum crimen sine lege* in terra sovietica (137).

Infatti, « il terzo Codice penale della RSFSR [...] nasce nel clima particolare creato dalla inattesa denuncia gli errori e dei danni causati dal cosiddetto culto della personalità di Stalin. Nel paese fermentano i lieviti della libertà per troppo tempo conculcata, e si affermano con solennità i propositi del Partito e del Governo di ristabilire la legalità in modo che non abbiano a ripetersi i fenomeni di degenerazione durati un intero ventennio » (138).

Lungo questo itinerario si costituisce, sulla base dei *Fondamenti* di diritto penale pubblicati nel 1958, il terzo Codice penale russo, entrato in vigore in piena epoca chrusceviana il primo gennaio 1961 (139). Questo codice rappresenta la fase *moderna* del diritto penale sovietico.

Che il legislatore abbia invertito la rotta lo si evince già nelle *Disposizioni generali*; l'articolo 3 (*Fondamenti della responsabilità penale*) recita: « soggiace a responsabilità penale ed alla pena conseguente soltanto chi è colpevole d'un reato, cioè chi abbia commesso, per dolo o per colpa, un fatto socialmente pericoloso previsto dalla legge penale. La pena è inflitta soltanto in base a sentenza del tribunale ».

Riappare, pertanto, con chiarezza l'idea d'una responsabilità legata al binomio colpa-pena, che si oppone all'idea della responsabilità legale perorata dal legislatore del 1927, accompagnata dal riemergere della centralità della colpevolezza, nonché dello stretto nesso di causalità fra azione ed evento prima sfumato nel concetto,

(137) Cfr. in merito il contributo di M. S. STROGOVICH-I. A. KALENOV-A. A. GERTSENZON, *The New Laws on the Judicial System, the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation*, apparso in traduzione inglese sulle pagine della rivista « Soviet Law and Government », 1962, n. 1, pp. 33 e ss. In merito va rilevato che Kalenov ricopriva allora l'ufficio di vice Ministro della giustizia della RSFSR.

(138) T. NAPOLITANO, *Delitti e pene della società sovietiva*, cit., p. 53.

(139) La traduzione italiana del Codice penale in questione si trova in *Appendice* a T. Napolitano, *Delitti e pene nella società sovietica*, cit.; a tale contributo si rimanda per una particolareggiata analisi del testo normativo e per la sua collocazione all'interno del contesto storico-sociale sovietico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

allora fondamentale, di pericolosità sociale. A quanto sopra evidenziato si somma l'esplicito riconoscimento della preventiva previsione legale d'una fattispecie acciocché si possa costituire il reato.

Il Codice del 1961 distingue, infatti, con precisione, agli articoli 8 e 9, i reati dolosi da quelli colposi e, all'articolo 11, tratteggia, sia pur attraverso una definizione in negativo, i limiti dell'imputabilità. Il chiaro abbandono della prospettiva della responsabilità legale è desumibile dagli articoli 37 e seguenti del Codice penale, ove il legislatore stabilisce tassativamente che l'applicazione della pena deve essere commisurata alla responsabilità del reo, oltre che ai tradizionali criteri di pericolosità sociale e della personalità del reo; gli articoli 38 e 39 elencano rispettivamente le cause attenuanti e quelle aggravanti.

Va altresì rilevato come il legislatore del 1961 si discosti da quelli che lo hanno preceduto anche nella definizione delle finalità della pena, la quale perde il suo connotato di mera misura di difesa sociale. Infatti, all'articolo 20 del Codice penale è stabilito che « la pena non è soltanto un castigo per il reato commesso, ma si pone anche il fine dell'emenda e della rieducazione dei condannati [...] si propone inoltre il fine della prevenzione di nuovi reati »; in questo senso, si lega chiaramente la pena alla colpa (castigo) e si esalta quella funzione retributiva, che il legislatore del 1927 espressamente rifiutava.

Il Codice si pone, quindi, lungo un asse che recupera principi penalistici espressamente rigettati, sia pur per diversi motivi, sia dai fautori della legalità rivoluzionaria, che da quelli della legalità socialista di stampo staliniano, palesando, e ciò in virtù del considerarsi un Codice penale del periodo precomunista, una attenuazione delle misure repressive.

Va rilevato che il Codice del 1961 ha subito notevoli interventi legislativi dovuti sia al passaggio di dirigenze all'interno del PCUS, dall'era di Chruscëv a quella di Bresniev, sia alla promulgazione della terza carta costituzionale sovietica nel 1977. In ogni caso, al di là d'un inasprimento delle misure di repressione, i principi cardine contenuti nella parte generale, primi fra tutti il rifiuto della interpretazione analogica (140) ed il ripristino in terra sovietica del

(140) Va rilevato in ogni caso l'inserimento nel codice del reato di agitazione e propaganda antisovietica rubricato all'articolo 70, disposizione che offriva all'inquirente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

binomio pena-colpa, non hanno subito modificazioni ed hanno accompagnato il sistema penale sovietico sino al suo tramonto.

amplissimi margini di imputabilità. Infatti, a detta di tale articolo « l'agitazione o la propaganda, condotte allo scopo di sovvertire o indebolire il potere sovietico o provocare la commissione di delitti contro lo stato particolarmente pericolosi; la diffusione, ai fini sopraindicati, di basse invenzioni denigratorie del regime statale o la detenzione, agli stessi fini, di letteratura dal contenuto sovra indicato: sono punite con la privazione della libertà da sei mesi a sette anni, con o senza il confino da due a cinque anni »; in caso di recidiva il legislatore prevede un inasprimento della pena. Cfr. in proposito il commento di Napolitano nel già citato *Delitti e pene nella società sovietica*, pp. 232 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il dibattito attuale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALBERTO CADOPPI

COMMON LAW E PRINCIPIO DI LEGALITÀ

I. Premessa. — II. La codificazione nei paesi di *common law*. — III. Il ruolo dei giudici nel diritto di *common law* ed il principio di legalità. — IV. Conclusione.

I. *Premessa* (1).

Common law = diritto comune = *ius commune*. In altre parole: '*common law*' si traduce letteralmente in italiano come 'diritto comune' e in latino come '*ius commune*'. Questa equazione terminologica (nelle rispettive lingue) fra *common law* inglese e diritto comune evidenzia un aspetto del diritto inglese che, dal punto di vista storico-comparatistico, viene talvolta sottovalutato. Alludo al fatto che il diritto inglese in quanto *common law* — e ciò a prescindere dall'annoso problema dell'entità dell'apporto effettivo del diritto romano sullo sviluppo del diritto inglese stesso — mostra una particolare parentela con il diritto comune continentale non codificato. È chiaro che, per ora, parlo della *common law* tradizionale, senza considerare gli importanti cambiamenti che sono avvenuti nel diritto inglese ed in altri sistemi anglosassoni negli ultimi tempi, e di cui dirò tra breve.

A livello di premessa, mi sembra comunque importante che il

(1) La premessa sarà priva di note a piè di pagina. D'altra parte, chi scrive ha già dedicato al tema in questione vari scritti (che si trovano in gran parte raccolti e riordinati in A. CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*^{2}, Padova, 2004, pp. 149-453, v. poi anche ID., *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, *passim* (ora in corso di ristampa con premessa di aggiornamento, Torino, 2007); nonché altri scritti in lingua inglese in riviste straniere). È da quei lavori che sono tratte gran parte delle considerazioni svolte nella presente sede.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lettore colga, già di primo acchito, questo nesso tra la *common law* ed il diritto continentale anteriore all'epoca delle codificazioni.

Questo aspetto del diritto tradizionale inglese è particolarmente rilevante, come è ovvio, nel diritto penale, con speciale riferimento al principio di legalità.

Infatti, è noto che il diritto penale continentale, prima della codificazione, e dunque durante il periodo del *ius commune*, ponesse problemi soprattutto relativamente al principio di legalità. Il diritto era in buona parte non scritto; le *decisiones* degli importanti organi giudiziari del tempo la facevano da padrone; qualche autorevole opinione di alcuni dotti giureconsulti faceva 'diritto'; le norme statutarie scritte erano poche, o comunque confuse, mal coordinate fra loro, e spesso destinate a regolare casi più che a dettare precetti generali; i codici non c'erano: insomma, grande era la confusione delle fonti del diritto penale, e grande l'incertezza del diritto. Un simile quadro quasi schizofrenico dell'assetto del sistema penale veniva dipinto limpidamente ed efficacemente da Beccaria nel suo famoso « A chi legge », prefazione (sia pur non in prima edizione) al fortunato e fondamentale *Dei delitti e delle pene*.

Il diritto penale di *common law* è stato per lungo tempo impostato in modo assai simile, e solo negli ultimi decenni la situazione può dirsi radicalmente mutata. Nello stesso tempo, ancor oggi, per certi versi residuano quanto meno le tracce di una mentalità giuridico-giudiziaria che è stata abituata per secoli ad un sistema siffatto, e che sotto certi aspetti fa fatica ad abbandonarlo definitivamente.

Prima di procedere, sempre sul piano lessicale, va peraltro rilevato che per *common law* si intendono quanto meno due cose. Da un lato, si allude alla *common law* come a un sistema giuridico, o a più sistemi giuridici, tutti originanti dal vecchio diritto inglese, che ne rappresenta il nucleo centrale di sviluppo ed il prototipo. In questo senso il diritto penale inglese, pur ampiamente diverso da quello di un tempo, ancor oggi può essere tranquillamente designato come diritto penale di *common law*, essendo ancor oggi a tutti gli effetti il diritto penale di un sistema di *common law*. Potremmo, da questo punto di vista, parlare di *common law* 'in senso lato'.

In un secondo senso, per *common law* si intende qualcosa di più tecnico, e che vale a differenziare, all'interno del diritto (penale)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inglese, le norme scritte (*statutory law*) dalle norme non scritte (*common law*, appunto). In questo secondo senso, la *common law*, oggi, non ha certamente un'estensione ed un'importanza paragonabili a quelle che aveva in passato. Come vedremo nel corso di questa analisi, infatti, oggi il diritto scritto prevale di gran lunga rispetto alla *common law* come diritto non scritto in quasi tutti i paesi cd. di *common law*. Se residuano ancora sistemi in cui la *common law* mantiene comunque un certo spazio (es. Scozia), in altri sistemi essa è ormai residuale (es. Inghilterra), ed in altri sistemi ancora è addirittura scomparsa (es. certi Stati degli USA). Potremmo parlare, in questo secondo senso, di *common law* 'in senso stretto'.

L'espressione *common law*, dunque, nel primo senso (in senso lato) è ancora attuale sotto tutti i profili, e mantiene inalterata la sua importanza specie sotto l'aspetto comparatistico; l'espressione *common law* nel secondo senso (in senso stretto), viceversa, è oggi certamente in crisi. Quanto si diceva dunque in apertura relativamente all'assimilazione lessicale fra *common law* e *ius commune* può valere ancor oggi, ma — come meglio vedremo — vista la crisi della *common law* intesa in senso stretto, è indubbio che il paragone ha attualmente un significato molto più ridotto.

Nel presente lavoro è proprio di questi aspetti che mi occuperò, con particolare riferimento al diritto penale. Cercherò, in altre parole, di verificare quanto la *common law* (intesa in senso lato) moderna sia ancora assimilabile al *ius commune* continentale, e quanto invece la crisi della *common law* intesa in senso stretto, ed il correlativo sempre più forte attestarsi del diritto scritto, stia pian piano distanziando definitivamente i sistemi anglo-americani, in materia penale, dal diritto continentale europeo d'*ancien régime*. Naturalmente questa indagine implica uno studio dei rapporti fra *common law*, intesa in senso lato, e principio di legalità in materia penale. È qui invero che si gioca la partita fra antico e moderno; fra arbitrio e garanzie; fra autoritarismo e democrazia, *in criminalibus*. Se infatti consideriamo il diritto penale europeo ai tempi in cui Beccaria scriveva il suo aureo libretto (1764), notiamo che vi sono molte somiglianze fra il diritto penale di quell'epoca e l'attuale: i principi della responsabilità penale ed il catalogo dei reati, salvo qualche peculiarità, non sono così drammaticamente distanti da quelli odierni. Ciò che veramente fa la differenza rispetto a quei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tempi (oltre, naturalmente, al sistema delle pene) è il *nullum crimen sine lege*, che Beccaria poteva solo auspicare e sognare, e che oggi è viceversa, sia pur entro comprensibili limiti, una realtà e una conquista per tutti gli attori del mondo giuridico-penale. Ora, dire che la *common law* è imparentata con il diritto comune significa sostanzialmente dire che la *common law* non rispetta il principio di legalità. Ed è indubbio che una delle più pesanti critiche rivolte dai giuristi continentali da tempo al diritto di *common law* riguarda proprio il *nullum crimen sine lege*: ovvero, si usa dire che il diritto penale inglese non rispetterebbe tendenzialmente il principio di legalità. Se si appurasse che ancor oggi il principio di legalità fosse menomato nell'ambito dei sistemi anglosassoni, bisognerebbe arrivare alla conclusione che anche attualmente il diritto penale di *common law* presenta inquietanti tratti di somiglianza con il sinistro 'diritto penale comune' *d'antan*: in sostanza, si dovrebbe concedere che ancor oggi l'equazione lessicale *common law* e *ius commune* avrebbe una sua ragion d'essere. Se viceversa sia arrivasse alla conclusione opposta, e cioè si appurasse che oggi anche nei sistemi di *common law* trova applicazione — magari con qualche lieve sfumatura autonoma — il *nullum crimen sine lege*, si dovrebbe prendere atto del fatto che *common law* e *ius commune* sono ormai, come si suol dire in gergo linguistico, *false friends*.

Nel prosieguo, analizzerò dapprima il tema della codificazione in materia penale nei paesi di *common law*, soffermandomi anche sulla collegata problematica dei rapporti fra *statutory law* e *common law* (in senso stretto) in tali ordinamenti. In seguito, mi occuperò della questione del ruolo dei giudici nel diritto penale anglosassone, verificando comparatisticamente se esso sia in qualche modo assimilabile, o magari sia assai distante, dal ruolo svolto dai giudici nel diritto penale continentale ed italiano. A quel punto sarò in grado di tirare le somme, svolgere alcune considerazioni finali e rispondere al quesito posto poc'anzi.

II. *La codificazione nei paesi di* common law.

Se codificazione è quasi sinonimo di diritto penale continentale, e se si è tralatiziamente portati a ritenere che i paesi di *common law* non siano dotati di un codice penale, è anche vero che oggi, al

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contrario, gran parte dei sistemi penali di *common law* sono stati oggetto di codificazione.

D'altronde, mentre nell'Europa continentale Beccaria e i suoi seguaci teorizzavano sul codice penale, in Inghilterra simili movimenti filosofici non rimasero privi di eco.

Anzi, quasi paradossalmente, si può dire che il primo grande teorico della codificazione (penale) sia stato un inglese, e cioè Jeremy Bentham. Come ha rilevato Adriano Cavanna, al Bentham si dovrebbe addirittura lo stesso termine codificazione.

Bentham si propose quale 'codificatore' a vari regnanti e autorità politiche del tempo, ma senza successo. Le sue dottrine ed i progetti di codici che realizzò restarono peraltro quali punti di riferimento cui si sarebbero ispirati codificatori sia continentali (si pensi alla stessa codificazione napoleonica del primo Ottocento (2)), che di *common law* (3).

Tra i primi seguaci di Bentham possiamo annoverare l'americano Edward Livingston, il quale negli anni Venti del XIX secolo realizzò un progetto di codificazione penale per la Louisiana decisamente improntato alle concezioni benthamiane. L'ideale espresso da tali concezioni era principalmente quello illuministico della certezza del diritto, da realizzarsi attraverso la predisposizione di testi normativi assai articolati e caratterizzati dalla coerenza e compattezza sistematica. Non si trattava dunque, né nel caso di Bentham né in quello di Livingston, di semplici 'consolidazioni' di materiali normativi più o meno preesistenti (4).

Le consolidazioni avevano caratterizzato da tempo la storia del diritto penale europeo, e avrebbero avuto diffusione in futuro

(2) Sull'influenza che il pensiero di Bentham ebbe sui compilatori del *code pénal* del 1810 cfr. A. CHAUVEAU e F. HÉLIE, *Théorie du code pénal*[1], Paris, s.d., t. I, p. 19.

(3) Sul Bentham codificatore cfr. soprattutto A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, Milano, 1979, p. 605. Per riferimenti ulteriori rinvio anche al mio *Dalla* judge-made law *al* criminal code. *Progetti di codici penali nei paesi di common law, tra istanze dottrinali e giurisprudenziali*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1992, p. 939 e nt. 62, ripubblicato in ID., *Introduzione*, cit.

(4) Sulla distinzione tra consolidazioni e codificazioni cfr. tra gli altri G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, *passim*; M. E. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni*, Torino, p. 1967. V. ora, in ambito penalistico, V. MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della 'ricodificazione'*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1995, 758 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soprattutto in alcuni paesi anglosassoni. Esse erano peraltro lontane dalle concezioni benthamiane perché non potevano rappresentare strumenti adeguati alla realizzazione dell'ideale della certezza del diritto. Una consolidazione non avrebbe mai potuto godere dell'organicità sistematica di un codice, e, in particolare in materia penale, essa non avrebbe mai potuto contenere una *parte generale*, indispensabile strumento per garantire una razionale comprensione ed interpretazione delle norme incriminatrici della parte speciale. Nell'ambito di una consolidazione, il giudice avrebbe mantenuto una ben più consistente fetta di potere, e le norme penali sarebbero state frutto più dell'apporto creativo del magistrato che di una automatica 'lettura' della legge. Secondo Bentham, questo potere creativo dei giudici era particolarmente intollerabile in materia penale, ove la creazione giudiziale di una legge a fatto avvenuto, con conseguente punizione del 'colpevole', comportava in sostanza un'applicazione retroattiva della legge penale. In questo senso, gli uomini venivano trattati come gli animali: infatti, anche il cane viene bastonato dal padrone solo dopo aver fatto qualcosa di male, ed in questo modo impara a non rifare ciò che gli è costato la bastonata. Così operava, secondo Bentham, la *judge-made law* nei confronti degli esseri umani (5).

Il *System of Penal Law* compilato per la Louisiana da Livingston mirava ad evitare simili inconvenienti tipici della *common law* o anche delle consolidazioni. Esso comprendeva un codice penale sostanziale, un codice di procedura penale, un codice penitenziario, ed un conclusivo « libro delle definizioni », destinato a contenere una serie di definizioni valide per l'intero contesto codicistico (6). Il principio di legalità e l'assoluta sottoposizione dei giudici alla legge era enfatizzato particolarmente nell'ambito del codice penale sostanziale, che conteneva anche una dettagliata ed interessante parte generale (7).

---

(5) J. BENTHAM, *Vue Générale d'un Corps Complet de Legislation*, in *Traité de Legislation Civile et Pénale*, in *Œ uvres de J. Bentham* (raccolte da E. DUMONT), t. I, parte II, p. 367.

(6) Cfr. l'intero lavoro ripubblicato in E. LIVINGSTON, *The Complete Works of Edward Livingston on Criminal Jurisprudence*, vol. II, New York, 1873.

(7) Non va dimenticato che la Louisiana era originariamente sistema di *civil law*, e pian piano divenne sistema di tipo 'misto'. Livingston viene peraltro ricordato come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Circa un decennio dopo l'esperimento di Livingston — la cui opera peraltro rimase soltanto un pur apprezzato (8) progetto — un altro tentativo di codificazione fu attuato dall'altra parte del mondo, in India. Fu in particolare Thomas Babington Macauley, il celebre storico ed erudito inglese, ad occuparsi della redazione di un progetto di codice penale per la colonia. Anch'egli era convinto assertore delle teorie benthamiane, e realizzò un progetto di codice (nel 1837) che attuava con grande perizia e coerenza tali concezioni. Anche il progetto di Macauley, come quello di Livingston, conteneva una esaustiva parte generale, e perseguiva il fine di vincolare il più possibile i giudici alla lettera della legge, questa volta non attraverso l'utilizzo di un 'libro delle definizioni', ma mediante l'inserzione, in calce alle disposizioni più problematiche, di *esempi* pratici ad illustrazione di esse e della loro concreta sfera applicativa (9).

Il codice di Macauley rimase allo stadio di progetto per oltre vent'anni, per poi divenire, con qualche modificazione, il codice penale indiano del 1860. L'*Indian Penal Code* fu codice molto importante, e funse da modello per la codificazione penale di gran parte delle colonie britanniche, soprattutto quelle orientali ed africane (10).

---

uno dei pionieri della codificazione del mondo della *common law*, essendo egli stato educato al diritto in un paese di *common law* (era di New York): cfr. per tutti S. H. KADISH, *Codifiers of the Criminal Law: Wechsler's Predecessors*, in « Columbia Law Review », 1978, vol. 78, 1098 ss., il quale descrive Livingston come uno dei 'predecessori' di Herbert Wechsler, principale artefice negli anni '60 del *Model Penal Code* americano. Certo era proprio della stessa teoria di Bentham il ripudio della *common law* come legge non scritta elaborata volta per volta dai giudici, in favore della legge codificata dal legislatore con esclusione di poteri creativi in capo al giudice. I principali seguaci di Bentham, anche nell'ambito di sistemi inequivocabilmente 'di *common law*', avrebbero seguito sul punto l'insegnamento di Bentham e dello stesso Livingston.

(8) Sul progetto e per un elogio dello stesso, nonché per riferimenti ulteriori, cfr. S. H. KADISH, *Codifiers*, cit., p. 1099 ss.

(9) Va precisato che anche Livingston, nel suo progetto, fece uso pur sporadico di esempi: conf. S. H. KADISH, *Codifiers*, cit., p. 1102.

(10) Sul codice elaborato da Macauley e sulle sue vicissitudini e contenuti, cfr. ancora S. H. KADISH, *Codifiers*, cit., p. 1106 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti. V. poi più di recente K. J. M. SMITH, *Macaulay's 'Utilitarian' Indian Penal Code: An Illustration of the Accidental Function of Time, Place and Personalities in Law Making*, in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come si accennava, esso realizzava qualcosa di molto più complesso ed articolato di una semplice consolidazione del diritto penale (statutario e non) inglese, ed un simile modello di codice, assai vicino all'ideale benthamiano, era quanto mai adatto alle colonie. Ciò per vari motivi: nelle colonie si voleva imporre una *legge inglese* che non era spesso patrimonio delle *Kulturnormen* locali, ed il modo migliore per far applicare tale legge ai giudici, talora indigeni e non sempre preparati giuridicamente (spesso non avevano neppure studiato il diritto), era di renderla il più possibile certa ed insuscettibile di diverse interpretazioni. L'*autorità* della legge (inglese) poteva insomma affermarsi solo attraverso l'impiego di una legge 'autosufficiente', che non avesse bisogno dell'interpretazione dei giudici. Paradossalmente, dunque, l'unico modo per imporre la legge inglese alle colonie era quello di elaborare dei corpi normativi che, pur rispecchiando nei contenuti il diritto di quella nazione, snaturavano l'essenza di *common law* caratteristica di tale sistema giuridico. Il diritto penale codificato delle colonie veniva così a caratterizzarsi non raramente come diritto di tipo 'misto', dal momento che, pur attingendo alla fonte della *common law*, esso si basava su di una codificazione dai caratteri più continentali che britannici, più da paesi di *civil law* che da paesi di *common law*. Ciò era anche dovuto al fatto che nelle colonie era assai meno facile avere a disposizione tutto il materiale cartaceo di cui si sarebbe dovuto servire un giurista inglese. Un giudice londinese, per risolvere certe controversie (penali), non avendo a disposizione un codice, doveva consultare decine di grossi volumi di decisioni, nonché gli scritti dei più importanti criminalisti del presente e del passato. Il suo collega indiano, o di qualche giurisdizione altrettanto o ancor più remota, avrebbe avuto difficoltà ben maggiori nel reperire tutti quei volumi e dunque nel fornire un'adeguata decisione del caso. Così, la compilazione di un codice penale il più esauriente e chiaro possibile rappresentava una insuperabile necessità. Ecco perché nella maggior parte delle colonie il modello codificatorio adottato fu quello benthamiano, in fondo abbastanza simile a quello europeo-continentale, anche se più dettagliato.

Legal History in the Making (a cura di W. M. GORDON e T. D. FERGUS), London e Rio Grande, 1991, p. 145 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Talora il codice coloniale era assai chiaro nel 'rompere' definitivamente i ponti con la *common law* — i cui sviluppi sarebbero stati comunque difficilmente conoscibili in tali remote giurisdizioni in un mondo tecnologicamente ancora arretrato — sancendo l'indipendenza dell'interpretazione delle norme del codice dai principi di *common law* e dalla loro evoluzione.

In questo senso era orientato ad esempio il progetto di codice penale realizzato attorno al 1870 da Wright per la Giamaica, progetto nato per fungere da 'codice penale modello' per tutte le colonie — visto che il codice di Macauley cominciava ad invecchiare — ma poi adottato, con qualche modifica, solo in un paio di giurisdizioni minori (11), e per il resto dimenticato per oltre un secolo, sino ad una recente rivalutazione (12). Il progetto Wright, oltre ad allontanarsi definitivamente dalla *common law* della madrepatria (13), conteneva una ricca ed articolata parte generale, e si segnalava per l'approccio peculiarmente dottrinale ed assai poco 'anglosassone' alla materia penale. Del codice penale indiano adottava l'utilizzo delle *Illustrations*, ossia di esempi che dovevano orientare il giudice, e più in generale il lettore del codice, alla corretta interpretazione delle norme più complesse.

In Inghilterra, nel frattempo, il partito della codificazione, pur rappresentato da illustri esponenti, trovava non poche difficoltà ad affermarsi con risultati tangibili. I grandi sforzi compiuti nella prima metà dell'Ottocento da illuminati uomini politici ispirati agli ideali benthamiani (14), pur mirando molto in alto, non portarono

(11) Ad es. in British Honduras, Tobago e S. Lucia nei Caraibi, e nella Gold Coast (ora Ghana) in Africa.

(12) Cfr. M. L. Friedland, *R. S. Wright's Model Criminal Code: A Forgotten Chapter in the History of the Criminal Law*, in « Oxford Journal of Legal Studies », 1981, vol. 1, 307 ss.; Id., *Codification in the Commonwealth: Earlier Efforts*, in « Criminal Law Forum », 1990, vol. 2, 148 ss.

(13) Cfr. s. 8, (iii.) del codice: « Nell'interpretazione di questo codice, una corte non sarà vincolata da alcuna decisione od opinione sull'interpretazione di una qualsiasi altra norma o della *common law* in ordine alla definizione di un qualsiasi reato o di un qualsiasi elemento di qualsiasi reato ». Veniva abbandonata anche la regola della 'interpretazione restrittiva' degli statuti tradizionale della *common law* in favore di un'interpretazione ampia e volta a dare effetto agli scopi della legge: s. 8, (ii.).

(14) Si pensi a Sir Samuel Romilly, Lord Henry Brougham ed a Sir Robert Peel, i quali (sia pur con accenti diversi) mirarono comunque ad una razionalizzazione del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ad altro che ad una serie di *Consolidation Acts* realizzati negli anni Sessanta. Si trattava dunque di misure che si muovevano nell'ottica opposta rispetto alle concezioni di Bentham e dei suoi adepti.

Successivamente fu determinante l'apporto del più grande penalista inglese dell'Ottocento, Sir James Fitzjames Stephen, il quale si batté con impeto a favore dell'istanza codificatoria (15). Egli quasi riuscì nell'intento di dare un codice penale all'Inghilterra. Nel 1878 realizzò — sulla base di un *Digest* delle leggi penali inglesi da lui stesso compilato l'anno precedente — un progetto di codice penale, che fu proposto al Parlamento come *Bill* ma non venne approvato (16). Tale progetto fu peraltro sottoposto ad un accurato esame da parte di una commissione reale, che l'anno dopo pubblicò un nuovo progetto di codice corredato da un importante *Report* introduttivo (17). Nello stesso anno (18) e nel 1880 (19), dei disegni di legge, largamente basati su tale progetto del 1879, furono presentati

diritto penale nella prima metà dell'Ottocento. Tra gli anni Trenta e gli anni Quaranta varie commissioni reali si occuparono della risistemazione e della riforma del diritto penale, un lavoro mastodontico che portò alla realizzazione di una serie di *Reports*, pubblicati sui *Parliamentary Papers* (ripubblicati ora in più di 2000 pagg. in tre volumi, il 3°, il 4°, ed il 5°, sotto il comune titolo « Criminal Law », dalla Irish University Press, nel 1971). La montagna, purtroppo, partorì il topolino: unico risultato tangibile, i *Consolidation Acts* del 1861, di cui al testo. Sui personaggi citati e sul lavoro delle commissioni reali vi è ampia bibliografia. Accenni in S. H. KADISH, Codifiers, cit., p. 1123-1124; cfr. poi R. CROSS, *The Reports of the Criminal Law Commissioners (1833-1849) and the Abortive Bills of 1853*, in *Reshaping the Criminal Law* (a cura di P. GLAZEBROOK), London, 1978, p. 5 ss. Si veda inoltre D. H. BROWN, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Toronto, Buffalo, London, 1989, p. 12 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

(15) Per tutti, su Stephen e sulla sua influenza sul diritto e sulla codificazione penale, cfr. K. J. M. SMITH, *James Fitzjames Stephen: Portrait of a Victorian Rationalist*, Cambridge, 1988, cui si rinvia per riferimenti. Per il penalista è particolarmente proficua la lettura di S. H. KADISH, Codifiers, cit., p. 1121 ss.

(16) *Bill* 178 del 1878 (in *Parliam. Papers*).

(17) *Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences: With an Appendix Containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners*, London, 1879.

(18) *Bill* 117 e *Bill* 170 del 1879.

(19) *Bill* 2 del 1880.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al Parlamento ma non ebbero successo (20). E successivamente altri progetti più o meno uguali all'ultimo ebbero la stessa sorte.

I progetti menzionati erano veri e propri codici penali, e non mere consolidazioni dell'esistente. Peraltro, essi rappresentavano forse una via di mezzo tra il codice 'puro', inteso nel senso benthamiano, e la semplice consolidazione. Sul punto in questa sede non ci si può soffermare come si dovrebbe (21). Si può peraltro notare che, ad esempio, i codici derivanti dal progetto Stephen non intendevano abolire l'intera *common law*, che restava operante quantomeno nel settore delle cause di giustificazione e più in generale delle esimenti (22). Non solo: il codice Stephen non intendeva ridurre più di tanto il potere interpretativo dei giudici, il metodo applicativo del codice restando quello tipico dei sistemi di *common law*, anche se veniva vietata ogni creazione giurisprudenziale di nuovi reati (23). Ancora, sotto il profilo della tecnica legislativa, il codice Stephen — anche se in minor misura l'originale progetto del 1878 — si avvicinava meno dei codici coloniali sopra menzionati ad un codice continentale, mantenendo l'impostazione casistica — persino, talvolta, nell'ambito dei principi di parte generale — tipica della tradizione di *common law* e sconosciuta alla tradizione continentale.

Tuttavia il progetto Stephen, se approvato, avrebbe costituito un importante passo avanti nella razionalizzazione del diritto inglese. Esso conteneva un'ampia parte generale — seppur meno elaborata, ad es., di quella del codice Wright — ed una ben costruita parte speciale, nell'ambito della quale erano stati superati certi arcaismi tipici del diritto penale inglese e le singole fattispecie avevano trovato una formulazione più felice che nel passato. Purtroppo esso non divenne mai legge, anche per l'ostracismo dell'ambiente giudi-

(20) Si noti che nel frattempo anche privati cittadini si impegnavano in pur isolati e velleitari sforzi codificatori: un esempio, il progetto di E. D. Lewis, *A Draft Code of Criminal Law and Procedure*, London, 1879, sfociato nel *Bill* 47 del 1880. Su tale iniziativa cfr. l'interessante studio di K. J. M. Smith and S. White, *An Episode in Criminal Law Reform through Private Initiative*, in *The Life of the Law - Proceedings of the Tenth British Legal History Conference Oxford 1991* (a cura di P. Birks), London and Rio Grande, 1993, p. 235 ss.

(21) Cenni nel mio *Dalla* judge-made law, cit., 968 ss.

(22) Cfr. *Report* (1879), cit., p. 10 ss., ove si dà conto di questa scelta.

(23) Sul punto cfr. *Report* (1879), cit., p. 9 s., in relazione alla s. 5 del progetto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ziario inglese, legato ad una tradizione che faceva fatica a lasciarsi alle spalle.

Ma gli sforzi del famoso giudice inglese non restarono vani. Nel mondo di *common law*, ed in particolare nelle numerosissime colonie inglesi, il 'progetto Stephen' (24) ebbe vasta eco. Sul modello Stephen ad esempio furono compilati il codice del Canada (1892) (25) e quello della Nuova Zelanda (1893) (26). E, come meglio vedremo, la stessa codificazione penale del Queensland trovo nel progetto inglese il principale punto di riferimento.

Nel frattempo, oltre oceano si era scatenata una famosa battaglia dottrinale, che vedeva impegnati — come nel continente Thibaud e Savigny (27) — da una parte David Dudley Field e dall'altra James Carter, il primo irriducibile alfiere ed il secondo strenuo oppositore della codificazione (28). Nessuno — e del resto neppure Savigny da noi — osava peraltro opporsi alla codificazione in materia *penale*.

Fu proprio Field a realizzare, tramite l'ausilio di due collaboratori, cui va in realtà attribuita la vera paternità dell'opera (29), un codice penale per lo Stato di New York, approvato solo nel 1881 ma sulla base di un progetto approntato tra il 1864 ed il 1865 (30). Tale codice, talora bistrattato dai critici (31), non rappresentava certo una realizzazione piena del modello codicistico benthamiano puro — i compilatori avevano dovuto scendere a patti con le esigenze della

---

(24) Con tale terminologia non sempre si allude alla stessa cosa: infatti, come si è visto, più di uno furono i progetti derivati dal primo *Draft* elaborato da Stephen nel 1878. La fonte originaria è comunque la medesima.

(25) Sulla cui genesi cfr. soprattutto D. H. BROWN, *The Genesis*, cit.

(26) Cfr., sulla storia del codice penale della Nuova Zelanda, S. WHITE, *The Making of the New Zealand Criminal Code Act of 1893: A Sketch*, in « Victoria University of Wellington Law Review », 1986, vol. 16, 353 ss.

(27) Sulla quale v. ora in Italia *A. F. J. Thibaut - F. C. Savigny. La polemica sulla codificazione* (a cura di G. MARINI), Napoli, 1992.

(28) Cfr. sul punto S. H. KADISH, Codifiers, cit., p. 1131-1132, ed ivi riferimenti.

(29) Si trattava di Curtis Noyes e B. V. Abbott: S. H. KADISH, *Codifiers*, cit., p. 1131-1132.

(30) *The Penal Code of the State of New York. Reported Complete by the Commissioners of the Code*, Albany, 1865.

(31) Riferimenti nel mio *Dalla* judge-made law, cit., p. 942. A quel tempo non avevo ancora avuto l'opportunità di esaminare personalmente il progetto del 1865, e mi basavo su tali pur autorevoli opinioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prassi —, ma costituiva certamente qualcosa di molto diverso rispetto ad una mera consolidazione. Conteneva una succinta ma armoniosa parte generale, ed anche sul piano dei principi di interpretazione sembrava allontanarsi dalle più viete regole tradizionali della *common law* (32), mentre i reati di diritto non scritto venivano abrogati. Il progetto realizzato negli anni Sessanta era per verità certamente più consono alle aspirazioni benthamiane rispetto al prodotto finale, ed i compilatori si erano avvalsi anche di interessanti ricerche comparatistiche sui codici europei (33).

Il codice Field, pur perfettibile, funse da modello per numerose codificazioni penali americane, compreso l'importante codice penale della California del 1871 (34).

Da questi importanti tentativi ottocenteschi di codificazioni penali si svilupparono quasi tutte le esperienze codificatorie di *common law* sino alla metà del Novecento circa (35).

---

(32) Cfr. § 10: 'La regola della *common law* che gli statuti penali debbono essere interpretati restrittivamente, non ha applicazione in questo codice. Tutte le sue disposizioni debbono essere interpretate secondo il significato appropriato dei suoi termini, al fine di dare effetto ai suoi obiettivi e di promuovere la giustizia'. In base al § 2 veniva sancito il principio di legalità: ogni reato di *common law* sarebbe dunque stato abolito. Queste citazioni concernono il progetto del 1865 e non il codice approvato nel 1881, nell'ambito del quale peraltro tali disposizioni permangono.

(33) Cfr. la *Preliminary Note* a cura dei commissari del codice premessa al progetto del 1865: *The Penal Code*, cit., III ss. (in cui si evidenziano gli intenti dei compilatori, ben più ambiziosi, e la loro rassegnazione a doversi accontentare di un lavoro meno innovativo ma più 'facile da digerire' e dunque con maggiori *chances* di venire approvato); si vedano anche le interessanti note che seguono ogni articolo proposto, da cui risulta la derivazione dello stesso; ed infine le interessanti appendici alla fine dell'opera, una delle quali concerne *A Brief Account of the Principal Penal Codes of Continental Europe*, l'estratto da un resoconto elaborato nel 1852 e pubblicato nel 1854, ad opera di H. S. Sanford, in cui si descrivono i codici più importanti d'Europa del tempo. La seconda appendice — assai importante — concerne un elenco delle principali *Authorities* da cui è stato derivato il progetto.

(34) *Revised Laws of the State of California; in Four Codes: Political. Civil, Civil Procedure and Penal. Penal Code*, Sacramento, 1871 (ediz. contenente note di spiegazione dei vari articoli e delle loro fonti ad opera dei componenti della commissione che lo compilò).

(35) Con gli anni Cinquanta iniziò l'avventura del *Model Penal Code* americano, poi approvato nel 1962, che, pur non rompendo *in toto* col passato, ha segnato l'inizio di una nuova era per la codificazione penale nei paesi di *common law*: su tale codice, cfr. il mio *Dalla* judge-made law, cit., p. 942 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Fra questi codici, va menzionato, per il suo particolare interesse, il codice Griffith dello stato australiano del Queensland, approvato nel 1900 (36). Samuel Walker Griffith, importante giudice australiano originario del Galles, fu l'artefice di questo codice. Scrisse una prima versione del progetto nel 1897, sulla base della previa compilazione di un *Digest*, e dunque secondo il metodo già anteriormente sperimentato da Stephen. Il progetto del 1897 traeva spunto in gran parte dai progetti di Stephen. Ma Griffith utilizzò anche il codice di New York di cui si è detto, e soprattutto, soprendentemente, derivò un certo numero di norme dal codice italiano del 1889, il Codice Zanardelli. L'impiego di un codice continentale come il codice Zanardelli nella realizzazione di un codice penale per un paese di *common law* potrebbe stupire. In realtà, non solo Griffith riteneva che il codice italiano fosse il miglior codice penale in quel momento esistente, ma egli era profondamente convinto del fatto che alcune regole ed alcuni principi del diritto penale dovrebbero valere per tutte le nazioni civilizzate, a prescindere dal singolo contesto ordinamentale. Più in particolare Griffith sosteneva che, nell'ambito della parte generale del diritto penale, anche un paese di *common law* avrebbe potuto trarre giovamento dall'utilizzo delle norme del codice penale italiano. È infatti la parte generale del codice congegnato da Griffith quella che maggiormente risente dell'influenza del codice Zanardelli. Fra queste norme possiamo menzionare soprattutto quelle relative ai « principi generali della responsabilità penale », come lo stesso Griffith amava definirle con orgoglio per la realizzazione di quell'importante parte del suo codice.

Il progetto Griffith, con lievissime modifiche, fu approvato definitivamente nel 1899 ed entrò in vigore il 1° gennaio 1901.

Il codice tuttora in vigore in Queensland (nel 1995 un tentativo di sostituirlo si risolse con esito abortivo), divenne uno dei più importanti modelli per la successiva codificazione penale nei paesi di *common law*. I modelli principali furono sostanzialmente quattro: il codice penale indiano di Macauley, il progetto di Wright per la Giamaica, il progetto Stephen, ed, appunto, il codice Griffith.

(36) Sul tema cfr. il mio *Il codice Zanardelli e la codificazione nei paesi di* common law, in *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, cit., p. 293 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quest'ultimo fu anzi il modello più fortunato fra i quattro, specialmente nel mondo coloniale. Molti furono i codici ad esso ispirati: fra questi possiamo menzionare il codice penale della Western Australia (1903); il codice penale della Tasmania (1924); il codice dei Territori del Nord (1983); il codice penale della Papua Nuova Guinea (1903-1924).

Anche in Nigeria del Nord, venne adottato un codice basato in gran parte sul codice Griffith (1904), esteso nel 1916 all'intero paese, anche se nel 1960 per la parte settentrionale della Nigeria esso venne sostituito da un codice basato sul modello indiano.

L'ufficio coloniale di Londra, nel frattempo, già dagli ultimi anni dell'Ottocento, ritenne opportuna la predisposizione di un codice penale modello per le colonie. Un figlio di James Stephen, Henry Lushington, riuscì ad ottenere l'incarico di compilarlo, e lo eseguì nel 1901. Ma si trattava di un prodotto normativo di non grande pregio, e per questo motivo paesi come la Nigeria preferirono a tale codice modello il meglio riuscito codice Griffith. Successivamente, nel 1925, un certo Albert Erhardt compilò un altro codice modello per le colonie su incarico del *Colonial Office*, ma il codice redatto da Erhardt era in tutto e per tutto simile al codice Griffith. Non deve dunque sorprendere che anche i codici penali successivi al 1930 abbiano attinto — magari a mezzo del codice modello di Erhardt — in realtà al codice del Queensland. Tra questi codici si possono menzionare quelli del Kenia, dell'Uganda, del Tanganyika e del Nyasaland (1930); quelli di Zanzibar e del Gambia (1934); e più recentemente quello del Botswana (1964).

Ma anche il codice di Cipro del 1928 era basato sul medesimo modello. E ad esso si ispirarono i compilatori del codice penale della Palestina del 1936, sfociato poi nel 1977 nell'odierno codice israeliano.

Persino codici di giurisdizioni ben più remote si basarono sul modello del Queensland: tra questi si possono menzionare il codice delle isole Fiji (1945), quello delle British Solomon Islands (1963), e quello delle Seychelles (1945).

È interessante notare, a conclusione di questa rassegna, che non poche di quelle disposizioni del codice Zanardelli che avevano affascinato Griffith e che lui aveva riprodotto nel suo codice si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ritrovano ancora oggi in molti dei codici appena menzionati, appartenenti a giurisdizioni apparentemente molto lontane dalla nostra.

È tempo di passare a considerare i più recenti sviluppi della codificazione penale nel mondo di *common law*. A questo proposito è bene partire dagli USA. Negli USA il codice di New York del 1881 venne adottato, talora con scarse modifiche, in molti altri Stati, tra cui in California, con l'importante codice del 1871 (anteriore a quello di New York ma basato sul progetto originario di questo codice risalente, come detto, al 1865).

Peraltro, i vari codici adottati in questi stati a fine ottocento non rispecchiavano certamente un modello avanzato di codificazione penale ponendosi piuttosto come un qualche cosa di ibrido fra un codice penale vero e proprio ed una consolidazione. In più, nei decenni successivi le leggi di riforma di varie parti di quei codici non riuscirono a mantenere l'assetto coerente ed ordinato che comunque caratterizzava tali codici nella loro formulazione originaria. Attorno alla metà del '900 ci si rese conto che lo stato della codificazione degli Stati degli USA era decisamente carente e caotico. L'*American Law Institute* (un organizzazione di avvocati, giudici ed accademici fondata nel 1923 col fine di dar chiarezza e migliorare le leggi americane) si occupò, dunque, della realizzazione di un *model penal code*, che avrebbe dovuto fungere da modello per l'armonizzazione dei codici penali nei vari stati. Il *model penal code* (abbr. MPC) fu approntato, sotto la guida del Professor Herbert Wechsler, nel 1962.

Si trattava di un codice penale indubbiamente moderno, ispirato, come è stato detto in dottrina, ad un « principled pragmatism »: ciò nel senso che i suoi compilatori hanno mediato fra le due opposte esigenze di raccordare il codice con i progressi della più moderna scienza penale, e di non rompere troppo decisamente con la tradizione del diritto penale americano, che se abbandonata troppo drasticamente avrebbe reso inapplicabile il codice stesso. Forse anche grazie a questo punto di equilibrio raggiunto dai redattori del MPC, esso ebbe grande fortuna. Oggi, infatti, gran parte degli stati USA ha adottato il MPC, tutt'al più con qualche modifica specie relativamente a certe fattispecie di parte speciale.

Oggigiorno tutti gli stati americani hanno un codice penale, e alcuni di essi hanno addirittura abolito tutti i reati di *common law*, ovvero di diritto non scritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In Canada, è ancor oggi in vigore il codice penale del 1892, sia pur emendato in varie sue parti. Ma soprattutto tra gli anni ottanta e gli anni novanta sono stati notevoli gli sforzi per ricodificare *ab imis* il diritto penale. In particolare, un progetto realizzato nel 1987 dalla *Law Reform Commission* del Canada si pone come base per la realizzazione di un nuovo codice penale. Si tratta di un notevole prodotto normativo, che pur non rinnegando la tradizione del diritto penale di *common law*, strizza l'occhio ai modelli di codici penali continentali europei, specialmente sotto il profilo della tecnica legislativa, meno ossessivamente definitoria e casuistica rispetto agli abituali modelli anglosassoni. Purtroppo, nonostante ulteriori progetti parziali elaborati successivamente in Canada, attualmente non sembra rientrare tra le priorità politiche del paese la ricodificazione penale.

In Australia, ancor oggi restano quattro gli stati dotati di un codice penale: si tratta dei menzionati codici del Queensland, del Western Australia, della Tasmania e dei territori del Nord. Restano privi di codici gli altri Stati e cioè il Victoria e il Nuovo Galles del Sud dove molte sono le norme statutarie scritte ma ha ancora un suo spazio la *common law*. A livello federale peraltro, è stato approvato pochi anni fa un codice penale (1995).

Quanto alla Nuova Zelanda, ancora oggi è in vigore il codice penale del 1893, peraltro ampiamente riformato in tempi più recenti. Nonostante esistano progetti di riforma del codice penale e si sia dibattuto soprattutto negli anni ottanta e novanta sulla questione, anche in tale paese nell'attuale momento storico la tematica della ricodificazione penale pare sostanzialmente accantonata.

Tornando nella patria della *common law*, come è noto, in Inghilterra e Galles ancor oggi manca un codice penale. Dopo i fallimenti dei progetti Stephen si è dovuto attendere oltre un secolo perché ripartisse il dibattito sulla codificazione penale. Nel 1985, la *Law Commission* inglese ha realizzato un progetto, progetto poi rifinito nel 1989. Il progetto del 1989 rappresenta certamente un importante passo avanti del diritto inglese verso la codificazione penale. Peraltro il progetto non è mai stato preso seriamente in considerazione dall'agenda politica, e non vi sono i presupposti attualmente perché esso diventi legge. Tuttavia, sulla scia del progetto del 1989, la *Law Commission* inglese ha elaborato una serie di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

progetti riguardanti singole parti del codice penale e singoli gruppi di fattispecie di reati (es. i reati non fatali contro la persona, etc.): questi mini-codici sono stati via via oggetto della considerazione della dottrina e talora dello stesso parlamento inglese.

Per sintetizzare la situazione inglese si può dire che oggi, nonostante l'assenza di un vero e proprio codice penale, la *common law* in senso stretto rappresenta ormai una fetta molto ridotta dell'ambito delle fattispecie penali vigenti in tale Paese. Infatti, il diritto penale inglese è attualmente quasi integralmente governato da *statutes*, ossia da leggi scritte, specie con riferimento alla parte speciale. Non solo: almeno dal 1972, la più alta corte inglese (la House of Lords) si è spogliata del diritto di creare nuove fattispecie penali. In definitiva, il diritto penale inglese, sul piano della legalità, è oggi certamente molto più vicino ad un diritto penale di stampo continentale di quanto non lo fosse anche solo fino a pochi decenni fa.

Passando alla Scozia, va preliminarmente detto che tale ordinamento va considerato separatamente da quello inglese, per il fatto che il sistema penale scozzese è appunto autonomo rispetto al sistema penale inglese. Questa autonomia non riguarda solo i precetti penali e l'intero sistema di *common law* (la Scozia gode di una *common law* sia pur parzialmente differente ed autonoma rispetto a quella inglese), ma anche gli organi giudiziari: infatti, la più alta corte scozzese, la *High Court of Justiciary* di Edimburgo, è indipendente dalla *House of Lords* inglese, e giudica in ultima istanza sui casi scozzesi. In Scozia non esiste un codice penale, come in Inghilterra. Peraltro, mentre come si è detto in Inghilterra la *common law* in senso stretto gioca un ruolo ormai residuale, in Scozia non è così. Invero, gli *statutes* scritti, pur non essendo pochi, non coprono un'ampia fetta del diritto penale scozzese, specie se si pon mente ai delitti più gravi, ai delitti naturali, i quali ancora oggi sono più spesso appannaggio della *common law*. Quanto alla parte generale, essa è dominata dal diritto non scritto, diritto che ancora oggi è costituito sia dai precedenti giudiziali, che dalle opinioni c.d. istituzionali degli autori più importanti. Inoltre, la *High Court of Justiciary*, di cui si diceva, mantiene ancora oggi anche ufficialmente un antico potere, un tempo diffuso in tutte le Corti di *common law*, e cioè quello di creare nuove fattispecie penali (*declaratory power*). Sotto questo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

profilo, il diritto penale scozzese si evidenzia sostanzialmente come un *unicum* nel panorama del diritto penale mondiale, nell'ambito dei sistemi a noi maggiormente vicini, nel senso che in tale sistema ancor oggi ai giudici viene riconosciuto a tutti gli effetti il potere di creare diritto penale. Per certi versi, la cosa è sorprendente, tenendo conto che il sistema penale scozzese, dai comparatisti, non viene neppure ritenuto un sistema di *common law stricto sensu*, visto che il diritto scozzese viene considerato un diritto misto, in parte simile al diritto di *common law*, in parte assimilabile invece al diritto di *civil law*. Tuttavia, se torniamo a quanto detto in apertura di questo scritto, non deve stupire più di tanto il fatto che un sistema che si avvicina in parte anche ai sistemi di *civil law* sia così 'arretrato' sotto il profilo del rispetto del principio di legalità. In effetti, abbiamo più sopra ricordato che il diritto penale continentale anteriore all'epoca delle codificazioni era certamente carente relativamente all'ossequio del *nullum crimen sine lege*. Il sistema scozzese è indubbiamente sistema misto, ma assomiglia più a un sistema di *civil law* d'ancien *régime*, che ad un sistema di *civil law* post-illuministico. Ecco il perché dello scarso rispetto, almeno *prima facie*, del principio di legalità in materia penale. Per la verità, occorre aggiungere che anche in Scozia lo spazio del diritto scritto, in materia penale, sta pian piano aumentando, a danno del diritto non scritto. E, quanto al ruolo creativo del diritto penale della più alta corte scozzese, più oltre si vedrà che l'apparente anomalia del sistema scozzese è più teorica che reale, e che in realtà le tensioni che il principio di legalità subisce in Scozia non sono così forti come si potrebbe sospettare. A ciò si deve aggiungere che di recente anche in Scozia si è pensato alla prospettiva della codificazione penale. Un gruppo di studiosi scozzesi ha pochi anni fa realizzato un progetto di codice penale, non lontanissimo dallo schema del progetto inglese del 1989, progetto che peraltro per ora non è stato ancora preso in considerazione dal Parlamento.

Va da ultimo considerata la Repubblica d'Irlanda. In questo Paese, autonomo sul piano giuridico rispetto all'Inghilterra, la situazione è a tutt'oggi assai simile a quella inglese. Infatti, anche in Irlanda oggi predomina la legge scritta su quella non scritta; e le Corti non hanno più potere di creare nuove fattispecie penali. Inoltre, va segnalata la recente costituzione di una commissione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ufficialmente incaricata dal Ministro della giustizia della redazione di un codice penale: la commissione (guidata dal prof. F. Mcauley) ha già iniziato il suo lavoro, anche se per ora un vero e proprio progetto di codice penale non è stato ancora approntato.

In conclusione, si può dire che oggi gran parte dei sistemi penali di *common law* sono codificati. Tra i pochissimi Paesi a non avere attualmente un codice penale, vanno menzionati l'Inghilterra e il Galles (nonché l'Irlanda del Nord), la Scozia, la Repubblica d'Irlanda, e due Stati australiani. Bisogna ammettere che tra i sistemi di *common law* che ancora oggi non dispongono di un codice penale, vi sono alcuni dei sistemi più importanti del mondo anglosassone. È indubbo infatti che l'Inghilterra (e i Paesi ad essa limitrofi) costituisce la culla della *common law*; e nella culla della *common law*, ancor oggi, non esiste un codice penale; tuttavia, abbiamo rilevato che anche in questi Paesi non dotati di un codice — salva forse la Scozia — la *common law* in quanto legge non scritta rappresenta ormai l'eccezione, mentre la regola è la *statutory law*, ossia la legge scritta.

Considerando complessivamente e sinteticamente la tematica sin qui trattata, si può dunque dire che oggi il mondo di *common law* non è certamente più sinonimo di diritto non codificato; né è più sinonimo di diritto non scritto. Piuttosto, si può dire che, salve poche eccezioni, anche nel mondo di *common law* ormai la regola è il codice penale e, in mancanza del codice, la regola è la legge scritta. Tornando alla questione inizialmente proposta in questo scritto, si può dunque riconsiderare il problema del rispetto del principio del principio di legalità in materia penale nei sistemi di *common law*; e si può dire che sarebbe sbagliato affermare che i sistemi di *common law* oggi non rispettano il principio di legalità perché non hanno un codice penale o perché non hanno leggi scritte. Da questo punto di vista, il principio di legalità, salve rare eccezioni (come la Scozia, su cui torneremo), si può dire rispettato — quantomeno entro certi limiti — anche nei Paesi c.d. di *common law* (37).

In sostanza l'equazione *common law* = *ius commune* (nel senso di diritto d'*ancien régime* non codificato e irrispettoso del principio

(37) Mostrano maggior scetticismo sul punto F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005, p. 181 ss., cui si rinvia una efficace trattazione della materia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di legalità) oggi, sotto i profili considerati sinora, non può più reggere.

III. *Il ruolo dei Giudici nel diritto di* common law *ed il principio di legalità.*

Si è detto poc'anzi che in quasi tutti i sistemi di *common law* è ormai vietato alle Corti creare nuovi reati. Da questo punto di vista, le Corti inglesi e americane non differiscono troppo da quelle continentali.

Peraltro, abbiamo visto che vi è un Paese in cui ancora oggi un'alta Corte ha l'inusitato, per noi continentali, potere di creare nuove fattispecie penali: è il c.d. *declaratory power* della Alta Corte di Edimburgo. Un'analisi delle principali creazioni di fattispecie penali giurisprudenziali da parte della corte scozzese, nell'esplicazione di questo potere, potrà dunque rappresentare un adeguato modo per impostare il problema di una comparazione fra il ruolo creativo del diritto penale da parte di una Corte di *common law* ed il ruolo svolto dai giudici di un sistema continentale.

La dottrina scozzese ha analizzato accuratamente il potere di dichiarazione di nuovi reati da parte della *High Court of Justiciary*, elaborando addirittura una sorta di elenco dei principali casi di creazione di nuovi reati da parte della Corte (38).

Vale la pena dunque ripercorrere questa carrellata di casi giurisprudenziali (39).

Il primo caso nell'ambito del quale fu esercitato espressamente il potere di dichiarazione di nuovi reati da parte della Corte scozzese fu il caso *Greenhuff* (1838) (40). In tale occasione, la Corte si trovò a dover decidere se era reato la tenuta di una casa di gioco d'azzardo, fatto che non era previsto da nessuno statuto penale e che prima

(38) Per citazioni in proposito, e per l'elencazione dei casi, cfr. A. CADOPPI, A. MCCALL SMITH, *Introduzione allo studio del diritto penale* scozzese, Padova, 1995, p. 81 ss.

(39) Non tutti i casi rilevanti saranno menzionati e discussi in questa sede: per ogni ipotesi qui tralasciata si rinvia al lavoro citato a nota precedente ed alle opere colà richiamate.

(40) Il caso è riportato integralmente in GANE & STODDART, *A Casebook on Scottish Criminal Law*, II ed., 1991, p. 10 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'allora non era mai stato oggetto di giudizio da parte di alcuna corte. La *High Court* di Edimburgo decise di ritenere penalmente rilevante il fatto in questione, 'dichiarandolo' reato. La Corte riconobbe che non esisteva un simile reato né nella legge scritta né nell'ambito dei precedenti, ma, utilizzando anche importanti spunti dottrinali dell'epoca (41), si attribuì espressamente il potere di 'dichiarare' nuovi reati, potere di cui fece uso proprio nel caso in questione.

Successivamente, la Corte non riconobbe mai più, esplicitamente, di esercitare tale straordinario potere in relazione al caso di volta in volta deciso. *Di fatto*, peraltro, essa lo utilizzò in più di un'occasione, ed è la dottrina che ha appunto realizzato una sorta di elenco di casi nei quali la Corte ha fatto uso, in modo per così dire 'occulto', di tale facoltà. In relazione a taluno di questi casi la stessa *High Court* ha successivamente riconosciuto essersi trattato di esercizio *de facto* del potere 'dichiaratorio'.

Nel 1847, ad esempio, nel caso *William Fraser* (42), la Corte di

(41) E cioè D. HUME, *Commentaries on the Law of Scotland Respecting Crimes*, I, ed. 1844 (rist. 1986), p. 12: 'la nostra Corte Suprema Criminale ha un potere intrinseco di punire ogni azione che è di ovvia natura criminale, benché sia tale da non essere stata in passato oggetto di repressione penale' (frase già presente nella I ed. del 1797).

Va qui precisato che, come appare chiaro dalle parole usate da Hume, il potere dichiarativo di nuovi reati della Alta Corte di Edinburgo è vero e proprio potere di *creazione di nuove fattispecie*, anche se di 'ovvia' criminosità. In particolare, pare che in Scozia non si intese adottare in proposito, *tout court*, la nota tesi di Blackstone, secondo cui la decisione giudiziale non sarebbe mai creatrice del diritto, ma 'dichiarerebbe' preesistenti 'eterni usi e regole consuetudinarie', e cioè la c.d. *common law.* La teoria in questione, detta anche 'dichiarativa' della *common law* (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, VIII ed., 1778, vol. I, p. 69 ss.; sul punto cfr. E. GRANDE, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di 'common law': alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 419), non pare conciliabile con le chiare parole di Hume, il quale d'altra parte in più di un'occasione sottolinea le differenze tra il diritto penale scozzese e quello inglese in materia di fonti. Oggi poi la dottrina è unanimemente consapevole in Scozia del fatto che, quando l'Alta Corte esercita il suo *declaratory power*, in realtà non fa altro che *creare* diritto, e più in particolare nuove fattispecie penali. L'espressione '*declaratory power*', in proposito, è dunque certamente quantomeno eufemistica, anche se da essa traspare un'ambiguità di fondo dell'istituto, comunque non del tutto alieno alle tradizioni di *common law* ed alla stessa impostazione blackstoniana.

(42) (1847) Ark 280.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Edimburgo estese il reato di *violenza carnale* (*rape*) — la descrizione tradizionale del quale comprendeva i soli rapporti realizzati tramite violenza o minaccia — all'ipotesi di un rapporto sessuale ottenuto mediante sostituzione di persona: il 'violentatore' aveva indotto in errore la vittima, semi-addormentata, fingendosi suo marito.

Un altro caso in cui si creò una nuova fattispecie penale fu deciso parecchi anni dopo, in relazione all'ipotesi di quello che noi denominiamo *furto d'uso*. Nel caso *Strathern v. Strafford* (1926) (43), la Corte dovette considerare l'ipotesi di chi aveva sottratto momentaneamente un automezzo al proprietario, per poi riconsegnarglielo. Il fatto non sarebbe rientrato nella comune definizione di furto, che, in Scozia, prevedeva l'intenzione di appropriarsi definitivamente della cosa rubata; tale comportamento disdicevole correva dunque il rischio di restare impunito. La Corte ritenne viceversa di superare la definizione comune di furto, e di estenderla all'ipotesi di furto d'uso. Si noti che pochi anni dopo una norma di legge scritta avrebbe disposto sul punto: l'art. 28 del *Road Traffic Act* (1930) avrebbe preveduto il c.d. reato di *joy-riding*.

Nel 1934, poi, la Corte affrontò una tematica particolarmente spinosa. Nel caso *McLaughlan v. Boyd* (44), l'imputato aveva preso la mano di un ragazzo e l'aveva posta sulle sue parti intime. Non era possibile — a quanto pare — reperire nel sistema penale una fattispecie nota che si adattasse a tale ipotesi concreta. La Corte — pur prendendo spunto da una frase piuttosto ambigua di Macdonald (45) — creò il reato di « *shameless indecency* » (indecenza spudorata), nel quale, oltre al caso di specie, avrebbe potuto rientrare un po' di tutto. In dottrina, si è affermato che in base a tale nuova figura avrebbero potuto da quel momento costituire reato tutte le condotte così 'indecenti' da non essere tollerate dalla stessa Alta Corte (46).

Segue una serie di casi che concernono *reati contro l'amministrazione della giustizia*.

---

(43) 1926 JC 100.

(44) 1934 JC 19.

(45) MACDONALD, *A practical Treatise on the Criminal Law of Scotland*, 1867, p. 229: 'Ogni condotta spudoratamente indecente è criminosa'.

(46) Ad es. GORDON, *The Criminal Law of Scotland*, II ed., 1978, p. 33.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È del 1936 il caso *Kerr v. Hill* (47), nell'ambito del quale un tale aveva 'fatto perdere del tempo alla polizia', inventandosi la storia di un incidente stradale: come si nota, un'ipotesi simile alla nostra simulazione di reato. La fattispecie, in questi termini, non esisteva. Fu inventata, estendendo analogicamente il reato di « *false accusation* » (calunnia). La nuova fattispecie di « *wasting the time of the police* » fu applicata anche in seguito, in casi talora palesemente bagatellari. Ad esempio, nel caso *Gray v. Morrison* (1954) (48), si applicò la nuova fattispecie così formulata alla seguente ipotesi: Gray era andato a trovare un amico, e quando fece per salutarlo il suo amico si offrì di accompagnarlo a casa in macchina. Gray, per non disturbarlo, gli raccontò (era una bugia) che era in bicicletta. Allora l'amico l'accompagnò alla bicicletta, che peraltro, ovviamente, non c'era. A quel punto egli stesso suggerì a Gray di denunciare il fatto alla polizia e lo accompagnò al comando più vicino. Gray non rifiutò per evidente imbarazzo. Davanti alla polizia fu denunciato il sospetto furto. Gray fu condannato per *wasting the time of the police* dapprima a 14 giorni d'arresto; e poi, in appello, ad una multa.

In *Dalton v. H. M. Adv.* (1951) (49), fu coniato il reato onnivoro di « *attempt to pervert the course or the ends of justice* » (tentativo di deviare il corso o i fini della giustizia), per comprendervi l'ipotesi di chi aveva indotto una ragazza a non smascherare il colpevole nel corso di una 'identificazione' davanti alla polizia (non davanti all'autorità giudiziaria, davanti alla quale sarebbe stato commissibile il comune reato di falsa testimonianza).

La nuova fattispecie, assai ampia, fu utilizzata anche in casi successivi. Così, in *H. M. Adv. v. Martin* (1956) (50), si estese il reato di evasione (*prison breaking)* all'ipotesi della fuga (e dell'aiuto alla fuga) di un condannato da un campo di lavoro (dunque, non dalla prigione, o edificio analogo, cui la fattispecie dell'evasione, come tradizionalmente intesa, si riferiva).

Nel frattempo, andava estendendosi giudizialmente a dismisura

(47) 1936 JC 71.
(48) 1954 JC 31.
(49) 1951 JC 76.
(50) 1956 JC 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la vaga, ambigua figura del *breach of the peace* (violazione della pace), abbracciando ipotesi la cui inclusione nella fattispecie *de qua* sarebbe stata assolutamente imprevedibile: così in *Young v. Heatley* (1959) ([51]) — ma altri casi potrebbero citarsi — fu condannato per *breach of the peace* un insegnante di un istituto tecnico, che aveva conversato nel suo ufficio con uno studente di circa 16 anni, raccontandogli cose sconce (« *indecent* »). In sostanza, l'unico motivo per cui si punì l'insegnante era perché si era comportato in modo « immorale », « disgustoso »; e a tal fine si utilizzò un reato volto più che altro a tutelare la pace o la tranquillità pubblica (tipica ipotesi del tradizionale modo di intendere il *breach of the peace*: l'ubriaco che molesta persone in un bar o per strada), paragonabile in qualche modo alla nostra contravvenzione di molestia o disturbo alle persone (art. 660 c.p.).

Più di recente si è applicata la stessa fattispecie di indecenza spudorata ad altre ipotesi. Ad esempio, nel caso *Watt v. Annan* (1978) ([52]), si è condannato un soggetto che aveva proiettato films pornografici in una sala chiusa a chiave di un hotel alla presenza di appartenenti (uomini adulti) ad un club privato: la condotta dell'imputato, certamente spudorata (*shameless*) e indecente (*indecent*), aveva inoltre l'attitudine a « corrompere la moralità » altrui, e a cagionare negli spettatori « desideri depravati, disordinati e libidinosi ». Dalla menzionata decisione, paradossalmente, nonostante le precisazioni (della Corte) il concetto di *shameless indecency* usciva più slabbrato di prima. Risultato: l'applicazione — con la decisione *Robertson v. Smith* (1980) ([53]) — del reato in parola alla vendita o esposizione di libri osceni, per l'attitudine di tale condotta a corrompere la moralità altrui. La decisione diede comprensibilmente vita ad un considerevole dibattito dottrinale, nell'ambito del quale emersero invero più critiche che lodi all'indirizzo della *High Court*. Va aggiunto sul punto che da ultimo decisioni del genere sembrano non essere più seguite dalla Alta Corte scozzese; né l'Ufficio della Corona — ufficio che si occupa dell'esercizio dell'azione penale in

([51]) 1959 JC 66.
([52]) 1978 JC 84.
([53]) 1980 JC 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Scozia — sembra preoccuparsi più di simili fatti, e dunque di esercitare l'azione penale in relazione ad essi.

Più di recente, il *declaratory power* è stato applicato — oltre che in relazione ad ipotesi di reati contro l'amministrazione della giustizia, nell'ambito dei quali, peraltro, si è più che altro seguita la giurisprudenza precedente — per creare nuove fattispecie penali in altri settori.

Ad esempio, nel 1984, l'Alta Corte ha esteso il reato di *danneggiamento*, ritenendolo configurabile anche laddove vi sia l'assenza di un danno *fisico* ad una cosa materiale. L'ipotesi concreta era quella in cui un soggetto aveva spento, azionando un bottone, un generatore di corrente, cagionando così un danno economico di nemmeno rilevante entità al proprietario (54).

Ancora, si è di recente estesa un'altra ipotesi di reato piuttosto tradizionale ma dai confini storicamente più delimitati. Mi riferisco all'ipotesi della violenza carnale, da tempo immemorabile ritenuta incommissibile in Scozia, come in altri paesi di *common law*, dal marito nei confronti della moglie. La cosiddetta « *marital rape* » è stata riconosciuta, superando la cosiddetta *exceptio maritalis*, nel 1989 col caso *H.M. Adv. v. Stallard* (55). Si tratta di una decisione successivamente seguita anche dalla *House of Lords* inglese (56).

Da ultimo, un'ipotesi in cui si è fatto uso della dottrina del *declaratory power*, è quella dello spaccio di sostanza stupefacente da cui deriva la morte del tossicodipendente. Nel caso *Lord Advocate Ref.* 1994, la Corte ha ritenuto che vi sia il nesso di causalità tra la dazione della sostanza stupefacente e la morte del soggetto che poi se la inietta, rendendo così applicabile il reato di omicidio colposo (*culpable homicide*) ad una ipotesi cui prima d'allora tale fattispecie non era applicabile. Questa sentenza non è che il risultato naturale di una giurisprudenza che, già in precedenza, in materia di spaccio di sostanze più o meno stupefacenti aveva caratterizzato il diritto vivente scozzese (57). In quest'ultima ipotesi, in sostanza, si è realiz-

(54) *H. M. Adv. v. Wilson*, 1984 SLT 117.

(55) 1989 SLT 469.

(56) *R v. R*, [1991] 4 All ER 481.

(57) Cfr. *Khaliq v. H.M. Adv.*, 1984 JC 23; nonché *Uhlaq v. H.M. Adv.*, 1991 SLT 614.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zata l'estensione di una figura di *parte generale*, quale la causalità, che ha avuto come ripercussione l'estensione di fattispecie di parte speciale.

È interessante notare, in relazione alle fattispecie create dai giudici scozzesi, che talora esse sono state successivamente oggetto di interventi legislativi (58). Ciò, talora, ha condotto alla abrogazione del reato creato giudizialmente. Più spesso, ha portato alla conferma da parte della legge della fattispecie di creazione giurisprudenziale, anche se talvolta con una diversa considerazione del fatto sotto il profilo del *nomen juris*, nonché, conseguentemente, delle sanzioni applicabili (59).

Quanto precede non è che è un elenco incompleto dei casi di esercizio del potere dichiaratorio di reati da parte della Alta Corte di Edimburgo, ma è un catalogo rappresentativo delle decisioni più significative emesse dalla Corte scozzese in questo senso.

Nel diritto penale italiano, ci si aspetterebbe di trovare, in relazione alle ipotesi considerate più sopra — nell'ambito delle quali la giurisprudenza scozzese ha creato delle fattispecie penali — a contatto con una *genesi* di tutt'altro tipo. Ci si aspetterebbe, insomma, di poter identificare, in ognuna delle ipotesi su cui è intervenuta creativamente la giurisprudenza scozzese, *una legge che fin dall'inizio ha regolato tali fatti*, sottoponendoli a sanzione penale. Ci si potrebbe dunque attendere una semplice attività di interpretazione da parte dei giudici di simili fattispecie legislativamente create, interpretazione che, piuttosto che alterarne o superarne i contenuti, tutt'al più ne abbia precisato interpretativamente i confini.

---

(58) Per riferimenti rinvio ad A. CADOPPI, A. MCCALL SMITH, *Introduzione*, cit., p. 81 ss.

(59) Va detto che la creazione (o 'conferma') legislativa di una nuova fattispecie penale già in precedenza 'dichiarata' giudizialmente non comporta l'automatica abrogazione della seconda da parte della prima, cosicché l'ufficio della corona si trova spesso nella situazione di poter decidere se contestare l'una o l'altra all'imputato. Talora essa ricorre all'imputazione più facile da provare, talaltra, specie se vuole contrastare con decisione il fenomeno criminoso, sceglie la fattispecie le cui sanzioni sono più elevate. Ciò si verificò ad es. nel caso *Robertson v. Smith*, sopra citato, ove il *Lord Advocate* contestò il reato non scritto di *shameless indecency* invece di un reato *statutory*, poiché quest'ultimo prevedeva sanzioni troppo modeste.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vediamo se ciò corrisponde alla realtà.

Se consideriamo il caso *Greenhuff*, *leading case* scozzese in argomento, si può notare che, in effetti, la giurisprudenza italiana non ha mai avuto bisogno di creare un reato quale quello di tenuta di casa di gioco d'azzardo, dal momento che tale reato è da tempo immemorabile contenuto in leggi scritte negli stati italiani (60). L'inizio fa dunque ben sperare.

Anche considerando il caso *William Fraser*, si potrebbe a prima vista arrivare alle stesse conclusioni. Infatti, il Codice Rocco, all'art. 519, secondo comma, n. 4, prevede esattamente l'ipotesi su cui ha dovuto giudicare la Corte scozzese nel caso summenzionato: si ha un'ipotesi di violenza presunta, nel caso in cui la persona offesa « è stata tratta in inganno, per essersi il colpevole sostituito ad altra persona ».

Un'indagine storica sul punto porterà a persuaderci, peraltro, del contrario. Già nel Codice Zanardelli la disposizione era assai meno chiara dell'art. 519 c.p. attuale. Il n. 4 del 2° comma dell'art. 331 del codice del 1889 puniva allorché la vittima « non [fosse] in grado di resistere, per malattia di mente o di corpo, o per altra causa indipendente dal fatto del colpevole, ovvero per effetto di mezzi fraudolenti da esso adoperati ». La giurisprudenza non aveva avuto dubbi nel ritenere che in questa dizione rientrasse l'ipotesi dell'individuo che, sostituitosi al marito, magari approfittando dello stato di dormiveglia della moglie, aveva con lei un rapporto sessuale (61). In realtà l'applicazione del comma citato al caso di specie non era poi così automatica. La disposizione, come si è visto, faceva riferimento al fatto che la vittima non dovesse « essere in grado di resistere », per effetto di mezzi fraudolenti da esso (il colpevole) adoperati. In realtà si notava da taluno in dottrina che non si poteva dire che i mezzi fraudolenti usati dal reo in questo caso fossero tali da porre la vittima in stato tale « da non essere in grado di resistergli » (62). Tant'è vero che si legge nella *Relazione* del Guar-

(60) Riferimenti in V. COSENTINO, *Il codice penale del 20 novembre 1859*, ecc., *annotato*, IV ed., Napoli, 1879, p. 213 ss., ove si descrivono addirittura i precedenti romani in materia.

(61) Ad es. Cass., 8 maggio 1893, Sciarpelletti, in « Riv. pen. », 1893, 325 ss.

(62) Dubbi ad es. in P. TUOZZI, in *Enciclopedia italiana di diritto penale* (*diretta dal*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dasigilli al codice del 1930 quanto segue: « Nel n. 4 del capoverso ho preveduto il caso di colui che ottiene il congiungimento mediante fraudolenza o sostituzione di persona. Si tratta di una situazione non infrequente, nella quale l'inganno in cui è tratta la vittima vale quanto la violenza; e la disposizione ha lo scopo di *togliere ogni dubbiezza sulla punibilità di un fatto, che la giurisprudenza considerava come una delle ipotesi di congiunzione carnale mediante frode, facendo rientrare la sostituzione di persona fra quei mezzi fraudolenti* adoperati dal colpevole, dei quali è parola nel numero 4 dell'art. 331 del codice del 1889 » (63). Il legislatore del '30, dunque, esplicitamente ammetteva che la disposizione era inserita allo scopo « di togliere ogni dubbiezza ». In realtà, si può dire che nel caso di specie la giurisprudenza, vigente il codice Zanardelli, aveva operato una vera e propria estensione *analogica* della fattispecie penale.

Ma, se vi fosse dubbio sul punto, decisiva in argomento è un'analisi storica ancor più risalente, che si spinga a valutare il comportamento della giurisprudenza italiana prima dell'entrata in vigore del codice Zanardelli, allorché in Italia era vigente il codice penale sardo-italiano del 1859.

L'art. 490 di tale codice, in materia, disponeva: « lo stupro si considera sempre violento:

... 2. quando la persona di cui si abusa trovisi per malattia, per alterazione di mente, o per altra causa accidentale, fuori dei sensi, o ne sia stata artificiosamente privata ». Ebbene: nell'ambito di questa fattispecie veniva fatta rientrare comunemente dalla giurisprudenza l'ipotesi di colui che si introduceva nel letto di una donna, avendo con lei un rapporto sessuale, essendosi spacciato per il marito di

---

prof. Enrico Pessina), vol. IX, Milano, 1909, p. 191. Concordava con la Cassazione, viceversa, C. Civoli, *Trattato di diritto penale*, vol. IV, Milano, 1916, p. 262, nt. 2, con argomentazione peraltro non certamente tranquillante: 'Propriamente dall'impotenza a resistere, alla quale va riferita la dizione del n. 4 del capoverso dell'art. 331 rigorosamente intesa, andrebbe distinta la mancanza di resistenza dipendente da una volontaria determinazione provocata dai mezzi fraudolenti, ma la Cassazione fece benissimo a rifiutarsi [...] a distinguere un caso dall'altro, non dovendo nell'interpretazione delle leggi apportarsi una cavillosa sottigliezza [...] diretta a profittare di ogni inesattezza od improprietà di linguaggio incorsa nella confezione della legge, per esimersi dal dovere di applicare la volontà del legislatore'.

(63) Cfr. *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, Roma, 1930, p. 407 (*sub* art. 519) (corsivi aggiunti).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questa. Sul punto si riscontrano sentenze risalenti almeno al 1884, che concordemente ritengono applicabile in questi casi la fattispecie penale, anche se fuoriuscendo decisamente dai limiti delineati dalla fattispecie penale stessa (64). Non a caso, la dottrina non era affatto pacificamente orientata in questo senso, e taluno notava che il procedimento utilizzato da tali sentenze era in realtà un procedimento *analogico* (65). D'altronde, la giurisprudenza francese, in applicazione di un articolo molto simile a quello del codice sardo, non aveva ritenuto punibile il fatto, proprio in base all'affermazione secondo cui, per poter reprimere penalmente tale ipotesi, si sarebbe dovuto ricorrere ad un'applicazione analogica della fattispecie penale (66).

Come si vede, dunque, quantomeno se valutata in relazione al suo sviluppo storico — e dunque alla sua vera *genesi* — la fattispecie penale della violenza carnale presunta per sostituzione di persona, all'apparenza felice parto legislativo, è in realtà indubbiamente *di matrice giurisprudenziale*. Si riscontra così una sorprendente similitudine tra la genesi di questa fattispecie penale nel diritto penale scozzese e nel nostro diritto penale.

Passando ora al caso *Strathern*, si può anche qui notare che, in apparenza, il nostro 'perfetto' codice penale sembra risolvere in modo assai chiaro e preciso il problema del furto d'uso. Come è noto, l'art. 626 del codice penale contiene, tra i vari furti minori, anche l'ipotesi del furto d'uso, risolvendo dunque ogni dubbio in proposito.

Peraltro, studiando la *genesi* storica di questa fattispecie penale, si può notare come neppure essa sia stata *esclusivo* parto del legislatore. Basti leggere il commento all'art. 626 realizzato da autorevole dottrina che commentava in modo quasi 'ufficiale' il codice Rocco all'indomani della sua emanazione. Saltelli e Romano-Di Falco scrivono sul punto: « sotto l'impero del codice abrogato taluno ritenne che la nozione del furto d'uso rientrava nel concetto

(64) Cass. Torino, 10 maggio 1884, Alemanno, in « Giur. pen. », vol. IV, 1884, 265 ss.; Id., 10 novembre 1885, Bottigella, *ivi*, vol. V, 1885, 536 ss. (ed *ivi* in nota giurisprudenza minoritaria contraria).

(65) Cfr. gli aa. francesi menzionati in nota alla sentenza Alemanno, cit.

(66) Corte di Besancon, 13 ottobre 1882, cit. alla nota alla sentenza Alemanno.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

generale del furto e la mancanza perciò di una espressa previsione non influiva sulla punibilità del furto d'uso. Altri, invece, ritenne che il furto d'uso realizzasse un mero torto civile e come tale doveva essere espressamente preveduto dalla legge penale, per essere punibile.

Da questo contrasto di opinioni, nel nuovo codice si è tratto motivo per risolvere legislativamente la questione che formò anche obietto di *incomponibile dibattito giurisprudenziale* » (67).

In realtà, il codice Zanardelli taceva affatto sul problema del furto d'uso. Secondo una giurisprudenza pacifica fino ad una certa epoca, il furto d'uso non poteva rientrare nell'ambito della nozione di furto (68). Solo successivamente la Cassazione mutò, innovativamente, giurisprudenza, e ritenne punibile tale particolare specie di furto (69). Ciò non senza lamentele da parte di cospicua dottrina (70).

Come si vede, anche nell'ambito del furto d'uso, se si risale alla *genesi* della fattispecie penale odierna, si nota che essa è attribuibile più ad una *creazione giurisprudenziale* che non ad una creazione legislativa.

Tralasciamo qui di occuparci delle ipotesi scozzesi nell'ambito delle quali si è utilizzato il reato di *shameless indecency*: relativa-

---

(67) C. SALTELLI, E. ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, vol. II, P. II, Roma, 1930, p. 1064.

(68) Cfr. ad es. Cass., 12 novembre 1995, RP, vol. XLIII, 217; nonché numerose sentenze del Tribunale Supremo di guerra, citate da V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II ed., vol. VIII, Torino, 1926, p. 100, nt. 2.

Sulla materia cfr. il lavoro *ad hoc* di L. SEVERINO, *Il furto d'uso e delle energie*, Milano, 1931, spec. p. 67 ss., ove l'a. mostra, con dovizia di argomentazioni, come il furto d'uso non fosse da ritenere punibile sotto l'impero del codice del 1889.

(69) Cass., 28 novembre 1900, Fenudi, in « Riv. pen. », vol. LIII, 1901, p. 312 s. (nel caso in questione peraltro il reo aveva abbandonato il cavallo preso a prestito 'in aperta campagna', dunque senza restituirlo); conf. successivamente Cass., 6 maggio 1918, in « Riv. pen. », vol. LXXXVIII, p. 277.

(70) Cfr. L. SEVERINO, *Il furto*, cit., p. 57 ss. per riferimenti.

Si noti che ciò che avvenne col codice del 1930 in relazione alla punibilità del furto d'uso si è realizzato più di recente con riguardo al *peculato d'uso*, previsto espressamente come reato dalla l. 26 aprile 1990, n. 86, ed oggetto di contrasti giurisprudenziali prima d'allora, a fronte di una dottrina maggioritaria orientata a ritenerlo non punibile come tale: cfr. sul punto Cass., 29 aprile 1992, De Bortoli, in « Cass. pen. », 1994, p. 1853 (m. 1112), ed *ivi* la nota di richiami.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente a questo tema occorrebbero infatti approfonditamente non proponibili in questa sede.

Passiamo viceversa ad esaminare i *reati contro l'amministrazione della giustizia* creati dalla giurisprudenza scozzese.

Abbiamo notato che uno dei reati creati dalla Alta Corte di Edimburgo è stata la *simulazione di reato*. *Quid*, con riferimento alla *genesi* della simulazione di reato nel nostro ordinamento? Ebbene: la genesi storica di questo reato è abbastanza peculiare. Fino al 1830, negli stati preunitari italiani non era reperibile, a quanto mi consta, una simile ipotesi criminosa. Né essa era reperibile nel preesistente codice francese del 1810, che come è noto era stato il modello a cui i codici preunitari si erano ispirati.

In Parma, nel 1828, un tal Benecchi si era reso protagonista di un episodio di simulazione di reato, avendo denunziato all'ufficio del Podestà di Sorbolo di aver subito una fantomatica aggressione con rapina ad opera di ignoti. Aveva fatto ciò, in realtà, per nascondere un « certo suo consumo di danaro in giuoco e stravizzi ». I dragoni ducali svolsero le indagini del caso, e scoprirono l'inghippo. Il Benecchi fu accusato di oltraggio ad agenti della forza pubblica (art. 231 cod. parmense del 1820), ma venne prosciolto, in ossequio al principio di stretta legalità. I giudici parmensi, non reperendo nel codice del Ducato la fattispecie della simulazione di reato, non poterono far altro che assolvere. Solo successivamente venne, probabilmente anche a seguito di questo e di altri episodi consimili, emanata nello stesso Ducato una norma penale che provvedeva alla repressione della simulazione di reato. Cosicché il problema fu legislativamente risolto. Ed anzi, codici successivi si ispirarono a tale riforma per introdurre anch'essi una fattispecie criminosa consimile (71).

Si potrebbe quindi ritenere che, in questo caso, il principio di legalità abbia avuto il suo effetto più tipico: e cioè di dar vita alla *genesi* di una fattispecie penale attraverso l'emanazione di una legge, e non attraverso l'estensione giurisprudenziale di una legge già esistente. Peraltro, anche in argomento si possono rinvenire — non

(71) Sul tema mi permetto rinviare alla mia voce *Simulazione di reato*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, 1990, p. 629 e nt. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solo nel mondo di *common law* (72) — esempi di creazioni giurisprudenziali della fattispecie in esame, sebbene, a quanto mi consta, non nell'ambito di una giurisprudenza ricavabile dai repertori italiani. Mi riferisco al fatto che in Francia, vigente il codice penale del 1791, venne estesa giudizialmente una fattispecie diversa per poter punire un'ipotesi di simulazione di reato: ciò accadde ad opera della Corte Criminale del Dipartimento di Senna e Marna, con decisione 3 settembre 1808, confermata poi nel 9 dicembre dello stesso anno dalla Corte di Cassazione francese. Tale decisione fu peraltro criticata dalla dottrina (73), e dunque bene fecero i giudici parmensi a non addivenire anch'essi ad un'arbitraria estensione analogica della fattispecie dell'oltraggio (74). Con ciò si può notare che, anche laddove in Italia non si riscontrano precedenti di creazione giudiziale di fattispecie penali, ciò non esclude che in altri ordinamenti assai simili al nostro sul piano del rispetto del principio di legalità cose di tal genere non possano avvenire. E conferma che, anche in relazione all'ipotesi della simulazione di reato, oltre che in Scozia, anche in giurisdizioni di *civil law* tale fattispecie ha avuto *genesi giurisprudenziale*, più che legislativa.

Passiamo ora al caso scozzese in cui si era ritenuto sussistente il delitto di *attempt to pervert the course or ends of justice*, e cioè l'attentato a pervertire il corso della giustizia, nell'ipotesi di chi induce a dire il falso alla *polizia*, e non al giudice. In Italia, come è noto, l'art. 372, disciplinante la falsa testimonianza, non è applicabile se non in quanto il fatto sia commesso davanti all'autorità giudiziaria. Dunque non sarebbe in teoria punibile colui che realizza una falsa testimonianza davanti alla polizia. In un ordinamento qual è il nostro, rispettoso del principio della legalità, ci si aspetterebbe allora di riscontrare l'impunità della commissione di una falsa testimonianza davanti alla polizia giudiziaria, e non davanti all'au-

(72) In proposito si noti che anche in Inghilterra la *simulazione di reato* viene citata come esempio di creazione giurisprudenziale del diritto: cfr. il caso *R. v. Manley*, (1933) 1 KB 529, su cui E. GRANDE, *Accordo criminoso*, cit., p. 44 s.

(73) Cfr. ad es. A. CHAUVEAU e F. HÉLIE, *Teorica del codice penale*, vol. I, Napoli, 1853, p. 618 (§ 2074).

(74) Cfr. Supr Trib. di Revis. Parma, 25 febbraio 1828, in F. MELEGARI (a cura di), *Decisioni del Supremo Tribunale di Revisione (1827-1828)*, Parma, 1830, p. 18 ss., ed *ivi* i riferimenti al precedente francese, invocato dall'accusa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

torità giudiziaria. Ciò è in parte vero, poiché né il tradizionale art. 372, né il nuovo art. 371-*bis* (75), vengono estesi arbitrariamente dalla giurisprudenza alle ipotesi di false informazioni rese alla polizia giudiziaria. Ma tale apparente rispetto della legalità non impedisce alla giurisprudenza italiana di escogitare mezzi diversi per giungere comunque alla repressione penale di un simile fenomeno. Mi riferisco all'abitudine dei giudici di punire la 'falsa testimonianza' davanti alla polizia giudiziaria a mezzo dell'estensione del delitto di *favoreggiamento personale* (76), estensione che ha il sapore dell'applicazione *analogica* di una fattispecie penale. Non sorprendono dunque i rilievi critici mossi dalla dottrina in relazione a tale estensione giurisprudenziale (77). In conclusione, in Italia, come in Scozia, le false informazioni rese alla polizia giudiziaria sono di regola punibili; ed in Italia, come in Scozia, esse sono punibili non già in base ad una legge che le ha dichiarate tali, ma in base ad un'arbitraria estensione di una diversa legge da parte della giurisprudenza, con buona pace del principio di legalità: la *genesi* di questa fattispecie penale, in Italia come in Scozia, è *di matrice giurisprudenziale*, e non legislativa.

Passiamo ora al caso dell'evasione di chi si trova in un campo di lavoro e non in un carcere, sopra esaminata in relazione alla giurisprudenza scozzese. In Italia, si dirà, una tale arbitraria estensione non è stata operata. Ciò è confermato dal fatto che nel 1982, quando una legge (78) ha istituito la figura dei cosiddetti arresti domiciliari, la stessa legge ha disposto sul profilo della rilevanza penale della fuga o evasione da tale forma di arresto, estendendo il reato di evasione a tale ipotesi. Anche qui, peraltro, un appello alla memoria storica può giovare. In un commento alla legge summenzionata, in riferimento alla novità legislativa predetta, si è scritto quanto segue: « La disposizione in esame è volta ad equiparare, sotto il profilo della configurabilità del delitto di evasione (art. 385 c.p.), alle situazioni di

(75) Cfr. tra le altre Cass., 8 febbraio 1993, Malena, in « Cass. pen. », 1994, p. 1845 (m. 1094).

(76) Cfr. ad es. Cass., 20 marzo 1973, in « Giust. pen. », 1974, II, c. 221; Id., 8 giugno 1982, in « Riv. pen. », 1983, 614.

(77) Cfr. ad es. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 1988, p. 296.

(78) La l. 12 agosto 1982, n. 532.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

custodia preventiva in carcere lo 'stato di arresto nella propria abitazione o in altro luogo designato dall'autorità giudiziaria [...] ».

È da ricordare, peraltro, come, già prima dell'introduzione dell'attuale normativa, si tendesse a ricomprendere nel concetto di « detenzione » menzionato dall'art. 385 c.p. le ipotesi di « custodia in casa », contemplate dall'art. 247 c.p.p. nella sua formulazione originaria (79).

Se questa estensione della normativa previgente — giustamente definita *analogica* (80) — era più di matrice dottrinale che non, a quanto pare, giurisprudenziale (81), va peraltro notato che anche la giurisprudenza, in materia di evasione, aveva indebitamente proceduto ad un'estensione di tipo analogico della fattispecie penale. Mi riferisco all'applicazione dell'art. 385 c.p. all'ipotesi dell'evasione del 'fermato', non prevista da tale norma, ma fattavi rientrare dalla finestra ad opera della giurisprudenza (82). Anche in relazione alla materia in questione, si può dire dunque che la giurisprudenza abbia, in Italia come in Scozia, proceduto ad un'estensione delle fattispecie penali a dispetto dei limiti dettati dalla legge scritta.

Abbiamo poi menzionato in precedenza il caso scozzese in cui si è esteso indebitamente il delitto di danneggiamento ad un'ipotesi in cui in realtà non si era avuto un danneggiamento ad una cosa di tipo *fisico*. Ebbene: anche l'art. 635 del codice penale è legato, nella sua formulazione, ad un concetto di danneggiamento di tipo essenzialmente *fisico*. Ciò non ha impedito ad una cospicua giurisprudenza di estendere tale fattispecie penale, ad esempio, all'ipotesi delle interferenze televisive, e cioè all'ipotesi in cui un'altra emittente venga a sovrapporsi alle onde di una emittente televisiva impedendone la ricezione (83). Nonostante gli sforzi della giurisprudenza di dimostrare la correttezza di una simile estensione, essa si mostra indubbiamente come l'estensione analogica di una fattispecie creata dal

(79) Così G. De Francesco, *Commento* all'art. 29 l. cit., in « Legisl. pen. », 1983, p. 146.

(80) Così lo stesso G. De Francesco, *Commento*, cit., p. 146, nt. 3.

(81) Cfr. gli aa. citati da G. De Francesco, *Commento*, cit., p. 146 nt. 3.

(82) Sul tema cfr. per tutti U. Giuliani, *Sull'evasione del fermato*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1964, p. 823 ss.

(83) Per tutte Cass., 28 settembre 1987, Di Stefano, in « Foro it. », 1988, II, c. 297, con nota di R. Pardolesi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

codice penale per tutt'altri tipi di situazioni (84). Col che la giurisprudenza italiana, come la giurisprudenza scozzese, non fa che ampliare vecchie fattispecie, creandone in sostanza di nuove: anche in questo caso, la *genesi* della fattispecie penale sembra essere *di matrice giurisprudenziale* e non legislativa. Con riferimento al caso appena citato si può poi aggiungere che, anche in relazione alla tutela penale del cosiddetto *software*, si è utilizzato talora il delitto di danneggiamento (85): in tal modo la giurisprudenza penale italiana ha mostrato di essere particolarmente disinvolta nell'estendere a suo piacimento fattispecie create per soddisfare le esigenze assolutamente diverse da quelle emergenti dai progressi tecnologici odierni (86).

Passiamo ora ad esaminare l'ipotesi della *violenza carnale tra coniugi*.

Come si è visto, in Scozia fino al 1989 la violenza carnale tra coniugi non era considerata reato. Solo con una decisione della Alta Corte di Edimburgo si 'creò' la fattispecie penale della violenza carnale ad opera del marito nei confronti della moglie.

In Italia, si potrebbe pensare ad una *genesi* di tipo diverso, e dunque non giurisprudenziale ma legislativa. In effetti, il nostro art. 519 non sembra discriminare tra i vari possibili soggetti attivi del reato, e sembra includervi anche il marito. Peraltro, anche in Italia — come è noto — sino a non moltissimi anni fa la norma in questione non era ritenuta applicabile al marito allorché violentasse la sua legittima sposa. Per vari motivi, questo comportamento era ritenuto una sorta di esercizio del diritto da parte del marito, come tale non soggetto e non assoggettabile a nessuna pena criminale. Fu solo nel 1976 che la Corte di Cassazione italiana, con un *révirement* degno dell'Alta Corte scozzese, sancì la punibilità della violenza carnale tra coniugi (87). Si trattava in realtà una svolta epocale, che non mancò di lasciare sorpresa e talora decisamente perplessa la

(84) Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale - Delitti contro il patrimonio*, Bologna, 1992, p. 113.

(85) C. App. Torino, 29 novembre 1990, in « Foro it. », 1991, II, con nota di CASO.

(86) Critici in proposito G. FIANDACA, E. MUSCO, *ibidem*.

(87) Cass., 16 febbraio 1976, Macario, in « Cass. pen. mass. ann. », 1978, p. 72 ss. (m. 99).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stessa dottrina (88). Svolta epocale, anche perché in precedenza la nostra giurisprudenza non solo non applicava l'art. 519 ai rapporti violenti tra coniugi, ma anzi riteneva penalmente rilevante il *rifiuto della prestazione sessuale* da parte del coniuge (di solito la moglie), applicando l'art. 570 c.p. (89).

Si può dunque dire che, anche in Italia, la *genesi* della fattispecie penale della violenza sessuale tra marito e moglie sia stata *di matrice giurisprudenziale*, e non legislativa.

Abbiamo poi più sopra notato che l'ultimo caso, in senso cronologico, di applicazione del *declaratory power* da parte della Alta Corte di Edimburgo, si è avuto assai di recente in relazione alla *punibilità dello spacciatore*, allorché il tossicodipendente, iniettandosi una dose fatale di droga, ne muoia.

In Italia, il problema non è molto dissimile. I principi che reggono il problema della causalità sono più o meno gli stessi che si affacciano alla giurisprudenza scozzese. Cionondimeno, anche la giurisprudenza italiana è riuscita ad estendere la nozione di nesso causale in modo da farvi rientrare l'ipotesi in cui lo spacciatore ha fornito la dose letale al tossicodipendente, non ritenendo l'atto del tossicodipendente capace di interrompere tale nesso (90). Non solo: la nostra giurisprudenza è riuscita persino ad applicare l'art. 586 del codice penale — norma che di solito in questi casi viene in considerazione — all'ipotesi in cui lo spacciatore ceda *ad altro spacciatore* la sostanza che poi viene venduta al tossicodipendente il quale si procura la morte (91). Una dimostrazione del fatto che, ancor più che la giurisprudenza scozzese, la giurisprudenza italiana ha disinvoltamente esteso la nozione di nesso causale nella materia qui considerata.

L'analisi qui condotta — frutto di uno studio realizzato da chi scrive qualche anno fa (92) — mostra chiaramente, quanto sorpren-

---

(88) Cfr. lo stesso P. BRIGNONE, *La violenza carnale nel rapporto tra coniugi*, in nota alla sentenza citata alla nota precedente.

(89) Riferimenti in P. BRIGNONE, *La violenza*, cit., p. 77.

(90) Per tutte Cass., 7 marzo 1989, in « Cass. pen. », 1990, p. 1306.

Sulla tematica, in dottrina, si veda per tutti V. MILITELLO, *La responsabilità penale dello spacciatore per la morte del tossicodipendente*, Milano, 1984.

(91) Cass., 4 novembre 1988, in « Giust. pen. », 1989, II, c. 497.

(92) Fu pubblicata in una prima versione in G. Fiandaca (a cura di), *Sistema*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dentemente, che tutte o quasi le fattispecie che in Scozia hanno avuto creazione giurisprudenziale anche in Italia sono state frutto di una genesi giurisprudenziale, e non legislativa. La cosa parrebbe *prima facie* inverosimile, ma l'analisi empirico-giurisprudenziale è spietatamente chiara: anche in un sistema di *civil law* come il nostro molte ipotesi criminose hanno origine giurisprudenziale, e non legislativa. D'altra parte, molti altri sono i casi in cui — a giudizio di affidabile dottrina — i giudici hanno esteso arbitrariamente, tramite vere e proprie analogie *in malam partem*, i confini delle fattispecie penali, creando di fatto nuove fattispecie, o nuove 'sottofattispecie', in violazione del *nullum crimen*.

Torniamo dunque all'oggetto precipuo del nostro presente studio, e alla questione del ruolo dei giudici nel diritto penale di *common law*. L'analisi condotta sulla Scozia — vero e proprio laboratorio ideale per esperimenti sul ruolo creativo dei giudici di *common law* — mostra che indubbiamente i giudici di quel paese hanno creato diritto. Ma il contributo creativo del diritto penale dei giudici scozzesi — cui pure ufficialmente è riconosciuto tale potere — non è affatto inferiore all'apporto fornito dai giudici alla creazione del diritto penale in Italia.

Tutto ciò ci deve far riflettere sull'idea stessa di *common law* e di un sistema penale di *common law*: al di là di quanto si pensa solitamente, si può affermare senza tema di smentita che il ruolo dei giudici relativamente alla creazione del diritto penale non è molto differente nei paesi di *common law*, rispetto ai paesi di *civil law* (93).

Non solo. Va tenuto presente il fatto che nei paesi di *common law* i giudici non sono, come da noi, liberi di decidere il caso senza doversi conformare a decisioni di altri giudici. In Inghilterra — ma anche, con qualche piccola differenza — negli altri sistemi anglo-americani, i giudici inferiori sono obbligati a seguire i precedenti dettati dalle corti superiori: si tratta del noto principio dello *stare decisis*, secondo cui alcuni precedenti giudiziari hanno valore vinco-

---

penale in transizione e ruolo del diritto penale giurisprudenziale, Padova, 1997, p. 147 ss.

(93) Per una opinione in parte divergente sul tema cfr. F. PALAZZO - M. PAPA, *Lezioni*, cit., p. 195 ss., cui si rinvia per precisi riferimenti al *judical law making* in Inghilterra; con tali AA. mi sento di condividere alcune delle riflessioni in tema di riserva di legge, e dei ritardi del mondo di *common law* su questo aspetto del *nullum crimen*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lante nei confronti della giurisprudenza successiva. Non è certo questa la sede per approfondire la tematica (94). Ciò che mi preme rilevare qui è che il vincolo al precedente giudiziale svolge un'importante funzione di regolatore della certezza del diritto, ed assicura molto di più della legge la c.d. legalità *in action*. In definitiva, in un sistema in cui opera lo *stare decisis*, è molto più facile per i cittadini e per i giuristi stessi conoscere il diritto. A tal fine, basta conoscere l'orientamento delle corti di più alto livello, per essere sufficientemente sicuri che tale orientamento non troverà smentita successivamente. Al contrario, in un sistema in cui ogni giudice può deviare dal precedente, nessuno può sapere se un determinato orientamento giurisprudenziale non sarà superato nel caso di specie. Se legalità è anche certezza del diritto, solo una certa stabilità della giurisprudenza è in grado di assicurare *in action* tale aspetto fondamentale della legalità.

Da questo punto di vista — e parrebbe l'ennesimo paradosso — gli ordinamenti di *common law*, assai più di quelli di *civil law*, appaiono rispettosi del principio di legalità (in quanto 'certezza'), specie nella sua dimensione *in action*.

IV. *Conclusione.*

Il rapporto fra *common law* e principio di legalità penale non è certamente un rapporto facile. Per certi versi, i sistemi anglosassoni sono stati additati come antitetici rispetto alle esigenze del *nullum crimen*.

Tuttavia, l'analisi che precede ha mostrato che una simile antitesi è molto meno veritiera di quanto non appaia *prima facie*.

In primo luogo, abbiamo visto che quasi tutti i paesi di *common law* sono oggi dotati di un codice penale. Quelli che ancora non lo hanno, lo stanno comunque progettando. In ogni caso, anche in questi sistemi la legge scritta è ormai abbondantemente prevalente sulla legge non scritta. Da questi punti di vista, dunque, le differenze fra i sistemi di *common law* e quelli di *civil law* (dove peraltro, all'opposto, si parla di crisi della codificazione e di decodificazione), si vanno di molto assottigliando col tempo.

(94) Cfr. il mio *Il valore del precedente*, cit., *passim.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In secondo luogo, l'analisi sul ruolo dei giudici relativamente alla creazione del diritto penale ha portato alla conclusione che non vi sono oggi significative differenze fra paesi di *common law* e paesi di *civil law*. Infatti, in quasi tutti i sistemi anglo-americani è oggi vietato alle corti di creare nuove fattispecie penali. E nelle poche giurisdizioni in cui ciò è ancora teoricamente possibile (es. Scozia), i casi di creazione giudiziale del diritto trovano, sia pur sorprendentemente, dei perfetti *pendants* nella storia del diritto penale italiano: anche da noi, quasi tutte quelle ipotesi sono state, in realtà, di conio giurisprudenziale e non legislativa.

In definitiva, si può dire che l'approccio al *nullum crimen* da parte dei due mondi del diritto ('occidentale') non sia oggi così distante (95).

Se poi si considerassero gli aspetti costituzionali-sovranazionali della questione, ci si accorgerebbe che le differenze tendono a sfumare sempre più.

Si consideri che molti paesi di *common law* sono soggetti a costituzioni che accolgono il principio di legalità o almeno alcuni dei suoi aspetti (es.: il divieto americano delle c.d. *ex post facto laws*). Ancora, dal 1998 anche l'Inghilterra e la Scozia si sono assoggettate in toto alla CEDU, che contempla, all'art. 7, il *nullum crimen sine lege*. La lettura che la Corte europea dei diritti dell'uomo dà a tale articolo non impedisce un qualche margine per produzioni giudiziali del diritto, e piuttosto enfatizza l'aspetto sostanziale della prevedibilità della evoluzione interpretativa e della sua previa conoscibilità ed accessibilità. Da questo punto di vista, il principio in questione trova una sorta di minimo comun denominatore fra *civil law* e *common law*.

È in questo senso che dobbiamo trovare ciò che accomuna le due tradizioni, e che assottiglia sempre più le (pretese) differenze *sistemiche* fra *common law* e *civil law*, forse molto meno rilevanti delle (quelle sì ancor sussistenti!) differenze *culturali* fra i c.d. 'due mondi' del diritto a noi più famigliari (96).

Per concludere, dobbiamo rilevare che oggi la *common law*

---

(95) Per una opinione parzialmente diversa sul punto cfr. F. PALAZZO - M. PAPA, *Lezioni*, cit., p. 181-200.

(96) Sul punto v. il mio Civil law *e* common law. *Contrapposizione sistemica o*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(intesa in senso lato) è cosa ben diversa dal *ius commune d'antan*, espressione di cui pure rappresenta la traduzione inglese: attualmente, le locuzioni '*common law*' e 'diritto comune' — relativamente alla problematica della legalità penale — debbono quindi considerarsi *false friends*.

culturale?, in A. Cadoppi, *Introduzione allo studio*, cit., p. 437 ss. Per altre citazioni sul punto rinvio alla mia *Premessa alla ristampa* del *Valore del precedente*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

NICOLA LACEY

H. L. A. HART'S RULE OF LAW: THE LIMITS OF PHILOSOPHY IN HISTORICAL PERSPECTIVE

1. Hart's analysis of the rule of law. — 2. Concept and context in Hart's argument. — 3. Historicising the rule of law. — 4. Case study: the presumption of innocence. — 5. Conclusion.

I was delighted by the Quaderni' s invitation to contribute to this volume on 'The Rule of Law and Criminal Law'. But the specific form of the invitation posed me with an interesting challenge. I have been asked to write an essay on H.L.A. Hart's contribution to the topic; yet I have also been given to understand that the volume is particularly concerned with the historical development of ideas associated with the rule of law. Hart's approach to the topic, however, was distinctively analytic rather than historical. It will come as no surprise to readers that, as his biographer (Lacey, 2004), I am an admirer of Hart's work. On the other hand, I am also persuaded that philosophical analysis of key legal and political concepts needs to be contextualized both historically and institutionally, and that Hart's relative lack of interest in this sort of contextualization marks a certain limit to the insights provided by his legal and political philosophy (Lacey, 2006).

In what follows, therefore, I shall use Hart's analysis of the rule of law as a jumping off point to consider the relationship between conceptual and historical analysis. While conceding the distinctive strengths of these particular forms of analysis, I shall argue, ultimately, for their interdependence. I shall begin by setting out Hart's main contributions to our conceptual understanding of the rule of law and its significance. I shall then argue that, in some formulations, Hart's own approach implied a more contextual and indeed functional approach than he himself was willing to acknowledge. Finally,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I shall draw on some of my own current research on the historical development of ideas of responsibility for crime, in order to pose some of the questions about the rule of law which a socio-historical analysis places on the scholarly agenda, and to suggest how Hart's overall conception might be put to use in addressing them.

1. *Hart's analysis of the rule of law.*

There are a number of ways in which one might approach Hart's contribution to our understanding of the rule of law. On one view, we might see the very project of legal positivism as an essential plank in the intellectual and practical infrastructure of the rule of law. The central aspiration of positivism is, after all, to provide tools whereby the law can be identified in terms of criteria of recognition, and hence distinguished not only from brute force or arbitrary exercises of power but also from other prevailing social norms deriving from custom, morality or religion. Such a process of identifying law might be seen as an essential precondition to any view of law as placing limits on power. Moreover, Hart's distinctive version of legal positivism (Hart 1961) might be seen as having yet closer affinities with the rule of law tradition. For, in moving from the early positivist notion of law as a sovereign command to the notion of law as a system of rules, Hart produced a theory which spoke to the social realities of law in a secular and democratic age. The concept of law as a system of rules fits, after all, far better with the impersonal idea of authority embedded in modern democracies than does the sovereign command theory of the Nineteenth Century positivists John Austin and Jeremy Bentham. Hart's theory of law therefore expressed a modern understanding of the ancient ideal of 'the rule of law and not of men', and provided a powerful and remarkably widely applicable rationalisation of the nature of legal authority in a pluralistic world. It offered not only a descriptive account of law's social power but also an account of legal validity which purported to explain the (limited) sense in which citizens have an obligation to obey the law. Notwithstanding its claim to offer a universally applicable account — a claim to which we shall return below — it seems highly likely that the extraordinary success of The Concept of Law derives at least in part from these resonances

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

with features of political structure and culture in late Twentieth Century democracies, and in particular with contemporary images of the rule of law.

The Concept of Law however provides us with very little by way of direct or detailed discussion of the rule of law. Explicit reference to the concept is confined to Chapter 9' s relatively terse discussion of what Hart saw as the distinctive principles of legality and justice which represented the kernel of insight in the natural law tradition: natural justice, judicial impartiality, and the principle of legality. For his most elaborated consideration of the rule of law, we have to look rather to 'Positivism and the Separation of Law and Morals' (Hart 1957-8). This essay was originally delivered as the Holmes lecture at Harvard in 1957, and was then published, along with a reply by natural lawyer Lon Fuller (Fuller, 1957-8; see also Fuller 1964), in the Harvard Law Review. In this paper, Hart mapped out his agenda as the intellectual successor to the legal positivism of Jeremy Bentham and John Austin. In particular, he defended their brand of analytical jurisprudence against the charges laid by the two groups of legal theorists whom he saw as the main antagonists to his own genre of theory. He rejected the charge, current in much American Realist jurisprudence of the first half of the Twentieth Century, that legal positivism provides a mechanistic and formalistic vision of legal reasoning, with judges simply grinding out deductive conclusions from closed sets of premises. And, as against the claim of modern natural lawyers, he defended the positivist insistence on the lack of any necessary, conceptual connection between law and morality, and denied that this betrayed an indifference to the moral status of laws. Hart insisted on the propriety of Bentham's distinction between descriptive, 'expository' jurisprudence, and prescriptive, 'censorial' jurisprudence'. Indeed — and here lies the kernel of his position on the rule of law — he claimed that there are moral advantages to making a clear separation between our understanding of how to determine what the law is and our criticisms or vision of what it ought to be.

Hart's and Fuller's articles quickly became, and still remain, a standard scholarly reference point and teaching resource for the opposition between legal positivism and natural law theory, and for the implications of this debate for our conception of the rule of law.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The reason for this instant and lasting success is not difficult to discern. The sharp joinder of issue between the two men was thrown into relief, given poignancy and made immediately accessible by the fact that it took place in the shadow of widespread debates about the legitimacy of the Nuremberg Trials, and centred on a vivid example. This was the case of the 'Nazi informer': a woman who, during the Third Reich, had relied on prevailing legal regulations to denounce her husband as a political dissident. After the war, the woman was charged with a criminal offence against her husband. The question was whether her legal position should be governed by the law prevailing during the Third Reich — a law now regarded as deeply unjust; or by the just law prevailing before and after the Nazi regime. In short, the case raised in direct and striking form the question whether law's validity — and with that validity, law's normative force — is dependent on its credentials as just or otherwise morally acceptable.

Hart defended the view that since the woman had committed no crime under the positive law of the time, the only legally valid way of criminalizing her would be by passing a piece of retrospective legislation. Although this was, on the face of it, an unjust solution, it might nonetheless be the morally preferable thing to do: the lesser of two evils. This solution had the distinctive advantage that it avoided blurring the distinction between 'what the law is' and 'what the law ought to be'. Some sacrifice of justice was, in these circumstances, inevitable: but in Hart's view the positivist position was both more consistent with a proper understanding of the rule of law than its naturalist alternative, and more sophisticated in recognizing that a respect for legality is not the only value in our morally complex world. Indeed, Hart would have agreed with his colleague and former student Joseph Raz's argument that the rule of law's 'virtue' is a relatively modest one, oriented primarily to transparency and effectiveness in communicating the law's demands, putting citizens on fair notice of what is legally required of them. It is, hence, contingently rather than conceptually related to virtue in the substantive sense (Raz 1978). The Nazi regime was, of course, guilty of regular breaches of the rule of law even in this modest sense; but on Hart's formal conception of the rule of law, the informer laws,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

notwithstanding their substantive injustice, were not an instance of such a breach.

It is interesting to note, however, that at the foundation of Hart's argument lay not so much an analytic as a substantive moral claim, itself in turn partially dependent on a cluster of empirical claims. It is, according to him, morally preferable, more honest, to look clearly at the variety of reasons bearing on an ethically problematic decision rather than to close off debate by dismissing certain considerations as irrelevant, or by arguing that something never was the law because it ought not to have been the law. In a later confrontation with his successor in the Oxford Chair of Jurisprudence, Ronald Dworkin, Hart similarly characterized Dworkin's suggestion that judges might sometimes be morally justified in lying about what the law requires in order to avoid an unjust conclusion as an entirely unnecessary and obfuscating distortion of a conceptually straightforward, if morally problematic, issue (Dworkin 1977; see Hart 1982). The straightforward conceptual point is that, according to clear positivist criteria, a standard is identified as law. The complex issue is the practical conclusion which judges or other actors should draw from this identification where the standard is morally dubious or clearly iniquitous.

In Hart's engagements with both Fuller and Dworkin, his jurisprudential position is clearly informed by his political philosophy. There is a strong liberal aspect to his argument: it is up to citizens (as well as officials) to evaluate the law, and not merely to take it that the state' s announcing something as law implies that it ought to be obeyed. The law's claims to authority are, on this view, strictly provisional. But there is equally a utilitarian strand to Hart's position: an implication that things will turn out better, in terms of resistance to tyranny, if citizens understand that there are always two separate questions to be confronted: First, is this a valid rule of law? Second, should it be obeyed? Characteristically, Hart adduced no evidence in support of the second, empirical aspect to his argument. But it had a piquancy. This was not only because it gave his position a moral dimension but because a famous German jurist, Gustav Radbruch, had argued influentially that the experience of the Third Reich should turn us all into natural lawyers. In direct opposition to Hart's view, Radbruch argued that the positivist position was em-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pirically associated with the unquestioningly compliant 'might is right' attitude widely believed to have assisted the Nazis in their rise to power.

Fuller, picking up on Radbruch's claim, argued that the Nazi law under which the woman had acted was so evil that it could not even count as a valid law. In his view, law — the process of subjecting human conduct to the governance of rules — was informed by an 'inner morality' of aspiration. Unlike the theological traditions, Fuller's was not a dogmatic, substantive natural law position: rather, it was a position which built out from certain valued procedural tenets widely associated with the rule of law. These included the requirements that laws be coherent, prospective rather than retrospective, public, possible to comply with, reasonably certain in their content and general in their application. Fuller's distinctive contribution was to make a link between form and substance: conformity with these procedural tenets would in his view, over time, 'work the law pure' in a substantive sense. It was this universal 'inner morality of law' which provided the necessary connection between law and morality, and not the 'external' or substantive morality which infused the content of law in different ways in different systems. When met to an adequate degree, this 'inner morality' guaranteed a law worthy of 'fidelity', underpinned the existence of an obligation to obey the law, and marked the distinction between law and arbitrary power.

Furthermore, Fuller claimed, Hart's own position could not consistently deny some such connection between law and morality. For in his argument about the open texture of language, Hart claimed that judges deal with 'penumbral' cases by reference to a 'core' of settled meaning. This, Fuller argued, suggested that legal interpretation in clear cases amounted to little more than a cataloguing procedure. Yet even a very simple case such as a rule providing that 'no vehicles shall be allowed in the park', the idea that judges can appeal to a 'core' meaning of the single word, 'vehicle', was problematic. In deciding whether a tricycle or an army tank put in the park as a war memorial breached the rule, the core meaning of 'vehicle' in ordinary language would be next to useless in judicial interpretation: rather, judges would look to the purpose of the statute as a whole. And these questions of purpose and structure

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

would inevitably introduce contextual and evaluative criteria in the identification of the 'core'. For Fuller, the interpretive force of these purposive criteria was closely bound up with the ideal of fidelity to law. Hart's and Fuller's engagement on the question of the rule of law therefore raised issues which went to the core of their overall legal philosophies.

2. *Concept and context in Hart's argument.*

In this section, I want to argue that the way in which the Hart/Fuller debate was framed — its use of a particular instance to draw general theoretical conclusions — points up some ambiguities in Hart's general position, illuminating an interesting play in his work between analytic, universal claims and empirical, contingent ones. As is often remarked, one of the distinctive features of Hart's legal philosophy is its pretension to universality. He offers us not 'A Concept of Law' but The Concept of Law: a model which may purportedly be applied to legal phenomena whenever and wherever they arise. This methodological aspect of Hart's work has generated lively, and occasionally heated, controversy. 'Critical' and socio-legal scholars have suggested that, under cover of offering a neutral and descriptive theory, Hart in fact gives us a highly normative account: a rationalization of the hierarchical and centralised structure of the modern constitutional state as the acme of civilized achievement. This reading has been fuelled by the occasionally (and uncharacteristically) incautious way in which Hart combines apparently historical with conceptual claims. The fable of secondary rules of recognition, adjudication and change as emerging to 'cure the defects' of a system composed exclusively of primary rules carries, it has been argued, an implicit evaluation of other sorts of legal order — customary systems, for example — as less advanced or civilized (Fitzpatrick 1999). Even the 'central case technique' — the idea that we can identify penumbral cases like international law which share some of the features associated with the central case of law, without banishing such phenomena to another discipline — carries a sort of evaluative loading. For 'central' cases may be understood as ideal types in an implicitly normative sense, while 'non-focal cases' like international law, though regarded as legal by association, are

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nonetheless 'primitive' in their lack of core features of law such as elaborated enforcement mechanisms or a powerful legislature. On this view, Hart's legal theory should have been combined with an explicit statement and defence of the particular political morality which underpins it, and of the point of view from which it is constructed and to which it accords theoretical priority (Finnis 1980: Chapter 1).

Hart's debate with Fuller provides another interesting instance in which to consider the relationship between avowed universality and unacknowledged locality in Hart's work. As we saw, Hart's position is informed by an analytic claim: law and morality are distinct; the rule of law is served by observing this distinction, and by acknowledging that difficult judgments, balancing and trading off incommensurable and potentially conflicting values, will on occasion have to be made. Yet the debate is, as we also saw, located in a very specific context: that of the post-war struggle to come to terms with the horrific Nazi episode, and in particular the effort to do so in legal terms which did not reproduce some of the abuses of legality which marked the Nazi regime. Importantly, the debate turns in part on an empirical disagreement about what sort of disposition towards law — a positivist or a naturalist one — will best equip a society to resist tyranny. It is therefore worth examining in a little more detail how this context affected both Hart's argument and the arguments of his opponents.

Let us take Hart's argument first. It is made up of an interesting combination of optimism and of modest realism about the power of law. On the one hand, Hart was convinced that resistance to tyranny would be encouraged, rather than discouraged, by a positivist disposition to maintain a clear separation between law and morality. For the positivist implication that laws can be evil goes hand in hand in Hart's work with a liberal political theory which accords supreme importance to individual liberty. The appropriate posture of the liberal citizen vis à vis the law is one which combines both a willingness to attend to the claims of legitimate authority and, crucially, a recognition of individual responsibility to assess or evaluate that legitimacy. Liberal citizenship, in other words, implies a reservation of the right, and responsibility, to question authority, and to disobey it if necessary. In Hart's view, this disposition

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

particular to liberal citizenship best equips a society to resist the domination of political tyranny and abuses of legal power. On the other side of the coin, Hart's position might be described, as compared with that of natural lawyers like Fuller, as a modest or realistic one. A standard's bearing the imprimatur of law is no guarantee of its substantive justice; indeed the need to maximize the chances of resistance to tyranny requires precisely this modest view of law's moral claims. In thinking about how to use law to address the past injustices perpetrated by the Nazis — including the oppressive informer laws under consideration in the debate — Hart's view is a pragmatic one. Law can indeed be used to right, in part, the wrong done in law's name. But this will be at the cost of sacrificing a presumptive component of the rule of law: i.e. the principle of non-retroactivity.

By contrast, the natural lawyer's view of law's role in confronting past injustice is less complex in one sense and more ambitious in another. It is less complex in that, on the naturalist view, the past injustice never had true legal authority; hence the concession of retroactivity does not have to be made. The Nazi system was so shot through with breaches of law's inner morality that it had lost any claim to fidelity or legal authority. But the naturalist position implies an ambitious role for law, and one which places a great deal of faith in the symbolic as much as the instrumental power of what we might call 'a rule of law culture'. Furthermore, in the light of Fuller's assertion of a link between formal 'inner morality' and substantive justice, this ambitious view implies a rather different take on the problem of retroactivity itself. This is most strikingly exemplified by the Nuremburg Laws' creation/discovery of the concept of crimes against humanity, laws whose moral credentials override the apparent injustice of their retroactive application to those accused of committing atrocities during the Second World War. This moralized strand of international law has, of course, grown apace since Nuremberg, underpinning a range of developments in the fields of human rights, 'humanitarian intervention' and the massive extension of international criminal law. And this, arguably, betokens a shift in prevailing conceptions of the rule of law. In a burgeoning array of inter- and trans-national jurisdictions, judges are being called upon to engage in the interpretation of very broadly drafted treaties and

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

charters of rights and freedoms. This encourages a style of adjudication focused on the assessment and balancing of broad, open-ended moral and political values. But it is not entirely clear that this is always an advance from the point of view of Hart's modest, formal conception of the rule of law. For a more wide-ranging, evaluative judicial style may imply, on the other side of the coin, a lessened judicial disposition to be sympathetic to claims about formal breaches of the principle of legality.

A recent example relevant to this issue was the decision of the European Court of Human Rights (ECtHR) in CR v UK. In this case, a man convicted of the rape of his wife claimed that the English House of Lords' decision that the marital rape exemption no longer stood violated the principle of legality enshrined in the European Convention of Human Rights (ECHR) in that it expanded the criminal law's prohibition and applied it retrospectively. Dismissing this argument in relatively summary terms, the ECtHR took a line reminiscent of the rationale for the Nuremberg Laws: to have sexual intercourse with someone, whether you are married to them or not, without any belief in their consent, is so obviously wrong that the defendant was precluded from claiming that he had been unfairly treated in not having any notice that his behaviour would be regarded as criminal. The terms in which the Court dismissed the appeal imply that criminal law has an immanent capacity to adapt itself to prevailing social standards within a broad framework provided by the ECHR. Its argument draws on an idea of 'manifestly' wrongful acts which is reminiscent of Fletcher's account of ideas of criminality underpinning the early common law (Fletcher, 1978): crime as that which would be readily recognised by all members of the community as wrongful. As one commentator put it:

« The Court stressed the importance of the guarantee enshrined in Article 7 and stated that it should be construed 'To provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment.' But clearly the object and purpose of this essential guarantee should not be interpreted at the expense of other objectives of the Convention itself. The Court seemed to acknowledge this by stating that '[t]he essentially debasing character of rape is so manifest that the result of the decision [of the English appellate courts] cannot be said to be at variance with the object and purpose

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of Article 7 of the Convention'. The Court then added that the abandonment of the 'unacceptable idea' of the marital rape exemption conformed not only with a 'civilised concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention', namely human dignity and freedom ». (Palmer 1997: 95-6).

This sort of constitutional adjudication might well be characterized in terms of an approach resonating with natural law theory. It is an approach which has perhaps greater resonance with the ancient common law practice of courts' declaring broad offences such as 'conspiracy to corrupt public morals' in their role as 'guardians of social morality' than would be comfortable for liberal critics of that practice such as Hart (Hart 1963). The line between interpretations which meet the rule of law's fair notice requirement and ones in which courts essentially arrogate to themselves a legislative role which implies retroactive application is, under any circumstances, a fine one. But there is nonetheless an issue of context-dependence here. For the line becomes yet more blurred as societies become more heterogeneous and pluralistic. Concepts of 'obvious wrongfulness' and 'manifest criminality' are, in other words, easier to invoke in stable, homogeneous societies. This makes their re-emergence in contemporary international legal culture somewhat ironic.

3. *Historicising the rule of law.*

Is the striking contrast between natural law and positivist positions, then, best understood as a philosophical disagreement? Or is it rather — or equally — a practical disagreement about what institutional arrangements are likely to maximize the realization of valued social ends or ideals under specific social and historical conditions? Does the debate between Hart and Fuller centre on a timeless conceptual distinction? Or is its lasting significance as much to do with the vivid context in which it framed perhaps one of the most pressing moral and political questions confronting post-Enlightenment constitutional democracies: how to develop laws capable of constraining abuse of power, and of addressing such abuses? These may seem false dichotomies: philosophical debates — particularly those in legal, moral or political philosophy — do, after

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all, confront pressing practical issues, and not merely conceptual disagreements. But the distinction directs us to an important component of the debate, and one which is often obscured within philosophical analysis: the importance of the context in which the debate is framed in illuminating not merely the concept of the rule of law but also its point, purpose, function or social role. To put this in the terms of the linguistic philosophy by which Hart was influenced, contextualizing the debate helps us to look to the 'use' rather than the 'meaning' of the concepts in which we are interested, and to ask questions about the preconditions under which particular conceptions of, or dispositions towards, the rule of law are likely to take hold. For it seems likely that the question of whether a positivist or a naturalist attitude to law would best equip a society to resist tyranny is itself historically contingent to some degree. In an intensely hierarchical and unequal society, for example, Hart's liberal vision would simply be unfeasible, and an inculcation of Fuller's natural law vision a possibly more practical way of encouraging resistance to abuse of power. In this respect, it is instructive that, in early modern societies, political and legal dissent was so frequently framed in terms of religion or other matters of conscience.

To take this argument further, let us consider how an historical analysis focused on 'use' rather than 'meaning' of the rule of law might modify our view of its contours and significance. At its most basic level, we find the concept of the rule of law reaching back into classical philosophy, with the Ancient Greek idea of 'the rule of law and not of men'. A thin concept of the rule of law as signifying regular constraints on political power and authority might plausibly, then, be seen as 'the central case' of the concept. But if we look at thicker, richer conceptions of the concept — the different ways in which, and purposes for which, it has been invoked — historical specificity quickly enters the picture. Let us take a few examples. In a highly centralized and authoritarian system such as the monarchies of early modern England, it is not clear that the operative concept of the rule of law can intelligibly be read as implying the universal application of law, reaching even to the sovereign. This idea — central to modern notions of the rule of law — was the object of long political contestation, and took centuries to be accomplished. We can, surely, acknowledge that the Eighteenth Century conception of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the rule of law in England was different to that in the Twelfth Century without concluding that no such conception existed: indeed, it existed in part as a critical conception which informed some of the political conflicts which shaped modern constitutional structures. The conception of universality is itself tied up, in other words, with the emergence of a certain idea of limited government. The interpretation of the requirement that laws should be reasonably susceptible of compliance has similarly changed in tandem with shifting notions of human autonomy and entitlements. Right up to the early Nineteenth Century, English law, while priding itself on its respect for the rule of law and the 'rights of free-born Englishmen', included a variety of criminal provisions — notably those on vagrancy — which manifestly violated, in relation to certain subgroups of the population, today's conception of possibility of compliance. This was not just a question of a practical inability to match up to acknowledged ideals: it was also a matter of whether this was seen, normatively, as a problem.

In other cases, it is not so much the development of political ideas as the practical preconditions for realizing them which underpins their changing contours. An example here would be the tenet, widely shared in today's constitutional democracies, that the law should be publicized and intelligible. Even today, this ideal is difficult to realize. But it would have been a far more distant ideal in societies with very low levels of literacy and without developed technologies of communication such as printing. A further example of this kind relates to the ideal that official action should be congruent with announced law. It seems obvious that this tenet must have a significantly different meaning in today's highly organized, professionalized criminal justice systems than in a system like that of England prior to the criminal justice reforms of the early Nineteenth Century. This was, after all, a system in which criminal justice enforcement mechanisms were vestigial, with no organized police force or prosecution, and much enforcement practice and indeed adjudication lying in the hands of lay prosecutors, parish constables and justices of the peace. There was no systematic mechanism of law reporting and hence of communicating the content of legal standards to those responsible for their enforcement, nor any systematic process of appeals which could test and establish points of law.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

These institutional features of Eighteenth Century English criminal justice also had significant implications for the law's achievement of coherence. While the system of precedent of course conduces to both substantive coherence and even-handedness in enforcement, the relatively disorganized mechanisms for appeal and law reporting gave rise to the possibility of significant regional variations — particularly in relation to criminal adjudication handled by lay justices rather than assize judges. (To get a sense of the relative scales here, it is worth knowing that it has been estimated that in the mid-Eighteenth Century, there were about 5,000 justices, as opposed to just 12 Assize judges). Again, standards associated with today's rule of law played an important role in underpinning the modernizing reform movement from the late Eighteenth Century on. But the fact is that, for many decades, these sorts of discretionary arrangements, inimical to our view of adequate levels of coherence and congruence, were regarded not merely as acceptable but as consistent with respect for the rule of law. For the rule of law was, at that time, embedded within a highly personalized model of sovereign authority; one in which the discretionary power of mercy was a core rather than a penumbral feature (Hay 1975). Ideals do, of course, underpin arguments for reform; but ideals themselves are constrained by existing institutional capacities.

Does this imply that the rule of law in Eighteenth Century England was an empty ideological form, an aspect merely of the rhetoric of those in power? This would be too quick a conclusion. As two influential historians have put it,

« [T]he notion of the 'rule of law' was central to seventeenth and eighteenth century Englishmen's understanding of what was both special and laudable about their political system. It was a shibboleth of English politics that English law was the birthright of every citizen who, unlike many of his European counterparts, was subject not to the whim of a capricious individual but to a set of prescriptions that bound all members of the polity. Such a characterization of the English 'rule of law' will not, of course, pass muster as an accurate description of the modus operandi of the legal process, but it did serve as an idealization, a potent 'fiction' [...], which commanded widespread assent from both patricians and plebeians. The purchase of this ideology of the 'rule of law' had

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

several important consequences [...]. Those in authority were constrained to some extent by their obligation to act in accordance with this ideology [...] » (Brewer and Styles 1980: 14).

The rule of law, then, is double-edged: it plays a role in both constraining and legitimising power. In thinking about the rule of law, we therefore need to assess both its status as a modern ideal of democratic governance and its changing role in legitimising and constraining certain forms of state power. In reflecting on the relationship between the rule of law and the perceived legitimacy of legal systems, it is worth considering, for example, the capacity of the rule of law under certain social and historical conditions simultaneously to structure political power and yet to legitimise laws which might be regarded as fundamentally unjust. The delicate balance between legitimacy and power is well illustrated by E.P. Thompson's study of the Black Act of 1723. This statute, which dealt with poaching, enacted broad offences with draconian penalties: it was a piece of legislation which, in Thompson's words (1975:197), « could only have been drawn up and enacted by men who had formed habits of mental distance and moral levity towards human life — or, more particularly, towards the lives of the 'loose and disorderly sort of people' ». Yet Thompson's study testifies also to the sense in which the rule of law genuinely constrained political power. It is worth quoting his well-known conclusions — themselves framed in terms resonant with Hart's positivist conception — at some length:

« [...] it is inherent in the especial character of law, as a body of rules and procedures, that it shall apply logical criteria with reference to standards of universality and equity. It is true that certain categories of person may be excluded from this logic (as children or slaves), that other categories may be debarred from access to parts of the logic (as women, or, for many forms of eighteenth-century law, those without certain kinds of property), and that the poor may often be excluded through penury, from the law's costly procedures. All this, and more, is true. But if too much of this is true, then the consequences are plainly counterproductive. Most men have a strong sense of justice, at least with regard to their own interests. If the law is evidently partial and unjust, then it will mask nothing, legitimize nothing, contribute nothing to any class's hegemony. The

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essential precondition for the effectiveness of law, in its function as ideology, is that it shall display an independence from gross manipulation and shall seem to be just. It cannot seem to be so without upholding its own logic and criteria of equity; indeed, on occasion, by actually being just. And furthermore it is not often the case that a ruling ideology can be dismissed as a mere hypocrisy; even rulers find a need to legitimize their power; to moralize their functions, to feel themselves to be useful and just [...]. The law may be rhetoric, but it need not be empty rhetoric [...]. There is a very large difference, which twentieth-century experience ought to have made clear even to the most exalted thinker, between arbitrary extra-legal power and the rule of law. And not only were the rulers [...] inhibited by their own force [...] but they also believed enough in these rules, and in their accompanying ideological rhetoric, to allow, in certain limited areas, the law itself to be a genuine forum within which certain kinds of class conflict were fought out. There were even occasions [...] when the Government itself retired from the courts defeated. Such occasions served, paradoxically, to consolidate power, to enhance its legitimacy, and to inhibit revolutionary movements. But, to turn the paradox around, these same occasions served to bring power even further within constitutional controls » (Thompson 1975: 259-65).

Eighteenth Century rulers — like their successors today — « traded unmediated power for legitimacy » (Brewer and Styles 1980: 14). But the form which this mediation takes has varied substantially over time and space. In Europe, the quest for modern limited government realised itself in the great legal codes of the Nineteenth Century, in which the principle of legality was a key symbol of progress and modernity (Farmer 1997). In the USA and many European countries, judicial review not only of executive action but of legislation in relation to a strong Constitution became the benchmark of limited government — an institutional arrangement which became acceptable in Britain only with the passage of the Human Rights Act at the start of the Twenty-First Century, and then only in highly attenuated form. The first steps towards institutionalising an international rule of law emerged only in the Twentieth Century and, as we saw, that of an ambitious, human rights-oriented, moralised international law, only after the Second World

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

War. All these conceptions of the rule of law are born of their environment: the ideal takes its complexion both from perceived problems — whether arising from war, revolution, atrocities or ideological struggles — and from perceived institutional capacities.

4. *Case study: the presumption of innocence.*

I now want to focus on one aspect of contemporary criminal procedure which is regarded in most countries as a core aspect of the rule of law and principle of legality: the idea that those accused of criminal offences should be presumed to be innocent until proven guilty according to a distinctive and robust standard of proof (Hart 1968). In tracing the history of this particular aspect of the rule of law, I will deploy a methodological framework which I have developed in the context of a long-term project analysing the development of conceptions of responsibility for crime (Lacey, 2001a, 2001b). My starting assumption is that specific patterns of responsibility-attribution relate to various roles and needs of a criminal justice system: a need for legitimation, and a practical need to specify and coordinate the sorts of knowledge which can be brought into a court room. The imperatives set by these needs for legitimation and coordination are, needless to say, changing over time, as the political, cultural, economic and institutional environment of the criminal process shifts. This overall method, oriented to the use to which normative ideas are put in practical contexts, rather than to a decontextualised conceptual analysis of their meaning, can, I would argue, equally be applied to other key ideas, including the rule of law in general and the presumption of innocence in particular.

Given what we have learnt so far about the currency of ideals of the rule of law in Eighteenth Century England, one might have expected the presumption of innocence in English criminal cases to have long been firmly established. This expectation, however, is disappointed by a careful appraisal of the historical facts. To see why, we need to understand something about the way in which criminal processes worked at this time. In the early Eighteenth Century, most criminal trials were a highly non-technical affair: a conversation between the accused and the court — trial, as John Langbein has put it, as altercation (Langbein 2003). Levels of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lawyers' involvement — with the important exception of treason trials and certain other highly technical areas such as forgery — were low: felony defendants had no right to be represented by Counsel until 1836, and though judges were increasingly exercising their discretion to allow counsel to engage in examination of witnesses from the middle of the Eighteenth Century, they had no right to address the jury until the passage of the 1836 legislation. The average length of a criminal trial in the last decades of the Eighteenth Century has been estimated at about 20 minutes, with Assizes hearing between 20 and 30 cases a day. This fact in turn lends weight to the judgment of one of the most influential historians of the period that the criminal trial operated up to the early Nineteenth Century on something far closer to a presumption of guilt than a presumption of innocence (a doctrine which, like the special criminal standard of proof, in any case received no judicial formulation until the late Eighteenth Century) (Langbein 2003: 263; 1987: 82ff; 1978: 236).

While treatises and commentaries on criminal law and its doctrines had of course existed for several centuries, their impact on run-of the mill cases can all too easily be over-estimated. Until well into the Nineteenth Century, there was no systematic law reporting, nor was there any regular system of appeals through which points of law could be tested until 1908 (King 2007 Chapter 1, esp. pp. 14ff, 32ff; see also King 2000). In relation to assize cases, before the creation of the Court for Crown Cases Reserved in the mid-Nineteenth Century, difficult cases might be referred to colleagues on a judge' s return to London; but neither this nor the CCR amounted to a systematic appellate process of the sort regarded, from the Twentieth Century on, as central to a precedent-based system. The law of evidence was still developing throughout the period, and the overwhelming bulk of evidence was either eye-witness testimony about conduct or evidence as to the defendant's or complainant's character and reputation. This evidence was focused on the accused's reputation and social position, but inferences about disposition appear to have been a natural corollary. Since the accused's confrontation with the jury was the kernel of the trial, wherever direct evidence of conduct was ambiguous, the jury's assumptions about his or her character (and that of witnesses) were central to the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chances of exculpation: to judgments of credibility, to the reception of pleas for mercy, and to the likelihood of partial verdicts: all crucial matters in a trial often focused on the key question of whether the death penalty would apply or not (Beattie 1991: 231-2).

Though this looks to us like both a chaotic system and one which violated key precepts of the rule of law, further reflection suggests that this is an ahistorical and distorting view. In the context of the highly personalised system of authority prevailing up to the late Eighteenth Century, the discretionary system of mercy itself constituted a guarantee of law's authority, and may hence be regarded, paradoxically, as an aspect of the Eighteenth Century conception of the rule of law (Hay, 1975). Similarly, the system's — to our eyes extraordinary — reliance on hearsay evidence about character and reputation itself represents a set of institutional capacities unthinkable to contemporary systems of criminal justice: the ability to draw, within a lay-dominated process located in a relatively immobile and stratified world, on local knowledge. This is not to make any normative evaluation of the Eighteenth Century system. It is simply to point out that its capacities, and needs, for legitimation were significantly different from those of our criminal processes today. These differences shaped to a significant degree normative concepts such as the rule of law in terms of which the system was rationalised and, ultimately, reformed.

5. *Conclusion.*

Like ideas of responsibility, conceptions of the rule of law have played an important role in both the legitimation of criminalising power and its coordination. At its thinnest conceptual baseline, the rule of law has always stood for the notion that power is constrained by its exercise according to legal forms. But the nature and extent of these constraints has, inevitably, varied over time. Nor has this been a story of inexorable progress — a 'Whig' history of the gradual realisation of a 'full' conception, or 'central case' of the rule of law through the era of legal modernisation and political democratisation. As forms of political power change, and as the balance between political, economic and legal power shift, the forms which the rule of law takes — and needs to take — shift too. Rich conceptions have

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to be informed by a sense of context and purpose: they are historically and institutionally specific.

But this does not mean that particular conceptions of the rule of law are beyond critique: nor that philosophical analysis has no role to play in that critical process. To see why, it is helpful to return to the Hart-Fuller debate, and to some of its contemporary implications. As I argued earlier, one of the interesting things about the debate, as we look back at it half a century on, is the way it frames the dawning of an ambitious idea of an international rule of law oriented to the universal holding of states and state officials to certain basic criminal law standards. The lessons of the next fifty years of international law history provide some interesting tests for both Hart's and Fuller's arguments. In one sense, Fuller has history on his side: the idea that, however complete the formal imprimatur of actions as legitimated within a state legal order, they can be held to account — even, or perhaps especially, in the person of a head of state — in the international legal arena resonates with the idea of a universal morality of law. Yet, as Hart would have been quick to point out, many of the atrocities committed by means of state power could be — indeed often are — framed within formally legitimate authority.

Another influential (and more substantive) natural lawyer, John Finnis, has tried to shore up this apparent weakness in Fuller's argument, by asking why any tyrannical ruler, not motivated by the common good of his or her subjects, would be concerned to respect the — often costly or otherwise inconvenient — constraints represented by Fuller's eight canons of the inner morality of law (Finnis 1980). Within the Realpolitik of international relations, however, the answer to Finnis's question is clear. Meeting formal criteria of legitimacy — whether by signing up to treaties and conventions, or observing elaborate legal procedures — can be a crucial gateway to international recognition, and hence to all sorts of material benefits — economic aid not the least among them. In the face of the need to keep 'members of the international community' on board — at least ostensibly playing the game of international legality and good citizenship — international law has developed flexible forms which make the Eighteenth Century English criminal justice system seem positively rigid and legalistic. One of the most significant of these is

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the mechanism which allows states to ratify treaties subject to exclusions or reservations. One striking illustration of the upshot of this flexible mechanism is the fact that Afghanistan, in the era of the Taliban, became a signatory to the highly progressive Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women. My surmise is that Hart would have regarded this as clear evidence of the pitfalls of an approach which makes too ambitious a claim for both law, and the progressive potential of the rule of law. The formal aura of legality and universality is, after all, not a sufficient guarantee of a rule of law worth the name — i.e. a rule of law located within institutional arrangements with a real capacity to constrain power.

So, even leaving aside the capacity of global super-powers to ignore international law or to subvert it by subjecting it to creative interpretations which happen to serve the national interest, the recent history of the international rule of law appears to support the modest, positivist position which Hart defended against Fuller. But the lessons of this recent history also remind us of the need to contextualise our analysis of normative concepts within an understanding of the needs and capacities of the broader institutions within which they function: nation states, and criminal justice systems at the national or international level. Just as its resonance with a modern, impersonal model of authority underpinned the reception of The Concept of Law so, I would argue, does the huge moral, political and cultural diversity of the inter- and trans-national legal terrain in which we now expect the rule of law to operate reinforce Hart's case for a modest and formal conception. Though offered as an analytic claim, Hart's argument about the rule of law may usefully be read, then, as an astute, historically grounded assessment of the (modest) institutional capacity of law to tame power in the modern world. It is only through a dialogue between conceptual, philosophical analysis, and socio-historical interpretation of the conditions of existence and potential use of ideas, that a rounded understanding of the potential and limits of the rule of law can be approached.

References.

J.M. Beattie (1991), 'Scales of Justice, in 9 « Law and History Review » 221
J. Brewer and J. Styles (1980), *An Ungovernable People* (London: Hutchinson),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RONALD DWORKIN (1977), *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth)

LINDSAY FARMER (1997), *Criminal Law, Tradition and Legal Order* (Cambridge University Press)

JOHN FINNIS (1980), *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press)

PETER FITZPATRICK (1992), *The Mythology of Modern Law* (London: Routledge)

GEORGE FLETCHER (1978), *Rethinking Criminal Law* (Boston and Toronto: Little, Brown)

LON FULLER (1964), *The Morality of Law* (New Haven and London, Yale University Press)

LON FULLER (1957-8), 'Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart' in 71 « Harvard Law Review » 630

H.L.A HART (1982), *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, (Oxford: Clarendon Press).

H.L.A. HART (1957-8), 'Positivism and the Separation of Law and Morals' in 71 « Harvard Law Review » 593

H.L.A. HART (1961), *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, second edition 1994)

H.L.A. HART (1963), *Law, Liberty and Morality* (Oxford University Press)

H.L.A. HART (1968), *Punishment and Responsibility* (Oxford: Clarendon Press)

DOUGLAS HAY, (1975) 'Property, Authority and the Criminal Law' in D. Hay, P. Linebaugh, E. P. Thompson and C. Winslow (eds) *Albion's Fatal Tree* (Harmondsworth: Penguin)

PETER KING (2000), *Crime, Justice and Discretion 1740-1820* (Oxford University Press)

PETER KING (2006), *Crime and Law in England. 1750-1840* (Past and Present Publications: Cambridge University Press)

NICOLA LACEY (2004), *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream* (Oxford University Press)

NICOLA LACEY (2006), 'Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited' in 84 « Texas Law Review »

NICOLA LACEY (2001a), 'In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Criminal Law Theory' 64 in « Modern Law Review » 350-71

NICOLA LACEY (2001b), 'Responsibility and Modernity in Criminal Law' in 9 « Journal of Political Philosophy » 249-77

JOHN LANGBEIN (2003), *The Origins of Adversary Criminal Trial* (Oxford University Press)

JOHN LANGBEIN (1987), 'Shaping the Eighteenth Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources' in « University of Chicago Law Review » 1

JOHN LANGBEIN (1978), 'The Criminal Trial before the Lawyers' « University of Chicago Law Review » 45

STEPHANIE PALMER (1997), 'Rape in Marriage and the European Convention on Human Rights: *CR v UK, SW v UK* V *Feminist Legal Studies* 91Palmer, Stephanie (1997) in 'Rape in Marriage and the European Convention on Human Rights: CR v UK, SW v UK' V « Feminist Legal Studies 91 »

JOSEPH RAZ (1979), *The Authority of Law: essays on law and morality* (Oxford: Clarendon Press)

E. P. THOMPSON (1975), *Whigs and Hunters* (Harmondsworth: Penguin).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

WINFRIED HASSEMER

ENTWICKLUNGSLINIEN DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS VON DER NACHKRIEGSZEIT BIS HEUTE

I. Vom prinzipienorientierten zum folgenorientierten Strafrecht. — 1. Zwei Vergangenheiten. — 2. Die neue Strafrechtswissenschaft. — *a*) Fundamente. — *b*) Erweiterung. — *c*) Parteinahme. — II. Von der Freiheit zur Sicherheit. — 1. Verwerfungen. — 2. Materielles Strafrecht. — *a*) Verbote und Strafdrohungen. — *b*) Abstrakte Gefährdungsdelikte. — *c*) Rechtsgüter. — 3. Formelles Strafrecht. — *a*) Heimlichkeit der Ermittlungen. — *b*) Ermittlungen gegen Dritte. — *c*) Vorfeldermittlungen und Datenaustausch. — *d*) Absprachen im Strafprozeß. — 4. Kriminalpolitischer Diskurs. — *a*) Staat. — *b*) Verbrechen. — 5. Gefahrenabwehr. — III. Zusammenfassung.

I. *Vom prinzipienorientierten zum folgenorientierten Strafrecht.*

Viele *Epitheta ornantia*, ja wahre Lobeshymnen haben sich noch vor einigen Jahrzehnten mit dem Strafrecht und vor allem mit dem Strafprozeßrecht verbunden, und wir Studenten der fünfziger, sechziger und siebziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts haben den Professoren mit Andacht gelauscht, wenn feierlich die Rede war vom 'Strafprozeßrecht als angewandtem Verfassungsrecht', von den gesetzlichen Garantien im Interesse des beschuldigten Bürgers, vom Strafrecht als unübersteigbarer Schranke der Kriminalpolitik, von den 'schützenden Formen', mit denen das Strafverfahren und seine rechtliche Organisation die Menschen umhegt, die vom strafenden Staat und seinen scharfen Instrumenten bedroht werden.

Eine Sprache, die nicht nur abgemessen und klug daher kam, sondern die einem auch das Herz erwärmen konnte.

1. *Zwei Vergangenheiten.*

Nach den düsteren Zeiten des nationalsozialistischen Strafrechts, die wir fast alle noch im Hinterkopf und in den Knochen hatten, waren diese Hymnen Antwort auf diese Zeiten, und sie

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

waren Wegweiser in eine helle Zukunft. Diese Wegweiser konnte man nicht als weltfremde Erfindung oder verantwortungslose Utopie abtun; sie stammten nämlich aus einer wirklichen Vergangenheit: aus den Beschreibungen, den Entwürfen und den Codices eines menschenfreundlichen, schonenden und prinzipienorientierten Strafrechts ab dem Anfang des 19. Jahrhunderts in denjenigen Teilen Europas, die sich von der politischen Philosophie der Aufklärung hatten erleuchten lassen. Das war nicht nur eine Matrix eines prinzipienorientierten Strafrechts; es war auch eine Quelle konkreter Beispiele für Normen und Institutionen.

An diese Vergangenheit konnte man anknüpfen, und viele haben das ohne merkliches Zögern auch getan. Was keineswegs verwunderlich war: Hier tat sich nicht nur ein begehbarer Ausweg aus dem Tunnel eines barbarischen Strafrechts auf, das die Menschen unterworfen und gebrochen hatte, statt sie zu schützen. Dieser Ausweg wurde in der Bundesrepublik auch breit ausgebaut und mächtig gesichert durch das Grundgesetz, das den Bürgern einen direkten Zugang zu dem mit großer Macht versehenen Bundesverfassungsgericht ebnete und nach und nach ihr Bewußtsein beförderte, daß der Staat ihretwegen da sei und nicht umgekehrt. Es gab jetzt nicht mehr nur Vorbilder guter Gesetze; es gab auch Rechtswege zu deren Verwirklichung.

Hier hat nicht nur die Sprache gefeiert; die Lobeshymnen waren vielmehr konkret gemeint, und sie konnten mühelos an denjenigen Institutionen des Strafrechts ausprobiert werden, wo Eingriffe in Bürgerrechte mit Händen zu greifen waren. Ich nenne vier Beispiele:

Die Untersuchungshaft wurde kritisch beäugt als Freiheitsberaubung gegenüber einem Bürger, der von Verfassungswegen als unschuldig zu gelten hat. Die Strafzumessung hat man perhorresziert als undurchsichtige und theorielose Domäne des Tatrichters, die sich gegen eine rechtliche Nachprüfung abschottet; sie wurde deshalb nach und nach wissenschaftlich durchleuchtet und auch in der Praxis durchsichtiger gemacht. Die Strafverteidigung erlebte eine rasante Professionalisierung und sonnte sich als Hoffnungsträger all derer, die der Rechtsprechung trotz allem mißtrauten und sich nunmehr mit der Erwartung beruhigen konnten, notfalls werde der Verteidiger schon das Schlimmste ausbügeln. Der Strafvollzug wurde vom Bundesverfassungsgericht jäh seiner bequemen Einklei-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dung als 'besonderes Gewaltverhältnis' beraubt, mußte seine besonderen Eingriffe nun besonders rechtfertigen, rückte in den Fragenkreis universitärer Forschung und machte in Rechtsprechung und Praxis gewaltige Fortschritte in Richtung einer Institution, die sich auf die Finger sehen läßt.

Was Untersuchungshaft, Strafzumessung, Strafverteidigung und Strafvollzug miteinander verbindet, ist ihre Verletzlichkeit im Alltag jeglicher Strafrechtspflege, eine Verletzlichkeit, die sie zu sensiblen Indikatoren der Rechtsstaatlichkeit des jeweiligen Strafrechts werden läßt. An diesen Institutionen zeigt sich frühzeitig und klar, welche Rücksichten das jeweilige Strafjustizsystem auf die Schranken nimmt, die das Verfassungsrecht den strafrechtlichen Eingriffen entgegensetzt. An ihrer jeweiligen Gestalt kann man abmessen, was der strafende Staat an Eingriffsgrenzen, an Rücksichten auf die am Verbrechenskonflikt beteiligten Personen gegen sich gelten lassen will. An dieser Gestalt ließ sich erkennen, daß das deutsche Strafrecht jedenfalls entschlossen war, seine dunkle Vergangenheit hinter sich zu lassen.

2. *Die neue Strafrechtswissenschaft.*

a) *Fundamente.*

Auch die Strafrechtswissenschaft der Nachkriegszeit hat nach den mannigfachen Verirrungen der Nazizeit neue Fundamente gesucht und dabei aus den reichen Quellen des prinzipienorientierten Strafrechts des 19. Jahrhunderts schöpfen können. Sie hat sich in den ersten Jahrzehnten nach 1945, aus vielleicht verständlichen Gründen, einer empirischen, insbesondere kriminalpolitischen Ausrichtung enthalten und sich auf ein enges Feld konzentriert: auf den Allgemeinen Teil des Strafrechts, seine ideengeschichtlichen und philosophischen Grundlagen. Insofern nahm sie teil an den Hoffnungen zahlreicher Juristen dieser Zeit, es könne so etwas wie ein erkennbares und sprechendes Naturrecht geben, dem sich die Maßstäbe gerechter Gesetze entnehmen ließen — nach den schmerzlichen Erfahrungen mit « gesetzlichem Unrecht ». Die deutsche Strafrechtswissenschaft jener Zeit hat nicht weit ausgegriffen, sie hat

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aber tief gegraben. Es war vor allem diese Gestalt der deutschen Strafrechtswissenschaft, die internationale Geltung erlangt hat.

Diese Strafrechtswissenschaft wuchs nach und nach, klar erkennbar Mitte der sechziger Jahre des letzten Jahrhunderts, aus dem schmalen — wenn auch festen und tief gegründeten — Gehäuse der Allgemeinen Lehren des Strafrechts, der Dogmengeschichte, der Wertphilosophie und der philosophischen Anthropologie heraus und schaute sich um nach den Wirkungen, die das Strafrecht tatsächlich hatte; sie hielt nunmehr Kriminologie und Kriminalpolitik allmählich für Gegenstände, die einer wissenschaftlichen Betrachtung durchaus wert sein konnten. Davon profitierten überdies der Besondere Teil des Strafrechts mit seinen konkreten Verboten und Strafdrohungen und auch das Strafprozeßrecht — zwei Felder, die bis dato in Lehre und Forschung, als eher flaches Gelände, abseits des wissenschaftlichen Interesses gelegen hatten.

Die Ausdehnung des wissenschaftlichen Blicks auf diese Felder hat die Strafrechtswissenschaft ohne Zweifel belehrt und bereichert. Sie führte ihr die strafrechtliche Praxis vor Augen und gab ihr die Chance, diese Praxis nicht nur wissenschaftlich zu erhellen, sondern auch die strafrechtswissenschaftlichen Einschätzungen der Praxis an dieser Praxis zu korrigieren. Sie bereitete zugleich den nächsten Schritt vor: auch die Kriminalpolitik zum Objekt der Strafrechtswissenschaft zu machen, sie einer professionellen Analyse auch aus strafrechtlicher Sicht zu unterwerfen und sie professionell und langfristig zu kritisieren.

Strafrechtsordinarien waren sich plötzlich nicht zu schade, Gesetzesentwürfe öffentlich vorzulegen, zu verteidigen und sich dafür in den Medien gar persönlich abbilden zu lassen. Doktorarbeiten und Habilitationsschriften reicherten sich mehr und mehr an mit Fragen nach den verfahrenspraktischen und den kriminalpolitischen Folgen der theoretischen Ergebnisse, die sie zuvor in systematischer Analyse erarbeitet hatten; in den Zeiten davor hatte es für wissenschaftliche Arbeiten mit diesen Ergebnissen sein Bewenden gehabt. Und nach und nach kamen auch verdiente Praktiker des Strafrechts in der universitären Lehre zu Wort und trugen dort vor, daß wissenschaftliche Dogmen und Theorien für einen Juristen nicht Monstranzen, sondern durchaus kontingente, abhängige, ja instrumentale Gebilde waren: daß man mit ihnen auch im Alltag des

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Richters, des Staatsanwalts und des Strafverteidigers etwas anfangen konnte. Das hat nicht nur der Wissenschaft, sondern auch den Studenten aufgeholfen.

Kurz: Die Strafrechtswissenschaft hat, etwa seit Mitte der sechziger Jahre des letzten Jahrhunderts, ihren Blick bedeutend erweitert, und sie hat überdies für bestimmte Optionen eines guten Strafrechts Partei genommen. Beides, Erweiterung und Parteinahme, war eine paradigmatische Wende.

b) *Erweiterung.*

Nachdem die Strafrechtswissenschaft der Nachkriegszeit sich im wesentlichen auf die geisteswissenschaftliche Dogmatik des Allgemeinen Teils reduziert und schmückende Grundlagenwissenschaften wie Rechtsphilosophie und Strafrechtsgeschichte großzügig neben sich geduldet hatte, brachte sie im dritten Drittel des Jahrhunderts einen Lichtkegel in Stellung, der diejenigen Gegenstände in die wissenschaftliche Betrachtung mit einbezog, die Franz von Liszt uns viele Jahrzehnte zuvor als Bestandteile einer Gesamten Strafrechtswissenschaft vor Augen gestellt hatte: das Strafverfahren, den Strafvollzug, die Kriminologie und die Kriminalpolitik. Nicht daß diese Bestandteile zuvor geradezu verpönt gewesen seien; es gab immer wieder gute Wissenschaftler, die sich auf diesen Feldern getummelt haben. Aber so richtig strafrechtswissenschaftlich war das alles nicht; es war randständig, und das haben diejenigen auch gemerkt, die sich im Schwerpunkt damit beschäftigt haben; so recht gehörten sie nämlich nicht zur *Community*.

Nun aber gehörten zur Strafrechtswissenschaft beispielsweise auch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Abschreckung durch Strafandrohung und Strafe wirklich funktioniert, oder die Einsicht, daß der dogmatisch fein ziselierte Rücktritt vom Versuch angesichts der praktischen Möglichkeit, das Strafverfahren in solchen Fällen einfach einzustellen, viel von seinem theoretischen Glanz einbüßte. Nun konnte man im Staatsexamen auch nach dem Erkenntniswert der kriminalsoziologischen Anomietheorie fragen oder nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Strafzumessung. Nun begannen einige Strafrechtswissenschaftler nach der

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Linie zu schauen, die das Bundesverfassungsgericht dem Grundsatz 'nulla poena sin lege' eingezogen hatte. Nun erschienen Strafrechtslehrbücher auf dem Markt, die nicht mit der Geschichte des Strafrechts und seiner Wissenschaft einsetzten, sondern mit einem Alltagsfall, die den Stoff induktiv vortrugen, die den Allgemeinen und den Besonderen Teil, das Strafverfahren und die Kriminologie zwischen zwei Buchdeckeln zusammenbanden, die den Leser allenthalben auf die kriminalpolitischen Folgen einer strafrechtswissenschaftlichen Option aufmerksam machten. Nun wurde die Untersuchung, was die Strafrechtswissenschaft und die Strafrechtswissenschaftler in der Zeit zwischen 1933 und 1945 eigentlich getan hatten und was man daraus vielleicht lernen könnte, auch zu einer strafrechtswissenschaftlichen Beschäftigung. So gehörten Kriminologie, Strafverfahrensrecht, strafrechtliche Didaktik und Strafrechtsgeschichte — exemplarisch betrachtet — unversehens zur 'Strafrechtswissenschaft'.

Das war — und ist — eine neue Strafrechtswissenschaft: weiter ausgreifend, praktisch belehrt, politisch aufmerksam. Und es ist, neben der Kriminalpolitik, zuvörderst das Strafprozeßrecht, das von dieser Wende profitiert. Die Erweiterung des wissenschaftlichen Ausgriffs hat vor allem den Strafprozeß erfaßt und erhoben und hat dieses Fach in Forschung und Lehre stärker gemacht. Vor allem das strafprozessuale Denken ist verantwortlich für die Anreicherung strafrechtswissenschaftlicher Fragestellungen mit praktischer Klugheit, weil vor allem von dort die Erkenntnisse stammen, welche das materielle Strafrecht des Allgemeinen und Besonderen Teils in einen Verwendungszusammenhang stellen, der sich wissenschaftlich bearbeiten läßt. Und daß kriminalpolitische Aufmerksamkeit vor allem im Strafprozeß und in seinem Recht produziert wird, muß man angesichts der besonderen Nähe des Strafverfahrens zum strafrechtlichen Verfassungsrecht und angesichts seiner Eignung als Instrument einer effizienten Strafrechtspflege heute nicht mehr eigens begründen.

c) *Parteinahme.*

Die neue Strafrechtswissenschaft war nicht nur modal, sie war auch inhaltlich anders als die geisteswissenschaftlich fundierte (und

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

insoweit auch bornierte) Strafrechtslehre der deutschen Nachkriegszeit. Sie hat sich nicht nur im Bestand dessen, was als ihr legitimer Gegenstand gelten durfte, nicht nur in ihrem Interesse an praktischen Handlungsbedingungen und Folgen in Strafrecht und, vor allem, im Strafverfahren, nicht nur in ihrer Offenheit für die mit dem Strafrecht verbundene Politik gewandelt; sie hat auch anders Partei genommen in den Fragen, die für das Strafrecht zum Eingemachten gehören, die seine Grundlinien zeichnen, sein Proprium ausmachen.

Oder vielleicht hat sie nicht anders Partei genommen, sondern nur klarer? Vielleicht waren ja auch die Protagonisten eines prinzipienorientierten Strafrechts (wie etwa Welzel, Eberhard Schmidt, Mezger, Maurach oder Engisch) ähnlich Partei wie später die Protagonisten eines folgenorientierten Strafrechts (wie etwa Klug, Baumann, Arthur Kaufmann, Grünwald oder Roxin). Vielleicht war die Parteinahme früher einfach deshalb nicht so deutlich zu erkennen wie später, weil sich, wie gezeigt, die frühere Strafrechtswissenschaft empirisch nicht so klar erklärte wie die spätere, weil sie sich über Gebühr auf zu Weniges konzentrierte, weil sie zu viele naheliegende Fragen aus ihrem Gesichtskreis ausschloß, weil sie sich in einen geisteswissenschaftlichen Kokon einmantelte und die sozialwissenschaftlichen, überhaupt die empirischen, Dimensionen unseres Fachs vernachlässigte. Vielleicht. Es könnte so gewesen sein, ich weiß es nicht.

Aber ich glaube es nicht. Dazu waren die Entwürfe eines neuen Strafgesetzbuchs aus den Jahren 1960 und 1962, welchen die geisteswissenschaftliche Dogmatik der Nachkriegszeit ihren Stempel aufgedrückt hatte, zu fundamental unterschieden von den Alternativ-Entwürfen ab Mitte der sechziger Jahre, die den Geist der neuen Strafrechtswissenschaft atmeten.

Während die früheren Entwürfe eine papierene, bloß systematisierende und vervollständigende Fortschreibung des Früheren waren, schien mit den Alternativ-Entwürfen ab Mitte der sechziger Jahre ein neues Bild des Strafgesetzbuchs auf: neue Formen der Kriminalität aufnehmend, aber zurückhaltend in der Kriminalisierung; sorgfältig bedacht auf Gerechtigkeit und Wirksamkeit von Strafen und Maßregeln; offen für ermutigende Erfahrungen in fremden Strafrechtsordnungen, offen für empirische Belehrung

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

über Verbrechen und Strafe und offen für außerstrafrechtliche, mildere Instrumente des Rechtsgüterschutzes.

Die neue Strafrechtswissenschaft sah sich, ganz wie ihre Vorgängerin der frühen Nachkriegszeit, in der Pflicht, das Erbe des nationalsozialistischen Strafrechts aufzuarbeiten und dessen Tretminen zu entschärfen; sie sprach dabei freilich politisch entschlossener und, in Bezug auf Tatsachen, argumentativ klarer.

Sie baute auf die Grundlagen eines rechtsstaatlichen Strafrechts, wie es der Tradition der politischen Philosophie der Aufklärung in Westeuropa entsprach, und begann nach und nach auch, die Handreichungen des Grundgesetzes beim Schutz der Menschenrechte zu nutzen. Sie war auf den Beschuldigten und den Täter konzentriert und darauf bedacht, ihn zu schützen und ihm zu helfen. Sie übernahm in den wesentlichen Grundzügen die Anthropologie und die Systematik der früheren geisteswissenschaftlichen Strafrechtsdogmatik, stückte sie an und weitete sie aus durch Empirie und Praxis. Ihr war noch gegenwärtig, zu welchen Verheerungen strafrechtliche Instrumente führen können, wenn sie in den falschen Händen sind, und sie mißtraute eher der Verheißung, gesellschaftliche Konflikte ließen sich mit dem Strafrecht lösen.

II. *Von der Freiheit zur Sicherheit.*

1. *Verwerfungen.*

Etwa seit den achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts lassen sich in der Strafrechtsordnung der Bundesrepublik und im öffentlichen Diskurs über diese Strafrechtsordnung Veränderungen feststellen, welche Kriminalpolitik, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft erfassen und welche das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit nachdrücklich zu Gunsten der Sicherheit neu justieren. Diese Veränderungen beziehen sich auf das materielle Strafrecht, auf das Strafprozessrecht und auf den allgemeinen kriminalpolitischen Diskurs. Sie bewirken, daß das Strafrecht sich in Richtung eines Gefahrenabwehrrechts entwickelt, das die Herstellung und Bewahrung von Sicherheit zu seinem unmittelbaren Ziel macht. Die Entwicklung von einem freiheitsorientierten hin zu einem sicherheitsorientierten Strafrecht läßt sich in ihrer Herkunft, ihren

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Hintergründen und ihren Konsequenzen ziemlich klar beschreiben; sie ist, auch weit über die Grenzen des Strafrechts hinaus, wissenschaftlich und politisch breit diskutiert.

Diese Entwicklung hat schwer wiegende Konsequenzen. Sie verändert das Strafrecht in allen seinen Teilen — von der Kriminalpolitik bis hin zum Strafvollzug. Sie rückt Konzepte wie Effizienz, Ökonomie und Sicherheit in der Vordergrund und verschattet die traditionellen Garantien des Strafrechts, seine Eingriffsschranken und seine menschenrechtsfreundlichen Propria von Personalität, Schutz und Schonung.

Diese Entwicklung kennzeichnet nicht nur Kriminalpolitik und Strafrecht; sie verdankt sich langfristigen Verwerfungen in Gesellschaft und Staat und wirkt ihrerseits auf sie zurück. Diese Verwerfungen sind gut untersucht. Sie lassen sich benennen als Desorientierung und Risikofurcht: als Konsequenzen des Verlusts von Gelassenheit und Vertrauen, ein Verlust, der seinerseits Kontroll- und Strafbedürfnisse nährt. Eine Gesellschaft, die sich nicht zutraut, das Morgen zu gestalten und das Übermorgen vorzubereiten, weil sie angesichts als zerstörerisch und unbeherrschbar wahrgenommener Risiken (Krieg, Umweltzerstörung, Terrorismus, sozialer Abstieg und Armut, organisierte Kriminalität, Globalisierung, Migration) keine tauglichen Hilfsmittel und begehbaren Auswege sieht, wird kontrollieren und strafen, wo das nur möglich ist. Und sie ist in der Gefahr, dabei kein Maß zu finden. Selbst der liberale Staat wird Schwierigkeiten haben, sich dieser Sicht der Welt zu verschließen und sich diesen Bedürfnissen zu verweigern.

Diese Entwicklung steht mit dem folgenorientierten Strafrecht in einem intrikaten Zusammenhang. Erst diese Entwicklungsstufe des Strafrechts ist nämlich imstande, Folgen strafrechtlichen Handelns (und Unterlassens) zu einem wissenschaftlichen Problem zu machen. Einem streng prinzipienorientierten Strafrecht würden maßlose Kontrolle und Strafe nicht unterlaufen: es wäre schon an den Folgen der Strafjustiz nicht wissenschaftlich interessiert, und an deren Behebung auch nicht. Macht das Strafrecht aber die Bewirkung günstiger und die Vermeidung ungünstiger Folgen zu seinem Programm, entwirft und rechtfertigt es sich also als präventives Instrument, so hat es diese Unschuld verloren und seine Rolle gefunden: ein Instrument im Kontext sozialer Kontrolle zu sein. Wie

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

es eine 'Dialektik der Aufklärung' gibt, so gibt es auch eine 'Dialektik der Prävention': Der menschenfreundliche und zeitgerechte Horizont gerät zur Falle und zur Fessel, wenn er sich verselbständigt, wenn er zu permanenter Korrektur nicht mehr in der Lage ist; das präventiv orientierte Strafrecht verliert sein Maß, wenn es nicht versteht (oder nicht eingesteht), daß es nicht sämtliche Folgen bewirken kann (und sie auch nicht zu jedwedem Preis bewirken wollen darf).

2. *Materielles Strafrecht.*

a) *Verbote und Strafdrohungen.*

Im materiellen Strafrecht realisiert sich diese Entwicklung dadurch, daß Handlungsspielräume der Bürger durch strafrechtliche Verbote zunehmend eingeschränkt werden. Das materielle Strafrecht dehnt sich aus unter Einsatz und Verschärfung derjenigen Mittel, die es immer schon hat: durch neue Verbote, durch eine Verschärfung schon bestehender Verbote und durch strengere Strafdrohungen. Diese Reformen konzentrieren sich auf alle Bereiche der 'modernen' Kriminalität, insbesondere auf Wirtschaft und Umwelt, auf Datenverarbeitung, Betäubungsmittel, aber auch auf vielfache Erscheinungsformen des Nebenstrafrechts.

Tatbestände, die Verhaltensweisen zum ersten Mal unter Strafe stellen, finden sich insbesondere auf den Feldern von Umweltschutz und Wirtschaft. Verschärfte Strafdrohungen finden wir exemplarisch im Bereich der Betäubungsmitteldelikte. Die 'fragmentarische Natur' des Strafrechts ist eine Formel von gestern, Reform durch Entkriminalisierung ist ein anachronistisches Konzept.

b) *Abstrakte Gefährdungsdelikte.*

Der Gesetzgeber bedient sich in stark zunehmendem Maß der tatbestandlichen Schutztechnik des abstrakten Gefährdungsdelikts. Diese Deliktsform ist dem Strafrecht zwar seit langer Zeit — und auch mit Recht — wohlbekannt. In den komplexen Gesellschaften der Moderne wachsen allenthalben komplexe Institutionen heran, die gerade wegen ihrer Komplexität besonders verletzlich sind. Ihr Funktionieren ist überdies — vom Reisen über die Telekommuni-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

kation oder die Energieversorgung bis hin zu automatisierten Zahlungen — typischerweise eine notwendige Voraussetzung für einen reibungslosen Alltag der Menschen, die auf solche Institutionen angewiesen sind. Abstrakte Gefährdungen sind in einer komplexen Umgebung also besonders gefährlich, und deshalb sind abstrakte Gefährdungsdelikte grundsätzlich eine angemessene Schutztechnik im Strafrecht der Moderne.

Ihre Häufung aber ist ein Kennzeichen besonders nachdrücklicher Kriminalisierung mit dem Hang, die Strafrechtsanwendung im justitiellen Alltag zu vereinfachen und ihr Feld zu erweitern:

Abstrakte Gefährdungsdelikte erleichtern dem Strafrichter den Tatnachweis und erschweren dem Beschuldigten seine Verteidigung. Sie sind eine merkmalarme Beschreibung strafrechtlichen Unrechts: die von ihnen benötigten Voraussetzungen der Strafbarkeit sind karg und vergleichsweise schnell zur Hand. Sie verzichten auf den Nachweis der Verletzung eines Rechtsguts (und damit auch der Kausalität) und begnügen sich typischerweise mit dem Nachweis einer für das Rechtsgut abstrakt gefährlichen Handlung. Neben dieser Reduzierung des strafrechtlichen Prüfprogramms lassen abstrakte Gefährdungsdelikte das strafrechtliche Unrecht und die Schuld des Täters verblassen, eben weil sie — anders als die klassischen Verletzungsdelikte des Strafrechts — als Voraussetzung der Strafbarkeit nur noch eine für Rechtsgüter gefährliche Handlung und nicht mehr eine Verletzung von Rechtsgütern verlangen. Die Strafrechtswissenschaft sollte die Entwicklung dieser Schutztechnik also weiterhin kritisch beobachten.

c) *Rechtsgüter.*

Auch die Neigung des modernen Strafgesetzgebers, Rechtsgüter zu bedienen, die zugleich vage formuliert und nicht mehr unmittelbar an individuellen Interessen einer Person ausgerichtet sind, macht das Strafrecht zugleich diffus und weiträumig. Diese Neigung richtet sich auf Interessen der Allgemeinheit, die sie ausladend formuliert; so produziert sie Universalrechtsgüter in vager Semantik. Diese Rechtsgüter gestatten dem Strafgesetzgeber die Kriminalisierung fast aller möglichen abweichenden Verhaltensweisen und nehmen dem Konzept des Rechtsguts sein Kontrollpotential, seinen

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'Biß'. So sind etwa die Wahrung der Volksgesundheit oder der Schutz des Kapitalmarkts strafgesetzliche Ziele, unter deren weitem Dach viele strafrechtliche Verbote unbehelligt siedeln können.

Damit im Zusammenhang steht ein Funktionswechsel des Rechtsgutskonzepts: Während dieses Konzept seiner Tradition nach die negative Bedeutung hatte, den Gesetzgeber daran zu hindern, Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, für die sich ein Rechtsgut nicht finden lässt, setzt sich im kriminalpolitischen Diskurs nunmehr Schritt für Schritt die — positiv gewendete — Ansicht durch, der Gesetzgeber müsse all das, was als Rechtsgut betrachtet werden kann, auch mit Strafe schützen. Dieser Funktionswandel ist radikal und für die Grenzen strafrechtlicher Gebote und Verbote weitreichend; das Konzept des Rechtsguts verkündet nunmehr eine neue, eine ganz andere Botschaft: die Botschaft eines Kriminalisierungsgebots, des Rechts der Bürger auf Sicherheit durch Strafrecht. Das Rechtsgut ist von einem strafrechtskritischen zu einem strafrechtsfreundlichen Topos geworden.

3. *Formelles Strafrecht.*

Auch die Veränderungen des Strafverfahrensrechts sind durch Verschärfungen und durch Ausweitungen strafrechtlicher Kontrolle gekennzeichnet. Reformen haben sich in den vergangenen Jahrzehnten vor allem auf das Ermittlungsverfahren konzentriert, und sie haben dort die Eingriffsinstrumente erweitert und verschärft. Dadurch wurden überkommene Prinzipien des formellen Strafrechts, wie etwa der Tatverdacht als legitimierende Voraussetzung von Ermittlungen im Strafverfahren oder die grundsätzliche Offenheit von strafrechtlichen Ermittlungen, in ein neues Licht gestellt.

a) *Heimlichkeit der Ermittlungen.*

Im modernen Strafverfahren haben Ermittlungsmethoden rasant zugenommen, von deren Einsatz die jeweils Betroffenen nichts wissen und auch nichts wissen dürfen. Das ist zum einen der modernen Kommunikationstechnologie geschuldet, etwa beim Aushorchen oder beim Beobachten; bekommen die jeweils überwachten Personen mit, daß sie überwacht werden, so ist die Überwachung dadurch regelmäßig sinnlos geworden; das gilt etwa für Telefonü-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

berwachung, Rasterfahndung oder langfristige polizeiliche Observation. Auch ist die Heimlichkeit der Ermittlungen im Strafverfahren eine grundsätzlich angemessene Antwort auf die Benutzung solcher Technologien durch viele von uns und natürlich auch durch die verdächtigen Personen selbst. Das Ermittlungsverfahren ist ja nicht umso rechtsstaatlicher ausgestaltet, je technisch rückständiger es ist; es gibt hier kein allgemeiner Methodenverbot. Endlich ist anzuerkennen, dass der deutsche Gesetzgeber — unterstützt durch die Strafgerichte und das Bundesverfassungsgericht — als Gegengewicht zu dieser Entwicklung an vielen Stellen versucht hat, eine Pflicht zur Information der Betroffenen zu formulieren, sobald die strafrechtlichen Ermittlungen das erlauben; diese Pflicht kann wenigstens die Folgen heimlicher Ermittlungen für die Betroffenen etwas abmildern.

Gleichwohl ist in Rechnung zu stellen, dass die Situation einer Person, welche von Ermittlungen, die gegen sie geführt werden, nichts weiß, sich von der Situation derjenigen Person fundamental unterscheidet, in deren Angesicht die strafrechtlichen Ermittlungen stattfinden, wie etwa körperliche Untersuchung, Durchsuchung der Wohnung oder Beschlagnahme von Sachen. Beidesmal sind die Chancen, sich auf die Ermittlungen einzustellen und das äußere Verhalten entsprechend einzurichten, ganz verschieden verteilt; und auf diese Chancen kommt es im Strafverfahren, auch und besonders im Ermittlungsverfahren, durchaus an. Wer nicht weiß, daß und wie gegen ihn ermittelt wird, steht in der Gefahr, zum bloßen Ausforschungsobjekt des Verfahrens zu werden. Ihm sind, für die Dauer der heimlichen Eingriffe, die Möglichkeiten versperrt, diesen Eingriffen als Person zu begegnen.

b) *Ermittlungen gegen Dritte.*

Ebenfalls Konsequenz moderner Kommunikationstechnologien ist der Umstand, dass sich strafrechtliche Ermittlungen in einem wesentlich größeren Umfang als früher auf unbeteiligte Dritte erstrecken. Die langfristige polizeiliche Beobachtung, der Einsatz verdeckter Ermittler, die Telefonüberwachung oder gar die Rasterfahndung sind Ermittlungsinstrumente, die zwangsläufig auch auf Unbeteiligte zugreifen und sie in das Netz der Ermittlungen einbeziehen. Hier hat der deutsche Gesetzgeber die Streuwirkung freilich

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

noch verstärkt, indem er solche Ermittlungsmethoden auf unbeteiligte 'Begleitpersonen' bewusst ausgedehnt hat. Er hat damit das strafrechtliche Prinzip des Tatverdachts, das ja als legitimierende Grundlage Eingriffe in Grundrechte gegenüber Personen rechtfertigen soll, die als unschuldig zu gelten haben, in ein neues Licht gestellt; gegenüber diesen dritten Personen besteht kein Tatverdacht, und gleichwohl sind sie von den Ermittlungen betroffen.

Die Lehre vom Strafprozess wird diese Veränderungen in den Grundlagen des formellen Strafrechts noch verarbeiten müssen — von einer begrifflichen, systemischen und normativen Neukonstitution des Tatverdachts über die Möglichkeit einer Rechtfertigung strafrechtlicher Ermittlungen gegen unbeteiligte Personen bis hin zu praktischen Rechtsfolgen wie etwa Informationspflichten der Ermittlungsbehörden oder Löschungsgebote bezüglich 'dritter' Daten im Einzelfall. Man kann derzeit nicht sagen, daß die deutsche Lehre vom Strafverfahren sich diesen Aufgaben gestellt hätte; folglich ist auch der Gesetzgeber kaum in der Lage, auf die rasanten Entwicklungen der Eingriffstechnologie normativ angemessen zu reagieren und sie in ein Gesamtkonzept einzubinden, das nicht nur den Kontrollbedürfnissen der Strafverfolgung und den Informationsmöglichkeiten der Kommunikationstechnologie, sondern auch den Anforderungen des strafrechtlichen Verfassungsrechts genügt. Dieser Teil des deutschen Strafrechts ist kein Ruhmesblatt für Wissenschaft und Praxis.

c) *Vorfeldermittlungen und Datenaustausch.*

Auf vielen anderen Gebieten lässt sich beobachten, dass die Kontrollbedürfnisse der modernen Risikogesellschaft auch im Strafrecht zur Intensivierung und Ausweitung formeller Eingriffe führen. Das gilt etwa für so genannte Vorfeldermittlungen, die schon vor der Existenz eines Tatverdachts als kontrollierende Eingriffe möglich sein sollen und die natürlich ebenfalls dringlich die Frage aufwerfen, wie sich, jenseits des Tatverdachts, solche Eingriffe rechtfertigen lassen. Es gilt gleichfalls für wachsende Bedürfnisse nach einem Datenaustausch zwischen der Polizei und anderen informationssammelnden Institutionen wie etwa den Geheimdiensten, und es lässt sich beobachten am öffentlichen Niedergang der

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Grundsätze des Datenschutzes — eine Entwicklung, die dazu führt, dass dieses einst wichtige und angesehene Prinzip heutzutage vor allem als Verhinderer effizienter Ermittlungstätigkeit von Staatsanwälten und Polizei angesehen wird; der Datenschutz ist im deutschen kriminalpolitischen Diskurs heute kein tragfähiges Argument mehr.

'Datenschutz ist Täterschutz' bringt das etwas holprig, aber mit durchschlagender Überzeugungskraft auf den Punkt, zu dem hin die Dinge sich entwickelt haben: daß ein anständiger Bürger nichts zu verbergen (und folglich gegen Datenaustausch nichts einzuwenden) hat, ist die sozialmoralische Melodie dieser Entwicklung; daß wir uns nicht künstlich dumm zu stellen brauchen und die Daten, die wir schon haben, auch müssen einsetzen dürfen, ihre kriminalpolitische. Der Bedeutungsverlust des Datenschutzes in der öffentlichen Wahrnehmung ist ein besonders markantes Anzeichen der allgemeinen Abwendung von Konzepten der Freiheit und der Hinwendung zur Sicherheit. Mir erklärt sich dieser Verlust so, daß die Kraft gesellschaftlicher Kontrollbedürfnisse in einer Risikogesellschaft beim Datenschutz noch durch einen weiteren schnellen und fundamentalen Wandel verstärkt wird: den Wandel des gesellschaftlichen Konzepts der Privatheit, der in wenigen Jahrzehnten Haltungen wie Scham oder Geheimnis in Haltungen wie *Outing* oder Wahrnehmbarkeit verändert hat.

d) *Absprachen im Strafprozeß.*

Endlich ist der so genannte 'Deal' ein deutlicher Indikator für den Niedergang einer Kultur des Strafverfahrens, in der es nicht nur auf die Effektivität von Ermittlungen, sondern auch darauf ankommt, die betroffenen Personen so gut wie möglich zu schützen und mit Rechten auszustatten. Diese Technik des Aushandelns von Ergebnissen eines Strafverfahrens unter Eingriff in die hergebrachten Grundsätze der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, der Beteiligung sämtlicher betroffener Personen an der Wahrheitssuche und des Gebots, den Sachverhalt hinreichend zu ermitteln, ist mittlerweile fest etabliert und wird den Gesetzgeber am Ende auch daran hindern, die herkömmlichen Strukturen der formalisierten Wahrheitssuche in der Praxis wieder herzustellen. Auch hier ist

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'Effizienz' der zentrale Motor der Entwicklung, und die Kraft dieses Motors bedroht die schützenden Formen, die im formellen Strafrecht seit dem frühen 19. Jahrhundert die Rechte der vom Strafverfahren betroffenen Personen bewahren wollten und die Kultur dieses Verfahrens ausgemacht haben.

4. *Kriminalpolitischer Diskurs.*

a) *Staat.*

Im kriminalpolitischen Diskurs unserer Tage stehen einander nicht mehr der freiheitsbedrohende Staat und der seine Freiheit verteidigende Bürger gegenüber; diese Frontlinien haben sich gründlich verschoben. Die erwähnten Erweiterungen strafrechtlicher Verbote und die Verschärfungen strafrechtlicher Kontrolle haben sich keineswegs als Herrschaftsinteressen des Staates als des Leviathan gegen den Willen einer freiheitsliebenden Bevölkerung durchgesetzt, wie man sich das früher noch modellhaft vorstellte in einer theoriegeschichtlichen Situation, da Grundrechte vor allem als Abwehrrechte gegen den Staat gegolten haben.

Der Staat hat zwischenzeitlich seine Rolle gegenüber den Bürgern, auch in der Sicht dieser Bürger, fundamental gewandelt. Er tritt im kontroll- und im kriminalpolitischen Diskurs nicht mehr als derjenige auf, welcher Freiheitsinteressen der Bürger bedroht (und folglich an die Kette des Rechts gelegt werden muss); er ist vielmehr zu einem Partner, zu einem Verbündeten einer Gesellschaft herangewachsen, die durch Risikoangst und durch Verbrechensfurcht getrieben ist und den Staat vor allem als Garanten von Sicherheit nachfragt und in Anspruch nimmt. In diesem Diskurs hat sich das Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit fundamental zu Gunsten der Sicherheit gewandelt, und der Staat konnotiert mit Herstellung bürgerlicher Sicherheit, nicht mit Gefährdung bürgerlicher Freiheit. Er ist nicht mehr Bedrohung, sondern Hoffnungsträger und Verbündeter.

Der Topos eines 'Grundrechts auf Sicherheit', der Karriere gemacht hat nicht nur in der Kriminalpolitik, sondern auch in der Wissenschaft, bündelt diese Entwicklung von Staat und Bürgern, von Sicherheit und Freiheit wie in einem Brennglas. Er spielt mit der

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

traditionellen, fruchtbaren und erhellenden Einsicht, daß es im Kontext von Freiheit und Sicherheit kein harmonisches Miteinander gibt, sondern Streit. Er überwindet die Vorstellung, Grundrechte seien im Wesentlichen dazu da, Freiheit zu garantieren (freilich auf dem Boden und im Rahmen einer grundsätzlich gewährleisteten Sicherheit). Er verdrängt die Spannung, in der Freiheit und Sicherheit zueinander stehen, und schiebt die Erfahrung beiseite, daß Sicherheit in unserer Welt ohne Einschränkung von Freiheit nicht zu haben ist. Er verdunkelt so die Notwendigkeit, trotz aller aktuellen Bedrängnis und Bedrohung den Horizont der Freiheit offen zu halten.

b) *Verbrechen*

Zu dieser Entwicklung im Verhältnis von Staat und Bürgern, Freiheit und Sicherheit passen die Annahmen, welche heutzutage den Standort, die Rolle und die Aufgaben des Strafrechts bestimmen. Auch diese Annahmen sind geprägt von der Erwartung, daß

— die Risiken, mit denen wir zu leben haben, bedrohlich überhand nehmen,

— wir alles daran setzen müssen, sie zu beherrschen,

— wir uns die wohlgemute, aber naive Freiheitlichkeit von gestern nicht mehr leisten können und

— das Strafrecht mit seinen scharfen Instrumenten für Ermittlung und Sanktion ein probates Mittel von Kontrolle und Risikobeherrschung ist.

Die Kriminologen haben die 'gefühlte' Bedrohung durch das Verbrechen entdeckt — also die Unterscheidung zwischen der realen Wahrscheinlichkeit, Opfer eines Verbrechens zu werden, und der realen Verbrechensfurcht der Bevölkerung. Diese Verbrechensfurcht hat mit der realen Bedrohung durch das Verbrechen normalerweise nicht viel zu tun: Subjektive Verbrechensfurcht und objektive Verbrechensbedrohung driften natürlich gerade auf denjenigen Feldern auseinander, auf denen sich unsere Risikoangst entzündet und für deren Kontrolle wir nach dem sichernden Staat rufen.

Die aktuelle Kriminalpolitik nimmt diesen Ruf und die Unterscheidung der Kriminologen auf, sie arbeitet mit Nachdruck am Konzept der Verbrechensfurcht und stellt den Opferschutz ins

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Zentrum strafrechtlicher Ziele. Das tut sie in einem demokratischen Staat mit Recht: die Sicherheitsbedürfnisse der Bevölkerung sind ein zentrales Politikum. Man darf aber nicht aus den Augen verlieren, daß die schlichte und einseitige Bedienung dieser Bedürfnisse das Strafrecht auf die Dauer ruinieren kann: Verbrechensfurcht ist kriminalpolitisches Gift für die Garantien und Schutzmechanismen, die das Strafrecht von Verfassungswegen und auch von seinen menschenrechtsfreundlichen Traditionen her braucht. Die Anzeichen einer Vergiftung sind schon heute gut sichtbar.

Genuine strafrechtliche Konzepte wie etwa die *ultima ratio* des strafrechtlichen Eingriffs, die Personalität der Schuld oder die Orientierung am Täter geraten in den Hintergrund eines auf effektive Sicherheit ausgerichteten, eines auf Verbrechensfurcht und Opferschutz konzentrierten Strafrechts. Dazu passt die schon erwähnte Funktionsveränderung des strafrechtlichen Rechtsguts, das von einer negativen, einer kritischen, in eine positive, eine kriminalisierende, Rolle gewechselt ist. Die zu erwartende und schon deutlich absehbare Entwicklung hin zu einem europäischen Strafrecht wird, wenn nicht alle Zeichen trügen, ihrerseits zu einer Nivellierung und Absenkung der Schranken führen, welche den strafrechtlichen Eingriff nach herkömmlicher Vorstellung hemmen und begrenzen sollen.

Besonders grell bündelt sich diese Entwicklung in der Vorstellung eines 'Feindstrafrechts', das dem klassischen 'Bürgerstrafrecht' eine neue Ordnung von strafrechtlicher Reaktion auf Verbrechen gegenüberstellt, in welcher den 'Feinden' unserer Rechtsordnung der volle Gehalt von Menschenwürde und Personalität nicht mehr gewährt wird, was rechtfertigen soll, auch die strafrechtlichen Eingriffsschranken zu schleifen. Das wäre das Ende eines Traums der europäischen Moderne: des für alle geltenden Rechts. Denn ein solches Feindstrafrecht wäre kein Recht; es wäre eine Gewaltordnung. die sich der Fesseln entledigt hat, die in einem Rechtsstaat jeglicher Eingriff tragen muß.

5. *Gefahrenabwehr.*

Bringt man diese Entwicklungen von Strafrecht und Kriminalpolitik auf den Punkt, so wird man sagen können, dass sich das

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Strafrecht zu einem Gefahrenabwehrrecht hin entwickelt. Die klassischen strafrechtlichen Ziele wie Vergeltung und Sühne sind längst in den Hintergrund getreten; die Prävention — die Besserung des Straftäters, die Abschreckung aller anderen und die Sicherung des Normvertrauens — ist das zentrale Paradigma, zu dem eine Alternative nicht in Sicht ist. Mächtige Kontrollbedürfnisse verlangen vom Strafrecht Effizienz und Sicherheit. Nicht die limitierende Kraft des Schuldprinzips, welche das Strafrecht klassisch in Schranken gehalten hat, sondern Versuche, seine Eingriffe mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu bändigen, stehen im Vordergrund. Die überkommenen Gewißheiten, dass im Strafrecht 'sozialethische Unwerturteile' gefällt werden und dass die Person des Betroffenen deshalb im Mittelpunkt zu stehen hat, sind angesichts von Kontrolle und Gefahrenbeherrschung zu Konzepten von gestern geworden; sie sind verblaßt, machen in einem auf Risikobeherrschung und Gefahrenabwehr reduzierten Strafrecht keinen Sinn, ja sie behindern diese Ziele eher.

Auf diese Entwicklungen müssen sich nicht nur die Politik und die Praxis des Strafrechts, sondern muß sich auch die Strafrechtswissenschaft einstellen. Die Kriminologie muß sich mit der Frage beschäftigen, wieviel Sicherheit das Strafrecht zu welchen Kosten und mit welchen 'Kollateralschäden' wirklich herstellen kann. Die Wissenschaften vom Strafrecht, vom Strafprozeßrecht und auch vom Strafvollzug müssen sich an den Versuchen beteiligen, der Sicherheitsorientierung des Strafrechts einen rechtsstaatlichen Rahmen zu geben.

Es reicht nicht aus — wie es die deutsche kritische Strafrechtslehre Jahrzehnte lang getan hat —, gegenüber sicherheitspolitischen Zumutungen abwehrend darauf hinzuweisen, dass das Verfassungsrecht Garantien formuliere, die gerade das Strafrecht meinen und die sich dadurch rechtfertigen, dass es hier nicht nur um besonders intensive Eingriffe in Ehre, Freiheit und Eigentum, sondern vor allem auch darum geht, den betroffenen Personen 'sozialethisch' gerecht zu werden. Das ist zwar richtig, reicht aber nicht mehr aus. Heute ist es auch Aufgabe der Wissenschaft, die Grenzen mit zu bestimmen und mit zu begründen, bis zu denen das Strafrecht eine Bedienung der aktuellen Sicherheits- und Kontrollbedürfnisse verträgt und ab denen es sein Proprium gefährdet, ab denen es die drei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Kennzeichen einbüßt, die es aus zwingenden Gründen im Gesamt der Rechtsordnung auszeichnen: Personalität, Schutz und Schonung.

Auch ein auf Herstellung von Sicherheit konzentriertes Strafrecht ist Strafrecht und nicht Gefahrenabwehrrecht. Es erfährt seine Schranken nicht (erst) aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sondern (schon) aus der limitierenden Funktion des Schuldprinzips. Es ist auf die Person des Täters konzentriert und muß dieser Person gerecht werden. Im Strafrecht geht es nicht nur um Eingriffe in die Grundrechte der Freiheit, der Ehre und des Vermögens, sondern auch um ein 'sozialethisches Unwerturteil'; daraus folgt eine Pflicht zu größtmöglicher Schonung aller Betroffenen und zu permanenter Offenheit gegenüber milderen Mitteln. Das Strafrecht muß die Suche nach der Wahrheit ernst nehmen und absichern. Sicherheit ist nicht sein Ziel, sondern bestenfalls seine Folge; sie kann sich nur herstellen im Rücken stetiger, auf Personalität und Angemessenheit verpflichteter und streng regulierter Antwort auf das Verbrechen.

III. *Zusammenfassung.*

Es sind markante Linien, die das deutsche Strafrecht in Praxis und Wissenschaft seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs kennzeichnen.

Erfahrungen mit dem barbarischen Strafrecht der Nazis haben zuerst die Suche nach Maßstäben gerechter Strafgesetze in übergesetzlichem Recht und eine Strafrechtswissenschaft gefördert, die sich auf die allgemeinen Lehren des Strafrechts und deren Grundlagen konzentriert hat. Erst mit dem letzten Drittel des vergangenen Jahrhunderts wurde auch die Kriminalpolitik, wurden Empirie und Praxis Gegenstand der Wissenschaft, weitete sich der Blick auf die anderen Felder der 'Gesamten Strafrechtswissenschaft', wurde Prävention zum beherrschenden Ziel des staatlichen Strafens.

Dieses Ziel, welches das Strafrecht auf die Bewirkung günstiger Folgen verpflichtet, trifft in den letzten Jahrzehnten auf gesellschaftliche Entwicklungen wie Risikoangst, Verbrechensfurcht und Kontrollbedürfnisse; es erfährt von diesen Verstärkung und Veränderung. Vor allem vom Einsatz strafrechtlicher Instrumente erwartet man Schutz und Sicherheit. Dies führt zur Verschärfung dieser

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Instrumente und zur Intensivierung ihres Einsatzes im materiellen Strafrecht und im Strafprozeßrecht und zu einem Rückbau der Garantien und Eingriffsschranken aus dem strafrechtlichen Verfassungsrecht. Gegen die Tendenz, das Strafrecht in ein Gefahrenabwehrrecht zu verwandeln und es vor allem auf die Herstellung von Sicherheit zu verpflichten, spricht das Proprium des Strafrechts: Personalität, Schutz und Schonung.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIOVANNI FIANDACA

LEGALITÀ PENALE E DEMOCRAZIA

1. Le considerazioni che seguono sono incentrate sul principio di legalità in materia penale, visto in rapporto con la democrazia. Questa angolazione prospettica può apparire inusuale, se non proprio eccentrica. Eppure, sol che appena si rifletta, ci si accorge che la legalità penale in una accezione moderna ha certamente a che fare con la democrazia politica, e ciò sotto aspetti diversi e in qualche misura convergenti.

La sollecitazione a soffermarsi sui rapporti tra diritto penale e democrazia è, del resto, non nuova né recentissima. Non a caso, il tema ha vissuto significativi momenti di emersione all'indomani della seconda guerra mondiale, con il risorgere in Europa delle concezioni politiche democratiche. Lo testimoniano — tra l'altro — alcune pagine in questo senso emblematiche di Giuseppe Bettiol, contenute in un aureo libretto di filosofia penalistica intitolato *Il problema penale*, che mi piace richiamare come premesse alla mia analisi. Invero, Bettiol — che fu uno dei maggiori penalisti italiani del Novecento e, tra questi, uno dei più attenti alle matrici filosofiche e politiche delle dottrine penali — dedicava il secondo capitolo di quel prezioso testo al problema delle connessioni tra diritto penale e politica, articolando il discorso in relazione — rispettivamente — al liberalismo (di destra e di sinistra), alle correnti marxiste, all'autoritarismo e totalitarismo di destra e, infine, alla democrazia. Proprio con riferimento a quest'ultima, nel contrapporre al « totalitarismo penale » quella che egli stesso definisce « democrazia penale », Bettiol abbozza una sintesi di alcune direttrici di fondo di un diritto penale 'a sfondo democratico', istituendo significativamente un collegamento tra principio di legalità, concezione democratica e autonomia morale della persona umana: « Un diritto penale che sia veramente democratico deve innanzitutto rispettare le esigenze della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

natura morale e quindi razionale dell'individuo [...]. Il diritto penale è limite all'interesse statale nel campo della penalità e quindi è negazione del terrore. Va da sé, quindi, che nell'ambito di un diritto penale democratico il principio di legalità non abbisogna di particolari giustificazioni: esso serve a garantire la libertà individuale anche se la sussunzione del fatto sotto la norma non va intesa in senso puramente meccanico, eliminando ogni possibilità di apprezzamento da parte del giudice » (1).

I passi citati, ricchi di tensione etico-politica, prospettano — al di là di una evidente enfatizzazione di motivi filosofici ancorati al personalismo cristiano (2) — una tesi fondamentale, che riassumerei così: il principio penalistico di legalità deve, nell'ambito di una democrazia, orientarsi anch'esso in senso democratico.

Si tratta di una tesi che merita di essere fatta oggetto di verifica, per saggiarne significato e limiti, alla stregua della duplice evoluzione sia del diritto penale, sia dei sistemi democratici.

2. Nella manualistica contemporanea, non solo italiana, il principio di legalità continua a essere considerato un principio-cardine del sistema penale, ribadendosi che la sua matrice politico-ideologica affonda le radici nell'Illuminismo: in questa prospettiva esso conserverebbe la funzione di soddisfare fondamentali esigenze di garanzia, mettendo il cittadino al sicuro da possibili (e temibili) arbitrii non solo del potere esecutivo, ma anche del potere giudiziario. A questa originaria matrice, di stampo garantistico-liberale e connessa al più generale principio della separazione dei poteri pubblici, se ne aggiunge una seconda, parallela all'affermarsi del principio democratico e del suffragio universale: divenendo cioè il Parlamento espressione della volontà dell'intero popolo, ne seguirebbe — come si legge ad esempio in un recente manuale — « che attribuirgli il monopolio della produzione delle norme penali, signi-

(1) G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, Priulla, 1948, p. 49.

(2) Sul retroterra culturale dell'autore cfr., G. MARINI, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*, Napoli-Roma, ESI, 1985.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fica assicurare — a garanzia della libertà dei cittadini — una più forte legittimazione politica delle scelte punitive dello Stato » (3).

D'altra parte, questa doppia giustificazione del principio penalistico di legalità — in chiave sia liberal-garantista, sia democratica — non rappresenta affatto una peculiarità esclusiva della legalità in materia penale. È stato, infatti, di recente osservato nel contesto di una riflessione sul principio di legalità inteso in un'accezione più generale: « garantismo e democraticità sono le due *parole chiave* che servono per comprendere le discussioni sul principio di legalità, esprimendo probabilmente i nodi concettuali essenziali del problema » (4). Ma appunto perché l'istanza garantista e l'istanza democratica rappresentano i due 'fili rossi' della discussione attuale sulla portata del principio di legalità, si tratta di verificare come essi si rapportino l'un l'altro: ciò con riferimento, per un verso, al principio di legalità come principio generale dell'ordinamento e, per altro verso, alla più specifica legalità penale.

In effetti, nella letteratura penalistica l'attenzione degli studiosi si è tradizionalmente incentrata soprattutto sul versante garantista della legalità. Il che non deve peraltro sorprendere, se si considera che i problemi del garantismo in materia penale si accentuano e drammatizzano proprio per effetto della particolare durezza delle sanzioni penali, che ne fa paradossalmente un''arma a doppio taglio' — cioè strumento di tutela di beni giuridici che, tuttavia, nel contempo comprime pesantemente i diritti fondamentali della persona che la subisce. Comparativamente meno approfondito risulta, invece, il versante relativo alla garanzia democratica della legalità penale: essendo verosimilmente i temi e i problemi della democrazia più congeniali ai costituzionalisti e ai politologi, che non ai penalisti di professione. Se ciò è vero, è anche vero forse che questa minore propensione del penalista ad approfondire i nessi tra legalità e democrazia si giustifica di meno nell'attuale fase storica, una volta che il vecchio positivismo giuridico di matrice ottocentesca mostra segni di cedimento anche all'interno della cultura penalistica e una

(3) G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Milano, Giuffrè, 2006², p. 31.

(4) S. Pajno, *Considerazioni sul principio democratico e sul principio di legalità*, in « Dir. pubbl. », 2005, pp. 467 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

volta che è stato messo a fuoco un volto costituzionale dello stesso illecito penale: per cui l'ammissione del geniale (e controverso) Carl Schmitt « io vengo dal diritto penale e ho dovuto riconoscere che anche questo è Costituzione » (5), se poteva suonare anticonformista e provocatoria fino a un recente passato, oggi potrebbe — volendo — fungere da monito per procedere con convinzione ed energia lungo la strada di una rifondazione in chiave costituzionale del magistero punitivo.

Quale che sia il punto di vista che si ritenga di dovere esprimere sull'attuale livello di sviluppo della rilettura costituzionalistica del sistema penale (v. *infra*, par. 7), dedicare maggiore attenzione al problema dei possibili nessi tra legalità penale e democrazia può non risultare sforzo vano: tra le questioni controvertibili dell'approccio costituzionale rientra, infatti, anche quella relativa al modo di fare interagire vincoli costituzionali e democrazia politica.

3. Nell'ambito della elaborazione penalistica corrente, la garanzia democratica sottesa al principio di legalità viene riconnessa — come abbiamo visto — all'esigenza di dare forte legittimazione politica alle scelte di tutela penale. Questa esigenza di legittimazione si spiega — lo ribadiamo — in considerazione del fatto che la sanzione penale è una medicina cui ricorrere con molta precauzione per i negativi effetti collaterali che ne derivano.

Ora, è essenziale innanzitutto che il principio di legalità, nella sua primaria funzione garantista di baluardo posto a presidio della libertà individuale, assicuri i cittadini che « lo Stato [...] non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato » (Corte cost. n. 364/1988): così soddisfacendo il diritto fondamentale di ciascuno a conoscere *in anticipo* i fatti penalmente sanzionati, in modo da far dipendere da una libera scelta individuale la decisione se realizzare o no comportamenti cui l'ordinamento reagisce con le sanzioni più intrusive della sfera personale. Ma, per assicurare la sola certezza giuridica in termini di prevedibilità e calcolabilità del rischio penale, non sarebbe indispensabile concepire il principio di legalità come *riserva di legge*: allo scopo di

(5) C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste,* trad. it. a cura di G. Agamben, Vicenza, Neri Pozza editore, 2005, p. 167.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

informare preventivamente i cittadini basterebbe la precostituzione della regola di condotta da parte di una fonte normativa qualsiasi, anche di rango inferiore alla legge in senso formale.

L'essere invece il potere di definire i reati riservato al monopolio legislativo — con conseguente (tendenziale) esclusione di fonti normative di grado inferiore (6) — intende, in realtà, promettere qualche cosa di più in una prospettiva di potenziamento delle garanzie sostanziali. Nel senso che il procedimento legislativo appare lo strumento potenzialmente più adeguato a garantire il bene della libertà personale sotto più profili concorrenti: da un lato, potendosi presumere che il Parlamento, quale organo rappresentativo della volontà popolare, ricorra alla coercizione penale soltanto in vista della tutela di *interessi rilevanti* per la collettività e la cui protezione valga, quindi, il sacrificio della libertà personale (e degli altri diritti) connesso all'applicazione della pena; dall'altro, l'assemblea parlamentare, essendo aperta al confronto tra le forze di maggioranza e di opposizione, dovrebbe poter consentire alle minoranze di esercitare un sindacato sulle scelte di criminalizzazione (7).

In questo quadro, la legittimazione democratica del diritto penale dovrebbe — almeno in linea teorica — assicurare razionalità, ponderazione e avvedutezza nel vagliare la necessità del ricorso alla sanzione punitiva sulla base di un previo bilancio tra rispettivi costi e benefici. Da questo punto di vista, la stessa riserva di legge dovrebbe dunque implicitamente implicare una concezione restrittiva del diritto penale come *extrema ratio* di tutela: cioè come ultimo rimedio cui ricorrere, a fronte della verificata mancanza di altri strumenti di intervento extrapenali (civili, amministrativi o extragiuridici) idonei a garantire ugualmente la protezione del bene o interesse in questione.

Tutto ciò, beninteso, in teoria. Ma, anche a prescindere dallo scarto tra quanto la riserva di legge vorrebbe promettere e quanto è capace di mantenere nella realtà (fenomeni di inflazione o ipertrofia

(6) Sul dibattuto problema dei limiti di ammissibilità di una compartecipazione di fonti sublegislative alla conformazione dei tipi criminosi, cfr. di recente, M. Romano, *Corte costituzionale e riserva di legge*, a cura di G. Vassalli, Napoli-Roma, Esi, 2006, pp. 29 ss.

(7) Cfr. ad esempio, a livello manualistico, Marinucci, Dolcini, *Manuale*, cit., p. 31; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale,* parte gen., Bologna, Zanichelli, 2006, p. 51.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penalistica sono diffusi un po' in tutte le legislazioni contemporanee, non solo in quella italiana), ritengo meriti ulteriore attenzione proprio l'impostazione teorica sottesa al consueto modo di concepire il principio penalistico di legalità in chiave di garanzia democratica. Più in particolare, mi chiedo: questa concezione presuppone — ancorché implicitamente — l'adesione a un determinato modello di democrazia? O essa è compatibile con qualsiasi visione della democrazia?

In effetti, spinge a sollevare interrogativi siffatti, oltre al silenzio finora mantenuto in proposito dalla gran parte dei penalisti, la acquisita consapevolezza che oggi non solo le teorie (conoscitive) e le dottrine (normative) sulla democrazia, ma anche le prassi dei sistemi democratici costringono a confrontarci con modi molto differenziati di concepire la democrazia stessa. Come è stato, di recente, ben osservato: « Dopo millenni di diffidenza o di aperta ostilità, oggi la democrazia è divenuta una sorta di tabù: nessuno oserebbe più criticarla. Eppure, sembra che tutti approvino la democrazia solo a patto di concepirla nei modi più diversi e anche opposti » (8).

4. Credo che, se c'è un modello di democrazia implicito nella concezione del principio di legalità diffusa tra gli studiosi di diritto penale, questo modello rispecchi nella sostanza una concezione della democrazia rappresentativa corrispondente a una tradizione di pensiero tipica del costituzionalismo italiano. E cioè, secondo questa tradizione, il principio di legalità come riserva di legge in senso formale è concepito quale principio volto a garantire la corrispondenza tra il contenuto delle scelte politiche (nel nostro caso delle scelte di politica penale) e la volontà popolare così come espressa dai rappresentanti elettivi del popolo. Infatti la discussione parlamentare permetterebbe quel confronto pubblico tra tutte le forze politiche in campo, idoneo ad assicurare — sia pure attraverso lo strumento della rappresentanza — la più ampia partecipazione dei

(8) M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 42; cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *Il « crucifige! » e la democrazia,* Torino, Einaudi, 1995, pp. 7 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cittadini alle deliberazioni di interesse generale (9). Nel quadro di questa concezione classica della democrazia rappresentativa, rimane più in particolare da chiedersi quale sia il significato preferibile da attribuire alla dialettica tra maggioranza e opposizione entro una ottica che guardi specificamente alle esigenze di legittimazione politica delle scelte in materia penale. Invero, si ha l'impressione che l'enfasi posta nella letteratura penalistica sulla garanzia di democraticità quale risultato del confronto tra tutti gli orientamenti politici, rifletta, sia pure implicitamente, questa esigenza: cioè che le decisioni relative a che cosa e a come punire, appunto perché fortemente incidenti sulle libertà fondamentali della persona, siano coperte da un consenso il più possibile ampio. Da questo punto di vista, la sottolineatura della centralità della istituzione parlamentare, quale sede di confronto dialettico in pubblico tra tutti, sembra dunque alludere ad un modo di atteggiarsi del rapporto tra maggioranza e opposizione che proverei a indicare così: il ruolo delle forze politiche di minoranza non dovrebbe essere limitato all'esercizio di un controllo critico — dall' esterno — sulle scelte di penalizzazione prospettate dalle forze politiche di maggioranza, e all'eventuale proposta in sede di dibattito pubblico di soluzioni alternative. Piuttosto, la discussione e la deliberazione in tema di delitti e pene dovrebbero basarsi sulla interazione e sulla collaborazione tra le diverse forze politiche, in modo tale che la minoranza sia il più possibile coinvolta sia nella fase di elaborazione delle scelte, sia nella deliberazione finale in termini di auspicabile co-decisione. Insomma, viene così a profilarsi un modello di democrazia penale che non si accontenta del principio puramente maggioritario: stabilire se e come articolare forme di tutela penale, si prospetta come decisione a vocazione ultramaggioritaria, essendo appunto le opzioni in campo penale gravemente limitative dei diritti fondamentali di tutti i cittadini, a prescindere dalle diverse appartenenze politico-ideologiche.

Facendo nostro un rilievo formulato in termini più generali in un diverso contesto argomentativo, potremmo dunque esprimere il rapporto di tensione tra principio maggioritario e democrazia penale nel seguente modo: le decisioni politiche relative al se e come punire

(9) Su questo modello di democrazia rappresentativa cfr., di recente, S. PAJNO, *Considerazioni*, cit., pp. 4 ss. e ampi riferimenti ivi contenuti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« per essere democratiche devono essere adottate mediante il concorso tra maggioranza e minoranza. Almeno, deve essere possibile il concorso tra la prima e la seconda: il principio di maggioranza come principio funzionale è una regola di chiusura, che deve essere 'sopportata' per consentire al sistema di mantenere una sua funzionalità. I presupposti per il superamento del principio di maggioranza, però, non devono mai venir meno » (10).

D'altra parte, l'idea di un auspicabile coinvolgimento delle forze di minoranza nelle decisioni di contenuto penalistico può evocare, dal punto di vista del modo di intendere il principio maggioritario, la stessa notissima concezione kelseniana della democrazia come compromesso o accordo tra maggioranza e opposizione. Ridimensionando la prospettiva pessimistica del rischio incombente di una trasformazione del principio maggioritario in vera e propria dittatura della maggioranza, Kelsen inclinava — non senza ottimismo — a pensare che la volontà politica espressa nelle assemblee parlamentari fosse tendenzialmente, nella realtà effettuale, il risultato dell'influsso che la maggioranza e la minoranza esercitano l'una sull'altra (11). Per citare il grande praghese: « L'intera procedura parlamentare infatti, con la sua tecnica dialettico-contraddittoria, basata su discorsi e repliche, su argomenti e contrargomenti, tende a venire ad un compromesso. Questo è il vero significato del principio di maggioranza nella democrazia reale » (12). Coerente con questa concezione della democrazia come compromesso, accordo, sintesi di posizioni differenti, è infine la tesi kelseniana della maggiore compatibilità con la democrazia parlamentare di un sistema elettorale di tipo proporzionale.

Prima di verificare il grado di attualità di una simile concezione della democrazia a fronte delle concrete tendenze delle democrazie contemporanee, è forse opportuno, per altro verso, tornare a porre in evidenza alcuni noti inconvenienti che la preferenza per accordi ampi su base compromissoria può recare con sé specie quando si

(10) Ivi, p. 39.

(11) H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia,* in ID., *I fondamenti della democrazia*, trad. it. di A. M. Castronuovo, F. L. Cavazza e G. Melloni, Bologna, Il Mulino, 1966, p. 65.

(12) Ivi, p. 66.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tratta di deliberare in materia di legislazione penale o, più in generale, in materia di legislazione. Com'è intuibile, questi inconvenienti derivano dal rapporto di inevitabile tensione (non di rado addirittura di aperto contrasto) che viene a crearsi tra, da un lato, l'esigenza di raggiungere un compromesso tra i contrastanti orientamenti politico-parlamentari e, dall'altro, l'esigenza tradizionalmente tipica della regolamentazione giuridica (in diritto penale come, del resto, in tutti gli altri settori dell'ordinamento) di attingere accettabili *standard* di razionalità e ordine sistematico. Un problema di compatibilità, questo tra democrazia e sistema giuridico, che peraltro non tormenta soltanto il nostro tempo, ma affonda le radici nella stessa genesi storica del diritto occidentale. In proposito, è stato di recente osservato con molta efficacia da Aldo Schiavone che l'idea di Occidente, o meglio della sua ragione civile, si è formata « nel corso della modernità integrando al proprio interno due dispositivi: il paradigma di ascendenza greca della politica come sovranità popolare e della legge uguale per tutti, e quello di derivazione romana del diritto come conformità a un sistema autocentrato di regole razionalmente definite ». « L'antichità aveva elaborato questi due modelli in modo largamente dissociato; solo l'Europa moderna sarebbe riuscita a metterli faticosamente insieme, cercando di coniugare diritto e democrazia, ordine giuridico e ordine sovrano: un processo complesso, dagli esiti ancora aperti e imprevedibili » (13).

5. Il modello di democrazia rappresentativa a vocazione potenzialmente ultramaggioritaria, evocato nel paragrafo che precede, deve essere adesso confrontato con le linee di tendenza della democrazia reale così come ha funzionato nel corso degli ultimi anni, specie (ma non soltanto) nel contesto italiano.

Le tendenze di fondo che sono andate affermandosi, com'è noto, convergono nel senso di un ridimensionamento della centralità e dell'importanza dell'istituzione parlamentare, di un orientarsi in senso maggioritario del sistema politico, di un potenziamento del

(13) A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente,* Torino, Einaudi, 2005, p. 12. Sul problema dei nessi tra diritti e democrazia, cfr., altresì, di recente, C. Luzzati, *La politica della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 211 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ruolo protagonistico del governo anche sul terreno delle riforme legislative: tutto ciò — per di più — entro un orizzonte più generale incline a promuovere la personalizzazione e mediatizzazione della politica, con conseguente crisi e caduta della partecipazione e delle varie forme di coinvolgimento attivo dei cittadini. Fenomeni, questi, che sembrano in realtà prefigurare un tramonto della democrazia rappresentativa secondo quel modello, forse non poco idealizzato, tradizionalmente caro alla maggior parte di noi giuristi. È un fatto — piaccia o non piaccia — che tra i politologi si parla ormai di 'post-democrazia' (14), o di 'democrazia che non c'è più' (15).

Questi fattori generali di crisi si sono sotto certi aspetti accentuati, nel contesto italiano, a causa della lunga e incerta transizione di regime conseguente alla bufera di Tangentopoli, della deriva in senso oligarchico-mediatico-plebiscitario innescata dal centrodestra berlusconiano (16) e del persistere di una confusa mescolanza tra vecchio e nuovo che connota la fase più recente del nostro sistema politico: fase invero caratterizzata — per richiamare una analisi lucida e graffiante — da assaggi di presidenzialismo e rigurgiti di partitocrazia, poteri esecutivi più forti, elezione diretta dei capi (premier, sindaci, governatori) ma, in contemporanea controtendenza, da un ritorno di segreterie e apparati di partito (17).

Queste trasformazioni e involuzioni del sistema politico, se non hanno condotto a una formale abolizione del principio di legalità, hanno certamente intaccato la sua sostanza democratico-garantista. Peraltro, la presa d'atto di un forte abbassamento sia del tasso di democraticità, sia della razionalità del processo legislativo ha finito col coinvolgere un po' tutti i settori (dalle riforme costituzionali alla legislazione in materia di economia, scuola, immigrazione ecc.), e con l'aggravante di un andamento così convulso e confuso da

(14) Ci limitiamo a citare, per tutti, C. CROUCH, *Postdemocrazia*, trad. it. di C. Paternò, Roma- Bari, Laterza, 2003.

(15) P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è,* Torino, Einaudi, 2006.

(16) P. GINSBORG, *Berlusconi. Ambizioni patrimoniali in una democrazia mediatica*, Torino, Einaudi, 2003.

(17) Cfr. M. CALISE, *La terza Repubblica. Partiti contro presidenti,* Bari-Roma, Laterza, 2006.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sollecitare l'impietosa diagnosi di 'psicopatologia delle riforme quotidiane' (18).

Con specifico riferimento alla produzione normativa in materia penale, la legislatura da poco conclusasi meriterà anche in futuro di essere ricordata per una tendenza addirittura 'compulsiva' a improvvisare e imporre a colpi di maggioranza riforme le più eterogenee, per di più ispirate da un lato a obiettivi di favoritismo *ad personam* e, dall'altro, a una politica criminale di stampo populistico e socialmente discriminatoria (19). Con una ulteriore perversa propensione a presentare e reclamizzare, sul piano della comunicazione politico-mediatica, le innovazioni legislative come una 'operazione di *marketing*' destinata a soddisfare molteplici bisogni (veri o supposti) ed ansie del pubblico dei consumatori-destinatari, mentre le proprietà innovative risultavano di fatto assai più fittizie che reali (20).

Ora, anche a prescindere da questa persino risibile scimmiottatura delle tecniche pubblicitarie, la poco felice stagione del riformismo penale berlusconiano dovrebbe in ogni caso rimanere nella memoria storica come una esperienza emblematica: tale cioè da indurre a riflettere — al di là di ogni illusorio idealismo giuridico — sulla effettiva capacità di resa del tradizionale principio *nullum crimen sine lege*. È vero che la sua persistente vigenza nell'ordinamento ha — nonostante tutto — continuato a fungere da baluardo contro il rischio di rotture ancora più gravi della razionalità penalistica che si sarebbero forse potute produrre in assenza del carattere pubblico della discussione parlamentare imposta dalla riserva di legge (21). Ma è altrettanto vero che, se si fosse disposti ad accontentarsi di esaurire le funzioni positive di quest'ultima nella pubbli-

(18) L. Vandelli, *Psicopatologia delle riforme quotidiane*, Bologna, Il Mulino, 2006.

(19) Cfr. il recente quadro critico tracciato in *La legislazione penale compulsiva,* a cura di G. Insolera, Padova, Cedam, 2006. Cfr. pure E. Dolcini, *Leggi penali « ad personam », riserva di legge e principio di eguaglianza*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 2004, pp. 50 ss.

(20) Così efficacemente, F. Sgubbi, *Presentazione*, in *La legislazione compulsiva,* cit., pp. XI ss.

(21) Cfr. E. Dolcini, *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: principi-cardine dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato?*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in materia penale*, a cura di G. Cocco, Padova, Cedam, 2005, pp. 61 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cità comunque garantita dal dibattito parlamentare, si finirebbe così col rinunciare proprio alla dimensione più ricca e pregnante della riserva di legge medesima, che ha a che fare — come sappiamo — con la garanzia di democraticità sia del procedimento legislativo che del suo risultato. Ora, quel che l'esperienza del riformismo penale più recente ha fatto toccare con mano è che il principio penalistico di riserva di legge, considerato in sé e per sé, non è idoneo a garantire che le scelte di politica criminale siano frutto di un dibattito democratico reale e di un confronto vero tra maggioranza e opposizione. Condizioni irrinunciabili, queste, per favorire il connubio tra *voluntas legis* e *ratio*; o, detto altrimenti, per impedire che prevalga la forza numerica del principio maggioritario (secondo una deriva da 'dittatura' della maggioranza), sganciata da ogni preoccupazione di razionalità discorsiva capace di aggregare ampi consensi.

Se è così, dobbiamo allora prendere atto di ciò: perché la riserva di legge sia più in grado di mantenere la promessa di rendere possibile una legislazione penale ispirata a criteri di razionalità, occorrono alcune condizioni politiche di contesto che sono tutt'altro che scontate in partenza. Queste condizioni — necessarie ma, come vedremo, non sufficienti (v. *infra*, par. 6) — mentre è meno facile che si realizzino nell'ambito di una democrazia vissuta in senso esasperatamente maggioritario, trovano un terreno di attecchimento più favorevole in contesti politico-parlamentari caratterizzati da un tendenziale equilibrio delle forze in campo e, nel contempo, animati da una cultura democratica orientata al dialogo e al confronto. Diversamente, e specie quando una maggioranza numericamente soverchiante non si fa scrupolo di imporre la sua politica criminale di parte in pressoché totale dispregio dell'opposizione, la riserva di legge smarrisce la sua più autentica funzione legittimatrice: in questa situazione, per rimediare a una legalità parlamentare da sola non idonea a garantire soglie accettabili di razionalità penalistica, occorrerà allora attingere il diverso piano della democrazia costituzionale, e confidare in interventi correttivi del giudice delle leggi (22); pur con

(22) Cfr. anche F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della* regula juris, in *Diritto penale e sistema costituzionale*, cit., p. 55.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutti i complessi problemi di possibile sconfinamento che, specie in materia penale, il sindacato costituzionale di ragionevolezza inevitabilmente solleva (23).

6. Ma, come si anticipava, anche il confronto parlamentare più ampio e approfondito non sarebbe sufficiente — da solo — a dotare la legislazione penale di valori ottimali in termini di razionalità, efficacia ed equilibrio sotto il profilo delle garanzie. Le condizioni che fanno da presupposto — beninteso, sempre in linea teorica — a un diritto penale democraticamente legittimato non si esauriscono, a ben vedere, nel metodo democratico di discussione: il livello di democraticità delle opzioni di politica criminale dipenderà anche dalla loro maggiore o minore conformità a criteri di fondatezza empirico-scientifica intersoggettivamente verificabili e, perciò, sottratti alla logica della mera discrezionalità politica. Il rapporto tra metodo democratico e metodo scientifico (24), in sede di elaborazione delle leggi penali, andrebbe teoricamente impostato e pragmaticamente gestito in termini non di possibile antinomia o conflitto, bensì di virtuosa interazione: una democrazia degna di questo nome, impegnata a osservare discorsivamente i canoni della razionalità pubblica, dovrebbe infatti privilegiare la tendenziale oggettività dei saperi empirici (scientifico-naturalistici, sociologici, criminologici, psicologici ecc.) quale antidoto contro i ricorrenti rischi di scelte politico-criminali arbitrarie o, comunque, condizionate oltremisura da pregiudizi ideologici, preferenze valutative partigiane, tentazioni opportunistiche di sfruttamento politico-simbolico delle risorse penali, fattori irrazionali e reazioni emotive artificialmente alimentate dal sistema mediatico.

Ma tradurre in realtà l'obiettivo di rendere più solide le basi scientifiche delle deliberazioni in materia penale è impresa ardua,

(23) Di recente, in argomento, cfr. O. Di Giovine, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un « caso facile »*, in corso di pubblicazione in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 2007. Più in generale, per una rimeditazione critica dei limiti di compatibilità tra principio democratico e controllo di costituzionalità, cfr. A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

(24) Cfr., diffusamente, M. Donini, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 2001, pp. 27 ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 281 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oggi forse più di ieri. E ciò per un complesso di ragioni che qui possiamo soltanto accennare.

A parte un possibile eccesso di fiducia 'scientista', tanto più illusorio in una fase storica come la nostra (contrassegnata, invece, da un crescente disincanto post-moderno rispetto alle certezze della razionalità scientifica), è un dato di fatto che la scienza penalistica contemporanea — non solo italiana — non dispone di un patrimonio di conoscenze extranormative sufficiente per innescare una reale svolta in direzione di una maggiore implementazione scientifica della progettazione legislativa e delle decisioni giudiziarie ([25]). Oltre alle gravi carenze di *know how*, rimane l'ulteriore problema di instaurare canali di comunicazione tra le sedi deputate alla elaborazione dei saperi specialistici e i circuiti politico-istituzionali della produzione delle norme. In proposito, le difficoltà sono aggravate dal fatto che questi circuiti tendono a operare in via autonoma, in una sorta di chiusura autoreferenziale, tenendo ai margini gli esperti in scienze sociali e persino gli esponenti della dottrina penalistica intesa in senso stretto: lo dimostra la gran parte della copiosissima ed eterogenea legislazione penale emanata nel corso degli ultimi decenni, rispetto alla quale il contributo dei professori di diritto è stato nel complesso scarso e comunque insufficiente.

Questa mancante o insufficiente comunicazione tra versante politico e versante tecnico-scientifico non ha certo giovato a una credibile traduzione in atto dell'ideale liberaldemocratico della tutela penale come *extrema ratio*. Al contrario, sono prevalse tendenze volte a *ri-politicizzare* in chiave di protezione dell'ordine pubblico la questione penale, parallelamente al diffondersi di un'ossessione securitaria politicamente assecondata per calcoli elettoralistici. L'enfatizzazione della tutela della sicurezza è divenuta, così, presunta *ratio* democratica di un forte inasprimento del regime penale (si pensi in particolare alla legge Cirielli) destinato ai delinquenti recidivi, additati come nuovi 'nemici' della società. Onde finisce col riproporsi, come attuale anche nel contesto italiano, l' interrogativo

([25]) Cfr. G. FIANDACA, *Scienze e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Pensare la complessità. Itinerari interdisciplinari*, a cura di S. Costantino e C. Rinaldi, Palermo, Sigma edizioni, 2004, pp. 175 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

imbarazzante relativo alla compatibilità assiologica tra la richiesta sociale di pene draconiane e i valori fondamentali dell'ordinamento democratico.

Problema di compatibilità che, com'è ovvio, riguarda innanzitutto e a maggior ragione la pena di morte, con la conseguente grande distanza che continua in proposito a differenziare le democrazie europee e quella americana. Ma comprendere le possibili ragioni del mantenimento della pena capitale in America, significa non soltanto riflettere sulle specificità della democrazia americana: significa anche sondare i profondi legami che possono intercorrere tra l'autocoscienza di una comunità democratica e il modo di concepire e *sentire* la stessa punizione (26). Ed è chiaro che, nel parlare qui di comunità democratica o democrazia, si fa riferimento a un concetto di democrazia non già formale o procedurale, bensì sostanziale o qualitativo (27). Più che come metodo o regime, ovvero come semplice formula quantitativo-numerica, la democrazia viene cioè in rilievo quale insieme di valori, modo di concepire il senso della vita in comune muovendo dalla centralità della persona umana e della sua dignità. Proprio prendendo le mosse da questo concetto normativo o sostanziale di democrazia, c'è spazio per un approccio critico volto a distinguere tra orientamenti collettivi che meritano o non meritano di essere assecondati. Se la *vox populi* non è la *vox Dei*, se il volere della maggioranza non ha per ciò stesso rango di verità o valore di giustizia, questa esigenza di vaglio e di presa di distanza critica (28) diventa irrinunciabile anche in materia di giustizia penale,

(26) In proposito si leggano le recenti e stimolanti considerazioni di S. Turow, *Punizione suprema. Una riflessione sulla pena di morte*, trad. it. di V. Ricci, Milano, Mondatori, 2005. L'autore sottolinea il nesso, che a suo giudizio esiste, tra la fiducia nei valori positivi della legge come componente fondamentale della democrazia americana e la richiesta che il castigo sia portato all'estremo nel caso di gravi violazioni: « La pena di morte nasce in parte dalle grandi speranze che nutriamo nei confronti del sistema di regole che abbiamo creato » (ivi, pp. 9-10).

(27) In generale sulla distinzione tra le due prospettive concettuali della democrazia in senso rispettivamente formale e sostanziale cfr., tra gli altri, M. Barberis, *Etica per giuristi*, cit., pp. 42 e ss.; V. Mura, *Categorie della politica. Elementi per una teoria generale*, Torino, Giappichelli, 2004^2, pp. 313 ss.

(28) Sul concetto di democrazia « critica » cfr., in particolare, G. Zagrebelsky, *Il « crucifige! »*, cit., pp. 103 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stante il persistente radicamento popolare di bisogni emotivi di punizione e di pulsioni giustizialiste.

Di fronte alla ricorrente sollecitazione a prendere sul serio i bisogni di punizione a tutt'oggi avvertiti dai cittadini allarmati dalla criminalità, Klaus Lüderssen è tra i non molti studiosi di diritto penale disposti ad ammettere esplicitamente, e senza alcuna ipocrisia, che qui si apre una grossa questione relativa anche al modo di concepire la democrazia, e i rapporti tra questa e gli atteggiamenti verso la punizione: « In ciò si nasconde un certo modo di intendere la democrazia? Un modo che non pensa alle minoranze, né agli sviluppi 'buoni' che possono profilarsi? [...]. Il puro prestare ascolto a ciò che forse il popolo effettivamente potrebbe volere (torna a profilarsi la domanda: chi è il popolo?) non può essere fatto passare per attuazione di istanze democratiche [...]. Prescindendo dalle regole e dai limiti di orientamento democratico validi in modo particolare per i giudici, emerge a questo proposito un tema centrale per la democrazia. Anche un legislatore che intenda essere democratico, infatti, da un lato deve sforzarsi di fare ciò che la maggioranza vorrebbe e, dall'altro, non può limitarsi a constatare, senza idee, ciò che venga desiderato » [29].

Ancora una volta il miglioramento qualitativo del diritto penale viene, dunque, collocato in un orizzonte teorico di trascendimento della democrazia puramente maggioritaria. Ma, com'è ovvio, nulla garantisce che la democrazia *critica*, quale modello normativo di democrazia orientato nel nostro caso a mitigare il rigore punitivo in nome di ideali di libertà, giustizia e rispetto della dignità umana, sia destinata ad avere la meglio — di molto o anche di poco — sulla democrazia reale, quale riflesso o risultato dei contingenti orientamenti e delle mutevoli tendenze del processo politico.

7. La preoccupazione di tenere il diritto penale al riparo da un eccesso di politicità contingente ha, com'è noto, ispirato in seno alla dottrina italiana — a partire dalla prima metà degli anni Settanta del Novecento — un tentativo teorico di rifondazione in chiave costi-

[29] K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, trad. it. a cura di L. Eusebi, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 106-107; in senso ampiamente adesivo cfr. C. MAZZUCCATO, *La pena in castigo*, Milano, Vita e pensiero, 2006, pp. 55 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuzionale del sistema dei delitti e delle pene. Questo tentativo, ambizioso quanto affascinante, di costruire una legalità penale di livello costituzionale — a cominciare da una selezione dei beni giuridici penalmente tutelabili circoscritta al novero dei beni di rilevanza costituzionale (esplicita o implicita) —, nonostante si sia tradotto nel contributo più originale fornito dalla penalistica italiana contemporanea, ha finora prodotto esiti complessivamente inferiori a certe iniziali aspettative. Non è questa la sede per tentare un bilancio critico esauriente dei diversi filoni in cui, a partire dalla originaria elaborazione di Franco Bricola e dei suoi primi seguaci, è poi sfociata la rilettura costituzionalmente orientata della tutela penale: nella nota alternativa teorica tra versioni più forti e più deboli, vale a dire rispettivamente ancorate a una ritenuta efficacia orientativa vincolante del testo costituzionale ovvero più inclini ad ammettere un rapporto dialettico di aperta e complessa interazione tra vincoli costituzionali di principio e corrispondenti opzioni concretizzatrici ad opera del legislatore ordinario. Basta forse rilevare che di fronte alla scelta, se assecondare la tentazione di una sorta di neo-giusnaturalismo costituzionale ovvero accettare il rischio di riconsegnare pressoché interamente la politica penale nelle mani del legislatore parlamentare, è nella dottrina maggioritaria infine prevalso un orientamento di tipo mediano, intenzionalmente lontano dai due opposti estremismi. Rifiuto quindi dei vincoli costituzionali rigidi, ma nello stesso tempo rifiuto di un ritorno alla pura discrezionalità politica: il risultato che ne consegue — sostanzialmente confermato anche dalla giurisprudenza penale della Consulta — viene, in realtà, a coincidere con la tesi che quanto ai contenuti della tutela penale i valori e i principi costituzionali hanno una efficacia tendenzialmente orientativa, ed una efficacia invece vincolante soltanto nei pochi casi di contrasto palese o di irragionevolezza manifesta delle scelte legislative (30).

Esito troppo timido e, perciò, deludente dell'ambizioso approccio costituzionalistico? Com'è inevitabile, pure in proposito le risposte possono legittimamente divergere. E il tipo di risposta non

(30) In senso analogo riassume l'orientamento dominante M. Donini, *Metodo democratico e metodo scientifico*, cit., pp. 39 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

può non essere, ancora una volta, condizionato dalla preferenza per un certo modello di democrazia piuttosto che per un altro.

È evidente che una versione forte della costituzionalizzazione del sistema penale giustificherebbe sia l'introduzione di nuove disposizioni costituzionali volte a esplicitare i capisaldi della sua rifondazione, sia un ruolo più interventista della Consulta in sede di sindacato di legittimità sul contenuto delle scelte di tutela pur democraticamente deliberate (31). E, di fronte alla prevedibile obiezione dei conseguenti rischi di una politicizzazione incontrollabile del sindacato di legittimità (32), non si è invero mancato di replicare che, pur trattandosi di rischi seri, un modo per farvi fronte esiste: esso dovrebbe cioè consistere nel rinnovare il metodo dello stesso approccio costituzionalistico. Più precisamente, si auspica un rinnovamento metodologico mirante a una più efficace implementazione tecnica delle direttive di fonte costituzionale ad opera, innanzitutto, della dottrina accademica: onde renderle più adatte, per un verso, a essere trasfuse nella conformazione legislativa dei fatti punibili e, per altro verso, a essere utilizzate come criteri di più penetrante sindacato di costituzionalità. Insomma, la svolta auspicata dovrebbe consistere nel riuscire finalmente a tradurre criteri (di ritenuta rilevanza costituzionale) finora assai generici quali sussidiarietà/proporzionalità/offensività in parametri così precisi sotto l'aspetto tecnico-giuridico, e al tempo stesso così ben corredati di basi empiriche, da evitare il ricorrente rischio di un eccesso di discrezionalità politico-valutativa al momento di farne applicazione in sede legislativa o giurisdizionale (33).

Ora, a volere arrischiare una valutazione critica sulla scorta di prime impressioni, si potrebbe supporre che la suddetta proposta di rinnovamento teorico rifletta, nella sostanza, una nota preoccupazione kelseniana, più volte riproposta successivamente e riferita —

(31) Ivi, più diffusamente, pp. 40 ss.

(32) G. FIANDACA, *Intervento* al dibattito su *Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione Bicamerale*, in « Critica del diritto », 1998, pp. 143-145; ID., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in « Il Foro Italiano », 2000, V, pp. 173 ss.

(33) Cfr. M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico*, cit., pp. 40 ss.; ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale nella Carte costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in « Il Foro Italiano », 2001, V, pp. 30 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questa volta — al settore penale: la preoccupazione cioè che l'utilizzazione di parametri (costituzionali) generici e vaghi accentui, appunto, il tasso di creatività e politicità dei giudizi di costituzionalità, con conseguente traslazione di potere istituzionale dal Parlamento alla giurisdizione (costituzionale ma anche ordinaria) (34). Da questo punto di vista, se Kelsen consigliava — peraltro non senza ingenuità (35) — di inserire nei documenti costituzionali disposizioni normative il più possibile dettagliate, come sostanziale equivalente di questo consiglio potrebbe *mutatis mutandis* infatti suonare la raccomandazione di chi oggi — come abbiamo visto poc'anzi — propone di ancorare la costituzionalizzazione del diritto penale a concetti precisi e univocamente operazionabili, e ciò proprio per evitare che la logica della concretizzazione politica si imponga ai danni della logica giuridico-giudiziaria. Ma si tratta di una strada realisticamente percorribile?

In primo luogo, v'è invero da riflettere sulla plausibilità del ruolo-guida che, nell'ambito di questo progetto di rinnovamento dell'approccio costituzionalistico, viene assegnato alla stessa scienza penalistica: la quale sarebbe chiamata ad assolvere la preliminare e essenziale funzione di dare fondamenti più saldi e più univoci all'impianto costituzionale del diritto penale. Ciò peraltro in assenza di vere e proprie direttive (costituzionali) *esplicite*, e anzi con l'impegno di progettare eventuali nuove norme costituzionali pensate appositamente per la materia penale. Sicché, è giuocoforza chiedersi: rafforzare e implementare le basi costituzionali del diritto penale, sarebbe e rimarrebbe attività di elaborazione *scientifica*? O, pur senza riconoscerlo apertamente, si vagheggia il ritorno a una *auctoritas doctorum* svincolata dalle norme scritte e incline, piuttosto, a tentazioni neo-giusrazionalistiche e neo-giusnaturalistiche? Nel sospettare che le cose possano stare nel secondo senso, è da aggiungere che si tratterebbe in ogni caso di un modello di scienza penalistica ben diverso da quello o, meglio, da quelli di fatto adottati

(34) Cfr. H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in Id., *La giustizia costituzionale*, trad. it. a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 189 ss.

(35) Cfr. A. Pintore, *I diritti della democrazia*, cit., p. 121, nota 74, Id., *democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico*, in « Sociologia del diritto », n. 2, 1999, pp. 27 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(se non esplicitamente teorizzati) dalla dottrina oggi maggioritaria (36): che scopo prevalente del lavoro dottrinale debba essere quello di rendere più rigorosa e vincolante la fondazione costituzionale dell'illecito penale, è assunto oggi sostenuto da una parte minoritaria della dottrina (che si identifica, per di più, con alcuni esponenti soltanto dell'attuale scuola bolognese) (37).

Si aggiunga ancora che la possibilità di implementare nella misura auspicabile, sul piano tecnico-operativo, parametri del tipo sussidiarietà/proporzionalità/offensività è finora più congetturata che dimostrata. Ad esempio, anche la più recente rivisitazione di un ritenuto principio-cardine come quello di offensività, se certamente reca un significativo contributo in chiave di approfondimento teorico-generale, non altrettanto riesce a fare — e non è un caso — in termini di concreta implementazione tecnico-giuridica del principio medesimo (38). E una difficoltà analoga, di carattere oggettivo prima ancora che imputabile a eventuali limiti soggettivi di singoli studiosi, si prospetta nel tentativo di precisare a fini applicativi tutti gli altri parametri generali coinvolti.

D'altra parte, allo stesso più agguerrito propugnatore del rinnovamento metodologico dell'approccio costituzionalistico non sfugge che il perseguito maggiore rigore tecnico-scientifico giammai potrebbe imporsi sino al punto di fare della scienza e della Corte costituzionale le uniche custodi, dall'alto di una posizione *aristocratica*, del nucleo duro e indisponibile di un diritto penale costituzionalmente orientato: si ammette infatti che, pur in sede di riscrittura della 'costituzione penalistica', al metodo aristocratico del giurista e del giudice costituzionale dovrebbe accompagnarsi il *metodo democratico* tipico della discussione pubblica ispirata ai canoni della logica discorsiva (39). Ma, se così è, si ripropone allora il problema di come fare interagire 'costituzione penalistica' e democrazia discor-

(36) Cfr. in proposito G. FIANDACA, *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di M. Donini e G. Insolera, Bologna, Monduzzi, 2005, pp. 41 ss.

(37) Cfr., oltre alle già citate prese di posizione di Massimo Donini, N. MAZZACUVA, *Intervento* al dibattito su *Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione*, cit., pp. 155 ss.

(38) V. MANES, *Il principio di offensività in diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2005.

(39) Cfr. M. DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., pp. 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siva, in modo da garantire alla prima efficacia vincolante sul piano giuridico, pur riconoscendo nel medesimo tempo che sono molte le soluzioni (concretizzazioni) legislative e/o giudiziali costituzionalmente compatibili « in un quadro pluralistico e discorsivo di attuazione dei principi » (40). Limitarsi a suggerire che occorre in proposito « approfondire le acquisizioni più attuali di un modello discorsivo di costituzionalismo penale » (41), se serve ad additare una strada possibile, non equivale a rassicurare sulla sua effettiva percorribilità.

Come appunto avverte la riflessione politologica e giusfilosofica più recente, nel quadro di una democrazia costituzionale orientata in senso deliberativo-discorsivo Parlamento e Corte costituzionale, per quanto entrambi co-protagonisti del processo democratico (processo che viene così ad assumere i caratteri di un processo circolare indefinito, nel quale 'nessuno ha l'ultima parola'), rappresentano tuttavia « valori confliggenti: il Parlamento, la democrazia e i diritti politici; la Corte costituzionale, tutti gli altri diritti. Il Parlamento e la Corte costituzionale servono appunto a esprimere, e a tentare di comporre, quei valori sempre potenzialmente confliggenti che sono la democrazia e i diritti » (42). Orbene, posto che tutto ciò vale in generale, lo stesso vale anche sul versante penale? Per rispondere alla domanda, dobbiamo aver chiaro che cosa davvero significhi garanzia costituzionale sul terreno specifico della coercizione penale, essendo la dimensione costituzionalistica in proposito concepibile e di fatto concepita ora in un senso più ristretto, ora in un senso più ampio: nel primo, come mera compatibilità (o non incompatibilità) tra le scelte di politica penale e i valori e diritti fondamentali costituzionalmente protetti (onde, la Costituzione rappresenta in questo senso un limite *negativo* all'intervento penale); nel secondo, la stessa Costituzione dovrebbe esprimere vincoli *positivi* di tipo contenutistico rispetto alla conformazione della disciplina dei delitti e delle pene. Se si opta per questa seconda alternativa, la garanzia costituzionale e lo stesso controllo della Corte dovrebbero coerentemente estendersi sino a includere i contenuti della tutela penale e

(40) Come riconosce peraltro lo stesso M. Donini, *Il volto*, cit., p. 68.
(41) Ivi, p. 73.
(42) M. Barberis, *Etica*, cit., p. 79.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'articolazione delle tecniche di tutela, cioè un genere di decisioni che — secondo un più generale riparto di competenze — rientrerebbero più propriamente nella sfera della democrazia. Ma allora, a volere trarre tutte le implicazioni di questa concezione della dimensione costituzionale del diritto penale, ne consegue in linea teorica che 'costituzione penalistica' e 'democrazia', lungi dall'esprimere valori e principi potenzialmente confliggenti, rappresentano due sistemi fungibilmente cooperativi che dovrebbero convergere nella protezione dei medesimi valori: insomma, la stessa deliberazione democratica — purché corretta dal punto di vista del metodo e dei criteri di decisione — dovrebbe (in teoria) sempre assumere contenuti attuativi di un programma costituzionale di tutela penale. Ma come verificare tale correttezza di decisione, una volta che già in partenza si ammetta che possono essere molteplici le scelte politiche di tutela egualmente rispettose dei principi costituzionali e perciò costituzionalmente equivalenti? Verosimilmente, queste difficoltà fungono ancora una volta da significativo indizio del fatto che il processo di concretizzazione per via democratico-discorsiva della politica penale è privo di veri e propri vincoli positivi, di matrice costituzionale, preesistenti rispetto alla deliberazione democratica.

8. Anche a prescindere dai tentativi teorici di rifondazione in chiave costituzionale dei contenuti e dei modi della tutela penale, rimane il fatto che il lamentabile *deficit* di democraticità continua in ogni caso a essere considerato da alcuni autori il fattore maggiore di crisi della legislazione penale contemporanea. Anche perché, come accennato, nello stesso settore penale è andata diffondendosi una tendenza osservabile più in generale, per effetto della quale il governo ha finito per assumere la *leadership* del processo legislativo. Come è stato osservato: « Vuoi per bypassare mediazioni e veti incrociati parlamentari, vuoi per rispondere tempestivamente ad emergenze economiche o internazionali, vuoi semplicemente per concentrare al vertice le scelte più delicate e controverse, il governo è diventato in Italia il principale produttore di atti normativi » (43).

In materia penale, se è venuto meno il ricorso — frequente sino a un recente passato — alla decretazione d'urgenza, ha invece preso

(43) M. CALISE, *La terza Repubblica*, cit., p. 53.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

piede negli ultimi anni lo strumento della *legge-delega*, cioè uno strumento normativo che una parte almeno della dottrina ritiene « incompatibile con le istanze di garanzia sottostanti al principio di legalità, sotto il profilo della riserva di legge. Nell'ultimo lustro [...] interi settori del diritto penale dell'economia sono stati profondamente innovati sulla base di leggi-delega al governo, il quale con i decreti legislativi ha poi cristallizzato le definitive scelte di criminalizzazione. Le riforme penalistiche in materia di mercati finanziari, di reati tributari e di reati societari sono state realizzate sulla base di leggi-delega più o meno articolate che comunque hanno sempre visto l'esecutivo esprimere valutazioni discrezionali nella confezione del divieto penale » (44).

Per reagire a questa situazione, considerata incompatibile col principio della competenza esclusiva del potere legislativo nella configurazione dei fatti di reato (45), vi è in realtà chi ipotizza nuovi rimedi istituzionali volti a riaffermare non solo la centralità del Parlamento nel procedimento di produzione delle norme penali, ma a riaffermarla in maniera rafforzata. Prendendo cioè spunto dalla modifica della disciplina dell'amnistia e dell'indulto realizzata con legge cost. n. 1/1992 (la quale, com'è noto, ha introdotto per la concessione di entrambi i provvedimenti una procedura parlamentare aggravata), e individuando una prospettiva di continuità tra il momento estintivo della fattispecie penale e il suo momento genetico, la proposta che viene avanzata è in sintesi questa: così come oggi è richiesta la maggioranza qualificata dei due terzi per emettere provvedimenti legislativi di clemenza, lo stesso tipo di procedimento aggravato dovrebbe essere previsto per decidere se introdurre o modificare una fattispecie di reato; a questo scopo si suggerisce di aggiungere un nuovo comma all'art. 25 Cost., che stabilisca che la legge penale è approvata (o modificata) a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera (46).

---

(44) Così, E. Musco, *L'illusione penalistica*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 272.

(45) *Ibidem*.

(46) Ivi, p. 185. Un modello analogo di riserva di legge rafforzata, circoscritto però alle sole materie (non necessariamente a carattere penale) la cui disciplina incide restrittivamente sui diritti fondamentali, è già operante nell'ordinamento spagnolo: cfr. L. Foffani, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello « policentrico » a un modello « piramidale »*, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini, Milano, Giuffrè, 2003, p. 304.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un simile rimedio, che si differenzia dal diverso suggerimento di introdurre in materia penale una 'riserva di codice' o di legge 'organica' (47), dovrebbe appunto tendere all'obiettivo di ripristinare la garanzia di democraticità sottesa alla riserva di legge: « [...] c'è l'esigenza di sottrarre alle scorribande di una maggioranza parlamentare scelte di valore che coinvolgono l'intero assetto sociale. Il settore dei delitti e delle pene, come insegna la storia del diritto penale, può, a ragione, anzi deve essere considerato materia di rilevanza costituzionale » (48).

Com'è agevole osservare, l'orientamento fin qui riassunto si distingue per il fatto di tenere conto della dimensione costituzionale del diritto penale trasferendo il modello di soluzione dal piano dei criteri e contenuti sostanziali a quello dei vincoli procedurali diretti a favorire il dibattito democratico: la previsione di una legge « a procedimento aggravato » come fonte esclusiva delle norme penali dovrebbe, infatti, presentare il vantaggio di promuovere intese normativo-sociali molto ampie e condivise sui beni da proteggere, le condotte da punire e le sanzioni da applicare. Da questo punto di vista, è il principio del discorso secondo un modello di democrazia deliberativa a farsi carico del carattere costituzionalmente rilevante del diritto penale.

Ma, anche questa volta, la suggestività della proposta teorica non esime dall'esplicitare possibili ragioni di dubbio.

Un primo rilievo concerne l'effettivo ambito di estensione delle norme penali da assumere a oggetto di riserva di legge rafforzata: *tutte* indistintamente, ovvero soltanto quelle che comminano *pene detentive*? La seconda soluzione potrebbe apparire più ragionevole, considerando che nella gran parte degli ordinamenti contemporanei esistono ormai *più modelli* di diritto penale, diversificabili anche in base al diverso grado di durezza delle sanzioni applicabili e, altresì,

(47) A favore della « riserva di codice » cfr., soprattutto, L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, Cedam, 2001, p. 27 ss. Sulla proposta di « riserva di legge organica » contenuta nel progetto di revisione costituzionale elaborato dall'ultima Commissione bicamerale cfr., tra altri, M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, Cedam, 2003, pp. 106 ss.

(48) E. MUSCO, *l'illusione*, cit., p. 181.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al loro carattere detentivo o extradetentivo (economico-patrimoniale, interdittivo, riparatorio ecc.): sicché pretendere un procedimento parlamentare aggravato per introdurre (o modificare) anche reati di gravità medio- bassa, punibili ad esempio con la sola pena pecuniaria, potrebbe risultare sproporzionato per eccesso. Inoltre, è prevedibile l'obiezione che i tempi necessari a far maturare maggioranze qualificate cozzerebbero con l'esigenza di una sollecita creazione di nuove disposizioni incriminatici nei casi in cui occorresse far fronte a eventuali situazioni emergenziali di improvvisa insorgenza.

Una ulteriore riserva critica potrebbe chiamare in causa un generale principio di complessiva ragionevolezza legislativa, sotto il profilo che anche scelte legislative a carattere non penalistico (o comunque non coercitivo) possono nondimeno incidere pesantemente sui diritti, sulla qualità della vita e sul destino delle singole persone: se ciò è vero, sarebbe complessivamente ragionevole circoscrivere il procedimento aggravato di produzione normativa alle sole norme penali?

Infine, è forse superfluo rilevare che un rimedio pur sempre formale-procedurale quale una legge a maggioranza qualificata non sarebbe — di per sé — idoneo a ridare maggiore razionalità e credibilità al diritto penale: essendo un auspicabile incremento di razionalità e credibilità, più che riflesso automatico di una maggioranza numerica, verosimile frutto di una visione unitaria e coerente dell'universo penalistico. Ma una visione siffatta stenta in realtà ad essere recuperata proprio nel tormentato momento storico che stiamo vivendo, definibile di modernità « liquida » per riproporre una efficace metafora di Zygmunt Bauman: in una società pluralistica, frammentata, mutevole, incoerente, priva di riferimenti certi e univoci, in cui le identità si indeboliscono, si smarrisce il senso della totalità e viene meno la possibilità di progettare a lungo termine (49), anche il diritto penale è destinato a entrare in crisi e a perdere la sua razionalità unitaria. Non a caso, è lo stesso modello di codice di matrice illuministica a non mantenere più le sue promesse e la sua centralità nella odierna geografia penalistica, come peraltro compro-

(49) Cfr. Z. Bauman, *Modernità liquida*, trad. it. di S. Minucci, Roma-Bari, Laterza, 2002; Id., *Vita liquida*, trad. it. M. Cupellaro, Roma-Bari, Laterza, 2006.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vano — almeno con riferimento all'Italia — i non pochi tentativi finora falliti di dar vita a una nuova codificazione penale (50).

Ha osservato in proposito un ormai disincantato Uberto Scarpelli: « Il processo di decodificazione, il disordine legislativo sino al caos non possono essere attribuiti, se non in misura ridotta, ad insipienza degli uomini e difetto delle istituzioni: la crisi dei codici e in generale della legge ha radici che giungono al modo d'essere, o di mutare, dell'uomo contemporaneo. Sulle sue mutazioni si conclude forse la vicenda rassicurante e liberatrice della legge nello Stato moderno [...] » (51).

9. Nell'affrontare il tema della legalità penale non si può, oggi, trascurare la prospettiva europea.

Ai fini della mia analisi, quel che più rileva — detto con estrema sintesi — è il ben noto *deficit* di democraticità, di cui continuano a soffrire le istituzioni europee e che — al di là dei dati normativi formali desumibili dai trattati — costituisce il motivo sostanziale del disconoscimento di una loro potestà penale diretta. Ma, se in atto manca una competenza penale diretta, esiste già qualcosa di definibile diritto penale *europeizzato* quale riflesso sia di un complesso intrecciarsi di fenomeni normativi nazionali e sopranazionali, sia dell'attività delle Corti europee (52).

Proprio la necessità di gestire un diritto penale europeizzato implica — tra l'altro — la capacità di ripensare i concetti penalistici in un'ottica trasversale; da qui anche la necessità di un progressivo riavvicinamento tra le diverse tradizioni giuridiche di *civil law* e di *common law*. A questa prospettiva di riavvicinamento, invero, da qualche tempo concorrono anche la giurisprudenza della Corte di Stasburgo e l'attività giudiziale della Corte di giustizia del Lussemburgo. Come è stato ben osservato, al di là degli aspetti tecnico-

(50) Cfr., da ultimo, il consuntivo tracciato da A. MANNA, *La crisi attuale della codificazione penale italiana*, in « Ind. pen. », 2006, pp. 965 ss.

(51) U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi* (1987), riprodotto in *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, a cura di A. Schiavello e V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 99-100.

(52) In proposito sia consentito rinviare a G. FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, saggio inserito in un volume collettivo a cura di F. Viola, in corso di pubblicazione presso la casa editrice Il Mulino.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

normativi, quel che emerge come dato saliente è « una spinta poderosa [...] nel senso di una maggiore osmosi e armonizzazione fra giurisprudenze nazionali (anche costituzionali) e giurisprudenze sopranazionali nel campo dei diritti fondamentali, e il significato culturale che essa assume. Da un lato gli standards elaborati a livello europeo vincolano di fatto e di diritto le giurisprudenze nazionali, dall'altro queste concorrono continuamente alla definizione di quegli stessi standards, in un processo di tipo circolare » (53).

In questa sede, il nostro interesse si concentra ovviamente sul contributo che le Corti europee hanno fornito alla definizione del concetto di legalità penale, dovendo esse mediare tra due tradizioni ordinamentali in cui il principio di legalità è concepito in maniera non coincidente (negli ordinamenti di *common law*, come noto, la legalità penale non è affidata alla riserva di legge scritta come condizione irrinunciabile, così come invece avviene nei sistemi di *civil law*).

Orbene, in questa prospettiva di mediazione, si spiega come la giurisprudenza europea abbia finito col privilegiare, più che la forma, il nucleo minimo sostanziale del principio in questione: ritenendo, di conseguenza, che il diritto fondamentale di ciascun cittadino alla previa conoscenza o conoscibilità dei fatti penalmente vietati sia sufficientemente garantito dalla loro predeterminazione normativa, senza che sia necessario che l'atto normativo-fonte sia a sua volta costituito da una legge parlamentare (54). Peraltro, è da aggiungere che nella giurisprudenza delle Corti europee lo stesso presupposto della conoscibilità della norma di condotta è da intendere, oltre che nel senso di possibilità astratta di conoscenza, anche in quello di possibilità concreta in rapporto al significato interpretativo attribuito dai giudici alla norma oggetto del singolo processo: per cui « non è più in gioco il primato della legge e del principio democratico ad essa soggiacente, bensì la libertà di autodeterminazione dell'individuo dinanzi ad un diritto che si realizza essenzial-

(53) V. Onida, *I diritti umani in una comunità internazionale*, in « Il Mulino », 2005, pp. 79 ss.

(54) Cfr., tra altri, E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 56 ss.; F. Palazzo, *Legalità e determinatezza*, cit., pp. 72 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente nel *dictum* del giudice » (55). Sul versante europeo, dunque, non solo si conferma e (sotto certi aspetti) aggrava la crisi della dimensione democratica del principio di legalità, ma tende a profilarsi una chiara tendenza a valorizzarne soprattutto l'aspetto garantistico-liberale: insomma, ciò che davvero importa è che il cittadino sia posto in condizioni di calcolare in anticipo il concreto rischio penale, a tutela della certezza di libere scelte d'azione; non è, invece, necessario che i presupposti contenutistici della responsabilità penale vengano deliberati mediante un atto normativo espressione della volontà popolare.

Il problema delle prospettive future della legalità penale in ambito europeo non può, ovviamente, essere affrontato in questa sede. Ci limitiamo a rilevare che si profilano orientamenti, anche interni al dibattito scientifico che si sviluppa più in generale nell'ambito del diritto pubblico, che tematizzano la possibilità di ridimensionare l'indispensabilità della garanzia democratica, proprio prendendo spunto dal già accennato fenomeno — riscontrabile oggi un po' in tutte le democrazie europee — del progressivo incremento della cosiddetta legislazione governativa e del conseguente ruolo egemonico tendenzialmente assunto dal governo nei processi legislativi, a discapito dell'istituzione parlamentare: da qui la ritenuta esigenza di elaborare nuove strategie di legittimazione democratica, atte a consentire l'apertura dell'organo-governo a momenti di democrazia partecipativa, le quali potrebbero risultare adeguate — si ipotizza — per forme internazionali o sopranazionali di esercizio del potere sovrano (56).

Ora, per valutare se prospettazioni teoriche di questo tipo siano davvero dirette a soddisfare anche le esigenze connesse al fondamento democratico della legislazione penale (specie dal punto di vista della tradizione europeo-continentale), occorrerebbe invero differenziare l'analisi in funzione dei diversi possibili modelli di un futuro diritto penale europeo e in rapporto ai corrispondenti mo-

(55) F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., p. 73.

(56) È questo ad esempio l'approccio teorico sviluppato A. von BOGDANDY, *Gubernative Rechtssetzung*, Tübingen, 2000; cfr. anche l'ampia sintesi fattane da K. LÜDERSSEN, *Europeizzazione del diritto penale e legislazione governativa*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?*, a cura di S. Canestrari e L. Foffani, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 488-492.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delli di legittimazione: nel senso che eventuali persistenti *deficit* di democraticità, forse tollerabili rispetto a un modello di diritto penale amministrativizzato legittimato ad applicare soltanto pene pecuniarie o privative di diritti, non lo sarebbero invece se l'Europa dovesse in futuro dotarsi di un diritto penale che infligge anche sanzioni detentive o che estende il suo potere di disciplina anche a materie eticamente sensibili (57).

10. È giunto il momento di tirare le fila dell'analisi fin qui condotta per prospettare alcuni rilievi di sintesi.

Ragioni diverse, emergenti sul duplice versante nazionale e meta-nazionale, sembrano convergere nel suffragare una presa d'atto che possiamo sintetizzare così: nell'attuale momento storico il principio di riserva di legge in materia penale continua, tendenzialmente, ad assolvere una funzione garantistico-liberale di salvaguardia dei diritti di libertà e di autodeterminazione del singolo; esso non riesce, invece, a mantenere l'ulteriore promessa di garantire un'autentica legittimazione democratica delle scelte di politica penale.

Di fronte alla diffusa constatazione della progressiva entrata in crisi della garanzia di democraticità sottesa al principio di legalità, si assiste all'emergere di proposte teoriche che — lungi dal riflettere atteggiamenti di realistica rassegnazione — additano nuovi percorsi da seguire: con l'ambizioso obiettivo non solo di ripristinare la *ratio* democratica della riserva di legge, ma addirittura di rafforzarla (quanto meno entro i confini dell'ordinamento penale nazionale). Al di là delle rispettive differenze, sia la proposta teorica di rinnovare il metodo dell'approccio costituzionalistico al diritto penale (*supra*, par. 7), sia la proposta di prevedere per l'approvazione delle leggi penali un procedimento parlamentare aggravato (*supra*, par. 8), convergono nel mettere in evidenza un punto che finiscono in larga misura con l'avere in comune: si tratta della tendenza a non concepire più la dimensione costituzionale del diritto penale come irrigidita in una vincolatività (per dir così) statica di parametri di costituzionalità normativamente predeterminati una volta e per tutte, bensì a proiettarla nel gioco complesso e dinamico di una democrazia costituzionale sostanzialmente orientata in senso discorsivo-

(57) In proposito sia consentito rinviare a G. FIANDACA, *Quale diritto penale*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deliberativo (58). Si accolga o meno un simile modello di democrazia, rimane il fatto che esso è ben lontano dal corrispondere alle modalità di funzionamento reale delle democrazie contemporanee, inclusa quella italiana. Da questo punto di vista, l'entrata in crisi della *ratio* democratica della riserva di legge costituisce il riflesso — nel settore specifico del diritto penale — della più generale crisi della democrazia.

Come abbiamo visto, la prospettiva non migliora se proiettiamo il discorso in un orizzonte meta-nazionale, e in particolare europeo: la persistente sottolineatura teorica dell'importanza decisiva della dimensione democratica della legalità penale può anche suonare come un'illusione da 'anime belle', a fronte del pragmatismo tecnocratico che anima la politica criminale delle burocrazie di Bruxelles.

Certo, resta da chiedersi se lo studioso debba limitarsi a prendere atto con rassegnazione dello stato delle cose esistenti, o se debba piuttosto farsi promotore di tentativi di inversione di tendenza. Anche a volere prescegliere la seconda alternativa, sarebbe però opportuno evitare la tentazione di un'eventuale sopravvalutazione delle capacità di prestazione di una scienza penalistica pur rinvigorita e rinnovata in prospettiva futura: la tentazione cioè — affiorata in qualcuno dei partecipanti a un ancora recente seminario bolognese su riserva di legge, democrazia penale e ruolo della scienza (59) — di pensare di gravare il ceto dei penalisti del compito di riattivare i presupposti, politico-criminali e scientifici, per ripristinare nella sua effettività e in tutta la sua ricchezza di implicazioni quella garanzia democratica della riserva di legge, che le istituzioni politiche rappresentative non riescono più ad assicurare. Se così realmente pensassimo di potere operare, come studiosi di diritto penale finiremmo con l'accollarci una funzione di vera e propria *supplenza* nei confronti delle istituzioni politiche, per la quale ci mancherebbero sia le forze, sia la legittimazione democratica. Anche

(58) Per un'efficace sintesi del modello di democrazia in questione cfr. M. BARBERIS, *Etica*, cit., pp. 68 ss. Per stimolanti considerazioni sui rapporti tra costituzionalismo e democrazia, anche sotto più generali profili, cfr., nell'ambito della letteratura italiana più recente, A. PINTORE, *I diritti*, cit. e A. PANEBIANCO, *Il potere, lo Stato, la libertà*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 146 ss.

(59) Alludo, in particolare, all'intervento di M. DONINI, *Democrazia penale e ruolo della scienza*, in *Riserva di legge*, cit., pp. 27 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a volere davvero ritenere irreversibile la crisi della *lex parlamentaria*, sarebbe un abbaglio narcisistico per l'odierno studioso anche solo ipotizzare che siano tornati i tempi per rimettere all'*auctoritas doctorum* la creazione dell'unico diritto penale legittimo (60).

(60) Cfr., più diffusamente, G. FIANDACA, *Spunti problematici*, cit., pp. 41 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FRANCESCO PALAZZO

LEGALITÀ PENALE: CONSIDERAZIONI SU TRASFORMAZIONE E COMPLESSITÀ DI UN PRINCIPIO 'FONDAMENTALE'

1. Una premessa (quasi una confessione). — 2. Legge, legalità, legalità penale. — 3. Le crisi della legalità. — 3.1. La crisi 'filosofica'. — 3.2. La crisi 'giuridica'. — 3.3. La crisi 'istituzionale'. — 4. La riserva di legge in materia penale. — 4.1. Riserva di legge e produzione giuridica dell'Unione europea. — 4.2. Riserva di legge e attività della Corte costituzionale. — 5. La legalità-determinatezza della norma penale. — 5.1. Sopravvivenza, e trasformazione, del divieto di analogia *in malam partem*. — 5.2. La formulazione determinata della legge penale e il *self restraint* della Corte costituzionale. — 5.3. Formulazione determinata della legge penale e conoscibilità della norma nella giurisprudenza delle Corti europee. — 6. La trasfigurazione della legalità penale ed i possibili 'rimedi'. — 6.1. I 'rimedi' in sede di formazione della legge. — 6.2. I 'rimedi' in sede di applicazione della legge.

1. *Una premessa (quasi una confessione).*

Queste 'considerazioni' si collocano alla fine di un non breve periodo in cui chi scrive ha avuto modo di riflettere in più occasioni e per più lustri sul tema della legalità, e su quello strettamente connesso dell'interpretazione, nel diritto penale. L'insistenza della propria attività di ricerca su un tema, pur multiforme e sfaccettato come quello della legalità, può giustificarsi non solo con quella specie di condanna per cui capita spesso che uno studioso resti incatenato ad un determinato argomento in virtù del reale o presunto 'specialismo' da lui acquisito e delle conseguenti occasioni esterne che reiteratamente e quasi perpetuamente lo impegnano — anche suo malgrado — sul medesimo fronte di ricerca. Nel caso specifico dello scrivente, certo non è mancata questa causa, ma ha giocato anche un altro fattore non estrinseco. È infatti sotto gli occhi di tutti che la legalità, anche quella sua specie più irrigidita e assolutizzata che è la 'legalità *penale*', ha subito nello scorcio del-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'ultimo secolo lo scotimento concettuale di un vero e proprio terremoto teorico e pratico. Nel nostro specifico campo del penale, basti pensare a tre grandi fattori ormai strutturali quali furono e sono: l'ingresso del costituzionalismo, fra l'altro destinato a produrre frutti più sul piano giurisprudenziale (oltre che sulla riflessione scientifica) che su quello dell'innovazione legislativa; l'impegno richiesto alla magistratura nel fronteggiare fenomeni criminosi nuovi e imponenti ai quali corrisponde una attività legislativa, non già quantitativamente carente di prodotti, bensì spesso caotica e qualitativamente così imperfetta da sollecitare un ruolo molto attivo al giudice; la pressione delle plurime fonti internazionali ed in particolare di provenienza europea sull'autarchico e tradizionale nazionalismo penale, che proprio nella legalità ha sempre trovato il suo puntello più stabile e fedele.

Dunque, per tornare a noi e a questa specie di confessione personale, possiamo legittimamente credere che questo ritornare sulla legalità penale non sia l'esclusivo risultato delle circostanze e delle occasioni estrinseche della vita accademica. Ma, in ogni caso, questa insistenza c'è stata; questa certa qual consuetudine col tema è maturata negli anni, pur nel mutare problematico e dirompente di quest'ultimo. Ecco, allora, che le 'considerazioni' contenute in questo saggio potranno forse meritare l'indulgenza del lettore per quanto riguarda un paio di loro caratteristiche non del tutto ortodosse rispetto ai canoni del genere letterario a cui questo saggio pur appartiene.

In primo luogo, occorre chiedere venia se l'andamento del nostro discorso non sarà sempre così analiticamente argomentato e puntualmente documentato come pur si converrebbe. Peraltro, questo andamento più 'disinvolto' non trae origine esclusivamente dalla pregressa frequentazione del tema e tanto meno da presunzione: oltre a ciò — e siamo così alla seconda caratteristica — ha giocato un ruolo importante un secondo fattore avvertito fortemente da chi scrive. Ed è l'estrema *urgenza* — anche comunicativa — di acquisire consapevolezza delle trasformazioni subite dalla legalità, compresa quella *penale*; di squarciare — come si suole dire — quel velo pesante che ancora oggi impedisce di rendersi conto che le formulazioni illuministiche della legalità penale non reggono più il confronto con la prepotente realtà dei fatti; l'*urgenza* infine di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comprendere che per salvare le sacrosante esigenze sottese alla legalità penale non basta più pigramente e illusoriamente insistere sul passato, ma occorre mettere mano al più presto al futuro: come cercheremo di dire, quelle esigenze sottese alla legalità reclamano una soddisfazione che solo riforme grandi, impegnative e strutturali possono oggi tentare di dare. Cincischiare ancora con formule svuotate dai fatti rischia solo di rendere definitivamente irrecuperabili i valori sostanziali e profondi della legalità. Questa urgenza che avvertiamo pressante condizionerà probabilmente tono e contenuto delle 'considerazioni' seguenti: doverosa ne era un'*excusatio* preventiva.

Un'urgenza, la cui ragion d'essere ha trovato una forte conferma nell'intonazione generale — prima ancora che nei contenuti specifici — della precedente legislatura. Con riguardo alla giustizia penale, la XIV legislatura potrebbe invero essere qualificata come la legislatura della legalità: nel senso cioè, si badi bene, di un generale intento di riaffermare il primato della legge, del legislatore, della maggioranza parlamentare, sull'esorbitanza del potere giudiziario, dello spazio della sua discrezionalità, della sua 'libertà' interpretativa. Il frutto estremo e più emblematico di questo atteggiamento legalistico indirizzato polemicamente verso il giudiziario lo troviamo nella progettata — ma non realizzata — previsione di un illecito disciplinare del giudice consistente nella 'interpretazione creativa': quale migliore esempio dell'esasperazione di una concezione della legalità, portata fino all'estremo del disconoscimento rozzo più che arrogante dei risultati ormai acquisiti dalla riflessione sull'interpretazione giuridica?

Ma, a parte questa estremizzazione quasi folclorica, va piuttosto sottolineato come il legalismo in funzione antigiudiziaria della precedente legislatura abbia assunto toni poco conformi al costituzionalismo penale. Non che si sia avuto un impiego largo ed abnorme della decretazione d'urgenza in penale, notoriamente e giustamente stigmatizzata dalla dottrina costituzionalmente più esigente. Al contrario, la maggior parte della più significative riforme della passata legislatura sono avvenute con legge ordinaria. Ma con un atteggiamento, *sostanzialmente* davvero poco democratico, di totale indifferenza nei confronti delle ragioni non solo dell'opposizione ma anche del mondo della scienza penale, la quale più volte cercò invano di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

richiamare il 'legislatore' ai princìpi della civiltà penalistica. La rivendicazione senza limiti e senza condizioni della legittimazione non democratica ma maggioritaria condusse inoltre alla produzione delle cosiddette leggi penali *ad personam*, che segnarono forse il punto massimo di perversione della legalità. Non è questa la sede per entrare nei maggiori dettagli del contenuto e delle ricadute sistematiche di queste leggi. Qui il richiamo alla XIV legislatura — la 'legislatura della legalità' — serve solamente a sottolineare come essa abbia contribuito ad alimentare il clima di legalismo antigiudiziario, di rivalsa della legge sul giudice, rendendo probabilmente più ardua una serena consapevolezza dei grandi fenomeni storici che travagliano la legalità; e, soprattutto, rendendo di conseguenza meno chiara l'urgenza di incamminarsi su strade più impervie ma ormai ineludibili per far fronte con mutata strategia alle permanenti esigenze della legalità.

2. *Legge, legalità, legalità penale.*

I termini che definiscono il nostro campo problematico ci sembrano tre: *legge, legalità, legalità penale*. Cerchiamo di spiegarci.

Intorno al polo costituito dalla *legge* si addensa la constatazione del fenomeno storico-giuridico per cui questa fonte del diritto, se non ha perso il primato, ha visto comunque grandemente scemato il proprio prestigio nella funzione di disciplinamento della realtà sociale. Si tratta di un lato del campo problematico, di tipo empirico-fattuale: intendiamo cioè alludere alla constatazione di fatto, scientificamente condotta e controllabile, del cosiddetto declino della legge. Per la verità, non è che in Italia vi sia una gran messe di studi che — attraverso un'osservazione scientifica della realtà — abbiano documentato attualmente il declino della legge, a cominciare dalla quantità e qualità del prodotto legislativo per finire — soprattutto — con un'analisi capace di misurare in qualche modo la sua efficacia regolativa: con specifico riferimento al penale, la reale capacità della legge di motivare il comportamento dei consociati, ovvero la reale capacità della sua applicazione mediante il processo di comporre o ridurre i conflitti da cui trae origine il reato. In conformità con una diffusa e radicata caratteristica della nostra ricerca scientifica, un simile genere di studi empirico-sociologici è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quasi del tutto assente, potendo disporre al più di indagini relative al declino delle tecniche e dei risultati di formulazione testuale della legge, il quale è senz'altro responsabile almeno in parte dell'ulteriore declino della legge quanto alla sua efficacia — diciamo genericamente — 'ordinante'.

Con il termine *legalità* (o, più compiutamente, *principio di legalità*) ci spostiamo dal piano descrittivo a quello prescrittivo. Ci spostiamo dalla ricognizione descrittiva dello stato di fatto in cui versano la legge e i suoi effetti empirico-sociali, alla individuazione prescrittiva degli scopi della legge e, soprattutto, dei suoi rapporti di coerenza e consentaneità con determinate concezioni teorico-funzionali e con determinati princìpi ideologico-politici del diritto e dell'ordinamento. L'idea della certezza, ad esempio, come ispirazione fondamentale o come 'specifica eticità' del diritto rimanda coerentemente alla legge come fonte la più stabile, la più univoca ed unica, la più generale ed omnicomprensiva, e così via continuando. Così come la legge corrisponde al meglio alle idealità di uno Stato nazionale unitario e di una eguaglianza fra gli uomini considerati tutti egualmente in grado di rapportarsi agli schemi e alle pretese del diritto. Idealità o piuttosto 'miti' delle concezioni del diritto e/o dello Stato, questo è un altro discorso. Ciò che qui vogliamo semplicemente dire è che, su questo piano, la *legalità* esprime un connotato positivamente assiologico della legge. Così che, qualora la riflessione teorico-politica — che, a differenza di quella empirico-sociologica, non manca — pervenga a 'smitizzare' le premesse ideologiche della legalità, il ridimensionamento di quest'ultima sarà ovviamente ben più radicale dello sconforto nascente dalla mera constatazione di fatto del degrado e del declino in cui versa la legge. In una parola, ci troveremo cioè a dover prendere atto di un declino della *legalità* piuttosto che della *legge*: un declino al quale non è affatto escluso si accompagni invece il rilancio, 'in positivo', di altri valori o fini destinati a prendere felicemente il posto di quelli compendiati intorno al polo della legalità tradizionale.

Infine, la *legalità penale*: il *principio* di legalità in *materia penale*. Perché parlare di una legalità *penale*? I discorsi che vengono fatti sulla legalità, mitizzata o smitizzata che essa sia, non possono coinvolgere anche il diritto penale — o, meglio, punitivo — come parte di un tutto? Oppure, al contrario, sussiste una specificità

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penalistica della legalità? È forse il diritto penale la sacra urna in cui custodire la legalità al riparo della tempesta che la squassa assiologicamente ed ideologicamente e nonostante il declino/degrado in cui versa la legge? È del tutto naturale pensare che in effetti il principio di legalità in materia penale abbia una sua dignità peculiare ed uno statuto assiologico suo proprio. Qui non è tanto questione di certezza, non è tanto questione di coerenza con l'idea di uno Stato finalmente unitario e nazionale, non è tanto questione di mettere a nudo l''assolutismo giuridico' insito nel primato monopolistico della legge laddove — come nel penale — le norme sono necessariamente sbarrate a qualunque contributo normativo dell'autonomia privata.

È chiaro e a tutti arcinoto che è la peculiarissima esigenza di *garanzia* a conferire alla legalità penale il suo statuto privilegiato. Se è vero, come è vero, che nel diritto penale sussiste una ineliminabile componente di 'strumentalizzazione' del reo a fini sociali, derivante dalle ideologie utilitariste della pena quale prezzo (in verità altissimo) della secolarizzazione della penalità; se è vero che pure le teorie c.d. assolute della pena retributiva, mentre intendono affrancare l'uomo reo dalla strumentalizzazione utilitaristica, non possono però prescindere dalla logica e preliminare qualificazione del reato come un *male morale* che qualche soggetto deve dunque essere legittimato a qualificare come tale; se è ancora più prosaicamente vero che la penalità, per la sua nonostante tutto perdurante capacità di annientamento dell'individuo connessa ai contenuti della sanzione criminale, non cessa di offrire al potere politico — titolare dunque anche di quello punitivo — la perenne tentazione di abusarne allo scopo di fare pulizia degli avversari o addirittura dei 'nemici'; se tutto ciò è vero, il diritto penale e più in generale punitivo non può più prescindere, almeno nel nostro mondo occidentale, della garanzia necessaria a tenere in equilibrio la 'contrapposizione' tra persona del reo e potere punitivo. Solo laddove non sussista questa contrapposizione, o perché il potere sia di per se stesso il miglior garante dell'individuo di cui assume per esempio la cura della *salus animarum*, o perché l'unica dimensione del rapporto potere/individuo sia quella del 'dovere' in cui quest'ultimo solamente realizza il proprio essere, solo in queste prospettive (che non a caso sono quelle teologico-politiche) l'esigenza della garanzia non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si pone — almeno teoricamente — e la legalità non vanta dunque lo statuto speciale del penale.

Ebbene, se sono forti ed evidenti le ragioni dello speciale privilegio di cui la legalità gode nel diritto penale, tuttavia non pare che il diritto penale possa diventare una specie di zona franca, una specie di rinserrato in cui la legalità si arrocchi mentre nel resto dell'ordinamento è non solo e non tanto insidiata dal degrado dalla legge ma anche e soprattutto messa a nudo dalla contestatrice opera di demitizzazione. La verità, infatti, è che l'idea dell'*insula* penalistica poteva avere un senso fin tanto che i fatti criminosi si esaurivano in quei 'delitti naturali', ove la 'naturalità' sottolineava proprio la 'materialità' essenzialmente naturalistica dell'offensività di comportamenti a struttura violenta o predatoria. Ma già nel momento in cui il diritto penale apre la porta alla responsabilità per omissione, l'offensività del fatto criminoso inizia quel processo di smaterializzazione che è per l'appunto dovuto al fatto che la 'natura' oggetto di disciplina — anche penale — è sempre più intrisa di giuridicità, è sempre più artificiale; le sue strutture portanti sono sempre più spesso e più pesantemente forgiate dal diritto piuttosto che dalla materia. Nella terminologia del penalista, questo fenomeno è già delineato quando si osserva che i 'beni giuridici' penalmente tutelati non solo possono essere anche 'immateriali' ma possono anche identificarsi in 'funzioni', cioè in apparati che sono di creazione esclusivamente normativa ed istituzionale, come ad esempio le funzioni di controllo (del mercato, dell'economia, ecc.) o i procedimenti per l'adozione di determinati atti.

Ed allora, questo processo di dilatazione ma soprattutto di integrazione del diritto e della tutela penale con le aree sociali strutturate normativamente, gli fa perdere il carattere 'insulare' e lo compenetra in qualche modo con l'intero ordinamento. E dunque dell'intero ordinamento il diritto penale non può non mutuare certi caratteri e certe tendenze: se la legge e la legalità vanno incontro a 'crisi' nell'ordinamento giuridico complessivo, sarà molto difficile che nel penale esse si mantengano al riparo dalla tempesta — come in un'isola felice — nonostante la indubbia specificità garantistica del diritto punitivo. Per la buona ragione che questa *insula* non esiste più, essendosi ormai determinato un fenomeno di compene-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trazione, di sovrapposizione tra le strutture sociali normativizzate e l'area della tutela penale.

Da questo punto di vista, le cose si fanno davvero complesse poiché, da un lato, alla crisi della *legalità* non può non corrispondere una crisi della legalità *penale*, ma dall'altro permangono le specifiche esigenze garantistiche del giure punitivo.

3. *Le crisi della legalità.*

Il venir meno dell''insularità' del diritto penale ci autorizza a dare uno sguardo *extra moenia iuris poenalis* alla generale 'crisi' della legalità. Ed invero, se non è più il caso di parlare di isolamento del penale allora è bene che il penalista cerchi di rendersi conto — seppure sommariamente — di come si manifesta questa crisi della legalità e soprattutto di quali sono le sue cause. A noi pare che si possa distinguere tra una crisi *filosofica*, una crisi *giuridica* ed infine una crisi *istituzionale*. Questa triplice aggettivazione di un fenomeno sostanzialmente unitario serve solo per sottolineare come la caduta di fiducia nella bontà ordinante della legge possa trovare radici che partono da un mutamento delle convinzioni relative allo stesso rapporto tra soggetto umano e realtà oggettiva, per passare poi alle trasformazioni subite dalle concezioni del diritto specie sotto la spinta della globalizzazione, per finire con le vicende modificative di quei meccanismi istituzionali sui quali poggiava il 'pregio politico' della legge negli stati liberal-democratici.

3.1. *La crisi 'filosofica'.*

Ci manca la competenza per indugiare analiticamente sulla crisi filosofica della legalità. Ma ciò nondimeno vorremmo esprimere al riguardo niente più di una rapida ed approssimativa impressione. Si può forse azzardare l'ipotesi, infatti, che la crisi della legge trovi una delle sue cause sul piano filosofico, nel senso che essa sia addirittura una delle tante forme di manifestazione della più generale crisi del pensiero occidentale. La legge, cioè, quale espressione normativa di quell'imperante volontarismo con cui l'uomo occidentale ha affermato la propria soggettività soggiogante la realtà in un rapporto — mediato poi dalla scienza e dalla tecnica — in cui gli 'enti' sono tutti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pensati in funzione dell'uomo e della sua esigenza di dominante sicurezza. E nel momento in cui questo pensiero dell'Occidente ordinante e razionalizzante mostra la sua incapacità di *cum-prehendere* tutta la inesauribile e disorientante ricchezza dell'essere, ridotto invece all'ente come definito e pensato dal soggetto, allora il nichilismo imperante travolge anche la intrinseca bontà della legge di socratica memoria. Il confronto col mondo e col pensiero islamico, poi, cui volenti o nolenti siamo sospinti, accentua il diffondersi in Occidente di un pensiero dubitoso (o 'debole') rispetto al dirompente vitalismo che viene dall'Oriente ed in cui il fondamentalismo dei dogmi si unisce ad un ridimensionamento del protagonismo dell'individuo razionale e della sua pretesa di tutto com-prendere, ordinare, soggiogare.

3.2. *La crisi 'giuridica'.*

La crisi 'giuridica' della legalità è figlia delle trasformazioni intervenute sullo stesso paradigma del diritto, cioè sui requisiti di essenza del diritto in rapporto al suo obiettivo di ordine sociale. In estrema sintesi, può dirsi che quel paradigma non si regge più sugli estremi identificativi della *volontà* che si impone e delle *certezza* di disciplina che ne consegue. Volontà (volontarismo) e certezza (sicurezza) sono le forze generatrici, le *rationes essendi* della legalità statalistica dei nostri ordinamenti usciti dall'illuminismo giuridico. Ma oggi al prescrittivismo volontaristico della legge, in grado quindi di previamente controllare il conflitto di interessi, si è sostituita l'idea del diritto come strumento di *governance* dei plurimi interessi in gioco. Lo schema della loro composizione non è più solo quello astrattamente e previamente delineato da una legge in grado di tutto prevedere e conseguentemente di tutto stringere nella sua ferrea volontà; piuttosto, la composizione del conflitto nasce da una ponderazione che cerca di non ignorare le esigenze manifestate dalla concretezza della situazione, che cerca cioè una soluzione che non è sempre necessariamente e legalmente pre-data ma deriva da una valutazione delle sue conseguenze sociali — di accettabilità sociale, di minore tensione, di coerenza con le opzioni strategiche — in un certo senso fatta *ex post* perché oltre lo schema rigido fornito dalla legge. Alla volontà unitaria del precetto legale si sostituiscono, più

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che le *volontà* plurime dei soggetti (parti, giudice) chiamati a confrontarsi con la fattispecie, le *valutazioni* che quei soggetti operano per rendere l'assetto di disciplina della fattispecie (le 'conseguenze') coerente con gli obiettivi strategici del sistema. Dunque: *governance*, appunto, al posto di volontà prescrittiva. Potremmo intrattenerci a lungo sulle conseguenze di questo mutamento di paradigma: ma ci basti qui sottolineare come ciò comporti — all'evidenza — che alla rigidità descrittiva della fattispecie legale si sostituisca l'indicazione legislativa di parametri, criteri ed obiettivi di disciplina; alla tendenziale assenza argomentativa della legalità più tradizionale si sostituisca la pienezza di un 'valutare e decidere argomentando'.

Una breve parentesi esemplificativa per sottolineare una specie di paradosso in cui versa, al riguardo, il diritto *penale italiano*. Esso, da un lato, come diritto *penale* è naturalmente incline ad esprimere il volontarismo prescrittivo di un legislatore che, oltre tutto, nel codice del 1931 cristallizzò la quintessenza dell'autoritarismo legalistico: legalità penale, insomma, non solo come garanzia ma anche come espressione incondizionata ed irrefragabile dell'autorità statale. Un volontarismo normativo all'ennesima potenza. Ma, dall'altro lato, la situazione italiana — ormai quasi unica nel panorama europeo e non solo — esibisce un codice vecchio di 75 anni e nato in condizioni non solo politiche ma anche sociali, culturali, economiche straordinariamente diverse dalle attuali: dunque, come potrebbe essere possibile la sua sopravvivenza oggi se davvero i giudici chiamati ad applicarlo si ispirassero alle premesse del volontarismo prescrittivo piuttosto che ad un'interpretazione ispirata alle conseguenze? Un filone giurisprudenziale recente, ad esempio, ha adattato la nozione di 'prostituzione' (con tutte le conseguenze in termini di repressione penale) alla odierna realtà telematica, deprivandola della sua componente fisica e 'carnale' per estenderla a rapporti sessuali 'virtuali', così da ricomprendere sotto i delitti di favoreggiamento e sfruttamento imprenditori ed organizzatori di spettacoli ('prestazioni'?) sessuali a distanza ma in cui il collegamento telematico consente al 'cliente di formulare richieste di determinate e specifiche 'prestazioni'. Cosa sia rimasto qui della 'volontà' originaria della legge è facile scorgere, essendo invece evidente lo sforzo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della giurisprudenza di 'governare' gli interessi e le esigenze di tutela messe in gioco dalla mutevole realtà.

Qualche parola infine sulla *certezza*. Per riprendere la felice e riassuntiva espressione di un recente volume, alla certezza della decisione giuridica è oggi subentrato l'*equilibrio*: alla rigidità dello schema decisionale legalmente prederminato è subentrata la flessibilità mutevole della soluzione giuridica che tenta di conciliare i plurimi interessi in un assetto (l''equilibrio') suscettibile della massima condivisione e accettazione. Se la certezza legale discende dall'idea di una sorta di autosufficienza decisionale della legge, l'equilibrio esprime la consapevolezza della necessità che ogni decisione giuridica riceva dal mondo esterno sociale contributi essenziali. Dunque, se la certezza — come obiettivo e addirittura *ratio essendi* del diritto — esprime un'idea per così dire di 'onnipotenza' decisionale del diritto, l'equilibrio è invece il risultato di un diritto che riconosce la molteplicità delle forze e la conseguente difficoltà delle scelte decisionali e che, quindi, fornisce gli strumenti della decisione finale piuttosto che il suo modello rigidamente precostituito. Alla contrapposizione certezza/equilibrio corrisponde un'altra coppia di opposti: forza *versus* mitezza. La certezza accredita un'impressione di onnipotenza del diritto e della decisione giuridica che s'impone sempre identica quale che sia la fattispecie concreta decisa; l'equilibrio dà l'impressione di una decisione che, anche con difficoltà, è ogni volta in cerca di se stessa nel difficile ascolto di tutte le pretese e di tutti gli interessi. Tutte cose in fondo ormai ben note, anche se forse ancora stentano a farsi strada nella mentalità del penalista, pur sempre fiducioso che la specificità garantistica della legalità penale possa far argine ad un processo trasformativo capace di attaccare lo stesso dna tradizionale del diritto e delle sue concezioni.

Eppure non mancano anche in penale momenti in cui la decisione sembra ispirata più all'ideale dell'equilibrio che a quello della certezza. Può essere ricordata, ad esempio, la giurisprudenza recentemente sviluppatasi in tema di causalità sulla scorta di una giustamente famosa sentenza della Cassazione a sezioni unite. Una parte della dottrina aveva per la verità esercitato forti pressioni affinché nell'affermazione del nesso causale non si prescindesse da una spiegazione dell'evento in termini di sostanziale 'certezza': solo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quando il risultato offensivo può dirsi, in base alla conoscenze scientifiche, conseguenza altamente probabile — con un rapporto di probabilità prossimo a 1 — della condotta criminosa, potrebbe essere affermato il nesso causale. Nonostante ciò, la Corte di cassazione ha preferito battere la strada di un criterio che, rinunciando all'assolutezza della certezza scientifica, fosse più sensibile non solo e non tanto alle esigenze di tutela ma anche — e soprattutto — ai parametri conoscitivi dell'uomo che agisce nella realtà quotidiana secondo le caratteristiche delle diverse situazioni. E così la Corte ha elaborato il criterio — invero non rigidamente determinato — della (alta) 'credibilità razionale' della spiegazione causale dell'evento, quale parametro sufficiente per la sua attribuzione causale. Un parametro, questo, in qualche modo 'aperto' in quanto per così dire adattabile e dipendente dalle caratteristiche proprie della fattispecie concreta. Ed invero la credibilità razionale di una determinata spiegazione causale viene a dipendere solo in parte dall'indice di probabilità statistica di verificazione dell'evento, essendo piuttosto la risultante di tutta una serie di ulteriori valutazioni, che vanno dall'autorevolezza scientifica con cui sono stati elaborati gli indici probabilistici di cui si dispone in un dato momento, alla maggiore o minore completezza probatoria con cui è stata ricostruita la c.d. 'descrizione' dell'evento e il contesto in cui esso si è verificato, fino alla possibilità o meno di escludere razionalmente l'efficacia di altre serie causali alternative.

Dunque, anche in penale abbiamo la sorpresa (?) di soluzioni che alla certezza di un parametro precostituito in termini di *aut/aut* preferiscono l'equilibrio di criteri che tengano conto di una pluralità di elementi secondo un aggiustamento che possa essere socialmente condiviso *ex post*. La vera sorpresa è semmai un'altra, e su di essa ci sarebbe molto da riflettere avendone il tempo. E cioè la discrasia tuttora esistente tra dottrina e giurisprudenza proprio lungo il crinale della antinomia tra diritto come certezza e diritto come equilibrio. In breve, diciamo solamente che la riduttiva spiegazione di ciò, attribuendo alla magistratura una volontà di potenza quale spiegazione della sua maggiore 'sensibilità' verso le nuove concezioni del diritto, potrebbe sospingere la scienza penale verso un isolazionismo culturale di retroguardia fino a consolidare una sorta di deliberata ignoranza di fenomeni strutturali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3.3. *La crisi 'istituzionale'.*

Ed eccoci in fine alla crisi *istituzionale* della legalità. Sul piano politico-istituzionale la legalità si coniuga con la democrazia. Essa, in sostanza, realizza quel principio democratico che nei nostri Stati costituzionali costituisce la fonte di legittimazione del potere normativo e anche del potere punitivo. La legge, in quanto prodotto ed espressione della volontà parlamentare (la persistente premessa volontaristica…!), attua il principio democratico. Sennonché, posto che la legge è per così dire la cinghia di trasmissione della democrazia dalla sede parlamentare alla vita normativa dell'ordinamento, se non c'è più nulla da trasmettere, se la democrazia si è corrotta, allora anche la legalità entra in crisi. Significativo in proposito il titolo di un recente volumetto: *La democrazia che non c'è*. Anche senza condividerne l'estremismo forse un po' effettistico, quel titolo negativo riassume quantomeno il senso di disincanto che pervade l'idea democratica; ed esprime la consequenziale disillusione che la democraticità della legge sia anche garanzia della intrinseca bontà dei suoi contenuti, i migliori possibili perché provenienti dall'organo dotato di legittimazione democratica.

Non tocca certo a noi spiegare perché la democrazia non c'è: basta qui rammentare che una delle cause è radicale derivando dalle insufficienze del meccanismo della rappresentanza politica, cioè dello stesso cuore della democrazia parlamentare. Lasciamo stare il problema della capacità del partito politico di costituire l'ossatura portante e la nervatura sensibile della rappresentanza. E limitiamoci solamente a sottolineare le difficoltà in un certo senso 'esterne' al sistema dei partiti, radicate nel carattere mediatico della società e della politica attuali, come tali molto difficilmente 'correggibili' in quanto ormai strutturali. È infatti sostanzialmente retorico interrogarsi su quali siano oggi i reali vettori che conducono la 'volontà popolare' a trovare espressione nella legge: se i meccanismi della rappresentanza parlamentare o piuttosto le interpretazioni che di tale volontà forniscono le concentrazioni massmediatiche e più in generale i potenti gruppi specie economici con la loro attività lobbistica. E nel campo del diritto penale il carattere spesso emotivamente coinvolgente delle materie oggetto di disciplina finisce per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accrescere ulteriormente il ruolo dei mass-media nella formazione del necessario consenso sociale.

Altra linea di crisi della democrazia è quella che corre lungo la sempre crescente difficoltà che il principio democratico incontra nei suoi rapporti con il principio maggioritario e con quello tecnocratico. Quanto al primo, è abbastanza evidente che — sotto la pressione dell'imperante valore dell''efficienza' anche istituzionale — il principio democratico sta in realtà convertendosi in quello maggioritario, snaturando dunque nelle sue premesse la garanzia e la fiducia di cui poteva godere la legge. Allorché il sistema elettorale s'incentra sulla scelta popolare della persona del presidente del Consiglio dei ministri, ne viene ineluttabilmente un rafforzamento politico del governo e conseguentemente anche della sua legittimazione alla produzione normativa. Ma già ogni meccanismo — pur necessario ed auspicabile — di rafforzamento della maggioranza parlamentare erode corrispondentemente quel principio democratico su cui era edificata la dignità della legge e la consistenza assiologica della legalità.

La recente esperienza dell'ultima legislatura mostra poi come all'accentuato potere della maggioranza in sede governativa e parlamentare faccia riscontro la tendenza a proseguire il dibattito politico e a protrarre il processo di formazione della decisione normativa presso gli organi di garanzia, Corte costituzionale innanzitutto ma anche Presidenza della Repubblica, come hanno esemplarmente mostrato alcune vicende proprio nell'area del diritto penale: dalla legge sulle sospensione dei processi penali per le alte cariche dello Stato alla legge di riforma di alcuni istituti della parte generale del codice. Le conseguenze ulteriori di questa tendenza a recuperare presso gli organi di garanzia il terreno perduto dalle minoranze nella sede parlamentare sono un obiettivo incremento del tasso di politicità di quegli organi, che evidentemente e loro malgrado non giova al distacco e all'imparzialità della loro funzione di controllo. Senza contare, poi, che l'accresciuto ruolo politico degli organi di garanzia stimola la tentazione più che platonica delle maggioranze di estendere su di essi il proprio potere di condizionamento, anche attraverso riforme della composizione di quegli organi. Il che avvierebbe il sistema verso una involuzione di regime, in cui il trionfo della legge segnerebbe la sconfitta della legalità.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dicevamo poi che il principio democratico deve fare i conti anche con quello tecnocratico: di fronte ad una realtà sempre più pervasa e plasmata di tecnologia non si può dire che tramonti la necessità di una sua forma e regolazione normativa, ma indubbiamente appare difficile parlare ancora di una sovranità senza limiti della volontà popolare. Il legislatore non può fondare il prodotto normativo solo sul consenso sociale ma deve necessariamente attingere al sapere scientifico e mantenere un adeguata coerenza con le esigenze tecnologiche delle realtà disciplinate. Il che significa, sotto il profilo ordinamentale, lo spostamento del baricentro normativo del sistema dall'organo parlamentare all'apparato amministrativo con tutta la fioritura di autorità indipendenti e di organi tecnici dotati di specifiche competenze funzionali comprensive di poteri normativi.

Crisi della rappresentanza politica, scivolamento del principio democratico in quello maggioritario, affermazione del principio tecnocratico: tutti fattori determinanti della crisi politico-istituzionale della legalità. Ma il più potente e più risalente è un altro ancora, talmente noto che qui può essere rammentato in poche parole. « La democrazia è solo una della componenti di uno Stato costituzionale » (S. Cassese). La legalità e la legge sono — abbiamo detto — le cinghie di trasmissione della democrazia, nel senso forte che garantiscono *contenuti* democratici al diritto positivo, che trova così un fondamento e una presunzione di legittimità. La democrazia non costituisce più l'unico asse su cui si regge il sistema giuridico-istituzionale. Oggi, nello Stato costituzionale, accanto ai contenuti democratici nella disponibilità del parlamento-legislatore, nella legge — e nel diritto — vi sono altri contenuti indisponibili alla volontà del parlamento. Le costituzioni hanno introdotto dei valori che si ergono sullo stesso principio democratico, sottraendosi all'onnipotenza della legge e anche alla forza dirompente della stessa revisione costituzionale, mentre invece pretendono di circolare nell'esperienza giuridica quotidiana per mezzo dell'opera interpretativa dei giudici.

Interpretazione adeguatrice, costituzionalmente orientata, e controllo di costituzionalità della legge hanno definitivamente messo in ginocchio il paradigma politico-istituzionale dell'onnipotenza democratica della legge fondata sulla presunzione di legittimità/intan-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gibilità dei suoi contenuti. E nessuno potrebbe pensare di negare l'esistenza di questa realtà *anche nell'area del diritto penale.* Valori costituzionali assunti quali *nuovi* beni giuridici penalmente tutelati *al posto* di quelli originari, con un'ardita operazione di interna metamorfosi delle fattispecie con tutto ciò che ne consegue sul piano interpretativo delle stesse e sul piano del superamento del volontarismo legalistico. Dichiarazioni di incostituzionalità (o anche solamente sentenze interpretative di rigetto) che, nonostante il rigoroso *self-restraint* generalmente mantenuto dalla Corte costituzionale in materia penale, non hanno mancato di affrancare il sistema dalle punte di maggiore anacronismo o di più marcato autoritarismo: basti pensare al costante e penetrante controllo esercitato sul sistema sanzionatorio, oppure alla sensibilità talora mostrata per il principio di colpevolezza, oppure ancora all'adeguamento di certe aree politicamente compromesse ai nuovi diritti di libertà (diritto penale politico, repressione dello sciopero, ecc.).

4. *La riserva di legge in materia penale.*

È giunto ora il momento di trarre qualche conclusione, con più specifico riferimento alla *riserva di legge in materia penale*, che nel nostro settore è il frutto più diretto della generale legalità. La crisi della legalità non significa che si è dissolta la portata garantistica della riserva di legge in penale. Significa piuttosto che il senso garantista della riserva è mutato, è girato l'asse su cui poggia la garanzia. La riserva non è più in grado di garantire sotto il profilo *contenutistico* la 'bontà' *intrinseca* della legge, ma può efficacemente assicurare sotto il profilo *procedurale* una possibilità di *controllo* democratico sulla legge. Da garanzia di contenuto a garanzia di procedimento. È la conformazione procedimentale dell'*iter* legislativo che assicura innanzitutto la pubblicità dei luoghi in cui si forma la legge, così come, inoltre, la partecipazione della opposizione politica. La natura di atto 'avente forza di legge' consente, infine, la possibilità che il processo deliberativo eventualmente continui — seppure secondo cadenze 'negative' — nel processo costituzionale.

Alla metà degli anni '70 del secolo scorso la 'democraticità procedurale' della riserva di legge si coniugò con il sostanzialismo della teoria dei 'beni giuridici costituzionali'. Mai matrimonio fu più

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

felice ma anche più breve. La legittimazione delle scelte di criminalizzazione avrebbe dovuto poggiare, per tale teoria, sulle scelte di valore contenute nella Carta costituzionale: nessuna rilevanza e nessuna tutela penale al di là dei beni costituzionalmente rilevanti o 'significativi'. Al legislatore — in nome della riserva di legge — sarebbe toccato il compito di concretizzare le scelte di criminalizzazione lungo i binari (le 'rime obbligate') tracciati dalla Costituzione. Un perfetto connubio tra la democraticità procedurale della riserva di legge e la democraticità sostanziale delle scelte costituzionali: la prima s'inverava nella seconda e quest'ultima evitava il rischio di possibili derive attraverso il ferreo monopolio legislativo della produzione normativa in penale. Sennonché, ben presto tornò a trionfare il primato della politica, nel senso che l'idea del catalogo dei beni costituzionali apparve una gabbia eccessivamente rigida per scelte di criminalizzazione che non solo avrebbero dovuto tenere il passo coi tempi, ma avrebbero dovuto anche essere permeabili alla ricchezza del dinamismo sociale di cui solo il legislatore può essere interprete. La tavola dei beni costituzionali implicava, alla fine, il rischio di fornire un appiglio argomentativo a chi intendesse sterilizzare la democraticità del dibattito sulle concrete scelte di criminalizzazione invocando la 'predeterminazione costituzionale' di una certa soluzione penale. Paradossalmente, si poteva profilare il rischio di qualche involuzione antidemocratica.

Questo ritorno alla democraticità procedurale della riserva di legge certamente riposiziona tutto il peso della garanzia sul legislatore parlamentare e, dunque, implica lo stretto suo monopolio nella produzione normativa in materia penale. Tuttavia, la crisi della teoria dei beni costituzionali offre anche lo spunto per sottolineare l''apertura' verso una democraticità dialogica e socialmente comunicativa, in cui le opzioni penali siano appunto realmente delle scelte, e non desumibili quali soluzioni preconfezionate da un documento pur autorevolissimo. Orbene, nel momento in cui la 'politica' torna al centro delle scelte di criminalizzazione, certamente la riserva di legge afferma tutto il suo pieno significato garantista ribadendo il monopolio del legislatore; ma in quello stesso momento non è possibile ignorare che la discussione democratica nella società attuale trova nelle aule parlamentari *solo una* delle sedi di dibattito e di formazione delle opinioni: l'ultima cronologicamente e forse

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non la più importante anche se quella — letteralmente — *decisiva*. Il primato della politica, insomma, non può significare monopolio assoluto del legislatore, in quanto si abbia consapevolezza della reale molteplicità delle sedi della politica: democraticità, potremmo aggiungere 'sostanziale', delle scelte di criminalizzazione non significa assoluto monopolio legislativo.

4.1. *Riserva di legge e produzione giuridica dell'Unione europea.*

Un fattore di crisi per il monopolio legislativo è costituito — come è notissimo — dal difficile rapporto tra diritto penale ed Unione europea. Non solo gli interessi, in particolare finanziari, propri dell'Unione come soggetto istituzionale possono reclamare una tutela penale. Ma anche le discipline normative di cui l'Unione pretende l'armonizzazione nelle svariate materie di sua competenza ben possono dover essere 'assistite' da un congruo apparato sanzionatorio, anche penale. In nome del famoso 'deficit democratico' che caratterizza gli organi comunitari e la loro produzione normativa, resta ferma ad oggi l'impossibilità per il diritto comunitario (i regolamenti in particolare) di prevedere sanzioni penali direttamente applicabili. Ma le cose stanno diversamente per le direttive comunitarie e le decisioni quadro in quanto atti normativi — rispettivamente del cosiddetto pilastro comunitario e del cosiddetto terzo pilastro — che hanno bisogno di un atto interno dello Stato per la loro trasposizione o per il loro recepimento nell'ordinamento nazionale. Dunque, in apparenza tutto sembrerebbe formalmente in ordine con la riserva di legge in materia penale, posto che una sanzione criminale per l'osservanza di un precetto di 'derivazione' europea (da una direttiva o da una decisione quadro) troverebbe necessariamente la sua fonte in un atto legislativo interno.

Dagli anni '80 le istituzioni comunitarie tendono a rivolgere sempre più frequentemente e sempre più diffusamente la richiesta agli Stati di apprestare con adeguate sanzioni la tutela di beni che, pur rientranti nella competenza comunitaria, hanno però legami meno diretti con l'ordinamento comunitario. Sanzioni che, secondo una clausola di stile, debbono essere 'efficaci e dissuasive' oltre che proporzionate. Sorge, dunque, il problema se sussistano per gli Stati

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli *obblighi di penalizzazione* derivanti dal diritto comunitario ed europeo. Per la verità, non è dato riscontrare — almeno fino a tempi recentissimi — atti del primo pilastro che impongano uno specifico obbligo di incriminazione. Di regola, l'affermata esigenza di una tutela adeguata lascia tuttavia al legislatore nazionale la scelta del tipo di sanzioni da adottare, se penali od amministrative in particolare. Inoltre, si potrebbe anche sostenere che non si tratta di veri e propri obblighi di criminalizzazione, in quanto in verità l'obbligo di allestire una tutela 'adeguata' dei precetti di origine comunitaria incombe agli Stati in virtù del più generale obbligo di buona fede e di lealtà che l'art. 10 Trattato CE impone agli Stati nell'adempimento delle obbligazioni comunitarie. Infine, la Corte di giustizia ha indicato quale criterio materiale per il corretto adempimento di tale obbligo di adeguata tutela quello di 'assimilazione', per dire cioè che lo Stato è tenuto a prevedere un apparato di tutela corrispondente a quello adottato nell'ordinamento nazionale per la protezione di beni giuridici simili. Il che significa, in sostanza, che l'opzione sanzionatoria dello Stato, oltre ad essere formalmente rimessa a lui, anche sostanzialmente è effettuata secondo un criterio di apprezzamento formulato su una scala di valori nazionali.

Questa in sintesi la situazione fino al 2005, anche se non può essere taciuto che la crescente insistenza con cui le direttive comunitarie fanno ricorso alla clausola sanzionatoria che reclama 'sanzioni adeguate, effettive e dissuasive', nel segnalare l'importanza che la Comunità attribuisce alla materia e alla relativa disciplina, può fare ragionevolmente pensare che si avesse in testa quantomeno la eventualità concreta della tutela *penale*. Con la famosa sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2005 sui cosiddetti 'reati ambientali', viene esplicitamente ammessa la possibilità che una direttiva comunitaria preveda il ricorso alla sanzione penale a salvaguardia dei suoi precetti. Può forse dirsi che l'evidente *obbligo di penalizzazione* sia compatibile con la riserva di legge in penale in virtù del fatto che sarà in ogni caso necessario un atto di trasposizione della direttiva da parte dello Stato italiano? Se la riserva significa mantenere nel monopolio del legislatore le scelte di criminalizzazione, è ben difficile ritenere che in questo caso il legislatore abbia nelle sue mani, nella sua disponibilità l'opzione penale imposta invece dalla direttiva. Ed invero, a controbilanciare — anzi a neutralizzare — la pur

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

innegabile possibilità che il legislatore ha di rifiutare la trasposizione (o di trasporre non in conformità) sta la responsabilità per inadempimento che graverebbe in tal caso sullo Stato di fronte alla Corte di giustizia e all'intera Comunità europea. Dunque, in definitiva, l'ormai affermata possibilità di direttive comunitarie con obblighi di penalizzazione priva sostanzialmente il legislatore nazionale del suo monopolio in materia penale. Sarebbe per la verità illusorio, se non mistificatorio, parlare al riguardo di una sorta di riparto dei competenze tra il legislatore europeo, legittimato ad effettuare le 'sole' scelte di politica criminale, e il legislatore italiano, chiamato a tradurre tecnicamente quelle scelte nel diritto interno in modo da renderle armonizzabili con l'ordinamento nazionale. È ovvio infatti che la *ratio* garantistico-democratica della riserva di legge è proprio quella di concentrare nell'organo parlamentare le *scelte di politica criminale* (ben potendo la loro traduzione tecnica essere demandata anche ad altri organi, come mostra chiaramente il meccanismo della delegazione legislativa).

Gli obblighi di penalizzazione presenti nelle *decisioni quadro* del terzo pilastro non sembrano invece mettere in altrettanta sofferenza la riserva di legge. Ed è per questo che la sentenza del settembre 2005 è stata così innovativa: non era tanto l'attribuzione della materia ambientale al primo pilastro a fare scandalo quanto la presenza della clausola sanzionatoria penale con cui venivano così legittimati gli atti della Comunità. (Tra parentesi, si noterà che a seguito della citata sentenza è in corso di approvazione una *direttiva* del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela *penale* dell'ambiente, ove alla lista dei reati corrisponde una lista di vere e proprie 'cornici edittali' di pena detentiva, entro le quali dovrà stare il legislatore nazionale secondo una corrispondenza predeterminata con gruppi di reati di analoga gravità).

Tornando ora alle decisioni quadro, esse parrebbero destare minori problemi poiché, in quanto espressione della 'normale' attività di collaborazione intergovernativa tra gli Stati, possono 'entrare' negli ordinamenti nazionali solo a seguito di un atto legislativo di recezione ed esecuzione, senza che il mancato recepimento sia fonte di una responsabilità *giuridica* internazionale dello Stato. Non dunque di un 'inadempimento' in senso giuridico si tratterà, bensì di una scelta politica da cui potrà derivare una responsabilità di natura

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esclusivamente *politica*. Vero tutto ciò sul piano delle regole formali, è altrettanto incontestabile l'impressione che la politica criminale italiana non possa più prescindere nelle sue scelte di criminalizzazione dalle 'indicazioni' provenienti dal terzo pilastro dell'Unione europea, anche nel caso in cui per avventura il legislatore decida di non uniformarsi ad una determinata decisione quadro. Si potrebbe dire che è proprio il contesto europeo, ancorché intergovernativo, in cui vengono dibattuti i problemi che accredita quelle soluzioni come meritevoli della massima attenzione da parte del legislatore nazionale. Ed in effetti, trattandosi di materie a cui la dimensione europea della disciplina è divenuta intrinseca ed imprescindibile, è chiaro che una regolamentazione ispirata *esclusivamente* ad opzioni nazionali rischia per ciò solo di essere inadeguata. Ecco dunque che le scelte di criminalizzazione elaborate in sede europea, pure nell'ipotesi in cui per una qualche seria ragione siano rifiutate, non possono non influenzare la politica criminale nazionale. E allora, anche nel caso decisamente meno dirompente delle decisioni quadro, è difficile pensare ad un monopolio legislativo inteso come esclusività della sede parlamentare ove effettuare le scelte penali. E che dire poi di quel filone (spesso ignorato) della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che non esita a 'condannare' gli Stati per l'insufficienza della tutela penale apprestata nei confronti di taluno dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione di Roma? Certamente, la Corte di Strasburgo non ha il potere di 'incidere' sulla situazione legislativa degli Stati parte: ciò nondimeno, non solo la Corte non esita a emettere vere e proprie 'condanne' (« secondo la Corte, la legge non mette il ricorrente sufficientemente al riparo [dal rischio] di un trattamento o d'una pena contrari all'art. 3 » [della Convenzione]: sentenza 23 settembre 1998, *affaire* A c. Regno Unito; « la scelta delle misure adeguate a garantire l'osservanza dell'articolo 8 [della Convenzione] nei rapporti interindividuali si colloca in linea di principio entro il margine di valutazione degli Stati parte ». Ma « la Corte ritiene che sia insufficiente la protezione del diritto civile nel caso di aggressioni del tipo di quelle di cui è stato vittima il ricorrente. […]. Solo una legislazione criminale può assicurare una prevenzione efficace, necessaria in questo ambito; di fatto, è una simile legislazione che concerne ordinariamente la questione »: sentenza 26 marzo 1985, *affaire* X e Y c. Paesi Bassi).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oltre a ciò, l'esperienza mostra che talvolta gli Stati sentono così forte il peso della 'condanna' (o anche il solo rischio) da indursi a mutare la legislazione (come è avvenuto per il Regno Unito nella vicenda della sentenza prima citata).

Il discorso è ormai maturo — ci sembra — per chiederci se all'erosione del monopolio del legislatore conseguente alla politica criminale dell'Unione europea corrisponda anche una proporzionale caduta della democraticità 'sostanziale' delle scelte penali. E dunque un effettivo *vulnus* della legalità penale, sotto la specie particolare della riserva di legge. Il quesito è assai complesso e può qui essere solo sfiorato. Premessa ineludibile è, però, che i modelli normativi della democraticità europea non possono essere gli stessi di quelli della democraticità interna. Per contro, non è certo contestabile il famoso « deficit democratico » che affligge gli organi comunitari ed europei che provvedono all'elaborazione degli atti normativi vincolanti — nei termini che abbiamo visto — per gli Stati. E nessuno si sogna di negare quell'attività di *lobbying* che viene senza meno esercitata anche in sede europea dalle potentissime multinazionali. A compensare tutto ciò sta, d'altra parte, quel processo di faticosa ma non indifferente democratizzazione dei processi decisionali europei: si va dalla procedura di « codecisione », che vede il parlamento europeo coinvolto ormai nella maggioranza delle decisioni adottate e delle materie di competenza dell'Unione, al coinvolgimento del parlamento nazionale nella fase c.d. 'ascendente' di formazione della decisione comunitaria. E non può non essere molto istruttivo il fatto che, a fronte dell'origine essenzialmente nazionale delle censure espresse sulla 'democraticità' delle decisioni comunitarie, la procedura di coinvolgimento del nostro parlamento non sembri essere impiegata e valorizzata al massimo delle sue possibilità. Mentre nient'affatto trascurabile appare lo sforzo effettuato in sede europea con la procedura di 'codecisione'.

Ma, a parte gli strumenti normativi di democratizzazione del processo decisionale influenzato dall'Europa, vorremmo sottolineare un dato forse più evanescente in quanto giuridicamente non formalizzato, ma che appare molto significativo. Il fatto che talune scelte di penalizzazione non siano più nell'esclusiva disponibilità del legislatore nazionale non significa per ciò solo una caduta di democraticità. Che l'Europa abbia da dire la sua condizionando il nostro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislatore significa che *oltre* quello parlamentare si è aperto un *altro* fòro di dibattito delle scelte penali: e che fòro! Il processo decisionale europeo, non solo è in sé complesso, ma coinvolge altresì numerose istituzioni. Il grado di pubblicità, poi, non è certo così mediatico come quello di alcuni dibattiti parlamentari: ma, appunto, solo di *alcuni*; mentre rispetto alla maggior parte delle leggi nazionali, il controllo assicurato dalla sede europea si presenta più penetrante e più effettivo perché più qualificato. Come ha dimostrato l'esperienza dell'ultima legislatura, non è poi così improbabile la realizzazione di un'aggregazione parlamentare di interessi 'omogenei' o addirittura personali, che non solo sarebbe difficile immaginare a livello degli organi europei, ma che può trovare proprio nella sede europea un antidoto di segno francamente 'democratico' . E altro segnale meritevole d'attenzione è che le più accorate e virulente lamentazioni contro il rischio d'involuzione antidemocratica insito nella politica criminale europea, provengono spesso proprio da chi ha inteso piegare la sede parlamentare nazionale agli interessi di una parte mostrando indifferenza — quando non addirittura disprezzo — per le opposizioni e il metodo democratico.

Tornando ai modelli normativi, vi è un altro meccanismo europeo che contribuisce ad insidiare il monopolio legislativo delle scelte di criminalizzazione, questa volta però sul versante interno. Come è risaputo, lo straordinario numero delle direttive comunitarie, comprese quelle implicanti previsioni sanzionatorie e punitive, ha costretto il legislatore italiano ad adottare un sistema che per la loro trasposizione si avvale di una delegazione legislativa concessa al governo di anno in anno (cosiddetta legge comunitaria). Essendo annuale, la delega riguarda una molteplicità non indifferente di direttive. Dunque, riguarda materie tra di loro anche molto eterogenee. Con la conseguenza che, nonostante il progressivo sforzo di affinamento dei criteri di delegazione concernenti le scelte sanzionatorie — e pertanto anche penali — quei criteri si rivelano in ogni caso relativamente indeterminati così da riporre sostanzialmente nelle mani del potere esecutivo le reali scelte di criminalizzazione.

4.2. *Riserva di legge e attività della Corte costituzionale.*

Insidie per il monopolio del legislatore possono derivare però

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche dall'interno dell'ordinamento nazionale. La *Corte costituzionale*, per i poteri (demolitori) che le conferisce la Costituzione e per quelli (creativi) che è venuta via via acquisendo, si pone in naturale 'concorrenza' col legislatore. Ma, essendo essa priva — come si suole dire — di quella legittimazione democratica di cui è investito il legislatore parlamentare, la sua attività può porsi in tensione con la riserva di legge in materia penale. Non è dunque un caso né il generale atteggiamento di prudenza e di *self-restraint* tenuto in tutti questi anni dalla Corte in materia penale, né la più specifica e ripetutamente ribadita impossibilità — in nome appunto del principio di legalità — di adottare pronunce che possano creare nuove norme *in malam partem*. Insomma, si deve registrare una posizione complessivamente ispirata a grande equilibrio e al rispetto dei rapporti tra poteri istituzionali. E se negli anni più recenti si può forse notare un qualche episodico scostamento della Corte dal suo consolidato orientamento prudenziale, bisogna pur considerare che per un verso disponiamo ancora del vecchio codice penale del 1930 e per l'altro la produzione legislativa penale dei tempi attuali non è certo immune da vizi contenutistici e tecnici.

Tutto ciò premesso, anche senza poter in questa sede scendere ad analisi dettagliate, occorre riconoscere che, pur rimanendo all'interno dell'area delle sentenze produttive di effetti *in bonam partem*, non sono mancate pronunce che hanno implicato risultati non puramente ablativi della disposizione testuale ma modificativi della realtà normativa. Così, ad esempio, quelle sentenze che hanno ridotto l'ambito applicativo della fattispecie contestata (dunque, con effetti *in bonam partem*) ma attraverso l'*aggiunta* di un ulteriore elemento essenziale del reato: si è trattato di norme incriminatrici in genere parzialmente confliggenti con diritti di libertà che hanno potuto essere 'salvate' limitandone l'ambito applicativo attraverso un elemento originariamente non previsto, come è stato il caso dell'apologia di reato, la cui esistenza è stata ancorata alla realizzazione di un 'pericolo concreto di commissione di delitti' (sentenza 4 maggio 1970, n. 65). Talvolta, seppur raramente, la Corte ha effettuato interventi di rimodulazione della pena edittale, non certamente per così dire 'inventandosi' *ex novo* la nuova cornice edittale costituzionalmente conforme, bensì 'mutuandola' da una fattispecie di riferimento, alla luce del cui disvalore assimilabile a quello della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fattispecie *sub iudice* è stata posta e risolta la questione della 'irragionevolezza' (per eccesso) della pena. Vi è stata poi qualche sentenza che, pur producendo un effetto puramente ablativo *in bonam partem* (e, dunque, sotto questo profilo nient'affatto invasivo della competenza legislativa), ha disposto l''eliminazione' di una norma incriminatrice per sua *intrinseca irragionevolezza*, con ciò dunque contestando attraverso questo elastico parametro la scelta di criminalizzazione del legislatore (così, ad esempio, in tema di mendicità non invasiva [art. 670.1 c.p., dichiarato illegittimo con sentenza 28 dicembre 1995, n. 519] e di possesso ingiustificato di valori [art. 708 c.p., dichiarato illegittimo con sentenza 2 novembre 1996, n. 370).

Su un altro versante si pone infine la questione della sindacabilità delle c.d. 'norme penali di favore' e, dunque, delle c.d. 'questioni *in malam partem*'. Fermo restando in ogni caso che mai l'eventuale sentenza di accoglimento potrebbe produrre un effetto sfavorevole nel giudizio *a quo*, va al riguardo premesso che nonostante ciò le questioni *in malam partem* si ritengono ormai ammissibili. Chiarito ciò, il problema è piuttosto quello di un'eventuale lesione della legalità dovuta al fatto che la caducazione della norma di favore, comportando la 'riespansione' della norma più generale e più sfavorevole, rimette in discussione l'assetto legislativo delle scelte di criminalizzazione con effetti futuri *in malam partem* ancorché senza la formale creazione di una nuova norma incriminatrice. In proposito è recentemente intervenuta una importante sentenza che ha fatto chiarezza, a nostro avviso in termini ineccepibili, sull'intera e complessa questione (sentenza 8-23 novembre 2006, n. 394). Conviene dunque ascoltare direttamente la parola dei giudici della Consulta.

Si ribadisce che « per costante giurisprudenza [di questa Corte], la configurazione delle ipotesi criminose e la determinazione delle sanzioni per ciascuna di esse rientrano nella discrezionalità del legislatore. Gli apprezzamenti in ordine alla 'meritevolezza' ed al 'bisogno di pena' […] sono infatti, per loro natura, tipicamente politici: con la conseguenza che un sindacato sul merito delle scelte legislative è possibile solo ove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio ». Ma quali sono i poteri della Corte in quest'ultimo caso? Certamente non potrà *sostituire* la *propria*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scelta di criminalizzazione a quella del legislatore, pur manifestamente irragionevole od arbitraria: « il principio di legalità impedisce […] alla Corte di configurare nuove norme penali, ma non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo ». Sono appunto le 'norme di favore'. 'In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria'. La Corte non sfugge al problema di identificare la 'norma di favore'. Posto che lo sarebbero senza dubbio le norme recanti un vero e proprio 'privilegio' personale (come una immunità ingiustificata od arbitraria), non possono per contro essere dette tali quelle che 'delimitano' la tutela — mediante l'indicazione di elementi costitutivi del reato — esprimendo così l'opzione di criminalizzazione del legislatore (sentenza 1º giugno 2004, n. 161). Sono, invece, norme di favore quelle norme (speciali) che 'sottraggono' — irragionevolmente — una determinata 'sottofattispecie' ad una fattispecie generale. La loro dichiarazione di incostituzionalità non implica certo la 'creazione' o la 'manipolazione' di una norma incriminatrice, ma ciò nondimeno la breccia è aperta nel muro della legalità, pur tra molte cautele. In effetti, è evidente che — sotto il profilo logico-formale — anche la norma speciale contribuisce a 'delimitare' (seppure, per così dire, dall'esterno) l'ambito applicativo della fattispecie generale. Come è chiaro, inoltre, che — sotto il profilo valutativo-sostanziale — il giudizio di irragionevolezza sulla norma di favore ha comunque ad oggetto le scelte di criminalizzazione del legislatore.

Conclusivamente, rimane ferma l'impossibilità che effetti sfavorevoli si producano retroattivamente nel giudizio *a quo*, così come rimane, ovviamente, escluso che possa essere 'manipolata' *in peius* la struttura di una fattispecie. Non sembra invece di dover negare alla Corte l'uso del parametro della ragionevolezza in materia penale,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla condizione che l'esito del giudizio — in termini anche di modificazione dell'assetto legislativo della tutela — sia per così dire 'costituzionalmente obbligato'. Certamente, ciò significa intaccare il monopolio legislativo della produzione penale, significa cioè accrescere i 'fori' entro i quali si dibattono e si assumono le decisioni sulle scelte di criminalizzazione. Ma tutto ciò non significa necessariamente anche una caduta di democraticità di quelle scelte, nella misura in cui per un lato si allarga lo spettro degli interessi e dei valori che vengono in gioco e per l'altro si tratta di valori che sono parte costitutiva della 'democrazia costituzionale' e la cui attuazione — nel rispetto degli equilibri e dei princìpi costituzionali — non può di certo essere sottratta alla Corte proprio in una materia così 'delicata' e 'sensibile' come quella penale.

Possiamo ora sintetizzare i risultati di questo nostro *excursus* sulla riserva di legge come garanzia di democraticità delle scelte penali. La riserva di legge pare aver subito una duplice 'virata' che ha modificato, non sappiamo dire se l'intensità della garanzia, ma sicuramente la sua direzione, il suo 'senso'. Da un lato, la riserva ha virato dal *contenuto* democratico della legge penale al *procedimento* di formazione della legge e al suo *controllo*. Ridimensionatasi quella specie di presunzione della democraticità contenutistica dei contenuti normativi della legge, l'asse della garanzia è piuttosto nelle possibilità di partecipazione e controllo che offre il procedimento legislativo. Dall'altro lato, la riserva vira dal *monopolio* del legislatore verso la partecipazione di *plurimi* soggetti — esterni e interni all'ordinamento nazionale — al complesso processo vitale di formazione delle scelte anche penali: senza che per ciò solo si debba ritenere necessariamente pregiudicato il loro tasso di democraticità, posto che il pluralismo istituzionale non è affatto incoerente, anzi, con l'integrazione tra diversi punti di vista nella decisione legislativa finale.

Certamente, sia l'una che l'altra delle due direzioni in cui si è trasformata la riserva di legge aprono lo scenario di una democraticità più complessa, che richiede una tensione più forte, un impegno più attivo, quasi una conquista quotidiana, ma non per questo una democraticità meno 'vera'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. *La legalità-determinatezza della norma penale.*

La legalità non è solo democraticità: l'altra sua faccia guarda alla *libertà*. Soprattutto in penale, il principio di legalità è presidio di libertà contro il rischio sempre incombente di uno straripamento del potere punitivo con la sua capacità di annientamento anche fisico dell'individuo. Certamente, non ci si stancherà mai di ribadire che un diritto penale davvero 'liberale', o della libertà, è possibile solo a condizione che esso non sia circondato e in qualche modo 'smentito' dalla presenza — non di rado assillante e preponderante — di un diritto parallelo formalmente *non penale* ma non meno capace, anzi, di annientare l'individuo: le misure 'amministrative' di sicurezza, le misure di prevenzione, i provvedimenti di polizia, i provvedimenti terapeutici obbligatori, le situazioni di eccezione, e via enumerando, sono tutti territori che, per essere formalmente non penali, si sottraggano al dominio della legalità divenendo così i luoghi in cui si consuma il sacrificio della libertà individuale.

Tornando dunque al diritto 'veramente' penale, la legalità in funzione della libertà significa *limite* all'esercizio del potere punitivo. Prima di tutto, certo, limite alle scelte di criminalizzazione del *legislatore*: ma su questo piano, viene in gioco una legalità che semmai può dirsi 'costituzionale', l'idea cioè di alcuni princìpi derivanti o circolanti nella Carta costituzionale e capaci di raffrenare le tendenze panpenalizzanti del legislatore: segnatamente, il principio di *extrema ratio* della pena, il principio di offensività del reato col suo corollario dei beni giuridici costituzionali, oltre poi ovviamente ai diritti di libertà. Ma non è questo il piano che c'interessa ora, essendo piuttosto quello dell'applicazione delle norme penali da parte del *giudice*: dunque, la legalità quale limite all''arbitrio' del *giudice* — come si suole dire. Su questo piano, la legalità penale assume più propriamente il contenuto del principio di *determinatezza* della legge penale. Il quale, a sua volta, si dirige sia al legislatore affinché formuli norme chiare e precise onde meglio stringere il giudice alla legge, sia direttamente al giudice per vietargli il ricorso al procedimento analogico (non essendo ravvisabili nel nostro ordinamento altre speciali regole interpretative peculiari del diritto penale).

La legalità-determinatezza, dunque, a parte questo profilo in cui

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vincolando il giudice alla legge, contribuisce in qualche misura a preservare la democraticità della decisione finale, è piuttosto orientata alla libertà. Sotto un duplice profilo. In primo luogo, non si può ignorare quella tendenza naturale per cui in sede applicativa il giudice mostra fatalmente una grande reattività alle esigenze di tutela che il caso concreto, ogni caso concreto, gli pone sotto gli occhi: c'è una forza nella concretezza delle *res iudicandae* che reclama la tutela. E, trascorrendo di caso in caso, il giudice sarebbe dunque incline ad un'applicazione infinitamente analogica della norma penale, fino a dilatare senza limiti astrattamente predeterminati la sfera dell'illiceità penale con corrispondente compressione di quella della libertà individuale. Senza il principio di determinatezza, e senza in particolare il divieto di analogia, verrebbe negato il principio di 'tipicità' dell'illecito penale e sarebbe snaturato il carattere 'frammentario' del diritto penale: quel carattere per cui la norma incriminatrice deve restare un'isola nel mare della libertà, e non viceversa.

In secondo luogo, viene in gioco la libertà di autodeterminazione del soggetto; la possibilità di effettuare le proprie scelte comportamentali liberamente in quanto consapevoli delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni od omissioni. Il che presuppone in effetti l'esistenza della norma di comportamento che sia non solo previa ma anche formulata in termini da rendere conoscibili le conseguenze della propria scelta. La determinatezza condivide questa specifica sua funzione di libertà col 'sommo' principio di irretroattività della legge penale, e con quest'ultimo condivide anche una natura che diremmo universale, molto diversa da quella tutta storicizzata della riserva di legge. Il principio di irretroattività sembra, infatti, vantare una sorta di immutabilità e di generale riconoscimento in tempi e in luoghi diversi: e ne è prova indiretta ed esteriore ma non insignificante il fatto che molte enunciazioni costituzionali sono per l'appunto imperniate sul divieto di retroattività della legge penale, quasi a dimostrazione testuale che esso costituisce la nervatura portante del principio di legalità. Effettivamente, in altri rami del diritto la disciplina *ex post* delle conseguenze di determinati fatti o atti pregressi, in quanto solo successivamente alla loro realizzazione siano apprezzabili la necessità o la meritevolezza del loro disciplinamento giuridico, è del tutto plausibile. Il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto civile o quello amministrativo, proprio perché danno forma ed efficacia giuridica a rapporti interpersonali e a situazioni di fatto in vista della realizzazione degli interessi dei soggetti agenti, ben possono intervenire *ex post facto*, quantomeno in via eccezionale o residuale. Nel diritto penale, invece, la norma penale si pone sempre e necessariamente in rapporto diretto con la 'volontà' del soggetto agente e con la sua capacità di determinarsi all'agire.

Una considerazione scontata ma non trascurabile a proposito delle due direzioni 'liberali' in cui opera la legalità-determinatezza, quella del carattere 'insulare' o 'frammentario' del diritto penale e quella della libertà di autodeterminazione del soggetto. Nell'una come nell'altra ciò che conta non è tanto la formulazione della disposizione legale astratta, quanto piuttosto la *regula iuris* assunta in concreto dal giudice con la sua decisione: che non debordi cioè oltre l''isola' della fattispecie incriminatrice ovvero che si lasci prevedere come possibile conseguenza di essa. Nell'una come nell'altra prospettiva, dunque, il tema della legalità-determinatezza s'avviluppa strettamente con quello della interpretazione.

Prima di chiudere sulle funzioni e fondamenti di questo prodotto spiccatamente penalistico della legalità, va ricordato come il principio di determinatezza esibisca ulteriori credenziali giustificative. La determinatezza, infatti, non solo garantisce — insieme alla irretroattività — la libertà di autodeterminazione dell'individuo, ma concorre in modo decisivo ad assicurare la funzione di prevenzione generale, tanto negativa quanto positiva, della norma penale: è evidente, infatti, che solo precetti dotati di una certa chiarezza espressiva possono raggiungere i destinatari in modo da 'persuaderli' con l'intimidazione o con l'educazione a non tenere comportamenti antisociali. Inoltre, si ripete non senza esattezza anche se forse talvolta con un certo schematismo, che la determinatezza della previsione legale è una condizione perché siano meglio garantiti tanto l'eguaglianza di trattamento quanto il diritto di difesa.

5.1. *Sopravvivenza, e trasformazione, del divieto di analogia* in malam partem.

Ebbene, a fronte di queste molteplici virtù che può vantare la determinatezza, anch'essa non è tuttavia priva di qualche motivo di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sofferenza. Le due funzioni garantiste, di contenimento delle esigenze repressive 'naturalmente' eccedenti e di autodeterminazione del soggetto, implicano — come si è accennato — un qualche limite diretto o indiretto all'attività interpretativa ed applicativa del giudice che detta la *regula iuris* del caso concreto.

L'esigenza di mantenere dunque un controllo di razionalità e ragionevolezza sull'attività interpretativa del giudice può essere perseguita innanzi tutto sul piano addirittura ordinamentale dell'istituzione giudiziaria, del suo funzionamento e dei modelli comportamentali da proporre — in modo più o meno cogente — al magistrato nello svolgimento del suo compito. È chiaro che la garanzia che passa per l'istituzione giudiziaria può essere il risultato o di un atteggiamento culturale spontaneo della magistratura oppure di una disciplina normativa della organizzazione giudiziaria orientata comunque a incidere limitativamente sulla libertà di esercizio della funzione. Lungi da noi l'idea di sottovalutare questi strumenti di 'politica' generale della legalità; non si può tuttavia dimenticare che si tratterebbe in ogni caso di strumenti assai distanti dal risultato finale e dunque di efficacia indiretta se non aleatoria. E comunque da soli non garantirebbero certo la giustiziabilità — per così dire — della pretesa del singolo individuo contro un determinato e concreto esito interpretativo imprevedibile.

L'altra via maestra per vincolare l'attività interpretativa e applicativa del giudice onde rendere calcolabili le conseguenze del proprio agire, è tradizionalmente quella della formulazione determinata della fattispecie e del divieto di analogia. Lasciamo da parte l'atteggiamento critico-scettico di chi contesta in radice la stessa fondatezza empirica di questa garanzia, osservando che costituisce nient'altro che un'astrazione irrealistica l'idea del delinquente che, al momento di agire, indugi a calcolare le conseguenze giuridico-sanzionatorie del comportamento progettato. La garanzia, in verità, poggia sulla *possibilità generale* piuttosto che sull'*effettività particolare* della valutazione anticipata delle conseguenze. Ed esprime al suo fondo l'esigenza che sussista nonostante tutto una sorta di 'comunicabilità' tra l'ordinamento e i suoi soggetti, evitando così quella reciproca estraneità in cui davvero la persona umana — ideologicamente prima ancora che praticamente — sarebbe ridotta alla mercé del potere normativo e punitivo. Val la pena invece di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soffermarci, in primo luogo, sulle difficoltà che pare oggi incontrare il divieto di analogia ad onta della sua indiscussa persistenza.

Il maggiore scoglio in cui s'imbatte quel divieto è senz'altro costituito dalla ormai diffusa consapevolezza del carattere sostanzialmente analogico di qualunque operazione interpretativa ed applicativa del diritto. Alla quale si unisce inoltre la convinzione che il presupposto della (presunta) distinguibilità tra analogia ed interpretazione risiede in una concezione linguistica tramontata. Il significato linguistico delle parole, in verità, non è un *dato* che l'interprete trova già precostituito, bensì è il risultato di un'operazione valutativa condotta dal giudice al contatto col fatto storico da qualificare, cioè da ricondurre (o meno) nell'area semantica di un certo enunciato legislativo. Quando, ad esempio, ci si interroga sulla possibilità di ricondurre al delitto di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.) anche il comportamento omissivo, si pone certamente il problema se il verbo « aiutare » (« taluno a eludere le investigazioni dell'autorità [...] ») possa abbracciare anche l'agevolazione recata mediante omissione, così che solo dopo aver 'fissato' l'area semantica di quel termine è possibile stabilire se la punizione del favoreggiamento omissivo costituisca oppure no un'ipotesi di analogia vietata. Sennonché, impostato sotto il profilo puramente linguistico-testuale, il problema non ha soluzione, poiché il verbo 'aiutare' presenta — rispetto all'ipotesi omissiva — una insuperabile incertezza semantica: solo attraverso il ricorso ad argomenti ed elementi extratestuali ed extralinguistici, desunti dagli scopi di tutela e dalle valutazioni normative di disvalore del fatto di favoreggiamento omissivo, è possibile risolvere il quesito. Con la conseguenza, dunque, che l'attribuzione definitiva del significato linguistico all'espressione verbale è il *risultato*, piuttosto che la premessa, dell'operazione interpretativa. Un'operazione interpretativa che, muovendo dal c.d. 'nucleo centrale' dell'area semantica dell'enunciato, procede poi per analogia, attraverso il confronto da caso a caso, per cogliere l'omogeneità di disvalore alla stregua di parametri valutativi normativi e sociali desunti da fonti che, in quanto non direttamente testuali, possono ben dirsi 'sostanziali'.

Il divieto di analogia non può dunque perseguire l'intento di impedire l'esercizio di quell'attività di confronto valutativo tra casi simili che, per essere appunto valutativa e non classificatoria-sussun-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiva, sarebbe inficiata da congenita indeterminatezza. Non può essere ispirato a questo scopo perché la sostanziale omogeneità (analogica) di ogni attività interpretativa renderebbe privo di senso quel divieto. La *ratio* del divieto di analogia rimane tuttavia salva, ed anzi si rafforza nelle sue radici più vere, se si muove dalla fondamentale premessa che ogni fattispecie criminosa porta ad espressione — attraverso la descrizione linguistica della fattispecie — un *contenuto di disvalore tipico*: l'idea di 'tipo criminoso', infatti, non ha struttura solo linguistica ma anche valutativa. Ed è proprio l'intrinseca 'apertura' del linguaggio a consentire il fenomeno più vitale del diritto penale, consistente nella possibilità di ricondurre alla medesima fattispecie incriminatrice fatti concreti diversi ma dotati di identico disvalore. Che il 'tipo criminoso', nella sua identità-omogeneità di contenuto di disvalore 'indiziato' (espresso) dalla struttura linguistica, sia il pilastro essenziale della interpretazione penalistica discende da una constatazione tanto ovvia quanto fondamentale. Nel penale la conseguenza sanzionatoria, la pena, è astrattamente ('edittalmente') e previamente determinata *per ogni fattispecie* in una misura, la cui razionalità è possibile postulare solo nel presupposto di una sua corrispondenza di 'adeguatezza' allo specifico disvalore proprio di ciascuna fattispecie.

Ecco allora che proprio nel contenuto di disvalore tipico, nel 'tipo criminoso', il divieto di analogia ritrova la sua più genuina ragion d'essere conforme alla stessa cifra essenziale del diritto penale. L'attività ermeneutica del giudice penale — pur essendo sempre sostanzialmente analogica — cesserà di essere interpretazione per sconfinare nel campo a lui interdetto ogniqualvolta la norma (*rectius*, la sanzione comminata da quella norma) venga applicata a fatti *eterogenei* quanto a disvalore. Il 'senso normativo' di un tipo di fatto, il suo contenuto di disvalore non sono realtà concettualmente arbitrarie e inafferrabili: certamente vi è molto di opinabile e anche di soggettivo nella individuazione della omogeneità/eterogeneità di disvalore di fatti diversi, ma sarebbe eccessivo mettere in dubbio la verificabilità delle situazioni di vera e propria incommensurabilità valutativa tra i fatti.

Ricondotto il divieto di analogia dal piano del significato linguistico del testo legale a quello dell'eterogeneità di disvalore tipico dei fatti, l'attività interpretativa del giudice penale ne guadagna anche in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certezza oltre che ad essere perfettamente coerente coi princìpi fondamentali del diritto penale. In effetti, a nessun cultore della nostra disciplina può sfuggire come lo stile argomentativo della giurisprudenza fondato esclusivamente su basi semantico-linguistiche finisca per essere insuscettibile di un reale controllo razionale, e dunque imprevedibile nelle sue conseguenze applicative. Basterebbe pensare, ad esempio, alla dilatazione alla quale la giurisprudenza ha sottoposto il concetto di violenza fisica ben oltre l'energia fisica *corporis corpori data*, fino a comprendere in sostanza l'uso di qualunque mezzo idoneo ad incidere sull'altrui volontà. Il significato strettamente linguistico non solo non è stato in grado di arrestare lo sviluppo interpretativo del concetto, ma ha anche contribuito semmai a celare il reale procedimento valutativo seguìto dalla giurisprudenza, impedendo così di coglierne le motivazioni e la ragioni e di prevederne le applicazioni. Ed allora, posto che l'omogeneità valutativa dei fatti da sanzionare penalmente costituisce il *reale* parametro di riferimento dell'attività ermeneutica e risponde altresì alla *reale* esigenza garantista sottesa al divieto d'analogia, tanto varrebbe conferire più trasparenza e razionalità all'ermeneutica giuridica — specie giurisprudenziale — evitando l'effetto schermo prodotto da una impostazione meramente linguistica del problema interpretativo.

Tutto ciò non esclude però che il significato linguistico dell'enunciato normativo non possa e non debba giocare un suo ruolo importante. Vi è, infatti, una sorta di 'certezza negativa' offerta dall'uso linguistico delle parole, costituita da quell'area, da quella tipologia di fatti che *senza dubbio alcuno non* sono riconducibili alla portata semantica dell'enunciato normativo. I penalisti sanno, ad esempio, che non è in alcun modo possibile ricondurre all'art. 640 c.p. la truffa realizzata mediante *approfittamento dell'errore altrui già esistente*, visto e considerato che quell'articolo prevede solamente la truffa realizzata mediante l'*induzione di altri in errore*. Se il più delle volte l'uso linguistico potrà dare in pratica questa certezza negativa, non si può però dimenticare che il limite linguistico non è comunque un pre-dato dell'interpretazione ma è piuttosto il risultato di un'attività ermeneutica che non può non tenere necessariamente conto del contesto in cui ci si muove e, dunque, della dimensione normativamente prescrittiva dell'enunciato. Occorre, cioè, non smarrire la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consapevolezza che significato valutativo del fatto e uso linguistico del termine si condizionano comunque a vicenda: è la 'storia', intesa come circostanze particolari ed eccezionalmente nuove in cui viene a trovarsi il significato valutativo del fatto, che può modificare l'uso linguistico anche ben consolidato. Che così sia nel 'normale' mondo sociale non è dubbio. Che possa essere così anche nel mondo giuridico-penale è più problematico, ma non è escluso a priori. Tutto dipende dall'equilibrio in cui contingentemente si trovano in quel mondo, da un lato, la fedeltà (veicolata dal divieto di analogia) alla certezza negativa dell'uso linguistico consolidato e, dall'altro, l'esigenza di adeguamento normativo a quel dinamismo sociale (di cui gli usi linguistici non cessano tuttavia di essere specchio). Una corte tedesca configurò il furto forestale aggravato dall'uso di bestie da soma, barche o carri da traino, ad un fatto commesso con l'uso dell'automobile, ritenendo che l'autoveicolo (non ancora inventato ai tempi della vecchia legge incriminatrice del furto forestale) potesse essere 'equiparato' (!) al 'carro da traino' o comunque 'qualificato' tale.

5.2. *La formulazione determinata della legge penale e il* self-restraint *della Corte costituzionale.*

Rimane ora da soffermarsi sulla garanzia della legalità-determinatezza intesa quale formulazione chiara e precisa della legge, secondo l'aspirazione di illuministica ascendenza sempre rinnovantesi e mai compiutamente realizzata. La dottrina penalistica italiana più recente è pervenuta addirittura, sulla scorta di quella tedesca che fece un po' da battistrada, ad attribuire a questo principio rango costituzionale e la Corte costituzionale non ha mancato di seguirla su questa via. Pertanto, non si può non rimanere sorpresi di fronte all'esiguità del numero di pronunce costituzionali — e non solo in Italia — che dichiarano la illegittimità della norma impugnata per violazione del principio di determinatezza. E lo stupore aumenta se si considera l'ormai dilagante tendenza ad una produzione legislativa affetta da tutti i peggiori difetti di tecnica redazionale. Eppure, evidentemente, non possono non esserci ragioni serie alla base di questo accentuato *self-restraint* della Corte costituzionale.

Iniziamo col dire che forse un tale *self-restraint* può trovare una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ragione più o meno evidente e consapevole proprio in una caratteristica congenita del principio di determinatezza. La ('sufficiente') determinatezza o indeterminatezza di una norma è un attributo, una qualificazione, un giudizio in fondo, che ha carattere eminentemente quantitativo: tutte le norme, in quanto espressioni di senso, hanno un margine di indeterminatezza. Così come, al contrario, tutte le norme, anche le peggio formulate, hanno un margine di determinatezza, a meno che non siano espressioni di pura fantasia o di follia. Orbene l''indeterminatezza della determinatezza' può spiegare l'esitazione della Corte a dichiarare l'incostituzionalità sulla base di un parametro che molto spesso può prestarsi all'opinabilità dei risultati. A ciò va poi aggiunto il fatto che questa opinabilità inerisce ad un criterio di controllo della legge che non attiene ai suoi contenuti bensì alla sua forma espressiva: certo una condizione essenziale alla garanzia e all'assolvimento di plurime funzioni, ma pur sempre un dato estrinseco sul quale è comprensibile una certa difficoltà o riluttanza a impegnarsi in un confronto argomentativo serrato.

Ciò premesso, bisogna riconoscere che il tentativo di rintracciare nella giurisprudenza della Corte costituzionale dei possibili criteri per valutare la ('sufficiente') determinatezza delle norme penali incontra delle difficoltà. Intanto, vi è non solo una fortissima sproporzione quantitativa — come già accennato — tra le pochissime sentenze di accoglimento e le tante invece di rigetto, ma anche la significatività delle prime sembra essere, un po' paradossalmente, minore di quelle di infondatezza. In altri termini, le sentenze di accoglimento ci sembrano prestarsi meno a delineare linee di tendenza relativamente omogenee e definite, visto e considerato il carattere per così dire estremo delle fattispecie esaminate, talune addirittura prive *ictu oculi* di contenuto normativo. A costo di qualche inevitabile forzatura ed approssimazione, diciamo subito che le argomentazioni della Corte sembrano collocarsi lungo due fondamentali direttrici. Da un lato, soprattutto negli anni più risalenti, la Corte affronta il problema della determinatezza su un piano che potremmo dire essenzialmente linguistico, nel senso che il grado di precisione della fattispecie legale viene valutato assumendo a punto e parametro di riferimento l'espressione linguistica della disposizione legislativa in sé e per sé, più che i suoi significati normativi cui si perviene a seguito dell'opera interpretativa dei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giudici. Dall'altro lato, in tempi più recenti, il giudizio di determinatezza muta significativamente il suo obiettivo di fondo, poiché esso viene a spostarsi dal piano del dato testuale a quello dell'interpretazione e dei suoi risultati conoscitivi. Ed il mutamento di prospettiva è di grande momento, poiché — come vedremo tra poco — spingere il giudizio di determinatezza fino agli esiti interpretativi della norma significa assumere postulati metodologico-ermeneutici impegnativi e accettare conseguenze sistematico-istituzionali non tradizionali. Ma è bene procedere con ordine.

Nella prima prospettiva, quella di carattere essenzialmente linguistico, la determinatezza della fattispecie penale è mutuataria del significato linguistico comune delle parole utilizzate dal legislatore. Premesso che il legislatore penale non è tenuto all'utilizzazione di un linguaggio tecnico, che sarebbe presumibilmente dotato di una maggiore precisione, il linguaggio comune assicura piuttosto una 'comunicazione' più immediata tra legislatore e cittadini senza perdere di comprensibilità. Peraltro, visto e considerato che le espressioni del linguaggio comune hanno sempre un qualche significato linguistico, essendo semmai variabile il grado di specificità della classe di oggetti da esse denotati, ne viene che con questo parametro di determinatezza ben raramente si potrà pervenire all'accertamento della illegittimità della disposizione. E anche l'impegno argomentativo della Corte che utilizza siffatto parametro si risolve per lo più nella ovvia constatazione che le espressioni linguistiche della legge hanno il significato comune che deriva loro dagli usi linguistici, essendo pertanto sostanzialmente scontato l'esito del giudizio nel senso della infondatezza della questione.

Nella seconda prospettiva, il postulato metodologico da cui implicitamente muove la Corte è che il significato interpretativo da cui trae determinatezza la norma non è ottenibile se non attraverso la mediazione ermeneutica. Il baricentro di questo *trend* giurisprudenziale sta nella sostanziale identificazione della ('sufficiente') determinatezza con il concetto di 'interpretabilità' della norma. E a questo punto si apre la via ad un passo successivo. È, infatti, del tutto naturale che il giudizio sulla 'interpretabilità' della disposizione non rimanga per così dire sospeso nel vuoto, senza cioè spingersi alla verifica sul campo del risultato interpretativo cui dà luogo l'attività ermeneutica svolta sulla singola disposizione: la migliore conferma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della 'interpretabilità' di una disposizione è proprio quella di poterne constatare un risultato, un significato interpretativo da essa effettivamente, realmente esibito. Imboccata questa via, si aprono ancora due possibilità. La prima è quella, assai nota e molto praticata, del cosiddetto 'diritto vivente'. Molto spesso la Corte rigetta la questione perché ritiene che la disposizione, indeterminata o no che essa sia sotto il profilo strettamente linguistico, abbia però assunto un significato consolidato nella giurisprudenza (si veda, tra le più recenti, la sentenza del 28 giugno 2002, n. 295, in tema di rivelazione di notizie cosiddette 'riservate' di cui all'art. 262 c.p.). Metodologicamente impegnativa, questa presa di posizione mette molto in ombra il lato del principio di determinatezza che guarda verso il legislatore. È chiaro, infatti, che, se tale principio è fatto salvo dall'esistenza di un significato giurisprudenziale consolidato, il suo fondamento e il suo ruolo non sono quelli di concentrare quanto più possibile nel potere legislativo la produzione della *regula iuris*. E anche la finalità di limitare comunque al minimo insopprimibile il contributo del giudice passa in seconda linea rispetto al riconoscimento che il 'prodotto giurisprudenziale' può al limite supplire ad un difetto di formulazione della disposizione legale. Ma allora, se non verso l'equilibrio tra legislativo e giudiziario, a cosa guarda il principio di determinatezza? Forse emerge l'esigenza della 'conoscibilità' della norma, della 'prevedibilità' delle conseguenze giuridiche da parte dei destinatari della norma. Sul punto bisognerà tornare tra poco.

La seconda possibilità aperta del criterio della 'interpretabilità' è che sia la Corte stessa a procedere ad una vera e propria reinterpretazione della fattispecie sospetta di indeterminatezza, in modo da conferire ad essa la sufficiente determinatezza. Così, ad esempio, con l'ordinanza 14 febbraio 2001, n. 39 la Corte ha ritenuto che l'art. 173 c.p.m.p. non contrasti con il principio di determinatezza perché « il reato non si sostanzia nella disobbedienza ad un 'ordine' qualsiasi proveniente da un superiore gerarchico, in quanto solo la disobbedienza ad un ordine funzionale e strumentale alle esigenze del servizio o della disciplina, e comunque non eccedente i compiti di istituto, integra gli estremi del modello legale di cui all'art. 173 c.p.m.p. » (altri esempi consimili si possono trovare nelle sentenze 11 luglio 2000, n. 263; 12 gennaio 1995, n. 31; 24

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gennaio 1974, n. 20; 14 febbraio 1973, n. 15). Se si vuole, si può parlare in tali casi di interpretazione adeguatrice. Ma deve, tuttavia, essere chiaro che non sempre si tratta di un impegno ermeneutico della Corte per conferire alla norma significati interpretativi *contenutisticamente* conformi ai parametri e ai valori costituzionali, bensì di un'operazione diretta a dimostrare al giudice *a quo* che la disposizione impugnata è suscettibile di una interpretazione — quantomeno, si direbbe, quella proposta dalla Corte — così da sottrarsi alla censura di indeterminatezza. E, a dire il vero, la differenza non è priva di rilevanza sotto il profilo dei poteri della Corte e dei suoi rapporti con la giurisdizione ordinaria: infatti, a ben vedere, nel caso della questione di indeterminatezza, essa a rigore potrebbe essere dichiarata infondata quale che fosse dal punto di vista contenutistico la interpretazione fornita — proposta? — dalla Corte, purché capace di dimostrare la 'interpretabilità' della disposizione. In sostanza, mentre nella interpretazione cosiddetta adeguatrice la Corte 'immette' nella norma quei valori costituzionali del cui significato essa è depositaria, nelle questioni di indeterminatezza essa opera come un giudice ordinario quando fornisce alla disposizione un contenuto interpretativo che il giudice *a quo* non è stato capace di individuare.

Alla fine di questo lungo discorso, è inevitabile una conclusione sorprendente. 'Diritto vivente' e 'interpretazione adeguatrice' della Corte sono due strumenti idonei certamente a concretizzare la determinatezza della fattispecie, ma sembrano — per così dire — rovesciare il tradizionale orientamento teleologico del principio. 'Diritto vivente' e 'interpretazione adeguatrice', infatti, anziché contenere il potere, e soprattutto il *ruolo*, del giudice, evidentemente finiscono per esaltarlo. Si profilano, dunque, due interrogativi davvero inquietanti e che testimoniano la temperie da cui è investita la legalità ad onta degli illusori richiami a schemi ottocenteschi. In primo luogo, qual è — a questo punto — la reale *funzione di garanzia* della legalità-determinatezza? In secondo luogo, qual è il contenuto interpretativo — venga esso dalla giurisdizione ordinaria (il 'diritto vivente') ovvero dalla stessa Corte costituzionale — capace di conferire la sufficiente determinatezza alla norma? I due interrogativi sono ovviamente connessi ed evocano il miraggio della conoscibilità della norma penale da parte del suo destinatario, come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scopo del principio di determinatezza e ad un tempo criterio per misurare la determinatezza del contenuto interpretativo.

5.3. *Formulazione determinata della legge penale e conoscibilità della norma nella giurisprudenza delle Corti europee.*

Tracce di questo collegamento funzionale tra determinatezza e conoscibilità della norma si trovano nella notissima sentenza della Corte sull'art. 5 c.p. (del 24 marzo 1988, n. 364) e poi anche episodicamente in talune pronunce relative a questioni di determinatezza: anche se si ha l'impressione che in queste ultime il richiamo alla conoscibilità del precetto costituisca poco più di una formula di stile o di un argomento tralaticio piuttosto che un vero e proprio criterio per l'accertamento della determinatezza della norma impugnata. « I principi che la Corte costituzionale ha posto a base della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5 c.p., […], riguardano anche la formulazione stessa delle norme penali e concorrono a definire il principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., in base al quale devono sussistere requisiti minimi di riconoscibilità ed intelligibilità del precetto penale — rappresentanti anche i requisiti minimi di razionalità dell'azione legislativa — in difetto dei quali la libertà e sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate » (sent. 13 aprile 1992, n. 185; v. anche ord. 24 aprile 2003, n. 134). Peraltro è proprio la sentenza n. 364/1988 a profilare una possibile linea di sviluppo dei rapporti tra determinatezza e conoscibilità che, sostanzialmente assente nella giurisprudenza della nostra Corte, costituisce invece quella privilegiata dalle due Corti europee di Strasburgo e del Lussemburgo. Intendiamo dire che la conoscibilità della norma può essere invocata, oltre che come una possibilità astratta, anche come un giudizio da effettuare in concreto in rapporto cioè sia al significato interpretativo attribuito alla norma in quel dato processo, sia alle caratteristiche peculiari oggettive e soggettive della vicenda di cui si tratta *hic et nunc*. È chiaro che, in questa seconda prospettiva, il problema della determinatezza di una norma tende a convertirsi — per il tramite del criterio della conoscibilità dell'interpretazione giudiziale — o in quello del divieto di retroattività della legge penale o in quello della colpevolezza del soggetto agente. In ogni caso, la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(sufficiente) determinatezza cessa di essere (solamente?) un attributo dell'espressione legislativa e, dunque, una condizione di validità della disposizione *erga omnes*, si potrebbe dire. E si apre invece la strada ad una tutela certo più penetrante in quanto capace di sindacare il concreto significato interpretativo attribuito dal giudice alla legge, ma meno vasta e stabile in quanto incapace di espungere dal sistema una volta per tutte la disposizione legislativa della cui applicazione ci si lamenta. Il senso stesso della 'garanzia' della legalità-determinatezza viene radicalmente mutato a favore della componente 'universalistica' e 'personalistica' e a detrimento di quella 'politico-costituzionale': insomma, non è più in gioco il primato della *legge* e del *principio democratico* ad essa soggiacente, bensì la *libertà di autodeterminazione* dell'individuo dinanzi ad un 'diritto' che si realizza 'conclusivamente' nel *dictum* del giudice.

La Corte di Strasburgo ha avuto occasione di sviluppare una giurisprudenza secondo la quale il principio di legalità dei reati e delle pene affermato dall'art. 7 della Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo si riferisce al « diritto di origine tanto legislativa che giurisprudenziale ed implica delle condizioni qualitative, fra le quali quelle della accessibilità e della prevedibilità » della norma. Quanto alla prevedibilità, che è ciò che specificamente c'interessa, la Corte ha considerato che, « per quanto una disposizione sia chiaramente redatta, vi è sempre inevitabilmente una parte dovuta alla interpretazione dei tribunali. E sarà sempre necessario chiarire dei punti oscuri e adattare la formulazione testuale in funzione dell'evoluzione delle circostanze » (*Affaire E.K. c. Turquie*, arrêt du 7 février 2002). Sulla base di queste premesse, un'altra recente sentenza della Corte di Strasburgo ha precisato che il principio di legalità implica che « una infrazione deve essere chiaramente definita dalla legge » e che « questa condizione è realizzata allorquando il giudicabile può conoscere, a partire dalla formulazione testuale della disposizione pertinente e, ove occorra, con l'aiuto della interpretazione di quest'ultima da parte dei tribunali, quali azioni od omissioni impegnano la sua responsabilità penale » (*Affaire K.A. et A.D. c. Belgique*, arrêt du 17 février 2005; *affaire Veeber c. Estonie*, arrêt du 21 janvier 2003). La 'ragionevole prevedibilità' delle decisioni interpretative dei tribunali va valutata sulla base 'delle circostanze del caso'. Più precisamente, seppure in forma sintetica ma ben delucidata dall'ap-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

plicazione concretamente fattane, si è detto che « la portata della nozione di prevedibilità dipende in larga misura dal contenuto del testo di cui si tratta, dall'area di materia che esso copre così come dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari » (*Affaire K.A. et A.D. c. Belgique*, cit.): ove pare di cogliere, non solo il richiamo all'uso di fondamentali criteri interpretativi come evocati anche dalla nostra Corte costituzionale, ma anche e soprattutto un riferimento ai destinatari del precetto che avvicina il giudizio a quello di colpevolezza. Anche la Corte di Lussemburgo, che in materia di diritti fondamentali è largamente mutuataria della giurisprudenza di Strasburgo, ha fatto sostanzialmente propria l'impostazione ora ricordata (Corte giust., 28 giugno 2005, c. riunite C-189/02 P e altre, Dansk Rorindustri A/S e altri c. Commissione). Particolarmente evidente è poi la commistione tra legalità e colpevolezza in una sentenza più risalente (Corte giust. 17 maggio 1984, c. 83/83, Estel Nv c. Commissione) in cui si perviene alla conclusione che non vi è stata violazione della legalità sulla base di un'accurata ricostruzione della vicenda concreta che porta ad escludere l'esistenza della 'buona fede' del ricorrente.

Una volta portato il discorso sul piano della prevedibilità della concreta opzione giudiziaria, non solo esso slitta verso la colpevolezza, ma si pone anche l'ulteriore delicato problema di come conciliare quella esigenza di prevedibilità con le necessità evolutive della giurisprudenza: come siano cioè ammissibili i mutamenti di giurisprudenza senza che questi incappino nella violazione del principio di legalità e nel divieto di retroattività. Indubbiamente, i mutamenti di giurisprudenza potranno anche essere 'ragionevolmente' prevedibili quando essi sono sollecitati da evidenti mutamenti sociali che, come tali, non potranno rimanere ignoti ai destinatari della norma. Ma, altrettanto indubbiamente, una volta aperta la strada alla possibile rincorsa delle mutevoli esigenze sociali, si presenta concreto il rischio di un'applicazione analogica della fattispecie incriminatrice. Ed è qui che la Corte di Strasburgo introduce un interessante limite o vincolo interpretativo per il giudice, senza peraltro evocare la problematica distinzione tra interpretazione estensiva ed applicazione analogica. « L'articolo 7 della Convenzione non vieta la chiarificazione graduale delle regole della responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da un affare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'altro, a condizione che il risultato interpretativo sia coerente con la sostanza dell'infrazione » (oltre che ragionevolmente prevedibile) (*Affaire Radio France et autres c. France*, arrêt du 30 mars 2004). La « sostanza dell'infrazione » è, dunque, un criterio — è ovvio — altamente valutativo e di ardua individuazione, dal quale viene in ultima analisi a dipendere la determinatezza della fattispecie: il risultato interpretativo è infatti ragionevolmente prevedibile, e dunque la norma sufficientemente determinata, in quanto sia riconducibile alla « sostanza dell'infrazione ». Se non fosse individuabile una 'sostanza dell'incriminazione', la disposizione sarebbe originariamente ed irrimediabilmente affetta da indeterminatezza.

Il concetto di 'sostanza della incriminazione' sembra essere molto prossimo a quell'idea di 'tipo criminoso' in cui si sostanzia e si esprime l'omogeneo contenuto di disvalore del reato, e che costituisce il reale asse portante del divieto di analogia (fondamento del limite interpretativo e criterio della sua praticabilità). In definitiva, la determinatezza di una fattispecie sussiste allorquando il legislatore sia stato in grado di esprimere attraverso di essa un contenuto di disvalore omogeneo o 'tipico', così da consentire al giudice di svolgere la sua ineliminabile opera di concretizzazione della fattispecie astratta sul fatto storico lungo le complesse e corpose cadenze della 'sostanza dell'illecito' più che entro impossibili e poco affidabili geometrie linguistiche.

Dunque, due diverse strade sembrano convergere verso un medesimo risultato: quella battuta dalle due Corti europee sul terreno dell'empiria giurisprudenziale, e quella aperta dai più recenti studi d'ermeneutica sul terreno più propriamente teoretico. Una doppia conferma, dunque, che il sentiero imboccato — impervio anche per la novità degli schemi mentali che esso comporta — sia però quello giusto.

La legalità non muore ma si trasfigura, richiedendo al giurista un impegno nuovo.

6. *La trasfigurazione della legalità penale ed i possibili 'rimedi'.*

La legalità penale ha cambiato volto. La *garanzia* non sta più tutta ed esclusivamente né nella provenienza parlamentare della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legge, né in quella sua compiutezza ed univocità linguistico-testuale in cui il giudice dovrebbe muoversi quasi meccanicisticamente.

La legge è garanzia non più per la democraticità in qualche modo 'presunta' dei suoi *contenuti*, bensì per il *procedimento* della sua formazione, che consente la dialettica parlamentare e il controllo dell'opinione pubblica nonostante il regime maggioritario, e per il *sindacato* di costituzionalità, che è capace di colmare il 'vuoto' contenutistico della democrazia con una tavola di valori costitutiva della più profonda identità popolare.

La riserva di legge è garanzia non più per il monopolio del legislatore parlamentare nella produzione del diritto penale, bensì per il ruolo prioritario che alla fonte legislativa nazionale deve pur sempre essere riconosciuto in un rapporto di integrazione però con le fonti dell'Unione europea e con quelle decisioni della Corte costituzionale che siano 'costituzionalmente obbligate'. Il legislatore nazionale, e le forze politiche di maggioranza, rimangono i protagonisti della politica criminale, ma non è pensabile oggi che questa politica criminale possa essere sviluppata senza il concorso di quelle istituzioni europee la cui competenza non è più circoscritta al campo esclusivamente economico. E neppure è pensabile che la politica criminale abbia adempiuto il suo debito costituzionale col mero rispetto dei limiti costituiti dai diritti di libertà: altri obblighi costituzionali 'positivi' possono incombere sul legislatore penale al di fuori dell'area della discrezionalità politica costituzionalmente indifferente.

La legge non è più garanzia per la sua *univocità e determinatezza testuale* e per la conseguente struttura *sussuntiva* del procedimento della sua applicazione. La reale garanzia in sede applicativa è data dalla 'sostanza dell'incriminazione', da quel 'tipo' criminoso che costituisce l'unico vero vincolo all'attività del giudice nonostante la sua indubbia natura valutativa.

Caduti molti idoli, lo scenario non è quello di un deserto nichilistico ma piuttosto di un panorama molto complesso: una complessità assai impegnativa sia per chi deve progettare le strade necessarie per renderlo percorribile, sia per chi su quelle strade è chiamato ad avventurarsi nell'esercizio della propria professione di giurista. Caduto il 'volontarismo normativo' sotteso all'idea tradizionale di legalità (penale), si apre la strada ad una faticosa 'razionalità

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dialogica' quale base di ogni soluzione normativa (legislativa o giudiziaria che sia). Faticosa perché essa, lungi dal provenire da una *voluntas* unitaria anche se formatasi in organi collegiali, va invece ricercata nel confronto dialogico tra molteplici centri e portatori di interessi più o meno istituzionalizzati e formalizzati. Dunque, questo complesso panorama, in cui opera la 'razionalità dialogica' per la formulazione delle soluzioni normative, non può per così dire essere lasciato a se stesso: l'esigenza profonda della *garanzia* permane e si converte in quella assai più complessa ed articolata di fornire degli strumenti — (dei 'rimedi'?) — affinché il campo della razionalità dialogica non diventi piuttosto il terreno di incontrollabili scorribande prevaricatrici. Rimedi, nel senso di strumenti non solo e non tanto di controllo ma prima ancora e soprattutto di canalizzazione dei processi dialogici di formazione della soluzione giuridica.

E, a questo punto, possiamo tornare a quell'' urgenza' del problema della legalità penale di cui parlavamo all'inizio. In effetti, non è da oggi che gli idoli sono andati in frantumi, che i miti si sono dissolti. Continuare a far finta di niente, o peggio continuare a credere illusoriamente in essi, ha l'unica ma sicura conseguenza che il nuovo complesso panorama diventi preda della prevaricazione, dell'arbitrio, della irrazionalità. Ma, d'altro lato, allestire i 'rimedi' che consentano alla razionalità dialogica di dispiegarsi tranquillamente senza danni né sussulti esige tempo e largo respiro, perché si tratta di mettere mano a riforme strutturali di grande impegno se non addirittura di stimolare mutamenti di abiti mentali. Ecco perché urgenza, per evitare che agli idoli si sostituisca un campo di perenne battaglia più che il deserto. Chi è osservatore delle cose d'Italia si renderà facilmente conto che questa è la china che sta imboccando il nostro Paese e che l'appello all''urgenza' non è fuori di luogo. Peraltro, in questa sede non è possibile tracciare neppure delle linee sommarie dei possibili 'rimedi' idonei a consentire il corretto dispiegarsi della razionalità dialogica nella formazione delle soluzioni normative. Ci limiteremo, pertanto, alla semplice enunciazione esemplificativa di qualche ipotesi.

6.1. *I 'rimedi' in sede di formazione della legge.*

Si può utilmente distinguere a seconda che ci si trovi nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

momento di *formazione* ovvero di *applicazione* della soluzione normativa. In rapporto al primo, la legalità 'sostanziale' si avvantaggerebbe molto se le regolamentazioni amministrative, che spesso sono poi destinate a contribuire alla formazione di precetti sanzionati penalmente, fossero assunte in procedimenti capaci di assicurare realmente la partecipazione alla decisione di tutti i centri e i soggetti d'interesse coinvolti: così da realizzare, secondo tendenze per nulla sconosciute al nostro ordinamento, una democraticità a livello di pubblica amministrazione e non più dunque appannaggio della sola legislazione. Tanto più necessario questo allargamento della partecipazione democratica al livello più basso delle fonti, quanto più intenso è diventato il rapporto d'integrazione tra fonti primarie e secondarie anche in settori sottoposti alla riserva assoluta di legge come è quello penale.

In secondo luogo, al livello della legiferazione primaria, forse non sarebbe male potenziare certi organi interni al procedimento di formazione della legge come ad esempio i comitati per la legislazione o il ruolo anche di quelle commissioni parlamentari che hanno compiti in qualche modo di controllo e di razionalizzazione della decisione politica. È noto, ad esempio, che le Commissioni parlamentari affari costituzionali e giustizia rendono un parere obbligatorio per i progetti di legge che, rispettivamente, 'presentino aspetti rilevanti in materia costituzionale' oppure 'contengano disposizioni recanti sanzioni penali o amministrative'. Orbene, l'intervento di queste Commissioni potrebbe utilmente coniugare, nel processo di formazione della legge, democraticità politico-rappresentativa e razionalità giuridico-costituzionale. Infatti, come tutte le Commissioni parlamentari competenti per materia le Commissioni affari costituzionali e giustizia sono un'espressione diretta del Parlamento, pienamente dotate di legittimazione democratica e investite di un potere legiferante a pieno titolo. Tuttavia, non si può nemmeno ignorare il fatto che questa specifica e peculiare loro competenza per i 'pareri', legata alla presenza di aspetti di costituzionalità ovvero di profili punitivi nel progetto di legge, sembrerebbe attribuire ad esse un compito di controllo caratterizzato da una specificità se non proprio tecnica (com'è per i comitati per la legislazione), quantomeno connessa alle peculiarità di un insieme razionale di cono-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scenze, valori e orientamenti trascendenti gli specifici e determinati contenuti politici del progetto.

In particolare, il ruolo della Commissione affari costituzionali in campo penale potrebbe risultare veramente penetrante se si pervenisse al riconoscimento di canoni e principi costituzionali specificamente propri della materia penale. Il ruolo della Commissione giustizia, poi, quale organo di controllo deputato istituzionalmente alla verifica dei progetti di legge di contenuto punitivo ha una sua plausibilità in quanto la Commissione possa essere considerata 'depositaria' di un insieme di criteri di politica sanzionatoria relativamente stabili, compiuti e non arbitrariamente modificabili. In assenza di una consolidata 'politica sanzionatoria', infatti, non avrebbe molta giustificazione sottrarre l'elaborazione della legge — ancorché dotata di profili sanzionatori — al pieno ed esclusivo potere degli organi politici. In sostanza, se coerentemente sviluppato, il ruolo delle Commissioni potrebbe essere rilevante per approssimarsi ad un punto di equilibrio tra *volontarismo* (contingente, episodico, puntuale*) della singola decisione politica* e *razionalità* (stabile, costante, consolidata) di un più vasto *ordine di princìpi politico criminali*. Allo stato attuale, però, sembra di poter dire che i criteri seguiti dalle Commissioni si ispirano più ad un controllo sulla qualità estrinseca delle leggi piuttosto che ad una razionalità costituzionale o addirittura contenutistica.

Sempre vivo è poi il problema del rapporto tra produzione legislativa e scienza penale. Affinché questo rapporto sia positivo e produttivo, nel senso di assicurare al processo di formazione della decisione legislativa quel contributo in termini di controllo — e dunque di democraticità — e di razionalità che la scienza può recare, occorre una capacità al dialogo da entrambe le parti. Certo, l'esperienza della passata legislatura è stata molto sconfortante al riguardo, avendo mostrato la assoluta impermeabilità dell'allora maggioranza parlamentare ai ripetuti 'appelli' della dottrina affinché fossero accantonati o modificati progetti di legge giudicati eversivi di taluni princìpi fondamentali del sistema. Ma è anche vero che pure la dottrina deve essere capace di farsi ascoltare. Premessa indispensabile è che i suoi interessi non si concentrino più solamente nell'esegesi tecnico-giuridica o nell'astratto concettualismo della dogmatica 'pura'. Inoltre, è necessario che essa possa godere di un certo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'credito' presso la classe politica. Credito che può essere fondato sulla autorevolezza ed indipendenza degli studiosi oppure sulla loro contiguità più o meno stretta con una determinata parte o partito politico. Anche questa seconda 'credenziale' può essere utile per far filtrare qualche contributo di razionalizzazione delle scelte politico-legislative, anche se è chiaro che in tal caso la portata del rapporto dialogico rimane condizionata alla omogeneità di orientamento esistente tra i due interlocutori. Ammesso che sussistano queste condizioni di fondo, non vanno però trascurati le difficoltà pratiche che incontra la scienza a partecipare al processo di formazione delle decisioni legislative.

Ed invero, il profluvio della produzione legislativa minore e complementare e insieme la grande incertezza dell'esito legislativo tengono lontana la dottrina da un impegno che se volesse essere assiduo e puntuale finirebbe per assorbire una enorme quantità di energie senza peraltro risultati corrispondenti. Anche le riviste specializzate hanno ormai sempre più ridotto lo spazio dedicato a seguire i lavori legislativi *de iure condendo*, limitandosi al più ad un'opera di semplice e scarna informazione.

La dottrina è, invece, maggiormente partecipe delle riforme, attuate o anche solo progettate, di più grande respiro come ad esempio quella del codice penale o quelle di impegnativi corpi normativi (sistema del giudice di pace, riforma del diritto penale societario). Qui è la complessità tecnica della progettazione normativa che richiede spesso la costituzione di commissioni governative con la partecipazione più o meno consistente di cattedratici insieme a magistrati e avvocati. Spesso però avviene che non si realizzi una completa trasparenza nel contatto tra l'apporto e il controllo scientifico-dottrinale e la decisione politico-legislativa, sia a causa dell'assenza di sufficiente pubblicità al dibattito interno alla commissione sia a causa di una certa tendenza della componente accademica a riprodurre schieramenti di scuola.

6.2. *I 'rimedi' in sede di applicazione della legge.*

Nel momento della *applicazione* della norma, 'controllo' e 'partecipazione' possono tanto collocarsi all'interno del processo penale quanto provenire dal suo esterno. All'interno, la natura realmente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accusatoria del processo dovrebbe costituire una efficace garanzia non solo di libertà ma — indirettamente — anche di democraticità nella misura in cui il contraddittorio ad armi pari sia il mezzo non solamente per l'accertamento della verità dei fatti storici ma anche per la corretta individuazione della *regula iuris* da applicare al caso concreto. Il che presuppone, ovviamente, prima di tutto la reale ed effettiva terzietà del giudice rispetto alle parti: con tutte le conseguenze in tema di separazione tra giudice e pubblico ministero, il quale ultimo non può in ogni caso che restare indipendente. Ma questa 'partecipazione' della parte privata all'individuazione della *regula iuris*, alla corretta qualificazione del fatto, presuppone altresì una preparazione e un abito mentale della difesa che siano adeguati allo scopo, oltre che un generale contesto processuale realmente orientato alla ricerca della soluzione 'migliore': non c'è dubbio, ad esempio, che l'attuale — peraltro comprensibile — tendenza a 'giocare' le sorti della causa sul piano processuale, 'approfittando' di tutte le insidie di cui il processo è costellato, non giova a quello scopo. Inutile dire, poi, che le premesse per fare del processo il luogo in cui giudice e parti concorrono insieme nella realizzazione di una nuova legalità 'sostanziale' e 'dinamico-dialogica' che non si trova più interamente già confezionata dalla legge, non possono che basarsi su una profonda trasformazione dei sistemi di formazione — universitaria e non — del giurista.

Punto delicatissimo è poi quello della sentenza 'sfavorevole'. Fino a che si riteneva che la sentenza trovasse il suo contenuto interamente e ineludibilmente predeterminato nella legge secondo il modello di sussunzione del fatto nella fattispecie astratta, non si poteva logicamente porre nessun problema di mutamento sfavorevole di giurisprudenza. Ma allorché si ammetta il concorso della legge e della concretizzazione giudiziale nella individuazione della *regula iuris*, allora ci si trova nelle condizioni per ammettere che un mutamento *in peius* della giurisprudenza realizza una reale applicazione retroattiva di una norma più sfavorevole. La garanzia di libertà dell'individuo impone che sia trovata una soluzione capace, da un lato, di evitare questa flagrante violazione del principio di irretroattività della legge sfavorevole senza, dall'altro, impedire mutamenti di giurisprudenza.

All'esterno del processo, il controllo sull'applicazione normativa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

può e deve provenire certamente anche dalla cosiddetta opinione pubblica. Ma non si può tacere che, per un verso, si tratta di controllo molto episodico se non casuale, poiché presuppone una previa informazione al pubblico che è rimessa interamente alle scelte dei media e che dunque concernerà i soli provvedimenti giudiziari appunto prescelti. Per un altro verso, il circuito pubblico-mediatico di questo controllo può essere condizionato da scelte 'opportunistiche' dei media e dunque a sua volta influire sull'orientamento della magistratura in modo solo apparentemente democratico.

Ispirato invece ad una maggiore 'razionalità ordinamentale' dovrebbe essere il controllo esercitato dalla scienza penale sulla giurisprudenza. Anzi, si direbbe quasi che questo tipo di controllo sia un compito di elezione della dottrina. Le condizioni necessarie perché tale compito possa essere assolto sono, innanzi tutto, tutte quelle che già abbiamo visto a proposito del controllo sulla legislazione. Ad esse ne va poi aggiunta una ulteriore. E cioè la disponibilità della dottrina a valorizzare quel particolare 'genere letterario' che è la cosiddetta nota a sentenza. Bisogna riconoscere che oggi esistono alcune riviste, tra le più lette, che dedicano ampio spazio alla giurisprudenza e al suo commento. Quel che ancora manca, e che non sarà difficile ottenere in un futuro prossimo, è l'impegno diretto degli studiosi più autorevoli nel commentare assiduamente e puntualmente la giurisprudenza mediante la nota a sentenza. Questo genere letterario è tuttora appannaggio dei più giovani studiosi, che lo utilizzano come addestramento a più impegnativi cimenti. Così che spesso la sentenza 'da commentare' viene scelta non già per il suo oggettivo interesse ma solo perché concerne l'argomento su cui il giovane sta svolgendo i suoi studi e può dunque costituire un'occasione per un 'allenamento' tutto interno alle esigenze di carriera accademica del giovane.

Nel complesso, la garanzia della legalità, sotto il profilo sia della democraticità che della libertà, ha spostato molto del suo peso dal momento genetico della legge a quello applicativo. Dove, indubbiamente, è più complesso allestire dei 'rimedi' idonei ad assicurare al cittadino democraticità e libertà. Quanto alla libertà, essa reclama tutela essenzialmente come libertà di autodeterminazione dinanzi al rischio della imprevedibilità delle conseguenze del proprio agire, cioè dinanzi al rischio della imprevedibilità delle decisioni giudiziali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questa direzione, la legalità apre alla colpevolezza: anzi, quest'ultima categoria concettuale sembra il 'rimedio' più idoneo a tutelare la libertà di autodeterminazione dell'individuo, in ragione soprattutto della sua capacità di flettersi fino ad adattarsi alla concretezza della caratteristiche oggettive e soggettive capaci di incidere sulla possibilità di conoscenza della norma e, pertanto, sulla reale libertà di autodeterminazione dell'agente.

Quanto alla democraticità, la sua realizzazione nel momento applicativo è indubbiamente più difficile. Così che non sembra possibile, mantenendo l'identità istituzionale del nostro ordinamento, andare oltre i 'rimedi' già prospettati. Dentro il processo, il concorso attivo delle parti anche nella individuazione della *regula iuris*: non più un solitario ed autoritario *dabo tibi ius*, ma una partecipazione di più soggetti portatori di interessi contrapposti in cui si rispecchia — quasi riproducendosi in miniatura — il pluralismo sociale destinato a comporsi nell'equilibrio della società di cui a sua volta deve essere espressione la sentenza: ed in quanto la sentenza ottenga un accettabile grado di consenso, ciò costituisce la prova della sua consonanza con l'equilibrio sociale degli interessi. E siamo così già all'esterno del processo.

Fuori dal processo, è la scienza penale che deve assumersi l'onere di svolgere questo compito, più che di controllo, di tramite tra l'applicazione giudiziaria e la cosiddetta 'società civile'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MASSIMO LA TORRE

'GIURISTI, CATTIVI CRISTIANI'. TORTURA E PRINCIPIO DI LEGALITÀ (*)

> « *Y visto por su merced que no quiso decir la berdad, mandó al dicho executor le dé la segunda buelta de manquerda a los brazos, y aviéndola afianzado y tirándola, dixo: 'Ay, ay, ay, que me matan, mentís, mentís, mentís, repitiendo muchas bezes que me matan Santísimo Sacramento, Santísimo Sacramento, que me matan syn culpa, ay, ay ay, ay ay, ay, ay, que me matan, que me matan, que me matan, Santísimo Sacramento, ay, ay, ay ay, ay, que me matan, ay, ay, Santísimo Sacramento'* » (1)

I.

.

All'indomani degli attentati dell'undici settembre 2001 assistiamo ad una svolta importante e drammatica nel dibattito di filosofia politica e del diritto. In certa misura si può persino parlare

---

* Versioni precedenti di questo scritto sono state presentate alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università « Robert Schuman » di Strasburgo (11 aprile 2007), alla Facoltà di Scienze Politiche dell'Università Statale di Milano (26 febbraio 2007), al Seminario dei Ricercatori del *Centro de estudios políticos y constitucionales* di Madrid (19 febbraio 2007), al Congresso internazionale di diritti dell'uomo organizzato dall'*Instituto Universitario de Historia Simancas* dell'Università di Valladolid (18-20 ottobre 2006), ed al Seminario di filosofia del diritto dell'Università di Kiel (28 luglio 2006). Sono grato alla *Alexander von Humboldt-Stiftung* per aver reso possibile un mio soggiorno di studio all'Università di Kiel nell'estate 2006, durante il quale ho potuto raccogliere materiali e riflettere sul tema oggetto di questo contributo.

(1) Estratto dell'interrogatorio sotto tortura di María Rodríguez del 30 luglio 1648 in Madrid, riportato in F. Tomás y Valiente, *La tortura en España*, Barcelona, Ariel, 1994^2, p. 23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un rovesciamento di paradigma (2). Se negli anni Novanta i giusfilosofi si intrattenevano su scenari cosmopoliti e su una possibile estensione del costituzionalismo all'àmbito delle relazioni internazionali, se a molti allora sembrava possibile o non impossibile l'istituzionalizzazione del progetto kantiano della pace perpetua (3), oggi improvvisamente ci si parla dei meriti della guerra preventiva, della fine del diritto internazionale di tradizione westfaliana, di 'egemonia benevolente', e persino, senza peli sulla lingua, di 'impero' e di 'imperialismo' (4). Tra gli altri sono saggisti ed autori come Michael Ignatieff e Michael Walzer — un tempo stilizzati come 'liberali' — che tessono gli elogi dell'Impero 'light' (5), e Thomas Nagel ci ricorda che affinché si dia una giustizia globale prima d'ogni altra cosa si abbisogna hobbesianamente dell'ingiustizia (parimenti globale) della legge del più forte, di un monopolio fattuale della violenza a livello internazionale (6).

Tuttavia, il rovesciamento di paradigma è ancora più profondo. Prima dell'undici settembre ci ritrovavamo ancora all'interno di una concezione del diritto che minimizzava il suo lato coattivo e che in certa misura espelleva la violenza, la forza, dal contesto archetipico

---

(2) Cfr. il panorama abbastanza triste e desolato che ci presenta E. DENNINGER, *Recht, Gewalt und Moral — ihr Verhältnis in nachwestfälischer Zeit. Ein Bericht*, in « Kritische Justiz », 38, 2005, pp. 359 ss.

(3) Assai significativo, perché rappresentativo di una certa 'Stimmung' assai diffusa qualche anno addietro, è a questo proposito il bel saggio di J. HABERMAS, *Kants Idee des ewigen Friedens. Aus dem historischen Abstand von 200 Jahren*, ora in J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, pp. 192 ss. Ma cfr. anche per esempio G. TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorien*, in « Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht », 63, 2003, pp. 1 ss. Il cambio di 'atmosfera' degli ultimi anni è però già registrato in J. HABERMAS, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*, in J. HABERMAS, *Der gespaltene Westen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2004, pp. 113 ss.

(4) Cfr. in merito M. LA TORRE, *Global Citizenship? Political Rights Under Imperial Conditions*, in « Ratio Juris », 18, 2005, pp. 236 ss.

(5) Cfr. quanto al riguardo dice Tony Judt: « I neoconservatori degli Stati Uniti generano politiche brutali alle quali poi i liberali appongono una foglia di fico etica » (T. JUDT, *El silencio de los corderos*, in « El País », del 9 settembre 2006, supplemento "Babelia", p. 12).

(6) Si veda Th. NAGEL, *The Problem of Global Justice*, in « Philosophy and Public Affairs », 33, 2005, pp. 113 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'esperienza giuridica. Posti dinanzi all'alternativa tra 'fatti' e 'norme', tra 'fatticità' e 'validità', i giuristi in genere parevano scegliere le norme e la validità, e queste erano riconcettualizzate con riferimento a diritti, princìpi, ragioni, argomenti. Il diritto si profilava così fondamentalmente come argomentazione e discorso, persuasione, non coazione, pretesa di giustizia, non fatto compiuto. Insomma, si faceva 'mite' (7).

Ora, al contrario, assistiamo ad un ritorno della centralità della forza e della violenza come elementi fondamentali, essenziali, del diritto (8). Questo cambiamento si manifesta in primo luogo nell'àmbito del diritto internazionale — che, per esempio, secondo John Bolton, ambasciatore statunitense alle Nazioni Unite, non esiste 'realmente' (9) —, ovvero nell'àmbito delle relazioni internazionali — dove si afferma che domini il Marte hobbesiano (e americano), dinanzi all'impotenza della Venere kantiana (ed europea) (10). La svolta si manifesta però anche nel diritto statale. Qui — specialmente grazie alle spinte della Presidenza Bush e dei suoi *Kronjuristen* — si afferma l'idea di un potere esecutivo non più vincolato dalla legislazione ordinaria e per certi versi nemmeno dalla costituzione, senza parlare dei trattati internazionali, ai quali si attribuisce un valore poco più che simbolico. « I'm the decider — dice George W. Bush —, and I decide what is best » (11). Tradotto in termini giuridici tutto ciò si legge come 'il Presidente protegge il diritto'. Ed è questa la formula schmittiana nella quale si può compendiare la nuova dottrina del massimo teorico dei poteri eccezionali della casa Bianca: John Yoo. È di certo significativo ed

(7) Qui il rinvio non può che essere a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992. Cfr. anche M. LA TORRE, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Dordrecht, Springer, 2007.

(8) Si veda in merito la preoccupata analisi di R. TOSCANO, *La violenza, le regole*, Torino, Einaudi, 2006.

(9) Vedi J. R. BOLTON, *Is There Really Law in International Affairs?*, in « Transnational Law & Contemporary Problems », 10, primavera 2000. E cfr. W. MANSELL, E. HASLAM, *John Bolton and the United States' Retreat from International Law*, in « Social & Legal Studies », 14, 2005, pp. 459 ss.

(10) È l'immagine usata da Robert KAGAN nel suo ormai celebre intervento *Power and Weakness*, in « Policy Review », agosto/settembre 2002.

(11) Discorso del 18 aprile 2006. Cfr. R. COHEN, *« The decider » has rules, all of them are big, « Yo »*, in « Herald Tribune » del 22-23 luglio 2006.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un segnale del nuovo *Zeitgeist* che questo giovane costituzionalista sia oggi professore di diritto là dove ieri insegnava il grande Hans Kelsen: nell'Università di California a Berkeley.

Mentre Kelsen affermava con veemenza e rigore la superiorità del diritto internazionale sul diritto nazionale e parlava di 'pace attraverso il diritto', Yoo si permette di dire che non è chiaro che la riduzione del livello di violenza e la limitazione della guerra debbano essere un obiettivo degli Stati Uniti e che ad ogni modo è sicuro che il sistema costituzionale americano non ha più bisogno d'essere finalizzato al controllo dell'uso della forza: « It is no longer clear that the constitutional system ought to be fixed so as to make it difficult to use force » (12).

Si riafferma con altra terminologia la vecchia dottrina del Presidente, ovvero del capo dell'esecutivo, come 'Hüter der Verfassung', custode della costituzione. L'argomento principale qui è ancora una volta di tenore 'realista' e grosso modo d'origine schmittiana: il ragionamento giuridico è — si dice — in buona sostanza 'politico', 'policy-oriented'; allora esso non può essere riservato ad organi 'a-politici' ovvero 'politicamente irresponsabili' come i tribunali di giustizia. « When courts resolve genuine ambiguities, they cannot appeal to any 'broading omnipresence in the sky'; often they must rely on policy judgments of their own. Those judgments should be made by the executive, not the judiciary » (13). Si rovescia così il principio stesso della giustizia costituzionale espresso dalla Corte Suprema allorché essa afferma che è « emphatically the province and the duty of the judicial department to say what the law is » (14) — che è il cardine della sentenza *Marbury v. Madison*, pronuncia fondativa dell'intero sistema statunitense del controllo giudiziale di costituzionalità.

Ci si dice che se vuoi la pace devi preparare la guerra. Questa è nuovamente concettualizzata come funzione preminente e giustificativa dello Stato. La guerra, *come il diritto*, rende possibile la

(12) J. YOO, *The Powers of War and Peace*, Chicago, University of Chicago Press, 2005, p. ix. Si veda anche dello stesso autore *War by Other Means*, New York, Atlantic Press, 2006.

(13) C. R. SUNSTEIN, *Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law Is*, in « The Yale Law Journal », 115, 2006, pp. 2580 ss.

(14) 5 U. S. (1 Cranch) 137, 177 (1802).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

normale esistenza dello Stato. « War, like law, sustains the State by giving it the means to carry out its purposes of protection, preservation, and defense » (15). La nozione di guerra lecita da sanzione di diritto internazionale, cioè da reazione ad una violazione di tale diritto, da reazione dunque basicamente ad un'aggressione, si estende all'uso preventivo della forza, persino riguardo a casi e situazioni nelle quali non vi sia un pericolo imminente per la sicurezza del territorio nazionale (come si legge nel *Documento di Strategia Nazionale* della Casa Bianca del 2002). Il concetto di 'sicurezza collettiva' nel quadro del diritto internazionale non è più menzionato e lo si sostituisce con la primazia dell'interesse nazionale, in particolare nell'interpretazione esclusiva che di questo si attribuisce al Presidente nella sua qualità di 'commander-in-chief'. Il sovrano si riappropria così di un pieno *jus ad bellum* non più condizionato al rispetto delle norme della comunità internazionale.

In questa prospettiva il diritto si presenta fondamentalmente — come accade nella concezione di Carl Schmitt — come forza e violenza, e la sovranità una volta di più si proietta come decisione esistenziale sull'*Ausnahmezustand*, il terribile stato d'eccezione nel quale tutti i leggeri legamenti dei materiali giuridici si consumano alla fiamma della discriminazione ultima tra amico e nemico. Ciò che questo 'vecchio/nuovo' quadro comporta è che antichi tabù cominciano traballare ed a cadere. L'*habeas corpus* è il primo a cedere; è il Presidente che si arroga la prerogativa di definire ed indicare chi può godere di quel diritto fondamentale. È suo il potere di qualificare qualcuno come 'illegal enemy combatant', una categoria fino ad ora sconosciuta, sottraendo al soggetto in questione qualsiasi garanzia sia di diritto internazionale o umanitario sia di diritto statale. Il 'combattente nemico' si vede spogliato d'ogni e qualsivoglia diritto, *Freiwild*, e così può sparire in un carcere segreto o lo si può rinchiudere in un campo di concentrazione senza alcun controllo giudiziale e senza prevedere nessun termine o scadenza per la sua detenzione.

La legge recente firmata dal Presidente il 17 ottobre 2006 (*Military Commission Act of 2006*) in buona misura formalizza

(15) Ph. Bobbit, *The Shield of Achillea. War, Peace, and the Course of History*, New York, Anchor Books, 2003, p. 780.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo quadro ideologico e dottrinale. Istituendo delle 'commissioni militari' deputate a valutare in via amministrativa — con una procedura tra l'altro che non esclude la prova ottenuta mediante tortura — lo status di 'combattente nemico illegale', la nuova legge intenta togliere peso all'efficacia ed agli argomenti della sentenza della Corte Suprema *Hamdan v. Rumsfeld* (126 S. Ct. 2749 [2006]) — nella quale il tribunale statunitense afferma che lo stato di guerra non può significare un 'assegno in bianco' per l'esecutivo e che per l'esercizio di poteri eccezionali si necessita dell'autorizzazione esplicita del Congresso. Di fatto, questa nuova legge riserva al capo dell'Esecutivo (al Presidente) la competenza di interpretare l'articolo tre della Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri di guerra e di conseguenza il potere di determinare il suo àmbito di applicazione (Section 6(a) (3)). Comunque, per il § 948b(g), « no alien unlawful enemy combatant subject to trial by military commission under this chapter may invoke the geneva Conventions as a source of rights ».

Dinanzi alle 'commissioni militari' istituite dall'Esecutivo il detenuto non può invocare a sua difesa le Convenzioni di Ginevra. Al Presidente, insieme al Segretario della Difesa, è attribuita l'autorità (§ 948d (c)) per ascrivere ad un soggetto che non sia cittadino statunitense lo status di 'enemy combatant' — ascrizione che lo colloca in uno spazio non più coperto dalle normali garanzie dell'*habeas corpus*. Infatti: « No court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider an application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the United States who has ben determined by the United States to have been properly detained as enemy combatant or is awaiting such dermination » (Section 7(e) (1)) (16).

Lo 'stato d'eccezione' della 'guerra contro il terrore' (entro il quale la forza sospende il diritto) produce soggetti anch'essi 'eccezionali' — i cosiddetti 'combattenti illegali' — per i quali parimenti non vale il diritto bensì solo la forza. La riappropriazione piena dello

(16) Su tutto ciò, cfr. M. C. DORF, *The Orwellian Military Commissions Act of 2006*, in « Journal of International Criminal Justice », 5, 2007, pp. 10 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

jus ad bellum comporta — in questa prospettiva — la cancellazione della vigenza dello *jus in bello* (17).

II.

Nel documento sulla Strategia di Difesa Nazionale elaborato dal Dipartimento di Difesa degli Stati Uniti, dal Pentagono, e reso pubblico nel marzo del 2005 si trova un paragrafo che è assai rivelatore. Là dove si fa l'elenco delle 'vulnerabilità' del paese leggiamo quanto segue: « La nostra forza come Stato nazionale continuerà ad essere sfidata da coloro che adottano una strategia del debole [*a strategy of the weak*] usando fori internazionali [*international fora*], procedimenti giudiziali, e il terrorismo »(p. 5). Di modo che le istituzioni internazionali e i procedimenti giudiziali sono posti allo stesso livello del terrorismo: sono tutti strumenti del 'debole' per ostacolare e limitare il 'forte'. È evidente il tenore nietzschiano e 'capitalistico' di una tale affermazione: il diritto, le regole, sono armi del 'perdente' per insidiare il successo, il trionfo e la vitalità del 'vincente'.

Le parole sono fatti, e le conseguenze non si lasciano attendere. Così che tra altre varie aberrazioni morali e giuridiche sembra nuovamente profilarsi ciò che a partire dall'Illuminismo è stato l'incubo d'ogni ordinamento giuridico: la legalizzazione della tortura. Se nella prima metà del secolo 'stupido', l'Ottocento, Manzoni poteva fiduciosamente proclamare che la tortura è « cosa morta e passata alla storia » (18), ci imbattiamo oggi in una serie crescente di giuristi e di politici che vogliono entusiasticamente convincerci del contrario. Ed invero questa, la tortura, in quanto uso anticipato, e pertanto inevitabilmente sproporzionato, della forza, riproduce in certa misura la struttura fenomenologica della guerra preventiva difesa dalla nuova dottrina di sicurezza nazionale di George W. Bush. In un certo senso la tortura sta al diritto penale come la guerra

(17) Cfr. D. Luban, *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb*, in *The Torture Debate in America*, a cura di K. J. Greenberg, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 64-65.

(18) A. Manzoni, *Storia della colonna infame*, a cura di G. Lesca, Barbera, Firenze 1923, pp. 39-40.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

preventiva sta al diritto internazionale: entrambe rompono qualunque criterio di prevedibilità e di proporzionalità nell'uso della violenza legale. E si giustificano col ricorso all'idea del pericolo imminente e tuttavia non certo, e sulla base del valore preminente ed escludente della sicurezza nazionale. La rottura della legalità internazionale mediante la guerra preventiva prepara così il terreno all'equivalente rottura della legalità nazionale per mezzo del 'tormento'.

Di fatto, e non è un caso, è lo stesso John Yoo — il *Kronjurist* che teorizza per gli U.S.A. la legalità della guerra preventiva — che il primo agosto 2002 nella sua qualità di *Deputy Assistant Attorney General* redige una lettera diretta Alberto Gonzales, Segretario del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti, nella quale si conferma innanzitutto che gli Stati Uniti d'America rimangono soggetti alla Convenzione Internazionale sulla Tortura del 1987 entro i limiti tuttavia resi espliciti da un riserva espressa dalla Presidenza di Bush padre — riserva che sembra restringere l'àmbito semantico della nozione di tortura. In secondo luogo John Yoo, e il suo collega John Bybee, *Assistant Attorney General* propongono una ridefinizione della tortura secondo la quale si darebbe luogo a questa soltanto in presenza di una concreta 'minaccia imminente di morte' e 'di un danno psichico prolungato' per il soggetto sottoposto al 'trattamento' in questione. La sofferenza connessa al trattamento qualificabile come 'tortura' deve essere equivalente al dolore che si accompagna ad una grave lesione fisica, come per esempio l'arresto del funzionamento di un organo, il danneggiamento di una funzione vitale, o persino la morte. « Physical pain amounting to torture must be equivalent in intensity to the pain accompanying serious physical injury, such as organ failure, or impairment of bodily function, or even death » (19). Tutto ciò che rimane al di sotto di questa soglia — si pensi per esempio a una violenza carnale, anche reiterata (20) —

(19) *Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President*, August 1, 2002, ora in M. DANNER, *Torture and Truth. America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, New York Review Books, New York 2004, p. 115.

(20) Seguendo Bybee dunque molte di quelle che comunemente sono considerate spietate torture non sarebbero più tali: cfr. le osservazioni in merito di H. H. KOH, *Can the President Be Torturer in Chief?*, in « Indiana Law Journal », Vol. 81, 2006, p. 1150.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non può secondo Yoo e Bybee ritenersi costituire la fattispecie di tortura.

Mediante una lettura estensiva della riserva apposta da Bush padre alla ratifica della Convenzione sulla Tortura del 1987 Yoo inoltre sembra introdurre qui una specie di dottrina del 'doppio effetto', per cui ciò che conta nella condotta della tortura sarebbe un'intenzione specifica ('specific intent') di torturare. Di conseguenza si applica un 'specific intent standard' e dunque si darebbe tortura soltanto là dove l'inflizione di una grave sofferenza risultasse essere il fine immediato e diretto della condotta in questione. Se la sofferenza non fosse oggetto di un'intenzione specifica e si presentasse come effetto collaterale dell'effetto principale perseguito non saremmo più in presenza della fattispecie di tortura (21). Si può aggiungere che, poiché in genere il fine specifico della tortura è una qualche informazione, applicando rigorosamente la dottrina del 'doppio effetto' riproposta da Yoo tutte le torture dirette principalmente ad ottenere una qualche informazione dal torturato non potrebbero qualificarsi come tali, cioè come torture.

Invero Yoo accetta soltanto la validità dell'articolo 2340A della legge federale contro la tortura, del *Federal Anti-Torture Statute* (18 USC § 2340-2340A). Nondimeno, nel *memorandum* di Bybee — il collega di Yoo al Dipartimento di Giustizia — si afferma, applicando le tesi dello stesso Yoo sui poteri del Presidente, che quell'articolo sarebbe incostituzionale se dovesse essere interpretato come un limite ai poteri del Presidente come capo supremo delle operazioni militari. « Even if an interrogation method arguably were to violate Section 2340A, the statute would be unconstitutional if it impermissibly encroached on the President's constitutional power to conduct a military campaign. As Commander-in-Chief, the President has the constitutional authority to order interrogations of enemy combatants to gain intelligence information concerning the military plans of the enemy » (22). I terroristi — si aggiunge — non

(21) Lettera di John Yoo a Alberto Gonzales, 1 agosto 2002, ora in Mark DANNER, *op. cit.* p. 110.

(22) *Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President*, August 1, 2002, cit., p. 142.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sono combattenti regolari. Pertanto le convenzioni di Ginevra risultano obsolete e derogabili rispetto a tale classe di soggetti.

Alla domanda se al Presidente, per esempio, potesse essere vietato di torturare un bambino, John Yoo risponde *expressis verbis* che *no*: non c'è nessun trattato in merito che sia vincolante. Domanda di Doug Cassel: « If the President deems that he's got to torture somebody, including by crushing the testicles of the person's child, there is no law that can stop him? ». Risposta di Yoo: « No treaty ». Inoltre, nemmeno una legge del Congresso potrebbe limitare i poteri eccezionali del Presidente in tempo di guerra. E la lotta contro il terrorismo è una guerra vera e propria, anche se inedita: 'war on terror'. In una siffatta costellazione l'equilibrio dei poteri pubblici — secondo Yoo — deve inclinarsi a favore del potere esecutivo. « Il congresso — aggiunge — non potrebbe limitare il potere del comandante supremo ». « Congress cannot tell the President how to exercise his judgment as commander in chief ». Qualunque disposizione di legge che intralciasse il potere del Presidente di considerare che si dia una situazione eccezionale tale da raccomandare l'uso di metodi d'interrogatorio vietati dalla legge dovrebbe ritenersi 'incostituzionale'. « If the President really made this decision, that there are these extraordinary circumstances where the president needs to order interrogation that's in conflict with the congressational regulation,... that regulation will be unconstitutional » (23). Bybee poi aggiunge che i funzionari eventualmente coinvolti in torture si possono liberare dell'accusa di aver compiuto un illecito penale o civile reclamando che ciò che è stato posto in essere è avvenuto perché « they were carrying out the President's commander-in-chief-powers » (24). L'immunità del Presidente rispetto alla legge, alla costituzione ed al diritto internazionale si estende anche a tutti coloro che hanno agito in esecuzione di ordini superiori riconducibili all'autorità del Presidente.

Si legge insomma l'articolo 2 della Costituzione statunitense

(23) http://www.pbs.org/wbgh/pages/frontline/torture/interviews/yoo.html, p. 16. Vedi anche le dichiarazioni di Yoo raccolte da J. MAYER nel suo articolo *Outsorcing Torture-The Secret History of America's "Extraordinary Rendition" Program*, in « The New Yorker » del 14 febbraio del 2005.

(24) *Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President*, August 1, 2002, cit., p. 146.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(che attribuisce al Presidente il comando supremo delle operazioni militari) come una clausola che consente al Presidente di dichiarare lo stato d'eccezione a suo insindacabile giudizio e come una concessione di pieni poteri nel caso egli ritenga di trovarsi dinanzi ad una tale situazione di pericolo. « The Commander in Chief Clause is a substantive grant of authority to the President conferring all those powers not expressly delegated by the Constitution to the Congress » (25). Si passa così paradossalmente dalla tradizionale dottrina di diritto costituzionale americano degli 'unenumerated rights' per cui i diritti espressamente concessi ai cittadini non esauriscono ancora l'insieme dei diritti di cui questi sono titolari ad una specie di dottrina degli 'unenumerated powers' del Presidente per cui i poteri di questo sarebbero tutti quelli che non sono specificamente attribuiti ad altri organi costituzionali. D'altro lato, Yoo non è in grado di stabilire una situazione nella quale il Presidente non avrebbe autorità di determinare che si è in presenza di uno stato di guerra, rendendo del tutto circolare ed autoreferenziale la qualificazione 'comandante in capo' (26).

III.

Orbene, il mio intervento intende muovere da questa situazione contingente per abbordare il tema più generale della compatibilità della tortura col principio di legalità. Dietro una tale questione si profila inoltre il tema della possibile liceità morale della tortura medesima. Ma prima di proseguire mi pare opportuno precisare il mio atteggiamento e la mia prospettiva al riguardo. Ci sono cose che mi sarebbe piaciuto non dire e non discutere mai. Qui non posso che ripetere le parole di Seth Kreimer: « There are some articles I never thought I would have to write; this one » (27). Il mio scritto è una di

(25) J. Yoo, *Transferring Terrorists*, in « Notre Dame Law Review », Vol. 79, 2004, p. 1198.

(26) Cfr. D. Luban, *The Defense of Torture*, in « The New York Review of Books », Vol. 54, del 15 marzo 2007, p. 38.

(27) S. F. Kreimer, *Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War on Terror*, in « University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law », Vol. 6, 2003, p. 278.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

queste cose che non avrebbero dovuto attraversare la soglia del silenzio.

Alan Dershowitz — fautore della tortura (il metodo che predilige è quello degli aghi conficcati sotto le unghie del sospettato (28)) almeno a partire dal 1989 — ci dice che i professori — lui lo è — sono lì per discutere di tutto e per porre in dubbio convinzioni solide, radicate e consolidate nel tempo.« Professors have yet a different responsibility: to provoke debate about issues before they occur and to challenge absolutes » (29). Mi permetto d'esprimere qui il mio profondo disaccordo con l'illustre e dotto collega americano. Non si può trattare la tortura come un mero puzzle filosofico così come, per esempio, non si può trattare da un puro punto di vista teorico la violenza sessuale esercitata su donne e bambini (30). Mi pare si debba essere d'accordo con Jeremy Waldron allorché sottolinea che discutere degli eventuali meriti della tortura è una vera vergogna: « it is dispiriting as well as shameful to have to turn our attention to this issue » (31). Sì, è proprio una vergogna.

La filosofia morale e giuridica come riflessione su ciò che è giusto o ingiusto, vale a dire su ciò che dobbiamo o non dobbiamo fare, ha limiti ben distinti da quelli della filosofia teorica, per esempio dell'ontologia, dell'epistemologia, o della teoria del significato. Questa, la filosofia teorica, è fondamentalmente la riflessione su ciò che è il mondo e su ciò che di questo si può conoscere. Mentre in quest'ultimo contesto ogni domanda è ammissibile, non ogni questione può porsi seriamente e responsabilmente nell'àmbito della riflessione morale. Sebbene persino nella sfera della filosofia teorica possano darsi domande frivole: come per esempio cosa accadrebbe se gli alberi fossero

(28) « A sterilized needle inserted under the fingernails to produce unbearable pain without any threat to health or life » (A. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, New Haven, Conn. 2002, p. 144).

(29) A. DERSHOWITZ, *Tortured Reasining*, in *Torture. A Collection*, a cura di S. Levinson, Oxford UNIVERSITY Press, Oxford 2004, p. 266.

(30) Cfr. J. GARDNER, H. SHUTE, *The Wrongness of Rape*, in *Oxford Essays in Juriprudence*, IV serie, a cura di J. Horder, Oxford University Press, Oxford 2000, p. 194.

(31) J. WALDRON, *Torture and Positive Law. Jurisprudence for the White House*, in « Columbia Law Review », Vol. 105, 2005, p. 1683.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

azzurri e non verdi. Tutti sappiamo che ci sono cose che non si possono e debbono dire. Però sappiamo anche che ci sono cose che non si possono e debbono persino pensare. Bisogna controllare i propri pensieri. Immaginarsi la morte e la sofferenza di qualcuno — sia pure il peggior nemico — e godere di una tale fantasia è qualcosa che ci sporca eticamente e ci degrada, e che danneggia la nostra capacità di giudicare ed agire secondo il punto di vista morale.

Nella sfera della riflessione e della ragione pratica la stessa domanda intorno alla liceità di un tipo di condotta in certa misura può porre in dubbio intuizioni morali profonde e risultare in qualche senso ambigua ed offensiva. Potremmo per esempio proporre una discussione filosofica sulla liceità di violentare la propria bambina (almeno in una situazione eccezionale, come quella di ritrovarsi soli in un'isola deserta ed essere gli ultimi esseri umani sopravvissuti ad una guerra nucleare). Oppure potremmo interrogarci se sia permesso vendere gli organi della mamma (nel caso — anch'esso eccezionale — che la famiglia non abbia alcun'altra fonte di reddito), oppure se in casi sempre eccezionali ed estremi potremmo togliere la vista a nostro padre. Ci potremmo domandare se sia lecito inviare gli abitanti di alcuni quartieri di Palermo o di Napoli (che si suppone abitati a stragrande maggioranza da mafiosi e delinquenti) a campi di concentramento, e se si possa eventualmente applicare a questi disgraziati i metodi tanto efficaci della 'soluzione finale' in passato disegnati per un diverso gruppo etnico. Nondimeno, chiunque si mettesse a discettare con strumenti filosofici anche assai sottili su temi del genere ci risulterebbe essere un pazzo od un pervertito morale. I suoi argomenti, per quanto accompagnati da considerazioni articolate e raffinate, non meriterebbero l'attenzione di nessun uditorio pubblico.

È indicativo a questo proposito che uno dei più gravi difetti che si rimproverano all'utilitarismo come teoria morale sia per l'appunto che per questo non v'è questione di condotta (anche la più offensiva per la nostra sensibilità morale) che non possa essere sollevata e trattata con piena plausibilità (32). Mettersi a disquisire

(32) Cfr. la critica di B. Williams, *A Critique of Utilitarianism*, in J. J. C. Smart, B. Williams, *Utilitarianism For and Against*, University of Cambridge Press, Cambridge 1973, p. 93.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cosa sia più corretto, se torturare mediante applicazione di corrente elettrica oppure mediante 'waterboarding', cioè mediante l'ingerimento forzato di liquidi da parte del malcapitato (una pratica entusiasticamente approvata dal Vice-Presidente degli Stati Uniti, Dick Cheney), risulta semplicemente ripugnante per chiunque tranne che per l'utilitarista.

Ebbene, io credo che la discussione sulla tortura sia qualcosa di assai prossimo alla situazioni che ho appena descritto. Si tratta di un tema, cioè, la cui stessa discussione ci sembra moralmente riprovevole. Qui abbiamo a che fare probabilmente con ciò che Bernard Williams definisce « moral unthinkable », l'« impensabile morale » (33), e che Robert Alexy chiamerebbe 'discorsivamente impossibile'. Abbiamo — mi pare — l'obbligo morale di controllare ciò che diciamo, e persino, in certa misura, ciò che pensiamo. Parlare dell'ammissibilità legale ovvero della moralità della tortura mi produce una sensazione — mi sia permessa l'espressione — di schifo e un sentimento di vergogna che ho l'esigenza di rendere pubblico. Allo stesso modo di un relatore alle *Cortes* di Cadice nell'aprile del 1811, il Signor di Villanueva, che chiedeva « che non si discuta questo punto » e che si votasse senz'altri ambagi l'abolizione della pratica giuridica del tormento (34). Un atteggiamento diverso da questo mi risulta — lo confesso — sospetto ed esposto all'accusa di insensibilità e inumanità.

Di maniera che se affronto questo tema è perché altri, più temerari e meno scrupolosi, si tratti di legislatori o giudici, siano essi giuristi oppure filosofi o politici, si sono riproposti di riaprire il vaso di pandora. Parlo di tortura non di mia propria iniziativa, ma perché mi trovo in un certo senso costretto a farlo. E mi sento costretto a ciò per il fatto che il tema e purtroppo non solo il tema, ma anche disgraziatamente la pratica corrispondente, sono stati rimessi all'ordine del giorno dalla situazione storica e dai cambiamenti politici di segno 'imperiale' cui ho accennato all'inizio di questo scritto.

---

(33) « Si potrebbe sostenere che l'impensabile sia esso stesso una categoria morale[One might have the idea that the unthinkable was itself a moral category] »(B. WILLIAMS, *A Critique of Utilitarianism*, cit., p. 92).

(34) Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España*, II ed., cit., p. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

IV.

Nel dibattito di questi ultimi anni e nei vari disegni di riammettere la tortura nuovamente come pratica lecita e legale dei nostri Stati ci troviamo dinanzi principalmente a cinque strategie argomentative. Di seguito mi provo a presentarle in maniera succinta e ad offrire ragioni che ostano a mio avviso alla loro validità.

(i) La prima strategia è quella che è stata adottata da John Yoo e Jay Bybee, entrambi consulenti del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti agli ordini dell'*Attorney General* Alberto Gonzales. Questa prima strategia — che ha avuto come effetto tra l'altro gli orrori di Abu Ghraib e la serie innumerevole delle 'extraordinary renditions' (il rapimento di sospetti per inviarli in paesi e carceri segrete al fine di torturarli più agevolmente (35)) — è, come si è visto, centrata sulla affermazione di poteri eccezionali del Presidente degli Stati Uniti. Il capo del potere esecutivo — si dice —, in quanto comandante supremo delle operazioni militari, non è soggetto a nessun vincolo normativo, né di diritto internazionale né di diritto statale.

Questa posizione tuttavia entra in conflitto con la dottrina costituzionale dominante negli Stati Uniti (36), con la dottrina del *jus cogens* nel diritto internazionale (37) (ribadita dalla recente sentenza della *House of Lords* del 17 dicembre 2005), e soprattutto con i princìpi stessi di un ordine costituzionale democratico per il quale i vincoli costituzionali hanno come destinatario principale il potere esecutivo. Un potere esecutivo che non sia soggetto a nessun controllo, sia pure in situazioni eccezionali, non ha diritto di cittadinanza dentro lo Stato di diritto ed ancora meno all'in-

(35) In merito vedi St. GREY, *Ghost Plane. The Inside Story of the CIA's Secret Rendition Programme*, Hurst, London 2006, e cfr. Ch. JOHNSON, *Otherwise Dealt With*, in « London Review of Books », dell'8 febbraio 2007.

(36) Di cui è espressione influente il libro di John H. ELY, *War and Responsibility. Consitutional Lessons of Vietnam and Its Aftermath*, Princeton Uniersity Press, Princeton 1993, che non a caso è l'obiettivo polemico di tutta la costruzione teorica di Yoo.

(37) Cfr. M. JAHN, *Gute Folter, schlechte Folter? Straf-, Verfassungs- und völkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff "Folter" im Spannungsfeld von Prävention und Repression*, in « Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft », Vol. 87, 2004, pp. 33-34, dove si sostiene il carattere di "jus cogens" delle disposizioni di diritto internazionale che proibiscono l'uso della tortura.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terno di uno Stato costituzionale nel quale i diritti fondamentali delimitano il terreno del gioco politico e delle sue capacità di intervento e in cui la dignità umana è un àmbito sottratto alla disposizione del potere legislativo ed a maggior ragione di quello esecutivo. Oltracciò l'intenzione dei padri fondatori della Costituzione americana del 1787 risulta assai chiara allorché essi dispongono che sia il Congresso a deliberare l'entrata in guerra del paese. La guerra, lungi dall'essere un privilegio dell'esecutivo (come vorrebbe Yoo), è materia tanto grave ed importante per l'insieme della nazione e per il suo futuro che va riservata alla prudenza ed alla decisione dei rappresentanti dell'intera nazione. Così è detto espressamente nel testo costituzionale e così si legge nei *Federalist Papers*. « The President is to be the commander-in-chief of the army and navy of the United States. In this respect his authority would be nominally the same with that of the king of Great Britain, but in substance much inferior to it. It would amount to nothing more than the supreme command and direction of the military and naval forces, as first general and admiral of the Confederacy; while that of the British king extends to the *declaring* of war and to the *raising* and *regulating* of fleets and armies — all which, by the Constitution under consideration, would appertain to the legislature »(*The Federalist*, Number LXIX) (38).

Per Madison e i suoi compagni uno dei grandi meriti della Repubblica rispetto alla Monarchia e della Federazione rispetto agli Stati è di non permettere che la decisione di fare una guerra sia affare di uno solo o di pochi, ma invece di molti, i quali dovranno convincersi mutuamente e si vedranno così costretti ad un freddo esercizio di razionalità. Uno solo o pochi sarebbero molto più facilmente trascinati dalle loro passioni rispetto ai molti che si raffredderanno e si limiteranno l'un l'altro negli organi collettivi di deliberazione. La monarchia è perniciosa per i Federalisti proprio perché concede all'esecutivo quei poteri che ora John Yoo afferma essere propri del Presidente dell'Unione.

Ora, se il Presidente non è il padrone della guerra e della pace, ma è vincolato in questa delicatissima materia dalla Costitu-

(38) J. MADISON, A. HAMILTON, & J. Jay, *The Federalist Papers*, ed. by I. Kramnick, Harmondsworth, Penguin 1987, p. 398. Corsivo nel testo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione e dal Congresso, nemmeno si potrà ridisegnare la sua figura di *Commander-in-Chief* (art. 2 della Costituzione americana), come capo supremo delle operazioni militari, come una sorta di dittatore che si pone al di sopra del bene e del male, e della legge, dei diritti, e del diritto internazionale. Non ogni mezzo gli sarà dunque permesso al fine della vittoria militare. Il Presidente che preconizza Yoo, non essendo soggetto che al suo proprio giudizio in questioni così fondamentali come la pace e la guerra, e come la libertà e la dignità di cittadini e stranieri, realizzarebbe una forma di governo degli uomini (di *un* uomo), e non già di governo delle *leggi*. È il *dispotismo* quello che infine qui tristemente si profila.

(ii) La seconda strategia di moralizzazione e legalizzazione della tortura è quella di assumere apparentemente un atteggiamento descrittivo. La tortura — si dice — è un fatto, ovvero sarebbe comunque un fatto nel caso di attentati terroristici o di un grave attacco alla sicurezza dello Stato. Di modo che solo si dà l'alternativa tra l'ipocrisia di rifiutare formalmente la tortura, permettendola nondimeno nelle sedi oscure e segrete del potere esecutivo, oppure riconoscere la sua presenza nella società come male minore legalizzandola e rendendola una pratica sottoposta a controlli, di conseguenza trasparente e responsabile. « I pose the issue as follows — scrive Dershowitz —: If torture is in fact being used and/or would in fact be used in actual ticking bomb mass terrorism case, would it be normatively better or worse to have such torture regulated by some kind of warrant, with accountability, record-keeping, standards, and limitations » (39)?

Qui l'obiezione mi pare abbastanza ovvia. Questa strategia giustificativa assume innanzitutto che la tortura si pratichi già di fatto e in misura abbastanza ampia: vale a dire che sia una prassi abituale delle amministrazioni statali. Ebbene, si può dubitare che ciò accada effettivamente in vari paesi ed in più d'un contesto rilevante. Per esempio, all'indomani degli attentati di Madrid dell'11 marzo 2004 non sembra che la tortura sia stata un'opzione per i

(39) A. Dershowitz, *The Torture Warrant*, in « New York Law School Review », Vol. 48, 2004, p. 277.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

funzionari della polizia spagnola. Lo stesso può dirsi della polizia britannica nei giorni successivi agli attacchi del luglio 2005.

A dispetto di ciò che sostiene Alan Dershowitz — che indica la tortura come un fatto sociale inevitabile — vi sono nel mondo ancora degli Stati di diritto e delle società decenti. In ogni caso, e come che sia, questa seconda strategia giustificativa funziona soltanto se le si aggiunge una premessa importante. Oltre che supporre pratiche estese e frequenti di tortura dei sospetti da parte degli organi statali, deve aggiungersi il giudizio di valore per il quale questo fenomeno — diciamolo pure 'sociale' — non è tanto moralmente ripugnante da doversi escludere la sua legalizzazione. Legalizzare una condotta comporta una certa valutazione delle condotte medesime. Fondamentalmente implica che le condotte in questione, seppure si considerino non pienamente morali o persino in certa misura immorali, non risultino tuttavia intollerabilmente ingiuste o scioccanti per la coscienza di coloro che sono eventualmente chiamati a giudicarle (40). Se lo fossero, se risultassero intollerabilmente ingiuste o scioccanti per le coscienze, non potrebbe ammettersi che si concedesse loro nessuna patente di liceità. Ma questo è proprio il caso della tortura. Qui ci troviamo dinanzi ad un tipo di condotta tanto ingiusta e intollerabile per il sentimento morale delle persone che persino la sua possibile o probabile diffusione all'interno di una certa società non ci offrirebbe ancora un buon argomento per accettare la sua legalizzazione: quest'ultima infatti presupporrebbe una valutazione non pienamente negativa e in un certo senso una valorazione in qualche misura positiva del tipo di condotta considerato. Se siamo convinti (*moralmente*) che non si debba torturare, e che questo è un precetto di forza normativa suprema, non si vede come si possa accettare che sia lecito (*giuridicamente*) torturare.

(40) Va sottolineato che la tollerabilità della condotta in esame per la coscienza dell'eventuale giudice è stata operazionalizzata dalla Corte Suprema statunitense come uno degli standard che contribuiscono a comporre il principio del *due process*. E non può non notarsi la prossimità e somiglianza, se non addirittura l'equivalenza, di un tale standard con la "formula di Radbruch", assunta dalla giurisprudenza tedesca, per cui una legge o un provvedimento sono invalidi (incostituzionali) là dove si superi la soglia dell'« estrema ingiustizia ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(iii) La strategia più potente e comune a favore della reintroduzione della tortura nell'àmbito legale è, comunque, la via genericamente utilitarista che si serve del caso assai ipotetico ma di grande effetto emotivo della 'ticking bomb', della bomba a tempo, che può esplodere tra qualche ora o minuto.

L'ipotesi è che si sia arrestato un terrorista, che si sappia o sospetti che proprio questo ha collocato in qualche luogo pubblico un artefatto esplosivo che può causare la morte di molti innocenti, e che la bomba esploderà tra poco. In una situazione di tale drammaticità l'unica maniera per impedire l'esplosione della bomba e di salvare così la vita dei molti innocenti minacciati da questa sembra essere di costringere con la forza, cioè con torture, il terrorista a rivelare il nascondiglio della bomba.

Questo è il caso che evoca Niklas Luhmann in una conferenza tenuta a Heidelberg nel dicembre 1992 (41) ed è lo stesso di cui si serve Winfried Brügger, un professore tedesco di diritto pubblico, che da più di un decennio va difendendo la legalizzazione di ciò che egli chiama la *Rettungsfolter*, la tortura 'di salvezza' (42). Molto simile è anche l'ipotesi di cui si giova Alan Dershowitz per la sua proposta di far dipendere la tortura da un'autorizzazione giudiziale — proposta che ritroviamo tra l'altro nel capitolo quarto del suo libro *Why Terrorism Works* (43). La stessa era stata in buona sostanza anticipata da Luhmann il quale profila uno scenario in cui la tortura sia autorizzata da giudici internazionali ed eseguita con la supervisione di questi me-

---

(41) Vedi N. LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, C. F. Müller, Heidelberg1993, p. 1: « In Ihrem Lande — und das könnte in nicht zu ferner Zukunft auch Deutschland sein — gäbe es viele linke und rechte Terroristen, jeden Tag Morde, Brandanschläge, Tötung und Schäden für zahlreiche Unbeteiligte. Sie hätten den Führer einer solchen Gruppe gefangen. Sie könnten, wenn Sie ihn folterten, vermutlich das Leben vieler Menschen retten — zehn, hundert, tausend, wir können den Fall variieren. Würden Sie es tun? ».

(42) Vedi W. BRÜGGER, *Würde gegen Würde*, in « Verwaltungsblätter Baden-Württemberg », 1995, pp. 414 ss., W. BRÜGGER, *Darf der Staat ausnamsweise foltern?*, in « Der Staat », Vol. 35, 1996, pp. 67-97, W. BRÜGGER, *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, in « Juristen-Zeitung », Vol. 55, 2000, pp. 165-173, e W. BRÜGGER, *Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung*, ora in *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat. Eine Verortung*, a cura di P. Nitschke, Kamp, Bochum 2005, pp. 107-117.

(43) Si legga A. M. D. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works*, cit., pp. 131 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diante camere televisive che riprendano tutto il 'procedimento' di maniera che i giudici abbiano anche la capacità di dirigere (aumentare, diminuire, fermare) l'inflizione delle appropriate sofferenze: « Zulassung von Folter durch international beaufsichtigte Gerichte, Fernsehüberwachung der Szene in Genf oder Luxemburg, telekommunikative Fernsteuerung » (44). È il 'torturando' — aggiunge Luhmann — che dovrà decidere se essere un eroe o un traditore. Certo — conclude —, non è una soluzione assai soddisfacente, ma è sempre meglio che consegnare degli innocenti nelle mani dei terroristi. Dershowitz non pare essere a conoscenza della conferenza di Luhmann, e tuttavia con vero spirito luhmanniano insiste molto, nella sua obliqua difesa della tortura, sul fatto che la morale assoluta non esiste; ciò che è giusto o corretto sarebbe solo questione di grado.

Orbene, qui la replica può essere la seguente. Non c'è criterio morale che resista al contrasto con un caso tanto eccezionale che sembri che il *fiat justitia* comporti e provochi il *pereat mundus*. Agamennone sacrifica la figlia per calmare i venti e far sì che i legni degli Achei possano fare rotta verso Troia. Lo fa per soddisfare le preferenze della stragrande maggioranza della sua gente; Agamennone si comporta qui da buon utilitarista. Tuttavia — si narra — Clitemnestra, la madre della figlia sacrificata, non glielo perdona. Allo stesso modo, invero, potremmo probabilmente giustificare tutto o quasi tutto. In questo modo per esempio si giustificavano le 'liste' delle persone da mandare al campo di sterminio stilate dagli stessi Consigli ebraici dei vari ghetti nei quali i Tedeschi, in un sommo esercizio di cinica vessazione, avevano lasciato per qualche tempo la decisione sui nomi dei soggetti da deportare. In maniera analoga, con l'appello al male minore, Carl Schmitt e Karl Larenz, due intelligenti teorici del diritto, giustificarono *ex post factum* la loro adesione al nazionalsocialismo. Giacché insomma l'abisso del male — come sappiamo almeno a partire da Auschwitz — è senza fondo, la linea del male minore si può avvicinare al fondo dell'abisso praticamente all'infinito.

Detto in maniera differente, una volta che ci sbarazziamo del divieto assoluto di fare ciò che è considerato e vissuto come un male evidente ed intollerabile, e ci poniamo a ponderare o bilanciare tra

(44) N. LUHMANN, *op. cit.*, p. 27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mali distinti e di grado maggiore o minore come possibili alternative di condotta, la caduta dell'inibizione iniziale rispetto al male evidente fa sì che non ci siano più barriere insuperabili contro questo e la sua ripetizione e variazione. Lo dice in maniera chiara Steven Lukes: « Removing the general prohibition would soon dissolve inhibitions » (45). Una volta che si accetti di torturare in un caso, non ci saranno più limiti inviolabili per la tortura in altri casi. È grosso modo la tesi del 'slippery slope', della 'china scivolosa' (46).

Questa tesi trova conferma in parte nella dinamica dell'argomentazione al riguardo di Richard Posner, il celebre giudice federale statunitense e teorico pragmatista del diritto (oltre che esponente di spicco dell''analisi economica del diritto'), il quale in questi ultimi anni si è profilato anche come uno dei sostenitori dell'uso 'morale' della tortura. È significativo che egli prima accetti la tortura in casi 'eccezionali', per poi ammettere che ciò deve sostenersi anche per casi 'meno eccezionali'. L'argomento principale di Posner è pragmatico e conseguenzialista: dinanzi ad un male estremo la tortura è un male minore ed è *efficace*. « Many consciences will not be shocked at the use of torture when it will ward off a great evil and no other method would work quickly enough to be effective » (47). Dunque, nell'ipotesi terrificante della 'bomba a tempo' sarebbe addirittura irresponsabile privarsi di uno strumento tanto utile come la tortura. « In so extreme case, it seems to me, torture must be allowed ». Ma poi, subito dopo aggiunge, che ciò vale forse anche per casi 'meno estremi': « And perhaps in less extreme cases » (48).

---

(45) St. LUKES, *Liberal Democratic Torture*, in « British Journal of Political Science », Vol. 36, 2005, p. 15.

(46) Di questa tesi — si ricorderà — dobbiamo una prima maliziosa formulazione alla penna di Voltaire: « Le grave magistrat qui a acheté pour quelque argent le droit de faire ces experiences sur son prochain va conter à diner à sa femme ce qui s'est passé le matin. La première fois madame en a été revolté e à la seconde elle y a pris goût, parce qu'après tout les femmes sont curieuses; et ensuite la première chose qu'elle lui dit lorsqu'il rentre en robe chez lui: "Mon petit coeur, n'avez-vous fait donner aujourd'hui la question à personne?" » (VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Flammarion, Paris 1964, p. 370).

(47) R. A. POSNER, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, Oxford 2006, p. 85.

(48) R. A. POSNER, *Torture, terrorism, and Interrogation*, in *Torture. A Collection*, a cura di S. Levinson, cit., p. 293. Si veda anche R. A. POSNER, *Not a Suicide Pact. The*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La stessa 'china scivolosa' — a dispetto di quanti si sforzano di dimostrare la non cogenza logica di questa formula — si riscontra nel copioso sforzo dialettico di Alan Dershowitz. Il docente di Harvard dapprima si serve dell'ipotesi estrema della 'bomba a tempo', per poi ammettere che « lo stesso concetto di 'circostanze estreme' è soggettivo e estendibile all'infinito » (49). E conclude infine che l'autorizzazione giudiziale alla tortura ('torture warrant') deve essere lasciata al libero convincimento del giudice (al di là d'ogni rigida determinazione di fattispecie). Infatti la differenza — dice — tra la discrezionalità *ad hoc* di cui di fatto godono i funzionari di polizia o dei servizi di intelligenza e il 'torture warrant' non è che il secondo è vincolato a 'circostanze eccezionali' ma solo che in quest'ultimo caso la necessità della tortura è valutata da un giudice « openly and with accountability » (50).

Ma — vale domandarsi — se è vero che siamo disposti ad accettare il male minore, qui la tortura dell'altro, di fronte al male maggiore — la morte di molti innocenti —, perché non dovremmo essere disposti a caricarci della colpa che il male (sia esso pure 'minore') trae con sé? Se siamo disposti a sacrificare l'integrità e la dignità dell'*altro*, ed a convertirlo in un ammasso di carne sanguinante e dolente, vale a dire in un soggetto solo di terrore e sofferenza, perché non dovremmo essere disposti a sacrificare anche la *nostra* integrità e dignità, ed accettare e persino proclamare che ciò che stiamo facendo, se lo stiamo facendo, è qualcosa di orrendo e senza perdono (51)? Se ciò che stiamo facendo è un male (anche se

---

Constitution in a Time of National Emergency, cit., in particolare capitolo quarto. Nondimeno Posner, che è un fautore della moralità dell'uso della tortura in casi "eccezionali", non favorisce la sua legalizzazione formale, e ridisegna piuttosto l'azione del torturatore come un caso di "disobbedienza civile'" che deve essere valutato giuridicamente con indulgenza ed eventualmente giustificato penalmente. E tale posizione è fondata curiosamente sulla tesi del "terreno scivoloso". Se la tortura fosse legale, « officials would be tempted to test the outer bounds of so extraordinary a grant of authority » (ivi, p. 86), ci sarebbe vale a dire la tentazione per i funzionari di polizia di estendere la portata dell'àmbito di applicazione della norma.

(49) A. DERSHOWITZ, *The Torture Warrant*, cit., p. 283.

(50) Ivi, p. 290.

(51) Questo punto è sollevato con sensibilità ed intelligenza da E. SCARRY, *Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz*, in *Torture. A Collection*, a cura di S. Levinson, cit., pp. 281 ss. Di Elaine SCARRY si veda anche il bel libro *The Body in Pain.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

minore), perché abbiamo bisogno che la comunità, e lo Stato, e il diritto ci diano il loro avallo, e ci sollevino della violenza estrema e del dolore di cui ci siamo resi responsabili? Se la situazione è tanto eccezionale e tremenda, e tremende sono anche le nostre azioni (e ciò sia Brügger che Dershowitz lo ammettono a denti stretti), che tremende siano anche le conseguenze per noialtri, gli attori e torturatori. E che la legge ci giudichi e ci sanzioni con tutto il suo rigore (52).

La verità però, checché se ne dica, è che qui — come sottolinea Hannah Arendt — « the weakness of the argument has always been that those who chose the lesser evil forget very quickly that they chose evil » (53). La fallacia dell'argomento del male minore è che coloro che lo adoperano molto presto dimenticano che il male minore rimane pur sempre *male*. Così che, una volta richiesta una 'eccezionale' causa di giustificazione per la condotta cattiva, ci si pone quasi subito a rivendicare come 'diritto' ciò che prima avevamo presentato come una condotta solo eventualmente permessa in una specifica straordinaria situazione. Il che risulta evidente per esempio nella dinamica della strategia argomentativa di Winfried Brügger, il professore tedesco difensore della tortura di 'salvezza', che dapprima parla di una possibile causa eccezionale di giustificazione della tortura per salvare vite innocenti e poi converte la causa eccezionale in fondamento del *diritto di torturare* che lo Stato deterrebbe al fine di adempiere ai suoi obblighi di protezione (54).

(iv) Un argomento che ritroviamo negli scritti di Brügger e soprattutto nel *memorandum* di Bybee è quello della *legittima difesa*. « Se un attacco appare sempre più probabile, ma i nostri servizi di informazione e le forze armate non possono evitarlo senza l'informazione ottenuta interrogando un certo individuo, allora sarà an-

The Making and Unmaking of the World, Oxford University Press, Oxford 1987, in particolare (sulla tortura) pp. 27 ss.

(52) Cfr. H. Brunkhorst, *Folter vor Recht. Das Elend des repressiven Liberalismus*, in « Blätter für deutsche und internationale Politik », 2005, p. 80-81.

(53) H. Arendt, *Personal Responsibility Under Dictatorship*, in H. Arendt, *Responsibility and Judgment*, a cura di J. Kohn, Schocken Books, New York 2003, p. 36.

(54) Si legga W. Brügger, *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, cit., pp. 165 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cora più probabile che la condotta in questione sia vista come necessaria » (55). Bybee concede che questo caso non rientra nelle ipotesi tradizionalmente considerate come costitutive della legittima difesa. Questa per darsi deve dirigersi contro un pericolo certo, immediato e diretto. La legittima difesa reagisce in genere contro un individuo che è in grado di costituire un pericolo immediato ed è in procinto di attaccare un altro soggetto. Nelle circostanze in esame — riconosce lo stesso Bybee — « un combattente nemico detenuto non rappresenta lui stesso il pericolo di un danno » (56). « He is not actually carrying out the attack ». Nondimeno, il 'combattente nemico' ha partecipato alla pianificazione o alla preparazione dell'attacco oppure è in grado di offrire dell'informazione rilevante al riguardo. Anche questo caso allora rientrerebbe nell'ipotesi di legittima difesa. Per sostenere ciò Bybee si fa forte di uno scritto di Michael Moore che negli anni Ottanta aveva discusso la pratica israeliana di sottoporre a torture detenuti palestinesi sospetti di terrorismo. Si potrebbe sostenere che il terrorista — dice Moore, ma senza troppa convinzione — « ha causato colpevolmente la situazione per cui qualcuno può essere offeso. Se infligere un danno a quello [il terrorista] è il solo mezzo per evitare la morte o il ferimento di altri esposti a rischio dalle sue azioni, tale tortura deve essere lecita, e sulla stessa base per cui è lecita l'autodifesa » (57). Per cui il terrorista per il fatto di aver cooperato alla pianificazione della minaccia può ritenersi complice ed autore diretto della minaccia, e pertanto oggetto di una possibile reazione di legittima difesa. Ciò vale a maggior ragione — aggiunge Bybee — là dove si tratti dell'autodifesa dell'intera nazione, nel caso che questa sia minacciata da un'aggressione terrorista.

Ora, a me pare che parlare di legittima difesa nel caso della tortura suoni un po' come una bestemmia. Il 'torturato' per definizione è *indifeso*: il suo corpo è nella piena disposizione di colui che lo tortura. « In an interrogation torture case, the person being

(55) *Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President*, August 1, 2002, cit.,

(56) *Ibidem*.

(57) M. S. Moore, *Torture and the Balance of Evils*, in « Israel Law Review », Vol. 23, 1989, p. 323.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tortured is attacking no one. He has already been physycally subdued and imprisoned [...]. In traditional self-defense, the person against whom one uses defensive violence is dangerous; in the torture case, he is helpless » (58) . Dire che un soggetto siffatto (che è un prigioniero), che il torturato (immobilizzato e annullato nella sua volontà) è fonte di un pericolo imminente e diretto può essere solo un sofisma al fine di giustificare l'ingiustificabile.

Inoltre, tra legittima difesa e il pericolo da prevenire deve darsi una relazione causale diretta tale che l'azione di difesa possa probabilmente evitare l'offesa. Questo però non è il caso della tortura là dove non si è certi di ottenere un'informazione, non si è certi che l'informazione eventualmente ottenuta sia rilevante, né si è certi che l'eventuale informazione rilevante estorta con la forza possa causalmente e decisivamente contribuire ad evitare l'offesa. D'altra parte, la legittima difesa dev'essere proporzionata, ma la tortura per definizione è una condotta sproporzionata ed abusiva. La relazione tra il pericolo contro cui ci si difende e l'offesa che arreca la cosiddetta difesa è in tale situazione irrimediabilmente sbilanciata dalla parte del comportamento (il tormento) che si vuole ipocritamente rivestire dei nobili panni della legittima difesa. La verità è che la tortura è una condotta sempre *offensiva*, mai difensiva.

(v) Giungo ora a menzionare l'ultima strategia giustificativa. Che è quella la quale, servendosi una volta di più del caso eccezionale ed ipotetico della 'ticking bomb', si appella weberianamente all'etica della responsabilità. Qui è il 'politico' che in certa misura demonicamente prende la sua decisione ed assume su di sé la responsabilità della stessa.

Benissimo — si può replicare —; che sia così e che qui nuovamente la legge mostri al politico che, a dispetto dei suoi contatti e patti coi demoni del potere, lui pure non può sottrarsi alle conseguenze di una serie di regole di civiltà che valgono per tutti senza eccezione. La responsabilità 'weberiana' del politico non può rimanere esente da una operazionalizzazione normativa e istituzionale. E

(58) D. LUBAN, *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb*, in *The Torture Debate in America*, cit., p. 63. Vedi anche quanto dice H. H. KOH, *Can the President Be Torturer in Chief?*, cit., p. 1163.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questa non consiste in nient'altro che nella sua responsabilità dinanzi alla legge ordinaria: la sua sottomissione alla morale ed alla legalità che vincolano tutti gli altri mortali. Non si vede proprio per quale ragione il 'politico' dovrebbe avere una morale ed responsabilità distinta (e in fin dei conti 'minore') da quella del comune cittadino.

Poco chiaro è poi qui cosa si intenda per 'politico' ed a quale figura ci si riferisca con questa espressione. Il 'politico' in questa prospettiva è in genere l''uomo di Stato' della tradizione di pensiero elitista e weberiana, un uomo di doti eccezionali sulle cui spalle grava il peso e la responsabilità della conduzione della cosa pubblica e che è in grado di interpretare e soddisfare le esigenze della ragione di Stato. Qui in un certo senso assistiamo ad un doppio processo di ipostatizzazione: vi è uno Stato, o una 'ragione', che è precedente alla concreta forma e costituzione della comunità politica; vi è poi un soggetto che ha un rapporto speciale con tale 'essenza' politica, tanto speciale e forte da liberarlo dagli ordinari, comuni obblighi morali. Vi è molto di romantico — e di autoritario — in una tale immagine. Che è quella per l'appunto del politico come figura 'eroica': « Colui il quale può accingersi a quest'impresa deve essere un capo — dice Max Weber —, non solo ma anche — in un senso molto sobrio della parola — un eroe » (59). In questa prospettiva è infine la violenza il centro e il fulcro dell'attività politica: « chi anela alla salute della propria anima e alla salvezza di quella altrui, non le cerca attraverso la politica, la quale si propone compiti del tutto diversi e tali che possono essere risolti soltanto con la violenza » (60).

È naturale che una tale figura eroica ed eccezionale, svincolata dalla morale comune, una sorta di 'superuomo' nietzscheano per tutte le stagioni, possa non avere troppi scrupoli e nessun ritegno nel ricorrere alla tortura. Se « chi s'immischia nella politica, ovvero si serve della potenza e della violenza, stringe un patto con potenze diaboliche » (61), non si vede perché non dovrebbe poter giovarsi del boia e del torturatore.

---

(59) M. WEBER, *La politica come professione*, in M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, trad. it. di A. Giolitti, Einaudi, Torino 1973, p. 121.

(60) Ivi, p. 117.

(61) Ivi, pp. 112-113.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma è questa veramente e sempre la 'politica'? — vale domandarsi. È a questo politico 'eroico' e privo di scrupoli per l'anima propria e degli altri che ci piacerebbe affidare i nostri destini? Ed è poi ad una tale figura che si ricorre in democrazia per la gestione degli affari pubblici? In democrazia il ruolo del politico è tendenzialmente equivalente a quello del *cittadino* ed ha pertanto ben poco in comune con l'aristocratico — ed 'iperboreo' — uomo di Stato di weberiana memoria. In democrazia 'politica' è tendenzialmente addomesticamento della violenza: laddove questa decidesse i destini della cosa pubblica, vorrebbe dire che è mancato l'accordo e il consenso — che sono il cuore dell'ordine democratico. Come può un cittadino che delibera e decide insieme ad altri accettare e riconoscere il suo compagno di deliberazione come colui che è disposto all'occasione a torturarlo, a ridurlo a una cosa, ad annullarlo come essere autonomo titolare di diritti fondamentali, e pertanto di una propria irrinunciabile, inalienabile dignità?

D'altra parte, in uno Stato costituzionale democratico non vi è un'essenza politica o statale precedente alla costituzione ed ai suoi princìpi e diritti. La *salus populi*, la 'ragion di Stato' — che giustificherebbe il ricorso alla violenza ed alla forza nelle sue manifestazioni anche più brutali —, è pur sempre dettata dal contenuto dei diritti e dei princìpi costituzionali. Non vi è nello Stato costituzionale nessun 'cuore di tenebra' occulto, uno 'stato d'eccezione' latente, un grumo irrisolto di violenza radicale sempre pronta a manifestarsi nuovamente in qualche situazione di pericolo 'esistenziale' pre-politica. In democrazia l'esistenza che è in gioco è quella della *costituzione* e dei suoi diritti (62). Insomma, nel contesto dell'ordinamento costituzionale, e più in generale in uno Stato *di diritto*, lo *Stato* come tale non è mai un argomento (63). Qui la tortura lungi dall'essere una sorta di *arcanum constitutionis* — come vogliono farci credere alcuni — sarebbe solo il sigillo della crisi

(62) Cfr. quanto afferma — con riferimento all'ordine costituzionale della Repubblica Federale Tedesca — Hauke Brunkhorst: « Uno Stato *prima* della costituzione, il quale possa obbligare i suoi cittadini alla sua propria sopravvivenza allorché l'ordine costituzionale ha cessato d'esistere è sconosciuto al *Grundgesetz* ed è sconosciuto altresì alle leggi d'emergenza vincolate strettamente al suo quadro » (H. Brunkhorst, *Folter vor Recht. Das Elend des repressiven Liberalismus*, cit., 2005, p. 78. Corsivo nel testo).

(63) Cfr. Ch. Möllers, *Staat als Argument*, Beck, München 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esistenziale di una comunità politica disposta a rinunciare ai propri princìpi, dunque alla propria salute e sopravvivenza (64). Lo dice bene Michael Ignatieff: « For torture, when committed by a state, expresses the state's ultimate view that human beings are expendable. This view is antithetical to the spirit of any constitutional society whose raison d'être is the control of violence and coercion in the name of human dignity and freedom » (65).

V.

In conclusione vorrei difendere la tesi che si dà una connessione concettuale necessaria tra tortura e *illegalità*. Lo dice già Christian Thomasius nel suo coraggioso saggio sulla tortura (*Dissertatio de tortura ex foris Christianorum proscribenda* (66)): la vittima di torture si percepisce ed è percepita immediatamente come vittima di un *abuso*.

Ciò sembra intuitivo. Tuttavia, vi è una ragione discorsiva per una tale immediata evidenza e per il sentimento correlativo di ripulsa. La tortura sfugge ad ogni esercizio di universalizzabilità materiale: nessuno può accettare d'essere torturato a sua volta. In ogni caso la tortura è vissuta da colui a cui la si infligge come un atto di violenza estrema, *intollerabile*, come abuso ed eccesso. E deve essere vissuta come tale se vuole essere per l'appunto tortura, tormento *irresistibile*, pratica efficace di annullamento della volontà. La tortura non potrebbe mai passare il *test* della universale accettabilità che ci fornisce un criterio più o meno ultimo di moralità. Dal punto di vista di chi usa ed applica la tortura questa a sua volta nuovamente si definisce come eccesso ed abuso. E non potrebbe essere in altro modo, già che l'atto è diretto a risultare intollerabile ed eccessivo, e deve consistere — come ci dice un esperto, il

(64) Cfr. in merito le considerazioni di H. BRUNKHORST, *Folter, Würde und repressiver Liberalismus*, in *Rückkehr der Folter. Der Rechtstaat im Zwielicht?*, a cura di G. Beestermöller e H. Brunkhorst, München, Beck, 2006, pp. 88 ss.

(65) M. IGNATIEFF, *The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton University Press, Princeton 2004, p. 143.

(66) Per un'edizione moderna di questo scritto si veda Ch. THOMASIUS, *Über die Folter*, a cura di R. Liebewirth, Hermann Böhlaus Nachfolger, Weimar 1960.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Professor Dershowitz — in « unbearable pain », e di conseguenza dipende dai limiti (variabili) di tollerabilità della vittima.

D'altra parte il fatto che la tortura sia percepita anche da chi la applica come abuso intollerabile ci fornisce un argomento contro tale pratica. Durante e mediante questa non è solo la dignità del torturato ad essere aggredita, ma anche — seppure in diversa e meno dolorosa guisa — la dignità dello stesso torturatore; il quale si trasforma in strumento anch'egli, strumento di male e di orrore. È perciò che la tortura non può essere permessa — perché trasformerebbe l'intera società in torturati e torturatori, e chi vorrebbe vivere accanto ad un torturatore? Ma chi vorrebbe anche vivere come torturatore, segnalato a dito come tale dagli altri e dalla propria coscienza? Per dirla con Hannah Arendt (67): quale sé, quale individualità, sopporterebbe per tutta la vita, nel dialogo permanente che ciascuno intrattiene con quell'altro da sé che è nondimeno la propria coscienza, sopportare la compagnia dentro di sé di un torturatore? Ed è questo l'argomento principale usato da Michael Ignatieff: « The problem with torture is not just that it gets out of control, not just that it becomes lawless. What is wrong with torture is that it inflicts irremediable harm on both the torturer and the prisoner. It violates basic commitments to human dignity » (68).

In via di principio — ci segnala Michael Davis — la tortura è limitata solo dalla resistenza del torturato: « in principle, torture is limited only by the tortured's endurance » (69). Questo fa sì che la tortura già nella dottrina di diritto romano si consideri — come dice Ulpiano — « res fragilis et periculosa et quae veritatem fallat », « cosa fragile e pericolosa e che non garantisce la verità ». In effetti essa dipende troppo dal dolore inflitto e dalla sua (variabile) tollerabilità: « Nam plerique patientia sive duritia tormentorum ita tormenta contemnunt; alii fit, ut etiam vario modo fateantur, ut non tantum se, verum etiam alios criminentur »(*De officio proconsulis*, 48, 18, 1, 23). Che è lo stesso argomento che adopera Beccaria nel

(67) Si veda H. Arendt, *Some Questions of Moral Philosophy*, in H. Arendt, *Responsibility and Judgment*, cit., in particolare pp. 97 ss.

(68) M. Ignatieff, *op. cit.*, p. 140.

(69) M. Davis, *The Moral Justifiability of Torture and other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment*, in « International Journal of Applied Philosophy », Vol. 19, 2005, p. 165.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suo celebre *Dei delitti e delle pene* (cap. XII): « Ma io aggiungo di più, ch'egli è un voler confondere tutti i rapporti, l'esigere [...] che il dolore divenga il crociuolo della verità, quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre di un miserabile » (70).

Per la sua stessa fenomenologia dunque la tortura *è* abuso, eccesso. Di conseguenza non si può allo stesso tempo essere sottomessi al principio di legalità ed agire da torturatore. La riprova di ciò è che sarebbe paradossale concettualizzare e prevedere la fattispecie dell''abuso di tortura'. In questo contesto è difficile pensare che si possa dare quella congruenza tra azione dei poteri pubblici e regola giuridica che secondo Fuller è uno dei requisiti essenziali dello stesso concetto di diritto (71). Ciò anche a prescindere dal fatto evidente che la tortura consiste in una pena inflitta prima che sia accertata la commissione di qualunque reato ed anche indipendentemente dalla previsione di una qualsivoglia fattispecie.

Questa anomalia fu già sottolineata da Thomasius allorché discute la possibilità per il giudice di 'controllare' e valutare la condotta del torturatore. Questa rifugge a qualsivoglia prescrizione oggettiva, poiché si tratta di un'azione retta totalmente dalla razionalità strumentale. L''oggetto' della tortura — che rimane tuttavia un essere umano — deve essere trattato come una cosa ed un mezzo. I limiti alla condotta della tortura sono solo quelli dettati dal fine cui questa si subordina, ma mai da una normatività esterna ad essa. La sua efficacia in effetti dipende dal presentarsi e darsi come 'eccesso'. Come dice Pietro Verri nelle sue *Osservazioni sulla tortura*, « in materia di tortura e di indizj, non potendosi prescrivere una norma certa, tutto si rimette all'arbitrio del giudice » (72).

L'arbitrio è dunque connaturato al fatto della tortura. Ne conviene, seppure in parte polemizzando col Verri, anche Alessandro Manzoni: « Bartolo lo ripeteva anche lui come sentenza comune: Doctores communiter dicunt quod in hoc (quali che siano gl'indizi sufficienti alla tortura) non potest dari certa doctrina, sed relinquitur

(70) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. D. Pisapia, Giuffrè, Milano 1973, p. 40.

(71) Si legga L. L. FULLER, *The Morality of Law*, edizione rivista, Yale University Press, New Haven and London 1969, pp. 81 ss.

(72) P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, Milano, Feltrinelli, 1978, p. 83.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

arbitrio judicis. E con questo non intendevan già di proporre un principio, di stabilire una teoria, ma d'enunciare semplicemente un fatto; cioè che la legge, non avendo determinato gl'indizi, gli aveva per ciò stesso lasciati all'arbitrio del giudice » (73). Si tenta nondimeno in dottrina di non ampliare la discrezionalità del giudice con vari argomenti ed artifici. « Tristi correzioni d'una cosa — conclude Manzoni — che, per essenza, non poteva ricevere una buona forma » (74).

Non ci sono determinazioni deontologiche possibili che predeterminino l'impiego della tortura nella portata della sua violenza. Questa indeterminatezza comincia già — sottolinea Klaus Günther (75) — con la scelta degli strumenti utilizzati per infliggere dolore. La soglia del dolore da infliggere deve poi essere sempre maggiore. « Until the tortured dies — dice Michael Davis —, the point at which the torture should stop is a matter of the torturer's judgment (or that of a superior) » (76). Si potrebbero forse prevedere delle fattispecie, 'tipi' di casi nei quali la tortura sia permessa agli organi pubblici (ed è quello che prova a fare Brügger (77)). Nondimeno, il grado di violenza da impiegare non potrebbe e non dovrebbe essere previsto; e pertanto non risulterebbe controllabile. Come sottolinea Thomasius, il boia, il torturatore, usando i suoi terribili strumenti potrebbe sempre ingannare il giudice: « carnifex hic iudici in applicandis instrumentis fucum facere potest »(*op. cit.*, II, § V).

Se ciò è certo, e tutto indica che lo sia, il diritto come criterio e principio di legalità che predetermina le condotte ed esclude l'abuso e l'eccesso nell'azione regolamentata si presenta fenomenologicamente incompatibile con la struttura dell'azione torturatrice. Questo punto decisivo è bene argomentato tra gli altri da Klaus Günther, il quale ci dice che non c'è una tortura 'pulita'; questa non si può giuridicizzare, giacché la sempre maggiore aggressività e violenza le

(73) A. Manzoni, *op. cit.*, pp. 56-57.

(74) Ivi, p. 62.

(75) Vedi K. Günther, *Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten?*, in *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht?*, a cura di G. Beestermöller e H. Brunkhorst, cit., p. 107.

(76) M. Davis, *op. cit.*, p. 165.

(77) Vedi W. Brügger, *Das andere Auge*, cit., p. 115.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è insita (78). In particolare non è possibile concettualizzare una tortura 'proporzionata' e 'prevedibile'; essa deve sempre manifestarsi come *sproporzionata* ed *imprevedibile*. « La tortura è efficace — se lo è — solo in quanto, perché e fino a quando il torturato non può prevedere di quale grado di incremento [*Eskalationstufe*] essa sia capace e quanto a lungo possa durare » (79).

Di modo che la nostra conclusione non può essere che la seguente. Nello Stato di diritto la tortura non trova mai posto. In primo luogo perché interrompe il processo di civilizzazione dell'esperienza giuridica messo in moto dall'Illuminismo e dalla modernità che aspira a ridurre il livello della forza e il tasso di violenza nelle relazioni sociali e specialmente nell'àmbito giuridico. La tortura per la sua crudeltà si contrappone frontalmente alla *mitezza* che è una caratteristica specifica del diritto come principio e tecnica di pacificazione delle relazioni sociali ed intersoggettive. La tortura non ha posto nello Stato di diritto altresì per una ragione ulteriore di portata forse ancora maggiore. Si tratta di una ragione strutturale. Il principio di legalità, *rule of law*, è il criterio per il quale la determinazione di una condotta e a maggior ragione di una condotta violenta da parte di un organo pubblico deve rendere la condotta in questione prevedibile e proporzionale. Un criterio siffatto tuttavia impedisce che la tortura — che è per sua natura esercizio imprevedibile, sproporzionato ed eccessivo — svolga un qualche ruolo nello Stato di diritto.

Ma vi è una ragione per l'illegalità permanente ed 'essenziale' della tortura che mi pare ancora più decisiva. Un ordinamento giuridico si basa sull'assunzione della soggettività giuridica dei suoi membri, e tale soggettività implica la dignità e la capacità di volere autonomo dei soggetti in questione. Orbene, la tortura è diretta proprio a negare a violare nel modo più fragrante proprio la dignità e la capacità di autonomia del soggetto. Con la tortura — come dice Günther — « Sein Wille soll gebrochen werden » (80), la sua volontà dev'essere spezzata. Come ha sottolineato un altro studioso tedesco, « la tortura non è compatibile con lo Stato di diritto, poiché

(78) K. GÜNTHER, *op. cit.*, p. 107.
(79) *Ibidem*.
(80) Ivi, p. 106.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mediante questa è aggredito l'individuo nella sua capacità d'essere soggetto giuridico, anzi al limite questi è spezzato e distrutto come individuo autonomo » (81). In questo senso la tortura deve parificarsi alla schiavitù: in entrambi i casi il soggetto giuridico si è trasformato in una *cosa* di cui si può disporre secondo *ad libitum*. La tortura significa dunque dispotismo, schiavitù, *tirannia*. Come ammonisce Thomasius, « quaestio omnibus tyrannis praebet occasione, sub specie iustitiae in subditos saeviendi » (*Op. cit*., Caput II, § IV).

VI.

A quanto si è detto finora voglio, e debbo — credo —, aggiungere una postilla. « Juristen, böse Christen », « giuristi, cattivi cristiani », esclamava Martin Lutero (82). E lo diceva perché gli pareva che il diritto positivo, la giustizia degli uomini, ha a che vedere inevitabilmente con la violenza, il sangue, la coazione, la tortura persino. « Recht ist Gewalt » (83). Per un cristiano il diritto si presenta in maniera paradigmatica nella forma della croce, e questa era strumento di supplizio e tortura, simbolo inoltre di degradazione e di estrema soppressione della dignità: tormento e pena di morte per gli schiavi, non per i liberi. Il giurista, poi, giudicando i suoi simili si arroga un compito che può essere solo di Dio. « Non giudicare e non sarai giudicato », « chi è senza peccati scagli la prima pietra » — dice Gesù. Ma il giurista non lo ascolta, prende nelle proprie mani il momento supremo del giudizio, e non si perita di scagliare la prima pietra.

Secondo Lutero i giuristi sono cattivi cristiani, in terzo luogo, per una ragione in certo senso concettuale o logica. È il diritto che loro maneggiano ad essere ingiusto, inevitabilmente ingiusto, giacché non può andare oltre la *forma* della giustizia, vale a dire della *legge*. « Jeder Richter ist ein Feind Christi, weil er die Gerechtigkeit der Werke treibt » (84). Ovvero, detto altrimenti, una giustizia che

(81) J. Ph. Reemtsma, *Folter im Rechtstaat?,* Hamburger Edition, Hamburg 2005, p. 125.

(82) M. Luther, *Tischreden*, a cura di K. Aland Reclam, Stuttgart 1981, p. 205.

(83) Ivi, p. 207.

(84) Ivi, p. 205.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non possa essere violata dalla generosità e dalla carità si converte in patente ingiustizia. Qui il giurista è un cattivo cristiano, è immorale, proprio perché si limita a giudicare le condotte mediante il criterio tassonomico e sistemico della regola formale.

Né questi dotti esperti della legge sono ben disposti verso la 'regola aurea', 'non fare agli altri ciò che non vorresti che gli altri facessero a te', verso per esempio un universalizzabile diritto della tortura. Secondo il diritto comune a loro il boia non potrà applicare i suoi terribili attrezzi: i giuristi medievali infatti hanno cura di includersi tra le categorie cui è concessa l'immunità dalla tortura. Dottori della legge, giudici, avvocati, così come nobili, medici, e sacerdoti (ma anche donne incinte e bambini) godono del privilegio d'essere esentati dalla 'questione' (85).

Orbene, i giuristi che al giorno d'oggi propongono il ritorno della tortura, si tratti pure solo della *Rettungsfolter*, risultano essere 'cattivi cristiani' certo in primo luogo perché hanno dimenticato la sofferenza della croce e soprattutto la compassione dinanzi ad un corpo d'uomo martoriato. Come sappiamo, a John Yoo non trema la mano nemmeno dinanzi alla vista del bambino torturato (86). Yoo tuttavia sembra accettare l'universalizzabilità dei criteri ch'egli adotta al riguardo, di maniera che sarebbe lecito — dice — per i militanti di Al Qaeda sottoporre eventualmente a tortura Donald Rumsfeld nel caso questi dovesse essere da loro catturato (87).

Però Yoo, e Bybee, e Dershowitz, e Brügger, ed i troppi altri che li seguono, risultano inoltre essere 'cattivi giuristi'. Lo sono in primo luogo perché violano elementari doveri della deontologia professionale, come quello centrale di non assecondare i desideri ed i capricci di chi li paga, sia esso persino il sovrano *pro tempore*. Yoo e Bybee non dovrebbero star lì per rendere possibile ogni volere del loro pur

(85) Cfr. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Vol. 1, Giuffrè, Milano 1953, pp. 276 ss., e J. H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, II ed., The University of Chicago Press, Chicago 2006, p. 13.

(86) Cfr. l'ipotesi di cui ci si serve per criticare lo scenario della "ticking bomb" in M. STRAUSS, *Torture*, in « New York Law School Law Review », Vol. 48, 2004, pp. 275-276.

(87) Vedi J. YOO, *War By Other Means*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potentissimo cliente (88). Ma questi sono 'cattivi giuristi' anche e soprattutto perché negano al diritto la sua qualità di forma, quel principio di legalità che è nemico dell'abuso e della crudeltà. Come il Gran Sacerdote, ripetono la frase terribile che è meglio che muoia un solo uomo prima che perisca un popolo intero (cfr. Giovanni, 18, 14). La legalità che implica la proibizione dell'abuso si può infrangere — dicono — nel caso concreto. E da quella, dalla legalità, ci si raccomanda di fuoriuscire, non per esercitare la pietà, bensì la crudeltà e l'eccesso.

Anche se spesso — come notava Blackstone — si invoca la pietà come giustificazione appropriata per la tortura. « Sembra incredibile — scrive nei suoi *Commentari* alle leggi inglesi — che si sia detto che questa pratica d'infliggere la tortura abbia origine nella pietà per la vita degli esseri umani; e tuttavia questa è la ragione offerta per la sua introduzione nel *civil law*, e la sua successiva adozione da parte dei Francesi e di altre nazioni straniere » (*Commentaries*, Vol. 4, pp. 320-321). Alla *pietà*, che è la *massima giustizia del caso concreto*, giacché supera e rompe i vincoli formali di questa, si contrappone la *tortura*, che è la *massima ingiustizia del caso concreto*, giacché si dà necessariamente *contra legem*, vale a dire come abuso e prevaricazione. Tuttavia nei due casi è sempre il principio di legalità che è vinto, e la crudeltà si fa scudo contro questo della sua oscena equiparazione alla pietà.

(88) Su questo punto, e sull'accusa a Yoo e Bybee di aver contravvenuto al codice di deontologia professionale dell'avvocato e del giurista, si leggano le lucide considerazioni di R. B. Bilder e D. V. Vagts, *Speaking Law to Power: Lawyers and Torture*, in *The Torture Debate in America*, a cura di K. J. Greenberg, cit., pp. 151 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alla memoria di Eugenio Petroni,
professore nei licei in Bari

ANNE-SOPHIE CHAMBOST, *Proudhon et la norme. Pensée juridique d'un anarchiste*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes (collana « L'univers des normes »), 2004, pp. 299. EDUARDO SILVA-ROMERO, *Wittgenstein et la philosophie du droit. Les jeux du langage juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, (collana « Droit, éthique et société »), 2002, pp. 416.

Due libri in lingua francese vengono qui congiuntamente segnalati, né si tratterà d'altro che di segnalazione, talmente articolata e ricca è sia la struttura di entrambi, sia la messe di questioni che mobilitano nel ridefinire un'idea di 'filosofia del diritto' che, *à la* Villey — è il primo riferimento da sottolineare, comune ai due autori —, nasca e si sviluppi all'interno della forma-di-vita precipua rappresentata dalla tradizione *giuridica*. Una filosofia del diritto all'altezza delle trasformazioni contemporanee, che vedono il campo della giuridicità riemergere nella sua autonomia di forma-di-vita infine sottratta alla presa di una filosofia volontaristica e ingenuamente positivistica.

Si tratta di libri che cercano radicamento per l'appunto in una riconoscibile tradizione storico-giuridica: le tesi di Savigny e della *Historische Rechtsschule* sono riferimento costante per entrambi i ricercatori (non suoni diminutivo l'aggettivo poiché si tratta a tutti gli effetti di ricerca, opere 'sperimentali' d'indagine storico-teorica), sia che essi traggano tale riferimento dalle fonti studiate (per Proudhon, soprattutto dalla letteratura ancora manoscritta che compone il lascito), sia che estendano *per analogiam* un tema decisivo della filosofia del novecento (lo *Sprachspiel* e la *Lebensform* in Wittgenstein) alla relazione fra linguaggio e diritto nella scuola giuridica tedesca.

Ancora — e qui va detto qualcosa sul legame al presente, o magari ad un passato talmente prossimo da sembrarci vivo ed efficace innanzi agli occhi —, entrambe le opere godono (è il secondo riferimento comune) d'un dialogo fresco col grande interprete della storicità del diritto nel novecento francese ed europeo, Jean Carbonnier, dialogo vuoi diretto vuoi mediato: i « conseils », per i quali vi è un grazie esplicito di Silva-Romero (p. 7); i volumi dell'autore, più volte citati dalla Chambost.

Infine — e qui la scommessa è apertura al futuro —, le due opere danno non poco da riflettere sulle trasformazioni presenti ed a venire della sfera giuridica, sia nei rapporti del diritto con la *raison collective* (formula proudhoniana coeva al *General Intellect* marxiano, il quale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riemerge oggi nella pratica della rete comunicativa e dei profili giuridici da essa coinvolti), sia nella percezione dei limiti sempre più evidenti di un'impostazione giuridica statocentrica, quando paragonata alla diversità dei sistemi giuridici in ottica comparatistica: Silva-Romero fa ampio ricorso all'esperienza di conciliatore internazionale alle prese con conflitti nascenti fra giochi di linguaggio differenti — in area di diritto pubblico internazionale o *lex mercatoria* —, conflitti da risolversi non solo attraverso strumenti classici quali processo o arbitrato.

1. Il primo volume in analisi tratta del « pensiero giuridico di un anarchico ». Ossimoro apparente, afferma l'autrice, *maître de conférences* presso l'Université de Bretagne-Sud, che con quest'opera ha ottenuto il *Prix Montesquieu* 2000 dell'*Association Française des Historiens des Idées Politiques (AFHIP)* per la miglior tesi di dottorato in lingua francese, nonché il *prix de thèse* 2001 dell'Université Jean Moulin-Lyon 3.

Questa la notevole peculiarità del volume: leggere la gran quantità di pagine consacrate al diritto dal « padre dell'anarchia » — pagine contenute soprattutto nel « vaste ensemble de manuscrits », rispetto ai quali quanto è pubblicato costituisce « infime partie » — nei termini d'una « analyse globale (mais éclatée) du phénomene juridique » a partire dall'« idée objective du droit comme principe de réglementation », dunque attraverso una « véritable pensée juridique » (p. 12).

« Cette pensée originale ne révolutionne pas la pensée juridique, mais cette étude révèle que sur quelques points Proudhon en a parfaitement anticipé les évolutions. Gurvitch célébrait le caractère *génialement anticipateur* de Proudhon, qui aurait prévu la direction essentielle prise par la pensée juridique au début du XX^e^ siècle. Cette étude aura confirmé cette intuition, tant dans la critique du légalisme postrévolutionnaire, que dans la lutte pour substituer le social au politique dans la constitution formelle du droit. Sans revendiquer systématiquement un caractère *anticipateur*, sa conception du droit s'explique surtout en réaction aux rigidités de son temps. À un époque de célébration exégétique des codes, sa pensée juridique invite à une approche critique du droit. Dans sa dimension critique autant que dans son analyse positive, et au-delà de l'apparent chaos, cette pensée représente une synthèse saisissante des évolutions du droit au cours du XIX^e^ siècle. À ce titre au moins, elle *mérite bien d'être inscrite dans l'histoire de la pensée juridique* » (p. 284) (1).

(1) La sottolineatura è mia. Va segnalata la riemersione della « tradizione 'proudhoniana' » anche all'interno della riflessione sul costituzionalismo del secondo dopoguerra, in chiave di « paradigma pluralistico »: cfr. P. Costa, *Democrazia politica e stato costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006, p. 61. Arnaud sottolinaea il significativo contributo di Proudhon ad una teoria della giustizia « ouverte et progressiste » (voce *Justice* in A-J. Arnauld, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, Lgdj, 1993, p. 329). Sull'analisi critica del legame fra legge e volontà condotta da Proudhon si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si tratta, allora, di una regolazione che, passando attraverso l'« emancipation de la société » in quanto « être collectif étranger par nature à toute organisation politique » (p. 10), nondimeno conduce « au plus haut degré de la liberté et de l'ordre », dunque ad un « consensus social exprimé dans des normes » (p. 11); insomma, ad una dimensione disciplinare espressa dalla società e non imposta da strutture ad essa esteriori. L'« anarchia », dunque, non è più — se mai lo è stata — sinonimo di disordine: « L'ordre, voilà le genre; le gouvernement, voilà l'espèce » (p. 13).

« La réflexion de Proudhon est *centrée* sur le droit […]. Son amplitude accentue la profondeur du regard que Proudhon porte sur le droit. Fixée sur son objet, elle recoupe deux dimensions distinctes mais complémentaires: la question des sources du droit et les moyens de son effectivité. Dans sa méthode, l'étude se fait théorique et pratique. Il envisageait autant les principes qui sous-tendent l'idée de droit, que les institutions chargées de leur mise en œuvre » (p. 11-12).

Se pure Gabriel Séailles, Jean Lacroix, il durkheimiano Celestin Bouglé e Georges Gurvitch (« Proudhon est certainement beaucoup trop juriste » (2)) hanno sottolineato, e spesso ammirato, « le culte du droit érigé par Proudhon » — e si aggiungano, ai giorni nostri, i nomi di Jean Carbonnier (« Si l'on ne savait combien Proudhon est juridique » (3)), Pierre Ansart, Jaques Ellul e François Chazel —, nondimeno, solo con questo libro si giunge ad un primo, convincente tentativo di « interprétation juridique » complessiva d'una « pensée » la cui « ampleur et richesse » rivelano possedere un « caractère étonnement abouti » (*ibidem*) (4).

Né è dunque un caso che nel maggio del 2006 un convegno sia

---

veda P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2: L'età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 334 ss. (bibliografia di riferimento alla nota 232 di p. 708).

(2) G. Gurvitch, *Proudhon. Sa vie, son oeuvre*, Paris, Puf, 1965, p. 38; trad. *Proudhon*, Napoli, Guida, 1974, p. 42.

(3) J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, Lgdj, 2001, p. 302.

(4) Merita segnalare la rinascenza anche oltreoceano di temi proudhoniani all'interno della teoria del diritto di Ian Macneil, studioso del « relational contract » ed autore di *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven and London, Yale University Press, 1980. Cfr. D. Campbell, *The Social Theory of Relational Contract: Macneil as the Modern Proudhon,* in *International Journal of the Sociology of Law*, 18, 1990, p. 86 ss.; e J-G. Belley, *Deux journées dans la vie du droit: Georges Gurvitch et Ian R. Macneil*, in F. Chazel - J. Commaille (a cura di), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, Lgdj, 1991, p. 120-21. In Italia va segnalata una ricezione parziale della teoria *relational* da parte della dogmatica giuridica nel settore dei contratti di durata, cfr. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, Jovene, 1996; M. Granieri, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, Giuffrè, 2007.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stato organizzato su *Proudhon, lecteur des juristes* (http://calenda.revues.org/nouvelle6839.html), nel quale è stato analizzato l'ampio spettro delle analisi giuridiche su temi di diritto commerciale, penale, civile, nonché di storia giuridica.

Va aggiunto che l'autrice ha, con tutta probabilità, goduto di sostegno indiretto nell'impresa di contribuire a scardinare pregiudizi inveterati sul pensatore 'anarchico' grazie anche all'autorevole 'ricezione' effettuata, nel novecento giuridico francese, da Carbonnier in merito a tale profilo sociologico-giuridico (5) dell'opera proudhoniana. Una « œuvre de sociologue », come anche la definiva il doyen (né solo in *Flexible droit* (6), ma soprattutto in *Sociologie juridique* (7)). In particolare, un'opera di sociologo *del diritto* per ciò che attiene al diritto di proprietà (8); più in genere, opera di sociologo *delle norme* per rapporto all'analisi della capacità normativa dei gruppi e allo studio dei fenomeni del pluralismo (giuridico, normativo, sociale); nonché alla ricognizione dei rapporti tra consenso e forza in campo sociale.

Carbonnier infatti — menzionato dalla Chambost via *Droit civil* ed *Essais sur les lois*; una volta sola via *Flexible droit* (p. 248) in tema di pluralismo giuridico (9) — ha consacrato peraltro uno dei saggi più belli di *Flexible droit* proprio alla *Théorie des conflits de famille chez Proudhon*, ove il conflitto è quello operante nella vicenda umana, e teorica, dei *due* Proudhon. Fra i giuristi, il più famoso è infatti il *petit-cousin*, Jean-Baptiste Victor Proudhon (1758-1838), doyen della facoltà di diritto di Dijon e autore di un celebre *Traité des droits d'usufruit et d'usage* « qui n'avait pas de pareil » (10); nonché d'un *Traité du domaine de propriété* (1839) che servirà da oggetto polemico al cugino, sorta di

(5) « Caractère sociologique » della riflessione di Proudhon sottolineato più volte dalla Chambost (p. 279, nonché il paragrafo « Entre volontarisme et sociologie », p. 223 ss.).

(6) Carbonnier, *Flexible droit*, cit., p. 296.

(7) J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Quadrige/Puf, 1994, p. 91, 93, 112, 357. Va notato il silenzio pressoché completo su Proudhon nell'opera dell'altro capo-scuola europeo in tema di osservazione sociologica del diritto: il riferimento è al manuale di R. Treves, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1996, dove l'unica ricorrenza del nome di Proudhon è a proposito della teoria sociale di Gurvitch (p. 161).

(8) In tema si veda A. Zanfarino, *La proprietà nel pensiero di Proudhon*, in *Quaderni fiorentini*, 5/6, t. I, 1976/77.

(9) Forse una maggiore considerazione della teoria del *non-droit* depositata nelle pagine di *Flexible droit* avrebbe permesso di articolare più adeguatamente il giudizio sulla relazione fra diritto e non-diritto nell'opera stessa di Proudhon (per riferimenti della Chambost alla figura del *non-droit*, cfr. p. 248, 279).

(10) Carbonnier, *Flexible droit*, cit., p. 296.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« réplique familiare » che si condenserà nell'espressione celeberrima *La propriété, c'est le vol*.

La famiglia dunque: tramite essa, la *sociologia del diritto di famiglia* attraverso l'analisi della « propriété familiale », l'eredità, la libertà testamentaria. Il tema, nella sua generalità se non nelle soluzioni prospettate da P-J. Proudhon, è notoriamente luogo sensibile nella potente opera di Carbonnier civilista, sociologo e, si aggiunga, filosofo politico. Con una piccola inversione della sequenza delle « specializzazioni » (Proudhon fu essenzialmente filosofo politico, ma anche sociologo, ed ancora — come pare si possa concludere — anche giurista), ecco un altro possibile *jeux de miroirs*, non più all'interno della famiglia « allargata » (quella storica dei cugini in questione; è appunto l'immagine del conflitto familiare come rispecchiamento a chiudere il saggio di Carbonnier), bensì all'interno di una « famiglia » ancor più ampia, che magari si estende temporalmente da Proudhon a Deleuze (11), quella di quanti osservano lo Stato « quand sa robe l'empêche de courir » (12), ovvero s'interrogano su « cette étrange unité qui ne se dit que du multiple » (Deleuze) (13). L'unità fra *droit* e *non-droit*, si potrebbe affermare, gioco di opposizioni, dialettica di contrari.

La teoria giuridica di Proudhon, passando dalla riflessione sul rapporto di contraddizione fra legge e contratto (è l'oggetto della prima parte del volume della Chambost, p. 41-166); poi — percepiti i limiti della prospettiva esclusivamente contrattualistica — aprendosi alla tesi della complementarietà delle fonti, fra le quali la « coutume » quale « source spontanée du droit social » (si tratta della seconda parte del volume, che s'inaugura col capitolo dedicato all'« École historique et l'idée du droit social » [p. 159 ss.], diritto fondato da Proudhon con « méthode positiviste » [p. 222] sulla percezione della « réalité des groupes » [p. 166] e sulla critica all'atomismo sociale uscito dalla Rivoluzione, cui non sono estranei « accents savigniens » [p. 169] (14)

(11) D. Colson, *Petit lexique philosophique de l'anarchisme de Proudhon à Deleuze*, Paris, Librairie générale française, 2001. Si veda anche J. Preposiet, *Storia dell'anarchismo*, Bari, Dedalo, 2006; nonché la raccolta di testi contenuta in P-J. Proudhon, *Critica della proprietà e dello stato*, a cura di Giampietro N. Berti, Milano, Elèuthera, 2001, 192 pp.

(12) Carbonnier, *Flexible droit*, cit., 170 ss.

(13) L'influsso deleuziano — dello spinoziano Deleuze — anche nella presente ripresa dell'opera di Proudhon è attestato in D. Colson, *Lectures anarchistes de Spinoza*, in *Réfractions*, 2, 1998 (si veda in http://raforum.apinc.org l'edizione del testo in tre parti: I. *Bakounine et Proudhon*; II, *L'interprétation marxiste*; III, *Une autre lecture de Spinoza*). Dal saggio di Colson emerge quanto in profondità lo stesso Proudhon avesse meditato le pagine dell'*Ethica*.

(14) Proudhon segue a Parigi nel 1840-41 i corsi di *Histoire des législations comparées* di Eugène Lerminier, personalità di rilievo nell'opera di recezione delle tesi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

offre non pochi appigli per una lettura in sintonia — profonda e non di superficie, né immediatamente politica — con le fruttuose analisi del « padre del non-diritto », altro giuspositivista *complesso*.

Cos'altro è infatti la *raison collective* — figura da non confondersi con la *volonté générale* di Rousseau, da Proudhon ampiamente criticata (p. 195 ss.), e da avvicinarsi invece all'idea d'una « unité réelle de la population » che nasce dalla « diversité des volontés individuelles », dalla loro « confrontation et érosion dans un dialogue sociale permanent » (p. 255), dallo « choc des idées [d'où] jaillit la lumière » (p. 256, con richiami della Chambost ad Habermas, p. 257, 260, 275; e più innanzi, p. 270, a Durkheim, autore spesso evocato nel volume) —, se non una metamorfosi della « masse » alla quale il doyen voleva « donner la parole » attraverso gli strumenti dell'indagine preparatoria alla riforma legislativa, ampiamente utilizzati nell'opera di riforma del *Code civil* negli anni settanta del novecento, e oltre?

2. Il secondo volume in analisi è opera di Eduardo Silva-Romero, colombiano, avvocato in Parigi presso un'*international law firm*, nonché docente di *Droit de contrats internationnaux* alla facoltà di Sciences Politiques di quella città e già segretario generale supplente dell'ICC — *International Court of Arbitration*, organizzazione nella quale ha svolto attività di arbitrato internazionale. Il libro trae origine dalla tesi di dottorato sostenuta presso l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Il volume procede mescolando, con grande *souplesse*, riferimenti alla letteratura mondiale (Camus, Borges, Carroll, Auster, Sabato), aspetti della biografia di Wittgenstein, analisi sulla teoria generale del linguaggio, indagini su *quid sit ius*. L'assunto che guida l'opera in positivo — oltre quello generale di partenza, in negativo, concernente « la mort de la philosophie du droit [a cause de] certain défauts intrinsèques de son expression traditionnelle » [quarta di copertina] — consiste nello sforzo di giungere ad una « clarification conceptuelle » in campo giuridico rispetto all'imprecisione delle espressioni più comuni del linguaggio normativo.

Operazione che viene compiuta dismettendo le pretese di non poche forme tradizionali di filosofia del diritto (*analisi di dettagli* del linguaggio giuridico, per es. il carattere imperativo o indicativo delle

---

della *Historische Rechtsschule* in Francia (insieme ad A. Jourdan e la rivista *Thémis*, nonché a E. Laboulaye e la *Revue historique de droit français et étranger*). Sarà in particolare nel *Cours d'économie politique*, manoscritto inedito del 1852-55, che Proudhon darà prova di un decisivo influsso da parte di Savigny. Per una ripresa analitica delle tesi della Scuola in tema di « spirito del popolo », cfr. S. Tzitzis *Le 'Volksgeist' entre philosophie politique et philosophie du droit. Le cas de l'Ecole historique du droit*, in *Sens publique. Revue électronique internationale*, febbraio 2007 [consultabile in http://www-.sens-public.org/article.php3?id-article=383].-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proposizioni giuridiche; ricerca dell'*essenza* del diritto; impiego di *metodi desueti* quali deduzioni ed induzioni), a favore invece di un'analisi delle « rassemblances de famille » tra diritto e lingua, con un'estensione al diritto, « par analogie » (p. 28), delle conclusioni wittgensteiniane in filosofia del linguaggio, così ricollegandosi anche (sempre *per analogiam*) ad una delle intuizioni più importanti della *Historische Rechtsschule* (Hugo, Savigny, Grimm), appunto il parallelo tra diritto e lingua.

Poiché « la clarification conceptuelle, selon Wittgenstein, implique la détermination de la limite entre le dicible et l'indicible […], se pose la question de savoir si nous pourrions, par analogie, tracer la frontière entre le dicible et l'indicible en matière juridique » (p. 30): ecco l'assunto fondamentale dell'intera ricerca di Silva-Romero, ricerca concernente il wittgensteiniano « élément mystique » *in filosofia del diritto*. Qui l'originalità indiscussa dell'opera.

Il fine dell'attività propria al filosofo sta, secondo Wittgenstein, nella ricerca della felicità, dunque della « paix dans les pensées » (p. 36, e 136-84) raggiunta attraverso il superamento di malintesi legati alla logica d'un linguaggio assetato di metafisica. Un linguaggio che cerca di conoscere e possedere *tutto* attraverso categorie *generali*, tutto e dunque anche *das Mystische* (p. 351-52), ciò che *non può* esser detto, i sentimenti, il senso della vita, la fede, il bene assoluto (pp. 42-43 e 363-71, con richiamo alla celebre *Conferenza sull'etica* tenuta da Wittgenstein nel 1929). Qui emerge la dimensione *rivoluzionaria* dell'*uomo* Wittgenstein in relazione alla modernità, al razionalismo, al culto del progresso e al rapporto alla storia (sono in discussione anche le tesi di Michel Villey, pp. 173-77).

Le ricadute di tale sete metafisica in campo giuridico sono abbondanti e ben note: ricerca della definizione *del* diritto da parte dei filosofi del diritto (l'« essenza del giuridico », con critica della contemporanea teoria dei diritti fondamentali, p. 43 ss.); *inflazione legislativa* quale esito della disperante ricerca di tutto regolamentare (p. 46 ss., con richiamo alla figura del « panjuridisme » di Carbonnier); centralità rivendicata dai giudici attraverso la produzione *giurisprudenziale* di regole *generali* (in ambito di *common law* ma anche di *civil law*, con gli *arrêts de principe* delle corti di cassazione [p. 50-52]); astrazione della manualistica professorale, ecc.

Un linguaggio costruito, inoltre, su sincretismi d'ogni genere, « analogies fortuites entre les usages d'une même expression linguistiques dans différents jeux de langage » (p. 53): questione molto delicata in campo giuridico poiché emerge in tema di qualificazione, dunque laddove si tratta di determinare la regolazione giuridica applicabile al caso concreto (persone, beni corporali ed incorporali, i poteri: diritto oggettivo e soggettivo, diritti reali e personali, p. 69-107). Questione che si pone altresì in campo filosofico-giuridico, dando origine ad ogni sorta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di dogmatismo (di taglio positivista giuridico, marxista o di teoria pura kelseniana, p. 59-68).

A fronte di quanto criticato, il metodo che Silva-Romero costruisce, a partire dal « mode de vie » wittgensteiniano mirante a conseguire quanto possibile di « clarification intérieure » (p. 185), consiste in una ricerca senza tregua dell'*umiltà*, dunque nel tracciare limiti all'espressione del pensiero nel linguaggio: per il diritto, ciò significa ad esempio impossibilità ad esprimere il *sentimento* della giustizia e della libertà (p. 192). Tale metodo passa anche attraverso l'espressione del *coraggio*, che sta tutto nella natura medesima dell'attività di chiarificazione intellettuale intesa quale necessità vitale (p. 200). Il metodo richiede infine capacità di recuperare il concreto *stupore* dinanzi alle cose del mondo, al *mondo che è* (15). Il tutto in stretta sintonia con un'attività di comparazione linguistica, e linguistico-giuridica.

Sono infatti questi atteggiamenti etici, è questa forma-di-vita a permettere al filosofo di discernere — *en soi-même*, guarendo egli per primo dalle « nombreuses maladies de l'entendement » (p. 136) — fra ciò che *può* esser detto e ciò che esser detto *non può*. Ciò anche in campo giuridico, per un filosofo del diritto.

Si chiude così la parte più corposa dell'opera, consacrata all'attività giuridica nel suo insieme (finalità + metodo, pp. 33-240); e se ne apre una in cui si discute dell'« ontologie juridique » in termini di « grammatica », *rectius*: al plurale, « *grammaires* du mot droit » (pp. 241-331). Sezione consacrata sia allo studio delle difficoltà che suscitano le ontologie realiste, per es. in campo giuridico quella della scuola del diritto naturale classico (Aristotele, san Tommaso, ancora Villey); sia, al contempo, a mostrare come Wittgenstein, dopo il ritorno negli anni trenta all'attività filosofica, si sia avvicinato ad un convenzionalismo moderato (pp. 331 ss.) che permette — anche richiamando Montesquieu e la *Historische Rechtsschule* in tema di diversità dei sistemi giuridici e di rapporto analogico tra *Volkgeist* e forma-di-vita, con richiamo al mistero sull'origine del diritto (p. 312-16) — di applicare al campo giuridico la nozione di « jeu de langage », nonché di affermare che il diritto stesso sia gioco linguistico ed abbia finalità d'occuparsi della soluzione di conflitti tra giochi di linguaggio.

La terza ed ultima sezione del volume tratta infine di « Ce dont on ne peut pas parler en philosophie du droit mais qui peut être montré », dunque fondamento & finalità del diritto. Il libro si chiude così sulla questione del « mistico » riassunta dal « mot d'ordre » di Wittgenstein: « Ne pensez pas, mais *voyez*! » (p. 401), invitando a « jeter l'échelle » ed

(15) « Le droit, semble-t-il, est là — comme notre vie. Les philosophes du droit, en somme, ne devraient pas s'interroger sur l'origine des jeux de langage juridique. Il ne leur serait possible que de s'étonner devant l'existence du droit dans le monde » (p. 403).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accostando la filosofia del diritto — *rectius*: « une nouvelle philosophie du droit » (p. 404) — all'arte, all'opera di scultori, pittori e romanzieri, i quali si sono occupati di rappresentare la Giustizia, la *Jurisprudence* (Klimt), il *Prozess* (Kafka), ecc.

Molto più articolato e documentato di quel che è stato qui possibile indicare (citazioni dirette dal *corpus* wittgensteiniano; di prima mano i riferimenti alla ormai sterminata bibliografia secondaria; forse meritevole d'un supplemento d'analisi, *in re*, il confronto con Savigny e la Scuola storica, citata solo attraverso l'opera, peraltro rimarchevole, di Alfred Dufour; grande coerenza d'argomentazione in una costruzione fitta di rimandi interni, i quali dispongono il pensiero ad accompagnarsi con un'immagine sferica accostabile all'articolarsi dell'*Ethica* spinoziana), il volume di Silva-Romero pone un'importante punto fermo nell'opera di ricezione dello sguardo del mistico all'interno d'un ulteriore settore delle scienze umane, quello giuridico, che a questo sguardo è stato finora poco permeabile.

Va ribadito come, al cuore di questa ricezione in campo giuridico della « filosofia mistica » di Wittgenstein, vi sia il dialogo con le tesi della *Historische Rechtsschule*, nonché con quei giuristi del novecento francese (Carbonnier, Villey) che più hanno saputo offrire, del diritto, un'immagine complessa, articolata, non solo tecnica ma certamente ben radicata nello specifico dei giochi linguistici *giuridici*. Un libro che auspichiamo possa contribuire a rinnovare la storia — la storia da farsi — del pensiero filosofico-giuridico.

Merita riportare, a mo' di apologo conclusivo, una testimonianza contenuta nel volume: « [Un colloque organisé en 1996 par un DEA de philosophie du droit réunissait] M. le professeur F. Terré, le philosophe P. Ricoeur et le doyen J. Carbonnier. […] Les propos du doyen Carbonnier ont été magistraux. M. Carbonnier a commencé par évoquer les premières conférences qu'il avait assurées, dans la salle où nous nous trouvions, portant, a-t-il affirmé, sur le droit de l'enregistrement. Il a ensuite entamé une explication détaillée de cette matière qui a laissé supposer que le doyen s'était trompé de sujet, de jour et d'auditoire. D'aucuns ont donc ri. Le doyen Carbonnier a mystérieusement ri, lui aussi, et a conclu son exposé en disant que les philosophes qui s'intéressaient au phénomène juridique ne connaissaient rien au droit, y compris, bien sûr, au droit de l'enregistrement. Il a ajouté que l'effort des philosophes était vain car, selon lui, ils ne connaissaient pas les vraies problèmes juridiques et ne pouvaient pas aider à les résoudre. […] Le doyen Carbonnier, en ce sens, a dénoncé l'inutilité du syncrétisme du langage philosophique et du langage juridique » (p. 65).

Umiltà nel porre limiti al linguaggio; coraggio nel parlar franco, anche dinanzi al famoso filosofo; stupore d'un sorriso « misterioso »: se ogni rivoluzione è già inscritta negli inizi, ebbene, anche in questo caso

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la ricezione giusfilosofica delle analisi wittgensteiniane può limpidamente rispecchiarsi nella pratica d'uno stimato uomo di diritto il quale, tra le righe, riteneva che il diritto fosse, propriamente, un'arte (16).

FRANCESCO SAVERIO NISIO

GASPAR MELCHOR DE JOVELLANOS, *Obras Completas*. XI. *Escritos políticos*. Oviedo, Ayuntamiento de Gijón, Instituto Feijoo de Estudios del Siglo XVIII, KRK Ediciones, 2006, 986 pp.

I. Aunque no se corresponde exactamente con el orden de aparición, la publicación de este undécimo tomo conforma la prueba ostensible de la continuación el ambicioso proyecto de publicación de las obras completas de Gaspar Melchor de Jovellanos tras el paréntesis producido por la desaparición del profesor Caso, su mayor impulsor. Y no es en verdad casualidad que la edición de este concreto volumen se haya encomendado a Ignacio Fernández Sarasola, una de las personas más cualificadas no sólo por su conocimiento jovellanista sino, sobre todo, por su más que acreditada formación, puesta de manifiesto a través de sus publicaciones, notables tanto por el número como, de manera muy determinante, por la seriedad y profundidad de sus aportaciones, todas ellas de elevado interés.

Es esta última, precisamente, la primera característica que salta a la vista en el volumen de cuya edición es el principal responsable. Un rigor que se pone de manifiesto no sólo en los aspectos más sustantivos sino también en los formales, sobre los me parece extremadamente importante llamar ahora y en primer lugar la atención.

Habituados como estamos a manejar compilaciones de fuentes y documentos que tanto facilitan la labor de investigación, los interesados, estudiosos de especialidad o simples lectores, rara vez tomamos conciencia del trabajo que existe detrás de una publicación a la que, por lo general, sólo se acude usualmente en busca del dato necesario. Sin embargo, y no obstante la disparidad obvia que afecta a la calidad de las ediciones de este género, es en todo caso un elemental deber de justicia reconocer el esfuerzo y la dedicación que existe detrás de las obras de esta naturaleza. Se trata de una circunstancia que es, desde luego, incontestable en el libro que ahora nos ocupa, en el que no sólo a mayoría de los documentos son inéditos — hecho realmente insólito tratándose de Jovellanos, personaje, como se sabe, tan seguido por sus coetáneos como comentado por los que se han interesado en su obra de una manera sistemática y casi desde el mismo momento de su muerte —

(16) J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, Puf, 2004, §§ 22 e 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y rescatados de archivos tanto públicos como privados sino, sobre todo, por la inteligente ordenación de los mismos. Inteligente, porque ahí se conjugan de forma ejemplar el criterio cronológico y sistemático, expresados ambos a través de esos cuatro grandes apartados como última y directa consecuencia de lo que el propio autor ha calificado « decisiones internas »: « Escritos del siglo XVIII », « Persecución y encierro », « En la junta central » y, finalmente, « Los últimos años ».

Como no existe ahí improvisación sino que es fruto de largas y pacientes horas de dedicación, esta perspicaz disposición fusiona la erudición archivística con una labor filológica a través del cotejo de documentos ya publicados con manuscritos recuperados, actuación cuya significación no es baladí. No lo es, porque si, a primera vista, viene igualmente a confirmar esa originalidad tan característica, consistente en aunar el pensamiento con la acción política, que Varela Suanzes o C. Iglesias han atribuido a los ilustrados y liberales españoles — y de manera muy concreta, al prominente grupo de destacadísimos asturianos —, por otro lado, se presenta asimismo como la expresión cabal del saber jurídico de un constitucionalista plenamente consciente del valor de los instrumentos que maneja y de la importancia que tienen para el esclarecimiento de una época extremadamente rica y particularmente compleja de la historia del constitucionalismo español, y, por consiguiente, de que las variaciones textuales van más allá del error tipográfico o de los aspectos estilísticos. Y es que al tratarse de una edición crítica en el más riguroso sentido de la palabra, desde la centralidad de la obra de Jovellanos y a causa de la afinidad y antipatías que suscitó, se contribuye sobremanera, en especial para quien esté dispuesto a dirigir las interrogantes adecuadas, a facilitar la recuperación de la mentalidad de un periodo tan significativo.

Es este el sentido por el que me parece imprescindible dejar constancia de la importancia de esta edición en particular. Se trata de un hecho cuya intencionalidad evidente se dirige a facilitar la reconstrucción del pensamiento de Jovellanos a través del recobro de unos escritos de muy dispar adscripción, pues se presta atención no sólo a los de naturaleza estrictamente jurídica sino también a los económicos, pedagógicos y, por supuesto, a esa fuente de primer orden que es, durante el XVIII y XIX, el género epistolar. Desde este punto de partida, incluso documentos ya conocidos como la celebrada *Memoria en defensa de la Junta Central* — de la que, por cierto, se ofrece por vez primera una edición crítica — se incardinan en una perspectiva realmente interesante que contribuye a esclarecer esa etapa coincidente con el tránsito entre los dos siglos en que se produce el nacimiento de moderno constitucionalismo español y, por consiguiente, hacen de esta concreta edición mucho más que una simple recopilación documental.

Es, pues, como ya he expresado, un elemental deber de justicia señalar este mérito, tanto más cuanto éste viene afianzado además por

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

los más de dos millares de notas aclaratorias, algunas de las cuales fueron redactadas por expertos de distintos campos con la finalidad de conseguir la « visión de conjunto », objetivo prioritario según confesión expresa del responsable de la edición.

II. La relevancia de estas características, que en este caso superan el plano estrictamente formal, realzan si cabe los otros aspectos sustantivos del volumen. Aspectos que comienzan por la propia intitulación, *Escritos políticos*, ampliamente consolidada por el título otorgado al enjundioso estudio preliminar: *El pensamiento político de Jovellanos*.

La opción de Fernández Sarasola por el sintagma 'político' en modo alguno es gratuita o aleatoria. Tratándose como se trata de un constitucionalista reconocido y experimentado en el conocimiento de la época y, sobre todo, en la figura de Jovellanos, la acertada elección del término responde en él más bien a la presencia de dos clases de requerimientos absolutamente pertinentes.

Se trata, en primer lugar, de mostrar fidelidad a la idea de lo que en la época se entendía por *política*, cuya imposibilidad para ser ciencia había defendido lord Halifax y que, como se nos recuerda, el mismo Jovellanos compartía al definirla como « el arte de gobernar a los pueblos » a través de esa tan ilustrada dualidad de relaciones que se establecían, por un lado, entre el gobierno y los gobernados y, por el otro, de los gobiernos entre sí, en la que tiene origen esa clasificación — tan peculiar y que tanto ha llamado y la atención de los iuspublicistas del Siglo XX — entre el Derecho público y el derecho internacional.

No es, por tanto, sorprendente que Fernández Sarasola comience su estudio preliminar transcribiendo íntegramente el conocido fragmento donde Jovellanos expone estas ideas que, no por azar, aparecen precisamente en la polémica — sobre todo por la datación — *Instrucción sobre el Estudio de la Economía civil*. Anclada tal posición todavía en el más puro pensamiento iluminista, constituye su personal adaptación de esa noción omnicomprensiva que, si en el Siglo XVIII había sido uno de los pilares fundamentales de aquella 'policía' que, entre otros, tanto había defendido Justus Möser, en el XIX alcanzaría entre nosotros un éxito tan arrollador que conseguirá mantenerse hasta el último tercio de la centuria bajo la difundidísima y prácticamente hegemónica denominación de Derecho político.

Se trata ésta de una, en efecto, muy oportuna designación sobre la que, con toda razón, han llamado la atención Varela Suanzes o Gallego Anabitarte. Y lo es, fundamentalmente — y esta es la segunda de las razones anteriormente señaladas —, porque, sobre todo, permitía obviar las, a veces incómodas, alusiones doctrinales — o no — a un derecho constitucional de una manera autónoma, hecho que con excepción de aquella primera y temprana referencia de Ramón Salas, calificada sagazmente de « ingenua » por Elorza, se mantendrá hasta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

entrada la Restauración, cuando, como ha señalado Gallego Anabitarte, en especial el *Tratado de derecho Político* (1893-4) de Adolfo Posada, no obstante su título, marque un auténtico 'punto de inflexión' al respecto. Debe, sin embargo, añadirse que, si bien es cierto que de este modo se soslayaba el tratamiento específico o emancipado de los asuntos constitucionales, tal circunstancia no implica la ignorancia de tales temas. Sucede más bien todo lo contrario, pues, en muchos aspectos, los asuntos de esta naturaleza conforman una de las partes sustanciales de esa Política, hasta el extremo de que, también aquí como en otras áreas académicas, parte de la producción de, al menos, algunos autores, pueda considerarse 'constitucional' en un sentido similar al que I. Varela otorgaba a los grandes tratadistas de finales del Antiguo Régimen. Desde esta perspectiva, no sólo es apropiada sino extremadamente oportuna la mención Político-a, siempre que se tenga en cuenta que únicamente posee una remota relación con la concepción weberiana y, desde luego, poca o nula con la cientificidad que se reclamaba para ella desde la segunda mitad del Novecientos. La amplitud y versatilidad de su contenido, además, hacen que el propio concepto sea esencialmente susceptible de sufrir una evolución incluso en la concepción que sobre la misma sostienen sus cultivadores, como de hecho acontece con el propio pensamiento jovellanista, ahora fácilmente perceptible merced, en buena parte, a la atinada estructura ordinal que ha conferido Sarasola a este libro.

Con todo, no es el suyo ciertamente un caso aislado, por más que sea emblemático. Por citar un ejemplo entre los que podrían ser aquí invocados, me parece oportuno — por las razones que se irán desgranando a lo largo del texto — traer a colación el de Antonio Alcalá Galiano, notable y también muy celebrado publicista decimonónico, que conoció a Jovellanos y que, en sus *Máximas y Principios de la Legislación Universal*, utilizaba asimismo para describir el mismo contenido los términos Derecho Público y también Derecho Político, explicando en relación con éste que « debe estar fundado en las leyes de la naturaleza ». Sucedía tal hecho en 1813, muchos años antes, por tanto, de que fueran dadas a la imprenta sus aclamadas *Lecciones de derecho político*, impartidas en el Ateneo de Madrid a principios de la década de los cuarenta. Sin embargo, a pesar de defender ahí una noción más depurada técnicamente y hasta científicamente más sólida — posiblemente debido a la influencia de nuevas lecturas, fundamentalmente inglesas, con las que este impenitente anglófilo contactó durante su exilio —, y a pesar de las referencias a un derecho político-constitucional que aparece en la primera de tales *lecciones*, el contenido y desarrollo no habían variado sustancialmente, pues al fin, como él mismo textualmente exponía, su objeto primordial continuaba siendo el « gobierno que surge de las sociedades ».

Política y gobierno son así términos complementarios; más aún, en

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ocasiones, son incluso sinónimos. En la medida que comprenden todas las materias, desde la 'económica-administrativa' hasta la militar sin olvidar la judicatura y la cuestión fundamental de la creación de las leyes, técnicamente imposibilitan la existencia autónoma de ramas del ordenamiento y, muy en concreto, del derecho administrativo y el constitucional. Con este dilatado significado, se comprende la dificultad de principio del actual editor en el proceso compilatorio: no consiste sólo de recoger y ordenar documentos específicos publicados o inéditos, sino también, y sobre todo, en extraer de los ya conocidos aquellos fragmentos que encajaban en la definición, labor tanto más ardua cuanto se trata de un autor extremadamente prolífico. Pero labor, asimismo, absolutamente necesaria para comprender el pensamiento de un personaje algunas de cuyas obras, traducidas al inglés y al francés, se seguían en Rusia y en el que la admiración ilimitada que despertó ya entre sus contemporáneos sólo puede ser comparada a la profunda animadversión que suscitó.

III. « Por voto unánime de los españoles que hoy viven, conforme con el de los que han vivido de medio siglo a esta parte, está adjudicada la primacía entre nuestros autores modernos a don Gaspar Melchor de Jovellanos, en quien además ha venido a hermanarse la fama de honrado e ilustrado político con la de escritor filósofo y elocuente ». Así comenzaba la muy escueta biografía que, mediado el Siglo XIX, dedicaba a nuestro escritor el ya citado Alcalá Galiano. Con ese estilo cáustico que tanto contribuyó a cimentar su fama como uno de los mejores oradores decimonónicos y que pretende encubrir, sin conseguirlo, bajo la enseña de una confesada objetividad, continúa su retrato añadiendo estas lapidarias frases: « Jovellanos, con todo su mérito, no era de los ingenios osados, de los caracteres fogosos, de los talentos dominantes […] en él había más de un D'Aguesseau o de un Cicerón que de un Voltaire o un Rousseau ». En conclusión: para el biógrafo, se trataba únicamente del más distinguido representante del 'reformismo moderado', es decir, aquella 'escuela española' que había nacido bajo los auspicios del despótico y más bien corto de luces Carlos III y cuya característica más valiosa consistía en adecuar las « ideas filosóficas de los nuevos maestros » a las de « la sociedad de su patria tal cual existía ». Confirmando así — y, *prima facie,* sin pretenderlo — el axiomático fundamento racionalista de Jovellanos, al que siempre se remitieron sus pretensiones reformistas y modernizadoras, y con un desdén digno de mejor causa, Alcalá Galiano continuaba su retrato añadiendo con sarcasmo que « desde el principio al fin de su carrera, nada en él desdijo lo que era propio de un togado español y de un noble asturiano ».

La pátina de ironía no consigue encubrir la dureza de unas palabras que, medio siglo después de su muerte, todavía parecen hacerse eco del cuestionamiento que entre una parte de sus coetáneos suscitaron sus dudas y la tardía incorporación al bando antifrancés y, también, de la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abierta confrontación con aquella facción liberal — esa « tendencia liberal-metropolitana », como recentísimamente la ha calificado Varela Suanzes — de la que uno de sus abanderados era, precisamente, un antiguo protegido suyo, Agustín de Argüelles. Aún así, no es difícil percibir las huellas de una cierta injusticia. Sobre todo porque, en buena parte, tan duros ataques se sostienen en una arbitraria adscripción a autores franceses prerrevolucionarios e ignora interesadamente no sólo un razonable conocimiento — por más que fuera, como insiste Sarasola, más teórico que real — del sistema inglés sino también una ya en su tiempo muy conocida frecuentación de la literatura, de especialidad o no, anglosajona -por otro lado relativamente extendida, como ponen de manifiesto los casos de Flórez Estrada, Blanco-White o el mencionado Argüelles, por citar los más representativos- cuya lectura en algunos casos, como ocurre con Adam Smith, ya por ese tiempo, compartía el mismo Alcalá Galiano.

A primera vista, sorprende, por tanto, la tergiversación de un hecho considerado como fundamental por los especialistas y sobre el que Fernández Sarasola, auténtico experto en el tema, llama la atención. Y sorprende todavía más en la medida que conceptos tan primordiales como el de Constitución, soberanía y gobierno, tal y como aparecen expuestos en los *Principios*, no parecen distanciarle mucho de los que el mismo Jovellanos sostenía. Fijándonos bien, sin embargo, el desconcierto desaparece si se tiene en cuenta el momento y el sujeto en qué y por quién fue emitido: el arraigo del Estado-Nación el cual, como acaba de señalar P. Costa en *Democracia e Stato costituzionale*, se conforma como el primero de los elementos característicos de la cultura jurídica decimonónica, y un Alcalá Galiano convertido en prohombre del moderantismo español.

He creído, sin embargo, oportuno incorporar esta visión porque, más allá de la evidente mordacidad, sus palabras encierran un testimonio extremadamente elocuente de lo que, a esas alturas, significaba en los medios políticos e intelectuales más implicados no sólo la labor de los ilustrados españoles finiseculares sino, incluso, la desarrollada por los liberales doceañistas. Y, por otra parte, aunque en un sentido muy diferente al de la intención con la que, probablemente, fueron emitidas, resumen asimismo la esencia jovellanista: la de un político y filósofo, en el sentido más iluminista del término, características que Sarasola compendia atribuyéndole el calificativo de polígrafo ilustrado, quizá ambiguo pero, en este caso, extremadamente acertado. Conspicuo integrante de aquel grupo de reformistas tan exclusivo del periodo entre siglos y que tan familiar es a los estudiosos del primer constitucionalismo moderno español, Jovellanos ocupa, desde luego, un lugar especial entre aquellos miembros, cada uno de los cuales posee, por sí mismo, unas propiedades específicas.

Amigo personal del destacado Whig Lord Holland, acreditado en

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

los círculos políticos europeos y considerado por algunos especialistas como un precursor del pensamiento conservador en España, la particularidad de Jovellanos — a quien Varela atribuye un « profundo sentido del Estado y de España » compartido por sus coetáneos asturianos — no está, sin embargo, exenta de notables paradojas. Y es que, en comparación con la mayoría de sus coetáneos, que todavía se movían en el paradigma subjetivista determinado, como nos ha hecho saber P. Costa, por la centralidad de súbdito, en él ya está decididamente conformado el salto cualitativo hacia la individualización en términos que, aunque expresados desde razonamientos ciertamente diferentes, no de distancian mucho de aquel prototipo que décadas más tarde, desde presupuestos jurídicos, defendería Tocqueville y que, a mi parecer, en su caso se refleja, sobre todo, en *El Informe sobre la ley agraria*, no por casualidad una de sus más celebradas consecuciones. Pero en contraposición, ante la modernidad indudable que ese paso implica, resalta aún más su insegura posición sobre nociones basilares del constitucionalismo y en particular en relación a la, en la época, más controvertida, y posiblemente también la más divulgada, de todas ellas, la de Constitución. Y es que a diferencia de quienes ya desde el último tercio del XVIII — como, por ejemplo, León de Arroyal, por más que, con posterioridad, matizara sus opiniones al respecto tal y como el mismo Sarasola ha señalado en otra ocasión — defienden la existencia de una constitución 'nacional' o 'interior de la nación' o 'del Estado', Jovellanos expresa, en un principio y de una manera inequívoca, no ya ignorar su significado, sino incluso desconocer su existencia.

Una tal situación, que automáticamente trae ante nosotros el valor polisémico que Schmitt y Brunner atribuyeron al concepto tras la promulgación de la de Weimar, precisamente, y que tantas interesantes páginas a hecho escribir a los investigadores más implicados — Tomás y Valiente, Clavero, Varela, Portillo y el propio Sarasola — es un hecho especialmente significativo en el caso que nos ocupa y en cuanto tal, lúcida y especialmente resaltado por el editor y prologuista. Lo es, sobre todo, si se tienen en cuenta las expresas referencias que, sin mediar explicación, aparecen en un bien revelador escrito posterior, esto es, la *Introducción a discurso sobre la economía civil*. Ahí, en efecto, no sólo aparece la palabra, sino que se le otorga un doble sentido: como objetivo prioritario de la Política — « tócale a la política perfeccionar la constitución y las leyes que deben reconocer los pueblos » —, y, también, como « primer objetivo del gobierno », que no es otro que « conservar ilesa la constitución ».

Nos encontramos así ante un contexto en la que la Política es el género aunque, *a priori*, 'lo constitucional' no parece conformar todavía una especie definida. Como con perspicacia recuerda Fernández Sarasola, incidiendo y profundizando en los ya aludidos pensamientos jovellanistas al respecto, tampoco es ciencia por carecer de principios

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciertos. Los fines que persigue se cumplimentan a través, justamente, de la legislación, *ars* y *techné* que permite desarrollar los objetivos y atender las necesidades que por definición debe atender el gobierno. Desde esta perspectiva, parecen coexistir sin dificultad en tal concepción la 'forma de gobierno' en su más genuina expresión aristotélica — y que, obviamente, es la monarquía — y ese concepto de constitución tan común y divulgado entre nuestros ilustrados y que, claramente, no es el racional-normativo.

Así contemplada, pocas o ninguna son las materias que escapan al ámbito de la política, la cual se orienta preferentemente a la esfera pública y apenas incide en la privada. Se comprende muy bien que sus opiniones al respecto no es infrecuente, sino más bien todo lo contrario, encontrarlas desgranadas en esa multitud de escritos que el fecundo Jovellanos dejó sobre los más diversos asuntos, de tal manera que ideas acerca de lo que hoy conformaría una parte integrante del Derecho Constitucional se hallen dispersas en aportaciones de diversa índole, desde las pedagógicas y económicas hasta las históricas y literarias.

Son, precisamente, tales características las que más y mejor contribuyen a hacer de él ese ilustrado reformador o reformador ilustrado como, atinadamente, lo ha designado Sarasola, viniendo así a poner en su justo medio a un personaje sobre el que se han vertido los más diversos calificativos, desde conservador hasta demócrata. Calificativos que, si por un lado ponen de manifiesto el continuado interés que siempre despertó, por el otro, no dejan de revelar que esa particularidad que, ciertamente, le singulariza, implica asimismo la dificultad de definir su pensamiento, en algunos momentos sincrético y a veces ecléctico, y en el que el probado conocimiento de los grandes teóricos ingleses y de la Escuela Edimburgo no eclipsó el peso de Montesquieu y los *philosophes*, tal y como se nos revela a través de esa comprometida articulación individualismo-visión aristocrática que llegó a sostener.

Son exactamente estos elementos los que determinan su tan conocida postura en las Cortes convocadas en 1810, cuyo indiscutible protagonismo inicial sólo fue superado por el auténtico entusiasmo con que se volcó en las tareas legislativas, de las que fue desplazado en oscuras circunstancias, en buena parte, por su intemperante afán por defender sus ideas y proyectos frente a todos. No es este el momento ni el lugar para exponerlas, sobre todo porque están soberbiamente desarrolladas en la breve pero intensa introducción, cuyo contenido al respecto comparto y asumo. Ahí, en efecto, se tratan con detenimiento su posición en relación con la constitución, y más en concreto con la tan divulgada entonces 'constitución histórica' — término, al parecer, de su autoría — o la 'equilibrada' según el modelo inglés, la espinosa materia de la soberanía y la 'supremacía', o los argumentos relativos a la 'opinión publica' y los asuntos coloniales relacionados con la 'cuestión americana', temas todos ellos que unas veces le aproximan y otras

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

claramente le distancian de otros eximios contemporáneos como Blanco-White o Flórez Estrada, tal y como nos hace ver Sarasola en un ejemplar ejercicio comparativo y de excepcional importancia para conocer el marco doctrinal de la primera etapa constitucional moderna.

En aquellas radicalizadas Cortes, con dos bloques claramente definidos, su postura — que a los más combativos recordaba en demasía una época en la cual, para ellos, el austracismo y una específica práctica borbónica habían perpetrado los más profundos ataques contra la que se estimaba auténtica constitución española —, por más que pretendiera fundamentarse en apelaciones a un equilibrio, era visiblemente minoritaria y, en cuanto tal, prescindible. Tal minoría, sin embargo, no significó, ni siquiera teóricamente, soledad, porque a esas alturas no faltaban quienes participaban de muchos de sus predicados, incluso fuera se su círculo más próximo. Es suficiente recordar de nuevo el testimonio fehaciente del ya citado Alcalá Galiano quien, no obstante la acusación de mediocridad apenas solapada bajo un tono casi mordaz, que imputó al asturiano, no sólo no dudaba en afirmar por esas mismas fechas — y desde incuestionables fundamentos tradicionales que se apoyaban en las reglas de la oicoeconomía, por cierto — que « el gobierno político debió instalarse a imitación del gobierno doméstico, que fue el primero conocido » sino que también subrayaba la especial relevancia de la nobleza, hasta el extremo de considerarla una « ley fundamental de las monarquía » ». Considerando al mismo tiempo que, en su versión 'moderada', eran éstas la mejor de las formas políticas, tampoco tuvo reparos en defender, al igual que Jovellanos, un bicameralismo en el que la cámara alta estuviera compuesta por nobles y clérigos y, lo que es aún más relevante, en otorgar la soberanía al ejecutivo, elementos todos ellos de una, a esas alturas, a todas luces inferior construcción científica que la aportada por las tesis de quien tanto atacó.

La conclusión de la recensión tiene inevitablemente que volver al punto de partida para dejar constancia de que estas, tan sucintamente expuestas, son tan sólo algunas de sugerencias que se desprenden de la completa lectura. Es necesario hacerlo así para recordar, en coherencia con lo que tan sumariamente acaba de describirse, que su valor se asienta en el exquisito respeto al pensamiento de Jovellanos pero también al sinnúmero opiniones y comentarios que éste originó, todas ellas convenientemente recogidas y glosadas. En consecuencia, su oportunidad y absoluta pertinencia tiene como base la ausencia de una predeterminación que, apelando a la libertad de elección del actual compilador, oriente los escritos reunidos hacia una determinada dirección, coincidente con la propia percepción del editor. En este sentido, no sólo aporta una visión del personaje, por más representativo que este fuera, sino que, precisamente a causa de su notabilidad, supone un hito para el conocimiento de la cultura jurídica de toda una época y de unas

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

generaciones de publicistas que desplegaron su labor más importante en la etapa final del XVIII y durante el primer liberalismo, justamente en torno a la mítica fecha de 1812, cuyo bicentenario está próximo a celebrarse.

Razones, por tanto, más que suficientes para que el libro, en su conjunto adquiera un valor inestimable, incrementado por ser obra de un experto constitucionalista ampliamente familiarizado con el contexto y, por ello, en la actualidad uno de los más cualificados para llevar a cabo el riguroso cuidado que requiere una publicación de esta dimensión.

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

GIANPASQUALE SANTOMASSIMO, *La terza via fascista - il mito del corporativismo*, Roma, Carocci, 2006, pp. 317.

1. Sebbene l'interesse di Santomassimo per il corporativismo sia risalente (1), *La terza via fascista* non rappresenta una mera silloge di scritti e contributi precedenti; a sancire l'originalità di questo libro è infatti una nitida opzione epistemologica, ben esplicitata dallo stesso autore nella premessa e relativa al punto di vista adottato nel valutare la portata della riflessione sul corporativismo. In particolare, rispetto ai lavori più lontani, « si è attenuata — è appunto Santomassimo a dirlo — la riproposizione del corporativismo quale semplice bluff propagandistico che fu propria di larga parte della letteratura immediatamente successiva alla caduta del fascismo » (p. 16).

Da un simile osservatorio, conferire centralità alle diverse immagini di corporativismo coltivate dai contemporanei, concentrare l'attenzione sul modo con cui « fu percepita o vissuta la terza via » (p. 10) corporativa, più che costituire l'espediente abbracciato per eludere il problema del fallimento, della « straordinaria divaricazione tra fatti concreti e propaganda costruita a prescindere da essi » (p. 16), rappresenta la via con cui Santomassimo è riuscito a guadagnarsi uno spazio di apprezzamento storiografico che, non essendo pregiudizialmente condizionato dalla constatazione della (più o meno prevedibile) inefficienza istituzionale della macchina corporativa, si rivela idoneo a ospitare una ulteriore e specifica declinazione del rapporto tra fascismo e cultura (p. 9). E si tratta di un approccio doppiamente liberatorio: il riuscito tentativo « di cogliere la rispondenza tra ipotesi corporativa e tendenze

(1) Cfr., a esempio, G. P. SANTOMASSIMO, *Ugo Spirito e i corporativismo*, in « Studi storici », 1973 e ID., *Aspetti della politica culturale del fascismo: il dibattito sul corporativismo e l'economia politica*, in « Italia contemporanea », 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di fondo di economia e società europea tra le due guerre » (p. 16) non porta infatti a scorgere nella progettazione corporativa solo un aspetto rilevante della 'nuova' *cultura* fascista, di un fascismo che dunque appare capace di produrre cultura, ma soprattutto porta a vedere in quel progetto un lato centrale della *politica culturale* consapevolmente promossa da alcuni uomini del regime. Per un verso, insomma, il corporativismo rappresentò l'occasione per conferire al fascismo una adeguata statura ideal-culturale e per legittimare, così, le caratteristiche di un potere che proprio dalla (promessa) rivoluzione corporativa avrebbe dovuto attingere il senso della propria e originale missione storica; per l'altro verso — ed è qui che il profilo della cultura si salda all'altro della politica culturale — il riferimento a quella rivoluzione, mentre valeva a marginalizzare, rendendoli strumentali, gli aspetti meno edificanti della politica del fascismo al potere, si mostrava capace di attrarre nel dibattito corporativo promosso dal regime intellettualità diverse per temperamento e formazione.

Sono essenzialmente tre i fronti sui quali Santomassimo misura la tenuta di un simile approccio: in primo luogo viene valutato l'impatto che la proposta corporativa ebbe sugli ambienti del regime o comunque vicini a esso; in secondo luogo viene preso in considerazione il diverso tipo di reazioni che quella proposta suscitò tra gli scettici, tra coloro, cioè, che continuarono a ritenere insuperabile il modello tradizionale di organizzazione delle relazioni socio-politiche; infine pagine rilevanti vengono dedicate al problema — finora poco o punto toccato dall'indagine storiografica — delle letture cui il corporativismo andò incontro oltreconfine.

Iniziamo dalla fine, dalla questione del successo internazionale del fascismo e dall'importanza che al riguardo ebbe il mito della terza via corporativa. Benché infatti il fascismo fosse « stato percepito fin da subito come 'merce d'importazione' da parte di circoli e di movimenti non trascurabili nell'Europa inquieta del dopo Versailles », fu soprattutto a partire dagli anni Trenta, « nell'Europa sconvolta dalla crisi economica », nell'Europa che stava cercando una mediazione possibile tra libero mercato e collettivismo, che la « soluzione corporativa » acquistò un peso specifico nel determinare il fascino internazionale del regime italiano e la diffusa benevolenza con cui si guardò a esso (p. 183) (2). Certo — nota

(2) Emblematico, in tal senso, fu il contegno tenuto dalla Organizzazione internazionale del Lavoro, che « era, fra le istituzioni della Società delle Nazioni, quella che avrebbe dovuto rappresentare il banco di prova più arduo per il fascismo, votata com'era alla difesa della libertà sindacale e dei diritti dei lavoratori ». Solo nel '36 infatti si consumò la rottura tra essa e il fascismo, ma « ancora nel '35 — osserva Santomassimo — nel valutare la riforma corporativa varata nell'anno precedente in Italia il direttore dell'Organizzazione, Albert Thomas, poteva » esprimere parole di sincero apprezzamento per la situazione italiana (p. 188).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Santomassimo — questo successo fu in partefrutto della stessa « propaganda fascista » (p. 181), di un fascismo che, nella conquista della propria identità e legittimità internazionale, tese sovente a sovradimensionare al portata dell'esperimento corporativo. Non deve quindi sorprendere — dice Santomassimo — se lo stesso Mussolini, che in patria mostrava di rapprendere il progetto corporativo nella mera regolazione autoritaria dei rapporti di lavoro, negli scritti rivolti a un uditorio straniero ostentasse l'avanzato stato di attuazione di una idea finalmente capace di lasciarsi alle spalle gli idoli ottocenteschi per riscrivere su basi integralmente nuove la disciplina delle relazioni socio-politiche (pp. 33-4).

Ma non basta. Nel determinare il successo internazionale del corporativismo italiano, infatti, un peso decisivo giocò, rispetto ad « altre dottrine [che] si mossero su un terreno di mediazione tra i sistemi [il liberale e il socialista] che erano apparsi alla generazione precedente in lotta irriducibile », il riferimento al « carattere autoritario della terza via fascista » (p. 182). Non solo perché, anche all'estero, le ostentate realizzazioni corporative si ridussero — con la sola eccezione del Portogallo salazariano (3) — alla disciplina autoritaria delle relazioni del lavoro e alla conseguente soppressione della libertà sindacale (p. 185); ma soprattutto perché gli entusiasmi, al pari delle critiche (4), ebbero come punto costante di riferimento il problema della gestione autoritaria del gioco economico e sociale. Dal Portogallo di Salazar alla Spagna di Primo de Rivera e di Franco, dall'Austria di Dolfuss e von Schussnigg all'Argentina di Peron fino al brasile di Getulio Vargas e alla

(3) Anche se — nota Santomassimo — la Câmara Corporativa, funzionante fin dal 1934 accanto a quella politica, aveva una composizione rigidamente oligarchica, non prevedendo una rappresentanza dei ceti medi e operai. E fu proprio « Questo carattere di assemblea di ottimati (o di notabili), senza rapporto con l'effettiva rappresentanza delle categorie produttive (e tanto meno di autogoverno delle categorie, che resta nel corporativismo degli anni trenta un mito a cui si crede sempre meno), spiega perché l'esperienza portoghese — che continuava, fra l'altro, a proclamarsi liberista in economia, venga sempre evocata in termini generici dalla pubblicistica italiana come riprova della diffusione delle idee corporative, ma susciti poco entusiasmo e poche analisi approfondite » (pp. 186-87).

(4) Di particolare interesse sono al riguardo le osservazioni sul contesto francese e sulla c.d. *impregnation fasciste*: in Francia infatti si registrarono, accanto a rilevanti discussioni sulla primogenitura, aventi appunto a oggetto la questione della 'invenzione' del modello corporativo, anche letture critiche dell'esperienza corporativa italiana; dove a essere denunciato — in questa direzione si collocava sia la posizione della rivista di Ganivet *L'Homme Réel* sia l'indagine di Rosenstock Frank — era soprattutto il carattere classista della macchina corporativa italiana, di una macchina che, attraverso l'azzeramento di ogni forma di dialettica sindacale, mostrava di servire egregiamente gli interessi del grande capitale (pp. 194-98).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Francia di Petain furono chiaramente diverse le letture e le proposte di recezione formulate in contesti culturali e istituzionali così diversi, ma in ogni caso si trattò di voci attratte dal binomio corporativismo-fascismo e dalla 'terzietà' di un fenomeno, quello corporativo appunto, che sembrava impensabile fuori e senza il fascismo al potere.

2. La diffusa percezione della crisi, della crisi di un mondo che non poteva più affidare agli « automatismi della mano libera » (p. 10) l'equilibrio delle proprie componenti, il legame del progetto corporativo con quella « cultura della collaborazione di classe » (p. 22) che aveva già percorso, con varia fortuna, l'Ottocento europeo e che adesso appariva una valida alternativa alle insidie livellatrici del bolscevismo, se dunque furono tutti elementi rilevanti nel determinare l'interesse con cui, in Italia come all'estero, si guardò all'idea corporativa, in quella idea si vide anzitutto — ecco l'altro fronte di indagine cui si accennava — una importante risorsa per radunare intorno al fascismo il consenso di tutti quegli ambienti — dagli ex sindacalisti rivoluzionari, agli esponenti della riflessione idealistica fino ai più scalmanati e impazienti settori giovanili — non disposti a identificare il regime con una mera rivoluzione conservatrice. Certo — osserva Santomassimo — perché una simile politica andasse a buon fine era indispensabile riuscire a superare ogni illusoria aspirazione al monolitismo cultural-ideale: la vocazione demiurgica del nuovo potere statuale, del nuovo Stato totale, non doveva infatti poggiare sulla elisione del dibattito culturale ma sulla strategica selezione delle voci ammesse al dibattito stesso, sulla creazione di uno spazio di dialogo che consentisse di ostentare — in primo luogo verso gli scettici — la liberalità di un potere (apparentemente) aperto all'opinione divergente ma in realtà interessato a produrre e incentivare esclusivamente le espressioni ritenute funzionali alla propria generazione e rigenerazione.

Sia chiaro: non si sta dicendo che la tergiversazione nella attuazione concreta della terza via abbia costituito un elemento strategicamente cavalcato per mantenere vitale il potere del regime, né che le varie prospettazioni in materia corporativa — da quella di Rocco a quelle c.d. sindacalistiche fino a quelle 'integrali' fatte proprie dall'idealismo — scontassero il peso di una incertezza programmatica incompatibile con la loro traduzione istituzionale. Semplicemente ci sembra che Santomassimo abbia voluto sottolineare l'importanza che venne consapevolmente attribuita al dibattito corporativo nel determinare la fisionomia complessiva del fascismo. In un simile quadro, la stessa dimensione epifanica del mito, la stessa promessa di un ordine nuovo che certo ambiva a essere realizzato ma che nelle more attuative lasciava spazio a interpretazioni diverse, finiva per diventare una risorsa importante di questa politica di riduzione del pluralismo a mera articolazione interna

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un potere capace di creare e di allevare nel proprio seno, e con la stessa disinvoltura, ortodossia ed eterodossia.

E se sotto questo profilo — profilo che imponeva la « transigenza verso i non fascisti disposti a collaborare, accompagnata però all'intransigenza verso gli antifascisti » (p. 108) — figure come quella di Giovanni Gentile, Gioacchino Volpe e Giuseppe Bottai appaiono assimilabili agli occhi di Santomassimo, non è casuale che particolare rilievo venga dato proprio al profilo di Bottai. Non solo perché egli tese a racchiudere la legittimità storica del fascismo nella realizzazione della macchina corporativa, ma soprattutto perché vide nel progetto corporativo un formidabile *instrumentum regni*, uno strumento capace di consolidare il potere fascista tanto in direzione delle *élites* quanto in direzione delle masse. Da un simile osservatorio, l'insistenza con cui Bottai sottolineò la necessità che il fascismo si munisse di una nuova classe dirigente (p. 55), competente e motivata, non rappresentò altro che l'indispensabile momento di congiunzione tra queste due direttrici — quella verso l'alto e quella verso il basso — di una politica culturale che poteva dirsi riuscita solo se mostrava di privilegiare il piano della cattura del consenso rispetto a quello più fragile e un po' *demodé* della mera repressione del dissenso. Convinto che il dicastero delle corporazioni, di cui fu dapprima sottosegretario e poi ministro, dovesse incarnare il luogo di questa nuova politica emancipata dalla insipienza e dai condizionamenti della tradizionale rete burocratica, di una politica finalmente capace di inquadrare le masse, Bottai vide nel partito e nel sindacato unico due gangli essenziali della edificanda macchina corporativa (specialmente p. 52).

Ma non meno rilevante fu, come è noto, l'attività di Bottai sul fronte della cultura 'alta'; e se Santomassimo ricostruisce con accuratezza le tappe di questo impegno diretto, dalla fondazione di riviste — « Critica fascista », « Il diritto del lavoro » e l'« Archivio di studi corporativi » — che svolsero un ruolo decisivo nel dibattito di quegli anni (p. 103), fino alla creazione della scuola pisana di discipline corporative, ugualmente voluta da Bottai e alla cui attività va ricondotta — non a caso — la pubblicazione o la traduzione di qualche opera in odor di eresia (pp. 106-107), qui preme mettere in rilievo soprattutto il ruolo di supervisione culturale che Bottai ritenne di dover affidare al 'suo' ministero e sul quale ugualmente Santomassimo si sofferma a più riprese. Anzi, a parere di Santomassimo, « di un'organica politica culturale del fascismo si può cominciare a parlare solo dopo la costituzione del ministero delle Corporazioni », ministero che nelle intenzioni di Bottai avrebbe dovuto promuovere il definitivo « distacco » del movimento fascista dalle sue « origini squadristiche » (5).

(5) E « tale ruolo di direzione culturale — prosegue l'autore — fu preminente all'interno del regime fino alla costituzione, nel 1934, del sottosegretariato per la Stampa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In particolar modo, nel prendere in esame la vicenda del primo e secondo convegno di studi sindacali e corporativi, convegni che si tennero, rispettivamente, nel 1930 e nel 1932, l'autore ha deciso di soffermarsi, oltre che sul tenore dei singoli interventi congressuali, sui criteri adottati per la selezione stessa dei relatori. Così, in riferimento al convegno del '30, Santomassimo riporta un interessante scambio di battute tra Preziosi e Guidi, tra Preziosi che denunciava la partecipazione al convegno stesso di alcuni nomi non fascisti e addirittura di alcuni firmatari del Manifesto di Croce e Guidi, che del convegno fu l'organizzatore e che nel replicare al suo interlocutore volle sottolineare non solo il carattere politicamente 'aperto' di ogni incontro autenticamente culturale, ma anche, e di più, l'esistenza di un sicuro consenso ministeriale avente specificamente a oggetto la scelta degli interventori (pp. 121-22). Più nota, anche se di tenore analogo, la storia del successivo congresso del '32, del congresso rimasto famoso per la scandalosa proposta spiritiana della corporazione proprietaria, proposta che ugualmente poté contare sul preventivo avallo di Mussolini e del grande burattinaio Bottai, che pure dedicò buona parte del proprio intervento al convegno proprio alla stigmatizzazione della proposta di Spirito.

4. Ma questa apertura agli estremismi, oltre ad accreditare l'immagine di un fascismo in movimento, disponibile alla innovazione radicale, serviva anche (e soprattutto) di monito agli scettici, alla folta schiera di intellettuali che non mostrarono alcun entusiasmo nei confronti della proposta corporativa (p. 176). Serviva insomma ad accreditare l'idea di una ineluttabilità del corporativismo, magari in una versione più blanda e ragionevole; in ogni caso — ecco il terzo fronte di indagine — il *battage* propagandistico intorno alla riforma corporativa impose anche ai perplessi, anche a coloro che continuarono a tributare immutata fiducia al modello liberale di organizzazione della convivenza, un onere di confutazione del nuovo corso che già di per sé era idoneo a testimoniare la riuscita della politica culturale condotta attraverso la leva corporativa.

Nel momento in cui la convivenza tra particolare e universale, tra privato e pubblico, richiedeva di essere costruita e non semplicemente constatata, il dibattito sul corporativismo — dice Santomassimo — servì infatti a mettere sul tappeto il problema dei criteri idonei a

---

e la Propaganda, elevato l'anno successivo a ministero e quindi trasformato nel ministero della cultura popolare: evoluzione che in parte coincise […] con l'abbandono sostanziale delle velleità egemoniche di lungo respiro nell'alta cultura, per appagarsi nella pratica quotidiana di una grigia routine di censura preventiva sugli organi di stampa e di una politica di mance fondata sulla corruzione spicciola degli intellettuali, consapevolmente cinica e senza prospettive ambiziose » (p. 103).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

identificare l'interesse generale, servì, cioè, a prendere confidenza con il problema di un ordine nuovo, di un ordine che per potersi realizzare sembrava non poter prescindere dalla presenza di uno Stato interventista (p. 20 e pp. 113 ss.). E Santomassimo ripercorre con notevole acume le diverse modulazioni di questo dibattito, anzitutto sottolineando come, sul fronte dei rapporti di lavoro, il corporativismo non rimase un *desideratum*, potendo al contrario contare su una disciplina legislativa che non fu farraginosa e che non rimase inattuata: la legge del '26 sulla disciplina dei rapporti collettivi di lavoro, legge che porta la firma di Alfredo Rocco, segnò infatti una tappa centrale nella regolamentazione autoritaria del conflitto di classe e nel conseguente azzeramento di ogni forma di dialettica sindacale (p. 18). E fu, questa del '26, una norma che riscosse il plauso di molti giuristi di formazione tradizionale, non tanto perché essa — e qui mi permetto di dissentire dalla ricostruzione di Santomassimo — affondava le proprie radici in quella tradizione di statualismo autoritario che aveva avuto i propri natali nell'Ottocento, quanto perché essa fu così interpretata dalla scienza del diritto. Mi spiego: sia le parole con cui Rocco presentò la legge in Parlamento, sia il tenore letterale delle norme erano tali da non lasciar dubbi sulla portata totalitaria del nuovo testo legislativo, di un testo che chiaramente inaugurava una stagione nuova delle relazioni sociali ben oltre la ottocentesca teoria della autolimitazione dei poteri dello Stato (pp. 45-6). Semmai furono i giuristi a esser condizionati dalla pressione del precedente ideale di convivenza e a essere attratti da una norma che ai loro occhi sembrava solo perpetuare, sul nuovo fronte dei disordini di classe, il vecchio statualismo autoritario.

Ma se il vero cruccio, per gli scettici, era rappresentato dal problema della istituzionalizzazione della presenza pubblica sul fronte dei rapporti di produzione, ossia sul fronte dei rapporti tra Stato, società e mercato, la ricostruzione di Santomassimo appare particolarmente apprezzabile proprio perché non si limita a segnalare la diffusa diffidenza degli ambienti della scienza economica nei confronti dell'ipotesi corporativa. Al contrario, l'autore punta a restituire le tante modulazioni interne di un dibattito che nelle sue manifestazioni più significative non mirò tanto alla stigmatizzazione pura e semplice della proposta corporativa, quanto a realizzare forme più complesse di composizione tra vecchio e nuovo. Così, se alcuni esponenti della scienza economica — i nomi sono quelli di Gangemi e Carli, ma anche di De Stefani e Mortara — tentarono di accreditare una immagine di corporativismo in cui allo Stato spettasse di garantire una recinzione autoritaria dello spazio economico, recinzione che sola avrebbe reso riconoscibile la società come mercato, come zona ancora votata alla tutela e alla piena realizzazione della libertà contrattuale dei singoli (p. 133 e p. 145), non mancarono tentativi di mediazione più articolati, direttamente coinvolgenti il problema dello statuto disciplinare degli economisti. A tal fine, di notevole interesse sono le pagine che San-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tomassimo dedica alla figura di Einaudi e ai suoi tentativi di arginare la bufera corporativa opponendo a essa, anziché l'immobilità degli assunti teorici della economia classica, un atteggiamento di moderata apertura, atteggiamento che si volle « interpretare e presentare come 'ravvedimento' e 'conversione', ma che era più esattamente valutabile come il tentativo di riappropriarsi, disfatte ormai le illusioni palingenetiche dei corporativisti, di quel ruolo di 'consiglieri' della politica economica del governo, che ai liberisti (e a Einaudi in particolare) era molto congeniale, e al quale del resto si candidavano » (p. 214).

Sempre nella stessa direzione, di grande interesse sono anche le osservazioni sul Croce degli anni Quaranta, sul Croce che, spezzando la corrispondenza necessaria tra liberismo e liberalismo, mostrava di indirizzare la propria attenzione, se non verso l'ormai stanca progettazione corporativa, verso l'ipotesi di « una riforma economica » che comunque si ponesse « in termini di razionale programmazione » (p. 139). Fu « questo — prosegue Santomassimo — uno dei punti più avanzati e spregiudicati mai raggiunti da un pensatore liberale » (139) anche se « nel secondo dopoguerra l'apertura problematica all'economia di piano compiuta da Croce appariva — in Italia, e solo in Italia — ormai fuori moda in un clima culturale dominato dal ritorno in auge del liberismo teorico, uscito quasi beatificato dallo scontro con il corporativismo (scontro mitizzato e reso più intransigente di quanto fosse stato in realtà » (p. 140).

E questa, del secondo dopoguerra, fu anche la temperie in cui si registrò, rispetto al periodo fascista, un decisivo slittamento semantico: perché infatti i riferimenti al corporativismo non valevano più a descrivere le aspirazioni alla *costruzione* di un assetto delle relazioni socio-economiche incaricato di superare consorterie e faziosità a favore di una identificazione (più o meno autoritaria) dell'interesse generale. Al contrario, il riferimento a una strutturazione corporativa della società assumeva una connotazione prettamente *descrittiva*, servendo a segnalare il crescente processo di coagulazione frammentaria dei diversi interessi socialmente e politicamente rilevanti. Che poi a questo processo si attribuisse una valenza prettamente negativa, vedendo in esso il principale ostacolo alla realizzazione dell'interesse pubblico, di un interesse che, per esser davvero tale, doveva sapersi staccare dai legami con ogni forma di interesse sezionario o che in esso si vedesse il necessario piedistallo per una realizzazione concertata dell'interesse pubblico stesso, in ogni caso i riferimenti al (neo)corporativismo continuano a porre sul tappeto la solita questione delle procedure, della scelta dei procedimenti idonei a realizzare e legittimare la vocazione politica di un potere, quello dello Stato, ormai tenuto ricavare i tratti della propria sovranità dal confronto con la presenza di altri poteri socialmente rilevanti.

IRENE STOLZI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA, *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, Madrid, Colección Clásicos del Pensamiento Político y Constitucional Español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, XLIV + 707 pp.

Desde hace unos años a esta parte, la preocupación por la Historia Constitucional o la Historia del Constitucionalismo (entendidas como la recreación y reconstrucción de los diferentes procesos constituyentes desarrollados en la Península Ibérica en los cuales se perseguía abiertamente la afirmación jurídico-política de un nuevo sujeto o realidad nacional que se opera mediante la Constitución), ha conformado el tema preferido de investigación de numerosos profesores y académicos. La generación de los textos mismos en que se refleja ese espíritu constitucional, las propias Constituciones como enciclopedia de todo lo que supone el nuevo Estado en construcción, y el desarrollo de los movimientos que conducen a la redacción y final sanción de aquélla, gozan ahora de una preferencia máxima que estimamos positiva dentro del campo de la Historia del Derecho, tradicionalmente anclado en la temática del Antiguo Régimen y de épocas históricas anteriores. Y decimos que es positiva porque todo cuanto simbolice apertura de miras y hallazgo de nuevos horizontes así debe ser considerado.

Solamente en este contexto de recuperación de lo constitucional, es posible examinar el grado de ruptura que la revolución jurídica liberal implicó, marcando así una gran cesura histórica, y solamente así se explica y se justifica el sistema constitucional del que disfrutamos en la actualidad. Si el Estado calificado como liberal, con los adjetivos que se le quieran añadir (democrático, de Derecho, social, autonómico, integral, federal, etc., pero, siempre y hasta la médula, defensor de la libertad en sus múltiples variantes, y, por ello, siempre liberal) ha conseguido perdurar y sobrevivir a las amenazas que se cernían, por su izquierda y por su derecha, tal y como postuló en su día Francis Fukuyama (1), la Constitución parece ser el recipiente lógico final en el cual se depositan las esencias de ese conglomerado de principios, valores y reglas, que se quieren firmes y sólidas para la edificación de una suerte de poder que se someta férreamente a los postulados del Derecho, a los dictados de lo jurídico, mediante los cuales es controlado y es encauzado.

La Constitución es la punta de lanza, el abanderado que encabeza la lucha contra la tiranía, el despotismo y el absolutismo, en sus vertientes política y jurídica. Ese Estado liberal es, hoy más que nunca, Estado Constitucional (2), porque solamente halla en dicha Constitu-

(1) Vid. FUKUYAMA, F., *El fin de la historia y el último hombre*, Barcelona, 1992.

(2) Para un caracterización del mismo, remito al lector a HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional*. Traducción de Héctor Fix-Fierro, México, 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ción, escrita o consuetudinaria, su razón de existir, su fundamento, su base misma, su acta de nacimiento. Esencialmente, ese 'fin de la Historia', al que se refería el ensayista norteamericano citado, no supone la terminación de aquélla, sino un replanteamiento de la historicidad del ser humano, toda vez que se ha llegado al sistema político más equilibrado de los pensables y posibles (perfectible y mejorable, sin lugar a dudas, sobre todo en el campo económico, en el social y en el cultural). Hoy, los pilares del Estado liberal (sometimiento del poder al Derecho, soberanía nacional y/o popular, separación de poderes, reconocimiento de derechos y libertades naturales para todos los ciudadanos, libertad de expresión, de imprenta, de asociación, laicismo y aconfesionalidad, etcétera.) parecen formar parte de nuestro paisaje usual, de nuestro lenguaje y de nuestras reflexiones, de suerte tal que no hay un cuestionamiento global del modelo, sino debates entorno a la profundización en el mismo, entorno a las acciones que deben seguirse de cara a un perfeccionamiento de sus funciones, admitiéndolo en sus grandes perfiles (3). El fin de la Historia, en lo jurídico, parece que desemboca asimismo en la Constitución, entendiendo 'fin' como tendencia direccional y como consumación conceptual. Es, en este sentido, la culminación jurídica del ideario revolucionario liberal, con añadidos sociales y democráticos. Pero además de fin en la doble dirección apuntada, fue el texto constitucional también inicio. En el principio de todo ello, se encuentra la Constitución; antes que ella, el proceso constituyente, y, antes de éste, el proyecto que finalmente se derrama en texto constitucional. He aquí el esquema lógico-histórico, toda vez que no hay generaciones espontáneas en el mundo del Derecho y todo responde a un combinado juego de causas y de efectos. Proyecto constitucional. Proceso constituyente. Constitución final.

La Constitución, sin embargo, no solamente se estudia, se piensa, se reflexiona sobre ella. La Constitución exige para su materialización una suerte de plebiscito cotidiano, como decía Renan de la nación, una especie de realización diaria, una vivencia y una convivencia con su articulado y el modelo que de la misma parece derivarse. Vivirla, asumirla, hacerla propia, interiorizarla, considerarla como el marco más adecuado de convivencia social. Por eso, la Constitución requiere conocerla y conocerla implica comprenderla, adquirir cultura acerca de la misma, de su esencia y de sus vicisitudes. Cultura constitucional, en el sentido de permitir que dichos valores, reglas y principios permeen la vida de los ciudadanos y de los poderes, se conviertan en referente de obligado cumplimiento, no por la fuerza de la coacción, sino por medio

(3) Acaso uno de esos nuevos desafíos, uno de los ejes del debate político y jurídico, sea el tan manido concepto del 'multiculturalismo' y su consecuencia más capital: el problema de la integración del otro. Vid. a este respecto Arias Martín (coord.), *Debate multicultural y derechos humanos*, México, 2005.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la sugestión y el convencimiento de que aquel conglomerado de principios es el más apto socialmente hablando y el que puede hacer que la vida en comunidad sea más llevadera, respetuosa, en suma, mejor. Con esto no queremos decir que la Constitución sea panacea de ninguna sociedad, cura para todo mal social o político, bálsamo de Fierabrás que con solo tocar el miembro infectado procede a su sanación. Ni mucho menos. Ejemplos varios hay en la Historia de Constituciones nacidas con las mayores expectativas y bendiciones, fracasadas luego con el mayor de los estruendos. No es un elemento mágico, ni mucho menos, porque su valor depende más de los receptores de su mensaje y no tanto de ella misma. La simbiosis entre Constitución y los destinatarios de la misma (la Constitución 'real' que diría F. Lasalle) es lo que garantiza el éxito del modelo constitucional, la perfecta armonía entre lo que la norma determina y lo que los sujetos que a ella misma se vinculan están dispuestos a soportar en aras de un interés superior, que podemos denominar, con cierto tono clásico, bien común. La Constitución es, en suma, cultura, conocimiento, respeto, tolerancia y asunción de ese conocimiento para su realización práctica. Evoca así un poco, y en cierta medida, el ideal del imperativo categórico kantiano, ahora personificado en el texto constitucional, como principio esencial, primer peldaño de arranque de una moralidad y una juridicidad que se pretenden universales (4).

Es tradición situar en una fecha, el año 1812, el momento álgido de los inicios de esa cultura constitucional en España, la culminación de unos prolegómenos que se hunden en la anterior centuria (5). Al menos, en ese preciso instante surge el primer texto constitucional que podemos considerar como 'nacional' en el doble sentido de elaborado por la nación y elaborado por una que se dice española (excluyendo así al Estatuto de Bayona, otorgado por Napoleón en 1808, al que no se puede referir ninguno de los calificativos mencionados). Cádiz es el primer texto constitucional, normativamente hablando, el primero sancionado, establecido, impuesto con arreglo a los cauces de un proceso de elaboración-aprobación que sigue unas reglas nuevas motivadas por la revolución en ciernes que se está gestando desde los orígenes de la Guerra de la Independencia. Una crisis que, en realidad, son varias: así ha hablado José María Portillo Valdés de los triples

(4) Vid. KANT, I., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Filosofía Moral*. Traducción de Manuel García Morente, Madrid, 1992, en especial, el capítulo II, pp. 37 ss.

(5) Sobre los orígenes, contamos con el excelente trabajo de PORTILLO VALDÉS, J. M., *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, 2000. En cierta medida y salvando las distancias, la obra de Fernández Sarasola viene a completar este trabajo previo con acopio de materiales constitucionales que ayudan a buscar e ilustrar esos inicios.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

efectos de ese momento cambiante, de crisis de independencia, crisis de soberanía y crisis constitucional, profundamente entrelazadas e inseparables (6). La crisis constitucional que supone encontrar una nueva Constitución parece ser respuesta, camino para superar las dos anteriores, la que se eleva como medida final para la recuperación de los valores políticos perdidos en manos de la dinastía Bonaparte. Ha emanado de esa situación crítica general del Antiguo Régimen un nuevo sujeto político, esa nación, que ha asumido la desfalleciente titularidad de los poderes estatales en manos hasta entonces de una caduca monarquía corrupta y dominada por validos sin escrúpulos; una nación que ha hecho suya esa soberanía antaño lejana, ha hecho propios los poderes a ella inherentes, y ha procedido a dictarse las normas esenciales respeto a la conformación del gobierno, del poder y de las posiciones jurídicas diversas que corresponden a las ciudadanos. Cádiz, sin romper totalmente con el pasado, mas introduciendo ya nuevos conceptos, marca una cesura determinante en nuestra Historia política y también jurídica. Es un nuevo mundo el que se anuncia, el liberal, y, al mismo tiempo, pone el cierre a todo uno antiguo, absoluto, estamental, corporativo.

La peripecia vital de esta Constitución se convertirá en el *leit-motiv* ideológico del primer liberalismo: el debate dentro del pensamiento liberal naciente y triunfante se centrará, tras su primer ensayo aplicativo (1812-1814) y su subsecuente abrogación por el absolutismo (1814-1820), en determinar si ese texto constitucional valía en su íntegra totalidad y era susceptible de ser aplicado en su literalidad misma, o si, por el contrario, se exigían de inmediato remedios, correcciones y matices. Cádiz fue una voz, fue la voz oficial del poder, del Estado liberal, la voz que marcó las pautas de una nueva forma de ver al sujeto último del poder político, la encargada de cercenar el absolutismo, de convertir al simple hombre en ciudadano, de reconocer en manos de la nación la protección de ciertos derechos y libertades e, indirectamente, de ponerlos en manos de sus integrantes, de dividir las potestades, de organizar un nuevo régimen, de construir la revolución por medio del recurso a la nación de cara a remozar el aspecto y el fondo del Estado mismo.

---

(6) Vid. Portillo Valdés, J. M., ob. cit., capítulo II, pp. 157 ss. España, las Españas, deja de ser un país independiente, por no ser soberano y por violentar su propio conjunto de leyes fundamentales. He aquí la concatenación: crisis de independencia en una doble faceta, internacional e interna, provocada por la intervención de Napoleón; crisis de soberanía, derivada de la anterior, dado que esa monarquía reinante quedaba mediatizada por una voluntad ajena a su Historia, a su tradición, y, por ello, a sí misma; y crisis constitucional, modo final de resolución de las anteriores, con protagonismo ahora ya decisivo, que no único, de la nación, que renueva y remueve las estructuras políticas conocidas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pero, ¿ fue acaso la única voz? ¿ O hubo un coro subyacente dentro del movimiento liberal en ascensión? ¿ Callaron las otras sensibilidades políticas, las otras facciones, los otros hombres? ¿ Fue el constituyente gaditano el único que se pronunció sobre la Constitución? Y, una vez dada ésta, ¿ fue aceptada sin más como palabra divina en lo político que no requería ulteriores precisiones, ni modificaciones, ni alteraciones, ni cambios? ¿ Hubo alternativas reales? La respuesta parece conducir a la pluralidad, al debate, a esa opinión pública también naciente, que habla de todo, especialmente, de política. Cádiz no fue el remedio total, la cura de todos los males de la patria, y tampoco silenció voces a uno y a otro lado del espectro político, sino que las avivó en muchas ocasiones. Fue la Constitución de donde germinó inconformismo político a raudales, para liberales, para absolutistas, para afrancesados. Cádiz, 1812, es estación de llegada, de todo un proceso de gestación intelectual que se comienza a fraguar desde la segunda mitad del siglo XVIII. O lo que lo mismo: Cádiz no nace de la nada. Es Constitución, pero antes de la misma fue necesario que, como en el poema de Borges, por mediación de las causas y los azares, de los ponientes y las generaciones, de múltiples combinaciones de actos y hechos, se produjesen infinidad de movimientos y sucesos, que condujesen a la final condensación de un programa político que unía lo viejo, para arrumbarlo, y lo nuevo, para elevarlo a primera categoría político-constitucional, en el texto que ve la luz el 19 de marzo de 1812, y no a simple anécdota o capricho pasajero (7).

Nos obsequia el profesor Fernández Sarasola con una nueva obra que incide en la línea de investigación que viene siendo cultivada desde la cátedra del profesor Varela en la universidad de Oviedo: la Historia de nuestro Constitucionalismo, ahora bajo la versión de la Historia de los proyectos constitucionales, como paso previo a la construcción de los posteriores monumentos constitucionales oficialmente estatuidos. Y decimos obsequia porque este trabajo es un regalo para el investigador por lo que da a primera vista y por los materiales que proporciona de cara al futuro. Para estudiar el cómo se llega al Estado liberal en nuestro país, donde las Constituciones son elemento jurídico capital, no basta

(7) La bibliografía sobre Cádiz es ingente. A efectos de síntesis, vid. el monográfico de la revista *Ayer*, n. 1, ARTOLA, M. (ed.), *Las Cortes de Cádiz*, Madrid, 1991; LORENTE, M. y GARRIGA, C., « El modelo constitucional gaditano », en *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 Tomás y Valiente (Messina, 14-16 novembre 1996)*. A cura di Andrea Romano, Milano, 1998, pp. 587-613; CLAVERO, B., « Cádiz como Constitución », en *Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812. Volumen II. Estudios*, Sevilla, 2000, pp. 75-265; y VV. AA., *Pueblos, Nación, Constitución (En torno a 1812)*, Vitoria, 2004.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con ceñirse a los textos publicados, a lo que salió en su día de imprentas oficiales o particulares, sino ir más allá, a los efectos de obtener el diagnóstico preciso de lo que se ha venido denominando la cultura constitucional. Cultura constitucional como trasunto de un modo concreto de entender el liberalismo y de trasladarlo al solar hispánico, como una simiente nueva, que se asienta y finalmente procede a crecer y a madurar en plenitud. Para hallar esa cultura tenemos los textos constitucionales que estuvieron en vigor, pero a ellos se llega después de propuestas, ensayos, debates, defensas, luchas, bocetos, polémicas, transacciones, política y políticas en estado puro.

La Historia de nuestras Constituciones no es simplemente la Historia de sus textos; es o debe ser la Historia de los procesos constituyentes que finalmente acaban desembocando y cristalizando en un texto, pero éste no se puede comprender sin aquellos anteriores. Y la Historia de los procesos constituyente es la Historia de éxitos, de lo que finalmente se quiso que fuera una Constitución, pero también de aquellos textos que no lo lograron, ni pudieron conseguirlo. Solamente así el proceso histórico que podemos denominar constitucional será lo suficientemente aprehendido y comprendido, captado y asimilado. Conociendo sus pasos previos (las propuestas) y los caminos posteriores (las realizaciones). De esta manera, se deben glosar sucesivamente ideologías como punto de partida, proyectos como manifestación de las anteriores, procesos constituyentes que se ponen en marcha por el impulso de los dos elementos referidos, y, finalmente, la sedimentación que opera con el texto constitucional mismo, en este caso, Cádiz, como referente continuo a partir de su aprobación, para lo bueno (conservarlo) y para lo malo (reformarlo).

El profesor Fernández Sarasola presenta en este grueso volumen los principales hitos de este proceso, acotado entre dos fechas: 1786 y 1824. La primera se elige por razones comparativas: es la fecha en que se data el primer proyecto constitucional propiamente hispánico, pero es, al mismo tiempo, coetáneo a la fecha en la que nace la Constitución de los Estados Unidos, primer texto constitucional moderno y paradigma de un cierto tipo de constitucionalismo. La segunda, 1824, nos muestra el doloroso colapso del liberalismo, el triunfo del absolutismo tras el Trienio y la necesidad imperiosa de replantear el modelo gaditano a los efectos de dotar a la nación de una nueva Constitución más realista, más moderada, más plena de posibilidades en cuanto a su aplicación. 1786 supone el arranque del constitucionalismo universal; 1824, el fracaso del primer constitucionalismo liberal hispánico y el inicio de una nueva búsqueda de modelos, culturas y constituciones.

La obra en sí misma es necesaria ante la ausencia de una publicación de conjunto que aglutinase todos estos proyectos y experiencias frustradas. Los textos constitucionales sí han sido objeto de variadas publicaciones, como las de Tierno Galván, Jorge De Esteban o Raquel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rico Linaje, entre los más destacados. Pero seguían faltando los proyectos que antecedieron al momento de culminación constitucional, faltaron las compilaciones de esos andamios que luego permitieron concluir el edificio (8). Y esta laguna es la que, tras muchos esfuerzos, consultas bibliográficas y búsqueda en archivos (sobre todo, el del Congreso de los Diputados), ha tratado exitosamente el A. de cubrir con esta voluminosa publicación, que cumple las expectativas y no defrauda al lector ansioso de conocer en su plenitud esos procesos constituyentes, sus avances y retrocesos, los entresijos de los mismos, su suerte final y las razones que la explican. Es libro de fuentes, que ha exigido cotejos, desplazamientos, revisiones, e incluso correcciones y nuevas lecturas de muchos de los textos ahora conjuntamente publicados (9). Por esa pulcritud y corrección en su elaboración, derivada de la constante insatisfacción que caracteriza al buen investigador, el resultado es óptimo, sólido, capaz, de obligada consulta de aquí en adelante.

Una breve presentación (pp. XV-XIX) indica la razón final del trabajo. Los proyectos, dice el A., nunca llegaron a convertirse en su redacción originaria en Constituciones válidas, si bien muchos de ellos operaron como fuentes de tales textos (p. XV). Para adentrarse en los proyectos, se debe renunciar a cualquier visión positivista, en un sentido exclusivamente normativo del quehacer constitucional. Los proyectos son acaso los textos en donde se recoge de mejor manera y de modo más completo el debate político-ideológico, donde la libertad de expresión política podía manifestarse sin sometimiento a los rígidos corsés de las mayorías, a la disciplina del voto en Cortes impuesta por líderes de facciones, o a las manipulaciones y a los pactos. Allí halla campo sembrado el estudio de las ideas político-constitucionales (p. XV) porque allí es donde se pronuncian ideas con mayores libertades y menores sujeciones.

Pero, ¿ por qué estudiar los proyectos, si a fin de cuentas, no llegaron a ser Derecho positivo, no llegaron a vincular a la población, ni al poder, no fueron más que meros bocetos sin trascendencia? Primeramente, porque estas afirmaciones no son tan claras, ni nítidas, como a primera vista pudiera suponerse. Un proyecto no es solamente una propuesta, un decir lanzado al viento. La trascendencia existe: no fueron directamente ley, pero coadyuvaron en debates, comisiones,

(8) Hay alguna excepción de la que da cuenta el A. en p. XV, nota nº. 1, como la obra de Sevilla Andrés o la publicada por la Secretaría de las Cortes, pero los proyectos allí recopilados junto a las Constituciones se refieren a la época de la consolidación del Estado liberal, a partir del reinado de Isabel II, y no a los momentos de construcción preliminar de ese liberalismo.

(9) Sobre todo, en relación a la edición de Sanz Cid del primer proyecto constitucional de Bayona. El A. ofrece una versión nueva y corregida de los numerosos errores de la mencionada edición anterior, en pp. 519 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

juntas, discusiones, en un incesante tránsito de ideas, a la formación de leyes futuras, por lo que algo hay en el Derecho positivo, efectivamente aprobado, que puede reconducir a los textos proyectados. No es Derecho, aunque sí se aproxima mucho a lo que finalmente se convirtió en tal. Es arriesgado afirmar esa ausencia de valor normativo, toda vez que muchos de ellos devinieron fuentes, y son, por ende, elemento de arranque para el Derecho futuro que sí, en este caso, se verá aprobado por los cauces oficiales. Con otros ropajes y vestuarios, llegaron muchas de estas ideas a convertirse en norma. En segundo lugar, por su relevancia doctrinal e interpretativa: nos da el estado de las ideas y de las opiniones en el momento de la forja de la Constitución, nos muestra el pulso del pensamiento político, y sirve para la final interpretación del caudal jurídico resultante. En tercer lugar — y eso lo advierte el A. en p. XVI —, operan los proyectos como fuentes, directas o indirectas, de las Constituciones históricas, y son muestra en la mayor parte de los casos del ideario de la minoría (lo que les confiere el honor de presentar muchas corrientes ideológicas en su estado más puro, virginal, inmaculado, sin contaminaciones). Lo primero, por lo que ya advertimos arriba: algunos proyectos lo fueron oficialmente, entraron en el juego parlamentario, fueron debatidos y modificados (si se comparan con la Constitución resultante), lo que permite aventurar relaciones entre texto aprobado y texto originario, conocer el *iter* y los cambios que las arduas negociaciones políticas produjeron, cuándo y por qué se dieron transacciones o bien se impuso el criterio dominante, en fin, reconstruir la Historia de la Constitución a partir de textos que no llegaron a serlo, pero sin los que aquélla no habría adquirido sus perfiles y rasgos definitorios finales. El proyecto muestra así « una doctrina en su estado puro, sin las alteraciones que pueda sufrir por la lógica transacción parlamentaria » (p. XVI), muestra el proyecto de la facción en su radicalidad más manifiesta, sin las amputaciones que oscuras negociaciones pudieran haber causado en su articulado, sin la corrección de lo políticamente plausible o viable. Muchas veces el proyecto es la idea política en bruto, expresada directa e inmediatamente, sin depuración, sin modulaciones, sin conformismos, ni componendas. El discurso político expresado en toda su vehemencia. Pero no siempre.

Al mismo tiempo, los proyectos que no llegaron siquiera a tener la posibilidad remota de influir en textos oficiales, juegan un relevante papel: tampoco deben ser desechados sin más puesto que su influencia se pudo dar en otros documentos constitucionales posteriores, más allá de su contemporaneidad, y porque expresan el pensamiento de la minoría. Estas situación, en principio, inocua, sin embargo, es de gran relevancia en un constitucionalismo, como el nuestro, tan poco amigo del diálogo, del pacto y de la transacción. De ahí que, en este segundo caso, el texto de la minoría tenga una incidencia negativa, como

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'contra-modelo', como alternativa, o bien una incidencia positiva, matizando y corrigiendo el formulado por la mayoría (p. XVII).

En todo caso, admitiendo la pluralidad de tentativas y de cabezas que en un momento dado deciden pergeñar una Constitución, tres serían las grandes líneas o modelos que seguirán los autores de proyectos que van a ser examinados: el modelo liberal, el modelo afrancesado y el modelo reformista. Ése será el criterio con arreglo al cual se clasifiquen los proyectos resultantes, lo cual es bastante acertado, a nuestro modesto entender, teniendo en cuenta el caudal ideológico plural que se vive entre finales del siglo XVIII y el primer tercio del siglo XIX. Tres líneas de pensamiento que, con matices, reproducen buena parte de la situación de pensamiento político en la que vive España entre la Ilustración y el Liberalismo.

Falta simplemente una última acotación: ¿ qué es un proyecto? Evidentemente, algo se ha avanzado previamente y algo se ha insinuado. Un proyecto no es texto positivo y no ha sido en el pasado texto positivo, pero no basta cualquier texto, sino aquel que comporte « teorizaciones que se reflejaron en un texto articulado, orientado a servir como Constitución nacional, o bien como bases constitucionales para un documento más detallado » (p. XVII). Textos, pues, teóricos, aunque articulados, ordenados y sistematizados, nacidos con vocación de convertirse en programa constitucional pleno o bien sentar las bases para el cumplimiento de tales presupuestos. Algunos fueron oficiales; otros no. Unos nacen en sede política (Juntas, Cortes, ayuntamientos); otros vinculados a individuos sin aspiraciones de ese tipo. Se publicaron a lo largo y ancho de las « Españas », en lo que parece ser un clima incesante de « constitucionalización » y participación en la « constituyencia » ([10]). Estos rasgos aparecen como secundarios y en todo caso no decisivos para el éxito o el sepultamiento, parlamentario o cortesano, del proyecto mismo, pero sirven para trazar su genealogía.

Es, de alguna manera, la Historia de textos fracasados, de textos perdedores, pero cuyos fracasos y derrotas son relativos merced al paso del tiempo y al giro de los acontecimientos en un oscilante, cambiante y excesivamente dinámico inicio de siglo XIX español. Textos de cuyas caídas se aprende siempre algo y algo siempre acaban transmitiendo. Y gratitud es asimismo lo que esta obra transmite. Concluye esta presentación con los agradecimientos varios a todas las personas que han auxiliado en tan ardua tarea, desde su planteamiento inicial hasta su final conversión en libro, con todos los auxilios intermedios imaginables

([10]) No obstante el predominio de los lugares de publicación como Madrid, en la mayor parte de los casos, al ser capital de los reinos (operada aquélla por medio de diarios o documentación parlamentaria) y Cádiz, por razones obvias cuando allí están radicadas las Cortes, también Birmingham, México, Guatemala o Cuba aparecen como espacios donde el debate está presente, se pone por escrito y es objeto de edición.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y con la indicación también de los archivos y bibliotecas (11) en los cuales se desarrolló el grueso del trabajo, de donde se tomaron los materiales y las fuentes finalmente condensadas en las páginas de este tratado de Constitucionalismo que no trata, sin embargo, de Constituciones más que remotamente.

El *Estudio Preliminar* (pp. XXI-XLIV) glosa el desarrollo del ideario constitucionalista en España, a los efectos de señalar el modo en que nacen los tres modelos referidos con anterioridad. Se inicia con las huellas del constitucionalismo en el siglo XVIII. Cierto es que España y su pensamiento, en una línea que se movía entre la neo-escolástica y el conciliarismo, habían conformado en los siglos XVI y XVII un modelo de reflexión socio-política de gran calado e influencia, con las figuras señeras de la Escuela de Salamanca (Vitoria, Soto, Suárez) u otras menores, menos célebres, pero de igual calado intelectual. Sin excepción, los grandes filósofos europeos habían recurrido a los pensadores patrios. La quiebra que suponen las guerras religiosas y el fraccionamiento de la antigua unidad católica provocan la consecuente decadencia de los planteamientos y la necesidad de reemplazar los viejos dogmas por ideas igualmente operativas que superen el vacío intelectual en el que se ha sumido el continente. Una Europa, ya no católica, toma el relevo a unos reinos hispánicos en la totalidad de sus crisis.

El siglo XVIII había invertido la tendencia y la España, que exportaba ideario, pasa a ser ahora la que reciba los nuevos aires del pensamiento racionalista desde prácticamente todos los frentes y todas las fronteras. El Derecho Natural, de base católica, deja paso al Derecho Natural protestante, esto es, eminentemente racionalista, ya en su versión cartesiana, ya en la variante empírica británica. En todo caso, el hombre y su naturaleza se convertían en el eje del debate filosófico, político y jurídico, mientras que Dios pasaba a un segundo plano. Cobra fuerza el agnosticismo y el hombre trata de dominar con la razón el universo entero. Para ello, necesita formar esa razón y de ahí los logros más relevantes de la Ilustración, con la *Enciclopedia* a la cabeza. España queda un poco desplazada de todo este proceso de renovación, víctima de sus propias debilidades internas En este contexto, sin

(11) « Presentación », pp. XVIII-XIX. La inquietud del A. y el deseo de brindar una meritoria compilación de todos los proyectos le ha llevado a consultas no ceñidas al ámbito hispánico, ni siquiera al ámbito universitario. Citamos la nómina para dar prueba de ello: Archives Nationales, Archivo de Palacio, Archivos del Congreso de los Diputados, de la Corona de Aragón, General Militar, Histórico Nacional, y Nacional de Cuba; Bibliotecas del Congreso de los Diputados, Nacional, Pública de Pola de Lena, del Senado, de la Universidad de Navarra, de la Universidad de Oviedo, la Bodleian Library de la Universidad de Oxford, la British Library, el Instituto Feijoo de Estudios del Siglo XVIII, y las Reales Academias de la Historia y de Jurisprudencia y Legislación.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

embargo, el reinado de Carlos III en la segunda mitad del Siglo de las Luces marca una inflexión y el inicio de la aceptación de ideas procedentes de allende los Pirineos, aceptación que se realiza con suma prudencia debido al celoso control religioso que sigue subsistiendo y al miedo que después se despierta con los acontecimientos revolucionarios de Francia. Allí, en el seno de esa Ilustración, nacen las primeras visiones constitucionales que el A. agrupa en dos grandes bloques (pp. XXII-XXVIII): los reformistas y los rupturistas.

Los primeros postulaban cambios graduales « que no supusiesen socavar las bases mismas de la Monarquía » (p. XXIII), esto es, admitir la monarquía como forma perfecta de gobierno, pero introducir algunas innovaciones institucionales a los efectos de mejorar el sistema político en su totalidad. A su vez, estos reformistas se dividían en una primera corriente racionalista (Cabarrús, Ibáñez de Rentería), partidarios de racionalizar la actuación del poder, lo que suponía un monarca fuerte con una poderosa maquinaria administrativa a su lado, cuyo modelo sería el gobierno del rey mediante consejos, mientras que una segunda rama historicista hablaba de ciertas 'Leyes Fundamentales' pactadas entre el rey y el reino, no modificables por la sola voluntad de alguno de los sujetos, que conformaban la esencia política misma del sistema. Recuperar o reformar la monarquía debía hacerse en función de la Historia, del pasado, y no en función de la razón. Dentro de esta línea de pensamiento, a la que se adscriben, por ejemplo Jovellanos, Cadalso o Martínez Marina, se entendía que había un núcleo intocable e inmodificable, un pilar interno que no podía ser objeto nunca y bajo ningún concepto de negociación política. En ese núcleo referido, se hallaban esencialmente dos principios: el carácter monárquico del gobierno y la confesionalidad, traducida en intolerancia religiosa, del sistema político estatal. Su modelo mixtificado sería el modelo constitucional británico, con esa armonía y control recíproco entre el rey y el parlamento.

Al lado de los anteriores, aparecen los rupturistas, partidarios ya no de simples retoques en el aparato de gobierno en atención a la razón o a la Historia, sino defensores a ultranza de unas nuevas formas de gobierno, de régimen, de Estado, de poder y de su articulación. La Historia era, para estos pensadores, enseñanza, que no modelo, a la que no se tenía necesariamente que tender o recuperar, sino más bien superar. No bastaba la corrección de lo existente: se exigía una nueva realidad estatal y, por ende, constitucional, cuya base radicaba en el individualismo y en la defensa y satisfacción de los derechos naturales subjetivos de los ciudadanos (p. XXVI). Para cumplir esos fines, la ruptura suponía trasladar el centro político del antiguo soberano a la nueva nación, así como fraccionar los viejos poderes entre distintos órganos, reduciendo el rey a un papel meramente ejecutivo y encumbrando al legislativo, responsable prácticamente de todo y actuante

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prácticamente también en toda materia. Para que este cometido se pudiera materializar, había que destruir lo existente y recurrir a una Constitución nueva, creada por esa nación, refundar la sociedad, en un proceso constituyente, con lo que se comienza a atisbar un concepto racional-normativo, no simplemente histórico, de lo que es una Constitución. Lo postularon así las figuras de León de Arroyal y Manuel de Aguirre. En suma, hallamos dos conceptos enfrentados respecto a la Constitución y al Estado mismo como poder. Para los primeros, ambos elementos procedentes del Antiguo Régimen son válidos y susceptibles, a lo sumo, de ciertas correcciones. Para los segundos, ninguno de los elementos citados es operativo y tienen que ser cambiados para dar origen a una nueva realidad política y constitucional. La importancia de estos pensadores no es baladí: a partir de ambas corrientes citadas, nacen las tendencias de los primeros años del siglo XIX que ahora nos acompañarán. El primer liberalismo hunde sus raíces en este llamado 'pensamiento constitucional ilustrado', pero también las orientaciones absolutistas o afrancesadas. Todo se hallaba ahí en estado embrionario, presto a madurar de una forma veloz (12).

Se ocupa a renglón seguido el A. del « Constitucionalismo Liberal » (pp. XXVIII-XXXV), vinculado al rupturismo aludido hace unas líneas y por ello copartícipe de su ideología. Sus postulados son evidentes: la nación no ha reasumido la soberanía, sino que ésta le pertenecía por pleno derecho en todo momento; distinción entre titularidad y ejercicio de la misma; necesidad del proceso constituyente para que dicha nación como sujeto político procediese a materializar su voluntad, eligiendo el sistema de gobierno, separando los poderes y protegiendo los derechos de los ciudadanos; la preeminencia otorgada al poder legislativo, identificado con la nación misma, y al que quieren libre de toda ingerencia política (del ejecutivo, sobre todo) y social (que se traduce en el unicameralismo y el sufragio). Estos son sus rasgos básicos. Son interesantes en este contexto los proyectos presentados desde los territorios de Ultramar, acaso teñidos de un liberalismo

(12) « Estudio Preliminar », pp. XXVII-XXVIII: « El conflicto constitucional entre rupturistas (a los que podemos definir como liberales) y reformistas historicistas deriva esencialmente de su concepto de Constitución: los primeros parten de una idea racional-normativa, y los segundos de la concepción material histórica. Por esta razón, para los rupturistas se trata de elaborar ex novo un texto, abordando un proceso constituyente, en tanto que los reformistas historicistas optan por una mera reforma constitucional. De todas las corrientes de pensamiento político que eclosionan en el siglo XVIII surgirán luego las corrientes del primer tercio del siglo XIX: los apologistas derivan en el absolutismo; los reformistas historicistas se mantienen en el siglo XIX; el reformismo racionalista conduce al Despotismo Ilustrado afrancesado; y el rupturismo, en fin, desemboca en el liberalismo revolucionario que halla su máxima expresión en las Cortes de Cádiz ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mucho más acentuado que el peninsular, provocado probablemente por el trato desigual del que fueron víctimas sus representantes en las Generales y Extraordinarias de 1810.

El modelo fue, para lo bueno y para lo malo, Cádiz y sus héroes los diputados que participaron en su redacción desde la óptica de la mayoría triunfante, pero dicha Constitución era utópica en muchos sentidos por irrealizable al presentar una armónica colaboración entre poderes que ni remotamente podía ser realizada (basta la experiencia del Trienio para mostrar su inviabilidad). Tras la primera restauración absolutista, la reflexión, la cárcel o el destierro matizaron la opinión de muchos políticos y ello dio origen a un primer fraccionamiento en las filas liberales, entre los exaltados, rayanos en el jacobinismo, defensores a ultranza de la labor constitucional realizada, enemigos acérrimos del rey, de los absolutistas y de los afrancesados, frente a los moderados, partidarios de una necesaria modulación de las exigencias más radicales del liberalismo para hacer viable la transición hacia un nuevo sistema político. Ello explica que no haya proyectos exaltados entre 1820 y 1824: ya existía una Constitución perfecta que debía ser puesta en marcha. Pudieron darse proyectos republicanos incluso, pero no nos han sido transmitidos, aunque el A. lo insinúa en p. XXXIII: el peso de la Ley Fundamental que hablaba de una España siempre monárquica parece calar hondo en todas las ideologías implicadas. El moderantismo, por su parte, tornó los ojos a Francia y al modelo de la Carta Constitucional de 1814, con sus dos grandes logros de cara a sentar las bases de un liberalismo de corte doctrinario amante del orden por encima de la justicia: el bicameralismo y la recuperación del veto absoluto por parte del rey, que le permite obrar un poder de corte moderador, una exquisita neutralidad en el seno del debate político. La ruptura entre ambas facciones fue total porque asimismo el modelo francés de referencia era antinómico. Suponía este debate elegir entre la Francia de 1789 o la Francia de 1814, pero siempre Francia aparecía como elemento de referencia en la reflexión. Y fue esa segunda dirección la que se trató de impregnar a la política nacional desde 1834.

Un tercer elenco correspondería al constitucionalismo reformista y de algunas facciones del absolutismo (pp. XXXV-XL), ese pensamiento conformista con la estructura de poder del Antiguo Régimen a la que se podrían ir haciendo añadidos y correcciones, pero postulando la validez general del régimen. Jovellanos, Martínez Marina, Blanco White, por citar tres ejemplos, encarnan esta corriente, que parte de la Ilustración y termina en el siglo XIX. Su visión de la Constitución era histórica, no racional; estática, no dinámica, por lo que a partir de ahí su discurso es fácilmente reconducible a una serie de tópicos, de lugares comunes: la existencia de unas Leyes Fundamentales rígidas e inamovibles, distinguiendo en las mismas algunos aspectos externos, susceptibles de adaptación a los nuevos tiempos, sobre los cuales sí se predicaba la idea

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de reforma; la posibilidad de enmendarlas y corregirlas, con respeto siempre de su núcleo intangible; la inexistencia de un proceso constituyente: mejor se habla de una « mera tarea de codificación y amejoramiento de fueros » (p. XXXVIII); la defensa a ultranza de la monarquía como forma natural de gobierno, sobre la que solamente se puede predicar la moderación o templanza (p. XXXIX), a los efectos de llegar a ese 'equilibrio constitucional' de raigambre británica.

Finalmente, queda el grupo nada homogéneo de los afrancesados (pp. XL-XLIV), quienes ven en Napoleón una ocasión o pretexto para certificar la caducidad del Antiguo Régimen y dar paso a un sistema político inspirado en el francés, con su bicameralismo, el liberalismo moderado con defensa de derechos, pero también un poder fuerte en manos del monarca, fieles al modelo galo que sirve de inspiración y de emulación. Muchos de sus integrantes pasarán con el tiempo al autoritarismo cuando se ve la ausencia de orden que supuso el Trienio Liberal, en un proceso que parece razonable porque el fondo de su pensamiento estaba teñido de ese anhelo constitucional francófilo, de ese amor al orden, de ese liberalismo doctrinario presto a defender con virulencia sus elementos esenciales frente a cualquier devaneo de tipo neorrevolucionario. La revolución se había hecho y ahora había que dominarla, calmarla, dormirla.

Sentadas esas bases ideológicas, el A. pasa a clasificar temáticamente cada uno de los proyectos seleccionados, que se ven precedidos de una pequeña introducción, donde se desgranan los elementos esenciales de cada uno de esos textos, con noticias acerca del autor, su redacción e influjos, lugar y fecha de publicación, destino final y el sumario o índice de los mismos.

Se inician los proyectos con el constitucionalismo liberal, primeramente con referencia a los proyectos ilustrados del siglo XVIII: desfilan así el primero que merece tal calificativo, si buen su tono discursivo lo aproxima más a un tratado político que una verdadera 'ley constitucional', el de Manuel Aguirre, de raíces rousseaunianas (13); y el, más completo, razonado y articulado, de León del Arroyal, con incorporación de un Código Civil complementario (14).

A estos dos siguen los de la etapa juntista, marcados por ciertos perfiles análogos, relativos de nuevo a la presencia incontestable de Rousseau y a la admiración por ciertos rasgos del Jacobinismo: son el de Antonio Panadero (citado, pero no recogido, si bien se indica el legajo del Archivo del Congreso de los Diputados donde figura el mismo) y el de fray José Pérez de Madre, pleno de ideología asamblearia, de

(13) *Leyes Constitucionales, cuya observancia es una obligación inviolable para todos los individuos de la sociedad* (1786). Introducción, pp. 7-8. Texto, pp. 9-14.

(14) *Exposición de los Derechos Naturales. División y orden del reino. Idea de la ley civil* (1786-1790). Introducción, pp. 15-17. Texto, pp. 18-72.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

búsqueda de legitimidad popular en todas y cada una de las instituciones, y de deseos de evitar centralizaciones abusivas, con una lectura, en suma, prácticamente federal con esas juntas cívicas, provinciales y central, además de las especializadas (15). Se continúa con Flórez Estrada, liberal radical, que refleja en su texto una mayor amplitud de miras en cuestiones como la tolerancia religiosa, la existencia de un catálogo de derechos, limitaciones de potestades regias, y fortalecimiento del poder provincial, si bien la influencia de esta su propuesta parece ser que fue muy limitada (16).

Se continúa con los proyectos ventiladas en las Cortes gaditanas a partir de 1810: el anónimo, firmado por *S.D.M.A.L.T., un amante de la patria* (17); el de José María Peinado, elaborado en América bajo la forma de instrucciones al estilo de las antiguas Cortes (18), con una clara determinación de la finalidad del texto constitucional en su preámbulo (19); el de la Comisión de Constitución, acaso el más similar a la

(15) *Gobierno universal, seguro, permanente y patriótico de la nación española, presentado a la Suprema Junta Central* (1809). Introducción, pp. 75-77. Texto, pp. 78-87.

(16) *Constitución para la Nación española presentada a S. M. la Junta Suprema Gubernativa de España e Indias en 1º de noviembre de 1809* (1809). Introducción, pp. 89-91. Texto, pp. 92-132, con amplia exposición de motivos donde el control del rey parece ser un elemento determinante en el juego político. De ese modo, se le priva del veto, del derecho a declarar la guerra y se somete a responsabilidad ante las Cortes, conforme a los artículos 51 y siguientes.

(17) *Ensayo de Constitución para la Nación española* (1811). Introducción, pp. 135-137. Texto, pp. 138-159, dividido en cuatro partes dedicadas a las Cortes, al gobierno, a los tribunales y a la policía.

(18) *Instrucciones para la Constitución Fundamental de la Monarquía Española y su gobierno. Parte I: Constitución Fundamental* (1810). Introducción, pp. 161-164. Texto, pp. 165-186, diferenciando entre Declaración de los Derechos del Ciudadano y la Constitución propiamente dicha, al modo francés.

(19) Destaca por considerar a la Constitución como una suerte de remedio general para todos los males de la nación, en una reflexión que reaparece constantemente. Así, *Instrucciones*, pp. 166-167:« « He aquí los fundamentos de nuestra ruina. He aquí los males que han oprimido la patria, y que insensiblemente han minado los cimientos del majestuoso edificio de la monarquía española. Una Constitución, pues, que prevenga el despotismo del jefe de la nación: que señale los límites de su autoridad: que haga del Rey un padre y un ciudadano; que forme del magistrado un simple ejecutor de la ley; que establezca unas leyes consultadas con el derecho natural, que contiene en si todas las reglas de lo equitativo y de lo justo, y que se hallen revestidas de todos los caracteres de bondad absoluta, y de bondad relativa a los objetos primarios de la sociedad: que enseñen a los pueblos sus deberes: que circunscriban sus obligaciones; y que a éstas, y a sus derechos señalen límites fijos e inalterables: que establezcan una administración clara, sencilla y cimentada en los principios de propiedad, libertad y seguridad; que bajo tales principios e ilustrada con la filosofía guarden proporción entre los delitos, y las

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Constitución finalmente sancionada, por motivos obvios (20); o los proyectos de Constitución Militar de Vicente Sancho y de Flórez Estrada, en el intento de convertir al ejército en institución asimismo constitucional, 'de ciudadanos', que actuasen movidos por el amor a la patria y a las virtudes públicas (21).

Tras este primer escenario de Constitución y de proyectos, el retorno de Fernando VII y su real voluntad expresada el 4 de mayo de 1814, dando por concluido el experimento constitucional, determinan la vuelta a la realidad institucional del Antiguo Régimen en toda su crudeza. Así, muchos de los liberales, destacados protagonistas de las Cortes gaditanas, se ven obligados a abandonar España y buscar refugio en la tranquilidad de Inglaterra o de Francia. De esta manera, la influencia político-constitucional de estos dos países sobre el nuestro se verá reforzada más si cabe, acentuando contacto y uniones personales. De ese primer exilio liberal, salen proyectos y salen proyectos en un sentido más realista que el gaditano. Conscientes de que el fracaso constitucional podía tener sus raíces en el mismo texto de Cádiz (más que en una conjura universal, en la que participaban Fernando VII y todas las fuerzas unidas de la reacción), los liberales más moderados se orientan de forma paulatina hacia un liberalismo de esencia francesa, el de Constant y Destutt de Tracy, el doctrinario y pragmático, más suave y menos radical que el practicado por sus compañeros dentro de la gran familia liberal hispánica.

El ejemplo más claro de esta nueva tendencia se encuentra en el proyecto anónimo intitulado *Acta Constitucional de los Españoles de ambos hemisferios*, vinculado a la llamada 'sorpresa del Palmar', intento de conspiración liberal fracasado en 1819. Forma parte de un conjunto de instrucciones destinadas a organizar la toma del poder por ese liberalismo, con descripciones del modo de hacer la revolución y de

---

penas, y no establezcan otras que las absolutamente necesarias y útiles a la sociedad. Un sistema económico y político, que auxilie los tres sagrados principios de propiedad, libertad y seguridad. Una instrucción pública y metódica que disipe la ignorancia de los pueblos, y que difundiendo las luces promueva la utilidad general. Éste es el único medio que a juicio del Ayuntamiento de Guatemala debe adoptarse para lo futuro si se ha de establecer la felicidad nacional. El Ayuntamiento desenvolverá oportunamente estos principios con la posible sencillez y concisión, pidiendo al Ser Supremo, padre universal y fuente de todo bien, el acierto en tan grave materia ».

(20) *Proyecto de Constitución Política de la Monarquía Española, presentado a las Cortes Generales y Extraordinarias por su Comisión de Constitución* (1811). Introducción, pp. 187-190. Texto, pp. 191-267.

(21) Más completo y extenso el segundo de ellos: *Ensayo de una Constitución militar deducida de la Constitución política de la Monarquía española* (1812). Introducción, pp. 269-272. Texto, pp. 273-277; y *Constitución Política de la Nación Española por lo tocante a la parte militar* (1813). Introducción, pp. 279-281. Texto, pp. 282-313.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ejecutarla. El liberalismo emergente había visto con claridad en el pronunciamiento la única manera de doblegar la voluntad absolutista de Fernando VII. Dichas instrucciones lo critican, pero también critican el régimen de Cádiz. Ahí la diferencia respecto al período inmediatamente anterior. No se trata de complementar o desarrollar Cádiz, sino de pasar página por encima de su modelo constitucional. Los remedios propuestos son los ya conocidos: el bicameralismo y el poder neutro del rey, junto a otras realidades como la responsabilidad de los ministros (ya no llamados secretarios), la previsión del jurado y de otros dos nuevos poderes: el electoral y el poder administrativo o municipal (22). Es significativo, en esa línea planteada, de considerar la Constitución como panacea política, de lo que da buena cuenta el artículo 206, con el que se cierra el *Acta*, sumamente expresivo de aquello que esperaban los redactores de la obra respecto de los efectos balsámicos que la misma produciría en la realidad española, con la necesaria colaboración de los ciudadano, seres virtuosos, proclives a mirar más allá de su simple interés particular. Una muestra de un optimismo constitucional que subyace en los restantes proyectos examinados en este libro: « La presente acta constitucional es el libro sagrado del Estado, que la nación deposita en la virtud, el talento y la energía de todos los Españoles y habitantes de los dominios de España ».

A continuación, toca el turno a los proyectos del Trienio, comenzando con otro de Constitución Militar, debido a Dionisio Carreño, en la línea de la legislación aprobada en esa nueva experiencia liberal; o los más originales en cuanto que enfocan de forma directa el tratamiento del problema americano, con un Proyecto Constitucional abiertamente federal anónimo y otro debido al cubano Sequeira (23), caracterizados por el mayor grado de autogobierno que quieren otorgar a las provincias americanas, en una solución que no llega a abrazar totalmente el federalismo, pero se aproximaba a él, acaso como remedio muy tardío, puesto que no pudo evitar la emancipación, dramático resultado final que ya había sido previsto, entre otros, por Foronda, Flórez Estrada, Blanco White o el propio Bentham. Llegados a este punto, concluye la referencia al liberalismo centrada no por casualidad en los dos temas más problemáticos a los que tuvo que hacerse frente tras el pronunciamiento de Riego. Las dos asignaturas pendientes en el examen de la viabilidad gaditana seguían siendo el ejército, que debía ser pasado por el tamiz de la Constitución, y la resolución urgente del problema americano. Obvia decir que en ambos casos se fracasó, en un caso, temporalmente hasta que no se produjo el definitivo sometimiento de

(22) *Acta Constitucional de los Españoles de ambos hemisferios* (1819). Introducción, pp. 317-325. Texto, pp. 326-363.

(23) *Bases o Puntos Capitales* (1821) Introducción, pp. 421-427. Texto, pp. 428-431; y *Variaciones a la Constitución de la Monarquía española, para esta Isla exclusivamente* (1822). Introducción, pp. 433-439. Texto, pp. 440-454.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aquél al poder civil; en el otro, de forma definitiva, tras los plurales movimientos de insurgencia y sucesivas derrotas militares, que certifican la pérdida de la América hispánica.

En un salto comprensible, temáticamente hablando, pasamos al segundo gran grupo de proyectos anteriormente descritos en sus rasgos globales. Toca el turno ahora a los calificados como 'reformistas', es decir, respetuosos con el Antiguo Régimen, con su catolicismo, su visión estamental y corporativa, pero tendentes a ofrecer algunas variaciones sobre aspectos puntuales del modelo político en aquellos aspectos 'externos' que las propias Leyes Fundamentales toleraban y admitían, sobre todo, en la cuestión referida al modo de convocar y organizar las futuras Cortes (24). Corresponde este calificativo a textos que nacen como respuesta a la famosa 'Consulta al País', como el Proyecto de Francisco Pérez Muñoz, con tres órganos esenciales (Rey, Junta Central y Cámara Suprema de Justicia, a modo de Senado y Supremo Tribunal) (25); el presentado por la Junta de Mallorca (26); el marcadamente racionalista, combinado con dosis tradicionalistas, de Juan Bosmeniel y Riesco (partidario de un gobierno mixto, con recu-

(24) Así, a modo de claro ejemplo, el Proyecto de la Junta de Mallorca, *cit. infra*, pp. 476-477, destacaba a las Cortes no como órgano legislativo, sino meramente propulsor de una legislación que solamente al rey competía. En su artículo 3 disponía que las Cortes « podrán tratar cualquier materia o asunto que crean concerniente al bien del Reino o a su gobernación, en todo ramo y presentaran al Rey las peticiones que tengan por convenientes ». Esas mismas Cortes serán las encargadas de determinar cuáles son esas Leyes Fundamentales o Constitucionales, para lo cual el artículo 8 propone como de especial pronunciamiento las siguientes: « Las Cortes deberán declarar entre las leyes constitucionales de la Monarquía española, las siguientes: El que en ella sólo se ha de profesar la religión católico-romana. Que el gobierno de España e Indias es el monárquico y que el Trono debe ser ocupado hoy por el Sr. D. Fernando VII y legítima descendencia, según el orden de succión que pidió el Reino al soberano en las Cortes de Madrid de 1789, que es el reconocido en la nación desde los tiempos más antiguos, y según el cual deben suceder las hembras en falta de varones. Que no se podrá establecer impuesto alguno sin el consentimiento de las Cortes ».

(25) *Proyecto de Constitución para España que se propone a la meditación de los sabios Españoles que dediquen sus tareas a fijar la felicidad presente y futura de su nación con arreglo al manifiesto de S. M. la Suprema Junta Central de 10 de noviembre de 1808* (1809). Introducción, pp. 457-459. Texto, pp. 460-465.

(26) *Informe de la Junta Superior de Observación y defensa del reino de Mallorca a la comisión nombrada por la Suprema Junta Central para examinar el modo y forma en que deben celebrarse las Cortes Nacionales que S. M. ha resuelto convocar en todo el año próximo de 1810, o antes si las circunstancias lo permitieren, sobre los puntos que expresa el real decreto de 22 de mayo de este año* (1809). Introducción, pp. 467-469. Texto, pp. 470-480.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

peración de los antiguos consejos) (27); o el escrito por el obispo y cabildo de Córdoba (con la curiosa propuesta, de origen polaco, de celebrar 'ante-cortes' o Cortes preparatorias para las generales, y cita reiterada de numerosos pensadores ilustrados) (28).

De ahí pasamos al constitucionalismo afrancesado, conformado alrededor del Estatuto de Bayona y sus tres proyectos sucesivos de la primavera-verano del año 1808. Elaborados por Napoleón, a instancias de Murat, recogía el primero en todo su esplendor el ideario imperial, que se había establecido en las Constitución del año VIII, según reforma del año X, que se ve matizado y 'españolizado' en los dos sucesivos proyectos, como, por ejemplo, en la cuestión de la intolerancia religiosa, de la regencia o de los territorios de Ultramar (29). A estos tres se suma un curioso proyecto anónimo, también afrancesado, de la época del Trienio, en donde se contempla la deriva ideológica de los antiguos admiradores de Napoleón hacia posiciones más próximas al moderantismo y sus postulados arquetípicos (30).

Tras los proyectos, un apéndice nos introduce en lo que el A. denomina 'programas constitucionales', algo más que meras obras doctrinales o teóricas, puesto que son conceptuados como « textos que contienen un programa básico no articulado o articulado de forma imperfecta, a fin de servir de guía para una elaboración normativa más detallada » (p. 385), lo que vendría a suponer hablar de auténticos 'proyectos de proyectos', si se permite la expresión. Dos textos se incluyen aquí: el de John Allen, en su versión inglesa y su posterior traducción española, exponente de una línea reformista, que busca armonizar tradición hispana y constitucionalismo británico (31); y el conjunto de trabajos debidos a la Junta de Legislación, en el seno de la Junta Central, en su búsqueda histórica y desesperada de las Leyes Fundamentales y de las posibilidades de reformarlas, ante su resistencia

(27) *Policrasia filosófica o arte de constituir una nación para gobernarla según la naturaleza y la experiencia* (1809). Introducción, pp. 481-482. Texto, pp. 483-499.

(28) *Informe del Obispo y Cabildo de Córdoba* (1809). Introducción, pp. 501-503. Texto, pp. 504-516.

(29) *Proyectos Napoleónicos del Estatuto de Bayona*. Introducción, pp. 519-523. Primer Proyecto, pp. 524-535. Segundo Proyecto, pp. 536-546. Tercer Proyecto, pp. 547-570.

(30) *Anónimo que tiene por objeto establecer el orden de sucesión en la Corona de España y de establecer bajo una forma nueva las antiguas Cortes por medio de Procuradores y una Diputación Permanente* (1820-1823?). Introducción, pp. 573-574. Texto, pp. 575-584.

(31) *Suggestions on the Cortes (Insinuaciones sobre las Cortes)* (1809). Introducción, pp. 587-590. Texto en inglés, pp. 591-616. Traducción al castellano de Andrés Ángel de la Vega Infanzón, pp. 617-641.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a hablar de un auténtico poder constituyente (lo que realmente eran o como tal actuaron) (32).

Un segundo apéndice se refiere a la incidencia del constitucionalismo emergente en las obras doctrinales, en una suerte de tratados que se presentan como Constituciones encubiertas. Ello obedece al efecto totalizante que se perseguía: la Constitución pasó a ser objeto de estudio y a determinar el modo de presentación del material didáctico, que seguía el mismo esquema que el del propio texto constitucional, con sus títulos, capítulos, secciones y artículos, cosa que sucede tanto en el campo liberal (con los ejemplos de Victorián de Villava y José Canga Argüelles) como en el absolutista (con Alvarado y Gómez Hermosilla). Los primeros, evidentemente, para ensalzar la Constitución y su racionalismo a ultranza que se podía palpar en la propia estructura de la obra; los segundos, para ridiculizar y parodiar los efectos presuntamente benéficos de aquélla (33). La fiebre constitucional llega a generar un estilo literario propio, en serio o en tono burlesco, pero muestra cómo su capacidad de organización y de ordenación a nadie dejaba indiferente.

Así concluye esta magnífica obra en la que se echa en falta un conjunto de índices (temático y de personas), única pega a un estudio sólidamente elaborado, con convicción y argumentos, que no desmerece para nada el trabajo realizado por el profesor Fernández Sarasola, acaso uno de las personas más preparadas para afrontar una titánica tarea de búsqueda y captura de todo este material constitucional que antecedió a la implantación del Estado liberal y coexistió después en unos primeros años balbucientes y agónicos que siguen a 1812, y, al mismo tiempo, para darle forma de cara a su presentación en manera de libro. Creemos que hay un propósito que ha inspirado la publicación: observar y postular que la Historia del Constitucionalismo es más que simples textos; que se puede estudiar la Constitución más allá y más acá de la Constitución misma; en definitiva, que el texto constitucional no es simplemente un conjunto de letras negras sobre fondo blanco, sino

(32) Con decisiva participación de Ranz Romanillos y Argüelles. *Actas de la Junta de Legislación* (1809-1810). Introducción, pp. 643-648. Texto, pp. 649-698. Estos documentos fueron objeto de un magnífico estudio del profesor F. Tomás y Valiente, « Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas Leyes Fundamentales a una sola Constitución », en *AHDE*, 65 (1995), pp. 13-125.

(33) Apéndice II. *La « forma constitucional » de las obras doctrinales*: Victorián de Villava, *Apuntes para una reforma de España, sin trastorno del Gobierno Monárquico ni la Religión* (1797); José Canga Argüelles, *Reflexiones sociales o idea para la Constitución española que ofrece a los representantes de las Cortes* (1811); Francisco Alvarado, *Constitución filosófica que el Filósofo Rancio, transformado en Filósofo Liberal, escribió antes de las llamadas Cortes Extraordinarias sancionasen su Constitución Política de la Monarquía Española* (1811); y José Gómez Hermosilla, *El Jacobinismo* (1823).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

toda una cultura que se inicia fuera de las asambleas y parlamentos, cobra forma y fuerza en su seno, y finalmente es lanzada el mundo jurídico con plenitud de valores. El esquema que propugnamos al inicio de esta reseña (proyecto, proceso constituyente, texto constitucional) es respetado e inspira estas reflexiones constitucionales sobre proyectos que no fueron Constitución, pero que aspiraron a ello.

Gracias a estas fuentes ahora publicadas conjuntamente, esos remotos orígenes constitucionales, gestados entre los años 1786 y 1824, parecen más cercanos y más claros. Y esos tres campos de estudio pueden ser abordados ahora con mayor seguridad y mayor certeza porque tenemos los materiales. Un meritorio y arduo trabajo, éste de los proyectos, a cuyo autor solamente podemos dedicar palabras de profundo elogio y sincero agradecimiento.

FAUSTINO MARTÍNEZ MARTÍNEZ

LUCA SCUCCIMARRA, *I confini del mondo. Storia del cosmopolitismo dall'Antichità al Settecento*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 455.

Nei dibattiti e nelle tavole rotonde dedicati alla globalizzazione, che con ritmo sempre più incalzante si susseguono nei nostri giorni, molto spesso l'ansiosa ricerca di risonanza mediatica induce all'uso incongruo e sensazionalistico di concetti e categorie che invece richiederebbero ben altre ed approfondite riflessioni. Ben venga dunque un'opera come quella di Scuccimarra, che tenta di fare il punto sulla storia dell'idea di cosmopolitismo, ed accompagna il lettore in una dimensione alta, illustrando l'ideale a cui si sono ispirati alcuni pensatori , in un percorso storico che si snoda dall'antica Grecia all'Europa del Settecento. E tuttavia fin dalle prime pagine di questo ponderoso volume appare chiaro che l'autore non vuole indicare un percorso fra idee astratte, fra 'Grandi Uomini' che dialogano fra di loro al di sopra delle vicende umane, bensì ancorarsi solidamente ad una ricostruzione storica, capace di mostrare come gli uomini immersi nel loro tempo, indirizzati ad un certo tipo di mentalità che si rispecchia nelle loro istituzioni, abbiano elaborato o rielaborato un ideale che si è declinato quindi nelle forme dettate dai contenuti storicamente determinati.

In questo senso il volume di Scuccimarra presenta un'apertura maggiore rispetto ad opere analoghe, come quella di D. Heather (*World Citizenship and Government. Comopolitan Ideas in the History of Western Political Thought,* London, MacMillan, 1996), o quella di R. Tuck (*The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2001). Insieme ai meriti personali dell'autore, non esiterei a riconoscere in tali aperture il portato della scuola italiana di Storia delle Dottrine Politi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che, a cavallo fra Filosofia Morale e del Diritto, Scienza politica, Storia del Diritto e delle Istituzioni, e tuttavia sempre attenta all'apporto delle Scienze umane, che proprio in questo volume forniscono un contributo decisivo, attraverso le prospettive di Dupront, Gusdorf, Todorov e Pagden.

Nell'individuare il percorso compiuto dall'idea di cosmopolitismo attraverso due millenni di storia europea, dalla Grecia dell'antichità classica all'Europa del Settecento, Scuccimarra sposta continuamente la prospettiva dal piano ideale, filosofico-politico, a quello materiale degli spazi fisici, geografici, ma anche sociali, rispetto ai quali tale idea si elabora e si ridefinisce: una cittadinanza ideale che si interseca, contrapponendosi od esaltandosi nella cittadinanza materiale.

Dopo il momento della nascita nel mondo greco, l'autore indugia giustamente ad illustrare, con la *Stoà,* la scuola cirenaica, il cinismo, il mondo ellenistico, che costituisce indubbiamente uno snodo cruciale non tanto nell'elaborazione dell'idea, quanto nella sua ibridazione, come viene mostrato nelle pagine dedicate al cosmopolitismo messianico ed a Filone d'Alessandria, il cui *De opificio mundi* conterrebbe la più antica occorrenza testuale del termine *kosmopolites.* Con la Patristica, Agostino e la sua 'cittadinanza delocalizzata', che coincide con quello che viene definito un 'cosmopolitismo esangue', inizia la storia del declino, o meglio del lungo 'Intermezzo' che però, nel corso del Medio Evo, porta alla formazione dell'idea inedita di 'governo universale'. Il percorso continua con la ripresa del cosmopolitismo in Età moderna, con le grandi scoperte geografiche, il neo-stoicismo, il giusnaturalismo ed il diritto internazionale, fino ai progetti politici dell'Illuminismo, da Saint-Pierre a Bentham e Kant. Anche in questo caso la narrazione si sviluppa intersecando i due piani delle idee e degli spazi, attenta a coglierne tutte le implicazioni, come nel bel capitolo su 'La morale di Itlodeo', che si allarga su spazi, terre, uomini e società inimmaginabili ed inimmaginate prima della scoperta di tanti nuovi mondi e dell'« Altro », senza tuttavia mai superare quello che oggi chiamiamo 'eurocentrismo'.

La storia del pensiero cosmopolita si restringe quindi sul cosmopolitismo come idea politica, mentre il suo sviluppo diacronico si allarga ad offrire numerose altre suggestioni, sotto forma di varianti possibili, o storicamente date, che in qualche caso vengono percorse ed altre volte solo accennate. Fra le suggestioni purtroppo solo accennate vi è ad esempio quella dell'esilio, una 'contro-cittadinanza' materiale che fu formidabile matrice di cittadinanze ideali. L'individuazione di tutte queste varianti anima la narrazione, proponendo in modo talvolta didascalico una serie di accostamenti e di contrapposizioni: ma sono proprio tali accostamenti, a volte inediti, a costituire uno dei punti focali di questo ponderoso volume, che proprio nelle contrapposizioni acquista incisività e chiarezza espositiva. Fra gli accostamenti meno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ovvii e più stimolanti vorrei ricordare ad esempio non tanto quelli fra Erasmo e Montaigne, o Vitoria e Grozio, ma quello, assai più intrigante, fra Grozio e Postel, che si rivela particolarmente fecondo, così come quelli fra Kant e Leibniz, o fra Rousseau ed Helvétius, che si sviluppano anche intorno alla coppia centrale cosmopolitismo/patriottismo, come nel capitolo sulle 'Comunità immaginate'.

Da questo punto di vista, se la complessa serie di contrapposizioni e l'articolazione del discorso nelle sue possibili derivazioni ed alternative possono talvolta costituire un ostacolo alla scorrevolezza della lettura, esse sono tuttavia frutto della continua tensione dell'autore nel mantenere alto il tono e denso il significato della sua narrazione, rifuggendo da ogni banalizzazione ed evitando la tentazione — spesso irresistibile in opere di questo genere — di trovare troppe continuità, anche contro l'evidenza testuale che segnala invece inaggirabili cesure.

In particolare è proprio la capacità di giocare sul doppio registro della cittadinanza ideale e materiale, tenendo sempre presente la dimensione degli 'spazi della politica' ed i suoi confini, che permette all'autore di dare direzione e senso al percorso storico delineato, fra cosmopolitismo antico, declino e ripresa in Età moderna: giacché solo con Kant, di cui Scuccimarra ha già dato prova di essere studioso attento, « il riconoscimento dell'altro come titolare di un'inalienabile sfera di diritti non deve essere confuso [...] con il sentimento di benevolenza disinteressata che ciascuno di noi può nutrire per gli altri uomini. Un passaggio, questo, che segna una netta presa di distanza rispetto a quella tradizionale lettura filantropica del diritto naturale che, dopo aver animato sin dall'Antichità il canone cosmopolitico, aveva trovato nell'Europa moderna una definitiva consacrazione nello sviluppo della riflessione giusnaturalistica leibniziana » (p. 405). Con Kant quindi si conclude un percorso che, dopo più di due millenni, solo il filosofo di Koenigsberg riesce ad aprire verso una nuova direzione.

LEA CAMPOS BORALEVI

MICHEL TROPER, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006

« Unità assoluta è dispotismo, divisione assoluta è anarchia ». In questa fulminea espressione di Emmanuel Joseph Sieyès riferita alla relazione tra i poteri è condensata tutta la tematica dell'« ossessione costituente » nella Francia rivoluzionaria e la difficoltà di dare un assetto politico-istituzionale equilibrato e stabile a uno Stato ormai fuoriuscito, attraverso i roventi passaggi vissuti tra l'89 e il '95, dall'Antico Regime. Come trovare un giusto mezzo tra quei due estremi? Ecco il problema di fondo che si presentava agli occhi dei membri della Convenzione Na-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zionale, chiamati di nuovo, in poco più di due anni (1791-1793), a riscrivere le regole fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

1. *Sull'uso dei concetti giuridici in storia: l'applicazione di un metodo logico-filosofico alla storia costituzionale.*

La Francia era stata in quegli anni alla ricerca di un 'ordine' politico e sociale che superasse il vecchio sistema della monarchia 'assoluta' sorretto da meccanismi istituzionali e modalità di legittimazione del potere che ormai apparivano agli occhi di tutti come obsoleti: il diritto divino, la mediazione patriarcale dei grandi apparati giuridiziari, la rappresentanza cetuale realizzata attraverso il filtro del diritto giurisprudenziale, un tessuto produttivo organizzato su base corporativa, l'irresponsabilità di un ceto politico slegato dal controllo della base sociale. Gli sforzi dei costituenti furono concentrati su questo punto cruciale: come dare all'organizzazione politica una stabile disposizione che fosse nel contempo efficiente e rispettosa dei diritti intangibili dell'uomo, solennemente proclamati nella *Déclaration* del 1789. Tutto il tormentato dibattito che si svolse tra i costituenti del 1795, i cosiddetti 'Convenzionali' o 'Termidoriani', s'imperniò su questa decisiva (difficilissima e difatti molto controversa) questione. Essa ne implicava però molte altre, in un viluppo di temi e problemi di straordinaria intensità, nodi che vennero tutti al pettine in quei frangenti. I protagonisti di quella eccezionale stagione politica ebbero la sensazione chiara di vivere uno di quei rari momenti della storia umana in cui gli elementi caratterizzanti una vicenda di *longue durée* si coagulano in un nucleo satollo di energia destinato ad esplodere ricombinandoli in nuove forme proiettate verso un altrettanto lungo futuro.

Questo processo di scomposizione e ricostruzione di strutture giuridiche, politiche e istituzionali e la loro correlazione con culture, mentalità e visioni del mondo è stato, come si sa, molto studiato fin — si può ben dire — dalla sua realizzazione o negli anni immediatamente successivi (basti pensare a Burke, De Maistre, Constant...), con un interesse crescente nei due secoli successivi (alimentato soprattutto dalle interpretazioni socialiste: da Marx e Jaurès in poi). Negli ultimi anni molte pregevoli ricerche si sono succedute, anche in dialogo — o in qualche correlazione — tra loro. Penso solo a due noti studiosi italiani come Sergio Luzzatto (*L'autunno della Rivoluzione. Lotta e cultura politica nella Francia del Termidoro*, Torino, Einaudi, 1994) e Roberto Martucci (*L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, Il Mulino, 2004).

A questo effervescente dibattito viene ora a fornire un contributo, che ha tutta l'aria di candidarsi a divenire il 'testo di riferimento', uno studioso finora universalmente noto soprattutto per i suoi pregevolissimi lavori (tradotti ormai in ogni parte del mondo) nel campo della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teoria del diritto pubblico e segnatamente per i suoi interventi su 'voci' di fondamentale importanza come 'Stato' e 'Costituzione'. L'autore è Michel Troper e il volume prende in prestito nel titolo (*Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006) un'espressione che proprio nella Francia termidoriana iniziò a fare capolino per poi trionfare nel Bonaparte primo console: « Terminare la Rivoluzione » fu, infatti, la parola d'ordine che circolò in quegli anni nell'*establishment* costituente. La consapevolezza che l''Evento' decisivo si era verificato producendo effetti epocali e indelebili lasciava ora il posto alla più matura e realistica volontà di chiudere il processo avviato nell'89 dando una conformazione definitiva e concreta ai poteri costituzionali e al corpo sociale.

Vi sono molti aspetti sorprendenti in questo monumentale volume, che consta di quasi ottocento fittissime pagine, tre quarti delle quali sono utilizzate per riprodurre documenti di grande interesse e di non immediata reperibilità (come i diversi progetti di riforma costituzionale elaborati dalla « Commissione degli Undici », il lungo e bellissimo « discorso preliminare » di Boissy d'Anglas tenuto alla Convenzione Nazionale per illustrare il *projet* finale presentato dai medesimi *Onze*, e i momenti salienti dell'ampio dibattito sulla Costituzione svoltosi appunto alla *Convention* tra il 5 messidoro e il 30 fruttidoro: 23 giugno-16 settembre 1795), e duecentoventi sono il frutto di una ricostruzione minuziosa e raffinatissima, densa di ragionamenti articolati e rigorosamente consequenziali degni di un 'architetto del diritto' (ma ora, si può ben convenire, anche di un pazientissimo artigiano immerso nell'*atelier de l'histoire* e tutto dedito a costruire tassello per tassello la chiara immagine del mosaico che prende forma davanti ai suoi occhi). 'L'architettura del diritto' è, non a caso, il titolo del recentissimo *Mélange* (Paris, Economica, 2006) offerto proprio a Michel Troper in occasione del suo ultimo anno di servizio presso l'Università di Paris X-Nanterre.

La prima sorpresa del volume è data proprio dall'enigma del titolo, con il verbo volutamente posto all'infinito, a voler sottolineare un'apertura, psicologica prima che concettuale, una sorta di 'sfondamento' verso il futuro che viene posto in palese contraddizione con il contenuto del verbo, « terminare », appunto, ossia 'finire', 'troncare', 'interrompere' un processo in corso, 'arrestare' un dibattito che rischia di diventare senza fine. È, *in nuce*, il tema schmittiano — ormai classico — della 'decisione' posto in frontale contrasto con la dialettica, con l'eterno fluttuare libero delle idee in confronto tra loro, nel gioco senza fine dei rinvii, dei prestiti, dei plagi, degl'incroci e delle contaminazioni, tutte cose che se accadono regolarmente nel normale scambio che s'instaura tra i protagonisti dell'azione sociale, si moltiplicano però in quantità e intensità durante una rivoluzione, quando tutte le carte del gioco politico si rimescolano e si verifica un'apertura senza limiti precostituiti verso il futuro.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« Terminare » può voler dire molte cose (e non tutte facilmente conciliabili tra loro). In primo luogo può stare per 'bisogna terminare', 'occorre terminare', 'è necessario terminare' (« *il faut* terminer »), perentoria risoluzione che pone fine a un corso naturale e improduttivo di eventi oppure — ed è questo il caso — a un corso storico produttivo di eventi divenuti sgradevoli. La parola d'ordine « terminare » era, nel 1795, il grido « di uomini stanchi e contrariati di tutto che volevano farla finita nel contempo col Terrore e con gli eccessi della democrazia che attribuivano alla costituzione del '93 » (p. 12). Il loro scopo principale era « perpetuarsi al potere preservando ciò che era stato acquisito, ossia i princìpi essenziali dell'89 e la nuova distribuzione della proprietà » (*ibidem*). Ma quell'infinito può significare anche: '*come* terminare (la Rivoluzione)', ossia 'visto che occorre terminare', visto cioè che il corso delle cose si dispone nel senso di 'concludere una certa fase', allora conviene stabilire 'in che tempi e in che modi terminare' e con quali effetti. In questa accezione viene messo in evidenza l'aspetto teleologico del processo rivoluzionario e nel contempo si pone l'accento sulla scelta qualitativa dei mezzi individuati per imprimere la svolta finale a un corso di eventi che altrimenti avrebbe assunto o potuto assumere altre direzioni e altri significati. In questo senso, il titolo sembra suggerire che *ora* diventa (storiograficamente e filosoficamente) necessario spiegare non solo l'*an* dell'evento, ossia *se* con il *virement* idelogico e politico del Termidoro si sia proceduto a una vera svolta (o non piuttosto a una svolta apparente, di pura facciata), ma anche il *quomodo* cioè *come* questa novità si sia prodotta, sulla spinta di quali interessi effettivi e relazioni concrete, di quali culture e nuovi equilibri socio-istituzionali e in fin dei conti quali risultati si siano realmente concretizzati.

Quanto alla prima questione, il volume di Troper dà, fin dalle prime battute, una risposta tanto chiara quanto inconsueta agli occhi del lettore di letteratura storiografica sulla rivoluzione, abituato a considerare la costituzione del 1795 come radicalmente alternativa a quella precedente del 1793. A fronte di questa lettura abituale che vede nella costituzione del 1793 il vessillo della democraticità radicale e in quella del 1795 il ritorno a un ideale aristocratico-conservatore, Troper propone una interpretazione opposta: non solo le due costituzioni non appaiono affatto così distanti come si è creduto, ma risultano addirittura assai affini e analoghe nella scelta dei princìpi di fondo. Pur rappresentando una rottura con la precedente in alcuni contenuti normativi e in diversi istituti, la costituzione termidoriana, promulgata il 5 fruttidoro dell'anno III (22 agosto 1795) si pose, secondo Troper, in totale continuità con quella del 24 giugno del 1793.

Gli argomenti portati a supporto di questa tesi sono molteplici e si trovano disseminati nel corso di tutto il volume. Vorrei soffermarmi un attimo su uno solo di essi che mi sembra particolarmente interessante, soprattutto perché mostra assai bene al lettore non sprovvisto della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conoscenza delle opere precedenti di Troper (e più affini ai suoi interessi scientifici diretti) il modo in cui vengono tradotti con magistrale sottigliezza i metodi che costituiscono i pilastri della sua proposta logico-filosofica nell'interpretazione dei fatti storici, un elemento che a mio avviso costituisce l'originalità maggiore e il grande pregio di questo libro di storia scritto da un filosofo che ama definirsi « positivista » (sebbene « critico » e con l'aggiunta di un prudenziale « à ma manière »). A più riprese ritroviamo in questo libro applicate alle concretissime situazioni storiche che vi vengono prese in considerazione idee esposte in saggi e libri fondamentali di teoria del diritto (una cui sintesi pregevolissima è nel volume, tradotto in italiano da Riccardo Guastini, *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2003). Sostiene, dunque, l'autore che spesso gl'interpreti di storia costituzionale compiono un vistoso errore facendo corrispondere in modo quasi meccanico una determinata concezione politica a un certo tipo d'impianto costituzionale: « Ci si immagina che delle concezioni politiche diverse si traducano in concezioni costituzionali anch'esse differenti ». Di conseguenza, nel caso di specie, « i termidoriani, che avevano delle visioni politiche opposte a quelle dei montagnardi, dovevano fatalmente produrre una costituzione fondata su princìpi opposti ». Ad esempio, siccome « si presenta la costituzione del '93 come quella che organizza una confusione dei poteri in quanto è fondata sulla sovranità popolare, ci si aspetta all'evidenza che i termidoriani adottino la separazione dei poteri e la sovranità nazionale ». Così, se è incontestabile che « nuove concezioni politiche si traducano necessariamente in regole nuove », non si può dire sempre l'inverso anche perché le norme giuridiche non sono la causa diretta dei comportamenti effettivi degli attori politici e sociali. Più che determinare comportamenti, una costituzione dà luogo alle strategie degli attori sociali e fonda lo stile dell'azione politica (pp. 16-17). A un'analisi che non si fermi solo agli enunciati del testo costituzionale, appare chiaro che la costituzione del '95 fu senza dubbio una rottura ideologica con quella del '93, ma che essa utilizzò gli stessi princìpi-cardine. È vero che non fu più previsto il diritto di resistenza o il diritto alle prestazioni sociali, che venne ristretto il suffragio e fu diviso il corpo legislativo in due consigli, ma è altrettanto evidente che tutto ciò avvenne nel solco della più trasparente continuità con i valori costituzionali fondamentali già proclamati nel 1791 e nel 1793. Fu insomma una « rottura sui contenuti, ma una continuità nei princìpi ». Da questa osservazione sul fenomeno, Troper trae una prima conclusione di metodo assai interessante: « È del tutto possibile che la concezione generale di una costituzione, ossia l'insieme dei princìpi fondamentali cui s'ispirano le sue disposizioni principali, quelle che sono relative alla sua struttura, sia compatibile con più ideologie suscettibili d'ispirare il contenuto della legislazione ». Ciò significa, per converso, che partendo dal carattere incontestabilmente conservatore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei termidoriani non si può dedurre *eo ipso* la differenza tra la loro costituzione, quella appunto del 1795, da quella montagnarda del 1793 (p. 51).

Questo metodo d'interpretazione è perfettamente condivisibile e si può ben dire che esso riesce particolarmente fecondo nella storia giuridica, in quanto non si sofferma formalisticamente sull'esame delle norme, ma prende in considerazione i contesti storici nei quali quel determinato diritto viene creato e applicato. Il rifiuto del formalismo normativistico e l'apertura metodologica ai contesti socio-istituzionali e alle condizioni culturali degli ordinamenti analizzati spiazza — e rende obsoleto — il metodo degli storici del diritto tradizionali, demolisce il loro arroccamento nello 'specifico' giuridico e mette in correlazione continua diritto, politica e società. Quando questo legame s'incrina e si spezza, ossia quando la legalità non asseconda il desiderio sociale di cambiamento, prorompono le soluzioni 'illegali'. Si generano le rivoluzioni. Si producono nuovi ordinamenti giuridici destinati a regolamentare nuovi ordini politici e mutati equilibri sociali.

La descrizione di questi passaggi e l'applicazione di questa visione metodologica avviene in Troper attraverso una molto persuasiva critica frontale ad alcuni baluardi teorici ricorrentemente alla ribalta nel pensiero giuridico contemporaneo, come ad esempio (prendo anche qui quello che mi sembra soggettivamente il caso più rappresentativo) la convinzione che l'opera dell'interprete miri a ricostruire la volontà del legislatore che creò il testo. Per Troper la scomposizione di questo procedimento, considerato usuale dai giuristi, porta a mostrare che esso si fonda su presupposti assurdi in quanto contraddittori o impossibili. Da questo punto di vista una costituzione, che per definizione si configura come una legge di lungo periodo, non sarebbe che un obbligo rivolto ai vivi di sottomettersi alla volontà dei morti — e morti da lungo tempo —, mentre interpretarla significa in realtà necessariamente innovarla e ri-crearla ogni volta (p. 18). Per Troper il vero *presupposto* dell'attività giuridica è l'interpretazione, nel senso che è essa che formula le norme vigenti estrapolandole dagli enunciati normativi con un processo totalmente creativo. I princìpi vengono enunciati non prima, ma *dopo* la regola giuridica che li enuncia e che erroneamente viene invece ritenuta solo la loro *traduzione* in linguaggio normativo. Accadde esattamente così nel 1791 per il principio della rappresentanza (p. 15).

Le norme non esistono insomma fuori dei procedimenti interpretativi. Per questo conoscere la volontà degli autori di un testo costituzionale — come di qualsiasi testo normativo — risulta del tutto indifferente all'interprete. Spesso gli stessi costituenti scrivendo le norme costituzionali fanno altro da ciò che intendevano fare. Perciò « l'analisi delle rappresentazioni storiche dei costituenti richiede l'impiego di concetti astorici, come ad esempio quello di 'atto giuridico' o

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di 'gerarchia delle funzioni'. È indispensabile, quindi, prima di compiere qualsiasi analisi di una costituzione, valutare le teorie giuridiche di cui si disponeva » nell'epoca in cui i testi si sono pensati e redatti. E del pari non bisogna cadere nell'errore di considerare che l'enunciazione di determinati princìpi debba comportare l'adozione di determinate regole ad essi corrispondenti. Si avverte qui l'applicazione di quell'« uso dei concetti giuridici in storia » che Troper difese in un notissimo scambio dialettico con François Furet sulle pagine delle « Annales » (n. 6, nov.-dic. 1992, pp. 1171-1194).

In soldoni, la costituzione del '95, pur partendo da un orizzonte ideologico e da un contesto politico completamente mutati in rapporto a quelli di due anni prima, mantenne lo stesso impianto di fondo quanto al principio di sovranità popolare, alla separazione dei poteri e alla formazione di una moderna concezione di governo. Quanto, poi al controllo di costituzionalità, né l'una né l'altra lo ammise, ma la costituzione termidoriana iniziò « a concepire la costituzione come una norma obbligatoria » e quindi iniziò un cammino terminato poi nelle concezioni alla base degli ordinamenti attuali, per i quali una costituzione non può non implicare un qualche controllo di costituzionalità sulle leggi ordinarie e di conseguenza degli organi giurisdizionali *ad hoc*.

2. *Il costituzionalismo rivoluzionario: più interdizione che prescrizione.*

Sarebbe inutilmente lungo ripercorrere qui, ancorché sommariamente, tutti i passaggi che portarono alla formazione della costituzione dell'anno III e che il lettore troverà del resto minuziosamente ricostruite dall'autore del volume. È tuttavia necessario almeno dar conto di quest'amplissima descrizione, che Troper segue con l'acribia del vero storico, del lavoro preparatorio svolto in gran parte dalla celebre *Commission des Onze* e poi perfezionato dalla Convenzione attraverso un lungo dibattito (di cui ampi stralci vengono riprodotti in appendice). L'osservatore di quel fenomeno costituente si trova subito davanti a una domanda nodale: « Perché, dopo aver votato nell'entusiasmo una costituzione ratificata dagli elettori a schiacciante maggioranza, la Convenzione nazionale intraprese la risoluzione di adottarne un'altra solo qualche mese più tardi? » (p. 23). La risposta è molto articolata e risulta da un complesso intreccio che venne a determinarsi tra eventi storici e procedimenti giuridico-normativi. Mentre in un primo momento si pensava solo alla redazione di « leggi organiche », necessarie (ma secondo Troper « tutt'altro che indispensabili »: p. 36) per rendere applicabile il testo del '93, l'incalzare degli eventi (in particolare il successo nella repressione dei moti popolari di germinale e di pratile) spinse i vincitori del 9 Termidoro a pensare a un impianto costituzionale completamente nuovo. La metamorfosi venne progressivamente favorita da un contesto nel quale non si avvertiva grande differenza tra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le due fattispecie costituzionali. Ma le difficoltà a distinguere il nuovo testo da quelli precedenti (e in particolar modo da quello del '93) si manifestarono non appena s'iniziarono a porre le grandi questioni: il carattere repubblicano del governo; la proclamazione dei diritti naturali (e contestualmente dei doveri) dell'uomo e del cittadino (in primo luogo: libertà, eguaglianza, sicurezza e proprietà privata); la separazione dei poteri; il sistema rappresentativo; il carattere democratico del regime; il dualismo del potere esecutivo e il carattere collegiale del governo; infine tutta la fondamentale tematica delle garanzie interne (ossia gli strumenti atti ad assicurare il rispetto della costituzione che si andava ad approvare).

Su tutti questi punti essenziali i nuovi costituenti non modificarono granché del precedente impianto e anzi in alcuni casi riuscirono addirittura nella paradossale azione di ridurre le garanzie liberali previste nel testo del '93 (p. 55). Ad esempio, una disposizione emblematica del liberalismo economico come quella prevista dall'articolo 17 del testo del '93 (« Nessun genere di lavoro, di arte, di commercio può essere vietato all'industria dei cittadini ») venne soppressa nel nuovo testo del '95. Viceversa, dove i convenzionali avrebbero potuto migliorare il precedente testo costituzionale, non lo fecero e si limitarono a riprodurre il vecchio impianto. L'esempio più evidente riguarda il principio della obbligatorietà della costituzione. Nessuno dei corpi istituzionali incaricati di redigere un testo, dal 1789 al 1795, pensò la costituzione come una norma giuridica obbligatoria. Di conseguenza non venne prevista alcuna forma di controllo sulla violazione della costituzione da parte della legislazione ordinaria, a quella in via di principio sottoposta. Al giurista positivista contemporaneo l'assenza del controllo di costituzionalità suona come l'assenza *tout court* di una costituzione. Un diritto privo di efficaci meccanismi di sanzione (intesi naturalmente in senso lato come strumenti di controllo del rispetto delle disposizioni normative e di repressione degli abusi) può ancora essere considerato un vero e proprio diritto? L'unico a comprenderlo fu Sieyès: « Una Costituzione — disse il geniale abate nella seduta del 18 Termidoro dell'anno III (5 agosto 1795) — è un corpo di leggi obbligatorie o non è nulla; se è un corpo di leggi, ci si domanda dove sarà il guardiano, dove sarà la magistratura di questo codice ».

Questo 'difetto' — l'assenza di garanzie 'esterne' — derivava dal fatto che la costituzione era in quel contesto intesa come un insieme di princìpi la cui forza obbligatoria stava nella struttura dei poteri che essa stessa organizzava. In altre parole, le garanzie « interne » erano ritenute sufficienti ad assicurare il rispetto della costituzione da parte di tutti gli attori politici e sociali. Prima tra tutte queste garanzie 'interne' era considerato il principio, sancito in tutte le costituzioni rivoluzionarie, della separazione dei poteri, che veniva intesa però secondo Troper in senso puramente 'negativo'. L'enunciazione di questo principio, valu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tato da tutti come il baluardo del pensiero politico e costituzionale rivoluzionario, non prescrive una maniera di attribuire i poteri, ma si limita a vietarne una: non è lecito — pena l'assenza di una vera costituzione — concentrare i principali poteri dello Stato nelle mani di un unico soggetto (sia esso un organo monocratico, come il re, o collegiale, come il corpo legislativo o il governo). Questo è il punto cruciale che distingue, per tutti i costituenti rivoluzionari, il regime dispotico da un ordinamento costituzionale. Sennonché, una costituzione che non ripartisca chiaramente le competenze tra i diversi organi che essa stessa crea viene meno al suo obiettivo prioritario e determina ordinamenti imperfetti da cui discendono conseguenze politiche piuttosto serie. Tutto questo però appare chiaro solo oggi al giurista munito della *pesanteur* del bagaglio storico di esperienza che caratterizza la vicenda degli Stati occidentali nei due secoli successivi alla Rivoluzione. Ai costituenti rivoluzionari francesi questo aspetto non risultava così nitido. In particolare essi non focalizzarono una sufficiente attenzione sulla distinzione, considerata fondamentale nel diritto pubblico contemporaneo, tra due diverse tipologie costituzionali: quella fondata sul principio della specializzazione e quella fondata sul principio del bilanciamento dei poteri. Nel primo caso si tratta di differenziare i due principali poteri, legislativo e amministrativo, attribuendo al primo una supremazia sostanziale sul secondo, che diventa così solo 'esecutivo'. In questo schema l'organo di governo non ha alcun potere di partecipazione all'opera legislativa e deve limitarsi solo alla pura e semplice traduzione in atto delle disposizioni previste dalla legislazione. Generalmente questo sistema, chiamato anche « separazione assoluta dei poteri », è privilegiato dagli ordinamenti più democratici che liberali. L'altro modello costituzionale, basato sul criterio del bilanciamento dei poteri, è invece assicurato attraverso lo strumento istituzionale di un diritto di veto dell'organo di governo nel procedimento legislativo al quale dunque partecipa attivamente. Il potere governamentale e amministrativo non è più quindi un potere meramente 'esecutivo', ma si configura invece come un « motore » dell'apparato di governo dello Stato. In questo sistema gli organi centrali non sono disposti secondo un ordine gerarchico, ma sono appunto bilanciati. Il potere legislativo perde la sua sacrale centralità e unicità e viene « condiviso » con l'organo di governo.

Ora, contrariamente a ciò che si potrebbe pensare, la costituzione del '95 neppure su questo punto decisivo innovò l'ordinamento costituzionale precedente. Infatti tutte le costituzioni rivoluzionarie appaiono chiaramente dominate dalla filosofia, tipica dell'Età dei Lumi e che aveva trovato la massima sintesi nel pensiero politico di Rousseau, che esalta il legislativo come il sommo e indivisibile potere, espressione della 'volontà generale' del popolo sovrano. Quindi, così come era stato nel 1793, anche i convenzionali del 1795 vollero realizzare non un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

equilibrio tra i poteri, bensì una loro precisa disposizione gerarchica a beneficio del potere legislativo. Così il Direttorio — vale a dire l'organo esecutivo — non venne abilitato a emanare regolamenti e non poteva in alcun modo ingerirsi nell'attività nomotetica. Il suo potere era molto esteso e 'forte' sulle strutture amministrative, ma non nei confronti del legislativo. Al contrario quest'ultimo aveva ampi poteri di controllo sull'esecutivo e persino, in direzione opposta, poteva facilmente accaparrarsi molte funzioni tipiche del governo. Timorosi della degenerazione che questo principio poteva comportare (in effetti a rigore non vi sarebbe stata più alcuna separazione dei poteri perché tutti sarebbero stati riuniti nel solo organo legislativo che avrebbe così assunto una connotazione dispotica) i convenzionali corsero ai ripari prevedendo la divisione del potere legislativo in due corpi istituzionali separati: il Consiglio dei Cinquecento e il Consiglio degli anziani. Il primo aveva il potere di proposta e di discussione, il secondo di approvazione. Questo sistema era concepito 'per provocare da parte degli attori politici delle scelte razionali'. Circolava in proposito una famosa 'parabola' narrata da James Harrington: si dà a due ragazzine una torta; una delle due avrà il compito di fare due parti e l'altra di scegliere per prima. Si può star certi che la prima farà due parti rigorosamente uguali.

3. *Vino vecchio in otri nuovi.*

Si comprende perciò come, nell'impossibilità (ideologica) di passare dal principio della specializzazione a quello del bilanciamento i costituenti del '95 affidarono alla divisione del corpo legislativo le speranze di realizzare un sistema costituzionale capace di garantire i valori della Rivoluzione e in primo luogo l'attuazione dell'ideale della libertà. Antoine Clair Thibaudeau, uno degli *Onze*, sviluppò questo argomento nella maniera più chiara durante il dibattito alla Convenzione, nella seduta del 24 termidoro dell'anno III (11 agosto 1795): « Considero [la divisione del corpo legislativo] come l'unica garanzia ragionevole e possibile di una Costituzione repubblicana e di ogni Costituzione; è essa che impedirà gli errori, la precipitazione o l'entusiasmo nei quali un'assemblea è trascinata. [...] Vedo in questa istituzione la salvaguardia dela libertà ».

In definitiva, però, si trattò di un aggiustamento tutto interno a una dimensione concettuale che restava nelle grandi linee assiologiche la medesima del 1793 e del 1791. La conclusione di Troper sul punto è molto ben calibrata e riesce a vincere la (non lieve difficoltà) di coniugare due presupposti contrastanti, senza rinunciare a una logica rigorosa. Se nel 1795 si decise di varare un testo costituzionale *ex novo* e non semplicemente di fare delle riforme all'interno di quello già esistente ciò è un chiaro indice della volontà dei costituenti termidoriani di realizzare un'alternativa radicale al testo del '93. Ma quell'alternativa,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che certamente si produsse nella forma giuridico-testuale, redigendo e approvando una nuova costituzione, non fu tale nei contenuti di fondo, che vennero tutti confermati e rafforzati. Se non si vuol credere a un caso clamoroso di eterogenesi dei fini — qui davvero assurdo in quanto significherebbe che i costituenti non sapevano ciò che stavano facendo — resta in piedi l'ipotesi che essi vollero esattamente quei princìpi. Fare una nuova costituzione servì allora soprattutto a *mostrare* che si era messa in atto una decisa svolta ideologica, senza che questo comportasse una sua reale attuazione nella realtà dei fatti normativi (che rimasero sostanzialmente immutati). Aver compreso una sottigliezza così minuziosa ed aver ricostruito con invidiabile acribìa filologica questo scarto tra valori (proclamati) e fatti (realizzati) non è merito storiografico da poco, ancor più per un filosofo. Vale la pena di riproporre integralmente il passaggio decisivo della dimostrazione troperiana, che è emblematica di un modo di procedere — nel costruire la relazionalità concettuale — sul quale l'intera ricerca è fondata: poiché non si può « negare che si tratta di una Costituzione nuova » e nell'evidenza che i costituenti furono fisicamente gli stessi di due anni prima, non resta allora che affermare che fu « il contesto politico e argomentativo a spingerli poco a poco a produrre una Costituzione che, senza essere radicalmente nuova, non fu più neppure la stessa cosa e rappresentò una tappa importante per gli sviluppi costituzionali futuri » (p. 90). Il vecchio vino dei princìpi rivoluzionari, oramai consolidati, venne versato nelle nuove botti (la nuova costituzione), in modo che tutti potessero avere l'indiscutibile sensazione del rinnovamento realizzato.

Il « Terminare la Rivoluzione » assume allora, alla luce di questo passaggio, un ulteriore significato; vuol dire in sostanza: i grandi princìpi sono ormai stati acquisiti e sono considerati patrimonio universale dell'intera umanità; a questo punto la Rivoluzione non ha più senso perché essa ha compiuto il suo corso e ha prodotto ciò che doveva produrre. Si apriva ormai una fase nuova, quella del progressivo (e lento) perfezionamento, tanto in ampiezza quanto in profondità, di quei diritti proclamati solennemente tra il 1789 e il 1795. Una lunga fase nella quale tutt'oggi i sistemi costituzionali e politico-sociali dell'Occidente si trovano.

Questa strategia costituente può essere vista come una prova dell'« ipocrisia » e del « cinismo dei termidoriani »; ed è così che abitualmente viene interpretata. Con la loro vittoria si apriva la « stagione autunnale » della Rivoluzione e si assisteva al trionfo di « una cultura politica impregnata di retorica libertaria », ma in effetti dal « carattere reazionario » rispetto « allo spirito della carta giacobina » (Luzzatto, *op. cit.*, pp. 334 e 330). Anche Troper aderisce a questa incontestabile visione. Nella Francia del Termidoro vengono proclamati solennemente attraverso la nuova carta costituzionale « dei doveri [tratti] da una morale da piccolo borghesi » (p. 91). Lo prova ulterior-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente la volontà di aggiungere alla « Dichiarazione dei diritti » anche una « Dichiarazione di doveri » del cittadino, che, come tutte le dichiarazioni costituzionali di doveri, manifesta il carattere conservatore del legislatore costituente che intenda procedere in quella direzione. Eppure tutto ciò non è sufficiente secondo Troper a far concludere semplicemente per la tesi della discontinuità. In fondo la questione dei doveri come controbilanciamento ai diritti era già stata posta dagl'illuministi, che avevano sottolineato che essa rappresentava « la condizione stessa della libertà ». La questione dei doveri non era stata dunque appannaggio solo della destra, ma anche della sinistra rivoluzionaria, trovando degli echi persino in Robespierre che aveva parlato di « doveri naturali del popolo » (p. 95). L'accordo di tutti era stato trovato, già durante l'estate dell'89 e mai più smentito, sul seguente concetto: « Il più importante dei doveri, quello che li riassume tutti, è il dovere di obbedire alla legge » (p. 97). A questo nessun cittadino può sottrarsi perché esso è condizione essenziale del vivere civile. Questo atteggiamento condizionò profondamente anche la definizione della « libertà » condensata nella *Déclaration* dell'89: « La libertà è il potere che appartiene all'uomo di fare tutto ciò che non nuoce ai diritti degli altri ». Dal quale principio scaturisce con implicita chiarezza che ciascuno ha il dovere di rispettare i diritti degli altri e che nessuno debba « fare a un altro ciò che non desideri sia fatto a se stesso ».

Anche qui allora emerge come l'atteggiamento dei termidoriani fu più formale, più d'immagine che di sostanza. La novità dell'anno III consisté nel « formulare questi doveri in una lista separata » dall'enunciazione dei diritti. Ma entrambe queste « Dichiarazioni » erano, per le ragioni suesposte, sguarnite di ogni efficacia giuridica. Esse restarono solo enunciazioni d'indirizzo dal valore filosofico-morale. La maggioranza dei convenzionali pensava infatti che fosse assurdo che la Dichiarazione dei diritti (e contestualmente quella dei doveri) fosse una legge, in quanto le considerava proposizioni autoevidenti. Non mancò poi chi (Rouzet, Mailhe, Daunou...) sensatamente sottolineò gl'inconvenienti che vi erano nel proclamare con solennità in un testo costituzionale i diritti e i doveri. Un simile irrigidimento in un *numerus clausus* esponeva al rischio concretissimo di dimenticarne alcuni. Si arrivò allora all'eccesso opposto di chi, come Lehardy propose di votare un articolo nel quale si statuiva che « la Dichiarazione dei diritti e dei doveri non è una legge ». La risposta di Daunou — che fece rigettare la proposta — è la migliore spiegazione del clima creatosi in seno alla Convenzione: egli sostenne che Lehardy aveva perfettamente ragione nell'affermare che la Dichiarazione non costituiva una legge, ma nel contempo che era « pericoloso proclamarlo a voce alta » (p. 101).

Restava allora un'altra strada, a quel punto pressoché obbligata: affermare che i diritti e i doveri proclamati nella Dichiarazione attenevano alla sfera del diritto naturale. Infatti, dal momento che essi erano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solo « dichiarati » e non « posti », cioè voluti convenzionalmente, non potevano che essere concepiti come preesistenti alla costituzione, quindi acquisiti con la nascita e perciò « naturali ». Ma i convenzionali termidoriani temevano questa soluzione, perché essa avrebbe comportato come corollario logico la distribuzione egualitaria della ricchezza, così come il diritto a ottenere un lavoro, il diritto alla previdenza e all'assistenza... Di qui il loro dibattersi nel fatale dilemma, risolto con un *escamotage* abile ma solo parzialmente persuasivo: « La Dichiarazione è — si argomentò — il prodotto dell'atto costituente, vale a dire di un atto di volontà; essa non esprime dunque la conoscenza di un diritto naturale obiettivo »; ciò non toglie che sia « perfettamente possibile che un testo prodotto dalla volontà si ritenga ispirato da una filosofia giusnaturalistica » (p. 106).

La soluzione interpretativa di Troper è, anche in questo caso, un'applicazione storiografica di un suo notissimo cavallo di battaglia concettuale: il diritto come atto di volontà e non di conoscenza obiettiva. Ciò significa in sintesi due cose: in primo luogo conferma tanto il carattere non giuridico della Dichiarazione dei diritti (e dei doveri) quanto la non giuridicità dell'intera carta costituzionale del 1795 (come di quelle che l'avevano preceduta); in secondo luogo conferma anche qui la strategia dell'apparenza e dell'immagine messa in atto dai termidoriani. Benché la loro Dichiarazione non fosse che una pura enunciazione del diritto naturale, in quanto concepita come oggettiva e obbligatoria *in re ipsa*, essi cercarono di mascherarla da diritto positivo (ancorché non munito di sanzione). Ma su questo punto caddero in patente contraddizione: sostennero cioè che la Dichiarazione era di diritto positivo, ma che nel contempo essa non costituiva una « legge » vera e propria e quindi che non aveva un rigoroso e preciso carattere di obbligatorietà. Ancora una volta ciò che emerge è che rispetto a una sostanziale continuità con lo spirito della Rivoluzione, i termidoriani tennero a far emergere l'immagine opposta, accreditando l'idea della svolta, del *revirement*.

4. *Sovranità « popolare » o « nazionale »? Un falso problema.*

La medesima situazione si può osservare, secondo la lettura propostaci da Troper nella delicatissima questione della natura della sovranità. Anche qui lo schema utilizzato è lo stesso che abbiamo ritrovato sugli altri punti. L'interpretazione tradizionale (inaugurata da Carré de Malberg) vede nel passaggio dal '93 al '95 il mutamento dalla concezione della sovranità intesa come legittimazione 'popolare' alla sovranità intesa come legittimazione 'nazionale' del potere. Questa concezione dualistica è decisamente rifiutata e superata da Troper, che parte da altri presupposti teorici (decisamente più articolati e complessi) e perviene quindi a conclusioni radicalmente diverse in sede d'in-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terpretazione storiografica. I termidoriani, che temevano la formulazione esplicita della 'sovranità popolare', avevano il problema di non poter smentire clamorosamente un principio che si era in quegli anni così radicato nell'opinione pubblica e nell'*esprit* di tutti (loro compresi). La costituzione dell'anno III non poteva distaccarsi dal valore di fondo solennemente enunciato nell'89 e ribadito nel '91 e nel '93 secondo il quale il fondamento della sovranità è nel 'popolo'. In effetti questo è il punto cruciale. 'Popolo' non è un'entità naturale. Esso viene ad esistere perché una precisa volontà giuridica del potere costituente lo qualifica come fondamento del potere sovrano. Pertanto « si deve constatare l'ingenuità della contrapposizione tra il popolo, che sarebbe un'entità reale, e la nazione entità astratta ». Né l'uno né l'altra sono realtà naturali. Sono invece entrambe delle « categorie giuridiche prodotte da una decisione del costituente » (p. 112). Per questo non bisogna cadere nel tranello delle enunciazioni retoriche ufficiali. Ancora una volta Troper mette qui in atto un metodo storiografico ispirato all'antiformalismo e alla comparazione permanente tra categorie giuridiche e realtà socioculturale. Il fatto che i costituenti termidoriani abbiano proclamato la « sovranità nazionale » non significa nulla ai fini di un accertamento della realtà. L'enunciazione dei princìpi, specialmente nella lotta politica, obbedisce a criteri molto diversi e risponde agl'interessi momentanei del gruppo dominante. I princìpi « non formano le premesse di un ragionamento deduttivo, ma la giustificazione *a posteriori* delle scelte politiche » (p. 113). Quand'anche i testi costituzionali del XVIII secolo usino le espressioni « sovranità popolare » o « sovranità nazionale », non da questo si può dedurre lo stesso significato che se ne dà oggi. La costituzione del '95 aggira l'ostacolo rappresentato dall'aggettivo « popolare » adoperando l'abile formula: « Il sovrano è l'universalità dei cittadini francesi ». Per affermare che i convenzionali termidoriani « abbiano rotto con la sovranità popolare, bisogna allora sostenere che l'espressione 'universalità dei cittadini' è sinonimo di 'nazione' o almeno che sia differente da 'popolo' » (p. 114). Ora, ogni seria analisi testuale e filologica ci mostra incontrovertibilmente che in tutti i dibattiti costituenti fin dal 1789 l'espressione « universalità dei cittadini » era utilizzata come sinonimo sia di « sovranità popolare » sia di « sovranità nazionale ». Per questo né la costituzione del '91 né quella del '93 intesero mai opporre (e invero, a monte, neppure concepire) queste due sfere come entità concettuali contrapposte. La sovranità venne sempre intesa come « nazionale » e « popolare » al tempo stesso.

I costituenti del '95 non erano in grado, ammesso che ne potessero avere la piena consapevolezza, di sottrarsi a quest'accezione e perciò si mantennero sulla stessa falsariga dei loro predecessori e proclamarono anch'essi, nella formulazione dell'articolo 2, che la sovranità era nazional-popolare. L'idea di « nazione » si era in precedenza (prima del 1792, ossia prima dell'esecuzione di Luigi XVI) diffusa per un altro scopo: fu una intelligente « trovata » che era servita a differenziare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nettamente l'assetto costituzionale francese da quello britannico. A differenza che in Inghilterra, dove il potere legislativo era condiviso dal parlamento e dal re titolare di un diritto di veto, in Francia le autorità legislative non sarebbero state 'sovrane' di per sé, ma solo come 'rappresentanti della nazione', ossia di un'entità astratta che comprendeva due elementi: il popolo e il re appunto. Il richiamo alla 'nazione' come entità suprema era dunque destinata al di qua della Manica a evitare la previsione costituzionale di un diritto di veto da parte del sovrano. Questa distinzione tra 'popolo' e 'nazione' aveva perciò perduto ogni consistenza dal momento in cui non vi era più il re. Già a partire dal 1792, i due termini avevano potuto « ridiventare sinonimi » (p. 117). Il principio della sovranità popolare venne perciò mantenuto nel '95 e interpretato nel senso che la sua proclamazione rendeva illegittima la monarchia assoluta sotto qualsiasi forma e tutti i sistemi di governo futuri che non fossero fondati su quel supremo valore. Anche qui vi era un richiamo implicito al diritto naturale. La sovranità era infatti intesa in senso universale, come elemento imprescindibile della 'nazione', di ogni nazione, in ogni tempo e in ogni mondo possibile, e che non avrebbe potuto essere altrimenti « neppure in caso di un testo costituzionale contrario » (p. 125). Quanto a coloro che ritengono che gl'istituti di democrazia diretta (il referendum era previsto nella carta del '93 e venne soppresso in quella del '95) o il divieto del mandato imperativo sarebbero di per sé idonei a giustificare una svolta sostanziale suscettibile di orientare diversamente l'intero impianto costituzionale, va obiettato che il referendum previsto dalla costituzione del '93 era un meccanismo di fatto impraticabile e che il divieto del mandato imperativo rimase in piedi tanto nella costituzione del '93 quanto in quella del '95. Dunque nessuna differenza sostanziale si determinò tra quei due testi, ancorché essi siano storiograficamente diventati i due momenti chiave di una polarizzazione simbolica e ideologica ancor dura a eclissarsi.

Nel 1795, a dispetto della *bagarre* storiografica *ex post* sui concetti di 'popolo' e di 'nazione', la vera questione si giocò nel determinare a chi dovesse essere attribuita la qualifica di 'cittadino', e come tale chi potesse votare ed essere eletto nelle assemblee e negli organi rappresentativi. Anche qui, per quanto sia innegabile che i termidoriani imposero criteri più restrittivi (ossia meno inclusivi) di quelli vigenti nel '93, se si passa dall'analisi dei princìpi teorici all'osservazione dei fenomeni pratici ci si accorge che il corpo elettorale si ridusse, ma non in misura così drastica come si sarebbe portati a credere, passando da sette a sei milioni di elettori (p. 123). La scelta teorica che confluì nel testo costituzionale perde quindi molto del suo valore concreto quando si compari con le determinazioni effettive prodotte da quel testo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. *L'ideale rivoluzionario: la giurisdizione come mera applicazione della legge.*

Ho volutamente lasciato da ultime le due questioni a mio avviso più significative dell'intera ricostruzione troperiana sulla costituzione dell'anno III, perché esse sono intimamente collegate e costituiscono una sorta di collettore generale, d'istituti di chiusura dell'intero sistema politico, il suo vero fondamento. Parlo dell'assetto del potere giudiziario e della sua variante focalizzata nella giurisdizione costituzionale, precisatasi nel tentativo (di Sieyès) d'introdurre un organo di controllo a tutela della suprema legalità imperniata sul testo della Costituzione.

La prima considerazione è che anche sulla definizione della sfera giurisdizionale, come negli altri campi testé descritti, i costituenti del '95 mantennero, a dispetto di ogni apparenza, l'organizzazione sancita fin dall'89. I princìpi generali dell'organizzazione del potere giudiziario e la maggior parte delle istituzioni giudiziarie particolari stabilite all'inizio della Rivoluzione vennero mantenuti integri. Come avrebbe potuto essere diversamente, del resto, se una delle principali cause della Rivoluzione era stata proprio la volontà di risolvere in via definitiva il maggiore problema che si era posto nell'Antico Regime, ossia la pretesa delle corti di giustizia supreme, i parlamenti, di partecipare al potere legislativo e alle scelte decisionali di governo, considerandosi 'rappresentanti legittimi' del corpo sociale e, attraverso la mediazione patriarcale della *Scientia juris*, persino dello stesso monarca? Quest'ultimo, amavano ripetere i *robins*, i magistrati che sedevano nei parlamenti, 'regna ma non governa'.

Si spiega perfettamente, perciò, come fin dalle primissime battute dell'89 l'*establishment* rivoluzionario avesse posto al centro di tutta la sua azione legislativa il fondamentalissimo principio (sancito poi formalmente in tutti i testi costituzionali e ripreso naturalmente anche nel '95, all'articolo 203) secondo cui « i giudici non possono immischiarsi nell'esercizio del potere legislativo, né fare alcun regolamento ». È da sottolineare, tra l'altro, proprio l'uso — tutt'altro che casuale — del verbo « immischiarsi » (« s'immiscer ») che è propriamente lo stesso che veniva continuamente usato nelle *querelles* che avevano caratterizzato il dibattito politico durante tutto il XVIII secolo (mi sia permesso di rinviare, non foss'altro che per tagliar corto, su queste tematiche, al mio studio monografico *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi*, Napoli, ESI, 2003). Per converso, il potere giudiziario doveva godere di una consistente autonomia, se si voleva salvaguardare il principio della separazione dei poteri. E perciò (art. 202) le funzioni giudiziarie non potevano « essere esercitate né dal Corpo legislativo né dal Potere esecutivo ». Era stata così prevista l'applicazione in concreto della teoria montesquiviana enunciata per la prima volta nell'*Esprit des Lois* nel 1748. Molto giustamente Troper sottolinea che la funzione giudiziaria era stata costantemente vista dai rivoluzionari « come una fun-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione di applicazione delle leggi, e quindi come essenzialmente subordinata » al potere legislativo (p. 181). Al pari della funzione di governo, anche la funzione giudiziaria si configurava dunque come una mera « traduzione » in un caso concreto dell'imperio della legge decisa da un altro e separato potere, il potere legislativo, questo sì unico vero « sovrano ». Già Montesquieu aveva insistito su questo carattere « neutro » della giurisdizione intesa come « puissance nulle » (ed è appena il caso di segnalare qui gli atti di un importante congresso svoltosi su questo specifico tema nel 1998 presso l'università di Rouen, pubblicati a cura di Olivier Cayla e Marie-France Renoux-Zagamé sotto il titolo: *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, Paris, LGDJ, 2001, volume nel quale compare tra gli altri un pregevole contributo dello stesso Troper dedicato proprio alla *Questione del potere giudiziario nell'anno III*, pp. 117-136).

Il solito (pre)giudizio storiografico tradizionale (mai come in questo caso erroneo) vuole che nella costituzione del 1791 (ripresa poi da quella del '95) il potere giudiziario sia forte in conseguenza della separazione dei poteri che sarebbe stata appunto affermata in quei due testi. Non a caso, si è detto, il titolo VIII della costituzione termidoriana parla di « potere giudiziario », proprio in quanto manifesterebbe la palese volontà del costituente di riabilitare il potere dei giudici mortificato nel '93. Ma ciò è a ben vedere, come mostra molto felicemente Troper in pagine che appaiono tra le più riuscite e feconde dell'opera, profondamente contraddittorio. Infatti è facile mostrare che nel testo del 1791, malgrado i termini formali utilizzati, il potere giudiziario non era affatto considerato un « vero potere ». I costituenti del '91, al contrario, avevano visto la funzione giudiziaria come una funzione di mera applicazione della legge e quindi avevano attribuito alla magistratura uno statuto essenzialmente subordinato.

Il problema più rilevante che venne posto nel 1795, come si è visto anche su altri temi, concerneva la soluzione di una flagrante contraddizione: come si può far sì che i giudici, restando *indipendenti* dal potere legislativo e dal potere esecutivo, siano poi *subordinati* alla legge? « Indipendenza » e « subordinazione » non sono sfere concettuali facili a conciliarsi. Ecco dunque l'ennesimo dilemma di fronte al quale i convenzionali (e successivamente gli storici che intesero ricostruire i momenti decisivi di quella vicenda) vennero a trovarsi. Di questa *impasse* ci dà conto il dibattito che si sviluppò alla Convenzione il 10 termidoro anno III (28 luglio 1795) tra Merlin de Douai e Dubois-Crancé a proposito dell'espressione « potere giudiziario ». Mentre il secondo sosteneva che alla magistratura non competeva affatto il termine « potere », e che esso doveva essere attribuito propriamente solo agli organi legislativi, il primo replicò che il termine era perfettamente appropriato in quanto la magistratura forma (e deve formare) « un insieme di organi indipendenti ». « Non bisogna confon-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dere — affermò il grande giurista di Douai — il potere con la potenza; la potenza appartiene solo al popolo; i poteri non sono che una emanazione di questa potenza; ma essi non sono meno giustamente chiamati poteri. L'autorità giudiziaria è a tal punto un potere che essa è indipendente e dal corpo che fa le leggi e da quello che le fa eseguire. Chiedo che si lascino perciò le parole 'potere giudiziario' ». Ma Troper ancora una volta, dopo aver individuato e appropriatamente citato la fonte giusta, sfuma il suo valore storiografico e con molta finezza critica prosegue sulla sua linea interpretativa: il disaccordo tra i due orientamenti era più linguistico che fondato sull'oggettività dell'argomento. Era in sintesi una questione di vocabolario. Anche Merlin, come tutti i convenzionali condivideva la sostanza dell'atteggiamento critico e guardingo nei confronti della funzione giurisdizionale. L'eredità della filosofia dei Lumi innestata sulla durissima esperienza del conflitto corona-parlamenti nel sistema di Antico Regime era su questo tema una eredità pesantissima, pressoché impossibile da superare. Il fatto che nel testo costituzionale del '95 sia stata accettata l'espressione « potere giudiziario », accogliendo in sostanza l'obiezione di Merlin, « non significa in alcun modo che la Convenzione abbia inteso creare un terzo potere, dotato di una potenza comparabile a quella del potere legislativo e ancor meno che abbia voluto investirlo di una parte della sovranità » (p. 185). La magistratura doveva essere chiamata a risolvere dei litigi tra parti contrapposte, ma solo « applicando una legge preesistente ». Il mito illuministico della legge immediatamente tradotta nella pratica processuale prendeva qui corpo normativo. Nell'ideale rivoluzionario, erede di quella poderosa linea culturale difesa dai *philosophes*, il giudice doveva procedere attraverso « un sillogismo » di cui la legge costituiva la premessa maggiore, il fatto da giudicare la premessa minore e la sentenza niente altro che la sintesi tra le due premesse.

Secondo questo schema, il tribunale non disponeva quindi di alcun potere discrezionale, ma solo della funzione di tradurre meccanicamente i testi di legge nel caso concreto sottopostogli. « Il giudizio — affermò Cazales — non è più che l'atto materiale di applicazione della legge ». Gli avevano fatto immediatamente eco, quasi alla lettera, Duport e Clermont-Tonnerre: « Il potere giudiziario, ciò che viene impropriamente chiamato potere giudiziario, è l'applicazione della legge o volontà generale a un fatto particolare, e non è dunque in ultima analisi che l'esecuzione della legge ». Lo stesso Beccaria aveva difeso nel diritto penale la teoria del sillogismo perfetto: la condanna o l'assoluzione dell'imputato dovevano dipendere unicamente dalla 'sussunzione' del fatto sotto la previsione normativa del diritto. Troper ha buon gioco a notare come questo schema non sia altro in buona sostanza che una difesa del principio di legalità inteso in senso rigoroso, con il quale finisce col confondersi. In quel contesto il principio di legalità significava « che ogni azione di una qualsiasi autorità pubblica doveva essere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non soltanto compatibile, ma anche conforme a una legge anteriore, da cui essa avrebbe dovuto poter logicamente essere dedotta » (p. 186). In un sistema come questo il giudice assumeva insomma il ruolo di un « quasi-automa ». La sua 'indipendenza' non serviva a legittimarne l'arbitrio, ma era concepita solo come lo strumento per « evitare che la funzione giudicante cadesse nelle mani di un altro potere, legislatore o potere esecutivo, il quale avrebbe fatto ben altro che ragionare per sillogismi e che avrebbe rischiato di cambiare la legge a seconda delle circostanze o dei suoi capricci, ciò che è la definizione stessa del dispotismo » (*ibidem*).

Ma per poter ottenere appieno il risultato auspicato, ossia l'effettiva interdizione al giudice d'« immischiarsi » nel potere legislativo e negli affari politici concernenti il governo dello Stato, non erano sufficienti solo la separazione dei poteri e l'affermazione nel testo costituzionale della natura 'esecutiva' della funzione giurisdizionale. Occorreva anche un terzo presupposto, non meno importante, che non a caso aveva costituito uno dei grandi valori giuridici della filosofia illuministica. Se davvero si voleva impedire il 'governo dei giudici' occorreva che il legislatore producesse una legislazione chiara e incontrovertibile. Occorreva cioè una qualità elevata della funzione normativa. Le leggi dovevano essere immediatamente applicabili, vale a dire non dovevano offrire il destro a interpretazioni di sorta, ma dovevano presentarsi con un linguaggio completo, coerente e chiaro. Senza questo presupposto, il giudice non avrebbe disposto di alcuna premessa maggiore e avrebbe in tal modo potuto godere di un sostanziale margine di discrezionalità interpretativa fino ad arrivare a ricreare lui stesso la premessa maggiore del sillogismo. Ecco perché la spinta verso la codificazione, anche nel diritto privato, fu parte integrante di questa logica costituzionale fondata sul principio del giudice-non interprete, del giudice-automa. Non a caso le due costituzioni del '91 e del '93 richiamavano nei loro testi la codificazione dell'intero diritto come un principio irrinunciabile dell'assetto complessivo delle fonti e del sistema giuridico.

Ma qualora la legge non presentasse queste qualità di incontrovertibile chiarezza come si poteva realizzare il principio della subordinazione del giudice alla legge? Sulla base della celebre massima estrapolata dal diritto romano (« ejus est interpretari legem cujus est condere ») venne creato il meccanismo del « référé législatif », consistente nell'obbligo imposto al giudice di rinviare ogni questione controversa direttamente al corpo legislativo, unico potere legittimato a procedere alla corretta e autentica interpretazione della norma ritenuta oscura o lacunosa. Ma un simile istituto avrebbe in breve sommerso di richieste i corpi legislativi. Occorreva trovare un contemperamento. Troper descrive magistralmente (pp. 189-195) i passaggi che portarono prima a distinguere con sottigliezza l'« interpretazione di diritto » dall'« interpretazione di fatto » (quest'ultima, detta anche « interpretazione *in*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concreto », consiste semplicemente nel potere consentito al giudice di qualificare giuridicamente i fatti a lui sottoposti, e perciò non è considerata una vera forma d'interpretazione bensì, in senso proprio, una forma di applicazione della legge), e poi a creare un tribunale supremo, la « cassazione », collocato a metà strada tra la giurisdizione e il potere politico e sempre in un rapporto di assoluta subordinazione al legislativo. Il nome 'cassazione' derivò proprio a quest'organo dalla funzione attribuitagli: quella di « cassare » le sentenze ritenute *contra legem* o che comunque non avevano pienamente e rigorosamente applicato la legge, controllando solo però la correttezza della premessa minore del sillogismo giurisdizionale (viceversa consentirgli di controllare la maggiore avrebbe significato attribuirgli la sostanza del potere legislativo). Ma questo potere di emettere sentenze aventi portata generale fu giocoforza acquisito progressivamente dalla cassazione per effetto dello spontaneo adeguamento alle sue decisioni da parte dei tribunali inferiori. Troper conclude sul punto con la presa d'atto di una clamorosa eterogenesi dei fini: istituendo la cassazione « si voleva evitare la formazione di una giurisprudenza. Furono precisamente le istituzioni destinate a impedirla quelle che avrebbero permesso il suo sviluppo » (p. 195).

Anche su questi delicatissimi meccanismi procedurali, la costituzione dell'anno III lasciò immutate le soluzioni del '91 e del '93 e così l'organizzazione giudiziaria termidoriana rimase in buona sostanza la stessa che si era imposta con l'avvento della Rivoluzione.

6. *Il motore della Rivoluzione: la « grande peur » del « monstre parlementaire » nel rifiuto del « jury constitutionnaire ».*

Non poteva, del resto essere diversamente perché ciò che aveva determinato la politica giudiziaria dei costituenti rivoluzionari, fin dall'Assemblea dell'89 era stato lo spettro dello strapotere parlamentare di Antico Regime. Non si potrebbero trovare parole più adeguate a descrivere questo diffuso sentimento, una disposizione generale degli animi — ben più che l'adesione diffusa a un modello teorico e dottrinale — di quelle usate nella *séance* del 10 termidoro dell'anno III (28 luglio 1795) alla Convenzione da Dubois-Crancé; si tratta di un testo di grande importanza che stranamente Troper omette di citare per intero nella sua ricostruzione (sopprimendone la parte a mio avviso più significativa, che è comunque riprodotta nell'appendice documentaria: « Tutti i corpi — affermò il giurista nell'atto di difendere il precitato argomento che alla funzione giudiziaria non potesse essere appropriatamente attribuito il termine « potere » — tutti i corpi tendono all'usurpazione; *considerate ciò che erano i parlamenti nella loro origine, e ciò che hanno preteso diventare nei tempi posteriori* » (p. 489, corsivo mio).

Era questo, dunque, il vero *quid*, l'*argumentum terribile*, contro il quale nulla poteva essere più obiettato. E fu questo, in realtà, il vero

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

motivo del fallimento del tentativo di Sieyès d'introdurre un organo specificamente delegato a esercitare la giurisdizione costituzionale. La vicenda merita di essere discussa analiticamente non solo per l'oggettiva importanza che riveste nella storia del controllo di costituzionalità, ma soprattutto perché è rivelatrice di tendenze emotive profonde dell'*esprit révolutionnaire* e come tale ci racconta qualcosa di veramente decisivo per la comprensione del mutamento epocale che si determinò in quegli anni e sui suoi veri motivi, che stanno — lo si tocca qui con mano — ben oltre gli argomenti della propaganda rivoluzionaria e di là dagli *slogans* lanciati dall'abile regìa degli *idéologues*.

L'abate, che in un momento di modestia, come ricorda con sottile *humour* Troper, aveva affermato: « La politica è una scienza che credo di aver esaurito », aveva davvero una visione lungimirante in fatto di costituzione. Forse immodesto, di certo intempestivo e talvolta maldestro nella strategia politica, egli aveva però messo perfettamente a fuoco il nocciolo della questione individuando nella indispensabile istituzione di un organo di controllo l'indispensabile norma di chiusura del sistema costituzionale. Egli tuttavia comprendeva bene l'enorme difficoltà di far accettare una simile proposta. L'attribuzione di un potere di controllo sulla legislazione, sia pure in relazione a un testo costituzionale scritto, ricordava troppo da vicino le competenze dei parlamenti prerivoluzionari. Certo, a mente fredda si sarebbe osservato agevolmente che le differenze erano abissali. Ma com'è noto le emozioni giocano spesso nei contesti politici un ruolo assai più rilevante delle osservazioni ponderate e delle valutazioni razionali. Questo quadro delle condizioni era ben presente agli occhi di Sieyès. A tal punto che egli decise, con raffinatissima astuzia della ragione, di tentare una via impervia, ma l'unica a suo giudizio in grado di avere una qualche speranza di successo. Nacque così la complicatissima proposta d'istituire un « jury constitutionnaire » la cui struttura e il cui funzionamento furono nel disegno dell'abate volutamente farraginosi. Titolari del diritto d'impugnativa sarebbero dovuti essere tanto le minoranze nelle assemblee legislative quanto tutti i cittadini. L'organo giudicante, non a caso un « jury » e non una vera e propria magistratura, sarebbe stato composto da 108 giurati in carica per un triennio ma rinnovati ogni anno per un terzo con un meccanismo di autocooptazione.

Si dovrebbe credere alla follia dell'abate? O sposare la tesi della sua cervellotica megalomania? In realtà se si considera la situazione effettiva, ossia il contesto ideologico e psicologico delle *élites* rivoluzionarie, il progetto di Sieyès appare assai più finemente e politicamente 'razionale' di quanto non s'immagini a prima vista. Escogitare un congegno del genere, ai limiti dell'applicabilità, serviva a rassicurare spiriti ancora esacerbati dall'invadenza del potere giudiziario, un « monstre » incontrollabile e autoreferenziale che avrebbe mandato in frantumi i fragili equilibri che faticosamente l'incrocio tra pensiero filosofico-politico e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interessi socio-economici stava costruendo negli anni cruciali del processo rivoluzionario. La descrizione di Troper su questo punto è molto chiara, ma inopinatamente — ed è questo l'unico punto di parziale dissenso con chi scrive — non porta a consequenziali conclusioni le osservazioni svolte con il consueto acume. Ad esempio, egli sostiene giustamente che i progetti immaginati dall'abate e dagli altri costituenti « erano radicalmente incompatibili con l'insieme del sistema che essi stessi stavano costruendo » e che di conseguenza si determinò una situazione per cui vi era « nel contempo una necessità logica di concepire una garanzia » costituzionale attraverso un controllo sulla legislazione e « una impossibilità di realizzarla » (p. 198). Già. Ma perché vi era questa situazione di blocco? Quali erano le cause reali? Troper non fornisce una risposta alla domanda. Si limita a sottolineare con la sua innata eleganza espressiva che « l'istituzione di un jury costituzionale come quello immaginato da Sieyès, anche se non si trattava di una vera e propria corte costituzionale, non poteva che essere respinto dalla Convenzione » (*ibidem*). Aggirandosi nei dintorni del problema, ma quasi timoroso di affrontarlo di petto, aggiunge poi (la formula dubitativa e lo stile sfumato sono indici tipici della difficoltà irrisolta) che « se si possono comprendere le ragioni che hanno condotto Sieyès in un primo tempo a presentare un progetto d'insieme, poi a sviluppare la parte consacrata al jury abbandonando il resto » è invece totalmente « da chiarire come mai i convenzionali hanno accettato così facilmente di aprire una lunga discussione sul suo progetto, quando il lavoro costituente era già in fase molto avanzata, per poi respingerlo all'unanimità ». La risposta è quella che il loico Troper insegnerebbe a chiamare una pura « tautologia »: « In realtà — si risponde — se il progetto poneva un problema molto reale, esso si rivelava altrettanto radicalmente improprio a risolverlo » (pp. 202-203).

Non è questa certo la sede più opportuna per aprire o meglio proseguire una discussione avviata da lungo tempo. Ma a me sembra evidente che quel motivo individuato (anche se non focalizzato) da Troper stia nello spettro del parlamentarismo di Antico Regime. I *parlements* erano stati delle vere e proprie corti supreme di giustizia titolari di giurisdizione costituzionale (come credo di aver dimostrato in un recente saggio dedicato alla storia del giudizio di costituzionalità in Francia, apparso in due *tranches* sui numeri 7/2004 e 9/2005 del « Giornale di Storia costituzionale »). Su questo so d'incontrare ancora una qualche resistenza (invero sempre più attenuata) da parte dell'autore di questo eccellente *Terminare la Rivoluzione*. Forse è proprio questa 'resistenza' a considerare la giurisdizione parlamentare di Antico Regime come una vera e propria giurisdizione costituzionale la vera spiegazione dell'impossibilità di spiegare fino in fondo le ragioni del fallimento del progetto di Sieyès. Se infatti non si considera l'attività dei *robins* come attività di controllo della legislazione regia (con il linguag-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gio caro a Troper si potrebbe dire che nella monarchia assoluta erano paradossalmente i magistrati a disporre di un diritto di veto) allora si è poi impossibilitati a comprendere il perché durante la Rivoluzione si manifesti un'ostilità così pronunciata a ogni progetto in cui la funzione della magistratura (e perfino di una magistratura non composta da giudici professionali e in un'evidente difficoltà di funzionamento pratico) accennava a tendere verso una qualche (ancorché vaga e sfumata) forma di controllo sulla legislazione e attraverso di essa sulla direzione politica degli affari di Stato. Da questo punto di vista è evidente che se il progetto del geniale abate non venne accettato non fu affatto « *per* la sua evidente macchinosità » (come ha sostenuto Maurizio Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 117), ma *nonostante* quella macchinosità. Creata proprio per rassicurare gli animi, quella « macchinosità » non riuscì nell'intento perché aveva sottostimato la forza ancora prorompente della reazione antiparlamentare.

Come insegnava quel grande maestro di metodo storiografico che è stato Roland Mousnier, la soluzione è, come sempre nei problemi storiografici, nel lasciar parlare le fonti, nel lasciar emergere quasi autonomamente — come le figure tratte dai marmi di Michelangelo — il pensiero dei contemporanei. Se consentiamo loro di esprimersi liberamente, senza coartarne il senso filtrandolo attraverso le fitte griglie interpretative dei nostri pre-orientamenti, la realtà storica non tarderà ad emergere. Del resto, questo libro di Michel Troper si può ben considerare un capolavoro proprio di questo metodo improntato a una logica rigorosa e al tempo stesso libera da pre-giudizi sia filosofici sia storiografici: un ammirevole esempio di serissima avalutatività nelle scienze storico-sociali, che sa utilizzare le fonti appropriate e che conosce la straordinaria arte della citazione (uno degli stili più suggestivi che coinvolgono chiunque abbia passione per la ricerca delle cose passate). Sarà consentito domandarsi: perché non estendere un metodo così valido anche al problema del *jury constitutionnaire*?

7. *Un filosofo-logico davanti alle contraddizioni della storia.*

Qualche breve considerazione conclusiva per non lasciare il discorso fin qui tratteggiato sull'improbabile sentiero interrotto delle considerazioni puramente dedite alla discussione erudita, mi sembra più che mai opportuna. *Terminer la Revolution* è dunque un gran libro di storia concepito da un filosofo attratto nell'orbita della ricerca storiografica. E questo è di per sé un dato significativo che rivela quanto il clima euristico e intellettuale transalpino conservi ancora un ampio margine di vitalità, assai più dei nostri stanchi compartimenti stagni, delimitati da tanto rigidi quanto sempre più emaciati confini disciplinari che impediscono qualsiasi intelligenza complessa dei fenomeni giuridici, sociali, politici e culturali. Siamo di fronte a uno splendido esem-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pio di come nella patria di Braudel trionfi ancora la passione per la storiografia, capace di 'attrazioni fatali' in tutti i campi dello scibile. E di come si possa fare una 'filosofia *dalla* storia' piuttosto che dedicarsi ai metafisici trastulli, inutilmente complessi, di tanta nostra storiografia filosofeggiante dedita ad arrampicarsi ancora sugli scivolosi muri di specchi delle 'filosofie *della* storia'.

Chi conosce bene l'opera di questo intellettuale stilisticamente asciutto e nel contempo acutissimo nell'individuare i punti nevralgici della riflessione condotta a livello planetario sui maggiori problemi contemporanei del diritto e delle scienze politico-sociali non si può sottrarre alla sensazione che narrare di storia costituzionale è stato per Troper un privilegiato e difficilissimo banco di prova per applicare i suoi princìpi logici e i suoi prediletti metodi argomentativi nella concreta realtà della vita vissuta; quasi abbia voluto, egli, raccogliere e trasfigurare a suo modo la suggestione critica rivoltagli da François Furet nel 1992, quando il grande storico della Rivoluzione gli rimproverò con voluta ruvidezza di voler effettuare con i suoi concetti logici troppo rigorosi un « coup de force cathartique », e che in definitiva « si può facilmente mostrare che il dispositivo d'astrazione così elaborato non ha niente da dire della storia ».

In quest'opera Troper si prende la sua rivincita simbolica sul gigante della storiografia rivoluzionaria. Nel rammarico di non aver più l'interlocutore (Furet, com'è noto, è scomparso nel 1997), egli ha voluto dimostrare innanzitutto a se stesso che le categorie logiche di cui si è servito nella sua opera filosofica potessero essere molto utili e produttive anche nel campo dell'interpretazione storiografica. È così che tutte le figure stilistiche privilegiate da Troper — dal chiasmo al paradosso, dal sillogismo disgiuntivo alle proposizioni transitive o riflessive — vengono applicate con cristallino rigore agli eventi politici e ai loro riflessi nella produzione di atti normativi. In fondo è questo il vero motivo per cui un filosofo analitico e 'positivista' come lui si è cimentato con la ricostruzione storiografica: il suo intento era quello di mostrare che le strutture argomentative, quando sono rigorose e rispettano i nessi sincategorematici di consequenzialità logica, senza concessioni alla retorica o all'ideologia, sono in totale aderenza con il reale, anzi emergono da esso e perciò sono le strutture mentali più adeguate a descriverlo. L'accordo tra logica e storia è la vera posta in gioco di quest'opera che quindi è una implicita confutazione dell'astrazione di cui vengono spesso tacciate — *in primis* proprio dai positivisti del diritto — le discipline teoriche e filosofiche. Inferenze e correlazioni concettuali sono invece per Troper, alla sola condizione di essere rigorose, ossia depurate da influssi eteronomi, perfettamente in grado di spiegare la realtà degli eventi (si vedano al riguardo le acutissime riflessioni svolte a p. 113 sul tema classico del rapporto tra princìpi e scelte politiche).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Descrivere fenomeni storici mette sempre a dura prova le categorie logiche. Tutta l'opera di Russell, seguita da quella del suo 'allievo' Wittgenstein (per non osservare che due macrofenomeni intellettuali tra molti), si confrontò con questo rompicapo. Il mondo degli uomini, degl'interessi economici, delle agglomerazioni sociali e dei gruppi politici in lotta tra loro per la conquista del potere e dell'egemonia non è un casellario ordinato ma un magma ribollente, sempre pronto a debordare dai limiti logici e a contraddirsi se e quando questo possa giovare ai propri obiettivi. Le ideologie sono spesso (anzi regolarmente) al servizio d'interessi ben concreti e dunque gli *idéologues* sono sempre pronti alle più agili contorsioni retoriche ogni volta che questo serva a giustificare le disinvolte manovre imposte dalla strategia politica. Il logico astratto, il *purus logicus*, direbbe che questo oscillare, imprevedibile come la rosa dei venti, inquina le fonti storiche che andrebbero quindi 'depurate' da tanti interventi spurii. Ma le fonti non sono al servizio della logica. È, semmai, la logica che deve costruire continuamente se stessa per porsi al servizio di fonti diverse e spesso in ruvido contrasto tra loro. Il compito più affascinante dello storico è proprio quello di cercare negli anfratti, nelle pieghe dei discorsi e dei non-detti, nei linguaggi cifrati e nelle manifestazioni inconsce, nelle locuzioni 'tra le righe' e nei messaggi triangolari i punti di contatto e le correlazioni logiche, ma non di rado occulte, tra le fonti. Al contrario, chi intenda utilizzare la logica al servizio della comprensione del reale (e non piegare questo al servizio dell'astrazione mentale) studia e sperimenta nuove forme di collegamento tra i due livelli e forgia nuovi strumenti interpretativi o perfeziona, rendendoli più flessibili e aderenti alla realtà, quelli che possiede.

Fra tutte le stagioni della storia, la Rivoluzione francese è quella che offre il maggior numero di esempi a tal riguardo, costituendo un vero ginepraio di *revirements* e di trappole interpretative. Per questo Furet sosteneva che lo storico della Rivoluzione fa fatica a mantenersi 'neutrale', ed è chiamato al contrario continuamente a dar contezza della sua posizione ideologica verso i fenomeni analizzati. Nel descrivere i complessi mutamenti costituzionali intercorsi tra il 1791 e il 1795 e che culminarono nella redazione della costituzione dell'anno III, Troper viene a trovarsi più volte di fronte al momento più critico che si possa dare nella vita intellettuale (e forse non solo) di un logico dichiaratamente 'positivista': quello di spiegare (o anche solo di descrivere) i cambiamenti intercorsi e dar conto di quali siano quelli reali e quali quelli solo apparenti. Troper riesce in questo difficilissimo compito brillantemente. Ma non si fatica a comprendere perché quest'opera gli sia costata un supplemento di lavoro (e anche di tormento psicologico). Dar conto delle contraddizioni della realtà, infatti, attraverso l'uso di strutture logiche rigorose e la costruzione di un discorso consequenziale è impresa ardua — quasi al limitare dell'impossibilità — se si vuol

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

salvare l'essenziale congruità del discorso logico. Rinunciarvi sarebbe stato per Troper impossibile, pena la messa in crisi — proprio nell'atto d'interpretazione dei fenomeni concreti — dell'intera sua teoria dell'interpretazione, che sta a fondamento di tutta la sua teoria del diritto. Dunque un compito rischioso quant'altri mai per un teorico del diritto che ha fatto del positivismo logico il perno di tutta la sua proposta scientifica.

Convinto della irrinunciabile importanza della logica, ma fatalmente attratto dalle contraddizioni della storia, l'autore di *Terminer la Revolution* viene a trovarsi davanti a un bivio inesorabile nel momento in cui questi due mondi confliggono radicalmente tra loro. Così accade di fronte all'enigma della costituzione del 1795 che riproduce quelle del 1791 e del 1793 nei grandi princìpi di fondo, eppure assume un diverso carattere ideologico, improntato a un'immagine decisamente più conservatrice. Così accade, del pari, di fronte al paradosso per cui la Dichiarazione dei diritti (e quella parallela dei doveri) è obbligatoria, ma è priva di valore giuridico in quanto non è una legge propriamente detta. E così anche sulla questione della sovranità nazionale obbligatoriamente delegata (e si potrebbe discutere a lungo se la delega obbligatoria sia ancora una delega). E infine così è pure nel paradosso supremo: la costituzione è una norma obbligatoria e superiore perché è istituito un controllo di costituzionalità, ma una volta creato l'organo deputato a esercitare quel controllo, la costituzione non è più, a rigore, di per sé l'entità suprema dell'ordinamento, ma lo è solo per il tramite di quell'organo. Che diventa dunque, occultamente, il vero sovrano. Non è forse proprio questa metamorfosi della sovranità il problema più grande cui sono andate incontro tutte le società democratiche dei nostri giorni?

FRANCESCO DI DONATO

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A proposito di...

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

WHY *AMERICAN CONSTITUTIONAL HISTORY* IS NOT WRITTEN (*)

In Memory of Vine Deloria, Jr. (1933-2005).

> We (legal experts) are tempted to mix up two different logics, the logic of authority, and the logic of evidence. (…) A mixture of legal dogma and legal history is in general an unsatisfactory compound. (…) The lawyer must be orthodox otherwise he is no lawyer; an orthodox history seems to me a contradiction in terms. (…) If we try to make history the handmaid of dogma she will soon cease to be history.
>
> F.W. MAITLAND, 1888.

> If we try to make history the servant of the Constitution, they will soon cease to be history and Constitution.
>
> PARAPHRASE, 2006.

1. A creature without a history yet the character of a biography. — 2. Biography from slavery to freedom through patriarchy. — 3. History between indigenous Territories and non-indigenous States. — 4. Treaty as Constitution, Constitution as breach of Treaty. — 5. Other histories, other laws; other starts, other images. — 6. A specter looming over the United States origins. — 7. A piece of specifically constitutional, proudly legal historiography, along with indigenous law. — 8. National identity and constitutional history between exclusive delivery and shared biographies. — 9. Constitution past and present; people inside and outside. — APPENDIX: Proof of Life, the Exhibition.

1. *A creature without a history yet the character of a biography.*

Why the History of English Law is not Written is an old question successful enough to have been repeated for other, broader cases. It makes sense. In the legal field, history can be problematic; I mean well capable of being the source of thorny problems. If in addition it

---

* Apropos a self-named biography — not history — of the Constitution of the United States of America in the most solitary singular (n. 3, for full citation) and therefore looking for close company throughout the same American world and time — not elsewhere nor from any non-constitutional moment. As I am a go-between, I shall apologize to the people concerned — not everybody.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concerns law from the past and which is still in force, the predicament becomes extremely sensitive. History may show the contingency of law. History can jeopardize what might otherwise be held as an imperative and even a necessity for given law. In the field of constitutional history, the United States of America, this Union among States, might face such a problem right from its roots, just for upholding a rather ancient basic constitutional scripture, the 1787 Constitution (1).

Why American Constitutional History is not Written is a question that may shock and confuse, astonish and scandalize, alarm and offend, or even provoke hilarity, depending on how it is taken. Reactions are understandable. I apologize and beg for a little break. Please, stop worrying and keep reading. There are no good or bad questions, but rather answers that make sense or nonsense. The latter is what matters. And the best trigger for a demanding inquiry may be affected naïveté rather than acclaimed expertise. Yet I am serious. When posing the question, there is neither display of rhetoric nor reservation of conscience on my part. Give me time and place to elaborate my point. Let me deliver enjoyment or perhaps annoyance, depending on the reader's

(1) Frederic William MAITLAND, *Why the History of English Law is not Written*, Cambridge, Cambridge University Press (CUP from here onward), 1888 Inaugural Lecture as the Downing Professor at CU (H.A.L. FISHER, ed., *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Cambridge, CUP, 1911; last reprint, Gaunt, Holmes Beach, 1999, vol. I, pp. 480-497), a posthumously published conference to which my leading quote belongs, bearing a title famous in its own right and for giving occasion to a series of paraphrases equally biased out of self-interest like my own: Harold J. BERMAN, *Why the History of Western Law is not Written*, a chapter in his *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*, Atlanta, Scholar Press, 1993, pp. 23-33, advanced as *Introductory Remarks* to *A Symposium in Legal History*, in « University of Illinois Law Review », 1984, pp. 511-520; Wilfrid PREST, *Why the History of the Professions is not Written*, in G. R. RUBIN and David SUGARMAN (eds.), *Law, Economy and Society, 1750-1914: Essays in the History of English Law*, Abingdon, Professional Books, 1984, pp. 300-320; Charles DONAHUE Jr., *Why the History of Canon Law is not Written*, London, Selden Society, 1986; J.H. BAKER, *Why the History of English Law has not been Finished*, Cambridge, CUP, 1999; Bruce KERCHER, *Why the History of Australian Law is not English*, in « Flinders Journal of Law Reform », 7, 2004, pp. 177-204. The seminal conference of Frederic W. Maitland is now available on the web along with his complete 1911 *Collected Papers*: *http://oll.libertyfund.org/Home3/Book.php?recordID=0242.01.* « If we try to make history the handmaid of dogma she will soon cease to be history » is a verdict much quoted by legal historians, mostly out of context, that closest of the *orthodox lawyer* as a dramatic contrast, so depriving it of a greater bite: William S. HOLDSWORTH, *The Historians of Anglo-American Law* (CUP, 1928), Union, Lawbook Exchange (LE henceforth), 1994, extending the deactivation of Maitland's verdict to America. As far as I know, the question on unwritten legal history has never been applied to the American Constitution.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

initial stance. For my answer, whether right or wrong, is just what follows.

The question seems outrageous because there appears to be a lot of writing on ACH — American constitutional history. A great deal has certainly been researched and disclosed, checked and disputed, concerning the constitutional history of the United States of America. Whoever approaches this scholarly and somehow political field easily discovers that it is an authentic literary genre due to the range and intensity of its growth and the variety and abundance of its harvest. I do not dare to deny the blatant evidence (2), yet personally hold that American constitutional history does not exist or is not even about to put in an appearance. It has yet to be identified, let alone written. Needless to say, I do not refer to actual history — that which has taken place — but reflected historiography — what historians visualize, construe and narrate. Why — for what unexpected assault of foreseeable reasons — is what they write and publish, conceive and produce, not genuine ACH, not actual American constitutional history?

Let us start with the latest outstanding publication on the matter, which can lead us to a shortcut across the ports and routes, winds and tides, storms and quakes, of a vast historiography. I refer to a *biography* of the Constitution of the United States recently appearing at the end of the northern hemisphere summer of 2005. The author means it. It is not a lapse. He emerges as the biographer of a creature characterized by being constitutional. Here is his work, *America's Constitution: A Biography,* the biography of a still living subject over two hundred years old. The Constitution of the United States carries so much accumulated

(2) In mid April 2006, a search for « United States — Constitutional History » in the joint electronic catalogue belonging to the libraries of the ten campuses of the University of California together with various other academic and public ones in the same State (*http://melvyl.cdlib.org*) yields a list of 735 publications; put the other way round, I mean if we search by « Constitutional History — United States », 25.150 titles appear without rounding the figures up. By the time this is read, there will of course be more. And they will continue to increase. Why the order of the factors alters the product so much is, like so many aspects of computer performance, a kind of mystery to me. In any case the accurate number could be closer to the first rather than the second, where a clustering of the results of each separate phrase has probably occurred, but maybe throwing up further entries of interest for the constitutional history of the United States. And let us not rule out the possibility that some of the most incisive publications may escape the Californian site' s notice. The well indexed register of Kermit L. HALL (ed.), *A Comprehensive Bibliography of American Constitutional and Legal History, 1896-1979*, Millwood, Kraus International Publications, 1984, containing 68.063 entries, and with a supplement, *1980-1987*, published in 1991, adding 16.455, fully exceeds all the figures, mainly because of the inclusion of plainly legal items, often of constitutional interest, and journal essays, sometimes the most incisive material.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

experience on its shoulders that it can afford to be not just the subject of history but also the character of a biography. It is announced in a most personalized manner. It is *America's Constitution*, described thus, without any article and in the possessive form, and not the *American Constitution,* so as to make America the creature entitled to the Constitution which is biographized (3).

So, by way of biography, the United States of America becomes a living entity. It identifies itself through the Constitution, because, for want of a proper name or any other style for the character, that is how it comes to life. We may take for granted, without the slightest doubt, that *America's Constitution* means Constitution of the United States of America, a country with no proper name. As the aim is to biographize this nameless character, *America*, the imagining of an exclusive, constitutional personality seems plausible. Its appropriation of a name in order to become an identified polity is not what I am about to discuss in itself, but just as a constitutional need. For I shall argue, let it be clear all along that, not only in my opinion, *America's Constitution* is a brilliant account, maybe the best so far, of the history of the Constitution of the United States of America (4), or more precisely of the

(3) Akhil Reed Amar, *America's Constitution: A Biography*, New York, Random House, 2005, XII + 659 pp., 24 x 17 cm., ISBN 1-4000-6262-4 (for Contents, n. 10). I shall often quote simply *the biography* and *the biographer*. For a record of A.R. Amar's other publications, with some links to whole essays: *http://www.law.yale.edu/faculty/AAmar.htm. America's Constitution: A Biography* was exactly launched on September 19, 2005, at 6:30 p.m. in the Kirby Auditorium of the National Constitution Center, Philadelphia, Pennsylvania (*http://www.constitutioncenter.org/PressRoom/PressReleases*). The first review was authored by Scott Turow: *Everything is Illuminated*, in « The Washington Post », September, 25, 2005 (search in *http://pqasb.pqarchiver.com/washingtonpost/search.html*; the famous novelist is not a Yale alumnus: S. Turow, *One L: The Turbulent True Story of a First Year at Harvard Law School*, 1978, New York, Warner Books, 1997). The following December, it was recommended as a holiday gift on the site of *FindLaw: Legal News and Commentary* (*http://writ.news.findlaw.com/amar/20051223.html,*). Some critical blogs on the biography and the biographer are available, on George Mason's University's *History News Network* (*http://hnn.us/blogs/entries*); from a review by Richard Primus in « The New Republic » (April 27, 2006; *http://www.tnr.com*; *http://www.powells.com.review*), on anonymous *Positive Liberty* (*http://www.positiveliberty.com/index.php*); etcetera (as comments will keep increasing, you may google or yahoo further on your own). For a *colloquium* on the biography (along with Jed Rubenfeld, *Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law*, Cambridge, Harvard University Press, HUP hereinafter, 2005), « The Yale Law Journal », 115, 2006, pp. 1975-2010. On the date of this issue (June, 2006, or rather upon the receipt three months later), I bring my exploration to a close.

(4) For the moment, suffice it to add that A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, was granted, in the book category, the 2006 American Bar Association Silver

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

changing meaning of some of the main texts among the tangle which have made up American constitutionalism.

The biographer himself points it out in his way, with the purpose of identifying his subject. He warns that he is exclusively concerned with the *written Constitution*, not merely because it is *written*, but also and above all because it is *Constitution*, proposed, elaborated, discussed, agreed, established, and enforced as Constitution in the strictest sense. Substitutes do not qualify however much they behave as such. This makes it necessary to exclude a fair amount of material which is usually regarded as the best representation of American constitutionalism. The biographer refers to discarded elements, starting with federal Supreme Court jurisprudence, often taken as the expression par excellence of United States' Constitution and the most up-to-date display of American citizens' rights (5). The biographer perceives that jurisprudence, even that of the Supreme Court, is *unwritten Constitution,* obviously not because it is *unwritten*, but because it is not part of the founding or amended scripture. It does not belong to the constitutional canon (6). Like calling *Ad Fontes!* (Let's go to the sources!), we are led *ad Constitutionem* (Back to the *written Constitution*!). Let us go exclusively and directly to the Constitution in order to see exactly what it says in itself, rather than other legal or historical sources, no matter how reputable they may be in the very constitutional field, or how much credit they might not only hold but even merit (7).

Gavel Award for Media and the Arts, whose proclaimed purpose (*http://www.abanet.org/publiced/gavel*) is « to recognize annually eligible entries and communications media that have been exemplary in helping to foster the American public's understanding of the law and the legal system ».

(5) *GPO Access* (*http://www.gpoaccess.gov*), federal site for the official press (GPO stands for *Government Printing Office*), it presents a principal section for the *Constitution of the United States* which leads firstly to the federal Supreme Court's jurisprudence (material published in printed form under the title *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation. Analysis of Cases Decided by the Supreme Court of the United States*) and only afterwards to the Constitution itself, together with the Declaration of Independence, as if the former lacked some piece and they were constitutional twins.

(6) A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, p. 477: « Thus we need at least one more book to start where this one ends, giving readers a detailed account of America' s *unwritten* Constitution », with said consideration or rather disregard for the federal Supreme Court's jurisprudence. By now, there is even a working title for this second book: *America' s Unwritten Constitution: Between the Lines and Beyond the Text* (A. R. Amar, *An Open Letter to Professors Paulsen and Powell*, p. 2102, in « The Yale Law Journal », 115, 2006, the colloquium quoted in n. 3, pp. 2101-2110).

(7) Focusing on constitutional texts for two imperative reasons, both legal and historiographical, and starting out by warning that the text itself as original may prove

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The biography encompasses the history of the content of strictly constitutional documents, that of the Constitution of the United States, written in the summer of 1787, coming into force, after debates and ratifications by the member States, in 1789, plus the Amendments which have been made throughout time, without ever touching a single comma of the founding document. That is the history of the Constitution's seven original articles, with their twenty-four sections altogether, besides the preamble to start with, and of the twenty-seven Amendments between 1791 and 1992, the year of the last one to date. I employ initial capitals for constitutional norms and institutions. It is literally the history of these texts, of their contents as living texts, analyzed and explained in their original context of birth and also in the changing context of their development and mutations, that is, in the series of contexts which may bring about changes of meaning and even purpose. Here is the first *Biography* of that constituent creature and constitutional character, *America's Constitution*, according to its own accreditation and documentation of positions and actions (8), not to what it could be lumbered with by farther practice, even that of the very same federal Supreme Court's jurisprudence, or by other more or less official, more or less reliable treatments, including historiographical ones (9).

---

problematic (A. R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, p. 479), is not an improvised idea: A.R. AMAR, *Our Forgotten Constitution: A Bicentennial Comment*, in « The Yale Law Journal », 97, 1987, pp. 281-298; extending to jurisprudence, *Intratextualism*, in « Harvard Law Review », 112, 1999, pp. 747-827; *Architexture*, in « Indiana Law Journal », 77, 2002, pp. 671-700; for further discussion on the occasion of two conferences, one on *Constitutional Fidelity* and on *Textualism and the Constitution* the other: *A Few Thoughts on Constitutionalism, Textualism, and Populism*, in « Fordham Law Review », 65, 1997, pp. 1657-1662; *Textualism and the Bill of Rights*, in « George Washington Law Review », 66, 1998, pp. 1143-1147.

(8) On the back flap Laurence H. TRIBE introduces the book: « I was about to describe *America's Constitution* as the best biography ever written about the U.S. Constitution — until it occurred to me that it's the *only* real biography of that remarkable document... Amar's biography of our nation's founding document fills a huge void » (his italics). Without a shadow of any irony, in the aforementioned colloquium on the biography, it is presented by a panelist as « the best book about the Constitution in two hundred years », « an absolutely spectacular, magnificent work of scholarship. It is encyclopedic in its knowledge, dazzling in its insights, definitive (or nearly so) in its treatment of topic after topic, lucid and comprehensive without being ponderous, pretentious, or tedious in the slightest »; « there is, almost, nothing wrong with this book »: Michael Stokes PAULSEN, *How to Interpret the Constitution (and How Not To)*, in « The Yale Law Journal », 115, 2006 (n. 3), pp. 2037-2066.

(9) If there is another biography of the American Constitution, it would be the work in progress by Bruce ACKERMAN, *We the People*, vol. I, *Foundations*, vol. II, *Transformations*, Cambridge, HUP, 1991-1998, but its distinguishing mark is that it does

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

With this selective bundle of texts which in themselves alone cannot weave a complete canvas, the biography is clearly able to thread a constitutional history, the United States federal constitutional history (10).

The appearance of this scoop, the first biography of *America' s Constitution*, offers a good opportunity to pose the question, if I am allowed, as to why this constitutional history does not exist at all, *why American Constitutional History is not written*. Not wishing to run any risk of being accused of word play, I shall state what I understand by constitutional history strictly speaking. It is that which is of course concerned with freedom's rights, but as they are recognized and guaranteed by polities and policies (11). In any other case, without this qualification of specifically legal existence, it would be mere philosophy or simple doctrine projected over time, an ordinary academic task

---

not identify constitutionalism with the strictly constitutional documents, to the point of perceiving that in the constitutional history of the United States there have been non textual mutations — like the New Deal which we shall refer to — of greater importance than many of the formal Amendments. For information about publications by B. Ackerman, the non textualist biographer of the American Constitution: *http://www-.law.yale.edu/faculty/BAckerman.htm.*

(10) A. R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, is ordered by means of a simple and efficient sequence of chapter headings as Contents: I. *In the Beginning*; II. *New Rules for a New World*; III. *Congressional Powers*; IV. *America' s First Officer*; V. *Presidential Powers*; VI. *Judges and Juries*; VII. *States and Territories*; VIII. *The Law of the Land*; IX. *Making Amends*; X. *A New Birth of Freedom*; XI. *Progressive Reforms*; XII. *Modern Moves*. Nevertheless, as we shall find out, it may be controversial.

(11) Let me add a hint regarding constitutional language. Because of the obsolescence of fundamental aspects of American constitutionalism, which we are about to face, I do not always adopt its characteristic wording, like, for instance, *privileges and immunities* for *rights and guarantees*, since the former held the meaning and may hold the feeling of exclusivity which the latter does not embrace or even rejects. I also adopt my own rules on initial capitals, as explained. Especially from Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), whose influence reaches detractors and not only supporters (Justine BURLEY, ed., *Dworkin and his Critics: With Replies by Dworkin*, Malden, Blackwell, 2004, and with Dworkin's bibliography), the American language has been updated to some extent for constitutionalism rather than constitutional history. For accurate historiographical work, you must abide by past language of course, even for spelling, but the problem lies in the usual unawareness of changing legal meaning of identical language in a different context throughout constitutional history, from 18th to 21st centuries. As for *American*, it does not mean the same as *Americano*, since the former stands for the United States citizen and the latter for people of all the Americas. *America* in English may hold an exclusive meaning regularly absent from *América* in Spanish. Yet I do not argue here about the *American* abusive use. I only deal at the end with its constitutional dimension, as already warned.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

which does not interest us at present. The literature we are interested in begins precisely to define itself according to the political body which it takes into consideration: constitutional history thus American, in the meaning of pertaining to the United States of America. Thus we also have British or French, Spanish or Mexican constitutional histories. Whenever a title in this literary genre lacks a political adjective, it is because it is understood that different polities are compared or common trends are drawn. Constitutional history deals with given institutions regarding human liberty — with freedom's rights and guarantees not in theory, but in practice, however established. So, American constitutional history is the legal history of United States of America so far as it affects American people, all American people' s liberties and rights. This is what I am now concerned with. This is what I maintain does not exist and is not about to be born. In order to prove this, I shall not take institutions themselves into consideration; instead I shall observe legal rights to identify constitutional devices of a time past bearing relation to human liberty for good or ill. Human bondage will be the opening concern of course.

Let me warn that it is not my aim to give any state of the art account. I am not about to attempt an exhaustive survey, but carry out a selective reflection. I am even dealing with only one publication, the biography, yet together with several others so as to prevent its character from feeling lonely. *America's Constitution: A Biography* could suffice to ponder its true kind of deepest solitude, that of non-existence. ACH is not even about to be born. Here lies my aim. At the moment I am not so much concerned with what might be some individual achievements or shortcomings, those belonging to this American Constitution's biography, as with some possibly collective challenges and troubles, pertaining to ACH — American constitutional historiography on the whole. It would be a fine problem not only for a single biography if it turns out that the subject — American constitutionalism strictly identified — does not exist, or lacks the consistency to lead its own life or direct other lives. I restrict myself to this. I am not even giving a fair account of the work which serves as my operational base, the biography.

If you, reader, prefer to understand it in a different light, I am not going to deny that I seize *America's Constitution: A Biography* as an excuse for both survey and reflection. A life story is a good excuse to wonder whether the representation exists or may come to life rather than about the very being of the character involved. What is in the subject of the true existing American constitutional history, including biography? Now at least we have both a *written Constitution* and a written biography for an unwritten history — the missing genuine ACH if there may be just one in the singular. Let us take advantage of the mirror to reach for the image and reflect on the disillusionment of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

running into the frame and colliding with the glass. Thank you, biographer. Thanks to the people who helped (12). I owe them a great deal, yet in the end, I alone am responsible for form and content, for good or bad manners and insightful or harebrained discussion, needless but pertinent to say (13).

2. *Biography from slavery to freedom through patriarchy.*

The United States Constitution's most immediate source is found in other Constitutions interrelated in time and coextensive in space, those of the member States — also then with an initial capital — which resisted federalism endowing powers over them and which, after fiery debates, would finally ratify that 1787 document as a common Constitution. The evidence is worth stressing when undertaking the history of federal constitutionalism (14). Otherwise we run the usual risk of taking it for the sole and only United States constitutionalism. State constitu-

---

(12) During the academic year 2005-2006, a stay in the Universities of Arizona and California, as a guest of the Indigenous People' s Law and Policy Program in Tucson and the Robbins Collection in Berkeley, offered me appropriate means and a suitable environment for research. My gratitude therefore to Jim Anaya and Rob Williams in Tucson and to Laurent Mayali in Berkeley, as well as to respective computing, library and administration employees who helped and whose names I keep in mind too. My thanks also to Marcel Hénaff in the Department of Literature at the University of California, San Diego, La Jolla campus, for organizing a seminar on my current work. I gratefully remember the people who made comments then and after. At my University, in Seville, my thanks for willingly taking charge during my sabbatical year go to its present legal history faculty; in first name alphabetical order, Antonio Merchán, Carmen Muñoz de Bustillo, Carmen Serván, Jesús Vallejo, Luís Rodríguez-Piñero, Mª del Mar Tizón, Pablo Gutiérrez Vega and Raquel Rico. Between Arizona and Andalusia, L. Rodríguez-Piñero also assisted me with the preparation of this essay. Moira Bryson was of great help with the English language which I translated into American, at times even of the colloquial kind, trying her patience.

(13) I have willingly forgotten only one name, that belonging to a legal historian presently at the History Department of Stanford University who kindly contacted me by an invitation to a presentation and lost interest seemingly when she realized that there was no enthusiasm from the law faculty regarding the subject I proposed. Guess what it was. Bingo: *Why American Historical History is not written*, so exposed that amazingly the wink at a classic went unseen and no irony was grasped. Yet even to her I am thankful, as it was then when the idea of a historiographical survey came to me along with the derivative title and I thought of asking American legal counterparts for a little break. Take it easy, folks. I take full responsibility.

(14) Marc W. Kruman, *Between Authority and Liberty: State Constitution Making in Revolutionary America*, Chapel Hill, University of North Carolina Press (UNCP from now onward), 1997; John J. Dinan, *The American State Constitutional Tradition*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tionalisms in the plural, the constitutional variety of the member States, are here to stay from the beginning. This detail may be crucial to a starting point and entire course. As federal and even empowered, 1787 constitutionalism does not take powers from State inner self-government in any substantial degree at that time. Neither does it grasp constituent power regarding freedom's rights. For judicial guarantees, as far as they were really given, not only the States' Supreme Courts but also even local Juries were by then more relevant than the federal Supreme Court (15). All in all, let it be clear from the start that *America's Constitution* may not have ever matched United States constitutionalism. The former never encompasses the latter.

Between such coordinates marked by the concurrence of State Constitutions and not by the loneliness of United States Constitution, even the beginning itself proves more problematic than supposed by the birth of a document in the singular, the federal one. The biography commences with the 1787 Constitution and therefore with its first words: *We the People*, emphasizing right away and moreover in the conclusions what it considers to be its libertarian inspiration and democratic character (16). Is this a good start? Does this representation actually respond to constitutional origins independently of posterior developments, or even taking them into consideration? Does it help to give an account of the federal Constitution and its signification in the original and changing contexts of the State Constitutions? For the moment, do not expect me to go into other very different beginnings of

---

Lawrence, University Press of Kansas (UPK from here onward), 2006. Now there is an extended edition of Willi Paul ADAMS, *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era*, Lanham, Rowman and Littlefield (RL from now onward), 2001 (original, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit. Die Verfassungen und politischen Ideen der amerikanischen Revolution*, Darmstadt, Hermann Luchterhand, 1973).

(15) John V. ORTH, *The Judicial Power of the United States: The Eleventh Amendment in American History*, New York, Oxford University Press (OUP from here onward), 1987; for the jury, Shannon C. STIMSON, *The American Revolution of the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton, Princeton University Press (PUP from now on), 1990.

(16) A. R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, p. XII: « Our history begins — where else? — at the beginning, with the Constitution's opening sentence » and thus with the phrase *We the People*; p. 472: « I argue that the Preamble' s words and deeds made clear that the Constitution was essentially democratic ». In the biography itself there is some comparison with State Constitutions by 1787 so as to prove that the federal one turns out to be democratic, but which would not appear to endorse the description even in relative terms, as I hope we shall see. We have already seen that the initial epigraphs fluctuate, as usual, between religious-type genesis and paradise: I. *In the Beginning*; II. *New Rules for a New World*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

United States constitutionalism, even in the strictest original, literal sense desired by the biographer. Beforehand I must situate you, attentive reader, in the picture for due introduction at least of the cast. Otherwise it would be bad manners.

From the very start the 1787 Constitution is not a lonely planet covering a round orbit, but a satellite in a constellation where multiple ellipses move and interweave. Federal constitutionalism is the newcomer from the beginning. It was derivative and dependent. It derived from and depended on State constitutionalisms for the nuts and bolts of institutional mechanisms concerned with freedom's rights and guarantees. It was so at least during the decades when the greatest annihilation of human liberty was maintained, slavery of course. The fact that States held on to constituent power concerning guarantees for rights also meant that they kept control regarding slavery itself. If freedom's rights are the basic sign of constitutionalism, the very least we can do is to begin with the possibility of their complete absence in their own time, that of the constituent starting point. Previous history in the background does not concern us now.

The 1787 Constitution is a scripture which takes great care not to use pro-slavery wording or even the S-word itself — slavery of course (the S-word shall only be used by the United States Constitution for the purpose of abolition). To what extent this Constitution was in point of fact committed to it is best seen if one considers its roots and dependence on State constitutionalisms. The biographer however does not need to go deeply into them as the original basis of the federal one in order to grasp the point. His way of beginning — *We the People*, a liberty and democracy loving people — does not mislead the biography as regards slavery. In his opinion the 1787 opening is *slavocratic* as well as democratic (17). As a matter of fact, prior to undertaking the biography, the biographer was already well aware that slavery is a key point for a lengthy first stage of United States constitutionalism, the federal side included. He is certain that it was so, even to the extent that it not only disturbed but also prevented the Union from recognizing and guaranteeing freedom's rights, the distinguishing mark of consis-

(17) A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, references in the Index to *Slaves, Slavery* and also *Slave trade*, particularly pp. 87-98, deeming slavery as « an expanding rot at the base of America' s system », and rating the regime as *slavocratic*, in his word, stronger than pro-slavery as it points to more than a trend or bias, which may distinguish the publication. Information *about this book* on the internet from Random House (*http://www.randomhouse.com/catalog*): « We also learn that the Founder's Constitution was far more slavocratic than many would acknowledge ». Etymologically, slavocracy is quite an awkward composite since it encompasses English and Greek roots and furthermore contradictorily, as it literally means government by enslaved people, though it obviously refers to the opposite, enslavers' rule.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tent constitutionalism (18). For better or for worse, rights were still in State hands, and so was slavery. If there existed an early working agenda of the constitutional kind in the United States, it was due to the State, not federal, side.

The prevailing image over time is however different. Against the current, it needs to be stressed that the federal Constitution was born not only under the sign of slavery, but as a pro-slavery creature. Slavery is not just camouflaged by its linguistic display, it is even guaranteed by its institutional mechanisms. The biography admits that slavocracy was there, though not to the extent of a more specific bibliography (19). If it were to do so, the panorama might change dramatically from the start and follow a more extensive itinerary than that of slavery itself. In the context of a constitutionalism based on the latter's recognition and guarantee, with private property as a fundamental right reaching the human sphere, I mean the appropriation of human beings, the most then and today reputedly libertarian stances could be the most deeply committed to slavery. They were. And they did not disguise it either. There was full knowledge. It is prospective historiography and retrospective constitutionalism which become blind later on. The emblematical name of Jefferson is proof enough (20).

Slavery was a burden for constitutionalism while it existed, and possibly after the emancipation, even after the definitive abolition which was conducted on a federal scale by means of constitutional Amendments, not through changing the 1787 Constitution itself. In any case it occurred in terms which were not only discontinuing but also constructive (Amends. XIII to XV; 1865 Amend. XIII, sect. 1: « Nei-

---

(18) A. R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press (YUP from here on), 1998, stressing the subtitle's binomial in this precise meaning which discriminate between slavocratic and emancipating times, State and Union constitutionalisms concerning rights.

(19) Paul Finkelman, *An Imperfect Union: Slavery'b8 Federalism, and Comity*, Chapel Hill, UNCP, 1981; *Slavery and the Founders: Race and Liberty in the Age of Jefferson*, Armonk, M. E. Sharpe, 1996.

(20) For his literal unmasking as both President and constitutionalist against current and still predominant portraits, Conor Cruise O'Brien, *The Long Affair: Thomas Jefferson and the French Revolution, 1785-1800*, Chicago, University of Chicago Press (UChP hereafter), 1996; Garry Wills, *'Negro President': Jefferson and the Slave Power*, Boston, Houghton Mifflin (HM from now onward), 2005. The first contains an incisive review of previous literature along those critical lines: C. C. O'Brien, *The Long Affair*, pp. 255-276. Just like *slavocratic*, as we have seen, *Negro president* does not mean of course that there ever was one, you know. Jefferson was branded so in his lifetime to signify his slavocratic stance, that is, his pro-slavery tendency not just as a private person, but also as a Virginian politician and United States ambassador, secretary of state, vice-president, and third president.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ther slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States or any place subject to their jurisdiction »; here is the use of the S-word by the American Constitution). The threefold set of abolition Amendments was geared towards implementing principles of equal rights and due process as commitments so in common over and above State constitutionalisms. From now on, after this about-face, both Union and State constitutionalism undergo a change. The biography grasps and explains its extent beyond face value. The abolition of slavery marks a true constitutional watershed in the United States of America. Hitherto, despite the insinuation of the 1787 Constitution (article 4, section 2, paragraph 1: « The citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities in the several states ») (21), there had been no possibility of a United States citizenship whose rights might be directly recognized and duly guaranteed by a constitutionalism in common — the federal one. Afterwards it is the opposite story, although it always remains one and the same 1787 Constitution, one and the same founding scripture (22). You, present-day American citizen, are used to appreciating this continuity, but what if it were not taken for granted?

Quite a lot more happens straightaway, a matter of vital concern to rights and hence the United States constitutionalism now shared by State constitutionalisms. The federal Congress, after some effort, would deceive the mandate expressly entrusted by the abolition Amendments to legislate for the guarantees of freedom's rights hampered by the effects of slavery (Amends. XIII, sect. 2; XIV, 5; XV, 2: « Congress shall have power to enforce » them « by appropriate legislation »). The federal Supreme Court would take over, abiding by the abolition Amendments contrary to its own preceding slavocratic stance of course (23), yet altering their constitutional intent as it went along. Its

(21) The exact, well-known constitutional references may be useful here since A.R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, has an Appendix reproducing the whole corpus of the *written Constitution*, the Constitution and its Amendments, with indication, in the margin, of the pages of his volume dealing with each passage.

(22) A.R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, pp. 349-401, together with the second section of *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction* (n. 18), so we can save ourselves the extensive constitutional and historiographical debate on the so-called *incorporation* of the first set of federal Amendments to State constitutionalisms through abolition Amendments, the former in the long run thus being transmuted, with no literal change, into a general declaration of rights from a list of limits to federal powers. Some bibliography shall be registered below.

(23) P. Finkelman (ed.), *Slavery and the Law*, Madison, Madison House (MH from here on), 1996 (re-edition, Lanham, RL, 2002); Austin Allen, *Origins of the Dred Scott Case: Jacksonian Jurisprudence and the Supreme Court, 1837-1857*, Athens, Univer-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

jurisprudence now exalted the property right together with privacy rights, as an essential value worthy of federal protection, to the detriment of personal liberty (24). On their side, taking advantage of the final leniency of the federal Congress for all but a century, States would maintain and even recuperate power to establish regimes harmful to freedom's rights through Constitutions or rather otherwise, similar to what would later and for other parts be named apartheid. The federal Supreme Court supported it (25).

The biographer does not pursue the twists and turns of these evolutions and departures, because to his way of thinking, jurisprudence, legislation, and politics are not *written Constitution*. Moreover, he does not deal with State constitutionalisms as such. Yet in the same constitutional field, there was more yesterday than meets the eye today. Supreme Court jurisprudence may not be *written Constitution* by strict law, but it is so — Constitution as much as written — in plain fact yesterday as today. By disregarding it, an essential part of actual American constitutional history is completely lost or practically concealed in an obscure background. It ought to be a decisive piece of the Constitution's biography since it affects freedom's rights, even in the strict federal area (26).

---

sity of Georgia Press (UGP from now on), 2006; Mark A. GRABER, *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*, Cambridge, CUP, 2006.

(24) William E. NELSON, *The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, Cambridge, HUP, 1988; David A.J. RICHARDS, *Conscience and the Constitution: History, Theory, and Law of the Reconstruction Amendments*, Princeton, PUP, 1993; Mark E. BRANDON, *Free in the World: American Slavery and Constitutional Failure*, Princeton, PUP, 1998; Pamela BRANDWEIN, *Reconstructing Reconstruction: The Supreme Court and the Production of Historical Truth*, Durham, Duke University Press (DUP from now on), 1999; Frank J. SCATURRO, *The Supreme Court's Retreat from Reconstruction: A Distortion of Constitutional Jurisprudence*, Westport, Greenwood (GP hereinafter), 2000; Robert J. KACZOROWSKI, *The Politics of Judicial Interpretation: The Federal Courts, Department of Justice, and Civil Rights, 1866-1876* (1985), enlarged edition, New York, Fordham University Press, 2005.

(25) Add to the just registered references Jane DAILEY, *Before Jim Crow: The Politics of Race in Postemancipation Virginia*, Chapel Hill, UNCP, 2000; Jerrold M. PACKARD, *American Nightmare: The History of Jim Crow*, New York, St. Martin's Press (MP from here on), 2002 (pp. 7 and 14: « Jim Crow came to be the most general term for American racial segregation and discrimination »; « Jim Crow wasn't a *who*. It was, at its core, a structure of exclusion and discrimination devised by white Americans to be employed principally against black Americans — though others felt its sting as well, not least Hispanics and Asians, and even white who opposed it »); Richard WORMSER, *The Rise and Fall of Jim Crow*, New York, MP, 2003.

(26) Desmond KING, *Separate and Unequal: Black Americans and the US Federal Government*, New York, OUP, 1995; Ira KATZNELSON, *When Affirmative Action Was*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

There is yet more. Constitutional commitment to slavery was still able to bear effects among federal and State emancipations at the very moment of abolition and afterward. The emancipating process started early, from the time of independence in some States, as some others even hindered private emancipation. Public emancipation was usually carried out with indemnity for the loss of slave ownership, and ended through the federal Amendments with no compensation for the violation of fundamental rights because of slavery, not for the benefit of former slave-owners, but enslaved people themselves of course. This lack of reparation is not only due to property rights taking precedence over other more basic liberties through the federal Supreme Court's jurisprudence, but also to political determination that slaves become proletariat or sharecroppers rather than small owners or independent workers. In short, emancipation never led to actual liberty with shared guarantees for equal rights and due process (27).

Check the biography. In limiting itself to its character's productions as *written Constitution*, it creates quite an attractive mirage in comparison with the pieces of evidence. Without direct compensation for ownership in its case, federal abolition provides the narrative to cause a partial eclipse, I do not say at all a denial (28), of the long remaining history necessary to know the actual aftermath of the final abolition of slavery through constitutional Amendments, and not through a new nuclear Constitution in full replacement of the 1787 slavocracy's rule.

Why then the constitutional ellipsis? I mean that if the change was to be so profound according to the Amendments, it is not easy to understand the procedure through constitutional reform that does not touch a single letter of the 1787 scripture (Amendments are appendixes after all) instead of a new Constitution or constitutional construction under the new principles, which was also suggested, even in Congress,

---

White: An Untold Story of Racial Inequality in Twentieth-Century America, New York, W.W. Norton (WN from here on), 2005.

(27) Arthur Zilversmit, *The First Emancipation: The Abolition of Slavery in the North*, Chicago, UChP, 1967; David W. Cohen and Jack P. Greene (eds.), *Neither Slave nor Free: The Freedman of African Descent in the Slave Societies of the New World*, Baltimore, John Hopkins University Press (JHUP from now onward), 1972; Gary B. Nash and Jean Soderlund, *Freedom by Degrees: Emancipation in Pennsylvania and its Aftermath*, New York, OUP, 1991; Donald G. Nieman, *From Slavery to Sharecropping: White Land and Black Labor in the Rural South, 1865-1900*, New York, Garland, 1994; Rebecca J. Scott, *Degrees of Freedom: Louisiana and Cuba after Slavery*, Cambridge, HUP, 2005.

(28) A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, particularly references to *Jim Crow* in the Index.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

when the final abolition took place (29). Finally, there has been a textual continuity which casts a thick shadow over times both preceding and following the emancipation. From that moment on, the biography does not dwell so much on the gloomier aspects of its character's path, as if strict slavery were the exclusive hindrance. Now, redeeming the slavocratic past, the biographer enhances the Constitution's democratic image as an *intergenerational project*, not just the founding generation's (30).

Pay heed to this portrait of the American Constitution being raised by a sequence of generations rather than born by a single one since it is a true key for its biography. In general terms the strategy tends to historically resolve the more sinister moments with references to a brighter future as well as historiographically achieve a balance through the support or the contrast of neither the most blind nor the most insightful literature (31). If there is originality, it does not lie in the

---

(29) Earl M. Maltz, *Civil Rights, the Constitution, and Congress, 1863-1869*, Lawrence, UPK, 1990, p. 147, for the suggestion that « anything for Human Rights is constitutional »; p. 18, for the reasoning, ever in the Congress, though this one uttered by the pro-slavery party so as to hinder the proceedings, that the aim and extent of an abolition Amendment (the final XIII) called for changes in the very Constitution, which as a matter of fact, successive Amendments (XIV and XV) tried to substitute.

(30) A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, pp. 279-280 and, concluding, p. 476: « as America's Constitution is a democratic and intergenerational project — the product of many minds over many years... ». Since it may be a key for the biography, I shall revisit more than once this idea of an *intergenerational project* as a redeeming device for *America's Constitution*.

(31) As regards the key question of slavery, the main authority for relying on and discussing throughout the respective biography's notes is not the aforementioned P. Finkelman, the author of *An Imperfect Union* and *Slavery and the Founders* (n. 19), and editor of *Slavery and the Law* (n. 23; from his extensive work, let us add an anthological series of scholarly articles edited by him, *Race, Law, and American History, 1700-1990*, New York, Garland, 1992: vols. I, *African-Americans and the Law*; II, *Race and Law before Emancipation*; III, *Emancipation and Reconstruction*; IV, *The Age of Jim Crow: Segregation from the End of Reconstruction to the Great Depression*; V, *The Era of Integration and Civil Rights*; VI, *African-Americans and the Right to Vote*; VII, *Struggle for Equal Education*; VIII, *Race and Criminal Justice*; IX, *Lynching, Racial Violence, and the Law*; X, *African-Americans and the Legal Profession in Historical Perspective*); but Don E. Fehrenbacher, *Constitutions and Constitutionalism in the Slaveholding South*, Athens, UGP, 1989; posthumously, *The Slaveholding Republic: An Account of United States Government's Relation to Slavery*, completed and edited by Ward M. McAfee, New York, OUP, 2001. The latter, Don E. Fehrenbacher, is noted for his pains to underestimate federal commitment to slavery once he has quite frankly recognized it. Usual historiography disregarding slavery, overstating its exclusion in Territories along with early emancipation by some Northern States, or putting all the blame on Southern

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

methodological device, but the thorough implementation. The escape resorts are the usual ones in constitutional historiography when up against overwhelming obstacles such as slavery. A selective bibliography, the more legal the better, really helps. Is it bad manners to point this out? The biographer, in concentrating on his character, may have no need to accumulate references to all effects, or take particular notice of debates on all sides; in fact, he gives plenty of both, but his criterion for selection is never apparent. We are not dealing here with individual achievements or shortcomings, but historiographical trends and biases, yet the biography does not always facilitate scrutiny of historiography which may be essential for its purpose as well as ours (32).

There were unresolved questions which might turn up and even stand out after the abolition as a sort of surprising consequence. Such is the case of women's status. The biographer shrewdly points out the relationship between slavery and the subjection of free women, mainly if married, on the same legal grounds. It is a circumstance that he had already drawn attention to (33). The biographer's handling is to be expected. The biography does not enter into the constitutional origins and legal extent of sex discrimination. Ever favorable to the character, the account never completely surrenders to evidence. If it were to do so, an image would be further tarnished and a practice would become apparent. The Constitution was patriarchalistic as well as slavocratic, no less. The pro-slavery stance bore a patriarchal dimension. Patriarchalism was upheld as something natural and hence forming the very basis of the constitutional system. Although the granting of rights to women was discussed as a possibility together with slavery abolition, emancipation went only half way in this aspect too (34). Another contamination

---

States is useless for the biography of course, but a critical account is challenging and would have been most appropriate, especially regarding constitutional history. We shall check Territory regime, the overstating of which is shared by the biographer himself.

(32) A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, pp. 465-477, *Postscript* on method and subject, which I will check further of course.

(33) A. R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction* (n. 18), references to *Women (Fourteenth Amendment)* in the Index.

(34) Laura F. Edwards, *Gendered Strife and Confusion: The Political Culture of Reconstruction*, Urbana, University of Illinois Press, 1997; Ami Dru Stanley, *From Bondage to Contract: Wage Labor, Marriage, and the Market in the Age of Slave Emancipation*, Cambridge, CUP, 1998; Sandra F. VanBurkleo, *'Belonging to the World': Women's Rights and American Constitutional Culture*, New York, OUP, 2001; Nikki Mandell, *The Corporation as Family: The Gendering of Corporate Welfare, 1890-1930*, Chapel Hill, UNCP, 2002; Sibyl A. Schwarzenbach and Patricia Smith (eds.), *Women and the United States: History, Interpretation, and Practice*, New York, Columbia University Press, 2003. Add E. M. Maltz, *Civil Rights, the Constitution, and Congress, 1863-1869* (n. 29), references to *Women* in the Index. The question of minors' status is

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of servitude occurred with labor contracts, also unresolved by abolition. Male and female hired workers were legally regarded as servants under patriarchal rule. Even in constitutional terms this status for labor was able to endure through jurisprudential defense of ownership facing labor after the abolition, when the federal Supreme Court awarded private and even corporate property a greater protection than personal liberty then received (35).

Redemption for *America's Constitution* is always to be found in this biography. For women's sake, constitutional self-redemption could have arrived through a much later twentieth century Amendment, though it only contemplated limited rights, which actually failed. For the biography, the further broadening of women's legal rights would in turn redeem the failure of that general one on gender as well as rescue from other discriminations (Amend. XIX) (36). In spite of his perspicacity and with the strategic help of selective sources, the biographer's

---

of course of non minor interest: Holly Brewer, *By Birth or Consent: Children, Law, and the Anglo-American Revolution in Authority*, Chapel Hill, UNCP, 2005.

(35) Martin J. Sklar, *The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916: The Market, the Law, and Politics*, Cambridge, CUP, 1988; Karen Orren, *Belated Feudalism: Labor, the Law, and Liberal Development in the United States*, New York, CUP, 1991; Robert J. Steinfeld, *The Invention of Free Labor: The Employment Relation in English and American Law and Culture, 1350-1870*, Chapel Hill, UNCP, 1991, pp. 122-183; Christopher L. Tomlins, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge, CUP, 1993; A.D. Stanley, *From Bondage to Contract: Wage Labor, Marriage, and the Market in the Age of Slave Emancipation* (n. 34); Karen Orren, *Master and Servant Law and Constitutional Rights in the United States during the Nineteenth Century: A Domain-Specific Analysis*, in Willibald Steinmetz (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany, and the United States*, Oxford, OUP, 2000, pp. 313-334; Michael J. Phillips, *The Lochner Court, Myth and Reality: Substantive Due Process from the 1890s to the 1930s,* Westport, Praeger, 2001; Nancy Cohen, *The Reconstruction af American Liberalism, 1865-1914*, Chapel Hill, UNCP, 2002.

(36) A.R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, also through the Index, with entries for *Gender* and *Women*, and subentries on *Women* in the items on abolition Amendments, and a specific item for *Nineteenth Amendment*, the one concerning women's limited rights (1920, sect. 1: « The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of sex »); add p. 457 for reference to the project of Equal Rights Amendment, the famous ERA (1972, sect. 1: « Equality of rights under the law shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of sex »), whose failure the biographer deems redeemed by the evolution of the Supreme Court's jurisprudence, ready for substitution since the abolition, along with state constitutional or statutory enactments: « The (1972) proposal might be said to have been overtaken by events », these very events that are not strict or *written Constitution* for the viewpoint of the biography. Check Alice Kessler-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

affection towards his creature is too strong to go beyond favorable evidence for the long term, particularly after the abolition. He even acknowledges the bias with an uncalled-for excuse. The shortcoming of teleology may work. He perceives this, yet shows his optimistic view of the past through the enhanced image of a present time, as if the latter were the natural development of the former instead of being the contingent product of resistance and opposing struggles, of adjustment or rather repentance and rectifications not always by Amendments. The reference he tries in vain to hold at bay is Whig history, « a tale of inexorable progress » (37), the constitutional historiography which imagines liberties reaching back to medieval times, mainly as a peculiar British history whose institutional outcome would be opposed rather than continued by the United States and whose legal product would become the reverse, upheld rather than discontinued in America (38).

In a biography which is somehow aware of its creature' s undemocratic and not so libertarian, or better still, inhuman original stances, as slavocratic and patriarchalist, such a marked relapse is striking, in spite of the same biographer's protestation concerning Whig history. The only explanation is that the character of the biography is alive, it is loved, and furthermore, the biographer thinks it may thus escape criticism for a lifetime career which is not actually very distinguished in important aspects. Through the idea of the Constitution as an *intergenerational project*, the biography may presume the best for the present for substituting the worst of the past. On these redemptive grounds, how could actual ACH be written? We still have to check further beyond the very biography.

HARRIS, *In Pursuit of Equity: Women, Men, and the Quest for Economic Citizenship in 20th-Century America*, New York, OUP, 2001.

(37) A. R. AMAR, *America' s Constitution: A Biography*, p. 468: « Doubtless, some sophisticated readers may be tempted to dismiss my general account as *Whig history* — a tale of inexorable progress », as if the problem lay here, in this qualified Manichaeism, instead of in simple teleology, the Whig stance after all. For the involuntary demonstration, suffice it to reread the opening, no need to do so in a sophisticated way: *In the Beginning* and *A New Birth of Freedom*.

(38) For revealing studies on the historiography referred to, the Whig one, P. B. M. BLAAS, *Continuity and Anachronism: Parliamentary and Constitutional Development in Whig Historiography and in the Anti-Whig Reaction between 1890 and 1930*, La Haya, M. Nijhoff, 1978; James VERNON (ed.), *Re-reading the Constitution: New narratives in the political history of England long nineteenth century*, Cambridge, CUP, 1996; Ken I. KERSCH, *Constructing Civil Liberties: Discontinuities in the Development of American Constitutional Law*, Cambridge, CUP, 2004. Later we shall see some controversial and more or less Whig historiography regarding the constitutional relation between Great Britain and United States.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *History between indigenous Territories and non-indigenous States.*

It turns out that the history of the United States Constitution must cover more than the Constitution itself, extending at least to State constitutionalisms. If federal constitutionalism becomes isolated and infatuated as *America's Constitution*, then historical and present understandings emerge as unfeasible. The biography is aware of this and takes it into account ([39]), but there is insufficient basis to contemplate the entire constitutional history of the United States as a complex dialectic among concurrent constitutionalisms, State and federal, unequally presided over time and place by the latter. Historiographical commitment itself is completely imbalanced. Not even one State constitutionalism has produced a historical literature like the federal one, or has even come close to it. Thus also the image of United States constitutionalism as intended by the biography has been created and enhanced ([40]).

Nowadays, there is no want of historiography emphasizing the significance of State constitutionalisms that in concurrence, of course, with the federal one, particularly in the aftermath of the abolition of slavery, have always held power which, for better or worse, affects freedom's rights. Against the prevailing vision and established custom in their own field, without mentioning the outside world, there is now a certain awareness that no United States constitutional history can be achieved without the constitutional histories of the member States ([41]). For this reason alone and despite its attempts to heed some interfaces, a biography of *America' s Constitution*, like any history of United States constitutionalism, is premature and biased. It is not a proper subject of research or for display. It lacks viability separately, as a different history with respect to so many histories which are no less constitutional as they

([39]) A. R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, pp. 467 and 469: « I seek to locate the federal Constitution against the backdrop of its state constitutional counterparts »; « I have continued to treat state constitutional practice as a useful baseline, with brief attention to international norms ». I shall discuss later the international dimension which the biographer in fact does not acknowledge.

([40]) The quoted (n. 2) *Comprehensive Bibliography of American Constitutional and Legal History*, that edited by K. L. HALL, can be sufficient, although not up to date, for verification. Easier to check, Leonard W. LEVY, Kenneth L. KARST, and Dennis J. MAHONEY (eds.), *American Constitutional History: Selections from the Encyclopedia of the American Constitution*, New York, Macmillan, 1989.

([41]) Heed J. J. DINANY's style of title, *The American State Constitutional Tradition* (n. 14), dealing with the origins. Let us recall that the first American major treatise on constitutional law preceded the 1787 Constitution and dealt with State Constitutions in comparison with foreign regimes: John ADAMS, *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America against the Attack of M. Turgot in his Letter to Dr. Price* (1787), Clark. LE, 2001, a multivolume response.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

develop on their own soil, the original and the conquered from coast to coast and even beyond. The biography's creature is an organ — although eventually, for the moment, the principal one — of a multi-dimensional body, not a body, simple or not, in itself.

Again there is more. It is acknowledged in a chapter of the biography, *States and Territories*. Inside the United States in the past as in the present there are not only *States*, but also *Territories.* They differ because the former and not the latter are political bodies with their own constitutional powers, legislative, executive and judiciary, as full and equal members of the United States. Although provided with some lower kind of the same capacities and institutions, Territories are subject to federal powers. Contrary to the quite common habit of leaving them out of constitutional history, the biographer sensibly takes the Territories into consideration, although in fact under the biography's limiting perspective, that of the federal Constitution (42).

The constitutional reference is twofold, one explicit and the other implicit; firstly the provision for incorporation of new States, which would mainly be formed from Territories, along with the granting of federal powers over the latter (art. 4, sect. 3, par. 1: « New states may be admitted by the Congress into this union... »; and par. 2: « The Congress shall have power to dispose of and make all needful rules and regulations respecting the territory or other property belonging to the United States... »; alongside art. 1, sect. 8, clause 17, investing the Congress with legislative power over federal property); secondly the availability of claims for expeditious return of runaway slaves (art. 4, sect. 2, par. 3: « No person held to service or labour in one state, under the laws thereof, escaping into another, shall, in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labour, but shall be delivered up on claim of the party to whom such service or labour may be due », taking for granted that the Territory rule could not do otherwise for this specific point of fugitive slaves). Neither the 1787 Constitution nor any of its Amendments are concerned with anything more regarding Territories. The constitutional *written* profile turned out to be even lower or rather higher as the second reference was implicit and, in fact, controversial since the Territory rule tended to exclude slavery from the Territories (43).

At any rate, substantive Territory regime was not provided by formally constitutional rules even though concerning constitutional rights. It is a detail which must be noted and the biography does so

(42) A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, pp. 247-281, chapter seventh as we know.

(43) P. Finkelman (ed.), *Slavery and the Law* (n. 23); Gary Lawson and Guy Seidman, *The Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History*, New Haven, YUP, 2004.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

summarily and somehow contradictorily (44), whereby straying from the rule about strictly abiding by the *written Constitution*. The biographer has to do so certainly from time to time. No matter how hard he strives, there happens to be no way of producing the exclusive history of such a character, *America's Constitution*. Let us hold on to that for what remains to be seen of eclipses and blind spots, cover ups and silences, as they are not always nor mainly due to historiographical dependence on constitutional sources.

From the beginning Territory regime in fact granted constitutional rights, but only for colonizing people while being insufficient in number to establish a new member State which would take responsibility for its citizens' standing, the former settlers'. But the Territory regime did not deal with uninhabited lands to be populated from scratch. People were there, and not a dispersed population but peoples forming communities and polities. Territory regime tends to disregard this human presence (45), pretending ignorance of the fact that the concerned peoples held political relations with the United States, usually even through Treaties in terms of agreements among Nations in the plural. Let us use capital letters here because all of this affected rights, the rights of both people and peoples, harmfully those — individual as much as collective ones — disregarded by the United States Territory regime. The constitutional significance of such Treaties might be not inferior to that of the Constitutions themselves, State and federal. Of course, I refer to the long set of Treaties between Indian Nations and United States, which bear constitutional value in themselves and even more by comparison (46). It is visibly so if compared with the plan for invasion and domination, dispossession and displacement, or even extermination, mapped out by Territory regime that disregards this human presence, which has been justly described as a form of colonial constitutionalism or rather, better denoting the continuity, constitutional colonialism.

---

(44) A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, p. 265: « Free-soil statutes like the 1789 Northwestern Ordinance Act and the 1820 Missouri Compromise Act were textbook examples of the due process of law », stressing the contrast with the constitutional stance as regards the said claims for runaway slaves whether across State borders or to the Territories themselves without due process at all, whose extension to the latter the biographer overlooks precisely when highlighting Territory rules as « textbook examples of due process of law ».

(45) Check the most specific constitutional approach to Territories' acquisition and regime: G. Lawson and G. Seidman, *The Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History* (n. 43), pp. 13 and 102, noting and avoiding the point; pp. 103 and 189-201, effectively overlooking it as regards rights.

(46) For the most complete record, Vine Deloria Jr. and Raymond J. DeMallie (eds.), *Documents of American Indian Diplomacy: Treaties, Agreements, and Conventions, 1775-1979*, Norman, University of Oklahoma Press (UOP hereinafter), 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indians — American indigenous persons and indigenous peoples with such a colonial name — are mainly concerned, though in the long run it does not affect their case exclusively (47).

An early Territory Ordinance is the 1787 Constitution's twin sister. Allow me to lavish capitals whenever rights are concerned. While the text of the Constitution was discussed and finally elaborated by a Convention, the 1787 Territory Ordinance was in parallel produced by the regular Congress, that of the Confederacy, the former constitutional system of the independent United States (48). This Territory Ordinance contains a substantial recognition of rights and guarantees, something that the United States Constitution would not yet incorporate. It addresses migration to and colonization of the Territories with a view to encouraging settlements through the granting of liberties. Regarding the established people, indigenous of course, it offers words of good will and promises of a beneficial legislation, United States' naturally, as if those peoples lacked polities, laws, and rights, all this together with the veiled threat of war if they did not agree. Later Ordinances or equivalent regulations for other Territories, like Treaties receiving them from foreign States, European or not, would not show so much concern (49). With at least one remarkable exception that we shall see,

---

(47) E. Robert STATHAM Jr., *Colonial Constitutionalism: The Tyranny of United States' Offshore Territorial Policy and Relations*, Lanham, Lexington Books, 2002, yet explicitly disregarding the formation of Territory rule in the American continent, before extending offshore. For G. LAWSON and G. SEIDMAN, *The Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History* (n. 43), American *constitutional imperialism* does not entail or even excludes colonialism. Compare Ward CHURCHILL, *Perversions of Justice: Indigenous Peoples and Angloamerican Law*, San Francisco, City Lights (CL henceforth), 2003, since this set of essays on continental and overseas constitutional colonialism pays in addition attention to the continuity of Territory regime. I shall return to this link.

(48) Peter S. ONUF, *Statehood and Union: A History of the Northwest Ordinance*, Bloomington, Indiana University Press (IUP from here on), 1987, yet not concerned with the effect of Indian deprivation either. This is of course the Ordinance that A.R. AMAR, *America' s Constitution: A Biography*, labels as one of the « textbooks examples of due process of law ».

(49) The 1787 Ordinance is worth quoting regarding both Indians and slavery. Sect. 14, art. 3: « ... The utmost good faith shall always be observed towards the Indians; their lands and property shall never be taken from them without their consent; and, in their property, rights, and liberty, they shall never be invaded or disturbed, unless in just and lawful wars authorized by Congress; but laws founded in justice and humanity, shall from time to time be made for preventing wrongs being done to them, and for preserving peace and friendship with them » (thus, the very first things intended to be taken from them were their rights and laws, only United States regulations and « lawful wars » being forecast); sect. 14, art. 6: « There shall be neither slavery nor involuntary servitude in the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

that of the Treaty of Guadalupe Hidalgo between the United States and Mexico, those Territory regulations would tend to plainly ignore indigenous presence (50).

There is an added aggravating factor, if it can be described in this way. Those people so adversely affected by the 1787 Ordinance were not aliens, if such a thing might ever have existed in the midst of humankind. There was close interaction with them, commercial as well as political; the latter even of a confederative nature through Treaties (51). The British colonies had participated in Confederacies with Indian Nations, with an initial capital also for these Confederations as the rights of both parties, indigenous and non-indigenous, were concerned (52). The very first formal Confederacy of the new independent United States was open to the incorporation of Indian Nations through representatives in the Congress agreed by Treaties. There are at least a couple of documented samples of these agreements explicitly contemplating Indian representation in United States Congress, namely Cherokee and Delaware, before 1787 (53).

Here was an alternative constitutional horizon through Treaties and Confederations unilaterally cancelled by the United States by

---

said territory, otherwise than in the punishment of crimes whereof the party shall have been duly convicted. Provided, always, that any person escaping into the same, from whom labor or service is lawfully claimed in any one of the original States, such fugitive may be lawfully reclaimed and conveyed to the person claiming his or her labor or service as aforesaid » (thus, in accordance, as we know, with the 1787 Constitution, art. 4, sect. 2, par. 3, though it referred only to States and was not still in force). The text is available on various websites, more reliably in the collected *Documents in Law, History, and Diplomacy* of the *Avalon Project* at the Yale Law School: *http://www.yale.edu/lawweb/avalon/avalon.htm*, which is also worthwhile visiting for other documents due to appear.

(50) Max Farrand, *The Legislation of Congress for the Government of the Organized Territories of the United States, 1789-1895* (1896), reprint, Buffalo, William S. Hein (WH from now onward), 2000.

(51) Richard White, *The Middle Ground: Indians, Empires, and Republics in the Great Lakes Region, 1650-1815*, Cambridge, CUP, 1991; Alan Taylor, *The Divided Ground: Indians, Settlers, and the Northern Borderland of the American Revolution*, New York, Alfred A. Knopf (AK from now onward), 2006.

(52) Francis Jennings, *The Ambiguous Iroquois Empire: The Covenant Chain Confederation of Indian Tribes with English Colonies*, New York, WN, 1984; Daniel K. Richter and James H. Merrell (eds.), *Beyond the Covenant Chain: The Iroquois and their Neighbors in Indian North America, 1600-1800*, University Park, Pennsylvania State University Press (PSUP here after), 2003, an enlarged edition with a historiographical discussion, pp. XI-XVIII.

(53) V. Deloria Jr. and R. J. DeMallie (eds.), *Documents of American Indian Diplomacy: Treaties, Agreements, and Conventions* (n. 46), vol. I, pp. 12-102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

means of the 1787 Constitution along with the Ordinance of the same year. Let us take notice. There was a *We the Peoples* in the plural before *We the People* in the singular, a kind of *We the Peoples of America* in constitutional concurrence prior to *We the People of the United States* in constituent exclusivity. Nothing of this is even hinted at in the biography. Once we are clearly outside the *written Constitution*, is it the lamentable effect of the textual method used to identify the subject and no more? I am not very sure. There are plenty of signs that we are witnessing a sleight of hand not only by the biographer but also by the constitutional environment, scholarly and political, in which his work is embedded and built up. It is not bad manners to point it out. If this is in effect not an isolated, individual failing but a cultural, collective deficiency, its interest turns out to be of the utmost importance for our survey and reflection.

Step by step, almost phrase by phrase, the biography follows the texts of the *written Constitution* in a close examination of all its significant expressions. The biographer cannot escape Indian clauses, if there are any. Other ever elusive indirect references aside, the Constitution comes closer to contemplating the position of indigenous peoples from the United States perspective in the passage concerning legislative powers: « The Congress shall have power… to regulate commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian tribes » (art. 1, sect. 8, clause 3). Here, in this very provision lies the whole dilemma of the United States' final determination to constitute itself as an exclusive entity among the variety of peoples previously existing in the same territory. These are somehow pejoratively named *Tribes*, yet like a kind of third genus among foreign *Nations* and member *States*, closer to the former than the latter. On one hand there is commerce *among* the member States, and on the other, *with* Nations and Tribes, the outside or so it would appear, because there were indigenous peoples also inside the boundaries of the States making up so far the United States. Furthermore, Treaties were signed with such Indian peoples in terms of international relations, these peoples being deemed in English as *Nations*, as well as *Tribes*, by these bilateral or multilateral agreements.

Like so many other parts of the biography, such a clause on *foreign Nations*, *several States*, and *Indian tribes* could have provided the chance to come to grips with the complex question on constituent entities and constitutional characters which is of undoubted initial importance. Nevertheless the biographer has little to say about the Indian presence. On five occasions he deals specifically with the regulation of commerce, making it clear that the importance of the clause goes beyond international trade, concerning both congressional powers and foreign relations. It is not just a *commerce clause* as it is ordinarily called. Yet only on one of those five occasions are *Indian tribes* referred

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to, without tackling or even identifying the underlying question of their constitutional standing of a different kind — a third genus — among foreign Nations and internal States from the United States perspective (54). *Tertium non datur*? If not, why are *Indian tribes* not *foreign Nations*? The least we can say is that it is an opportunity missed by the biography, for there is no other phrase in the *written Constitution*, including all the Amendments, that deals with *Indian tribes*, or according to Treaties, *Indian Nations*. And the biography does not even mention these formal agreements with Indian peoples — formal even from a constitutional standpoint. Article I, section 8, clause 3 was undoubtedly where their presence could have been admitted and dealt with, precisely where it is silenced. How could such negligence occur in an account which is so meticulous with all the relevant statements of a *written* corpus?

The explanation might be found in the biography's account itself. Let us take a look at its extravagant references to Indian people. By extravagant I mean what the word means, that is, out of place. They are not in the appropriate context according to the very logic of the biography. And they are not many for the past and present constitutional importance of the question. As we know, the verification is meaningful since it may indicate the stance not just of an individual author but also of a whole constitutional culture, that of the United States. The fact is that in a book on the history of the United States Constitution over five hundred pages long, only on four occasions do we find extremely brief references to the constitutional status afforded to Indians; a little handful of insignificant phrases and miserly allusions amongst thousands of corpulent paragraphs and generous references to other not always so momentous issues (55). It is a failing that might not compare unfavorably in a political and academic environment where there is an abundance of constitutional accounts which are even more

(54) As we know, A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, has a useful Appendix with the *written Constitution* and marginal notes indicating the pages dealing with each constitutional passage. For the unique occasion of reference to the inclusion of *Indian tribes* in the commerce clause, p. 108, note, simply registering the 1790 Act to Regulate Trade and Intercourse with the Indian Tribes, whose assumptions, close to those of Territory regulations, and aim, were complementary to them. The biography just mentions the act, disregarding content and context.

(55) *Indians, Indian tribes* is the Index labeling for fifteen, or really eleven references, since one is repeated, one other must be added (p. 621, above all for its references to essays concerning the later grant of United States citizenship without Indian consent, which I shall touch on), and three refer to consecutive pages. Most of the ten or so are occasional and elusive like the already mentioned concerning the commerce clause.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

miserly in this respect. Yet we now refer to the *written Constitution*. The biographer does, doesn't he?

We are essentially informed by the biography that « Indian reservations » exist and that they do so as « entities of distinctly diminished constitutional status » by virtue of the fact that United States citizenship is withheld from *Indians not taxed*, both by the Constitution (art.1, sect. 2, par. 3: « Representatives and direct taxes shall be apportioned among the several states which may be included within this Union, according to their respective numbers, which shall be determined by adding the whole number of free persons, including those bound to service for a term of years, and excluding Indians not taxed, three-fifths of all other persons… », the latter, euphemistically, slaves of course, so as to over-represent slaveholders) and by one of the abolition Amendments (1868, Amend. XIV, sect. 2: « Representatives shall be apportioned among the several states according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each state, excluding Indians not taxed… ») (56). Take heed of the biographer's wording: *entities of distinctly diminished constitutional status* meaning Indian peoples enclosed in reservations. It may sound familiar, but there is no support for either the conception or the expression in the whole corpus of the *written Constitution* — the biography's body.

The 1868 Amendment is the same one that produces federal citizenship by declaring « all persons born... in the United States » as citizens on an impossible equal footing, impossible as long as patriarchalism legally existed (sect. 1: « All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws ») (57). When dealing with this federalization of citizenship, the biographer omits the indigenous exception or rather any reference to the complete constitutional silence about the existence of Indian Nations, most of them in reservations by then. The fact was that Indians were neither

(56) A. R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, p. 439, further referring to the frustrated 1866 Civil Rights Act, not to the constitutional phrasing and judicial construction on *Indian tribes*, which I shall return to, either as art. 1, sect. 8, clause 3, or by the name of commerce clause.

(57) For the persistence of patriarchalism at postemancipation time, which made it impossible for any legal equality then particularly concerning not only former slaves, but also women, let me refer again (n. 34) to L. F. EDWARDS, *Gendered Strife and Confusion: The Political Culture of Reconstruction*; A. D. STANLEY, *From Bondage to Contract: Wage Labor, Marriage, and the Market in the Age of Slave Emancipation*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qualified for United States citizenship nor belonged to polities whose citizenship was acknowledged by the United States. This is what the silence meant. Since silence is not *written Constitution*, the biography keeps quiet.

Indian reservations are not in the United States and subject to them? When the biographer considers it further on, he takes notice of the indigenous omission by the citizenship Amendment and reduces it to a gap. He now, out of place, offers the absurd idea of comparing the case with that of the embassy-born offspring of diplomatic staff, not « subject to the jurisdiction » of the Unites States. Like foreign Nations' delegations, Indian reservations would be extraterritorial facilities (58). Were it really taken seriously, and once the diminished and degraded constitutional status of the Indian reservations in the bosom of the United States is mentioned, indigenous constitutionalism should be dealt with; a specific constitutionalism with an entire, varied history between confederative practice through Treaties and the confinement to reservations by the United States counterpart. The constitutional reference to *Indian tribes* in the biography should have made it plausible. But this is exactly what is avoided. It is worthwhile pointing out that this is not owing to a lack of knowledge, as research is available.

What is the legal support, for the United States, of the idea and practice of *Indian reservations* as entities with a particular *constitutional status*? Within Territories from coast to coast new States have emerged, and in an even greater number, Indian Reservations. Let us use the initial capital as Indian rights are affected or rather ignored. The biography deals with the Territories but not the Reservations, although their existence cannot be overlooked. Why does the omission not stand out? It is a matter of the cultural implications of United States constitutionalism regarding a jurisprudential tradition which refers to the right of conquest for reducing Indian peoples to *domestic dependent Nations*, thus situated under the guardianship of the United States, unilateral and final arbiter of the very Treaties that might be subscribed between the tutor and its wards — United States and Indian peoples. Thus the former pretends to be lord of the law and master of war for the latter (59). It is a legal tradition of the colonial variety, proceeding from pre-constitutional times, but which was explicitly adopted early on in the United States by the federal Supreme Court's manipulation of the constitutional reference to *Indian tribes*. Hence, between outer Nations and inner States *domestic dependent Nations* were intro-

(58) A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, pp. 351, 381 (this one for the grouping together with diplomacy), 430, 439 already quoted, and 621.

(59) David E. Wilkins, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking of Justice*, Austin, University of Texas Press (UTxP from here on), 1997.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

duced (60). In this way then the third genus was defined. Despite the biography, the degraded constitutional and legal status of the Indian Reservations in the bosom of the United States originates on this constitutional ground — the phrasing on *Indian tribes* — more precisely than from the couple of mentions concerning *Indians not taxed* (61).

The constitutional reference may suffice to make the difference, whether to individuals — *Indian not taxed* — or peoples — *Indian tribes* or according to Treaties, *Nations*. It is not a case just of legal exclusion or cultural discrimination, but territorial conquest and constitutional domination. It is about peoples or nations and not just individuals or groups. Legal exclusion and cultural discrimination by the United States might be even positive if it could imply respect for Indian law and indigenous rights, showing consideration for territories and polities, but this is not the case. In the biography, *Indians not taxed* supplant and conceal *Indian tribes* and hence *Nations*. So neither a single example of indigenous constitutionalism nor even the constitutionalism in common with the United States through Treaties shows up.

It cannot be said that the biographer does not keep his promise to be faithful to his creature' s documented, official life, the *written Constitution,* where not even the federal Supreme Court's jurisprudence is included. But not all seems transparent procedure or even fair play. Is it bad manners on my part to show the signs? The indigenous presence is treated as no other human appearance in the constitutional field is, by avoiding the issue in the light of the documented evidence. Wherever convenient the biographical account collates external references to the constitutional body strictly speaking, the *written Constitution*, taking care for the information to match up in order for the explanation to be satisfactory. The main exception no doubt refers to the mention of *Indian tribes* in the commerce clause, whose actual significance can only be explained through Supreme Court's decisions — like that making up *domestic dependent Nations* — which the

(60) Robert A. Williams Jr., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, New York, OUP, 1990; Tim Alan Garrison, *The Legal Ideology of Removal: The Southern Judiciary and the Sovereignty of Native American Nations*, Athens, UGP, 2002; Lindsay Gordon Robertson, *Conquest by Law: How the Discovery of America dispossessed indigenous peoples of their lands*, New York, OUP, 2005; Stuart Banner, *How the Indians Lost Their Lands: Law and Power on the Frontier*, Cambridge, HUP, 2005.

(61) John R. Wunder, *« Retained by the People »: A History of American Indians and the Bill of Right*, New York, OUP, 1994; D.E. Wilkins and V. Deloria Jr., *Tribes, Treaties, and Constitutional Tribulations*, Austin, UTxP, 1999; D.E. Wilkins and K. Tsianina Lomawaima, *Uneven Ground: American Indian Sovereignty and Federal Law*, Norman, UOP, 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

biography leaves aside (62). Only with regard to Indian peoples does it prove to be blatantly careless as well as extremely awkward. It is the carelessness and awkwardness, to say the least, of an entire constitutional culture, that of the United States, whose greatest challenge is posed by that indigenous presence, a challenge practically insurmountable for the past and present terms of United States constitutionalism, federal and all (63).

The shadow looming over the constitutional history is the one already identified by wondering *Why the English Legal History is not Written*: « If we try to make history the handmaid of dogma she will soon cease to be history », or rather, if we substitute Constitution for dogma in accordance with the current legal faith, « if we try to make history the handmaid of the Constitution it will soon cease to be history ». There are still people who stress further the legal dogma through the Christian religion along with United States Constitution making history the servant of cultural supremacism (64). Let us take the opportunity to point out that in the British context, the indigenous question is today viewed as a real challenge for some legal and even constitutional historiography after a long period of a purely supremacist perspective (65). Do not expect our biography to take notice of these

(62) The Index of A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, includes an item on the *commerce clause* with a subentry on *broad reading of*, which might give rise to Supreme Court's construction on the mention of *Indian tribes* by that clause — the broadest, strangest, and most obstinate judicial reading ever made of any constitutional phrase. No way. The biographer's only concern (pp. 107-108) is for the extended meaning of the word *commerce* to allocate powers between the Union and the States.

(63) R. A. Williams, *Like a Loaded Weapon: The Rehnquist Court, Indian Rights, and the Legal History of Racism in America*, Minneapolis, University of Minnesota Press (UMP henceforward), 2005.

(64) I refer to H. J. Berman, *Why the History of Western Law is not Written* (n. 1), as well as F.W. Maitland, *Why the History of English Law is not Written*, where the verdict comes from. As for H. J. Berman's stance, a piece of debate on my part is available: *De la religión en el derecho historia mediante*, in « Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno », 15, 1986, pp. 531-549.

(65) Julie Evans, Patricia Grimshaw, David Philips, and Shurlee Swain, *Equal Subjects, Unequal Rights: Indigenous People in British Settler Colonies, 1830-1910*, Manchester, Manchester University Press, 2003; P. G. McHugh, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status, and Self-determination*, New York, OUP, 2004. See the lecture (n. 1) of B. Kercher, *Why the History of Australian Law is not English* (on the web: *http://www.law.mq.edu.au/html/staff/kercher/Castles.htm*; add *http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000-1/kercher/#fn3*: *Where the Future Meets the Past: Pre-1900 New South Wales Case Law on the Web*, in « Journal of Information, Law, and Technology », 2000). Some more specifically constitutional studies I shall quote below.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trends outside the mainstream of constitutional history, despite their undoubted importance for an understanding of the United States constitutionalism which after all belongs to British colonialism's offspring in America.

4. *Treaty as Constitution, Constitution as breach of Treaty.*

Neither a *written* nor an *unwritten* Constitution is sufficient unless we have a very broad idea of the latter variety, even beyond documents as it affects culture. Constitutional history is bound to become wide-ranging enough to specifically comprehend the Treaties between and with indigenous Nations, a much more generous understanding than that of the biography of the United States Constitution which identifies America at their expense just like that. The biography of the United States Constitution can simply be titled *America's Constitution*. The very name *America* not only supplants a whole continent, but also cancels the presence of the indigenous peoples of America itself or rather, for that matter, the United States themselves. Concerning the histories of documents holding constitutional or even constituent value, the corpus of the Indian Treaties is the first item to disappear without trace (66).

As a matter of fact, the biography deals with Treaties. It must, since they appear in the Constitution as a part of the international jurisdiction corresponding to the United States President and shared with the Chamber of the Congress where member States are represented (art. 2, sect. 2, par. 2: « He — the president — shall have power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties… »). They reappear to be declared, along with the Constitution, United States law over that of the States (art. 6, par. 2: « This constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States shall be the supreme law of the land… ») (67). In the biography there is no reference at all to this constitutional detail, but during most of the nineteenth century the so-called Indian Treaties — those be-

(66) The explicit exclusion of sources by A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, p. 477 already quoted, which begins by leaving out the federal Supreme Court's jurisprudence on the grounds that it is not a part of the *written Constitution*, lists a whole series of possible supplementary materials bearing importance for *American* constitutionalism itself, where there is not even a hint at the Indian Treaties, filed with the Senate records and even further collected and published as they are, while the opposite category, that of the Territory Ordinances, is instead explicitly mentioned.

(67) I keep specifying the well-known constitutional sites because they offer the best guide for the use of A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, even better than the Index when dealing with constitutional construction; as I already mentioned,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tween indigenous peoples and the United States — were formally handled in the same way as any other international Treaty. For congressional advice and consent, they followed an identical procedure to the Treaties signed with foreign States, that required by the Constitution (68).

It was a practice in keeping with *Indian tribes'* third genus constitutional standing initially closer to the *foreign Nations*. Outside the *written Constitution*, but Constitution all the same, the judicial construction of *domestic dependent Nations* provided the background to curb the indigenous international standing and the legal force of Indian Treaties. All in all, the constitutional scripture (art. 1, sect. 8, clause 3) could offer a basis for the biography to consider the agreements between the United States and the Indian Nations. I have already remarked that the detail is not even mentioned. It seems unquestionable that it bears specifically constitutional importance. By means of Treaties, the indigenous peoples sought reciprocity in the recognition of other peoples' rights for respect towards their own, which the United States signed, but did not honor. Finally, Indian Treaties were not binding documents bearing constituent significance or even any constitutional value for the United States (69).

I have already noted that Confederations were formed with Indian Nations by means of Treaties. They were feasible under the former Constitution of the United States, the so called Articles of Confederation in force during the eighties, but no longer with the final Constitution (70). This unilaterally cancelled a possibility already agreed on

---

America's Constitution reproduces the *written Constitution* indicating in the margin the pages where his volume tackles each constitutional passage.

(68) Francis Paul PRUCHA, *American Indian Treaties: The History of a Political Anomaly*, Berkeley, University of California Press (UCP from now onward), 1994, leaving aside the Whig bias blatantly expressed by the subtitle: *political anomaly*.

(69) For the last period from formal to casual practice, comparatively, but not for the entire constitutional field either, I mean disregarding Indian party's rights and stances, perspectives and procedures too — like F. P. Prucha —, Jill St. GERMAIN, *Indian Treaty-Making Policy in the United States and Canada, 1867-1877*, Lincoln, University of Nebraska Press (UNP from now on), 2001.

(70) In fact, the references to Indians from the Articles of Confederation did not imply any forecast of confederative relationship (« No State shall engage in any war without the consent of the United States in Congress assembled, unless such State be actually invaded by enemies, or shall have received certain advice of a resolution being formed by some nation of Indians to invade such State (). The United States in Congress assembled shall also have the sole and exclusive right and power of regulating (...) the trade and managing all affairs with the Indians, not members of any of the States, provided that the legislative right of any State within its own limits be not infringed or violated »). Nevertheless, as we are about to see, there were Treaties contemplating the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

with Indian Nations. One of the peoples to sign a confederative Treaty with the United States during the period of the Articles of Confederation, namely in 1785, was the Cherokee Nation (71). The Confederations themselves were not exclusive and on the indigenous side the constitutional option was able to be maintained alive after 1787. In 1793 this indigenous party, the Cherokee people, joins a confederative Treaty among several other Indian Nations together with Spain. In the Spanish version, this European party expresses the expectation of contemplating the Indian Nations coming together as a single Nation under the protection of a common Monarch (72), while the indigenous peoples uphold the genuine confederative approach among Nations always in the plural, the non-American one included. A main concern in this Treaty with the Spaniards was that of the borders with both the Spanish Monarchy and the United States, the former undertaking the commitment to reach an agreement with the latter as a guarantee for the Indian Nations in-between. The United States did not abide by the terms of their respective border Treaties with indigenous peoples (73).

The border Treaty between Spain and the United States was actually agreed upon affecting the indigenous standing. It is signed in 1795. Regarding frontiers it does not contain just what was foreseen for

---

possibility. Under confederative relations, constitutional regulations are just party rules, not common Constitution. I shall return more than once to this key point.

(71) V. Deloria Jr. and R.J. DeMallie (eds.), *Documents of American Indian Diplomacy: Treaties, Agreements, and Conventions* (n. 46), record the item (vol. I, p. 183), but do not reproduce the text. It is collected by Charles J. Kappler (ed.), *Indian Treaties, 1778-1883* (1904), New York, Interland, 1972, pp. 8-11.

(72) As a matter of fact, the United States expressed the same pretension through the just mentioned 1785 Treaty with the Cherokee Nation in the English written version: « The said Indians for themselves and their respective tribes and towns do acknowledge all the Cherokee to be under the protection of the United States of America, and of no other foreign sovereign whosoever. (...). That the Indians may have full confidence in the justice of the United States, respecting their interests, they shall have the right to send a deputy of their choice, whenever they think fit, to Congress », sic, one deputy for all Indians. The clause had not been much different in the 1778 Treaty with the Delaware Nation: « And it is further agreed on between the contracting parties should it for the future be found conductive for the mutual interest of both parties to invite any other tribes who have been friends to the interest of the United States, to join the present confederation, and to form a state whereof the Delaware nation shall be the head, and have a representation in Congress » (C. J. Kappler (ed.), *Indian Treaties, 1778-1883*, pp. 3-5).

(73) B. Clavero, *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC from now onward), 2005, with the text of the 1793 Treaty's Spanish version in the appendix.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indian Nations through the Treaties with them. As though these peoples did not exist there, or as though it had nothing to do with their territories, it draws borders contiguously, without intervening spaces, between Spain and the United States. In fact, it refers to Treaties of both parties with Indian Nations now inside the respective frontiers, but adding that none should be signed anymore unless for peace and trade' s sake: « And whereas several treaties of Friendship exist between the two contracting Parties and the said Nations of Indians, it is hereby agreed that in future no treaty of alliance or other whatever (except treaties of Peace) shall be made by either Party with the Indians living within the boundary of the other; but both Parties will endeavor to make the advantages of the Indian trade common and mutually beneficial to their respective Subjects and Citizens observing in all things the most complete reciprocity » between the said Spanish subjects and American citizens, not with indigenous people. Therefore, not only the Constitutions, but also the Treaties with foreign States attempted to practically nullify the Treaties with indigenous peoples, reducing these latter agreements to simple resorts for sparing war with no substantial obligations for the non-indigenous parties. When Spain and the United States sign a new border Treaty in 1819, the on-going trend for even less consideration with the Indian Nations concerned will be strengthened (74). Other people's Treaties, those between States, affected indigenous rights of course, likewise trying to annul them as such. The Territory regime was able to bear this out.

The United States had gone from a Confederacy where similarly confederative Treaty relations with indigenous Nations could exist, to federal Union where there was no room for such an occurrence. Spain did not even seem to understand either federations or confederations, or rather conveniently pretended not to. When signing confederative Treaties with Indian Nations, the Spanish version was made up as if the indigenous people all came together under the dominion of the Monarchy. Needless to say, a Treaty is the business of two or more parties, never a single one. Treaties were also signed by indigenous peoples with other European Monarchies, both British and French. The Indian

(74) Spanish versions of those Treaties with the United States can be found in the collection of Alejandro del CANTILLO (ed.), *Tratados, convenios y declaraciones de paz y de comercio que han hecho con las potencias extranjeras los monarcas españoles de la Casa de Borbón, desde 1700 hasta el día* (1843), where you can search in vain for the Treaties with indigenous peoples, although they were also for *peace* and *trade*. Together with other collections Cantillo's is available on CD-Rom: José ANDRÉS GALLEGO (ed.), *Tratados Internaciones de España*, CD II, *1700-1902*, Madrid, Fundación Tavera, 2000. English versions are at hand on internet, for instance on the already quoted (n. 49) University of Yale' s site, *Documents in Law, History, and Diplomacy*: *http://www.yale.edu/lawweb/avalon/avalon.htm.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

construction is of the utmost importance, upholding the confederative approach and practice beyond the written documents (75). So, thanks to indigenous initiative there was a confederative surge in the American origins of constitutional history which historiography and anthropology can be aware of, as research is available. However, the constitutionalism does not appreciate it at all, dramatically distorting the original scenario (76). The biography of *America's Constitution* fails to remember all this. Abiding by the *written* scripture, you have to tackle things like liquor prohibition (Amends. XVIII and XXI) while losing subjects decisive for constitutional history (77).

In the mid-nineteenth century the Treaty of Guadalupe Hidalgo between the United States and Mexico, already independent from Spain for nearly three decades, transfers practically half of theoretically Mexican territory from the latter to the former. Most of it in fact belonged to indigenous peoples. There would still be some Indian Treaties afterwards, for more than a decade, but the final tendency is for the non-indigenous party to simply intrude and dominate, using all methods, even genocide (78). So the confederative perspective was finally frustrated with a tremendous human cost. All of this is constitutional history too. Here is the parabola of the Native American people' s fate before the European presence which has adopted con-

---

(75) R. A. Williams, *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York, OUP, 1997.

(76) Not only is it unappreciated by legal history for constitutional purposes, but it is even devaluated by the most conscientious anthropology: William N. Fenton, *The Great Law and the Longhouse: A Political History of the Iroquois Confederacy*, Norman, UOP, 1988, on the best known case for the — let us say — intellectual non indigenous party for quite a while in America as well as in Europe: Lewis H. Morgan, *League of the Ho-de'b4b4-no-sau-nee, or Iroquois* (1851), edition and notes by Herbert M. Lloyd, New York, B. Franklin, 1966; Friedrich Engels, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats* (1884), with a lot of translations and editions as a Marxist classic, where I first learned, as an undergraduate student, about Hodenosaunee, the Iroquois Confederacy older than the United States.

(77) A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, pp. 415-419, regarding these Amendments which are part of the *written Constitution*, but not Constitution anymore as for their core provisions (XVIII, sect.1, prohibiting « the manufacture, sale, or transportation of intoxicating liquors... for beverage purposes »; XXI, sect. 1: « The article eighteenth of amendment to the Constitution of the United States is hereby repealed »).

(78) William B. Secrest, *When the Great Spirit Died: The Destruction of California Indians, 1850-1860*, Sanger, Word Dancer, 2003; being consummated by then, Gary Clayton Anderson, *The Conquest Of Texas: Ethnic Cleansing in The Promised Land, 1820-1875*, Norman, UOP, 2005. I do not know of any studies on genocides in Arizona and New Mexico like the one perpetrated against the Apache Chiricahua people.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stitutionalism without terminating colonialism. Nonetheless, it has not been fatal destiny at all, but human agency in full. For the supremacist backdrop of the constitutional view, Treaties with Indians were simply transitory resources for final dominion, not allowing any chance of establishing a confederative, equal footing (79).

As for the Cherokee Nation, it was outstanding in the constitutional field just for generating its own constitutionalism very early on and furthermore for stubbornly defending its Treaty relationship with the United States even before the federal justice itself. This is the case which gave rise to that jurisprudential construction of *domestic dependent Nations* (80). Later on, the Cherokee Nation was mostly confined in Okalahoma, under the long-standing promise that it would be *Indian Territory*, with indigenous self-government, not federal rule. In the end the United States treated it as just *Territory*, encouraging immigration to establish a non-indigenous State (81). Although it might be an added cruelty to say it, for it is not an imaginary people who suffer this evolution, the Cherokee case is also meaningful as a parable (82). It may represent the history of the United States' expansion from coast to coast curtailing and even annihilating the cultural, social, economical, political, and civil rights of indigenous peoples. Along with invasion, removal, confinement, ethnic cleansing, and genocide the deprivation was achieved through constitutional devices, mainly arbitrary decisions of the federal Supreme Court, without any support from the *written Constitution* (83).

---

(79) B. Clavero, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005, pp. 57-182.

(80) Jill Norgren, *The Cherokee Cases: The Confrontation of Law and Politics*, New York, McGraw-Hill College, 1995; L.G. Robertson, *Conquest by Law: How the Discovery of America dispossessed indigenous peoples of their lands* (n. 60).

(81) William G. McLoughlin, *After the Trail of Tears: The Cherokees' Struggle for Sovereignty, 1839-1880*, Chapel Hill, UNCP, 1994; Jeffrey Burton, *Indian Territory and the United States, 1866-1906: Courts, Government, and the Movement for Oklahoma Statehood*, Norman, UOP, 1995. We saw an early proposal concerning the establishment of a single Indian State inside the United States for all the Indian Nations in the 1778 Treaty with the Delaware Nation.

(82) Duane Champagne, *Social Order and Political Change: Constitutional Government among the Cherokee, the Choctaw, the Chickasaw, and the Creek*, Stanford, Stanford University Press (SUP from now onward), 1992; Andrew Denson, *Demanding the Cherokee Nation: Indian Autonomy and American Culture, 1830-1900*, Lincoln, UNP, 2004.

(83) Sidney L. Harring, *Crow Dog's Case: American Indian Sovereignty, Tribal Law, and United States Law in the Nineteenth Century*, New York, CUP, 1994; Blue Clark, *Lone Wolf v. Hitchcock: Treaty Rights and Indian Law at the End of the Nineteenth Century*, Lincoln, UNP, 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Why do I go as far as these details which have absolutely nothing to do with the biography of the United States *written Constitution* as neither the 1787 Constitution nor any of its Amendments refer to them? That is the point. There is American constitutionalism outside the United States Constitution, a lot of it as a matter of fact. On the indigenous side a non-exclusive alternative was offered, since it affected United States constitutionalism. There was no exclusion, not even of European Monarchies. Even for the non-indigenous side it could be said that the approach was non-exclusive, for the aim to include also existed, except that the actual purpose was that of subordination going as far as material expropriation and cultural deprivation through Treaty-making as well. The difference lay in the means and scope of the inclusion. The results of what was imposed are plain to see. The possibilities of the alternative which was frustrated are not part of the biography of *America's Constitution* of course, which does not mean that they never belonged to American constitutional history. They are there in the past, not in the historiography that is an obsequious servant to a zealous dogma, that germane to the United States Constitution. They are here in the present with indigenous living memories and resistant Indian constitutionalism (84).

Let us emphasize that it was not a question of conflicting and incompatible alternatives. One of them, the indigenous proposal which was confederative in nature, stands out for its ability to contain the other, more limitedly constitutional perspective. If one views the panorama from the indigenous side, the Treaty itself could be Constitution; the Treaties, Constitutions; the set of Treaties and Constitutions, American Constitution. Treaties by themselves did not embody the whole constitutionalism of course, but they set up the background which could create the necessary conditions for the legal accommodation of cultural plurality in a common constitutionalism, respectful of each others' rights, among a variety of constitutionalisms (85). Nowadays, in a context of constitutional States linked to international Treaties on human rights — civil, political, economical, social, and cultural — where the right to one' s own culture is slowly emerging as a constituent principle for human communities and

(84) Let me refer again to D. E. Wilkins and V. Deloria Jr., *Tribes, Treaties, and Constitutional Tribulations* (n. 61); R. A. Williams, *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace* (n. 75); B. Clavero, *Freedom's Law and Indigenous Rights* (n. 79).

(85) Precisely, R. A. Williams, *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace* (n. 75), pp. 98-123, considering « Treaties as Constitutions » and the confederative form as « Multicultural Constitution », and bearing in mind the potential, present worth of the former practice of Treaty-making.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

polities (86), such multicultural constitutionalism could, at last, be again understood and appreciated by indigenous and non-indigenous or even former colonialist people. And be recuperated wherever convenient (87).

The mainstream constitutional standpoint is still the one which put an end to the very possibility of multiculturalism in the legal domain. The rights of a great part of humankind have been disrupted by this kind of constitutionalism and its endurance. Because of, on one hand, broken Treaties, invasion of territories, harassment against cultures, and total destruction or deep degradation of polities; on the other hand, the institution of slavery itself and the emancipation which did not deliver liberty on an equal footing, rights to reparation are pending, rights both personal and collective which go far beyond economic compensation to the point of demanding constitutional devolution (88). This is history and living history, but is it the history of a specific constitutionalism? Is all this a part of American constitutional history? As long as constitutional devices also worked, is not the Shoah, reparation included, an episode of European constitutional history? Is it bad manners to trace such a comparison? Anyhow I am not the one to answer, but surviving victims (89). There are occurrences which are not suitable to be put in constitutional black and

(86) B. Clavero, *Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío*, in « Revista Internacional de Estudios Vascos », 47, 2002, pp. 35-62; *Freedom's Law and Indigenous Rights* (n. 79), pp. 167-182; *Rights between Cultures and Polities: Legal Comments on Non-Legal Papers*, on the web, *Worlds and Knowledges Otherwise*: *http://www.jhfc.duke.edu/wko/dossiers/1.1/ClaveroB.pdf.*

(87) James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, CUP, 1995; Duncan Ivison, *Postcolonial Liberalism*, Cambridge, CUP, 2002. As far as I know, there is no elaboration alike, for present constitutionalism, in the United States. The authors of these outstanding reflections on constitutional multiculturalism for this day and age facing constitutionalist mainstreaming are Canadian and Australian respectively.

(88) Roy L. Brooks, (ed.), *When Sorry Isn't Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, New York, New York University Press (NYUP henceforth), 1999; Elazar Barkan, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, Baltimore, JHUP, 2000; Janna Thompson, *Taking Responsibility for the Past: Reparation and Historical Justice*, Cambridge, Polity Press, 2002; William C. Bradford, *Beyond Reparations: An American Indian Theory of Justice*, in « Ohio State Law Journal », 66, 2005, pp. 1-104.

(89) B. Clavero, *Genocidio y Justicia. La Destrucción de Las Indias, Ayer y Hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2002; W. Churchill, *Kill the Indian, Save the Man: The Genocidal Impact of American Indian Residential Schools*, San Francisco, CL, 2004 (1948 United Nations Convention on the Prevention of Crime of Genocide, art. 2: « In the present convention genocide means any of the following acts committed with intent to destroy,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

white. Narrate the history of the European *written Constitutions*, with their catalogs of liberties and registers of guarantees, and the massive devastation of human rights through the Shoah disappears as if it had never taken place (90). Such may be the case with the biography of *America's Constitution*. Disregard the main sign — *Indian tribes* in 1.8.3 — and you miss the darkest side of ACH (91).

With the hidden burden of such an onerous legacy behind, it is understandable for constitutional historiography to regard itself in a mirror that polishes the image so much that the reflection turns out to be an unfaithful portrait. The 1787 Constitution together with the succession of half repentant or even unrepentant Amendments sustains the continuity of a jurisprudential tradition such as the one which curtails indigenous people and peoples' rights. This constitutional corpus requires the cleansing sieve of the germane historiography. It is what *Americas's Constitution*, the biography, now delivers. That is the really existing ACH, what the current American constitutional history is noted for. The biography matches the subject, not its actual life story, but the narrative that the living Constitution demands. Living Constitution is something less than *written Constitution*, because of the derogatory effects of the Amendments (92). It is also much more, as it clearly goes beyond both Constitution and law in the books.

America's Constitution, the biography, would be consistent if its narrative began by placing itself prior to 1787, in the constitutional

---

in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:... e) Forcibly transferring children of the group to another group »).

(90) Since it is a kind of European constitutional history through the history of citizenship in Europe, consult instead Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma, Laterza, 1999-2001, vol. IV, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, especially sects. III.3.3, *La comunità raziale e la retorica dell' espulsione*, and III.3.4, *Il discorso della cittadinanza e il suo rovescio: l'universo concentrazionario*.

(91) Please, confront again, at this stage, the references to the so-called commerce clause, containing the mention of *Indian tribes*, in the Appendix that edits the *written Constitution* in A. R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, all of this already quoted.

(92) As the constitutional texts, the 1787 Constitution and the same Amendments, cannot be corrected, there are editions of the *United States Constitution* which put in parentheses or italics the passages referring to rules repealed by later Amendments (for instance, the 1787 euphemisms regarding slavery), but, apart from the impossibility of giving a proper account of unequal changes (remember abolition Amendments) through orthography on such an incomplete corpus, you cannot even pose the question when the legal rule bearing constitutional importance is outside the *written Constitution* (for instance, the rule on *domestic dependent Nations*, though interpreting the *commerce clause*). So far, all this has been considered here.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perspective of the United States' confederative starting point virtually shared with Indian Nations. That is to say, if it did not start out with *We the People*, but *We the Peoples*, indigenous and non-indigenous, Native American as well as European by origin or by culture. The biography would hold up if its creature grew further, if its textual corpus stretched as far as Treaties, moreover the latter not just as documents written by one of the parties, be it English or Spanish, but as agreements among all and therefore in accordance with what they agreed on, however recorded, be it in alphabetical writing on paper sheets or by another kind of meaningful signs on skin belts. The registration is also manifested in ceremonies and kept in artifacts not only on the indigenous side, but the non-indigenous one intends that their own documents and interpretations hold exclusive authority. Thus, to achieve a balance, the constitutional scriptures would have to be more than written texts (93).

The biography of *America's Constitution* fails right away just for being strictly textual. Of course this is a defect afflicting constitutional historiography in general, but what concerns us here is neither universal history nor the specific biography, but American constitutional history, I mean its non-existence or impossibility in the present conditions of the respective constitutionalism. Along the well-trodden way, a good set of pieces are lost, essential or not. At this stage, I dare say something I repressed when discussing slavery. Do I run any risk of being misunderstood if I refer to the 1861 Constitution of the Confederate States of America, those seceding from the Union to uphold slavery, as a lost piece? It might represent a failed moment of confederative upturn (94). At least, since both are slavocratic, the 1861 Constitution stands comparison with the 1787 Constitution. Comparisons are odious of

(93) For the indigenous *unwritten* but readable archive, R. A. Williams, *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace* (n. 75).

(94) Marshall L. DeRosa, *The Confederate Constitution of 1861: An Inquiry into American Constitutionalism*, Columbia, University of Missouri Press, 1991; George C. Rable, *The Confederate Republic: A Revolution against Politics*, Chapel Hill, UNCP, 1994; though neither of them shows readiness to take account of the significant fact that this confederative moment was appreciated by Indian Nations: V. Deloria Jr. and R. J. DeMallie (eds.), *Documents of American Indian Diplomacy: Treaties, Agreements, and Conventions* (n. 46), vol. I, pp. 587-680. Since it is not *written Constitution* of some States any more and never was for the Union, no surprise that A.R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, has nothing to say about the 1861 American Constitution.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

course, but not for all purposes, not for constitutional history (95). ACH's unilateralism loses constitutional history, no less.

Do you recall the initial definition of constitutional history? I said that I understood it as institutional history concerned with rights, the history of America's bodies politic insofar as affecting American people's freedoms. The main reason therefore as to why American constitutional history does not exist, or why there is not even a glimmer of it, is because some collective political bodies and social groups that hold importance for the freedom of people who freely identify themselves therein are missed out. Is it necessary for me to disclose what and who they are?

5. *Other histories, other laws; other starts, other images.*

In 1993 the Congress of the United States of America identified some people: « Native Hawaiians », natives of Hawai'i, Kanaka Maoli. It did this for the record of a regrettable history in order to arrive at due apologies: « Until 1893 », a century ago, « the United States recognized the independence of the Kingdom of Hawaii, maintained relations with the Hawaiian government in accordance with full and unreserved diplomatic recognition, as well as signing treaties and agreements with the Hawaiian monarchy for the regulation of trade and navigation in 1826, 1842, 1849, 1875 and 1887 », in the words of the Congress. As the statement continues with the history, what happened afterwards was regrettable, a surprise attack to assume power by a group of non-Hawaiian people, namely colonizers, led by Americans, which finally obtained the official recognition of the United States. Still in the language of the congressional statement in 1993, all happened « without the consent of either the native people or the legitimate government of Hawaii, thereby violating the treaties between the two nations and international law ». Therefore, through this complete breach of law, the Hawai'ian archipelago became a United States Territory, with the

(95) Likewise, no less disturbing, Sanford LEVINSON, *Slavery in the Canon of Constitutional Law*, pp. 92 and 103, in P. FINKELMAN (ed.), *Slavery and the Law* (n. 23), pp. 89-111: « I think it is important to take seriously the possibility that (Chief Justice) Taney might have been 'right' in *Dred Scott* », the case that upheld the extension of slaveholders' expeditious claims on runaway slaves to the Territories bearing further pro-slavery implications; *right* of course according to the 1787 Constitution (art. 4, sect. 2, par. 3, already seen) and respective federal enactment. Compare the complacency of A.R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, p. 98: « ... as Fehrehbacher has shown, men like Taney badly misread the document », the 1787 Constitution. Both Fehrenbacher's stance and bibliography on *Dred Scott* are registered (nn. 23 and 31). Add D.E. FEHRENBACHER, *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law and Politics*, New York, OUP, 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

known implications of the respective regime. All this took place following on from 1893. It is history, needless to say. What was the purpose of such a political statement on the past? Why did the United States Congress, a legislative body, produce a piece of historiography? Acquittal was expected of course, although no redress was provided (96).

The Kingdom of Hawai'i was not only independent with its own legal and institutional system until 1893, during the nineteenth century it had also adopted the normative instrument of written Constitution. Hawai'i tried out three Constitutions, those of 1838-1840, 1852, and 1887. The first represented a remarkable attempt to combine indigenous law and colonially influenced institutional forms under the control in any case of the Hawai'ian polity. The second introduced destabilizing factors in favor of colonialist interests, but without endangering the Kingdom's independence. Both Constitutions were worthy of the name, not only or mainly for having adopted this form of legal display, of course, but for recognizing rights and providing guarantees. The Hawai'ian textual constitutional history commences in 1839 with a Bill of Rights that paved the way for the 1840 Constitution. The 1887 Constitution was damaged at birth and finally destroyed by colonialist interests. Proper Hawai'ian constitutional history ended in 1893, not to give way to another constitutionalism, but for the archipelago to be subjected to the United States Territory regime, presided over by the 1787 Constitution with its provision for the eventual forming of a State of the Union by the colonialist population after buttressing their dominance. At that time, and for a time, at the end of the nineteenth century, formally since 1898, the Territory regime was established without specific foresight in its case for it to be incorporated as a State, which was only uttered as a clumsy excuse for the taking of the archipelago (97).

---

(96) On the centenary of those events the complete text of this statement by the United States Congress (*Joint Resolution* of both Chambers) is reproduced by W. Churchill, *Perversions of Justice: Indigenous Peoples and Anglo-American Law* (n. 47), pp. 408-413 (Appendix B, *Congressional Apology to Native Hawaiians*), with a no less opportune commentary (pp. 73-123: *Stolen Kingdom: The Right of Hawai'i to Decolonization*) on presumptions, implications and limitations (sect. 3 and final: « Nothing in this Joint Resolution is intended to serve as a settlement of any claims against the United States »).

(97) Francis Newton Thorpe (ed.), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies now or heretofore forming the United States of America* (1909), Buffalo, WH, 1993, vol. II, pp. 879-904, the formal annexation (1898) and Territory rule (1900). Sally Engle Merry, *Colonizing Hawai'i: The Cultural Power of Law*, Princeton, PUP, 2000, pp. 76-85; Jonathan Kay Kamakawiwo' ole Osorio, *Dismembering Lâhui: A History of the Hawaiian Nation to*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mainstream narrative in the field of the really existing American constitutional history naturally tackles the Hawai'ian case, when condescending to contemplate it, as a preview of the benefits of United States constitutionalism through Territory rule providing rights and guarantees for the final State incorporation on an equal footing with the rest of the member States (98), *Hawaii* being the one that would bring the number up to the round figure of fifty as late as in 1959, before the decolonizing policy of the United Nations. For that matter, the true Hawai'ian Constitutions disappear from the map of constitutional history, as if the 1959 State Constitution along with its Amendments were the first and only one experienced in Hawai'i (99).

There may be an alternative constitutional account because constitutional history transpired otherwise. The same United States Territory regime would appear on its stage in a very different light, the actual one that deprived a then majority and its descendants (Kanaka Maoli, « Native Hawaiians », *We the People* of Hawai'i) of rights and guarantees in order to grant them exclusively to a non-indigenous minority, thereby bringing about the reduction of the same constitutional rights to institutional or cultural mechanisms of colonial control during both Territory and State periods. The opening question may be the key. If 1787 is to be the starting time for the constitutionalism that would reach Hawai'i and hence for Hawai'ian constitutional history, the outcome cannot be other than fictitious and cleansing historiography as an important device for colonialism's sway. Experiment with the alternative opening of the 1839 Bill of Rights of the Kingdom of Hawai'i, let us say (100). As I have no expertise at all in Hawai'ian constitutionalism either past or present, original or imported, I cannot say anymore.

1893 clearly represents a real constitutional break in the history of Hawai'i. It had not been always so whenever the United States extended to new Territories. The most notorious case, because of the

---

1887, Honolulu, University of Hawaii Press, 2002; Rona Tamiko HALUALANI, *In the Name of Hawaiians: Native Identities and Cultural Politics*, Minneapolis, UMP, 2002; W. CHURCHILL, *Perversions of Justice: Indigenous Peoples and Angloamerican Law* (n. 47), pp. 73-82.

(98) G. LAWSON and G. SEIDMAN, *The Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History* (n. 43), pp. 108-110, drawing an odd conclusion: « The 'acquisition' of Hawaii may well have been dirty pool, but it was constitutional dirty pool », *constitutional* for the United States, to be sure.

(99) A. R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, references to *Hawaii* in the Index. Since the site has ignored the historical Hawaiian Constitutions too, so far (Fall-2006) there is no help from *Documents in Law, History, and Diplomacy* in the *Avalon Project* (n. 49).

(100) J.K. K. OSORIO, *Dismembering Lâhui: A History of the Hawa'ian Nation to 1887* (n. 97).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

geographical extent involved, and also because of some peoples' and individuals' resistance, even in the United States (101), was that of the massive transfer of a theoretically Mexican geography after its conquest by the United States formalized by the 1848 Treaty of Guadalupe Hidalgo, an instrument with a strong constitutional content, not only for all that the moving of the border might imply in itself, but also specifically for its own provisions. As a Treaty between Mexico and the United States, and due to the encompassed matters, it was a kind of Constitution between both, some sort of Inter-Constitution, regarding the living humanity that was transferred with the geography's booty (102).

Through the Guadalupe Hidalgo Treaty rights and even citizenship are granted to the people going along with the territory. The Treaty recognizes the right to keep Mexican citizenship or receive that of the United States in the case of explicitly choosing it, or of a year going by without exercising either option. United States citizenship of the United States was not yet federalized, consisting in that of each State, but since people colonizing Territories held federally guaranteed rights, they temporarily constituted a kind of second class citizenship. As the stipulations in the Guadalupe Hidalgo Treaty regarding both respect and access to citizenship gave no importance to the origin or culture of people concerned and the latter possibility took place automatically after a single year, the surprising consequence for the United States constitutionalism was the entry of Indians into its own citizenship, whatever the class (103). Today it is not easy to imagine the amazement, but there is no need of imagination to grasp here another quite different opening to the one represented by the date of 1787 (104).

---

(101) Around the middle of the nineteenth century, someone who would become famous for elaborating reasons to support the inhibition from constitutional obligations, like paying taxes, resorted not only to the federal upholding of slavery, but also the American war against Mexico: Henry David THOREAU, *Civil Disobedience and Other Essays*, Amherst, Prometheus, 1998; for further information, H.D. THOREAU, *Walden and Civil Disobedience. Complete texts with introduction, historical contexts, critical essays*, ed. Paul LAUTER, Boston, HM, 2000.

(102) Christine A. KLEIN, *Treaties of Conquest: Property Rights, Indian Treaties, and the Treaty of Guadalupe Hidalgo*, en « New Mexico Law Review », 26, 1996, pp. 201-255. For the Spanish version of provisions important for indigenous peoples, B. CLAVERO, *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América* (n. 73), in appendix; the English version is available in the aforementioned *Avalon Project* (n. 49).

(103) B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights* (n. 79), pp. 101-130, as well as for what follows.

(104) As the best testimony of the amazement there is a long set of perplexing and contradictory sentences by both local and federal judiciary, included Supreme Court,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

There is an exception regarding Indians in the Guadalupe Hidalgo Treaty, but it does not cover all the indigenous peoples, only the resistant, warring kind. For those identified as « savage tribes », and disqualified as squatters (105), Territory rule' s implicit treatment becomes explicit, that is, displacement and confinement or even extermination, the latter more ambiguously referred to (106). It concerned peoples such as the Apache, Navajo or Comanche, with whom, significantly, the first thing the United States formally attempted after Guadalupe Hidalgo was Treaty-making to gain their consent for the new state of affairs, as if the agreements between States were insufficient for both the territorial transfer and the Indian standing (1849 Treaty with Diné Bikeya, the Navajo polity: « The said Indians do hereby acknowledge that, by virtue of a treaty entered into by the United States of America and the United Mexican States, signed on the second day of February, in the year of our Lord eighteen hundred, and forty-eight, at the city of Guadalupe Hidalgo... », etc.) (107). There are other peoples, like Pueblo

---

especially about Pueblo Indians, cases that are today known through historiography and anthropology, though not specifically studied for their legal dimension and constitutional implication, as far as I am informed: B. Clavero, *Freedom's Law and Indigenous Rights* (n. 79), pp. 120-121, for the Supreme Court's final stance in 1912 declaring Pueblo people wards of the United States through assuming that it had been so for Mexico despite common citizenship and Guadalupe Hidalgo Treaty. Check further bibliography below on land struggle in Arizona and New Mexico, since the hardest point for the courts was whether Pueblo people, as American citizens according to Guadalupe Hidalgo, were entitled to individually dispose of land.

(105) In the double written version of Treaties between States or, as the Constitution would say, with a *foreign Nation*, when they do not share the language: « Considering that a great part of the territories, which, by the present treaty, are to be comprehended for the future within the limits of the United States, is now occupied by savage tribes... »; « En atención a que una gran parte de los territorios que por el presente Tratado van a quedar para lo futuro dentro de los límites de los Estados Unidos, se halla actualmente ocupada por tribus salvages... ».

(106) Here is the end of the article on *savage tribes*, the eleventh, whose beginning is just the phrase quoted in the note before: « ... the Government of the United States will now and hereafter pass, without unnecessary delay, and always vigilantly enforce, such laws as the nature of the subject may require. And finally, the sacredness of this obligation shall never be lost sight of by the said Government, when providing for the removal of the Indians from any portion of the said territories, or for its being settled by citizens of the United States; but on the contrary, special care shall then be taken not to place its Indian occupants under the necessity of seeking new homes, by committing those invasions which the United States have solemnly obliged themselves to restrain ».

(107) V. Deloria Jr. and R. J. DeMallie (eds.), *Documents of American Indian Diplomacy: Treaties, Agreements, and Conventions* (n. 46), vol. I, pp. 195-201, among other Treaties pertaining to these years.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indians, making no particular display of warlike behavior in this moment, who would obtain United States citizenship by not exercising any choice (108). The United States had to face the extreme difficulty of constitutionally accommodating this unforeseen citizenship from the 1787 American perspectives of *We the People*, people in the singular and in no way indigenous (109).

By 1848, Mexico was not actually experiencing a very constitutional moment, yet Mexican citizenship existed for both indigenous and non-indigenous people, which constituted a difference with the United States and produced that unforeseen consequence of Indian American citizenship after the Guadalupe Hidalgo Treaty. Not long previously, during the last phase of Spanish colonialism, namely in 1812, there had been an attempt to establish an imperial constitutionalism founded on a common citizenship not just between European and American Spaniards, but also with indigenous people in America and the Philippines, although the endeavor was deeply unbalanced by the intention to confine native citizenship to local politics and law, reserving the regional and general legal and political areas overseas for a marked minority, the European in culture whatever their origins. In Mexico, following independence, citizenship continued to be constitutionally shaped in these shared terms between indigenous and non-indigenous people (110).

Organized after independence as a federation in the image of the United States, Mexico or rather Mexican United States also resorted to the Territory regime with all that it implied, but with the distinctiveness of the aforementioned style of citizenship. Unlike the United States, Mexico did not have the constitutional third genus of *Indian tribes*, although indigenous peoples were there of course and the first federal Mexican Constitution, in 1824, literally assumed the *commerce clause* as

---

(108) For their experiences, which had included some successful and well remembered revolt against colonial rule, Ramón A. Gutiérrez, *When Jesus Came, the Corn Mothers Went Away: Marriage, Sexuality and Power in New Mexico, 1500-1846*, Stanford, SUP, 1991; Scott Rushforth and Steadman Upham, *A Hopi Social History: Anthropological Perspectives on Sociocultural Persistence and Change*, Austin, UTxP, 1992.

(109) D. E. Wilkins, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking of Justice* (n. 59), pp. 182 and 322; Bruce Granville Miller, *Invisible Indigenes: The Politics of Nonrecognition*, Lincoln, UNP, 2003, p. 115.

(110) B. Clavero, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, CEPC, 2000, especially the fourth chapter. As for the title, *Ama Llunku* means *Don't stay on your knees* or rather, at present, *Stand up for your rights*, in Quechua, the most spoken American indigenous language; and *Abya Yala* signifies *America*, the continent, in Kuna, a Central American language, whose name is now becoming widespread as an indigenous substitute for the colonial one of America.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a Congress' assignment: « arreglar el comercio con las naciones extrajeras, y entre los diferentes estados de la federación y tribus de los indios » (« to regulate commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian tribes », as we know). If there was some peculiarity, it turned out to be that Mexico took action against its own citizenship when either breaching Treaties with indigenous peoples or embarking on politics for their displacement and extermination. Theoretically, for Mexican constitutional perspectives, Indian Treaties were discussed and signed with its own citizenship. This constitutional nonsense bears aftereffects. Unlike the United States, there are no traces of these Treaties in Mexican official records, as if they represented an abnormal practice (111). Yet they are there. In 1857 when federalism is reinstated in Mexico after a less constitutional period, the new Constitution's only explicit provision regarding indigenous presence is the following: « Under no circumstance can the States (of the Mexican United States) make an alliance, treaty or coalition with another State, or with foreign powers. This excludes frontier States coalitions for offensive or defensive war against savages ». Taking place after Guadalupe Hidalgo, it concerns the United States too, despite its own constitutional provision (art. 1, sect. 10, par. 1: « No state shall enter into any treaty... »). Such was the practice in spite of the historiography which, concerned with the present, still rarely gives it consideration (112).

California, the Continental California which passes over to the United States through the Guadalupe Hidalgo Treaty (the peninsula part remains in Mexico), hardly experiences Territory rule. In 1849 it is established as a State with its own Constitution which refers to the 1848 Treaty as the standard it is bound to follow particularly in the matter of citizenship. Yet the California Constitution introduces the condition of race which is lacking in the Guadalupe Hidalgo Treaty: « Every white male citizen of the United States, and every white male citizen of Mexico, who shall have elected to become a citizen of the United States, under the treaty of peace (that with Mexico)..., shall be entitled to vote at all elections which are now or hereafter may be authorized by law ». *White male* is the qualification for citizenship. The Constitution continues with provision for a special law « admitting to the right of suffrage Indians or the descendants of Indians, in such special cases as

(111) The subtitled of F. P. Prucha, *American Indian Treaties: The History of a Political Anomaly* (n. 68), could make sense for the case of Mexico from Mexican viewpoint, not from indigenous perspective of course.

(112) Suffice it to check Manuel Ferrer Muñoz and María Bono López, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. There is research on genocides on the Mexican side, some well known like the one suffered by the Yaqui people, but significantly insufficient.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

such a proportion of the legislative body (a two-thirds concurrent votes) may deem just and proper », which did not abide by the Guadalupe Hidalgo Treaty at all. Anyway, the law for indigenous political participation never materialized. A bill was enacted in 1850 declaring Indians wards of State judiciary (« if any tribe or village of Indians refuse or neglect to obey the laws, the Justice of the Peace may punish the guilty chiefs or principal men by reprimand or fine, or otherwise reasonably chastise them »). Genocide is what follows (113). Do not bother looking for a constitutional historiography, biography or not, that deals with these questions, I mean one that approaches them in their constitutional dimensions which go far beyond the constitutional texts (114). There is instead no lack of Californian historiography creating the convenient make-believe which finally ends up connecting with the 1787 start, a little detail sufficient to rid the scene of awkward evidence (115).

Try to imagine the double historical narrative, that of the United States and that of those States affected by Guadalupe Hidalgo with the respective starting points of 1787 and 1848 or rather both earlier, but anyway as different histories. California, Nevada and Utah were fully affected; Arizona and New Mexico almost completely, Wyoming and Colorado partly; previously, Texas, the rest of New Mexico and parts of Oklahoma, Kansas, Colorado, and Wyoming had crossed to the United

(113) W. B. Secrest, *When the Great Spirit Died: The Destruction of California Indians, 1850-1860* (n. 78). Add Orin Starn, *Ishi's Brain: In Search of America' s Last 'Wild' Indian*, New York, WN, 2004.

(114) Unsurprisingly of course, A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, has nothing to say concerning all of this.

(115) The biased perception of Guadalupe Hidalgo by Californian constitutionalism would be represented as uncontroversial history: Cardinal Goodwin, *The Establishment of State Government in California, 1846-1850* (1914). Rockwell Dennis Hunt, *The Genesis of the California First Constitution, 1846-1849* (1895; reprint, New York, Johnson, 1973), did not even refer to the Treaty on the matter of citizenship, as if it only dealt with frontiers. He would end by paying no attention to its content, as if it were of no concern for Californian constitutional stance: R. D. Hunt, *Legal Status of California, 1846-1849*, in « Annals of the American Academy of Political and Social Sciences », 12, 1898, pp. 387-408. William H. R. Wood (ed.), *Digest of the Laws of California* (1860), did not omit it from the founding texts, after the 1787 Constitution, but the reference would be lost in other collections, including official ones since at least the beginning of the twentieth century, to imagine in such a way another even less American tradition to lead anyway to the 1787 definitive opening: Paul Mason (ed.), *Constitution of the State of California, Magna Charta, Declaration of Independence, the Articles of Confederation, and the Constitution of the United States* (1929). The Constitution of California was then that of 1879 which had eliminated the 1849 references to Guadalupe Hidalgo and indigenous people. For the same perspective now, G. Lawson and G. Seidman, *The Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History* (n. 43), pp. 103-104.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

States from Mexico, though this was just in theory for some wide areas. Borders moved rather than peoples (116). Imagine the other narrative for the case of the Texas secession from Mexico, not that history of a providential people in search of rights granted by United States constitutionalism, but of a self-regarding group escaping from another kind of constitutionalism, one of common citizenship among Indians and non-Indians and which was furthermore attempting to abolish slavery (117). For a glimpse of this other side of the history, go over the Texas Constitutions between Mexico and United States through a period of independence together with Mexican and Texan statutes concerning colonization. It is up to you (118). You must also know that what followed was a time not only for slavery, but also for genocide (119), the latter just like later in California. Maybe, since it affected constitutional rights negatively to the utmost, I should have started with genocide rather than bondage (120). Had I tried, would you have stood the shock and kept reading?

---

(116) For perspectives regarding the geography most marked in the transference, Roxanne Durban Ortiz, *Roots of Resistance: Land Tenure in New Mexico, 1680-1980*, Los Angeles, UCP, 1980; Lisbeth Haas, *Conquest and Historical Identities in California, 1769-1936*, Berkeley, UCP, 1995; José David Saldívar, *Border Matters: Remapping American Cultural Studies*, Berkeley, UCP, 1997; Martha Menchaca, *Recovering History, Constructing Race: The Indian, Black, and White Roots of Mexican Americans*, Austin, UTxP, 2001; María E. Montoya, *Translating Property: The Maxwell Land Grant and the Conflict over Land in the American West, 1840-1900*, Berkeley, UCP, 2002.

(117) Jaime del Arenal Fenochio, *Un modo de ser libres. Independencia y Constitución en México, 1816-1822*, Zamora, Colegio de Michoacán, 2002; B. Clavero, *Jurisdicciones veteranas y Estados novicios: México y Texas, 1824-1866*, in Feliciano Barrios (ed.), *El Gobierno de un Mundo. Virreinatos y Audiencias en la América Hispana*, Madrid, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, pp. 1093-1130.

(118) There is a website for all this legal material: *http://texinfo.library.unt.edu/lawsoftexas*, *Nineteenth-Century Texas Law Online*, containing a digital edition of H.P.N. Gammel (ed.), *The Laws of Texas, 1822-1897*, 11 vols., reprint, Clark, LE, 2004.

(119) For the Texan case, G. C. Anderson, *The Conquest Of Texas: Ethnic Cleansing in The Promised Land, 1820-1875* (n. 78).

(120) As Bob Dylan writes and sings: « … The Indians died / Oh the country was young / With God on its side » (*With God on Our Side*, in *The Times They Are A-Changing*, 1964; remastered, Legacy, 2005; lyrics and music available on internet: *http://bobdylan.com*). This is when and how I first learned about the American genocide (secondly, *Little Big Man*, the movie directed by Arthur Penn in 1970; a bit later, in 1973, the refusal of the 1972 Best Actor Oscar Award by Marlon Brando and the address of Sasheen Littlefeather as his representative; and last but not least, news from Wounded Knee), but now I wonder. Were we wounded at Wounded Knee rather than some other people? Were the times a-changing for better and, above all, for everybody? The negative answer, a most Unwhig one, is not conveyed by the *written Constitution*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

For the alternative constitutional history which emerges for the United States Southwest and even beyond, since it would be necessary to keep adding on in America towards the east as far as Florida, compare the start of 1787 with that of 1812, when the aforementioned Spanish imperial constitutionalism based on a common citizenship between indigenous and non-indigenous people in America was clearly enacted and unevenly enforced. It is necessary to insist on the blatant fact that in the case of present States of the United States that had lived the Spanish constitutional experience the real opening was 1812, not 1787, because it appears that the biography of the *America' s Constitution* has nothing to say about the alternative origins and histories. You can search in vain among its several hundred pages. Fortunately, some help is available (121). The biography does not bring about the end of history or historiography. Neither has it led to any actual beginning, historical or historiographical: « Our history begins — where else? — at the beginning, with the Constitution's opening sentence », *We the People*, the biography's character (122). Where else? Nowhere at all if it is presumed in the singular.

6. *A specter looming over the United States origins.*

The 1787 desired starting point — *We the People* — provokes some embarrassment by itself. We know that for the biographer the creature was born *slavocratic* and *democratic* all at once. He does not hide the former at all and strongly emphasizes the latter. He believes that if the character has not been left completely and irremediably schizophrenic, it is because life has taught a better way, and the shift of behavior has redeemed the past. He, the biographer, even seems to think that the creature is no longer suffering aftereffects. The original birth, all in all more slavocratic than democratic, would have been cured through generational rebirths. From his viewpoint and in his own words as we know, we are before an *intergenerational project*, ever open between American generations. The biographer himself contributes to redemption of the past from the present through the future of the past,

---

needless to say, and hence it is useless to take a look at *America' s Constitution: A Biography* for any guide at all in this essential regard.

(121) Add now Andrés Reséndez, *Changing National Identities at the Frontier: Texas and Mexico, 1800-1850*, Cambridge, CUP, 2004, very helpful despite not entering into either indigenous or non-indigenous strictly constitutional matters but precisely Treaties. For the background, as they deal with Treaties as well, R. Douglas Hurt, *The Indian Frontier, 1763-1846*, Albuquerque, University of New Mexico Press (UNMP from here on), 2002, pp. 22-77 and 137-163; David J. Weber, *Bárbaros: Spaniards and their Savages in the Age of Enlightenment*, New Haven, YUP, 2005.

(122) A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, p. XII already quoted.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ever the present. In spite of all his telling of American constitutional history, we never leave *America's Constitution*, the current Constitution. Here is a present-day reflection posing as historiography. I mean this for the really existing American constitutional history and not just the biography. I never play with words. I am endeavoring to explain the operation of historiography. We know that *America's Constitution* is just a pretext for a shortcut. Sorry, biographer (123).

In the impossible effort to portray the slavocratic birth of a democratic creature it becomes necessary to deal with a specter which has been looming for almost a century so far over the United States constitutional history and which is apparently still alive and kicking. The biographer says the name in order to come to terms with it: « Charles Beard's hugely influential 1913 book, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* »; in short, « the standard Beardian accounts of the Constitution ». It is the *standard* of lowering and reducing the United States Constitution-making to a question of the economic interests of the so-called Founding Fathers, gathered in Convention behind closed doors in the hot Philadelphia summer of 1787; the standard made up by « Beard and his disciples » from that *Economic Interpretation*, an true seminal work all in all (124). The fact that it may still be kicking around for historiographical issues after such a long time, nearly a century, since it gives such cause for concern in the constitutional field, seems implausible or preposterous. The idea about dealing with a living specter is not my own (125). Let us use initial capitals for the double-F-wording as the founders' work has affected, for good or ill, people and peoples' rights.

---

(123) A. R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, with all that series of motives already quoted and really in force throughout the book.

(124) A. R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, pp. 279, 309, 472, and 505, referring to Charles A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913), Mineola, Transaction (TP from here onward), 1998, with an introduction by Louis FILLER, pp. VII-XVI, and several editions in between, starting from 1935, this one incorporating a new prologue by the author, and now reprinted, Union, LE, 2001; ed. New York, Free Press (FrP henceforward), 1986, includes a critically appreciative introduction by Forrest MCDONALD, pp. VII-XL.

(125) Robert A. MCGUIRE, *To Form a More Perfect Union: A New Economic Interpretation of the United States Constitution*, New York, OUP, 2003, starts out (p. 4) by assuring that American constitutionalism is mistaken in believing that it « has been rightly exorcised of the ghost of Charles A. Beard ». Add, though taking for granted that the specter is exorcised in the end, Joyce APPLEBY, *Liberalism and Republicanism in the Historical Imagination*, Cambridge, HUP, 1998, p. 223: « That Beard's interpretation held sway for but a generation in the two hundred years of writing on the Constitution indicates just how powerful is the appeal of a single American tradition », 1787 of course.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Here now is the specter by the full name of Charles Austin Beard, an author who was really well-known in the past and is barely remembered today beyond the United States or even here in America; an expert on public policy and constitutional history, enjoying great prestige as a teacher and writer sensitive towards social, economic and political questions, when in 1913 he comes up with the publishing of the aforementioned *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, a book that would in effect be around long after the author's life, maybe the kind that qualifies as a classic. It seems to have lived more than once (126). Furthermore, judging by the biographer's concern, it is as alive as the day it was first published.

It is a most serious publication about a past event, the making of the constitutional scripture in 1787, bringing an approach and aim which went blatantly beyond the field of historical research. The book comes to light in tune with its epoch. The cultural and political contexts hold importance. The book confronts its present as much as the past. The approach and aim belong to a well noted reformist movement styled at the time as progressive. Here is where the book itself is set and begins to take meaning (127). Other works by Beard containing similar views in accordance with the so-called progressive persuasion followed on, *Economic Origins of Jeffersonian Democracy* and *The Economic Basis of Politics*, in 1915 and 1922 respectively (128).

Beard's *Economic Interpretation of the Constitution of the United States* has been a cause for partisan scandals and mutual attacks among constitutionalists rather than historians. In historiographical circles its reception was at the time quite in accordance with academic uses of

---

(126) The first time I read Beard's *Interpretation* was in an Argentinean translation into Spanish: C. A. Beard, *Una interpretación económica de la Constitución de los Estados Unidos,* Buenos Aires, Arayú, 1953. Being an undergraduate student in Seville Law School, I mistook it for a Marxist essay because of the title's wording. At least I have learned from Beard that you can't judge a book by looking at the cover, which is not always the case, as we shall see.

(127) Richard Hofstadter, *The Progressive Historians: Turner, Beard, Parrington*, New York, AK, 1968, and his introduction to *The Progressive movement, 1900-1915*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1963, both with new editions (UChP, 1979, and Simon and Shuster, SS from now onward, 1986, respectively). For the legal and political background, Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, OUP, 1992; William M. Wiecek, *The Lost World of Classical Legal Thought: Law and Ideology in America, 1886-1937*, New York, OUP, 1998; Michael McGerr, *A Fierce Discontent: The Rise and Fall of the Progressive Movement in America, 1870-1920*, New York, FrP, 2003.

(128) There have been re-editions of both, for the second, more theoretical title, C. A. Beard, *The Economic Basis of Politics*, New Brunswick, TP, 2002, with introduction by Clyde W. Barrow.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

welcome and controversy, the former untarnished by the latter. Yet it has not been always the case, especially among lawyers. There are concerned scholars today behaving as either fast-thinking partisans or hardworking analysts. On one side, C.A. Beard is charged with having ended the off season for the chase against the Founding Fathers as both « representatives of class interest » and « racist murderers of Indians » (129). On the other side, we learn that it is not he to be blamed, but a « straw man constructed explicitly for ideological purposes during the 1950s and 1960s » (130). They are eloquent examples of bad and good manners respectively. Anyway, Charles Austin Beard is the name over and over again. Here is the specter or rather the stand-in who looms over the United States origins (131).

All in all, beyond the author's intent, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* has become the harshest diatribe and most uncompromising charge against the Founding Fathers' constitutional work. Despite even the author's eventual complaints, an excited reception was promptly given in some political and scholarly circles, coming controversially to the knowledge of American public opinion. In such a way the book's image, the very specter has been created. Though Beard himself did not back the New Deal and disclaimed intellectual responsibility, *An Economic Interpretation* played a supporting role in the reformist constitutional mutation produced in the United States through the executive' s impetus, with no formal Amendment, during the thirties and the forties of the last century, after the 1929 stock market crash and following economic depression and social unrest. The New Deal was for Beard somehow like soviet socialism and he protested that he was not a Marxist thinker. Nevertheless, for that matter, between the progressive stance, Beard's work included, and the New Deal policy, there was a patent link. If you still bear any doubt about the existing interaction between historiography and constitutionalism even beyond specific intentions, here is a fine laboratory in which to carry out the test (132).

As a historiographical work, *An Economic Interpretation of the*

---

(129) Allan Bloom, *The Closing of the American Mind: How Higher Education Has Failed Democracy and Impoverished the Souls of Today's Students*, New York, SS, 1987, p. 30.

(130) C. W. Barrow, *More Than a Historian: The Political and Economic Thought of Charles A. Beard*, New Brunswick, TP, 2000, p. XVI.

(131) Shlomo Slonim, *Framers' Construction / Beardian Deconstruction: Essays on the Constitutional Design of 1787*, New York, Peter Lang, 2001, pp. 1-9 and 52-103 particularly.

(132) Maxwell Bloomfield, *Peaceful Revolution: Constitutional Change and American Culture from Progressivism to the New Deal*, Cambridge, HUP, 2000, p. 22, for brief reference to the role of Beard's work. If there is any further interest in attending

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Constitution of the United States effectively contained something that one might expect in the light of the title. The report showed to what extent the 1787 founding decisions during the hot summer in Philadelphia did not stem from ideals concerned with individual liberty and political accountability, but rather from economic interests, even most personal ones, of the Founding Fathers themselves. The 1787 United States Constitution would take on its complete historical meaning if read in this way and not otherwise, in the way of economical motivations and not under legal principles. It was a self-interested, not a principled deed. It was inspired by gross ownership, not net liberty. Beard's book particularly dealt with Founding Fathers' speculation on United States debt and expectation of colonization lands, those in the Territories, because federal empowerment was in their interest rather than control by States and confederative agreements. 1787, the Constitution, would mean the accomplishment of such vested or speculative interests (133).

An Economic Interpretation of the Constitution of the United States was not particularly concerned with slavery nor, still less, Indian Nations in 1787 nor for that matter, at any moment before or after. Neither slaves' lack of liberty according to the very Constitution nor indigenous dispossession by the Constitution's twin sister, the Territory Ordinance, was of any concern to Beard. What his essay researched was the link through mere influence of gross interests between the founding party's property rights and expectations on one side, and the new structure of federal powers on the other. In any case, this was a very sensitive issue and was related to an underlying cause beyond the scope of historical research. When the book is conceived, the constitutional moment of the abolition and its aftermath still endures. Remember that the Amendments' mandate on equal rights and due process had been thwarted by the inhibition of the federal Congress and the bias of Supreme Court jurisprudence, with property right thus taking priority at the expense of personal liberty. With no reparation contemplated, even ownership deriving from slavery received constitutional backing over and above the freedoms of former slaves. Yet the progressive persuasion was not particularly sensitive concerning the rights of people who had suffered slavery, for some of the older generation were still alive, or of those pertaining to their descendants who still bore not only

---

an act of exorcism as to the aftermath, visit Richard E.Epstein, *How Progressives Rewrote the Constitution*, Washington, Cato Institute, 2006.

(133) C. A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, chapters V, *The Economic Interests of the Members of the Convention*, and VI, *The Constitution as an Economic Document*. As it describes social struggle and political debate against a Constitution standing for the « capitalist » party, add his *Economic Origins of Jeffersonian Democracy*, Clark, LE, 2005.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

direct aftereffects but also the harm caused by the practice of abolition Amendments, let alone indigenous afflictions (134). All this concerned the progressive bunch only for the institutional effect of empowerment of the judiciary bench and weakening of the legislative branch, the justices being non-representative while the legislators are representative. They branded this institutional consequence as a constitutional perversion as much in itself as for the specific application that exalted property right to the extent of practically blocking the kind of social and economical reforms later promoted by the New Deal (135).

This is the context of Charles Austin Beard's most scandalous book. It was a heated, not to say red-hot atmosphere. It has not been the only episode of strong constitutional and historiographical controversy over the federal Supreme Court's position in the United States system, which grants a handful of judges a practically enduring constituent power over liberties and guarantees no less (136). Indeed, constitutional argument keeps encouraging historical research, though not always making the most of it (137). Yet what interests us now,

---

(134) The most famous progressive historian yesterday and still today, Frederick Jackson TURNER, is noted for his characterization of American history and present as the cultural endeavor and result of frontier adventure by pioneering people without any consideration — from this author as well as these people — for either Indian or African-American rights or even being there: R. HOFSTADTER, *The Progressive Historians* (n. 127), pp. 45-164; Thomas L. HARTSHORNE, *The Distorted Image: Changing Conception of American Character since Turner*, Cleveland, Press of Case Western Reserve University, 1968.

(135) R. HOFSTADTER, *The Progressive Historians* (n. 127), p. 202, recalls an important series of publications of the time, immediately before the *Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, among them: Frank Johnson GOODNOW, *Social Reform and the Constitution* (1911); William L. RANSOM, *Majority Rule and the Judiciary: An Examination of Current Proposals for Constitutional Change Affecting the Relation of Courts to Legislation* (1912); Gustavus MYERS, *History of the Supreme Court of the United States* (1912), and C. A. BEARD himself, *The Supreme Court and the Constitution* (1912, re-edition, Union, LE, 1962, with an introduction, pp. 1-34, by Alan F. WESTIN, *Charles Beard and the American Debate Over Judicial Review, 1790-1961*). I was able to see this series of works thanks to my host American Universities' -Arizona and California-subscriptions to the virtual library *The Making of Modern Law: Legal Treatises, 1800-1926* (*http://www.galeuk.com/trials/moml*). Now, since October 2006, I have access through the University of Seville' s e-recourses.

(136) W. M. WIECEK, *Liberty under Law: The Supreme Court in the American Life*, Baltimore, JHUP, 1988, if you are able to read between the lines, which leads to turning title and subtitle upside down, from Whig to plain history: *Liberty under Court: The Rights in the American Life*.

(137) For a previous, most visited, and not so decisive moment, Robert Lowry CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence, UPK, 1989; W.E. NELSON,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

referring to the property right, is that the debate could have concerned itself with the aftereffects of slavery, with the consequences of a kind of emancipation that was not exactly the equivalent of liberty on an equal footing which could moreover bestow guarantees of fair, due process. However, this was not the case. The critical, controversial matters were instead the Founding Fathers' idealism or pragmatism, virtues or vices, liberality or greed, and the like. American origins were at stake in this particular fashion. Apparently it was a question of self-image, the prefix — *self* — meaning male white owners and their cronies as much for fathers as for children, their so-styled progressive offspring included. It might be said that the biographer shares this specific concern as if it were vital for the legitimacy and the value, the authority and force of the present Constitution, and not as a question of primarily historical interest about just distant forebears.

Let us suppose that, rather than resorting to Amendments, the 1787 Constitution had been substituted by reason of the federal abolition, that embodying such a constitutional turnaround from outright slavery to unequal freedom. Nowadays this Constitution, instead of inspiring love and being an object of worship, would parade along with the nefarious most slavocratic States' constitutional scriptures prior to the abolition and also in the company of a great many foreign Constitutions like, for instance, the aforementioned 1812 Spanish imperial Constitution, which shared citizenship in America with Indians and not African-Americans, still slaves as a rule. If the United States 1787 Constitution and the 1812 Spanish Constitution are not seen today

---

Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review, Lawrence, UPK, 2000; Paul W. Kahn, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven, YUP, 2002. Like other already quoted historical research on the judiciary's constitutional position, they come after the constitutionalist debate rather than the opposite: Alexander M. Bickel, *« The Least Dangerous Branch »: The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962); Raoul Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment* (1977); Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process: A Functionalist Reconsideration of the Role of the Supreme Court* (1980); John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980); Richard C. Cortner, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties* (1981); Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law* (1994). All in all, there is a sustained gap between historiographical expertise and mainstream constitutionalism, as if they were mutually dispensable, especially the former for the latter, judging by the way constitutional experts resort to obsolete narrative and disregard new research as they are obliged to continuously enter into history for such an old-aged Constitution. Now check some collective undertakings: C. Wolfe (ed.), *That Eminent Tribunal: Judicial Supremacy and the Constitution*, Princeton, PUP, 2004; Mark Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford, SUP, 2005.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

as pro-slavery, it is because they are still rooted in the imagined origins of respective polities, the 1812 Constitution for Spain and even some Latin-American State one way or another. Although the latter has not been in force anywhere for a long time, a concern for the present, as a Constitution giving birth to a Nation or even Nations or rather States, is also its case, thus harder for the historiography of course (138).

Had the slavocratic 1787 Constitution been discontinued when slavery was abolished, the absence of interest today towards defending any image of the Articles of the Confederation, the former United States Constitution, would have been extended to that following in 1787, not to mention sharing the contempt reserved for the Constitution of the Confederate States of America. We would have saved ourselves all the constitutional literature stressing the deficiencies of the Articles of Confederation along with the excellences of the 1787 Constitution. Then, if this belonged just to the past, it would be easier to admit the historical possibility of being just as Jefferson was, a slave-owner, patriarchalist, and at the same time libertarian constitutionalist and even a seemingly radical democrat. The Founding Fathers were able to set federal powers to protect and enhance their own vested and speculative interests while making a serious effort to limit and control, check and balance the very same powers for no other reason than to take precautions against their creation, always in defense of their interests, a very human, not especially greedy behavior indeed. Who is afraid of Thomas Jefferson? Who is afraid of the Founding Fathers? A lot of people might be.

An entire constitutional historiography — the really existing ACH, you know — and now the biography of *America' s Constitution* are weighed down by the difficulty of recognizing some significant pieces of evidence through the need to defend a self-image, through dreaming up an impossible democratic inspiration for the very birth of such an old and obsolete Constitution. American constitutional history would be more achievable, at least for those origins, if a document over two centuries old had ceased to be Constitution when it should have in order to retain a minimum of coherence on the abolition of slavery. I do not mean that the discontinuation would have been sufficient, but it would have eliminated an insurmountable obstacle. The Amendments way has left questions still pending and has provoked new ones.

Among these questions, we know of two different yet connected ones: the issue referring to the then final constitutional indifference

(138) Discussing the point, although not dealing with any comparison that would be of interest to a broader United States constitutional history, I mean the one which gave account of the variety of American origins, B. Clavero, *Cádiz en España: Signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano*, in Marta Lorente and Carlos Garriga, *Cádiz 1812. La Constitución Jurisdiccional*, Madrid, CEPC, forthcoming.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

towards the rights of former slaves and their descendants, and the one concerning federal empowerment which, against the Amendments' intent, strengthens the federal Supreme Court rather than Congress with respect to rights. These are extremely sensitive questions, one directly concerning rights and the other dealing with powers which have to guarantee them to everybody, not just to some, but powers which, seeing how abolition was considered and postemancipation progressed, do not abide by their constitutional commitments. The biographer tackles both questions, but shows more sensitivity towards the latter — the powers — than the former — the rights, which he is well aware of anyway (139). As a democrat in the legal and not only political sense, he is seriously concerned about the empowerment of institutions that can have a negative effect on rights, above all when they are in the hands of a small body of judges, thus materially exercising a constituent power, a power that would always be better held and managed by the citizenship through the necessary guarantees of participative procedure (140). As a sensitive constitutionalist, the biographer should be concerned about rights in themselves and above all in the case of vulnerable individuals and groups whose adverse condition specifically arises from constitutional deficiencies. He deals with it, we know, but not with the awareness that might be expected especially for the questions of rights that still have a connection with the abolition Amendments. Neither is there room for the excuse that there is a lack of *written Constitution*, because it is there, between slavocratic Constitution and emancipation Amendments.

Following the same absurd notion of casting a democratic spirit over the 1787 constitutional slavocracy and thus having to struggle among real ghosts, the biography's timeframe is past and present from beginning to end, simultaneously and inseparably all the way through. With a Constitution more than two centuries old, timelessness or rather timefulness is a malady afflicting both constitutionalism and constitutional history in the United States, a malady sufficient in itself to render the American constitutional history improbable, not to say impossible. Here is a timely warning: « An orthodox history seems to me a contradiction in terms » (141). Orthodox legal history is bound to be a

(139) A. R. Amar, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, New Haven, YUP, 1997; A. R. Amar and Alan Hirsch, *For the People: What the Constitution Really Says About Your Rights*, New York, FrP, 1998.

(140) A. R. Amar, *Of Sovereignty and Federalism*, in « The Yale Law Journal », 96, 1987, pp. 1425-1520; *Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V*, in « University of Chicago Law Review », 55, 1988, pp. 1043-1104; *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment outside Article V*, in « Columbia Law Review », 94, 1994, pp. 457-508, for that matter going beyond *written* Constitution.

(141) Although today even the title referring to constitutional history sounds

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tandem of the normative task of law and the analyzing endeavor of historiography, an actual make-believe. Neither good jurisprudence nor good historiography being feasible among obsolete documents forcibly kept alive, what emerges then is precisely a biography. In spite of the specter, the 1787 Constitution is alive. Here is its life story (142).

In fact, the biographical genre cannot do without mature age from which to begin contemplating birth and infancy. There would be no subject for a biography unless viewed from adulthood. Nobody begins writing an autobiography at birth. Furthermore, creatures are born completely naked and voiceless, though filthy and screaming. The biographer may have difficulty in recognizing any of this since what he loves is the full-grown, well-dressed, totally cleaned-up, and most loquacious character, *America's Constitution* in the present case. And we know how blind love can be, even more than hate is. We are witnessing quite a psychodrama. Who is afraid of Charles Austin Beard?

7. *A piece of specifically constitutional, proudly legal historiography, along with indigenous law.*

Akhil Reed Amar, the biographer of *America's Constitution*, does not give a state of the art account on American constitutional historiography, but he poses some debate in a perceptive appendix and abundant notes (143). To contrast differing positions, his main counterparts along the biography's historiographical discussion are such reliable constitutional historians as Gordon Wood, Bruce Ackerman, and Jack Rakove. However, neither of them happens to offer grounds for broadening the historical perspectives of United States constitutional-

---

anachronistic to us in relation to its medieval content, those constitutionalists who work on historiography may find stimulation in the set of conferences of the verdict's authority, F. W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, 1888, edited posthumously, CUP, 1908; current edition, Buffalo, WH, 2006; available on internet: *http://www.ecn.bris.ac.uk/het/maitland/ConstitutionalHistoryEngland.pdf*. The verdict is included in the leading quotation here.

(142) A. R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, p. 472 already partly quoted: « Contra Charles Beard and his disciples, I argue that the Preamble' s words made clear that the Constitution was essentially democratic », anyway just the Preamble rather than the Constitution itself or the Founding Fathers themselves.

(143) In such a conscientious study one may effectively miss a comprehensive state of the art account, a whole section with a critical bibliographical commentary or even a critical history of American constitutional historiography, which is a vital part of the biography of *America's Constitution*. A large set of notes, pp. 501-628, and the already quoted *Postscript* on method and subject, pp. 465-477, are not sufficient substitutes in my opinion. For a suggestion, see the Appendix, *Proof of Like, the Exhibition*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ism towards a horizon which might include not just the States alone or also the Territories, but first of all the Indian Nations for themselves, with whom the appropriate constitutional start — *We the Peoples* — would have to take place. Let us go on with the supposedly unique 1787 origins (144).

One name is conspicuously absent in the biography's historiographical dispute, that of John Phillip Reid. He might have been implicitly disqualified in a note that, quoting other authors such as Richard Posner and David Strauss, rejects the approaches to the United States constitutionalism that relegate the strict *written Constitution*, the character of his biography (145). Reid is the most significant author representing such a stance in the field of United States constitutional historiography and furthermore, just like the biographer of *America's Constitution*, in the textualist mode on legal sources. He, Reid, has constructed an entire *Constitutional History of the American Revolution* centered on rights and based on legal texts, but texts different from the Constitution, as if the latter were not even the nucleus, but just a clot for the original culture and experience of United States constitutionalism (146). Concepts and practices vital for the constitutional formation of the United States would already have been tried out over a good period of time on both sides of the Atlantic to the credit of England

(144) A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, the said *Postscript*, more specifically pp. 473-476. For bibliography that I shall not consider here I can refer to a previous survey: *Constituyencia de derechos entre América y Europa: Bill of Rights, We the People, Freedom's Law, American Constitution, Constitución de Europa*, in « Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno », 29, 2000, pp. 87-171. The main works under debate are of course Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill, UNCP, 1969 (current edition, Chapel Hill, UNCP, 1998); B. Ackerman, *We the People* (n. 9); Jack Rakove, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, New York, AK, 1996. All, whether textualists or not, whether they focus on previous or later time, work on the basis of 1787, that is, *We the People* in the singular.

(145) A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, p. 471, with references like Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Cambridge, HUP, 1995, and David A. Strauss, *The Irrelevance of Constitutional Amendments*, in « Harvard Law Review », 114, 2001, pp. 1457-1506. At this specific point, none of his references leads us to specialized legal historiography, which may be significant. Even if Amar were right as a lawyer, would he be accurate as a historian by the same token? I shall return to this question.

(146) John Phillip Reid, *Constitutional History of the American Revolution*, vol. I, *The Authority of Rights*, vol. II, *The Authority of Tax*, vol. III, *The Authority to Legislate*, vol. IV, *The Authority of Law*, Madison, University of Wisconsin Press (UWP henceforth), 1986-1993. There is an abridged edition in a single volume: *Constitutional History of the American Revolution: Abridged Edition*, Madison, UWP, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(147). American constitutionalism's own colonial evolution in final conflict with Great Britain would only make sense thanks to its shared background of English law and in the enduring relation with the same common-law kept in force in the former British colonies not just or mainly by specific constitutional provisions. Here is another case, a very obvious one, of Whig history (148).

Reid caused some scandal when he dared to speak literally of the irrelevance of the American Declaration of Independence, implicitly blemishing in passing the ensuing constitutional texts, the State Constitutions as well as the United States' — the Articles of Confederations and the final one, the 1787 Constitution (149). For Reid, American constitutionalism would be no more than a turn of the screw in the tradition of common-law as English people' s birthright in the form of cultural identity rather than a laboratory product of personal freedoms

---

(147) J. P. Reid, *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago, UChP, 1987; *The Concept of Representation in the Age of the American Revolution*, Chicago, UChP, 1989; *Rule of Law: The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, DeKalb, Northern Illinois University Press (NIUP hereafter), 2004; *The Ancient Constitution and the Origins of Anglo-American Liberty*, DeKalb, NIUP, 2005.

(148) J. P. Reid, *In a Defensive Rage: The Uses of the Mob, the Justification in Law, and the Coming of the American Revolution*, in « New York University Law Review », 49, 1974, pp. 1043-1091; *In a Constitutional Void: The Enforcement of Imperial Law, the Role of the British Army, and the Coming of the American Revolution*, in « Wayne Law Review », 22, 1975, pp. 1-37 *In Accordance with Usage: The Authority of Custom, the Stamp Act Debate, and the Coming of the American Revolution*, in « Fordham Law Review », 45, 1976, pp. 335-368; *'In Our Contracted Sphere': The Constitutional Contract, the Stamp Act Crisis, and the Coming of the American Revolution*, in « Columbia Law Review », 76, 1976, pp. 21-47; *In the First Line of Defense: The Colonial Charters, the Stamp Act Debate, and the Coming of the American Revolution*, in « New York University Law Review », 51, 1976, pp. 177-215; *In Legitimate Strips: The Concept of 'Arbitrary', the Supremacy of Parliament, and the Coming of the American Revolution*, in « Hofstra Law Review », 5, 1977, pp. 459-499; *In a Defiant Stance: The Conditions of Law in Massachusetts Bay, the Irish Comparison; and the Coming of the American Revolution*, University Park, PSUP, 1977; *In a Rebellious Spirit: The Argument of Facts, the Liberty Riot, and the Coming of the American Revolution*, University Park, PSUP, 1979; *In Defiance of the Law: The Standing-Army Controversy, the Two Constitutions, and the Coming of the American Revolution*, Chapel Hill, UNCP, 1981.

(149) J. P. Reid, *The Irrelevance of the Declaration*, in Hendrik Hartog (ed.), *Law in the American Revolution and the Revolution in the Law: A Collection of Review Essays on American Legal History*, New York, NYUP, 1981, pp. 46-89. Let us recall that, in an official site on internet (Government Printing Office: *http://www.gpoaccess.gov*), the Constitution appears in company with the Declaration of Independence, as if this were its twin sister, not the same-aged Territory Ordinance of course.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

by natural law or other 18th century enlightened ideals about human nature, like those alleged in the same Declaration of Independence (150). Reid's work on such grounds is extensive and consistent. For the United States constitutional origins it is the most juristic in approach and the most focused on legal texts. If his endeavor has a justification, here it is: « A dimension is missing from our histories of the American Revolution: the dimension of law » (151). In this aspect his work has no match. He has also been concerned to refer critically to both historians and lawyers by way of emphasizing its usual deficiencies as regards respectively law and history (152). It has been no exaggeration to pay tribute to Reid by presenting him, for the aforementioned and for what remains to be seen, as a pathfinder along the trails and courses of legal history (153). As they are nice, fair names, along with Amar the biographer, Beard the specter, and 1787 Constitution the creature, let us call Reid the pathfinder. No bad manners are intended in the nicknames.

It seems odd that Amar, the biographer, does not confront Reid, the pathfinder. We have already seen, as regards the specter of Charles Austin Beard, that he is not in the habit of avoiding arguments. There may be reasons, whether deliberate and confessable or not, for not getting into a hand-to-hand with John Phillip Reid while attempting the biography of *America's Constitution*. The pathfinder's work does not exhaust itself in the area of constitutional history, including the study of State constitutionalism (154), neither does it stand out only in this

---

(150) The dramatic alternative between legal Enlightenment and common-law for the origins of American system, as if there were no possibility of compatibility or confluence (check for this purpose James R. Stoner Jr., *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, Lawrence, UPK, 1992), is one of the conflicting areas between democrat or liberal and republican or conservative lawyers in the United States, whose issues are projected back over time, the common-law-loyalists, like J.P. Reid, being regularly the latter. I shall return to this point, though not entering the dispute about current policy of law.

(151) J. P. Reid, *In Defiance of the Law: The Standing-Army Controversy, the Two Constitutions, and the Coming of the American Revolution*, p. 3. What follows from this verification about the missing legal dimension is his multivolume *Constitutional History of the American Revolution*.

(152) H. Hartog (ed.), *Law in the American Revolution and the Revolution in the Law* (n. 149); W. E. Nelson and J.P. Reid, *The Literature of American Legal History*, New York, Oceana, 1985; J.P. Reid, *Law and History*, in « Loyola of Los Angeles Law Review », 27, 1993, pp. 193-223.

(153) R. B. Berstein, *Legal History's Pathfinder: The Quest of John Phillip Reid*, in H. Hartog and W. E. Nelson (eds.), *Law as Culture and Culture as Law: Essays in Honor of John Phillip Reid*, Madison, MH, 2000, pp. 10-37.

(154) J. P. Reid, *Chief Justice: The Judicial World of Charles Doe*, Cambridge, HUP, 1967; *An American Judge: Marmaduke Dent of West Virginia*, New York, NYUP, 1968;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

specific field. He also happens to be a recognized authority on a rather less frequented specialty than constitutional history, the one concerned with indigenous law in the past. In this field too, his work is extensive and meticulous. And it is not that Reid's work has passed through stages due to changes in subject and turns in curriculum along the way. The pathfinder is a legal historian prominent for working simultaneously and perseveringly on both constitutional and indigenous law (155). Had the biographer paid attention to him, might he have come up against the challenge he has avoided — that of the indigenous presence in the constitutional field? It is not exactly so, yet it is advisable to check this as being vitally important, although not directly, to ACH's mysteries.

Reid's work does not confront the constitutional challenge of the living indigenous presence in the legal field as for itself. He does not bring his reader face to face with the question. His double line of investigation, constitutional and indigenous, develops like a plotting of parallels with no appearance of crossing, and even less, converging in any time or place ahead of infinity. If a constant is to be found in his specific work on indigenous law, it is that of thinking and treating the subject like 'primitive law', in the blatant sense of a time lag which implies a backward cultural state. Thus indigenous law emerges through Reid's work as belonging to a different human time than the 'non-primitive' law. This is how the parallels are set and work. It is the way he has entered the study of indigenous law, specifically the law of the Cherokee Nation (156). According to the pathfinder's view before Indian presence, a more perfect law, that is, law plus rights, social ordainment on personal liberties, such a constitutional set, would be appropriate just for the European, or rather the British party, namely the common-law side. If indigenous people ever achieve any experience of freedom's rights, this would be due to cultural contact and exchange with the European presence, and not to any merit of their own, all this according to the pathfinder's view. When his aim is the existence of true law in the territories even before formally becoming Territories, not to say new member States of the United States, the pathfinder's gaze focuses on the immigrant, invading contingent, disregarding for that

---

Controlling the Law: Legal Politics in Early National New Hampshire, DeKalb, NIUP, 2004. *Chief Justice* also refers to New Hampshire, containing a chapter on constitutionalism.

(155) In H. Hartog and W. E. Nelson (eds.), *Law as Culture and Culture as Law* (n. 153), pp. 452-466, there is a complete list of J.P. Reid's publications until 1999.

(156) J. P. Reid, *A Law of Blood: The Primitive Law of the Cherokee Nation*, New York, NYUP, 1970; re-edition with prologue by Gordon Morris Bakken, DeKalb, NIUP, 2005.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

moment the previous and constant presence of indigenous peoples (157). Is it not the same nullification of indigenous rights implied by Territory regime, carried out by colonial pathfinders then and constitutional pathfinders today? Parallels never meet. History and law, historiography and Constitution, do.

Reid has dealt with indigenous diplomacy showing the non-indigenous appreciation of relationship and exchange as effective alternatives to the clash of cultures and conflict of peoples. It would be *a better kind of hatchet*. The very expression that describes the point is significant, as if the indigenous people by themselves — the Cherokee in this case — stood for *a law of blood, a worse kind of hatchet*, the deadly alternative of war (158). Have we not instead witnessed the indigenous' encouragement of relationships through Treaties? However, this is not a matter of interest for the pathfinder. According to his view of the unidirectional terms of the legal exchange between indigenous and non-indigenous cultures, there was no possibility of equal standing or relationship based on reciprocity (159). The same confederative practice in common is invisible for the pathfinder. Parallels being what they are, indigenous law never meets with constitutional law, the true or real one for this kind of historical framework. The former literally vanishes when

(157) J. P. Reid, *Law for the Elephant: Property and Social Behavior on the Overland Trail*, San Marino, Huntington Library (HL from now on), 1980; *Policing the Elephant: Crime, Punishment, and Social Behavior on the Overland Trail*, San Marino, HL, 1997. You may specifically confront, as both indigenous and non-indigenous law are here taken into consideration, J.R. Wunder (ed.), *Law and the Great Plains: Essays on the Legal History of the Heartland*, Westport, GP, 1996.

(158) J. P. Reid, *A Better Kind of Hatchet: Law, Trade, and Diplomacy in the Cherokee Nation during the Early Years of European Contact*, University Park, PSUP, 1976. In the preceding title, *A Law of Blood: The Primitive Law of the Cherokee Nation*, « law of blood » has nothing to do with stem law, law of lineage or nation, even less so when the Cherokee Nation was remarkable for its openness towards the integration of African-Americans as well as other non-indigenous people, in contrast with the United States themselves, especially at the moment of the respective abolitions of slavery.

(159) From a combined reading of *A Better Kind of Hatchet* and *A Law of Blood* would come the viewpoint that the Cherokee Nation not only possessed a *primitive law*, but also a *forest democracy* (do not forget that the qualification is semantically linked to *savage, selvaticus*, people of the *forest*), meaning also stateless; so, as « there was no state », consequently, « there was no one in the (Cherokee) nation authorized to make treaties » and the British had to take « the lead in foreign affairs ». Furthermore, just in case the bias is not clear enough: « They (the Cherokees) had less choice (than the British) », since « the primitive mind is less adaptable to jurisprudential innovation than are people with formal education ». Heed quotation marks for the pathfinder's wording, not mine.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

face to face with the latter (160). Reid's rights-centered American constitutional history consists of an exclusive narrative on English legal culture traveling from Europe to America to take root and flourish here (161). All in all, there remains no room for crosscultural law, actual law among cultures, despite the available evidence like that displayed in Reid's work itself (162). For the pathfinder, peoples with *primitive law* cannot aspire to such a status on an equal foot as to time and right in the presence of peoples with *constitutional law*. Indigenous law's own fate appeared to be more than sentenced (163). Anyway, when we awake from the parallel dreams, the blind spot is still there, noticeable thanks to the pathfinder. Who is afraid of John Phillip Reid?

---

(160) In the Index of the abridged edition of the *Constitutional History of the American Revolution* there is a single reference to the indigenous presence, and furthermore not alone, but in European company: *Indians, American, British Trade with*. I declare myself incapable of finding more Indian appearances in the four volume edition. *Constitutional History of the American Revolution* develops as if indigenous people do not exist in America, but just in an extraterritorial and timeless past as well as in Reid's books.

(161) Check particularly J.P. Reid, *Constitutional History of the American Revolution*, vol. I, *The Authority of Rights*. Furthermore, most significantly, in his *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, the opposite concept, that of *slavery*, is considered in the exclusive meaning of political oppression, namely that exercised by the British Monarchy over the British colonies, as if chattel slavery were not there.

(162) J. P. Reid, *Patterns of Vengeance: Crosscultural Homicide in the North American Fur Trade*, Pasadena, Ninth Judicial Circuit Historical Society, 1999, announced in the quoted bibliography of H. Hartog and W.E. Nelson (eds.), *Law as Culture and Culture as Law* (n. 153), with a working title which is more appropriate to its content, since it makes no mention of *crosscultural* or intercultural scenario: *Retaliation by Fur Traders against Indians for Homicides in the Transboundary North American West*.

(163) J. P. Reid, *Conflict and Injustice: A Discussion of Francis Paul Prucha' s 'American Indian Policy in the Formative Years'*, p. 69, in « North Dakota Law Review », 39, 1963, pp. 50-70: « The end may have been slow in coming, but it was inevitable. Inevitable not only because the force of history dictated that the stronger race would wipe out the weaker; not only because of the need of the white man for land and the inability of the Indian to marshal the resources of nature to their fullest extent... ». This was his first publication concerning indigenous law, reviewing F.P. Prucha, *American Indian Policy in the Formative Years: The Indian Trade and Intercourse Acts, 1780-1834*, Cambridge, HUP, 1962, whereby it would be unfair to identify his position through it, but I do not find it to have changed since beyond the incomplete refining of such a frankly racist language. Remember J. P. Reid's later words: « They (the Cherokees) had less choice (than the British) », since « the primitive mind is less adaptable to jurisprudential innovation than are people with formal education ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I do not believe that John Phillip Reid's work regarding the history of indigenous law can be in all justice disqualified as a negative image of a non-indigenous law, namely British, in order for the latter to appear in all its splendor as a sign moreover of the superiority of a culture in the singular over all those that people America. Neither, independently of the author's responsibility and intention, do I believe that a contrast between both historical parties and historiographical approaches works exactly like that. Reid's studies may be taken as a call to realize and challenge. They bring not just complementary visions, but also a most effective reminder. And they can be profited from (164). To begin with, Reid's work is not reassuring but challenging for constitutional historiography. The founding claim of *We the People* comes face to face with the evidence of *We the Peoples* on its same historical stage and constituent time, although their performances as represented by the pathfinder take place in a completely unbalanced and timeless form. So, although reduced to a lesser footing, the indigenous Nations show up in the past, just as they are here in the present. In these circumstances the summoning of a historical presence into view may be sufficient to embarrass current law and Constitution, even where it is not intended (165).

That is what I believe may explain the embarrassing silence of the biographer of *America's Constitution*, whether calculated or not. Since the pathfinder's work basically deals with constitutionalism prior to 1787 Constitution, it might be thought that the biographer should not have to pay heed to it. The former believes that the generative moment of American constitutionalism, as centered on rights rather than powers and hence connected to English law, reaches back to pre-1787 times; therefore, Reid's *Constitutional History of the American Revolution* represents the most powerful refutation, on the same ground, of the starting point adopted by Amar's *America's Constitution*. Is this not precisely a very good reason for not avoiding the argument? Yet the biographer is not the only one who carries out a selective quotation policy (166). Warning that it will be in vain, I propose the search for

---

(164) Note how it can be done: R. A. Williams, *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace* (n. 75), broadly exceeding Reid's perspectives through the fastest route of all, that of ignoring them, while making good use of his work.

(165) B. Clavero, *Claiming for History: An American Hard Case*, in « Rechtsgeschichte », 4, 2004, pp. 28-37, although *American* without referring specifically to the United States. It might have been styled *Why the Constitutionalism of the Americas is not written*. For an extended version*, Guaca constitutional: La historia como yacimiento del derecho*, in *Istor. Revista Internacional de Historia*, 16, 2003, pp. 166-194 (*Guaca* is a Quechua word for sacred site). As already warned, I do not discuss here the exclusive use of *America* and *American* beyond inner constitutional need, which comes later.

(166) For that matter, there is no lack of occasions calling out for the attention

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

traces of John Phillip Reid's work all across mainstream American constitutional historiography — the prevailing ACH which neither centers on rights so much nor pays any heed to indigenous presence. The padding with quotes just for show does not count (167). In fact, constitutional historiography is in a class of its own when it comes to maintaining blind spots even when it aims to point out consummated deceptions and disclose hidden agendas to be aired and open. Bad manners never intended of course (168).

Given the affirmation of one culture over or even against others in historical terms, yet concerned with the present or at least affecting it, Reid's work — orthodox in this aspect — could be the object of the well-known reproach: « If we try to make history the handmaid of Constitution, either unwritten or written, it will soon cease to be history » (169). After all, it is the underlying reason why American

---

which is missing: J. P. Reid, *Constitutional History of the American Revolution* (n. 146), vol. I, pp. 47-59, and A. R. Amar, *America' s Constitution: A Biography*, pp. 233 and 577-578 (along with *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction* (n. 18), pp. 81-118 and 336-348), both referring to the constitutional importance of the Jury *before 1776*, before independence, and the former's treatment being specific, insightful and above all preceding. Add especially S.C. Stimson, *The American Revolution of the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall* (n. 15).

(167) Guides for the checking may be offered by Laura Kalman, *In a Defiant Stance*, and J. P. Greene, *John Phillip Reid and the Interpretation of the American Revolution*, in H. Hartog and W.E. Nelson (eds.), *Law as Culture and Culture as Law* (n. 153), pp. 38-47 and 48-57 respectively. Not unfairly for the author who receives tribute, the pathfinder, and ever independently of actual intentions, in this title of *law as culture and culture as law*, such an apt motto in itself, there may lurk a supremacist stance for a legal and constitutional history in which culture is declined in the singular — Anglo-American of course. Is this concern a display of bad manners?

(168) Take notice of an uncalled-for apology in the most outstanding recent critical reflection, in my opinion, on American constitutional history: S.F. VanBurkleo, K. L. Hall, and R. J. Kaczorowski (eds.), *Constitutionalism and American Culture: Writing the New Constitutional History*, Lawrence, UPK, 2002, p. XVII, for not including « an essay, for example, about the role of judicial policy in shaping American Indian-white relations », a clumsy and belittling caveat as, regarding indigenous presence, there is absolutely nothing in the contents and not just a section on the performance of a judiciary presumed to be exclusively the non-indigenous one. Please, also notice how well-mannered we all are.

(169) He came into early contact: J. P. Reid, review of H. E. Bell, *Maitland: A Critical Examination and Assessment*, and C. H. S. Fifoot (ed.), *The Letters of Frederic William Maitland*, both Cambridge, HUP, 1965, in « Columbia Law Review », 67, 1967, pp. 386-396, yet again depriving Maitland's verdict of its intent and quoting it by heart (pp. 394-395: « Maitland did not believe that legal history should be judged by the way it sheds light on contemporary law. It was his unique gift to have contemporary law to

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

constitutional history is not written. All in all I have not disclosed much besides, perhaps, that the biography of *America's Constitution* as a living character is impossible by itself. As the United States is a country without a name, its identification may depend on the surviving creature, *written* constitutionalism since 1787. Even if the history were tackled with knowledge of all the set of Constitutions, proxies, and substitutes, written and unwritten, there is still a dearth of bases and devices, the bases on which to get a foothold beyond 1787 and the devices for the handling of what turns out to be constitutional histories in the plural, yet deeply interrelated. That is the end of the little break I begged for. Thank you, readers. Let's recap.

8. *National identity and constitutional history between exclusive delivery and shared biographies.*

America' s Constitution now has a biography because an author decided to write its life story, but also because its subject is badly in need of becoming the character entitled to history. The prosopopœia is not only the biographer's choice. At the present time, for it was not quite so clear during the long nineteenth century, if the United States of America — the country with no name — succeeds in possessing an identity, it is a constitutional one, recognized in and by the Constitution for better or worse (170). I hope nobody is scandalized at this late stage with the conclusions I am about to draw. You are probably acquainted with the better reasons and we have so far come to know the grounds of the worse aspects of the United States Constitution-making. In plain words, *America* owes its identity to a scripture revealed by a bunch of racist, colonialist, and sexist people — the Founding Fathers, for there was no mother. As I do not know any other clearer way to say it, no bad manners are meant. Clarity is due. In any case, I am not the first to offend (171). Whig historiography, this constitutional « tale of inexo-

---

shed light on legal history »; « if American historians paid heed to his warnings against making history the handmaiden of law, American historians might be less critical of the legal use of history »). At this stage, one may wonder if there must be, beyond plain legal history, a *legal use of history* which merits historians' sharp criticism. Maitland's answer no doubt was in the negative (« current phrases about 'historical methods of legal study', that is another reason why the history of our law is unwritten »). Not just the pathfinder, but the ACH party belonging to legal faculty, the biography included, stands on the opposite side.

(170) On the better, Whig side, Michael Kammen, *A Machine That Would Go of Itself: The Constitution in American Culture. With a New Introduction*, New Brunswick, TP, 2006 (first, AK, 1986).

(171) L. H. Butterfield, Wendell D. Garrett, and Marjorie E. Sprague (eds.),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rable progress » — ACH, no less — does not even take notice of past offenses when they can still bear significance for the present (172).

A Nation with no name and therefore identifying itself with a Constitution could be a country where postnational, purely constitutional patriotism would make most sense. Any national identification beyond the fundamental scripture might definitively become needless, if not even possibly counterproductive (173). To be a patriot would mean not just to swear and abide by the Constitution, but to do so out of blind love and thus to worship the written document or its inspiring spirit as a truly sacred scripture or revelation. If one is skeptical of civic religion, awareness of its usefulness with the consequence of allegiance would suffice. Postnational patriotism identifies polity with constitutional structure and behavior, with representative institutions and participative politics, rather than Nation, including civic or non reli-

---

Adams Family Correspondence, I, *December 1761 — May 1776*, Cambridge (Mass.) 1963, pp. 381-383, letter from John Adams to Abigail (Quincy) Adams, his wife, trying to respond to her concern for women's rights as a question which, she thought, should be of constitutional importance: « As to your code of laws, I cannon but laugh. We have been told that our struggle has loosened the bonds of government everywhere; that children and apprentices were disobedient; that schools and colleges were grown turbulent; that Indians slighted their guardians, and negroes grew insolent to their masters. But your letter was the first intimation that another tribe more numerous and powerful than all the rest were grown discontented (…). We know better than to repeal our masculine systems. Altho' they are in full force, you know they are little more than theory (...); in practice you know we are the subjects. We have only the name of masters, and rather than give up this, which would completely subject us to the despotism of the petticoat, I hope General Washington and all our brave heroes would fight ». Abigail's biographer does not pay attention to this telling episode: Edith B. Gelles, *Portia: The World of Abigail Adams*, Bloomington, IUP, 1992.

(172) A. R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, p. 468 already quoted: « Doubtless, some sophisticated readers may be tempted to dismiss my general account as *Whig history* — a tale of inexorable progress », a completely uncalled-for disclaimer, as we know. Do you really need to be a *sophisticated reader* to perceive the not so disguised bias? And what is ill in becoming such a kind of person when it entails being perceptive beyond one's own and others' pretensions?

(173) What's in a name? Charles H. Ambler, Frances Haney Atwood, and William B. Mathews (eds.), *Debates and Proceedings of the First Constitutional Convention of West Virginia, 1861-1863*, Huntington, Gentry Brothers, 1939, vol. I, p. 81: « When we look back to history and see the origin of the name — Virginia, from the Virgin Queen — the queen who swayed the scepter of England with so much glory and renown — we might almost go back a little further to Virginia, the Virgin. It always makes me think of the Virgin Mary, the mother of our blessed Redeemer ». As even *America* is a colonial brand, remember that there is some indigenous name, like *Abya Yala*, now meaning the Americas in the plural with indigenous peoples in the first place.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gious at all. For this stance there is no constitutional need of history or even less, biography. Hence the problem lies in what is taken for granted as to the terms of reference, namely the Constitution, in this specific case, the American one. The United States of America identifies itself with the Constitution to form a Nation and therefore as a Nation through the Constitution. There is no way out of this circle. The same terms of reference are practically reduced to a single one. The American Nation is a Nation in the singular canceling Nations in the plural from its very 1787 final birth, after the confederative abortion rather than miscarriage. The national aim is the constitutional intent. The American Nation is embedded in the American Constitution. Here is where the national need for constitutional history or even biography takes root. The Nation, if ever shoved out the door, comes anyhow back through the window (174).

The identity of the American Nation is conferred by the Constitution, but what's in a name? What comes in through the open window? For this question frequently avoided even in its most elementary, that is, material or textual, dimension, the biography holds the merit of providing a categorical answer and abiding by its consequence, though this can only be relative instead. Identification through a set of texts, those of the *written* Constitution, appears plausible, yet ultimately is impossible as well as counterproductive through its uncontrollable collateral effects (175). One may even appreciate the biography's methodological proposal of a non-originalist textualism with the Constitution as an

(174) The main elaboration of constitutional patriotism as a non-national or postnational stance does not come from the United States, but Europe: Jürgen Habermas, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, ed. Ciaran Cronin and Pablo De Greiff, Cambridge, Massachusetts Institute of Technology, 1998 (*Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1996). The German question aside, as present Europe likewise seems to be another polity badly in need of constituent history or rather biography with a most problematic background partly linked to America, you may check B. Clavero, *Europa hoy entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, in « Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno », 33-34, 2004-2005, pp. 509-607.

(175) As we know, the biographer has even got a working title for a sequel: *America' s Unwritten Constitution: Between the Lines and Beyond the Text* (n. 6), further explaining that « the challenge… is to take seriously unenumerated aspects of our constitutional tradition and practice but to do so in a way that does not undermine the pre-eminent virtues of a written constitution »: A. R. Amar, *An Open Letter to Professors Paulsen and Powell* (n. 6), p. 2102. So it is precisely how big problems arise for both rights and history. In fact, despite *America' s Written Constitution* and its presumed virtues, the stance is not going forth but back to old British constitutional *conventions*: Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), Indianapolis, Liberty Classics, 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intergenerational project, so as not to tie constitutionalism to faulty origins (176). However, it does not completely work for either law or history. It does not work at all for legal history. The study cannon abide by its own rules. The explanation has to develop partly at times against or beyond pieces of textual evidence from the *written* Constitution (177). The diachronic — *intergenerational* — delimitation of its sources may appear impeccable from an extreme juridical standpoint, but is a failure for even strictly legal purposes, let alone historiographical ones (178). If there is a *written* specific fundamental law, a discrete Constitution, its text achieves significance above all through the context of other texts. How the constitutional word makes sense is along with other legal

(176) On the controversial issue of constitutional originalism trying to tie current constitutionalism to the founding moment, Johnathan O'Neill, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Baltimore, JHUP, 2005; Dennis J. Goldford, *The American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge, CUP, 2005. For a recent attempt to get over the divide between originalist and evolving or living Constitution, Jed Rubenfeld, *Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law* (n. 3). For direct checking of the founding moment, J. Rakove, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution* (n. 144). Needless to say at this stage, both originalist and living constitutionalisms are, along with all their variants, *We the People* constitutionalism in the singular.

(177) Check the skeptical conclusion of the review by the author of *Original Meanings*, J. Rakove, *Letter of the Law*, in « The Nation », December 19, 2005: « Yet Amar's notion of strict linguistic scrutiny, as applied to the origins of the constitutional text, is finally more an example of our obsession with the Constitution than an explanation of why its interpretation remains so fertile a source of perplexity and controversy. For all the attention that Amar bestows on the nuances of language, the life of the Constitution remains a story of movement, interpretation, and even exploitation. There is much to admire in Amar's densely packed disquisition, but it is not quite the biography it claims to be ».

(178) Let me return to a question I posed, that about the relation, if there is any, between legal and historiographical strategies. Let us concede that Amar's stance is fully accurate for current constitutionalism as a legal approach, what would this prove about constitutional history as an inquiring commitment? The biographer himself is not always consequent, even when he should be to the utmost, that is, concerning living people' s rights. We have seen how, in the Whig mode at its best, he deems the failed Equal Rights Amendment as constitutionally irrelevant after all, like D. Strauss, *The Irrelevance of Constitutional Amendments* (n. 145). The latter's milieu may call for his stance, as he is one of the three current editors, since 1991, of the *Supreme Court Review.* Remember that for Amar's view Strauss is nemesis along with R. Posner, a federal judge since 1981 and well-known as a prolific legal scholar, above all for his *Economics Analysis of Law* (1972), nothing to do with Beard's *Economic Interpretation*, as he represents just the opposite, the deliberate subordination of law to economy, the Founding Fathers' hidden agenda according to Beard.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

words (179). The *written* Constitution is a limb, a major one of course, rather than a whole body. As a diachronic text in the singular, it needs the help of successive layers of texts in the plural to become meaningful. Doing otherwise, the biography runs the risk of depicting a timeless law. As a matter of fact, it tends to turn ancient people into the biographer's contemporaries and contemporary people into historical characters (180).

Let us allow the biography to be the anchor now for the closing session as it was for the opening. Thanks again for everything, biographer. We know that you do not always evade obstacles. Against so much merely apologetic or obsequiously exegetic constitutional literature, contrary to the historiographical variety that openly projects the bright side of the present on the entire past in order to cover up yesterday's darkness, albeit reluctantly, that Constitution meant slavocracy. You do not hide the fact that the same basic 1787 Constitution which the country with no name identifies itself with is simply a supporter of slavery as a historical document alongside the early State constitutionalism (181). Furthermore, through the persisting identity,

---

(179) H. Jefferson POWELL, *A Community Built on Words: The Constitution in History and Politics*, Chicago, UChP, 2005, with expressive historical illustrations, to one of which I shall resort. The author does not take note of early intuitions about the need of paying attention to contexts so as to grasp the meaning of texts: John TAYLOR, *Construction Construed and Constitutions Vindicated* (1820); *New Views of the Constitution of the United States* (1823), sect. I: *The Meaning of Certain Primary Words*. These works are available on the web, in the *Liberty Library of Constitutional Classics* of the *Constitution Society*, ed. Jon ROLAND: *http://www.constitution.org/liberlib.htm*.

(180) H. J. POWELL, *Grand Visions in an Age of Conflict*, p. 2071, in « The Yale Law Journal », 115, 2006 (n. 3), pp. 2067-2092, referring to A.R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*: « It is rather fun to see a twenty-first-century scholar answer nineteenth century questions and chastise nineteenth-century statesmen, but if this were meant to be history, the attempt to do so would be a category error: The views of historical figures on a question of constitutional interpretation in dispute among them cannot be right or wrong when the question at hand is what the historical meaning of the document was », particularly regarding Abraham Lincoln's stance against states' right to secession from the Union on the grounds of the 1787 Constitution, which A.R. Amar thinks right as much as Lincoln's opponents would be wrong. « Once again — H.J. Powell continues — history cannot prove the correct answer to the normative question either way, and assertions about the normative answer are not history ». Endeavouring to reply, A.R. AMAR, *An Open Letter to Professors Paulsen and Powell* (n. 6), pp. 2105-2106. For further information on that point which regards powers rather than rights, F. MCDONALD, *States' Rights and the Union: Imperium in Imperio, 1776-1876,* Lawrence, UPK, 2000.

(181) For a revealing contrast from a European viewpoint, and furthermore concerning rights, as if their constitutional register might be disconnected from the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the slavocratic testimony is still there, I mean here, for the federal text is untouched. The reading of the scripture may vary depending on your background. Yours is Asian-American (182). Mine is European, but we can both imagine the annoyance or even offence which may be felt by African-Americans who descend from slaves and are aware of the meaning in those clumsily disguised constitutional clauses backing slavery (183). Slavocratic history — a history not completely neutralized

---

slavocratic background, Horst DIPPEL, *Human Rights in America, 1776-1849: Rediscovering the States' Constitutions*, in « Albany Law Review », 67, 2004, pp. 713-761 (heed *human rights* for constitutional rights entailing slavery); now, upholding the sightless approach, *The Rise of Modern Constitutionalism and the Relevance of American State Constitutions*, in Andreas ETGES and Ursula LEHMKUHL (eds.), *Atlantic Passages: Constitution — Immigration — Internationalization. In memoriam Willi Paul Adams*, Münster, Lit, 2006, pp. 57-68. H. Dippel is the editor of an ambitious endeavor for the collection of American and European constitutional texts: *The Rise of Modern Constitutionalism, 1776-1849* (*http://www.modern-constitutions.de*).

(182) I have already referred to the biographer's website: *http://www.law.yale.edu/faculty/AAmar.htm*. Here I first learned that *America's Constitution: A Biography* won the 2006 American Bar Association Silver Gavel Award. The prize' s justification mentions his personal background: « As a child of Indian immigrants, Amar grew up with a fascination for American history, government and law — that interest ultimately inspired him to tell the story of his native land by way of its Constitution ». Do not fail to notice how the history of *America* can be told *by way of its Constitution*, of course in the singular since 1787 on. For the legal background of discrimination against them, Hyung-chan KIM, *A Legal History of Asian Americans, 1790-1990*, Westport, GP, 1994; Natsu Taylor SAITO, *Interning the 'Non-Alien' Other: The Illusory Protection of Citizenship*, in « Law and Contemporary Problems », 68, 2005, *Judgments Judged and Wrongs Remembered: Examining the Japanese American Civil Liberties Cases on Their Sixtieth Anniversary*, pp. 173-213. As there is nothing specifically on them in the *written Constitution*, the biography does not have to deal with constitutional issues regarding Asian-Americans of course.

(183) Contrast the offensive irony, as a reborn John Adams (nn. 41 and 171), of G.S. WOOD, *The Founders Rule!*, review of B. ACKERMAN, *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge, HUP, 2005, in « The New Republic », November 7, 2005, beginning: « Academic historians are not much interested in constitutional history these days. Historians who write on American constitutional past are a vanishing breed. For much of the academy, constitutional history, with its concentration on the actions of dead white males, is much too old-fashioned, and not to be compared in importance with cultural and social history, especially of the sort focusing on issues of race and gender ». For the effective intellectual link to John Adams, G. S. WOOD, *The Creation of the American Republic* (n. 144). Add now, among people already quoted, the insensitivity of M.S. PAULSEN, *How to Interpret the Constitution (and How Not To)* (n. 8), p. 2062: « The long-dead-white-males-shouldn't-rule-us critics have a point. There is no particularly good a priori reason

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

through either Amendments on abolition and citizenship or Civil Rights Acts — is embedded in the constitutional tradition and scripture which awards American identity (184). Needless to say it no longer bears normative importance, but the scope of the Constitution goes beyond the strictly legal field, especially as America's ID. *America's Constitution* documents American identity in the best way — biography.

There is more beyond the S-word, the S-euphemisms and its aftereffects, much more as we know, but you, biographer, avoid it. There are other signs in the scripture that can also annoy and offend — *Indian tribes, Indians not taxed* — with neither formal Amendments nor substantial constitutional mutations in the case. They bear testimony to colonialism; it is worth remembering it by its plain name for this is the hardest thing to face up to then and now (185). This predicament is most

---

why we should be governed, on important fundamentals, by a charter drafted (in the main) more than two centuries ago, by (white) men who have long since died, if we prefer a different arrangement today, in whole or in part, and make a considered deliberative choice for a new arrangement. But this is not really a problem with constitutional law. It is a political theory problem external to constitutional law ». Sic.

(184) For the situation after the Civil Rights Act — the legislation finally according, after a long century, to the XIV and XV Amendments' mandate and not pertaining to the *written Constitution* — still under the spell of slavery's aftereffects, worsened by the extended enacting delay, Derrick Bell, *And We Are Not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice* (1987), *with a New Appendix for Classroom Discussion*, New York, Basic Books (BB hereinafter), 1989; *Afrolantica Legacies (A Geneva Crenshaw Book)*, Chicago, Third Word Press, 1997; *Silent Covenants: Brown v. Board of Education and the Unfulfilled Hopes for Racial Reform*, New York, OUP, 2004. Add Richard Delgado and Jean Stefancic (eds), *The Derrick Bell Reader*, New York, NYUP, 2005. But check how, from a perceptive standpoint regarding Bell's own African-American location, the indigenous presence is instead clustered together with non-European immigration in a chapter on *other 'Nonwhiteness'*: D. Bell, *Race, Racism, and American Law* (1973), New York, Aspen, 2004, including moreover Mexicans, Indians or not, who have not crossed the border as the border crossed them, as we know. As for the indigenous standing, wouldn't this way of tackling it be deemed as supremacist in the case of its being applied to the descendants of the slave trade between Africa and America with nothing much in common either with unforced immigration?

(185) R. A. Williams Jr., *Documents of Barbarism: The Contemporary Legacy of European Racism and Colonialism in the Narrative Traditions of Federal Indian Law*, in « Arizona Law Review », 31, 1989, pp. 237-278, partially reproduced in R. Delgado and J. Stefancic (eds.), *Critical Race Theory: The Cutting Edge*, Philadelphia, Temple University Press, 2000, and in Juan F. Perea, R. Delgado, Angela P. Harris, and Stephanie M. Wildman, *Race and Races: Cases and Resources for a Diverse America*, St. Paul, West Group, 2000. For further information about R.A. Williams' publications on legal and constitutional *barbarism*: *http://www.law.arizona.edu/faculty/getprofile.cfm-?facultyid=40.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

difficult to confront because on the whole it effectively still exists. The Nation with no name, America, does not hide its colonial origins or even feels proud of them as a part of its constitutional pedigree (186). What seems hard to admit is that colonialism describes the supremacist project of European people over or against indigenous people in America rather than their subordination to their polity in Europe, the British Monarchy in the case (187). What is still harder to acknowledge is that the Constitution itself turns out to be colonialist along with the background where it remains embedded, English common-law as wells

(186) Donald S. Lutz (ed.), *Colonial Origins of the American Constitution: A Documentary History*, Indianapolis, Liberty Fund, 1998; available on internet, on the aforementioned site of the so-named *Liberty Fund*: *http://oll.libertyfund.org/Home3/index.php*. The affirmation of the English colonial presence, since it is one among others and furthermore of the immigrant kind from the start, might be compatible with all the people there, including both indigenous and European parties, but often the English pedigree is presented as exclusive towards both sides, Indian as well as colonial. The same *Liberty Fund* on internet is quite demonstrative. There is available research on the economical domestication of common-law from colonial background into constitutional rules, for private as much as public law: James Willard Hurst, *Law and Economic Growth: The Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin, 1836-1915*, Madison, UWP, 1984 (first, HUP, 1964); W. E. Nelson, *Americanization of the Common-Law: The Impact of Legal Change on Massachusetts Society, 1760-1830*, Athens, UGP, 1994 (first, HUP, 1975); M. J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, New York, OUP, 1992 (first, HUP, 1977); H. Hartog, *Public Property and Private Power: The Corporation of the City of New York in American Law, 1730-1870*, Ithaca, Cornell University Press (CrUP from now onward), 1989 (first, UNCP, 1983); Howard Schweber, *The Creation of American Common Law, 1850-1880: Technology, Politics, and the Construction of American Citizenship*, Cambridge, CUP, 2004.

(187) J. Evans, P. Grimshaw, D. Philips, and S. Swain, *Equal Subjects, Unequal Rights: Indigenous People in British Settler Colonies, 1830-1910*; P.G. McHugh, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status, and Self-determination*; both already quoted (n. 65). Champions of common-law as United States constitutional tradition, such as J.P. Reid, are radically selective by completely disregarding this aspect. As already pointed out, I shall not enter the dispute between the supporters of either legal Enlightenment or common-law for the origins of American system, a conflicting areas between liberal and conservative lawyers in the United States, since we are not concerned here with policy of law directly, but just politics at work in constitutional or legal historians' strict realm. For a contrasting scrutiny, L. Kalman, *The Strange Career of Legal Liberalism*, New Haven, YUP, 1996. For the colonialist seeds of the very Enlightenment on the British side, Barbara Arneil, *John Locke and America: The Defence of English Colonialism*, Oxford, OUP, 1996; Jennifer Pitts, *A Turn to Empire: The Rise of Imperial Liberalism in Britain and France*, Princeton, PUP, 2005, pp. 25-121. On the broad legal background, Lauren Benton, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge, CUP, 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

as legal Enlightenment (188). The enlightened law of nations, shortly afterward called international law, elaborated the supremacist position through a clear double standard between colonized people and colonizing people from the latter's viewpoint, sure enough (189). If the constitutional dimension of international law — the former law of nations — is avoided by exclusively referring to American Constitution, most important constituent problems of the Americas — including the United States to be sure — are completely missed (190). International

(188) As I already spoke of *excusatio non petita* for the biographer and some other people, see also the significant example of uncalled-for disclaimer offered by J.R. STONER Jr., *Common-Law Liberty: Rethinking American Constitutionalism*, Lawrence, UPK, 2003, p. 6: « I do not mean to revive lapsed ethnic privilege » by affirming British legal tradition, although « I suppose the eclipse of common law in recent years owes something to the rise of a multiethnic America », a sort of America which would not seem to be present from the very start and a part of it before any presence of European origin. Let us recall that he authors some thoughtful research on the historical confluence between common-law and legal Enlightenment: J. R. STONER Jr., *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism* (n. 150). Going further not only back in time and out of any enlightened background, R.H. HELMHOLZ, *The Spirit of Classical Canon Law*, Athens, UGP, 1996, presents a European pedigree of American or even general constitutionalism in the strictest sense, as regards rights and guarantees, stemming from the medieval world and catholic law.

(189) Not sure at all instead, since Indian Nations and hence double standard are left out of sight, P. S. and Nicholas ONUF, *Federal Union, Modern World: The Law of Nations in an Age of Revolutions, 1776-1814*, Madison, MH, 1993. We know (n. 48) that the former, Peter Onuf, did not realize the Indian position even when studying some Territory Ordinance. For more insightful approaches, Richard TUCK, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford, OUP, 1999; Edward KEENE, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism, and Order in World Politics*, Cambridge, CUP, 2002; Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, CUP, 2005.

(190) It is the case of A. R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*. Regarding the international frontier of the American inner law, that is the Territory regime, the exclusion of the law of nations really helps to avoid constitutional problems: G. LAWSON and G. SEIDMAN, *The Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History* (n. 43), and vice versa too: P. S. and N. ONUF, *Federal Union, Modern World: The Law of Nations in an Age of Revolutions* (n. 189). In the field of really existing ACH or American legal history in general, international law is regularly disregarded, even when concerning constitutional law and even by the best accounts: Lawrence M. FRIEDMAN, *American Law in the Twentieth Century*, New Haven, YUP, 2002; for details regarding human rights international law, B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights* (n. 79), pp. 166 and 167. Compare the conclusion about « integrating the United States into the Global Constitution » from K. J. KERSCH, *Constructing Civil Liberties: Discontinuities in the Development of American Constitutional Law* (n. 38)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

law may shed shadow over given Constitution as well as light over substantive constitutionalism, that concerning rights (191).

Regarding the United States Constitution, the main troublesome textual indication is the provision for the incorporation of new States as if there were a wasteland to colonize. The core evidence is outside the Constitution or rather the *written* Constitution. It is the Territory regime with the double standard granting rights for colonizers at the expense of the people there. The Territory Ordinance is parallel and complementary to the 1787 Constitution, allowing the latter and ensuring the former colonialism's continuity (192). Although a biography's chapter is dedicated to Territories along with States, it does not recognize the dark side of Territory rule. It does not even try to look at it. As in so many aspects, it is an accurate representation of an entire historiography, the impossible constitutional history of the United States of America that begins with *We the People* in the singular, the really existing ACH's character in short (193). Indeed, there are Indians

---

(191) Miguel Alfonso Martínez, Special Rapporteur for the United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (now Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights), *Study on Treaties, Agreements and other Constructive Arrangements between States and Indigenous Populations:* (Fourth and) *Final Report*, 1999, available on internet (*http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G92/136/53/PDF/G9213653.pdf?OpenElement*), par. 163, referring to the resolution here quoted in n. 96: « By virtue of the so-called Apology Bill enacted by the Congress of the United States, among other reasons, the situation of the indigenous Hawaiians takes on a special complexion now. The Apology Bill recognizes that the overthrow of the Hawaiian monarchy in 1898 was unlawful. By the same token, the 1897 treaty of annexation between the United States and Hawaii appears as an unequal treaty that could be declared invalid on those grounds, according to the international law of the time ». What if we take into consideration present international law? The rapporteur does so for Indian Treaties as well.

(192) There is a real classic, Charles Howard McIlwain, *The American Revolution: A Constitutional Interpretation* (1923), New York, Da Capo, 1973, whose author is more remembered today for dealing with « mother country » law (*The High Court of Parliament and its Supremacy. An Historical Essay on the Boundaries between Legislation and Adjudication in England*, 1910) and for the characterization of constitutionalism through history (*Constitutionalism, Ancient and Modern*, 1947), than for having tackled the legal dimension of colonialism without taking into consideration indigenous peoples' rights, or their law at least, by editing and introducing Peter Wraxall, *An Abridgment of the Indian Affairs Contained in Four Folio Volumes, Transacted in the Colony of New York, from the Year 1678 to the Year 1751*, Cambridge, HUP, 1915, pp. IX-CXVIII; reprint, New York, Benjamin Blom, 1968.

(193) The fact that there is no title *We the Peoples* referring to the United States, for the books which do deal with the United Nations (browse through the Library of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and slaves' ghosts hovering over *America's Constitution*, above the 1787 Constitution, the whole set of its Amendments, and the extended, borderless body of the *unwritten* Constitution. Other ghosts, such as women's, may be added of course. All of this is a well-known fact (194). What seems to be lacking in the case of the United States is a clear awareness of the present constitutional shortcomings caused by not just the obsolescence of the *written* Constitution, but also and above all the *We the People* character entitled to it (195). Even when the textual

---

Congress: *http://www.loc.gov*), while the title *We the People* actually abounds for the United States, can of course be blamed likewise and unequally on both mainstream non-indigenous and not so marginal indigenous scholarly positions. As far as I know, the one who comes closest to launching an American constitutional history as history of *We the Peoples* in the plural, through the aforementioned motives of « Treaties as Constitutions » and « Multicultural Constitution », is R.A. WILLIAMS, *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace* (n. 75). As for *We the Peoples* referring to all Nations beyond current United Nations, as indigenous peoples ought to be included, they would better receive consideration from the international law presiding over the States, no longer the only Nations: Ronald NIEZEN, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, Berkeley, UCP, 2003; S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, updated edition, New York, OUP, 2005.

(194) B. ACKERMAN, *We the People* (n. 9), presents the absence of women, slaves and indigenous peoples in the founding moment as a constituent deficiency of the United States which weighs upon the entire American constitutional history. He later contemplates the incorporation of the first two categories — slaves and women — in their respective moments as a true rectification or even regeneration (respective Amendments are already quoted), but finally, in a definitive Whig way, disregards the third or rather the very first category — Indians — without the pretext in his case, as he is not a textualist at all, of abiding by a faulty constitutional corpus, since for the indigenous question there is no Amendment nor does one seem possible with *We the People* in the singular for Ackerman's title as for the Constitution. Still the title of Woody HOLTON, *Forced Founders: Indians, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*, Chapel Hill, UNCP, 1999, does not refer to the subtitle — *forced founders* to *Indians, debtors, slaves* — but to the reluctance of non-Indians, non-debtors, non-slaves, and so forth, to independence.

(195) For contrast, let me refer again (n. 87) to some approaches from Canada and Australia: J. TULLY, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*; D. IVISON, *Postcolonial Liberalism*. Add Patrick MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001. Is there any reason for the shortage in the United States? Maybe, Federal Indian Law — that which begins with the Cherokee cases instead of Treaties, so to say — is so embedded in *We the People* law that it is really hard to achieve a perspective which needs to be both internal and external at once. Of course, there are some exceptions besides R. A.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

context of constitutional texts far beyond the strict Constitution is taken into consideration, other peoples' documents do not put in an appearance (196).

At this stage we know the one and only reason. The creature is alive and it is loved to the utmost. If it misbehaved in the past, here is its bright adulthood to redeem teenaged mischief. All in all, even taking into account a disgraceful history, the American Constitution may escape criticism for a not very distinguished life career, more so if you do not enter into comparisons with other still less graceful cases, let alone myths (197). For the biography as we know, *America's Constitution* would concern an *intergenerational project* in which some generations might redeem others and thus the Constitution which they pass down (198). It is a deep love practically shared by American constitutional historiography on the whole, the real stronghold of Whig history today. How can genuine ACH be written since it is unwritten? Is it bad manners to be a nuisance with the question? Needless to say, you may

---

WILLIAMS, *Linking Arms Together* (n. 75). See Iris Marion YOUNG, *Hybrid Democracy: Iroquois Federalism and the Postcolonial Project*, in D. IVISON, Paul PATTON, and Will SANDERS (eds.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge, CUP, 2000, pp. 237-258.

(196) Suffice it to mention Neil H. COGAN (ed.), *Contexts of the Constitution: A Documentary Collection on Principles of American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 1999, collecting a thick corpus of all kinds of texts, from the Christian Bible to Lincoln's Proclamations through the Magna Charta, save Indian Treaties or any other written sign of the former confederative context concerning Nations in the plural. Take also a look at the section of the *Avalon Project* on *Pre 18th Century Documents* (n. 49).

(197) For the main myth of constitutional import, apart from United States founding, that of revolutionary France of course, check François FURET, *Interpreting the French Revolution*, Cambridge, CUP, 1981 (original, *Penser la Révolution française*, Gallimard, 1978); Olivier BÉTOURNÉ and Aglaia I. HARTIG, *Penser l'histoire de la Révolution. Deux siècles de passion française*, Paris, La Découvert, 1989; Keith Michael BAKER, *Inventing the French Revolution: Essays on French Political Culture in the Eighteenth Century*, Cambridge, CUP, pp. 203-305; Steven Laurence KAPLAN, *Farewell, Revolution: Disputed Legacies — France 1789 / 1989*, and *Farewell, Revolution: The Historians' Feud — France 1789 / 1989*, both Ithaca, CrUP, 1995; Gary KATES (ed.), *The French Revolution: Recent Debates and New Controversies*, New York, Routledge (RP henceforth), 1998; Patrick GARCÍA, *Le Bicentenaire de la Révolution Française. Pratiques sociales d'une commémoration*, Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 2000; Annie JOURDAN, *La Révolution, une exception française?*, Paris, Flammarion, 2004.

(198) A. R. AMAR, *America' s Constitution: A Biography*, p. 476, already quoted for this true key of the *intergenerational project*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pose it for other cases and enter into comparisons (199). Here we are only dealing with the American case.

9. *Constitution past and present; people inside and outside.*

If there is a question crucial for the biography and also an entire American constitutional historiography since it is basic for the respective citizenship, it regards the doubts about the quality of present democracy under a nuclear Constitution which is two centuries and some decades old: *How Democratic is Our Constitution?* The possessive pronoun — *our* — refers to United States citizenship of course (200). It is a question that makes full sense in the present as well as being nonsense for the origins. As for the past, the answer is known. It calls into question the very query. How can this be posed with the evidence right there even in the *written* Constitution? Only some kind of

(199) For the Spanish case, the one I am most familiar with, B. CLAVERO, *Cádiz en España: Signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano* (n. 138). For entering into a comparative constitutional field, United States included, B. CLAVERO, *El Orden de los Poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, forthcoming. Usual comparisons for constitutional purposes are drawn on pretend assumptions and anachronistic grounds: Rett R. LUDWIKOWSKI and William F. FOX, *The Beginning of the Constitutional Era: A Bicentennial Comparative Analysis of the First Modern Constitutions*, Washington, Catholic University of America Press, 1993; John A. ROHR, *Founding Republics in France and America: A Study in Constitutional Governance*, Lawrence, UPK, 1995. For a more consistent historical background of a constitutionally dubious sisterhood, Patrice HIGONNET, *Sister Republics: The Origins of French and American Republicanism*, Cambridge, HUP, 1988; Susan DUNN, *Sister Revolutions: French Lightening, American Light*, New York, Faber and Faber, 1999.

(200) See the prompt review of *America's Constitution: A Biography* by G.S. WOOD, *How Democratic is the Constitution* in « New York Review of Books », 53-3, 2006. For a less Whig stance that has stirred up debate, Robert A. DAHL, *How Democratic is the American Constitution?*, New Haven, YUP, 2002. Controversy in any case is there, with *We the People* always in the singular. Check also the former's characteristic perplexity, not to say stubborn incomprehension regarding the indigenous presence: G. S. WOOD, *Apologies to the Iroquois*, en *New York Review of Books*, 53-6, 2006, commenting on A TAYLOR, *The Divided Ground: Indians, Settlers, and the Northern Borderland of the American Revolution* (n. 71). Now, as Whig history at its best at this stage, the same G.S. WOOD, *Revolutionary Characters: What Made the Founders Different*, New York, Penguin, 2006; as a thoughtful reflection with a grain of Whig history still in the background, but also alert to the backwardness of mainstream American constitutional culture, R. DWORKIN, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton, PUP, 2006 (add the references to his struggle for rights on the website of « The New York Review of Books »: *http://www.nybooks.com/authors/90*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

narrow-minded constitutionalism would seriously relate the present question to 1787, to the very founding moment. Thus the Constitution may easily become servant of the past, anything but democratic. Hence historical narratives are not just normative devices but relevant or even fundamental pieces of the very law (201). These things happen when law and history are in love with each other or just make a nice couple, orthodox or heterodox, satisfactory or unsatisfactory, conscious or unconscious (202).

Nevertheless, here is the biographer plainly recognizing the slavocratic heart of the 1787 Constitution, which would suffice to invalidate the question about how much democracy it might afford, even amended, and surprisingly buying the inquiry to answer in the affirmative. For the biography, from the very start onwards the 1787 Constitution would be *democratic* in itself and furthermore as an *intergenerational project*, as if the future of the past could be the past itself, as if the course of constitutional history were ineluctable — « a tale of inexo-

(201) Robert M. COVER, *Nomos and Narrative* (*The Supreme Court 1982 Term: Foreword*), in « Harvard Law Review », 97, 1983, pp. 4-68, reproduced in Martha MINOW, Michael RYAN, and Austin SARAT (eds.), *Narrative, Violence, and the Law: The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor, University of Michigan Press (UMchP from now onward), 1993, pp. 95-172 (visit an adverse blog on *http://the-brooks-blog.blogspot.com/2006/09/robert-cover-on-nomos-and-narrative.html*); Renáta UITZ, *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Budapest, Central European University Press, 2005, pp. 268-284, pp. IX and 307: « Historical narratives look like the ultimate tools of taming indeterminacy in constitutional interpretation. Careful analysis, however, reveals that historical narratives are interpretative and normative, and depend not on objective foundations but on the discretion of the interpreter »; « the most serious peril of historical narratives is not that they perpetuate indeterminacy but that this potential of theirs is not accounted for ».

(202) Check for instance, as it is already quoted, B. ACKERMAN, *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy* (n. 183). Is it bad manners to say that, outside of the United States, such a crucial debate about powers for the present, as it is projected over distant past however constitutionally connected, sounds somehow provincial? That this is not the case for today, since it affects wherever the external power of the United States reaches, is blatantly evident: Mark DANNER, *Torture and Truth: America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, New York, New York Review of Books, 2004, about the military intervention overseas that precisely provokes the narrow-minded debate, that which looks backwards and seeks explanation in a past exclusive to the United States. For a harsh contrast, John YOO, *The Powers of War and Peace: The Constitution and Foreign Affairs After 9/11*, Chicago, UChP, 2005, resorting to anachronistic history for supporting unconstitutional present. The most eloquent sign of that narrow-mindedness, of complacency typical of a political culture that hovers between compatible isolationist and imperialist trends, is the aforementioned negligence of international law even by best experts.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rable progress », you know. The most remarkable phenomenon is that absolute nonsense can go completely unnoticed and hence unchecked. The need for an identity prevails over not only the outrageous question but also its preposterous answer. For cover-ups and blind spots, all you need is Constitution, the good old one, 1787 in short ([203]).

1787 and *We the People* mean one and the same, Nation and Constitution all and ever in the singular by the same token. Constitutional date and constituent character are signs of a working language for an identical meaning. They describe the imagined origin and driving force of the constitutional narrative according to United States' constituent illusion just as it is in fact finally established. As if the present were the accomplished end of history, it becomes the truth for and of the past. The constituted present is the mirage for constitutional historiography. Current 1787 and *We the People* confer an impression of blatant realism to pretended history from the given state of affairs. The connection and confusion do not seem to operate in a steady or even clumsy fashion. Some degree of premeditation is necessary. Otherwise, how could any issue from the *written* Constitution be avoided just like that? It is the case of the constitutional phrasing on *Indian tribes* and the following judicial reading. Were the concealment unaware, would it work at sufficient capacity? To do so, it ought to be a deep, complete unconsciousness, which would be worse than purposefulness, as a feature characterizing not just a single author, the biographer, but a whole constitutional culture. Let us stop the innuendos to avoid behaving with blatant bad manners.

We know what has been lost. It is no less than the constitutional history of an *international project*, prior rather than intergenerational,

---

([203]) Nevertheless, A. R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, conveys insightful considerations, even somehow corrective for his Whig trend, on democratic shortfalls of the 1787 Constitution in sections still in force, especially regarding the presidential election, not just for the procedure through electoral college originally related to slavocracy (art. 2, sect. 1, par. 2, and Amends. XII and XX), but also for the candidates' minimum age (art. 2, sect. 1, par.4), which was then a device against family dynasties. The biographer does not go further to take into consideration — as this is not explicitly *written Constitution* — to what extent maleness was taken for granted (remember, among our quotations, art. 2, sect. 2, par. 2: « He shall have power… », *he* being the president of course). On the whole, A.R. AMAR, *America's Constitution: A Biography*, marks no critical stand about the crucial point of the dramatic evolution of presidential powers which could begin as early as Washington's presidency thanks to constitutional manipulations by his secretary of state, none other than Jefferson: H. POWELL, *The Founders and the President's Authority over Foreign Affairs*, in « William and Mary Law Review », 40, 1999, pp. 1471-1537, and his *A Community Built on Words: The Constitution in History and Politics* (n. 179), pp. 11-12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

frustrated by one of the parties, that named by the very appropriation of a colonial brand, America (204) It may be the very Constitution as well. A fake origin suffices to ruin history and perhaps law. Confront beginnings to check stories. Imagine the narrative starting in 1787 from the viewpoint of victims, particularly the first concerned, the indigenous peoples (205). Let the non-indigenous constitutional history of the Southwest start where it apparently should, in 1812. They would be dramatically different constitutional past histories and present perspectives. And even these are not exact beginnings. In order not to exclude indigenous peoples or place them in a subsidiary role from the outset, constitutional history has to begin previously with Treaties and Confederations. The United States Congress itself made the gesture of proposing this approach in the Hawai'i case, although deactivating the

(204) For perceptive historical settings regarding openly colonial times, Bernard BAYLIN and Philip D. MORGAN (eds.), *Strangers within the Realm: Cultural Margins of the First British Empire*, Chapel Hill, UNCP, 1991; J. P. GREENE, *Negotiated Authorities: Essays in Colonial Political and Constitutional History*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1994; Colin C. CALLOWAY, *New Worlds for All: Indians, Europeans, and the Remaking of Early America*, Baltimore, JHUP, 1997 (the title had been his opening motto in *The American Revolution in Indian Country: Crisis and Diversity in Native American Communities*, Cambridge, CUP, 1995). Yet let me add two questions, one per author: What about rights of people and peoples from the Old (American) World? What about their authorities, then non-negotiable to the same extent as English or Spanish ones or rather more negotiable by the respective peoples than those others?

(205) Although she does not go into constitutional questions, here is good help now from Maureen KONKLE, *Writing Indian Nations: Native Intellectuals and the Politics of Historiography, 1827-1863*, Chapel Hill, UNCP, 2004. Add D.K. RICHTER, *Facing East from Indian Country: A Native History of Early America*, Cambridge, HUP, 2001; with J.H. MERRELL (eds.), *Beyond the Covenant Chain: The Iroquois and their Neighbors in Indian North America, 1600-1800*, ed. 2003 (n. 52), pp. XI-XVII already quoted (assuming this perspective, yet still trying to fit Indians in the non-Indian « revolutionary history », G. B. NASH, *The Unknown American Revolution: The Unruly Birth of Democracy and the Struggle to Create America*, New York, Viking, 2005). For historiographical background, Donald L. FIXICO (ed.), *Rethinking American Indian History*, Albuquerque, UNMP, 1997; Devon A. MIHESUAH, *Natives and Academics: Researching and Writing about American Indians*, Lincoln, UNP, 1998. Advisable too, of course, V. DELORIA, Jr., *Red Earth, White Lies: Native Americans and the Myth of Scientific Fact*, Golden, Fulcrum (FP from here onward), 1997. As some people, even constitutional historians and most ACH faculty, only learn about Indian presence from movies, let me still add Peter C. ROLLINS and John E. O'CONNOR (eds.), *Hollywood's Indian: The Portrayal of the Native American in Film*, Lexington, University Press of Kentucky, 1998; W. CHURCHILL, *Fantasies of the Master Race: Literature, Cinema, and the Colonization of American Indians*, San Francisco, CL, 1998, a part in *Acts of Rebellion: A Ward Churchill Reader*, New York, RP, 2003.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

statement so as not to encourage reparation and devolution or even discourage the no less necessary historiography from a different start than 1787 (206). We know it by now. There is not one history, but histories. There is not one beginning, but beginnings. Constitutionally, there must be *We the Peoples*, not *We the People* any longer (207). Let us not refer to any of them in the singular or exclusively grouped either, not even indigenous peoples or among them alone, or among non-

(206) I already quoted (n. 96; add n. 191) the final pronouncement from the formal apologies presented by the United Status to Hawai'i on the 100th anniversary of the colonial coup which did away with its independence: « Nothing in this Joint Resolution is intended to serve as a settlement of any claims against the United States ». What I add now is that, since its own statement is not taken completely seriously, the deactivating effect can easily become final. And the Hawai'i case was not so unique in the same epoch, longer term outcomes aside: Stuart Creighton MILLER, *'Benevolent Assimilation': The American Conquest of the Philippines, 1899-1903*, New Haven, YUP, 1982; Matthew Frye JACOBSON, *Barbarian Virtues: The United States Encounters Foreign Peoples at Home and Abroad, 1876-1917*, New York, Hill and Wang, 2000; Christina Duffy BURNETT and Burke MARSHALL (eds.), *Foreign in a Domestic Sense: Puerto Rico, American Expansion, and the Constitution*, Durham, DUP, 2001; Efrén RIVERA RAMOS, *The Legal Construction of Identity: The Judicial and Social Legacy of American Colonialism in Puerto Rico*, Washington, American Psychological Association, 2001; Ediberto ROMÁN, *The Other American Colonies: An International and Constitutional Law Examination of the United States' Nineteenth And Twentieth Century Island Conquests*, Durham, Carolina Academic Press, 2006. As it deals specifically with these cases, see the University of Michigan website, *The United States and its Territories, 1870-1925: The Age of Imperialism* (*http://www.hti.umich.edu/p/philamer*).

(207) Pace B. ACKERMAN, *We the People* (n. 9), vol. I, p. X: « I also wish to note Professor Forrest McDonald's fine book, *We the People: Economic Origins of the Constitution* (1958). I paused over the question whether another book with the same title would cause undue confusion. My conclusion: this title is special... » (as a matter of fact, there is a set of less fine publications styled *We the People*). It could be added that, after all, titles of books are irrelevant compared to titles to rights. Book titles may just be a symptom in the case of constitutional diseases concerning rights' titling (remember, n. 194, the overlapped vanishing of indigenous rights in Ackerman's *We the People*). As for F. MCDONALD, *Economic Origins of the Constitution* (reprint, New Brunswick, TP, 1991), we already know (n. 124) about the connection with C. A. Beard's *Economic Interpretation* (add F. MCDONALD, *Recovering the Past: A Historian's Memoir*, Lawrence, UPK, 2004, references to *Beard, Charles A.* in the Index), but it would be unlikely for the latter to buy as title *We the People*, the best one for a good Whig book on ACH. We know that Beard's motto comes back under otherwise inspired titles: R. A. MCGUIRE, *To Form a More Perfect Union: A New Economic Interpretation of the United States Constitution* (n. 125). Unfortunately, the *Exhibition* here in the Appendix does not reach all the way to the present.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indigenous peoples on our own. Any kind of *Nonwhiteness* is as ill-advised as *Whiteness* (208). Is it needless to say this?

No more of being on our own, so-called white people, even to do research. We have done far too much already and contributed to cause a lot of damage as a result. We alone — European and European-American people — had better keep quiet. We are the aliens, in the past as invaders and in the present as intruders (209). I am doubly so, neither an American non-white person nor a United States citizen. Since it is neither my people nor my polity, I have no right to ask, in these possessive terms, *how Democratic our Constitution is*. Ultimately, it would be plain bad manners. I should tread more carefully and be more prudent concerning these questions which are so vital first and foremost for others. As I am a pallid, male European guy, I especially address apologies, if needed, to Native and African-Americans as well as American women (210). I should not be so bold as to suppose that distance gives perspective or that foreignness grants impartiality. Furthermore, I honestly do not believe this. For achieving my view, I depend on people inside, especially indigenous and African-American researchers. I have hardly raised any issue that has not previously been

---

(208) As we know, this is a pair of working, though not elaborated categories in a most outstanding sensitive legal treatise on racism in American law: D. BELL, *Race, Racism, and American Law*, ed. 2004 (n. 184).

(209) As America is also concerned through slave trade as well as freedpeople's return, for elaboration of the claim for European final silence, let me refer to B. CLAVERO, *Bioko, 1837-1876. Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Consuetudinario Internacional del Trabajo mediante*, in « Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno », 36, 2006, forthcoming. For the specific need to connect American history with African history, which concerns constitutional history of course, Gwendolyn Midlo HALL, *Slavery and African Ethnicities in the Americas: Restoring the Links*, Chapel Hill, UNCP, 2005.

(210) Along with D. BELL, *Race, Racism, and American Law* (n. 184; add the forum on *Whiteness and Others: Mexican Americans and American Law*, in « Law and History Review », 21, 2003, pp. 109-214), I could complete the *other 'Nonwhiteness'* through the display of all X-Americans. Or could I maybe make the phrase easier employing the same cluster? I do not think it judicious far beyond the specific reason given before about the standing of indigenous peoples. When referring in this negative and mixed-up wording to *Nonwhiteness*, you may be reproducing, independently of your intentions, the mainstreamness of *White* people, just like me, the specter, the pathfinder, and the creature, leave the biographer, our shortcutfinder, aside for once. I do not contend that we must instead construct categories like *Nonblackness* for all non-Africans, Americans or not, or like *Nonindianness*, *Nonchicanoness*, *Nonjewness*, *Nonarabness* and so on, alongside old and new forms of *Noncaucasiannes*. Is all this really needless to say on my part? Let me harbor some doubt, since there are manicheist readings all around, even among experts.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

raised, nor said anything not already said by people affected and concerned as willing or forced participants in American citizenship (211). On my own, I only relate questions and answers from others, taking advantage not just of written literature, but also unwritten communication (212).

Even my present research is not actually mine. If I have taken extreme care of quotations in the notes and good manners for the quotes, it is not just as information and communication, but also and mainly as a constant support for my stance beyond historiographical accuracy, for it to be clear that my role as a critic of American constitutionalism is limited to being a transmission belt. I have volunteered as a fellow traveler and harbor no intention of applying for American citizenship. As well as being a double outsider, I see myself as a medium, since the capacity for communication between aliens and non-aliens may be a good way of reducing oneself — a European voice — to silence. A good medium is not even a spokesperson, but just a

---

(211) In his moments of sharp perspicacity even for the continental indigenous issue which causes him to maintain an embarrassed distance, A.R. AMAR, *America' s Constitution: A Biography*, pp. 430, 439, and specifically (though not directly indicated by the Index entry, *Indians, citizenship of*) 621, n. 57, bravely recalls that United States citizenship was imposed in 1924 on the Indian Nations of the Reservations without their consent, with furthermore such eloquent references such as that of Robert B. PORTER, *The Demise of the Ongwehoweh and the Rise of the Native Americans: Redressing the Genocidal Act of Forcing American Citizenship upon Indigenous Peoples*, in « Harvard Blackletter Law Journal », 15, 1999, pp. 107-183 (and available on internet among other essays on *Race, Racism and the Law*, in the chapter on *Citizenship Rights and Racism*, section on *Rights of Indigenous Peoples of US*: *http://academic.udayton.edu/race*). Nevertheless, as an explanation, the biographer prefers the Whig version which attributes the granting of citizenship to accredited American patriotism on the part of Indians, as it is also supposed with reference to African-Americans regarding later civil rights politics, and not that contrasted version which takes into consideration circumstances like the existence by 1924 of the League of Nations witnessing some attempt for international recognition of Indian Nations or polities, such as Hodenosaunee, the aforementioned (nn. 52 and 76) Iroquois Confederacy today located between Canada and the United States. A later case similar to that, in times of the United Nations, was the conversion of Alaska and Hawai'i from colonies to States, without indigenous consent in either case, before the international decolonization policy. Further information is available on the website just cited on *Race, Racism and the Law* of the University of Dayton. More specifically, you can visit and confront the respective sites of Hawaii State and Kanaka Maoli Nation: *http://hawaii.gov and http://www.hawaii-nation.org.*

(212) Raymond D. AUSTIN, former justice of the Navajo or Diné Nation Supreme Court and current professor at the University of Arizona Indigenous People' s Law and Policy Program: « I'm a second generation citizen », referring, of course, to the unilateral granting of American citizenship to first Nations' people in 1924 (n. 211).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

transmitter with communication skills among people inside and outside, a go-between in short (213).

Thus, my present essay is derivative, I admit this outright. Even the question about non-written-history is not original, you know. I hope not to have become a plain plagiarist by working so derivatively. It cannot be otherwise since foreignness is not the best position from which to observe and judge (214). You, readers, are my judges; American readers, the final jury. That is the reason why I am publishing in English (sorry, close fellow citizens) (215). My location is only external because of the place I inhabit, out of the United States, and the citizenry I belong to,

---

(213) As an outsider cannot be a reliable correspondent, if you, reader, need any pal to reflect further on the American constitutional conundrum beyond isolated constitutionalism, I may recommend to you people like Geneva Crenshaw and Vine Deloria. No insurmountable impediment that neither of them is alive. The former, Geneva, was never born. The latter, Vine, recently passed away. Books live for the sake of people. Though she does not author them, some of Geneva' s are cited: D. BELL, *And We Are Not Saved* and *Afrolantica Legacies* (n. 184); add D. BELL, *Faces at the Bottom of the Well: The Permanence of Racism*, New York, BB, 1992. She is a character conceived by Derrick Bell to make less tough, through fictional conversation, uncomfortable scrutiny and unconventional analysis. Some of Vine's publications, which concern American constitutionalism even when not discussing it, are cited too. Add Barbara DELORIA, Kristen FOEHNER, and Samuel SCINTA (eds.), *Spirit and Reason: The Vine Deloria, Jr., Reader*, Golden, FP, 1999; and *A (live) Conversation with Vine Deloria*, some years ago, now, ever live, on the website of the University of Arizona: *http://wordsandplace.arizona.edu/deloria.html.* After hearing and reading this kind of material, I can promise that American constitutionalism shall take on new interest for you.

(214) Even for that I am partly derivative: Clifford GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretative Anthropology*, New York, BB, 1983. The missing part would call into question the very specialty of *foreign* anthropology of course. *Why American Anthropology is not written* might be a hard question indeed, the hardest of all perhaps as it may encompass that about American constitutional history because of its anthropological supremacist background. Geneva and Vine could help. We ought to begin addressing the Kercher's question (nn. 1 and 65) to get an answer beyond the legal field: *Why the History of American Law is not English* even when it is so.

(215) For a more controversial reason, Walter D. MIGNOLO, *The Darker Side of the Renaissance: Literacy, Territoriality, and Colonization*, Ann Arbor, UMchP, 1995, p. VIII: « Writing in Spanish means, at this time, to remain at the margin of contemporary theoretical discussions ». Grounds for the controversy are provided by C. GEERTZ, *Local Knowledge* (n. 214), since the dislocation can easily go beyond language. Even shift of language by itself, with no movement, may entail further displacement (suffice it to recall the difference between exclusive *America* and inclusive *América*, not to say *Abya Yala* including indigenous peoples in the first place, as we know). Indigenous and other colonized people know better than ACH experts. W.D. Mignolo belongs to the editorial board of an alternative site, *Worlds and Knowledges Otherwise*, already quoted (n. 86).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

that of both Spain and the European Union, for I derive my standpoint from non-alien research and evidence. With United States people and not against, I learn as a historian and jurist, or, since I attempt to achieve the satisfactory compound, as a legal historian.

I conclude where I began, with the heading quote. Maitland wished to separate legal historiography from law in force, taking for granted that there are only lawyers of the orthodox kind. But he was well aware that all kind of expertise, even legal, is always useful in the making of a historian (216). Perhaps this link would be fitting for the hypothesis that those involved in legal historiography should be *heterodox lawyers* as well as *orthodox historians*, thus with no contradiction in terms. Let us make a multitasking effort (217). Otherwise, what we have is legal history ancillary to given law, and for the case, substitutes for American constitutional history.

---

(216) F. W. Maitland, *Why the History of English Law is not Written*, quoted more than once, shortly after our leading paragraph: « A thorough training in modern law is almost indispensable for anyone who wishes to do good work on legal history » (stressing this point, S. F. C. Milsom, *Maitland*, in « The Cambridge Law Journal », 60, 2001, pp. 265-270), something that could very well be preached for constitutional history if it is not taken in its old meaning which goes back even to medieval times, as already mentioned regarding Maitland's *Constitutional History of England* (n. 141). Yet if this same historical meaning were applied to an *American Constitutional History*, we would obtain a completely Indian start and thus a convenient entry point into the confederative constitutional moment *before 1787*, as long of course that this previous constitutional history did not begin in the usual style like good old Whig history, that is, transforming the European Middle Ages into American history, and legal to boot.

(217) You have surely noticed in our leading quote the gender-laden language discriminating between a superior masculine subject (« otherwise *he* is no lawyer ») and an inferior feminine one (« the *handmaid* of dogma », why not the servant instead or, like a teacher in Spain as I am, civil servant? Carry out the test. It makes sense: the legal historian as a civil servant of the law or rather the State). If we are of a constitutional disposition, it is not bad manners, but most advisable to realize and control the normative effects of actions like wording or rather doing things with words not only or mainly for odd old texts (with *America* and *American*, for instance; or *rights and guarantees* and *privileges and immunities*). Pay attention to J. L. Austin, *How to Do Things with Words* (1955), eds. J. O. Urmson and Marina Sbisà, Oxford, HUP, 1975, dealing with « cases and senses (...) in which to say something is to do something » (lecture II, beginning). Law — especially law of the least constitutional kind in constitutional times and contexts — through both oral and written language goes vastly far beyond laws — especially *written* laws. The heterodox lawyer and orthodox historian must be careful as well as thoughtful in a wide range of abilities from performative linguistics to formative constitutionalism. All in all, the endeavor may be really demanding, but it would be truly worthwhile, wouldn't it?

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Appendix: Proof of Life, the Exhibition.

As there are even today proofs of charge, I mean against the stance represented in this essay, here is a display of some of the more apparent early ones. They may encourage those who have felt annoyance, and will incite those who have found enjoyment not to abandon reflection. It might be an appeal for an attentive and extensive scrutiny of texts, with an awareness of contexts. However, the display's aim is a different one. *Proof of Life* is its name. Here is an exhibition of front pages or covers from publications holding a clear reference, whether implicit or explicit, in the title or subtitle, to history just to prove its existence. It is only a sample, since it fully provides the proof of the dawn and progress, from early times, of ACH — the *American Constitutional History* together with *America' s Constitution* and *America* itself. It delivers evidence of living historiography through its continuous and mostly approving contact with the Constitution which confers identity on the United States.

What you have here is the entry to the historiography that some people, like the preceding essay's author, believe improbable, if not impossible, precisely because of such a close identification between American Constitution and *America* itself. Do you allow me — that author — to double for the guide of a show whose intent I do not approve of at all? Thanks, visitors, Americans or not, wherever you come from. Is everybody ready for the promenade? I'll try to do my best as a guide. I'll be discreet so you can enjoy the exhibition by yourselves. I won't disclose to its fullest extent my deep disagreement. I'll even make an effort to find out some reason to agree before the end of the visit. Please, let me take the lead just as your guide, no longer as the author. As the latter, I'm through. To distinguish me from him, you may call me by my nickname, Pipo, instead of Bartolomé. « Pipo, at last it's your turn. Don't let me take the lead ever again ».

Here we go. Heed titles as well as authors, please (a little lapse of silence). As we move forward from cover to cover, throughout the pictures till the end of the exhibition — but not of history — you may feel that at least a stage is completed. I am not so sure however (a longer lapse in the guide' s talk as the visitors peruse the front pages; please, do it). First impressions are often misleading and especially when you deal with publications. You know, don't judge a book by looking at the cover. This is exactly what we are supposed to do right now. Yet you can read between the front pages' lines and relate the readings to each other so not to take them at face value. If we are able to draw contexts from texts to construe their meanings, wrong impressions might be overcome. The exhibition does not lead to the end even of any historical stage. Let me explain this as it regards the core of the event. Let's try to go through the looking glass.

The flow of history neither stops nor ends; especially in the case of constitutional history, and particularly if the same Constitution, whatever its changes, continues all along throughout short years and long

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

centuries. For history there is no pause, even in the present, let alone the end. There may be no conclusive feature in the apparent fact from this exhibition that, as expertise improves — from 1923 with C. H. McIlwain's *The American Revolution: A Constitutional Interpretation*, for instance — the connection between constitutional history and law in force becomes less emphasized and even outdated. A new period would make a start. Is it so beyond doubt? I myself — Pipo the guide — am hesitant. By then, together with C. A. Beard's *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, a title with no reference to history and thus out of the exhibition, there are clearly historiographical publications bearing unquestionable constitutional implications beyond even authors' intents, avowed or not, shameful at times. Needless to say, the most disgraceful had been the titles supporting the discontinuing of the 1787 Constitution not for the sake of freedom, but of slavery. The second place in the parade is for those which do not pay attention to slavery or tackle human bondage in the chapter dedicated to property right, most of them during a first century and even beyond. Just to make the staging easier, besides selecting titles somehow referring to history, the order of the exhibition is simply chronological. Time makes primary, less subjective sense even for the Constitution.

Anyway, for or against, the Constitution holds sway over historiography, beginning with the very delimitation of the subject. At the penultimate turn of the century, between the 19th and 20th, the foundations had been laid for identifying the precise matter, as textual material, of the United States constitutionalism which would not be exclusively federal for either the starting point of its own history or for the following stages in broader and broader settings. Through official initiative as well as printing, F. N. Thorpe undertook the relevant collection of *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies now or heretofore forming the United States of America* (1909). There is nothing similar for a century up to the present. Yet note in the display of front covers (1891 and 1898) the same author's preceding historiographical productions on federal constitutionalism as if it were the American Constitution — *America's Constitution*, if you so prefer. Even against the extensive evidence of his monumental collection not just on member States, but first of all on Territories, Thorpe may be one of those who stamped a decisive influence on the self-contemplating and complacent narrative of that American character whose history is as burdensome as it is biased, and which a biography finally identifies with that most personalized name, *America's Constitution*. Compare, shortly afterward, the work of C. H. McIlwain. His first published and today hardly remembered research dealt with the colonial frontier in America, that of the Territories, and was concerned just with colonialist law, not indigenous rights at all. Later he became famous by dealing with old

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

English and not so old American constitutional history. No surprise that Indian Nations did not put in an appearance all along his historiographical endeavors. He was not concerned about them even when they were in sight. He is not the only one, historian or lawyer, to be that shortsighted.

How could an exhibition show blind spots? How could evidence and fantasy be discriminated when they are so interspersed between the light of manifest expertise and the shadow of hidden and often unconscious, not to say irresponsible, neglect? Let us emphasize that for constitutional history, as for law itself, blatant evidence and make-believe are not incompatible at all. If you are a lawyer, you know quite well about fantasies that are able to represent and even produce binding realities. Fiction is a legal technicality after all — *fictio iuris* as legal jargon says. History or rather historiography may belong to this section. Fiction becomes reality through law. Fictitious history does so through legal history. Juridical fiction is not meaningful by keeping with reality, but becomes so by creating it for good or ill. In this precise way American constitutional history may work too. For that reason, the very evidence of historical fiction can be the proof of life for this particular kind of history, if not historiography on the whole. The fake ACH is the genuine American constitutional history. At last the mystery is out.

The exhibition fully deserves its provocative name — *Proof of Life* for a dead horse, the ACH. This is not unfair, dishonest, or inaccurate at all. American constitutional history exists in the fictitious fashion just how the American Constitution needs it and not otherwise. Despite both historians, legal or not, and lawyer's usual naiveté, constitutional history has effectively been in itself first of all, rather than a scientific specialty, a legal instrument, of the fictitious species — *fictio iuris* — to be more specific. There is evidence that it is still the case nowadays, but the exhibition does not go so far. Neither must my discreet role as guide come so close to us, visitors or not. Maybe, apart from the exhibition, someone could write an essay about *why American Constitutional History is not written* and at the same time, by the same token, written, black and white in full. Here is the latest and best demonstration: *America's Constitution*, *A Biography* by Akhil Reed Amar, 2006 American Bar Association Silver Gavel Award for Media and the Arts in the category of books. Its front cover would have to be the final picture of *Proof of Life* if the exhibition went as far as the present.

The following exhibition of front covers makes up for missing biography, a biography of biographies; I mean the history of a really existing constitutional historiography more continuous than it appears or at least less discontinuous due to the enduring inertia of assumptions from the given, fictitious, or at any rate insufficient starting point — 1787 even with all its English and colonial preludes. Where else could it make a good start? Maybe history-making should begin with historiography-surveying. A new kind of question might be tested. Try it:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

How has *America's Constitution*, the character, been born and raised through American constitutional historiography? How has this constitutional historiography become constituent history? Provided that the 1787 Constitution — along with its set of appendixes — turns by this way into *America's Constitution*, the history of historiography may be the real biography — a biography of biographies — badly needed by the United States Constitution. Otherwise, it is always the same autistic narrative with all its variants. In the final count, *America's Constitution: A Biography* can be presented as an original work (remember Laurence Tribe' s words: « the best biography ever written about the U.S. Constitution » or rather « the only real biography ») because of a deficient awareness of the historical state of their own constitutionalism probably due, to a significant extent, to an insufficient knowledge of the boot-strapping and whole course of American constitutional historiography throughout one and the same life story in the long run.

The biographer points out that his biography may be followed up by enlarging the corpus of texts starting from the federal Supreme Court's jurisprudence (remember his words and italics: « We need at least one more book to start where this one ends, giving readers a detailed account of America's *unwritten* Constitution », and the working title of this following book: *America's Unwritten Constitution: Between the Lines and Beyond the Text*). He, the biographer, aims to forward, not rewind. He is concerned with mainstream constitutional conventions, not their cultural assumptions and damaging implications. It does not occur to him that the biography should be a cluster of biographies. His book ought to be preceded by an enlargement starting with confederative texts, including the Article of Confederation which founded the United States in a non-exclusive context, that is, former *written* Constitution along with Treaties and the respective historiography, of course. I wager that the biography of biographies, the painstaking history of American constitutional historiography beyond American constitutionalism, would conclude likewise. Yet I cannot promise any outcome of an endeavor never undertaken to any significant extent, needless to say.

You had better not place any value on what we have said — myself, just an assistant; Bartolomé, no longer a leader — unless you become conversant with the subject in the best manner, that of going further on your own. If you, readers and visitors, have followed him and me all the way thru the essay and the exhibition, it's up to you, sure enough. Quite sure that you, all of you now in the end, are of the enjoying, not annoyed kind. It's time to say goodbye. The gift shop is close to the exit. No tips allowed. « Enjoy your new job, Pipo ». Take care, folks.

Source of the pictures: *http://www.galeuk.com/trials/moml* (*The Making of Modern Law: Legal Treatises, 1800-1926*); curator of the exhibition: Javier Rodríguez-Piñero (*http://porvenir10.com*); Bartolomé's e-address, sorry, Pipo' s e-whereabouts: claverous.es.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LECTURES
ON
HISTORY,
AND
GENERAL POLICY;

TO WHICH IS PREFIXED
AN ESSAY ON A COURSE OF LIBERAL EDUCATION FOR CIVIL AND ACTIVE LIFE.
AND
AN ADDITIONAL LECTURE ON THE *CONSTITUTION* OF THE UNITED STATES.
THE WHOLE CORRECTED, IMPROVED, AND ENLARGED:
WITH
A CHART OF HISTORY AND A CHART OF BIOGRAPHY.

BY JOSEPH PRIESTLEY, LL. D. F. R. S.
AC. IMP. PETROP. R. PARIS. HOLM. TAURIN. AUREL. MED. PARIS. HARLEM. CANTAB. AMERIC. ET PHILAD. SOCIUS.

——— Juvat exhaustos iterare labores,
Et sulcata meis percurrere litora remis.
BUCHANANI FRANCISCANUS,

IN TWO VOLUMES.
VOL. I.
FIRST AMERICAN EDITION.

Philadelphia:
PRINTED FOR P. BYRNE, No. 72, CHESNUT-STREET.
1803.
[Copy-right Secured]

A GENERAL VIEW
OF THE
ORIGIN AND NATURE
OF THE
Constitution and Government of the United States,
DEDUCED FROM THE
POLITICAL HISTORY AND CONDITION
OF THE
COLONIES AND STATES, FROM 1774 UNTIL 1788.
AND
The Decisions of the Supreme Court of the United States.
TOGETHER WITH
Opinions in the Cases decided at January Term, 1837,
ARISING ON THE
Restraints on the Powers of the States.

BY HENRY BALDWIN,
One of the Associate Justices of the Supreme Court of the United States.

PHILADELPHIA:
PRINTED BY JOHN C. CLARK, 60 DOCK STREET.
1837.

COMMENTARIES
ON THE
CONSTITUTION OF THE UNITED STATES;
WITH
A PRELIMINARY REVIEW
OF
THE CONSTITUTIONAL HISTORY OF THE COLONIES AND STATES,
BEFORE THE ADOPTION OF THE CONSTITUTION.

BY JOSEPH STORY, LL. D.,
DANE PROFESSOR OF LAW IN HARVARD UNIVERSITY.

ABRIDGED BY THE AUTHOR,
FOR THE USE OF COLLEGES AND HIGH SCHOOLS.

"Magistratibus igitur opus est; sine quorum prudentiâ ac diligentiâ esse civitas non potest; quorumque descriptionis omnis Reipublicæ moderatio continetur."
CICERO DE LEG. lib. 3. cap. 2.
"Government is a contrivance of human Wisdom to provide for human wants."
BURKE.

BOSTON:
HILLIARD, GRAY, AND COMPANY.
CAMBRIDGE:
BROWN, SHATTUCK, AND CO.
1833.

SECRET
PROCEEDINGS AND DEBATES
OF THE
CONVENTION
ASSEMBLED AT PHILADELPHIA, IN THE YEAR 1787,
FOR THE PURPOSE OF FORMING THE
CONSTITUTION
OF
THE UNITED STATES OF AMERICA.

FROM NOTES TAKEN BY THE LATE ROBERT YATES, ESQUIRE, CHIEF JUSTICE OF NEW YORK, AND COPIED BY JOHN LANSING, JUN. ESQUIRE, LATE CHANCELLOR OF THAT STATE, MEMBERS OF THAT CONVENTION.

INCLUDING
"THE GENUINE INFORMATION,"
LAID BEFORE THE LEGISLATURE OF MARYLAND,
BY LUTHER MARTIN, ESQUIRE,
THEN ATTORNEY-GENERAL OF THAT STATE, AND MEMBER OF THE SAME CONVENTION.

ALSO,
OTHER HISTORICAL DOCUMENTS, RELATIVE TO THE FEDERAL COMPACT OF THE NORTH AMERICAN UNION.

RICHMOND, VA.
PUBLISHED BY WILBUR CURTISS.
1839.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

DOCUMENTS

OF

THE CONSTITUTION

OF

ENGLAND AND AMERICA,

FROM MAGNA CHARTA
TO THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1789.

COMPILED AND EDITED, WITH NOTES,

By FRANCIS BOWEN,
ALFORD PROFESSOR OF MORAL PHILOSOPHY AND CIVIL POLITY
IN HARVARD COLLEGE

YALE LAW LIBRARY.

CAMBRIDGE:
JOHN BARTLETT.
1854.

THE

CONSTITUTIONAL HISTORY

OF

THE UNITED STATES,

FROM

THE ADOPTION OF THE ARTICLES OF CONFEDERATION

TO

THE CLOSE OF JACKSON'S ADMINISTRATION.

BY

WILLIAM ARCHER COCKE.

In Two Volumes.

VOL. I.

PHILADELPHIA:
J. B. LIPPINCOTT & CO.
1858.

HISTORY

OF THE

REPUBLIC

OF THE

UNITED STATES OF AMERICA,

AS TRACED IN THE WRITINGS OF

ALEXANDER HAMILTON

AND

OF HIS COTEMPORARIES.

BY

JOHN C. HAMILTON.

VOLUME I.

"Neque enim est ulla res, in qua propius ad Deorum numen virtus accedat humana, quam civitates aut condere novas aut conservare jam conditas."—*Cic. de Repub.*

NEW YORK:
D. APPLETON & COMPANY,
BROADWAY
1857.

A

HISTORY AND ANALYSIS

OF THE

CONSTITUTION OF THE UNITED STATES,

WITH

A FULL ACCOUNT OF THE CONFEDERATIONS WHICH PRECEDED IT;
OF THE DEBATES AND ACTS OF THE CONVENTION WHICH FORMED IT;
OF THE JUDICIAL DECISIONS WHICH HAVE CONSTRUED IT;
WITH PAPERS AND TABLES ILLUSTRATIVE OF THE ACTION OF THE GOVERNMENT AND THE PEOPLE UNDER IT.

BY

NATHANIEL C. TOWLE,
COUNSELLOR AT LAW, WASHINGTON, D. C.

BOSTON:
LITTLE, BROWN AND COMPANY.
1860.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

HISTORY

OF THE

ORIGIN, FORMATION, AND ADOPTION

OF THE

CONSTITUTION OF THE UNITED STATES:

WITH

NOTICES OF ITS PRINCIPAL FRAMERS.

BY

GEORGE TICKNOR CURTIS.

IN TWO VOLUMES.
VOLUME I.

NEW YORK:
HARPER AND BROTHERS,
FRANKLIN SQUARE.
1861.

HISTORIA

DEL

ORIJEN, FORMACION Y ADOPCION

DE LA

CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS

POR

Jorje Ticknor Curtis.

Traducida del texto inglés por J. M. Castro.

Con un prólogo

POR EL DOCTOR DON DALMACIO VELEZ SARSFIELD.

BUENOS AIRES
Imprenta del Siglo, Victoria 161.
1860

THE

HISTORY OF THE UNION,

AND OF THE

CONSTITUTION.

BEING

THE SUBSTANCE OF THREE LECTURES ON THE COLONIAL, REVOLUTIONARY, AND CONSTITUTIONAL PERIODS OF AMERICAN HISTORY, WITH AN APPENDIX CONTAINING THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES, AND THE VIRGINIA AND KENTUCKY RESOLUTIONS OF '98.

Mr. C. CHAUNCEY BURR

"THE LAND WE INHERIT ARE OUR BRAVE FATHERS' LEGACY."

THIRD EDITION.

NEW YORK:
VAN EVRIE, HORTON & CO.,
No. 162 NASSAU STREET.
1863.

COMMENTARIES

ON THE

CONSTITUTIONS AND LAWS,

PEOPLES AND HISTORY,

OF THE

UNITED STATES;

AND UPON THE

GREAT REBELLION

AND ITS CAUSES.

BY EZRA C. SEAMAN,
Counsellor at Law,
AND AUTHOR OF ESSAYS ON THE PROGRESS OF NATIONS.

ANN ARBOR:
PRINTED FOR THE AUTHOR, AT THE JOURNAL OFFICE.
1863.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E PLURIBUS UNUM.

THE

ARTICLES OF CONFEDERATION

vs.

THE CONSTITUTION.

THE PROGRESS OF NATIONALITY AMONG THE PEOPLE AND IN THE GOVERNMENT.

BY

L. BRADFORD PRINCE, LL.B.

NEW YORK:
G. P. PUTNAM & SON, 661 BROADWAY.
1867.

HISTORY

OF THE

FORMATION OF THE CONSTITUTION

OF THE

UNITED STATES OF AMERICA.

BY

GEORGE BANCROFT.

IN TWO VOLUMES

VOL. II.

NEW YORK:
D. APPLETON AND COMPANY,
1, 3, AND 5 BOND STREET.
1882.

COMMENTARIES

ON THE

CONSTITUTION OF THE UNITED STATES:

WITH

A PRELIMINARY REVIEW OF THE CONSTITUTIONAL HISTORY OF THE COLONIES AND STATES BEFORE THE ADOPTION OF THE CONSTITUTION.

BY

JOSEPH STORY, LL.D.

IN TWO VOLUMES.

VOL. II.

FOURTH EDITION, WITH NOTES AND ADDITIONS

BY THOMAS M. COOLEY.

"Magistratibus igitur opus est; sine quorum prudentiâ ac diligentiâ esse civitas non potest; quorumque descriptione omnis Reipublicae moderatio continetur."
CICERO, DE LEG., lib. 3, cap. 2.

"Government is a contrivance of human wisdom to provide for human wants."
BURKE.

BOSTON:
LITTLE, BROWN, AND COMPANY.
1873.

CONSTITUTIONAL HISTORY

AND

POLITICAL DEVELOPMENT

OF THE

UNITED STATES.

BY

SIMON STERNE,

OF THE NEW YORK BAR.

YALE LAW LIBRARY.

CASSELL, PETTER, GALPIN & CO.,
NEW YORK, LONDON AND PARIS.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

OUTLINES OF THE

CONSTITUTIONAL HISTORY

OF THE

UNITED STATES

BY

LUTHER HENRY PORTER

NEW YORK
HENRY HOLT AND COMPANY
1883

THE HISTORY

OF THE

Federal Convention of 1787 and of its Work.

AN ADDRESS

DELIVERED BEFORE THE GRADUATING CLASSES

AT THE

SIXTY-THIRD ANNIVERSARY

OF THE

YALE LAW SCHOOL,

ON

June 28th, 1887,

BY

HON. JOHN RANDOLPH TUCKER, LL.D.

NEW HAVEN:
PUBLISHED BY THE LAW DEPARTMENT OF YALE COLLEGE.
1887.

BRIEF INSTITUTES

OF OUR

Constitutional History

English and American

By E. BENJ. ANDREWS
PROFESSOR OF HISTORY IN BROWN UNIVERSITY

PROVIDENCE
1886

THE CENTENNIAL

OF A

REVOLUTION:

AN ADDRESS

BY

A REVOLUTIONIST

John C. Hurd.
Reg. Hurd,

NEW YORK & LONDON
G. P. PUTNAM'S SONS
The Knickerbocker Press
1888

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CONSTITUTIONAL HISTORY

AND

POLITICAL DEVELOPMENT

OF THE

UNITED STATES.

BY

SIMON STERNE,

OF THE NEW YORK BAR.

FOURTH REVISED EDITION.

NEW YORK & LONDON
G. P. PUTNAM'S SONS
The Knickerbocker Press
1888

CONSTITUTIONAL HISTORY OF

THE UNITED STATES

AS SEEN IN

THE DEVELOPMENT OF AMERICAN LAW

A COURSE OF LECTURES BEFORE THE POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION OF THE UNIVERSITY OF MICHIGAN

BY

JUDGE T. M. COOLEY, OF ANN ARBOR; HON. HENRY HITCHCOCK, OF ST. LOUIS; HON. GEORGE W. BIDDLE, OF PHILADELPHIA; PROFESSOR CHARLES A. KENT OF DETROIT; HON. DANIEL H. CHAMBERLAIN, OF NEW YORK

NEW YORK & LONDON
G. P. PUTNAM'S SONS
The Knickerbocker Press
1889

HISTORY OF THE CELEBRATION

OF THE

ONE HUNDREDTH ANNIVERSARY

OF THE PROMULGATION OF THE

Constitution of the United States.

YALE LAW LIBRARY.

EDITED BY

HAMPTON L. CARSON,

SECRETARY OF THE CONSTITUTIONAL CENTENNIAL COMMISSION.

IN TWO VOLUMES.

VOL. I.

WITH ILLUSTRATIONS.

PUBLISHED UNDER THE DIRECTION
AND BY THE AUTHORITY OF THE COMMISSION, BY
J. B. LIPPINCOTT COMPANY.
PHILADELPHIA.
1889.

THE

SUPREME COURT

OF THE

UNITED STATES

ITS HISTORY AND INFLUENCE IN OUR CONSTITUTIONAL SYSTEM

BY

WESTEL W. WILLOUGHBY

Fellow in History, Johns Hopkins University

BALTIMORE
THE JOHNS HOPKINS PRESS
1890

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

THE HISTORY
OF THE
Virginia Federal Convention
OF
1788,
WITH SOME ACCOUNT OF THE EMINENT VIRGINIANS OF THAT ERA WHO WERE MEMBERS OF THE BODY
BY
HUGH BLAIR GRIGSBY, LL.D.
WITH A
Biographical Sketch of the Author
AND
ILLUSTRATIVE NOTES
EDITED BY
R. A. BROCK,
Corresponding Secretary and Librarian of the Society.
VOL. I.

RICHMOND, VIRGINIA.
PUBLISHED BY THE SOCIETY.
MDCCCXC.

THE
CONSTITUTIONAL
AND
POLITICAL HISTORY
OF THE
UNITED STATES.
BY
DR. H. VON HOLST,
PROFESSOR AT THE UNIVERSITY OF FREIBURG.
INDEX AND LIST OF AUTHORITIES,
BY
IRA HUTCHINSON BRAINERD.
VOL. VIII.
CHICAGO:
CALLAGHAN AND COMPANY.
1892.

THE STORY OF THE
CONSTITUTION OF
THE UNITED STATES
BY
FRANCIS NEWTON THORPE
School of American History, University of Pennsylvania
AUTHOR OF
The Government of the People of the United States
NEW YORK
CHAUTAUQUA PRESS
C. L. S. C. Department, 150 Fifth Avenue
1891

ESSAYS
ON THE
CONSTITUTION OF THE UNITED STATES,
PUBLISHED DURING
ITS DISCUSSION BY THE PEOPLE
1787–1788.
EDITED
BY
PAUL LEICESTER FORD.
BROOKLYN, N. Y.:
HISTORICAL PRINTING CLUB.
1892.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The Evolution of the
Constitution of the United States

Showing that it is a Development of Progressive History and not an Isolated Document Struck Off at a Given Time or an Imitation of English or Dutch Forms of Government

By

Sydney George Fisher

Philadelphia
J. B. Lippincott Company
Mdcccxcvii

COMMENTARIES

ON THE

CONSTITUTION OF THE UNITED STATES

HISTORICAL AND JURIDICAL

WITH

OBSERVATIONS UPON THE ORDINARY PROVISIONS OF STATE CONSTITUTIONS AND A COMPARISON WITH THE CONSTITUTIONS OF OTHER COUNTRIES.

BY

ROGER FOSTER,

OF THE NEW YORK BAR,

AUTHOR OF A TREATISE ON FEDERAL PRACTICE, TRIAL BY NEWSPAPER, &C. AND LECTURER ON FEDERAL JURISPRUDENCE AT THE LAW SCHOOL OF YALE UNIVERSITY.

VOLUME I.

BOSTON:
THE BOSTON BOOK COMPANY.
1895.

JOURNAL

OF THE

FEDERAL CONVENTION

YALE LAW LIBRARY

KEPT BY

JAMES MADISON

EDITED BY

E. H. SCOTT

U.S. Constitutional Convention, 1787.

CHICAGO:
ALBERT, SCOTT & CO.
1893

A CONSTITUTIONAL HISTORY OF THE AMERICAN PEOPLE 1776 —— 1850

BY FRANCIS NEWTON THORPE

Illustrated with Maps

IN TWO VOLUMES

VOLUME ONE

NEW YORK AND LONDON
HARPER & BROTHERS PUBLISHERS
1898

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

THE CONSTITUTIONAL HISTORY
AND GOVERNMENT
OF THE
UNITED STATES

BY

JUDSON S. LANDON, LL. D.

REVISED EDITION

BOSTON AND NEW YORK
HOUGHTON, MIFFLIN AND COMPANY
The Riverside Press, Cambridge
1900

THE
HISTORICAL CONCEPTION
OF THE
UNITED STATES CONSTITUTION
AND UNION.

BY
DAVIS CHAMBERLAIN.

[Reprinted from the Proceedings of the Massachusetts Historical Society for May, 1902.]

CAMBRIDGE:
JOHN WILSON AND SON.
University Press.
1902.

THE
GROWTH OF THE CONSTITUTION
IN THE
FEDERAL CONVENTION OF 1787

AN EFFORT
TO TRACE THE ORIGIN AND DEVELOPMENT OF EACH SEPARATE CLAUSE
FROM ITS FIRST SUGGESTION IN THAT BODY TO
THE FORM FINALLY APPROVED

CONTAINING ALSO
A *FAC-SIMILE* OF A HERETOFORE UNPUBLISHED MANUSCRIPT OF
THE FIRST DRAFT OF THE INSTRUMENT MADE FOR
USE IN THE COMMITTEE OF DETAIL

BY
WILLIAM M. MEIGS
AUTHOR OF "THE LIFE OF CHARLES JARED INGERSOLL"

SECOND EDITION

PHILADELPHIA AND LONDON
J. B. LIPPINCOTT COMPANY
1900

UNITED STATES
CONSTITUTIONAL HISTORY
AND LAW

BY
ALBERT H. PUTNEY, A. B., D. C. L., LL. D.
DEAN AND PROFESSOR OF CONSTITUTIONAL LAW AT THE ILLINOIS COLLEGE OF LAW; AUTHOR OF "GOVERNMENT IN THE UNITED STATES;" "LANDMARK CASES IN UNITED STATES CONSTITUTIONAL LAW;" "POPULAR LAW LIBRARY;" MEMBER CHICAGO BAR

CHICAGO
ILLINOIS BOOK EXCHANGE
1908

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

THE
CONSTITUTION
OF THE
UNITED STATES

ITS HISTORY
APPLICATION AND CONSTRUCTION

BY
DAVID K. WATSON, LL.B., LL.D.
OF THE COLUMBUS, OHIO, BAR

IN TWO VOLUMES

YALE LAW LIBRARY

VOLUME I

CHICAGO
CALLAGHAN & COMPANY
1910

THE STORY
OF THE
CONSTITUTION
OF THE
UNITED STATES
BY
ROSSITER JOHNSON

A covenant with all the people,
to proclaim liberty unto them.
—JEREMIAH.

NEW YORK
WESSELS & BISSELL CO.
1910

THE COURTS
THE CONSTITUTION
AND PARTIES

STUDIES IN CONSTITUTIONAL
HISTORY AND POLITICS

BY
ANDREW C. McLAUGHLIN
Professor of History in the
University of Chicago

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS
CHICAGO, ILLINOIS

READINGS IN AMERICAN
CONSTITUTIONAL
HISTORY
1776–1876

EDITED BY
ALLEN JOHNSON
Professor of American History in Yale University

BOSTON NEW YORK CHICAGO
HOUGHTON MIFFLIN COMPANY
The Riverside Press Cambridge

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

THE EVOLUTION OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA

AND

HISTORY OF THE MONROE DOCTRINE

BY

JOHN A. KASSON, LL.D.

BOSTON AND NEW YORK
HOUGHTON, MIFFLIN AND COMPANY
The Riverside Press, Cambridge
1904

THE AMERICAN REVOLUTION: A Constitutional Interpretation

BY

CHARLES HOWARD McILWAIN

PROFESSOR OF HISTORY AND GOVERNMENT IN HARVARD UNIVERSITY

YALE LAW LIBRARY.

New York
THE MACMILLAN COMPANY
1923
All rights reserved

AMERICAN BAR ASSOCIATION

The Story of the Constitution

By

F. DUMONT SMITH

Of the Hutchinson, Kansas, Bar

CITIZENSHIP COMMITTEE
1412 Magnolia Bldg.,
Dallas, Texas

R. E. L. SAXER, Texas, Chairman
ELIHU ROOT, New York
WALTER GEORGE SMITH, Pennsylvania
CORDENIO A. SEVERANCE, Minnesota
F. DUMONT SMITH, Kansas

Copyright, 1923, by Citizenship Committee of American Bar Association

THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES

Yesterday, Today—and Tomorrow?

BY

JAMES M. BECK, LL.D.

SOLICITOR-GENERAL OF THE UNITED STATES
HONORARY BENCHER OF GRAY'S INN
OFFICER OF THE LEGION OF HONOR

NEW YORK
GEORGE H. DORAN COMPANY

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ragguagli Fiorentini

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO NELL'ANNO ACCADEMICO 2005-2006

Sono stati graditi ospiti del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' per un soggiorno di studio il dr. Sergio Said Staut Junior dell'Universidade Federal do Estado de Paranà, il prof. dr. Ricardo Marcelo Fonseca, dell'Universidade Federal do Estado de Paranà, la prof. Maria Rosaria Pugliese della Universidad de Buenos Aires, il dr. Hugo Vilches Fuentes dell'Universidad Arturo Prat di Iquique, il prof. Yoshikazu Murakami della Jikei University di Tokyo.

È stato pubblicato il volume 35 dei 'Quaderni fiorentini', in due tomi, per un totale di pp. 1120, di carattere miscellaneo, con saggi di Grossi, Costa, Petit, Jaume, Hespanha, Michalsen, Fonseca, Clavero, Marotta, Nisio, Padoa Schioppa, Piergiovanni, Tedesco, Siciliano, Gregorio.

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati il volume 66 della Collana: Michele Pifferi, *Generalia delictorum. Il* Tractatus criminalis *di Tiberio Deciani e la 'Parte generale' di diritto penale*; il volume 67: Maria Rosa Di Simone, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (Secoli XVII-XX)*; il volume 68: Franco Cipriani, *Scritti in onore dei* Patres; il volume 70: Paolo Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*.

Si è svolto in data 21 novembre 2006 il seminario « El estado actual de las fuentes del derecho en México », con la partecipazione del Prof. Jaime Del Arenal Fenochio della Escuela Libre de Derecho di Città del Messico.

Sono stati inaugurati in data 27 aprile 2006 i corsi di alta formazione del dottorato in « Universalizzazione dei sistemi giuridici: storia e teoria ». I corsi si sono poi effettivamente svolti secondo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il seguente programma, coinvolgendo docenti e dottorandi di altre sedi.

LEZIONE INAUGURALE

27 aprile, ore 17
Paolo GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*

I PROBLEMI

2 maggio ore 16/3 maggio ore 10
MARIA ROSARIA FERRARESE, *La globalizzazione del diritto*

4 maggio ore 16/5 maggio ore 10
RICHARD STEWART, *Economic Globalisation, Regulation and Global Governance*

8 maggio ore 9,30 e 15,30
SABINO CASSESE, *Oltre lo Stato: normazione, amministrazione e giurisdizione*

11 maggio ore 16
UGO MATTEI - VINCENZO VARANO, *Trasformazioni e crisi delle famiglie giuridiche*

15 maggio ore 16/16 maggio ore 10
LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI - BERNARDO SORDI, *Dalle società prestatuali alle società poststatuali*

LA SCIENZA GIURIDICA COME FATTORE DI UNIVERSALIZZAZIONE

9 maggio ore 10 e 15,30
VALERIO MAROTTA, *Alle origini della tradizione giuridica: il diritto si fa scienza*

10 maggio ore 17
PAOLO GROSSI, *All'insegna dell'universalismo: il ruolo della scienza giuridica tra medioevo ed età moderna*

22 maggio ore 17/23 maggio ore 10
UMBERTO SANTARELLI, *Universalità e particolarismi: la scienza giuridica di fronte allo statuto municipale*

23 maggio ore 17/24 maggio ore 10
CARLO FANTAPPIÈ, *Il contributo della canonistica all'universalizzazione del diritto della Chiesa*

25 maggio ore 17/26 maggio ore 10
CARLOS PETIT, *Universalità e specialità. La scienza giuridica di fronte alla prassi: origini e sviluppi dello* ius mercatorum

29 maggio ore 16,30/30 maggio ore 10,30
PAOLO CAPPELLINI, *Dall'*Usus modernus pandectarum *alla Pandettistica*

30 maggio ore 16,30/31 maggio ore 16,30
MICHELE GRAZIADEI - ANTONIO GAMBARO, *Prospettive contemporanee della scienza giuridica: verso la perdita di un primato?*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

TEMATICHE

5 giugno ore 16,30/6 giugno ore 10
MARIA ROSARIA FERRARESE, *I confini*

8 giugno ore 16,30/9 giugno ore 10
PAOLO SPADA, *Territorialità e diritto dell'impresa tra statalismo e 'regionalizzazione' delle fonti*

12 giugno ore 10 e 15,30
LUCA MANNORI *Centro e periferia*

15 giugno ore 16,30/16 giugno ore 10,30
BARTOLOMÉ CLAVERO, *Diritto postcoloniale: popoli indigeni e società internazionale* (seminario rinviato per grave lutto del docente)

20 giugno ore 16,30/21 giugno ore 10
OSCAR CHASE - VINCENZO VARANO, *Disputing Systems in cross-cultural Context*

I corsi di alta formazione sono quindi ripresi nell'autunno a Roma presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Roma La Sapienza secondo il seguente programma:

L'ORDINAMENTO GIURIDICO GLOBALE

16 ottobre ore 10
STEFANO RODOTÀ, *La proprietà nel diritto globale*

17 ottobre ore 10
MAURIZIA DE BELLIS, *« Standards globali per amministrazioni domestiche*

18 ottobre ore 10/19 ottobre ore 10
SABINO CASSESE, *Esiste uno « Stato di diritto » oltre lo Stato? Globalizzazione e « Rule of Law »*

19 ottobre ore 16/20 ottobre ore 10
RICHARD STEWART, *« Standards » nazionali per amministrazioni globali*

23 ottobre ore 10
MATTEO GNES, *Diritto globale, diritti domestici e scelta del diritto*

I SISTEMI POLITICI PLURIORDINAMENTALI NELL'ESPERIENZA STORICA

6 novembre ore 10
MASSIMO BRUTTI, *L'Impero municipale romano*

7 novembre ore 9
FRANCO CARDINI, *L'Impero ottomano*

8 novembre ore 10
MARIO CARAVALE, *L'Europa moderna*

9 novembre ore 16/10 novembre ore 10
JEAN-MARIE CARBASSE, *L'Europa medievale*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PRINCIPIO DI LEGALITÀ E GLOBALIZZAZIONE

22 novembre ore 10
MARIANGELA BENEDETTI, *Le corti globali*

23 novembre ore 10
LORENZO CASINI, *L'ordinamento sportivo universale*

24 novembre ore 10
STEFANO BATTINI, *La normazione ultrastatale*

PROPRIETA INTELLETTUALE E BENI IMMATERIALI

11 dicembre ore 16/12 dicembre ore 10
LAURA MOSCATI, *Le origini e gli sviluppi del diritto d'autore e del « copyright, » prima e dopo la Rivoluzione francese*

13 dicembre ore 16/14 dicembre ore 10
PAOLO SPADA, *Proprietà intellettuale e beni immateriali: le ragioni e gli obiettivi della dottrina*

15 dicembre (intera giornata)

Tavola Rotonda, *Il Paradigma proprietario e la protezione giuridica dell'innovazione e della nomenclatura commerciale. La' proprietà intellettuale' nel guado della società dell'informazione.*

Carlo Angelici - coordinatore

Luigi Capogrossi Colognesi

André Lucas

Massimo Luciani

Laura Moscati

Ugo Petronio

Jerome H. Reichman

Paolo Spada

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

Pietro Costa, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)* 1

IL MOMENTO FONDATIVO: FRA SETTE E OTTOCENTO

Giorgia Alessi, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*. 43

Clara Álvarez Alonso, *¿Neoclásicos o prerrománticos? La Ilustración penal española entre la 'barroca prohibición' de interpretar las leyes y el principio de legalidad 'revolucionario'* 81

Roberto Martucci, *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all'Impero (1789-1810)* 131

Aurelio Cernigliaro, *« Difendere il cittadino dall'insulto, più che Vendicarlo dall'offesa ». Nuovi orizzonti nel penale per nuovi scenari costituzionali* . . 275

Wolfgang Naucke, *Die zweckmäßige und die kritische Strafgesetzlichkeit, dargestellt an den Lehren J. P. A. Feuerbachs (1775-1832)* 321

Maria Rosa Di Simone, *Progetti di codici penali nello Stato pontificio della Restaurazione* 347

Gian Savino Pene Vidari, *Nota sul* crimen lesae maiestatis*, i moti mazziniani e la codificazione Albertina* 391

IL DIBATTITO DOTTRINALE: FRA OTTO E NOVECENTO

António Manuel Hespanha, *A evolução da doutrina e do ensino do direito penal em Portugal, c.1800-c.1910* 429

Sebastián Martín, *Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)* 503

Giovannangelo De Francesco, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale* 611

Luigi Lacchè, *La* penalistica costituzionale *e il 'liberalismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara* 663

Floriana Colao, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra « giustizia penale eccezionale » e « repressione necessaria e legale [...] nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale »* . . . 697

Michele Pifferi, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento* 743

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CARLOS PETIT, *Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la* Modern Criminal Science *americana* 801

MARCO NICOLA MILETTI, *Ombre d'inquisizione. L'intervento della difesa nell'istruttoria penale italiana (1865-1913)* 901

MASSIMO MECCARELLI, *Giurisdizione penale e legalità nel pensiero di Lodovico Mortara* 957

LA STAGIONE DELLA CRISI: I 'TOTALITARISMI' NOVECENTESCHI

GUIDO NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*. 983

HINRICH RÜPING, *Nationalsozialismus und Strafrecht* 1007

ERNESTO DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato* 1031

MARCO COSSUTTA, *Fra giustizia ed arbitrio. Il principio di legalità nell'esperienza giuridica sovietica* 1083

IL DIBATTITO ATTUALE

ALBERTO CADOPPI, Common law *e principio di legalità* 1161

NICOLA LACEY, *H. L. A. Hart's Rule of Law: The Limits of Philosophy in Historical Perspective* 1203

WINFRIED HASSEMER, *Entwicklungslinien des deutschen Strafrechts von der Nachkriegszeit bis heute* 1225

GIOVANNI FIANDACA, *Legalità penale e democrazia* 1247

FRANCESCO PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'* 1279

MASSIMO LA TORRE, *'Giuristi, cattivi cristiani'. Tortura e principio di legalità* . . . 1331

LETTURE

A.-S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme*; E. SILVA-ROMERO, *Wittgenstein et la philosophie du droit* (F. S. Nisio). 1369

G. M. DE JOVELLANOS, *Obras Completas* (C. Álvarez Alonso) 1378

G. SANTOMASSIMO, *La terza via fascista - il mito del corporativismo* (I. Stolzi) . . 1387

I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*(F. Martínez Martínez) 1395

L. SCUCCIMARRA, *I confini del mondo. Storia del cosmopolitismo dall'Antichità al Settecento* (L. Campos Boralevi) 1415

M. TROPER, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795* (F. Di Donato) . . 1417

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A PROPOSITO DI

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Why* American Constitutional History *is not written* . . . 1445

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2005-2006 1551

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del « Quaderno » 36

Pietro COSTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Giorgia ALESSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università Federico II di Napoli

Clara ÁLVAREZ ALONSO

Profesora titular de Historia del derecho y de las instituciones — Universidad Autónoma de Madrid

Roberto MARTUCCI

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche — Università del Salento

Aurelio CERNIGLIARO

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università Federico II di Napoli

Wolfgang NAUCKE

Prof. em. Johann Wolfgang Goethe-Universität — Frankfurt am Main

Maria Rosa DI SIMONE

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università Tor Vergata di Roma

Gian Savino PENE VIDARI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Torino

António Manuel HESPANHA

Catedratico de História do direito — Universidade Nova de Lisboa

Sebastián MARTÍN

Becario FPDI — Universidad de Huelva

Giovannangelo DE FRANCESCO

Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Pisa

Luigi LACCHÉ

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Macerata

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Floriana COLAO
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Siena

Michele PIFFERI
Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Ferrara

Carlos PETIT
Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Huelva

Marco Nicola MILETTI
Prof. Straordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Foggia

Massimo MECCARELLI
Prof. Straordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Macerata

Guido NEPPI MODONA
Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto e procedura penale — Università di Torino

Hinrich RÜPING
Ord. Prof. für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsgeschichte — Universität Hannover

Ernesto DE CRISTOFARO
Assegnista di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Catania

Marco COSSUTTA
Prof. Associato di Filosofia del diritto — Università di Trieste

Alberto CADOPPI
Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Parma

Nicola LACEY
Professor of Criminal Law and Legal Theory — London School of Economics

Winfried HASSEMER
Ord. Prof. für Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Strafrecht und Strafprozessrecht — Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main. *Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts*

Giovanni FIANDACA
Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Palermo

Francesco PALAZZO
Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Firenze

Massimo LA TORRE
Prof. Ordinario di Filosofia del diritto — Università di Catanzaro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Francesco Saverio NISIO
Professore Associato di Filosofia del diritto — Università di Foggia

Irene STOLZI
Ricercatrice di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ
Prof. Ayudante de Facultad — Universidad Complutense de Madrid

Lea CAMPOS BORALEVI
Prof. Ordinario di Storia delle dottrine politiche — Università di Firenze

Francesco DI DONATO
Prof. Straordinario di Storia delle istituzioni politiche — Università della Calabria

Bartolomé CLAVERO
Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Sevilla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano