

Didattica e formazione

ETTORE DEZZA

Lezioni di storia del processo penale



PaviaUniversityPress

Dezza, Ettore

Lezioni di storia del processo penale / Ettore Dezza . - Pavia University Press, 2013. - VIII, 145 p. ; 24 cm. - (Didattica e formazione)

ISBN 9788896764466 (brossura)

ISBN 9788896764473 (e-book PDF)

1. Processo penale - Storia

345.009 CDD 22 - PROCESSO PENALE - Storia, geografia, persone

© Pavia University Press, 2013 – Pavia

ISBN: 978-88-96764-46-6

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento anche parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i paesi. La fotocoproduzione per uso personale è consentita nei limiti e con le modalità previste dalla legislazione vigente.

L'autore e l'editore sono a disposizione degli aventi diritto, con i quali non è stato possibile comunicare, per eventuali involontarie omissioni o inesattezze nella citazione delle fonti e/o delle immagini.

Virtual URL della versione elettronica ad accesso aperto
<http://purl.oclc.org/paviauniversitypress/dezza_lezioni-spp_2013>

Immagine in copertina: Giulio Claro, *Proemio della Practica criminalis*, in *Opera*, Torino, 1586, p. 207.

Prima edizione: ottobre 2013

Pubblicato da: Pavia University Press – Edizioni dell'Università degli Studi di Pavia
Via Luino, 12 – 27100 Pavia
<<http://www.paviauniversitypress.it>>

Stampato da: Digitalandcopy S.a.s., Segrate (MI)
Printed in Italy

Sommario

Introduzione	IX
Capitolo 1. <i>Interest reipublicae ne crimina remaneant impunita</i>	
1.1. Procedimento inquisitorio e procedimento accusatorio.....	1
1.2. Alle origini del dualismo accusa-inquisizione	3
1.3. La giustizia comunale nel XIII secolo	5
1.4. Consuetudine e procedimento <i>ex officio</i> in Alberto da Gandino	7
Capitolo 2. La diffusione del modello inquisitorio	
2.1. La progressiva erosione del rito accusatorio	13
2.2. Le premesse del processo inquisitorio romano-canonico	15
2.3. Il XV secolo: Angelo Gambiglioni e l' <i>inquisitio</i> come struttura fondamentale del processo penale.....	16
2.4. Il XVI secolo: Egidio Bossi e le residue contraddizioni tra dottrina e prassi	18
Capitolo 3. Il sistema consolidato: la testimonianza di Giulio Claro	
3.1. Il modello processuale del maturo diritto comune e la criminalistica italiana	21
3.2. Il <i>Liber Quintus</i> di Giulio Claro e l'inquisizione come rimedio ordinario	22
3.3. I caratteri del <i>modus procedendi</i> cinquecentesco	24
3.4. L'attività del privato come preambolo legittimo all'inquisizione	25
3.5. La desuetudine del procedimento accusatorio.....	27
Capitolo 4. <i>Pour pourvoir au bien de notre justice</i>	
4.1. La dimensione europea della rivoluzione inquisitoria.....	31
4.2. Le origini del modello inquisitorio francese	32
4.3. L' <i>Ordonnance</i> di Blois (1498)	33
4.4. L' <i>Ordonnance</i> di Villers-Cotterêts (1539).....	34
4.4.1. Le fasi del giudizio	35
4.4.2. L'asestamento del modulo inquisitorio in Francia.....	36
Capitolo 5. La <i>Constitutio Criminalis Carolina</i>	
5.1. I precedenti della <i>Carolina</i>	39
5.1.1. La <i>Wormser Reformation</i>	40
5.1.2. Le Ordinanze Criminali di Massimiliano I.....	41
5.1.3. Le Ordinanze di Bamberg e del Brandenburg	41

5.2. La promulgazione della <i>Carolina</i>	42
5.2.1. Un modello generale di procedura inquisitoria a matrice dottrinale	43
5.2.2. L'inquisizione.....	43
5.2.3. Tortura e 'indizio sufficiente'	44
5.2.4. Il <i>Rechtstag</i>	46
5.2.5. L' <i>Actenversendung</i>	47

Capitolo 6. Il consolidamento normativo del modello inquisitorio nel resto d'Europa e in Italia

6.1. Le ulteriori esperienze europee.....	49
6.1.1. L'Inghilterra	49
6.1.2. La Spagna.....	50
6.1.3. I Paesi Bassi	50
6.2. La situazione italiana.....	51
6.3. Le <i>Constitutiones Domini Mediolanensis</i> (1541).....	51
6.4. Il <i>Libro Quarto</i> dei <i>Novi Ordini</i> di Emanuele Filiberto di Savoia (1565)	53
6.5. Giustizia penale e Stato moderno	55

Capitolo 7. Prassi e tradizione dottrinale in Italia dal XVI al XVIII secolo

7.1. Il primato della prassi.....	57
7.2. Il processo penale delle <i>Pratiche</i> : una procedura ad assetto variabile.....	58
7.3. Un modello: l'impostazione eclettica di Prospero Farinacci.....	61
7.4. Una voce fuori dal coro: la scettica razionalità di Giovanni Battista De Luca	63
7.5. L'ultima stagione delle <i>Pratiche</i> criminali	66
7.6. La sintesi settecentesca di Tommaso Maurizio Richeri	67

Capitolo 8. La penalistica europea tra XV e XVIII secolo e le reazioni dottrinali al modello inquisitorio

8.1. I giuristi fedeli al sistema	69
8.1.1. Joost Damhouder	69
8.1.2. Benedict Carpzov	70
8.1.3. Johann Böhmer.....	72
8.2. Le reazioni alle grandi ordinanze cinquecentesche.....	73
8.3. I primi passi dell'opposizione dottrinale al modello inquisitorio	74
8.4. Polemica umanistica e idealizzazione del modello accusatorio nell'opera di Pierre Ayrault.....	75
8.5. Tiberio Deciani e la 'riscoperta' del modello accusatorio romano	77

Capitolo 9. Proposte e discussioni nell'età del razionalismo giusnaturalista: Anton Matthaëus e Christian Thomasius

9.1. Il 'manifesto' di Anton Matthaëus.....	79
9.1.1. La proposta accusatoria	80
9.1.2. La delimitazione dell'inquisizione e il caso degli Statuti di Utrecht	80
9.1.3. La spia di un'evoluzione culturale.....	82

Sommario

9.2. Verso la polemica illuminista: Christian Thomasius.....	83
9.2.1. La definizione e i caratteri distintivi del processo inquisitorio.....	84
9.2.2. Il processo penale sotto la lente della ragione e del diritto naturale	85
9.2.2.1. La matrice giusnaturalistica dell' <i>accusatio</i>	86
9.2.2.2. <i>Arbitrium</i> e sistema probatorio	87
9.2.2.3. Calunnia e polemica anticanonistica.....	88
9.2.3. Una riforma pragmatica, laica e razionale.....	88

Capitolo 10. Accusa e inquisizione nella dottrina dell'Età dei Lumi

10.1. I principi fondamentali dell'Illuminismo penale.....	91
10.2. I nuovi significati di un'antica disputa.....	92
10.3. Beccaria e il processo penale.....	93
10.4. Paolo Risi, il «capocordata»	95
10.5. La posizione di Luigi Cremani	97
10.6. La lezione di Montesquieu (e di Beccaria).....	98
10.7. La matrice ideologica delle scelte di Cremani	99
10.8. Processo penale e libertà civile in Filippo Maria Renazzi.....	100
10.9. Gli inconvenienti del modello accusatorio secondo Schmid D'Avenstein	102
10.10. L'adesione critica di Renazzi al modello inquisitorio	103
10.11. Una voce senza incertezze: Alberto De Simoni	105
10.12. Il complesso panorama degli anni Settanta	107
10.13. L'opinione di Pietro Verri	108

Capitolo 11. Riforme concrete, costruzioni ideali e proposte operative alle soglie della codificazione

11.1. Le riforme penali dell'Assolutismo illuminato	111
11.1.1. L'Impero d'Austria.....	111
11.1.2. L'area italiana.....	113
11.1.2.1. La <i>Leopoldina</i>	113
11.1.2.2. La <i>Norma Interinale</i> per la Lombardia austriaca.....	114
11.2. La centralità della riforma processuale nel pensiero di Gaetano Filangieri.....	115
11.3. Accusa e inquisizione a confronto	116
11.4. La ricostituzione del sistema accusatorio.....	119
11.5. L'inquisizione come rimedio eccezionale.....	120
11.6. I caratteri del disegno filangeriano	121
11.7. Garantismo e modello accusatorio in Francesco Mario Pagano	122
11.8. L'inefficacia dell'accusa nella forma di governo monarchica.....	124
11.9. Le proposte di Pagano	125
11.10. Riflessioni conclusive.....	127

Appendice. La difesa tecnica nella storia del processo penale

A.1. Premessa.....	131
A.2. Una proposta di periodizzazione.....	131
A.3. La difesa tecnica e il processo penale nell'età del diritto comune.....	132

A.4. La «rivoluzione nell’arte di difendere gli accusati»	134
A.5. Dalla Restaurazione all’epoca postunitaria: un secolo di dibattiti e polemiche ..	137
A.6. L’affievolimento del diritto di difesa nella codificazione del 1930	140
A.7. Dal «garantismo inquisitorio» del secondo dopoguerra alla riforma dell’art. 111 della Costituzione (1999)	141
Abstract	145

Introduzione

Tra gli schemi dottrinali che più saldamente affondano le proprie radici nella storia della scienza giuridica, la contrapposizione tra processo penale accusatorio e processo penale inquisitorio si colloca in una posizione di assoluta rilevanza. In effetti, pur essendo da un punto di vista storico assai risalente, la dicotomia *accusatio/inquisitio* è tuttora comunemente utilizzata in quanto, nonostante la sua apparente rigidità, offre allo studioso del processo penale uno strumento di lavoro singolarmente duttile, che contribuisce con particolare efficacia all'interpretazione, alla comprensione e alla classificazione tanto delle forme di giustizia penale affermatesi nella prassi quanto delle preferenze espresse dai legislatori. Nello stesso tempo, il ricorso al binomio accusa/inquisizione – dotato di notevoli potenzialità anche dal punto di vista della comparazione – è in grado di far emergere con limpidezza le numerose contraddizioni presenti nei sistemi penali affermatesi nel passato e ancor più nei sistemi penali moderni e contemporanei, caratterizzati da scelte articolate, ibride e frequentemente non univoche, dalle quali con estrema frequenza riaffiorano (talora inconsciamente, talora con recondita consapevolezza) le scorie di precedenti esperienze. Prendendo le mosse da queste considerazioni, il presente volume intende delineare gli aspetti essenziali del lungo itinerario dottrinale e normativo che, nell'arco temporale ricompreso tra l'età del Diritto Comune e l'epoca delle riforme illuministiche, ha avuto come fulcro il tema dell'alternativa – e della scelta – tra il modello accusatorio e il modello inquisitorio. Si è trattato di un percorso accidentato e ricco di polemiche prese di posizione, lungo il quale si sono autorevolmente mossi non pochi esponenti di spicco della cultura giuridica europea. Esso costituisce il fondamento e il necessario presupposto dell'intenso e talora ruvido dibattito sulle forme di procedura e sugli istituti processuali che ancora oggi, dopo avere attraversato tutta l'età della codificazione, non cessa di richiamare l'attenzione di tutti coloro che guardano alle strutture della giustizia penale come a una cartina di tornasole della civiltà (non solo) giuridica.

Capitolo 1

Interest reipublicae ne crimina remaneant impunita

1.1. Procedimento inquisitorio e procedimento accusatorio

In materia di procedura penale, la tradizione giuridica europea appare segnata, tanto a livello dottrinale che in sede normativa, da una evidente contrapposizione tra forme processuali di natura inquisitoria e forme processuali di natura accusatoria.

Sul punto, conviene fissare in sede preliminare alcune nozioni fondamentali su cosa si intenda rispettivamente per ‘modello inquisitorio’ e per ‘modello accusatorio’, avvertendo che ovviamente l’individuazione dei caratteri distintivi di ciascun modello non può discendere da una mera costruzione ideale ma deve essere frutto di una coscienza e di una sensibilità di carattere essenzialmente storico. In altre parole, termini quali ‘accusatorio’ o ‘inquisitorio’ devono essere volta a volta utilizzati con la consapevolezza della complessità delle vicende dalle quali sono scaturiti e dunque con riferimento a scelte e a situazioni reali.

Il procedimento di natura inquisitoria viene dunque storicamente interpretato:

a) come espressione del principio di autorità, collegato a momenti di sviluppo e di accentramento dei poteri pubblici e statuali;

b) come reazione nei confronti di situazioni socio-politiche particolarmente turbolente e/o caratterizzate da una diffusa criminalità.

In entrambi i casi (che ovviamente non si elidono e possono senz’altro coesistere), il procedimento inquisitorio viene altresì indicato come lo strumento maggiormente idoneo a soddisfare le esigenze di una rapida, severa ed efficace repressione penale.

Esso – sempre da un punto di vista storico – si qualifica in primo luogo per l’iniziativa d’ufficio del giudice e per la notevole concentrazione di poteri, spesso di natura discrezionale, nelle mani di quest’ultimo. Il giudice infatti, oltre ad avviare il procedimento, lo conclude (con la sentenza o con deliberazioni di altra natura) e ne guida tutto lo svolgimento, in particolare nel decisivo momento della scelta e dell’assunzione delle prove.

Il procedimento inquisitorio si qualifica inoltre per i seguenti ulteriori caratteri:

a) concentrazione nell’unica persona del giudice delle funzioni di accusa e di giudizio (e nei casi estremi anche di difesa);

b) conseguente mancanza di un giudice terzo sovraordinato alle parti;

c) limitazione (e nei casi estremi annullamento) del ruolo processuale delle parti private (vittima e imputato), segnatamente in ordine all’iniziativa probatoria;

d) limitazione del diritto di (auto)difesa;

e) assenza o presenza marginale della difesa tecnica (avvocato difensore o altra forma di patrocinio);

f) ricorso ordinario alla detenzione preventiva (l'imputato viene privato della libertà personale sulla base di una presunzione di colpevolezza);

g) inversione dell'onere della prova (spetta all'imputato dimostrare la propria innocenza, sempre come applicazione della presunzione di colpevolezza);

h) segretezza (le risultanze probatorie e, nei casi estremi, la stessa imputazione non sono rese note se non dopo la conclusione dell'indagine svolta dal giudice);

i) scrittura (tutte le fasi processuali, e segnatamente le acquisizioni probatorie, sono rigorosamente verbalizzate in un apposito fascicolo processuale, che costituisce la base per la decisione della causa);

l) sviluppo di un sistema probatorio basato sulla prova legale (e cioè sul valore predefinito delle varie tipologie di prova), e di conseguenza finalizzato alla ricerca della 'regina delle prove' (*regina probationum*), la confessione dell'imputato, eventualmente anche mediante il ricorso alla tortura giudiziaria *ad eruendam veritatem* ('per strappare la verità');

m) formazione unilaterale della prova in sede istruttoria a opera del giudice;

n) mancanza di una fase dibattimentale;

o) modulabilità dell'iter procedurale (il giudice può modificare, dati certi presupposti ed entro certi limiti, l'ordine seriale della procedura onde renderla più rapida ed efficace);

p) modulabilità degli esiti della procedura (il giudice ha a disposizione un articolato ventaglio di modalità per 'uscire' anche provvisoriamente dal processo, non limitato alla condanna o all'assoluzione; può ad esempio condannare a una pena straordinaria inferiore a quella editale e commisurata al cumulo indiziario e alla *qualitas delicti et personae*, può con l'*absolutio ab instantia* dimettere l'imputato a processo aperto, può esiliarlo per un tempo definito o perpetuamente con un provvedimento di bando o *bannum*, può disporre il rilascio *cum cautione o cum fideiussione*, può con l'ordine di *amplius cognoscendum* procedere a nuove acquisizioni probatorie, ecc.).

Il procedimento di natura accusatoria presenta a sua volta, al contrario di quello inquisitorio, meccanismi giudicati singolarmente adatti a realizzare la tutela dei diritti e a garantire il godimento delle libertà civili.

I suoi caratteri appaiono per lo più speculari rispetto a quelli inquisitori, innanzitutto per quanto riguarda l'impulso processuale. Il procedimento può essere liberamente avviato – senza peraltro che l'ordinamento preveda alcun specifico obbligo al riguardo – da un privato qualsiasi (*quivis e populo*) che non rappresenta necessariamente la parte lesa. L'accusatore, assumendosene ovviamente la responsabilità, costituisce innanzi al giudice un altro soggetto, lo indica come autore di un determinato reato e chiede che nei suoi confronti sia pronunciata la pena prevista dall'ordinamento e – se l'accusatore coincide con la parte lesa – che sia altresì definito il dovuto risarcimento (si noti che da questo principio discende la non obbligatorietà dell'azione penale in capo agli organi pubblici di accusa che ancora oggi contraddistingue gli ordinamenti penali a tradizione accusatoria).

Su questa premessa, il rito accusatorio si dipana, in base a un risalente e noto principio, come *actus trium personarum* ('azione di tre persone')¹ e secondo forme spesso vicine a quelle del processo civile. In altre parole, il procedimento accusatorio richiede per il suo svolgimento la necessaria e contemporanea presenza di tre distinti soggetti processuali, l'accusatore, l'accusato e il giudice (e dunque in linea di principio non ammette la possibilità di procedere in contumacia). I primi due sono posti sullo stesso piano, godono dei medesimi diritti e hanno i medesimi doveri. Il giudice è a sua volta un soggetto neutrale che si colloca in una posizione di arbitro *super partes*. Egli è il pubblico garante del rispetto delle forme procedurali, ed è chiamato a chiudere la causa con una condanna o con una assoluzione. L'iniziativa processuale e probatoria è invece strettamente riservata alle due parti; in particolare, l'onere della prova spetta a chi accusa.

Il modello accusatorio si dimostra inoltre assai più incline a fissare i principi della pubblicità e dell'oralità (e anche della partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia: si pensi, nel caso inglese, alla giuria), che si riflettono nella centralità del dibattimento come momento di verifica e discussione del materiale probatorio individuato e fornito dalle parti, e dunque come momento di fissazione della prova e di formazione della verità processuale attraverso il contraddittorio.

Last not least, il modello accusatorio assicura ampio spazio al diritto di difesa e in particolare al ricorso alla patrocinio tecnico (ovviamente sia in favore dell'accusatore che dell'accusato), e tende a limitare i casi in cui l'imputato viene privato della libertà personale (secondo un principio che in progresso di tempo sarà definito e codificato come presunzione di innocenza).

1.2. Alle origini del dualismo accusa-inquisizione

La dicotomia accusa/inquisizione attraversa, accompagnando lo sviluppo delle istituzioni politiche e sociali tra Evo Medio e Moderno, tutta l'esperienza storica del diritto comune europeo dal XII al XVIII secolo. Aperta agli influssi, spesso di segno opposto, sia del diritto romano che del diritto canonico, essa presenta un'evoluzione che si manifesta innanzitutto nella sempre più ampia diffusione, nella pratica e nella consuetudine prima che nella legislazione e nella dottrina, del modello inquisitorio a danno di quello accusatorio.

La trasformazione dell'inquisizione da forma connotata da caratteri di straordinarietà e di eccezionalità (come appare dalle fonti giustinianee e come è ancora attestato nella pratica della prima metà del XIII secolo) a forma ordinaria e prevalente, che risulta sostanzialmente conclusa nella prima metà del XVI secolo dopo un processo protrattosi per alcuni secoli, non comporta peraltro, specie a livello dottrinale e accademico, l'abbandono definitivo dell'accusa, e permette quindi la continuazione di un rapporto dialettico assai articolato, che verrà definitivamente modificato solo con la codificazione.

¹ Il principio («*Judicium est actus trium personarum*») è solitamente riferito al *De iudiciis* del glossatore Bulgaro († 1166 ca.), ma è in realtà presente in parecchi scritti giuridici di età basso-medievale.

Del resto, anche la situazione di partenza della vicenda qui esaminata risulta tutt'altro che omogenea. L'epoca altomedievale (che vede la prevalenza di forme accusatorie derivate dalla tradizione giuridica e dalla concezione dell'interesse e degli apparati pubblici proprie dei popoli germanici) sviluppa un processo penale che si svolge, segnatamente per i reati che colpiscono direttamente il singolo, secondo schemi del tutto analoghi a quelli del processo civile: l'attore cita in giudizio il convenuto al fine di ottenere, grazie alla condanna, una soddisfazione di carattere prevalentemente patrimoniale. Spesso la controversia è decisa ricorrendo a istituti particolari quali l'ordalia, il duello giudiziario, la composizione pecuniaria o la *compurgatio*, e cioè il giuramento decisorio mediante il quale l'accusato, accompagnato da parenti e amici che giurano con lui e sono perciò definiti *compurgatores*, nega la propria responsabilità. Nondimeno, quando vengano commessi reati la cui punizione appaia di immediato interesse pubblico, le legislazioni longobarda e, in misura ancora maggiore, quella franca non mancano di prevedere interventi riconducibili a una matrice inquisitoria, segnatamente quando più salde appaiono le strutture pubbliche, e in particolare nei momenti di maggiore splendore dell'organizzazione statale carolingia.

Mentre il modello altomedievale si riflette anche sulle procedure adottate dalle corti feudali, in Italia tra XI e XIII secolo il fiorire delle consuetudini e degli statuti comunali conferma, in un primo tempo, un certo favore per i moduli accusatori e in genere per le forme di giustizia a iniziativa e conduzione privata e/o di natura transattiva. In seguito, con lo svilupparsi di una organizzazione politica sempre più complessa e con l'assunzione da parte degli organismi municipali di funzioni giurisdizionali sempre più ampie e precise, intese alla conservazione e alla salvaguardia della pace pubblica mediante la repressione dei reati di maggiore rilevanza per la pace sociale, la prassi e le legislazioni cittadine tendono a modificare l'originario modello procedurale, riservando spazi sempre più estesi all'inquisizione che, prima per casi singoli ed eccezionali, poi come principio generale, diviene per il giudice comunale un preciso dovere d'ufficio, sanzionato da apposite norme.

Nello stesso tratto di tempo, il sorgere e il prepotente affermarsi della Scuola della Glossa e della nuova scienza del diritto si trova ad affrontare, per quanto riguarda le fonti della disciplina processualpenalistica, un panorama divergente.

Da un lato, si colloca infatti un diritto romano-giustiniano che, se non ignora istituti e strutture tipicamente inquisitori (basti pensare alla tortura giudiziaria), presenta un ordinamento processuale penale informato per lo più a schemi accusatori. Il *Corpus Iuris Civilis*, infatti, «seguita a considerare l'accusa come un istituto ancora vivissimo» (Piero Fiorelli) e raccoglie in argomento numerosi frammenti giurisprudenziali e costituzioni sotto le rubriche *De accusationibus et inscriptionibus* del Digesto (Dig., 48, 2) e *Qui accusare non possunt* del Codice (Cod., 9, 1), mentre dedica viceversa ai processi svolti senza le formalità accusatorie («citra solemnitas accusationum») solo cenni sporadici (Cod., 9, 2, 7). La rilevanza effettiva del sistema accusatorio nella tarda età imperiale e in epoca giustiniana era in realtà più modesta, e la sproporzione testé accennata si spiega forse con il maggiore bisogno di definire esattamente l'attività del privato accusatore rispetto a quella del magistrato inquirente. Resta il fatto che la compilazione giustiniana dimostra esteriormente un favore per il modello accusatorio che non manca

di riflettersi sulle più risalenti opere di dottrina penalistica (come dimostra un precoce *Tractatus criminum* compilato da un ignoto autore fra il 1162 e il 1164) e che, come vedremo, risulterà spesso fuorviante per l'interprete basso-medievale (e non solo).

Dall'altro lato, i giuristi hanno a che fare con un diritto canonico in forte espansione che, specialmente con il pontificato di Innocenzo III (1198-1216) e i provvedimenti del Quarto Concilio Lateranense (1215), sviluppa con decisione su basi teologiche (e inizia ad applicare concretamente) il principio inquisitorio. L'iniziativa *ex officio* del giudice e la denuncia sono posti sullo stesso piano dell'accusa come mezzo ordinario per intraprendere il procedimento.² Viene disegnata una prima schematica mappa dell'iter inquisitorio (ci riferiamo in particolare alla decretale *Qualiter et quando* del 1206, ripresa dal canone 8 del Quarto Concilio Lateranense), nel quale la fama e la voce pubblica assurgono a virtuale soggetto accusatore («quasi deferente fama vel denunciante clamore»). Viene definitivamente inibito ai sacerdoti di benedire le ordalie unilaterali e i duelli giudiziari (canone 18 del Quarto Concilio Lateranense), che perdono di conseguenza il ruolo di strumento decisorio privilegiato: le prime scompaiono rapidamente (e con effetti talora rivoluzionari: in Inghilterra il venire meno dell'ordalia favorisce infatti l'emersione della giuria popolare di giudizio), mentre i secondi sopravvivranno ancora per qualche tempo.

1.3. La giustizia comunale nel XIII secolo

Sulla base di queste premesse, il XIII secolo si presenta come una vivacissima epoca di contraddizioni e di esperimenti, sia sul piano della giustizia pratica e quotidiana resa dai tribunali ecclesiastici e municipali sia a livello legislativo e dottrinale. Anche talune particolari fonti normative di *ius proprium* non sono esenti da forme di commistione: il *Liber constitutionum* dell'imperatore Federico II (1231), ad esempio, pur mantenendo l'ordinarietà del rito accusatorio, introduce una serie di procedure inquisitorie di carattere eccezionale (nei casi di flagranza, contri i «famosi latrones», per reati di particolare rilevanza pubblica) e, sulla scorta del diritto canonico, riconosce una precisa funzione processuale alla pubblica fama.

È comunque nella giustizia comunale (anche in quanto espressione dei continui conflitti interni che agitano le città italiane del Duecento) che si manifestano i sintomi più evidenti di questa movimentata fase di transizione, caratterizzata dalla ricerca di nuovi equilibri in un contesto di forte espansione degli apparati pubblici e nondimeno ricca di elementi antinomici.

Nei comuni cittadini la dimensione pubblica del penale coesiste a lungo, infatti, con procedure di giustizia a conduzione privata, nelle quali il giudice ha spesso una

² È significativo, al proposito, il fatto che a livello dottrinale la rilevanza dell'inquisizione come modello processuale si manifesti dapprima in ambito canonistico: l'*inquisitio* viene infatti per la prima volta affiancata all'accusa, alla denuncia e all'*exceptio* come modo legittimo per iniziare il processo dal canonista Tancredi da Bologna (Bologna 1185 ca. - 1236 ca.) nel suo *Ordo iudiciarius*, terminato attorno al 1216. Ma già la decretale *Licet Heli* del 1199 aveva posto sullo stesso piano *accusatio*, *denunciatio*, *inquisitio* e procedura per *crimen notorium*.

funzione meramente arbitrale. In un medesimo contesto giurisdizionale accade che procedure di natura inquisitoria si svolgano parallelamente a processi accusatori. E anche nel medesimo procedimento si possono alternare fasi *ex officio* e fasi caratterizzate dall'iniziativa privata delle parti, dando così vita di frequente a vere e proprie forme miste. A loro volta, i moduli accusatori (e spesso anche quelli inquisitori) si intrecciano con forme transattive di giustizia quale la pace privata tra l'autore del delitto e la parte offesa (anche perché, giova sottolinearlo, in molti casi l'avvio di una procedura accusatoria è finalizzata proprio a costringere all'accordo la controparte).

Su questo sfondo a più dimensioni, vi sono però alcuni significativi fenomeni che si manifestano nella pratica giudiziaria con particolare evidenza, e che sono con altrettanta evidenza correlati tra loro come indizio del forte carattere di pubblicizzazione che viene progressivamente impresso alla giustizia penale dalla metà del XIII secolo. Ne segnaliamo alcuni:

- a) il numero dei reati considerati di pubblica rilevanza e quindi perseguiti *ex officio* aumenta in modo esponenziale;
- b) cresce anche l'incidenza e la gravità delle pene irrogate nell'interesse pubblico;
- c) vengono enfatizzati il ruolo inquirente del giudice e i suoi poteri discrezionali;
- d) si sviluppano vigorosi mezzi d'indagine, tra i quali inizia ad assumere un ruolo imbarazzante il ricorso alla tortura giudiziaria;
- e) la pubblica fama, trapiantata dal diritto canonico, viene assunta come comunitario mezzo di accusa a tutela del pubblico interesse.

Nel magmatico contesto testé accennato, le *élites* comunali «avvertono che la giustizia penale è un decisivo mezzo di governo e che non ha senso lasciarla alla sola iniziativa delle vittime»³. Parallelamente, e come criterio fondante dell'emersione di un sistema penale pubblico, si fa strada tra i giuristi un principio che, se vanta indubbe ascendenze romano-giustinianee (ad esempio in Dig., 9, 2, 51, 2: «cum neque impunita maleficia esse oporteat»), in realtà è stato da poco codificato e reso effettivo proprio in ambito canonistico (ad esempio nella decretale *Ut famae* del 1203: «publicae utilitatis inter[est], ne crimina remaneant impunita»). Tale principio recita, nella sua formula più diffusa: *interest reipublicae ne crimina remaneant impunita* ('è pubblico interesse che i crimini non rimangano impuniti').

Al contempo conseguenza e causa della svolta inquisitoria iniziata nel Duecento, questo principio costituirà per secoli il costante e più diffuso punto di riferimento della dottrina penalistica non solo in Italia, ma in tutta l'Europa continentale. Per suo tramite si affermerà l'idea «che chi commette un reato danneggia la sua vittima, ma offende anche la *respublica*, la quale ha il diritto di soddisfarsi infliggendo una pena»⁴ alla quale si può eventualmente aggiungere il risarcimento dell'interesse privato leso. Per attuare tale principio si potrà certo 'costringere' la parte offesa ad accusare (come suggeriranno alcuni giuristi), ma il rimedio di gran lunga più efficace sarà individuato – anzitutto nella pratica dei tribunali – nell'azione *ex officio* del giudice che, avuta notizia del commesso reato, assumerà anche le funzioni dell'accusatore e

³ Mario Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di Maurizio Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 163-205, in particolare p. 167.

⁴ Ivi, p. 168.

avvierà l'inquisizione, utilizzando metodi di gran lunga più rapidi e 'sicuri' nella raccolta delle prove atte a dimostrare la colpevolezza dell'imputato.

1.4. Consuetudine e procedimento *ex officio* in Alberto da Gandino

Alla fine del Duecento, preziosa testimonianza di una situazione che sembra ancora assai fluida è l'opera di un giudice attivo proprio nelle corti di giustizia delle città comunali, Alberto da Gandino, «primo e più grande trattatista di successo» (Domenico Maffei) della materia penalistica nell'età del diritto comune.⁵

Composto tra gli ultimi anni del XIII secolo e i primissimi del XIV, il suo *De maleficiis*⁶ utilizza – ma si tratta in molti casi di un vero e proprio assemblaggio – scritti e pagine di non pochi autori del maturo Duecento, che vanno da Accursio a Odofredo, da Azzone a Dino del Mugello, dal suo maestro Guido da Suzzara a Jacopo d'Arena, per arrivare allo *Speculum iudiciale* del francese Guillaume Durand, primo grande *restatement* europeo dell'intera materia processualistica.⁷ Il *De maleficiis* ingloba inoltre, pressoché integralmente, almeno due precedenti trattati, l'anonimo e dibattuto *De tormentis* in materia di tortura (talora attribuito a Guido da Suzzara) e il *De fama* del bolognese Tommaso da Piperata, nonché una serie di *quaestiones ex facto emergentes* di varia origine e spesso dedicate a problemi di legislazione statutaria. Sulla base di un'ampia conoscenza delle fonti sia giustinianee che canonistiche (fondamentale, proprio nella trattazione dell'inquisizione, è il ricorso al *Liber Extra* del 1239 e, al suo interno, al capitolo *Qualiter et quando* del titolo *De accusationibus*, basato sulla già citata decretale del 1206) ma anche della *Lombarda*, degli statuti municipali e delle consuetudini, e attingendo altresì a canali non libreschi e, con grande frequenza, a ricordi personali, l'informatissimo Alberto da Gandino mette dunque a frutto e riordina con perizia tecnica e stile efficace un materiale assai vasto e vario. In tal modo, egli è in grado da un lato di delineare un quadro compiuto delle opinioni e delle conclusioni dominanti nella dottrina e nella prassi del suo tempo, e dall'altro di segnalare i numerosi problemi aperti, in ordine ai quali spesso non esita ad avanzare proposte di soluzione.

⁵ Alberto da Gandino (Crema ...1281-1310...), probabilmente allievo di Guido da Suzzara a Reggio Emilia o a Bologna, è un giudice di professione e di buona cultura attivo dal 1280 e per circa un trentennio presso le curie podestarili di numerose città dell'Italia centrosettentrionale: Lucca, Perugia, Firenze, Bologna, Siena, Fano (ove è podestà), Firenze.

⁶ Concepito in origine come *libellus* destinato alla pratica, il *De maleficiis* costituisce una sorta di opera aperta sulla quale l'autore ritorna in più occasioni con aggiunte e modifiche. Una prima stesura risale agli anni in cui Gandino è assessore a Perugia (1286-87). L'opera è poi aggiornata tra Bologna, Siena e Perugia fino al 1301. Il *De maleficiis*, che gli editori cinquecenteschi ascrivono al genere dei trattati, è edito per la prima volta a Venezia nel 1491.

⁷ Guillaume Durand (Puisismon 1230 ca. - Roma 1296), meglio noto in Italia come Guglielmo Durante, si laurea a Bologna e dal 1264 insegna diritto canonico a Modena. In seguito è chiamato a Roma e viene inserito nell'amministrazione pontificia. Nel 1274 collabora alla redazione delle costituzioni del secondo concilio di Lione. Inviato come legato a Bologna, nel 1283 è governatore della Romagna e della Marca di Ancona. Nel 1286 viene nominato vescovo di Mende, in Francia, ma rimane in Italia fino al 1291. Nel 1295 declina la nomina a arcivescovo di Ravenna. Lo *Speculum iudiciale* risale in prima stesura al 1271, e viene rivisto nel 1286 e nel 1291. L'opera si distingue per la chiarezza e lo spiccato senso pratico con cui viene illustrata la disciplina processuale sia civile e penale che canonica.

Testo redatto da un pratico e destinato alla pratica, ma tutt'altro che privo di dignità scientifica, il *De maleficiis* sviluppa la discussione dei temi penalistici entro un'ottica processuale, nella quale il modello accusatorio sembra a prima vista giocare un ruolo preponderante. Le prime cinque rubriche dell'opera, infatti, definiscono in modo approfondito i caratteri di tale metodo.

La prima, «*Quid sit accusatio et quando accusator sit necessarius*», utilizzando risalenti formule romanistiche definisce innanzitutto l'accusa, che altro non è se non deferire qualcuno come colpevole di un crimine nel libello accusatorio («*accusare autem nihil aliud est, quam deferre aliquem reum criminis in libello*»). Stabilisce poi il principio – che viene basato sul noto episodio evangelico di Cristo e dell'adultera narrato in Giovanni, 8, 10-11 – della necessaria sussistenza dell'accusatore per il processo e la condanna nei delitti sia pubblici che privati. Si sofferma infine sui numerosi casi speciali nei quali risulta invece possibile al giudice agire *ex officio* senza accusatore, e sostiene altresì – sulla base del noto principio *interest reipublicae ne crimina remaneant impunita* segnalato in precedenza – l'idea che il giudice, posti determinati requisiti, possa costringere la parte lesa ad accusare in base all'interesse pubblico («*quia expedit rei publicae ne maleficia remaneant sine pena*»).

La seconda rubrica, «*Qui possunt accusare et qui non*», pone il principio secondo il quale tutti possono accusare, ma ne discute anche tutte le possibili eccezioni.

La terza, «*Qui accusari possunt et qui non*», è dedicata allo scioglimento di alcuni nodi specifici; ad esempio: se sia possibile accusare gli assenti; se sia possibile una doppia accusa nei confronti della stessa persona per lo stesso reato; se sia possibile accusare per lo stesso reato chi sia stato già assolto in un procedimento condotto per inquisizione.

La quarta, «*Qualiter fiat ipsa accusatio*», indica i criteri formali di validità dell'accusa e delinea in particolare i caratteri del libello accusatorio. In tale contesto, importante è l'osservazione relativa all'effettività di questo adempimento:

Oggi tuttavia per consuetudine comunemente in tutta Italia si osserva il principio per cui il libello non viene consegnato, ma si fa una semplice accusa che l'accusatore giura essere vera, e poi così si scrive nel registro del comune («*Hodie autem de consuetudine communiter per totam Italiam observatur, quod libellus non datur, sed simplex accusatio fit, quam accusator iurat, veram esse, et sic scribitur postea in quaterno communis*»).

La quinta, «*Qualiter advocati circa accusationem se debeant continere*», illustra i diritti e i doveri dei patrocinatori, non disdegnando di offrire una serie di consigli pratici.

Le tre successive rubriche sono invece volte a descrivere i procedimenti per denuncia, per inquisizione e per eccezione («*per denuntiationem*», «*per inquisitionem*», «*per exceptionem*»). Si tratta di modelli processuali che, sempre a prima vista, sembrano qualificarsi per la loro occasionalità o per la loro complementarità. In particolare, assai esiguo è lo spazio concesso alla *denuntiatio* e all'*exceptio* (sul procedimento per inquisizione torneremo tra breve).

Denunciare significa deferire qualcuno come autore di un crimine («*deferre aliquem reum criminis*»). La conseguente forma processuale – che, nota Gandino, ha matrici canonistiche – mostra contorni poco definiti e si colloca in posizione intermedia tra

l'accusa, di cui conserva alcuni caratteri (come il dovere di persistere e proseguire nella denuncia), e l'inquisizione, cui – come attesta anche Guillaume Durand – per lo più dà origine. La differenza fondamentale rispetto all'*accusatio* sta nel fatto che chi denuncia non è sottoposto ai vincoli e agli oneri previsti per l'accusatore, a partire dalla presentazione del libello accusatorio e dalla *inscriptio ad poenam talionis*, con la quale nel diritto romano l'accusatore si impegna, come preventiva garanzia contro le accuse calunniose e temerarie, a subire la pena del taglione, e cioè la stessa pena prevista per il reato oggetto di un'accusa temeraria o calunniosa. Resta comunque il fatto – osserva Gandino – che anche qualora si proceda per accusa la cosa più importante è che i crimini non restino impuniti. Ed è per questo motivo che la consuetudine consente di evitare l'*inscriptio*:

secondo la consuetudine, non è necessario fare l'*inscriptio*; infatti, se fosse vero che si la deve fare, si troverebbero pochi uomini disposti a obbligarsi alla pena del taglione [...] poiché l'imputato può essere assolto [...] e così per timore della pena del taglione molti reati rimarrebbero impuniti, cosa che non deve essere («incriptionem de consuetudinem non esse faciendam; nam, si hoc esset verum, quod deberent fieri, pauci homines invenirentur, qui se vellent obligare ad penam talionis [...] quoniam possit reus absolvi [...] et sic timore pene subscriptionis multa maleficia remanerent impunita, quod esse non debent»).

Il procedimento per eccezione viene a sua volta utilizzato contro gli accusatori, i testimoni e coloro che producono documenti falsi (o anche contro chi richieda di essere promosso a una determinata carica). Lo scopo dell'*exceptio* non è quello di imporre una pena (infatti colui che eccepisce non accusa, e per principio generale se manca l'accusa non può seguire la condanna), ma di rintuzzare accuse o mezzi di accusa al fine di evitare la pena. In altre parole, serve solamente a impedire l'accusa (per la sua falsità o per la mancanza di requisiti), a ricusare un teste e a confutare o depotenziare il valore di documenti falsi o sospetti (ma anche a respingere chi voglia ottenere una determinata carica).

L'individuazione tipologica delle forme processuali si chiude – dopo un'ampia indagine che si estende per ben otto rubriche del *De maleficiis* intesa prevalentemente a individuare e discutere i concetti di pubblica fama (*fama*), fama negativa (*infamia*), presunzione (*presumptio*) e indizio (*indicium*) – con l'esame dei caratteri di estrema sommarietà che può assumere una quinta forma processuale, che si applica in caso di notorietà del crimine (*crimen notorium*).⁸

⁸ Già nel proemio del *De maleficiis* Gandino precisa che cinque sono i modi per conoscere dei reati: «per accusationem, denunciationem, inquisitionem, exceptionem et quando crimen est notorium». Questa partizione tipologica delle forme processuali è esattamente sovrapponibile a quella delineata nella terza parte dello *Speculum iudiciale*, ove Guillaume Durand illustra cinque modi di agire in giudizio in materia criminale, e cioè «per accusationem» (e questo è il metodo regolare: «et hoc est regulare»), «per denunciationem», «per inquisitionem», «excipiendo» e infine «extraordinarie» (quest'ultima forma ricomprende il procedimento per *crimen notorium*). Abbiamo già notato che in ambito dottrinale la rilevanza dell'inquisizione come modello processuale si manifesta dapprima in area canonistica: l'*inquisitio* viene infatti per la prima volta equiparata agli altri modi legittimi per iniziare il processo nell'*Ordo iudicarius* del canonista Tancredi da Bologna (1216). In ambito di *ius civile*, verso la metà del Duecento Martino da Fano (Fano 1190 ca. - Bologna post 1272) compone una *Summula super materia inquisitionum* basata quasi esclusivamente su testi giustiniane (ma anche di diritto longobardo), nella

Da questo articolato panorama emerge, segnatamente a livello di sviluppo dottrinale e in piena concordia con le fonti romanistiche, un'apparente prevalenza del sistema accusatorio. Il dato però maggiormente significativo è costituito dal fatto che tale prevalenza risulta in realtà messa a dura prova da una sempre più diffusa presenza, nella pratica, dell'inquisizione.

Al rapporto tra i due modelli – l'accusa e l'inquisizione – Gandino dedica in particolare i paragrafi terzo e quarto della settima rubrica del *De maleficiis*, «Quomodo de maleficiis cognoscatuur per inquisitionem». Dopo avere individuato il carattere peculiare e distintivo dell'inquisizione nell'iniziativa *ex officio* del giudice, Gandino dapprima ribadisce il principio generale, già posto nella prima rubrica dell'opera, secondo il quale il giudice non può indagare su tutti i crimini poiché, se manca l'accusatore, lo svolgimento del processo e l'imposizione della pena non sono consentiti («super quolibet crimine non potest nec debet inquirere, quia legitur quod sine accusatore criminis cognitio et pene impositio non procedunt»). Vi sono peraltro numerosi casi nei quali sia per lo *ius civile* che per il diritto canonico è dato al giudice di operare *ex officio*, e tali casi, già segnalati nel trattare l'*accusatio*, sono di nuovo scrupolosamente elencati.⁹

Al momento di tirare le fila del discorso, Gandino sembra finalmente concludere ribadendo ulteriormente che *de iure civili* è necessaria di regola l'accusa («regulariter necessaria est accusatio»), e che nello stesso modo secondo il diritto canonico di regola non si procede per inquisizione («regulariter non proceditur per inquisitionem») se non nei casi specifici e già illustrati («sed utroque iure in casibus specialibus potest procedi per inquisitionem officio iudicis, quos casus notavi supra»).

Questo è appunto quanto dovrebbe accadere «regulariter». Ma la realtà della quotidiana amministrazione della giustizia è ormai assai diversa. Lo attesta il seguente passo del *De maleficiis*, che segue immediatamente quelli testé riassunti. Si tratta del «passo più famoso e citato di tutta la storia del processo penale di diritto comune»,¹⁰ in quanto segna uno snodo fondamentale nell'intera vicenda riassunta in queste pagine:

Ma oggi nell'ambito dello *ius civile* i giudici dei podestà conoscono di ogni reato per loro ufficio mediante l'inquisizione [...] E i giudici si comportano così per consuetudine, come nota il maestro Guido e come ho visto comunemente osservare, sebbene sia in realtà contro lo *ius civile* («Sed hodie de iure civili iudices potestatum de quolibet maleficio cognoscunt per inquisitionem ex officio suo [...] Et ita servant iudices de consuetudine, ut notat dominus Guido, e ut vidi communiter observari, quamvis sit contra ius civile»).

quale l'*inquisitio* è vista come uno dei quattro fondamentali meccanismi processuali di accertamento criminale previsti dalle fonti romane (*accusatio, denunciatio, delatio, inquisitio*).

⁹ Per lo *ius civile* l'elenco ricomprende una ventina di casi, ed è ripreso molto probabilmente dallo *Speculum iudiciale* di Guillaume Durand. Per il diritto canonico le condizioni che consentono di avviare *ex officio* l'inquisizione sono quelle stabilite dalla decretale *Qualiter et quando* del *Liber Extra*. Notiamo altresì, sempre in tema di *inquisitio*, come Gandino affermi in più occasioni, citando un testo del re Pipino ripreso dalla *Lombarda* (2.25.15) e interpretato invero assai estensivamente, che secondo il diritto longobardo è possibile ricorrere all'inquisizione per ogni reato.

¹⁰ Mario Sbriccoli, «*Vidi communiter observari*». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, «Quaderni Fiorentini», 27 (1998), pp. 231-268, in particolare p. 238.

Dunque, Alberto da Gandino non esita a dichiarare che al suo tempo l'inquisizione può essere ordinariamente intrapresa d'ufficio per qualsiasi reato. Una parziale giustificazione dottrinale di tale fenomeno sulla base di alcuni passi della compilazione giustiniana è forse possibile, ma in fin dei conti non appare necessaria.¹¹ Semplicemente, i giudici e i podestà agiscono così in base alla consuetudine: lo aveva segnalato il maestro del nostro autore, Guido da Suzzara;¹² lo conferma ora lo stesso Gandino, in forza della sua personale e lunga esperienza di giudice: questo è il metodo comunemente osservato e dunque percepito come normale, nonostante la sua contrarietà ai dettami dello *ius civile*. Ciò che conta è l'effettività.

Un'avvertenza è peraltro necessaria. Altro è infatti svolgere un'indagine generica sul reato e su chi lo abbia eventualmente commesso, altro è condurre l'inquisizione nei confronti di una specifica persona (che assume dunque le vesti di imputato). Precisa Gandino al proposito:

Sull'inquisizione però che deve fare il giudice nota bene che rileva se il giudice penale conduca l'inquisizione contro qualche singola e specifica e nominata persona oppure inquisisca in generale in ordine al reato su chi abbia commesso quel reato. E qualora conduca l'inquisizione contro qualche singola persona, allora bisogna osservare le regole fissate nel *Liber Extra*, titolo *De accusationibus*, capitolo *Qualiter et quando* («Super inquisitione autem per iudicem faciendam bene nota quod refert utrum iudex de maleficio inquirat contra aliquam singularem et specialem et nominatam personam an inquirat generaliter de maleficio quis illud maleficio commiserit. Et si quidem inquirat contra aliquem singularem personam tunc servandus est ordo traditus Extra De accu. c. Qualiter et quando»).

Il *De maleficiis* delinea in questo modo – riferendosi al modello canonistico – una partizione destinata a costituire uno snodo essenziale nello schema generale del processo penale di diritto comune, e cioè la suddivisione tra inquisizione generale (*inquisitio generalis*, svolta per accertare l'avvenuta commissione del reato e per acquisire informazioni generiche sullo stesso quando ancora non si conosce il colpevole e si cerca di individuarlo) e inquisizione speciale (*inquisitio specialis*, che presuppone lo svolgimento dell'inquisizione generale ed è finalizzata alla assunzione di indizi e prove che dimostrino la colpevolezza di uno specifico imputato). L'*inquisitio specialis*, soggiunge Gandino, non può essere svolta arbitrariamente dal giudice, ma richiede la sussistenza di determinate condizioni che sono quelle fissate dal già citato capitolo *Qualiter et quando* del *Liber Extra*: consegna della citazione, indicazione dei capi d'accusa, possibilità di replicare alle accuse e di contestare le testimonianze.

¹¹ Nel contesto del passo testé riportato Gandino inserisce in effetti un elenco di sette frammenti giustiniani che potrebbero fornire argomenti atti a giustificare le attitudini dei giudici e dei podestà («quod videtur posse facere per haec iura»), attitudini che peraltro, come abbiamo visto, si fondano sulla sola consuetudine.

¹² L'allusione è forse alle *Supleciones* a Cod., 4, 2, pr. e a Cod., 9, 42, 2, in sostanza corsi tenuti da Guido da Suzzara in forma di *quaestiones*. Guido da Suzzara (...1247-1293) è tra i giuristi del maturo Duecento maggiormente interessati al rapporto tra teoria e prassi. Chiamato come professore di *ius civile* a Modena dal 1260 e a Bologna dal 1266, nel biennio 1268-1270 è a Napoli, professore e consigliere del re Roberto d'Angiò. Dal 1270 insegna a Reggio Emilia e dal 1278 di nuovo a Bologna.

Capitolo 2

La diffusione del modello inquisitorio

2.1. La progressiva erosione del rito accusatorio

Se è eccessivo affermare, sulla scorta di Alberto da Gandino, che alla fine del XIII secolo gli schemi accusatori appartengono al passato o tuttalpiù a una dottrina romanistica di tipo accademico, non si può certo negare che le parole del giurista di Crema indichino quantomeno l'esistenza di una situazione di precario equilibrio. Si tratta di un equilibrio destinato ben presto a spezzarsi – come attestano gli atti della pratica giudiziaria – a favore del metodo basato sull'iniziativa *ex officio* del giudice, la cui affermazione si svolgerà in parallelo al declino dell'accusa, a sua volta accompagnato dal progressivo affievolimento dell'incidenza sull'amministrazione della giustizia penale delle forme alternative di composizione dei conflitti rappresentate in primo luogo dall'istituto della pace privata tra l'autore del delitto e la parte offesa.

La primitiva configurazione incentrata sull'ordinarietà dell'accusa, sostenuta dalla tradizione altomedievale, confermata nei più risalenti statuti municipali (che presentano notevoli punti di contatto tra processo civile e processo penale accusatorio) e confortata dalle riscoperte fonti romanistiche, viene dunque meno – come accennato – prima nella prassi dei tribunali e delle corti, poi nelle stesse legislazioni municipali dei comuni italiani, con notevole precocità rispetto alle analoghe esperienze del resto d'Europa, dove processi di questa natura non mancheranno di manifestarsi (segnatamente in Francia e in Germania), ma con circa un secolo di ritardo.

In Italia, il progressivo passaggio dell'inquisizione da struttura straordinaria a schema ordinario si svolge in conseguenza di una serie di fattori di carattere generale in parte già segnalati, tra i quali vanno innanzitutto ricompresi:

- a) da un lato il processo di pubblicizzazione, centralizzazione e tecnicizzazione degli apparati pubblici e amministrativi (e in particolare delle funzioni giudiziarie);
- b) dall'altro la forza trainante delle innovazioni progressivamente introdotte – a partire dalla fine del XII secolo – nella legislazione canonistica, ben presto conosciute e imitate grazie anche alla presenza di un'autorevole dottrina e alle estese competenze (e alla diffusa presenza) delle corti ecclesiastiche.

Da un punto di vista più strettamente tecnico, poi, contribuiscono al successo del modello inquisitorio almeno tre decisivi elementi.

- a) Il primo è costituito dalla precisazione, dall'estensione e dal conseguente crescente impiego dei concetti (non a caso di matrice canonistica) di *fama*, *infamia*, *vox publica*, *crimen notorium*, ai quali si guarda come a requisiti che consentono in ogni

caso di accedere all'inquisizione (e talora a forme sommarie di inquisizione, come nel caso del *crimen notorium*). Accuratamente studiati da Alberto da Gandino, questi concetti erano stati largamente impiegati anche da Guillaume Durand che, pur continuando ad affermare in linea di massima la necessità dell'accusa, aveva nondimeno sostenuto il principio tipicamente canonistico secondo il quale

l'inquisizione differisce dagli altri giudizi in quanto in essa la fama assume la funzione dell'accusatore («*inquisitio differt ab aliis iudiciis quia in ea fama habetur loco accusatoris*»).

Lo standard della pubblica fama definisce dunque il grado di sospetto necessario al magistrato per iniziare il procedimento anche senza la necessità di un accusatore privato, e la sua diffusione dalla prima metà del XIII secolo costituisce una potente spinta verso la 'normalizzazione' dell'inquisizione come procedura ordinaria.

b) Il secondo elemento è rappresentato dallo sviluppo di forme processuali sostanzialmente parallele, come quella basata sulla denuncia (*denuntiatio*), che in buona sostanza si risolve in uno strumento atto ad autorizzare l'avvio dell'inquisizione. Già Guillaume Durand aveva stabilito un preciso collegamento tra denuncia e inquisizione, sottolineando che

spesso dopo una denuncia relativa a crimini si procede all'inquisizione («*saepe post denunciationem super criminibus ad inquisitionem proceditur*»).

c) Il terzo elemento è dato dalla pur sporadica presenza nella stessa compilazione giustiniana di non pochi spunti ricollegabili a strutture inquisitorie, dall'ampio ventaglio di casi che ammettono l'*inquisitio* a un più generale favore per la forma scritta e la prova documentaria, che costituiranno altrettanti caratteri distintivi del modello inquisitorio di diritto comune.

Sullo scorcio del Duecento, i giuristi si sforzano di difendere e confermare la costruzione che loro appare maggiormente conforme alla tradizione romanistica nella quale si sono formati, e stabiliscono dunque un rapporto tra regola e caso speciale che essi stessi sono poi condannati a disattendere – *bon gré mal gré* – quando prendono atto dei mutamenti che si svolgono nella pratica e nella consuetudine.

Alberto da Gandino contrappone più volte un modello 'regolare', l'accusa, a un modello 'speciale', l'inquisizione. Lo vediamo ad esempio nei seguenti passi:

Tuttavia quello che è stato detto, e cioè che senza accusatore nessuno può essere condannato né il processo andare avanti, viene meno nei casi speciali nei quali si procede per inquisizione per officio del giudice («*Hoc tamen, quod dictum est, neminem sine accusatore damnari nec criminis cognitionem procedere, fallit in casibus specialibus, in quibus officio iudicis per inquisitionem proceditur*»).

Secondo il diritto [...] canonico si procede all'inquisizione se si sono già manifestate le seguenti condizioni, e non altrimenti di regola («*Iure [...] canonico de quolibet maleficio inquiritur [...] si iam interveniant omnia, quae sequuntur, et non aliter regulariter*»).

Secondo lo *ius civile* nei reati è di regola necessaria l'accusa. Nello stesso modo, secondo il diritto canonico di regola non si procede per inquisizione [...] Ma per entrambi i diritti nei casi speciali si può procedere per inquisizione per ufficio del giudice («De iure civili in maleficiis regulariter necessaria est accusatio. Item de iure canonico regulariter non proceditur per inquisitionem [...] Sed utroque iure in casibus specialibus potest procedi per inquisitionem officio iudicis»).

Lo stesso Guillaume Durand, così attento al dato canonistico, introducendo le varie forme processuali pone in primo piano quella accusatoria e ne sottolinea l'ordinarietà («et hoc est regulare»). Ma questo rapporto tra regolarità dell'accusa e specialità dell'inquisizione appare subito contraddetto, oltre che dalla quotidiana realtà giudiziaria (come rileva Gandino), anche da fatto che la stessa dottrina non esita poi a trattare l'*inquisitio* come metodo in buona sostanza del tutto normale e ordinario.

2.2. Le premesse del processo inquisitorio romano-canonico

Tra XIII e XIV secolo, al momento della composizione del *De maleficiis* di Alberto da Gandino, sono dunque presenti e operanti tutti i fattori idonei a promuovere il compiuto sviluppo di quella forma processuale oggi variamente definita come 'processo penale di diritto comune (europeo)', 'processo penale d'Antico Regime' o – con una formula particolarmente diffusa nella cultura giuspenalistica germanica e anglosassone – 'processo inquisitorio romano-canonico'. Prende così il via – grazie alla confluenza tra strutture giudiziarie in via di rapida pubblicizzazione, scelte del legislatore ecclesiastico (e municipale), e principi ordinatori desunti dalle fonti romanistiche – una non sempre facile fase di elaborazione dottrinale che, alla luce di ciò che avviene nella pratica, porta alla messa a punto, tra il XIII e il XVI secolo, di uno strumento processuale destinato a prevalere per lungo tempo nel panorama giurisdizionale dell'Europa continentale.

In questo periodo la scienza penalistica, che pure per lungo tempo non rinuncia a sostenere l'idea dell'esistenza di una pluralità di forme processuali differenziate,¹ prende atto del deciso ridimensionamento subito nella prassi dal modello accusatorio e procede – pur tra contraddizioni e ambiguità – alla definitiva sistemazione di uno schema inquisitorio rispondente alle innovazioni diffuse nella pratica e nella legislazione.

La pari dignità tra *accusatio* e *inquisitio*, spesso affermata sulla carta, viene in concreto svuotata di significato dal progressivo indebolirsi nella prima degli elementi distintivi di maggiore rilievo. Come vedremo meglio in seguito, è possibile notare in primo luogo l'abbandono delle forme di ispirazione civilistica e il graduale affievolirsi dell'autorità del rito accusatorio romanistico: a) il libello accusatorio non viene presentato; b) non si rispetta l'obbligo della *inscriptio ad poenam talionis*; c) non si richiede di perseverare nell'accusa fino al termine del processo; d) la calunnia non è repressa con efficacia; e) perde d'importanza la classica partizione tra *crimina publica* (nei quali

¹ Pur indirizzandosi verso una sistematica processuale penale fondamentalmente bipolare, incentrata su accusa e inquisizione, la dottrina riconosce a lungo natura autonoma anche a forme minori (in genere corrispondenti a quelle già indicate da Durand e da Gandino), tra le quali la più vitale appare quella basata sulla denuncia (*denuntiatio*).

l'accusa può essere presentata da chiunque) e *crimina privata* (perseguibili solo su iniziativa della parte lesa).² In secondo luogo, l'accusa tende non solo a trasformarsi nella querela della parte lesa, ma anche a confondersi con la semplice denuncia.

A tali significative indicazioni se ne aggiungono altre, che testimoniano come talora venga a mancare la stessa percezione della diversa natura di accusa e inquisizione. Così, mentre nella prassi cade il principio che considera necessaria la presenza di un accusatore, anche la forma processuale adottata cessa di avere rilevanza ai fini della determinazione della qualità e della quantità della pena.³

2.3. Il XV secolo: Angelo Gambiglioni e l'*inquisitio* come struttura fondamentale del processo penale

Nella prima metà del Quattrocento il *De maleficiis* di Angelo Gambiglioni⁴ – la «maggiore opera specifica di quel secolo»⁵ – consente di verificare come la dottrina, nei decenni seguiti al lavoro di Alberto da Gandino,⁶ abbia reagito e partecipato ai mutamenti ora accennati.

Questo nuovo *tractatus*, composto intorno al 1438 e destinato ad ampia diffusione editoriale e duraturo successo, si propone di discutere i problemi del diritto e del processo criminale seguendo la traccia costituita dagli atti di un procedimento immaginato dallo stesso autore.⁷ Ai fini della presente indagine, l'elemento di maggiore interesse di questo ipotetico modello è dato dalla sua piena rispondenza ai principi del rito inquisitorio.

² La procedura inquisitoria, che negli statuti dei secoli XIII-XIV è di regola prevista per una serie limitata di reati gravi, in progresso di tempo viene impiegata nella prassi non solo per i *crimina pubblica*, ma anche per i *crimina privata*, e grazie a questa evoluzione la distinzione in oggetto cessa di avere, quantomeno sotto il profilo processuale, contorni e significati precisi.

³ La massima secondo la quale la pena dipende dal tipo di impulso processuale è di matrice canonistica. Essa prevede in genere l'irrogazione di una pena più mite in caso di procedimento *ex officio*.

⁴ Giurista al contempo pratico e accademico, Angelo Gambiglioni (Arezzo 1400 ca. - Bologna 1461) si laurea a Bologna nel 1422. Per un decennio è giudice e assessore in varie città dell'Italia centrale, e avvia un'intensa attività di consulente che prosegue per tutta la vita. Professore a Bologna dal 1431 al 1445, si stabilisce infine a Ferrara, chiamato da Leonello d'Este. Nel 1452 come ambasciatore della sua città natale ottiene dall'imperatore Federico III il privilegio di legittimazione dello *Studium* di Arezzo.

⁵ Domenico Maffei, *Giuristi medievali e falsificazioni editoriali del primo Cinquecento*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1979, p. 43.

⁶ La tradizionale storiografia giuridica collocava in questo periodo sia una *Practica iudiciaria in materiis criminalibus* attribuita a Iacopo di Belviso e composta prima del 1308, che un *Tractatus super maleficiis* scritto da Bonifacio Vitalini dopo la metà del XIV secolo. Le ricerche di Domenico Maffei hanno dimostrato la inattendibilità di tali dati: il *Tractatus super maleficiis* nasce in realtà entro i primissimi anni del Trecento a opera non dell'inesistente Bonifacio Vitalini ma del giudice mantovano Bonifacio Antelmi; quanto alla *Practica* pseudo-belvisiana, si tratta di un lavoro formatosi nella Francia meridionale alla metà del XIV secolo grazie alla giustapposizione di materiali di epoche diverse.

⁷ Il trattato è diviso in 86 sezioni. La prima contiene i verbali del caso pratico ipotizzato da Gambiglioni, relativi sia alla ricostruzione dei fatti («Inquisitio») che alla decisione finale («Forma Sententiae»). Le restanti 85 formano altrettante rubriche nelle quali l'autore approfondisce analiticamente gli spunti problematici che egli stesso ha copiosamente inserito nei verbali. Questa struttura tradisce le finalità prevalentemente pratiche dell'opera, e ne determina al contempo i caratteri più rilevanti, individuabili nella prevalenza delle questioni di natura processuale e nella mancanza di completezza.

«Haec est quedam inquisitio...» («Questa è una certa inquisizione...»): con queste significative parole Gambiglioni intraprende una narrazione-trattazione nella quale, ribaltando i tradizionali schemi dottrinali, si preoccupa innanzitutto di descrivere istituti, affrontare questioni e chiarire concetti propri di un metodo processuale che ormai si caratterizza essenzialmente come procedimento d'ufficio («quod fit mero officio»). I temi relativi alla forma processuale che ha inizio su richiesta della parte che accusa («ad partis accusantis petitionem») sono collocati in posizione complementare, unitamente a quelli relativi all'ulteriore forma processuale che viene instaurata su denuncia di un pubblico ufficiale («ad denunciam et relationem officialis»).

Lo stesso Gambiglioni sente il bisogno di giustificare – talora in modo esplicito, più spesso implicitamente – le scelte che lo hanno indotto a privilegiare l'*inquisitio* e a centrare il discorso sul processo *ex officio*.

In primo luogo, il giurista prende atto degli sviluppi verificatisi a livello legislativo: gli statuti delle città italiane ammettono pressoché nella loro totalità che per ogni crimine si possa fare l'inquisizione («quod de omni crimine possit fieri inquisitio»). In secondo luogo, Gambiglioni osserva come molti tra i principi sostenuti in passato dalla dottrina non siano più considerati validi o non siano comunque più osservati. Gli antichi scrittori («antiqui») solevano ripetere che l'inquisizione speciale (cioè quella fase dell'inquisizione nella quale si procede nei confronti di una determinata persona per dimostrarne la colpevolezza) *de iure* non è di regola permessa («regulariter de iure non est permessa specialis inquisitio») se non in una serie di casi tassativamente elencati. Già da tempo, però, si agisce diversamente, e per autorizzare la *specialis inquisitio* molti reputano ormai sufficiente la semplice pubblica fama. Nello stesso modo, Gambiglioni contesta la massima tradizionale secondo la quale nessuno di regola può essere condannato senza un accusatore («regulariter sine accusatore nemo potest damnari»), e afferma al contrario che, come un privato può sempre accusare, così il giudice può sempre inquisire («[iudex] potest semper inquirere, sicut quis accusare»). Se infatti è permessa l'*accusatio* per qualsiasi crimine, altrettanto deve accadere per l'*inquisitio*, che ne ha preso il posto («quae succedit loco eius»).

Le asserzioni testé citate si ricollegano a una più generale propensione di Gambiglioni a voler attenuare, anche dal punto di vista concettuale, le differenze tra accusa e inquisizione. L'autore tende infatti a privilegiare le affinità e a far risaltare le analogie tra i due metodi, e mira a ricostituire un modello unitario, nel quale: a) il giudice si possa normalmente sostituire all'accusatore privato (eccetto che nella *inscriptio ad poenam talionis*, preventiva garanzia contro le accuse calunniose e temerarie); b) l'atto di accusa possa svolgere un ruolo – volta a volta simile a quello della querela della parte lesa o della denuncia – in grado di accordarsi con le esigenze del procedimento *ex officio*.

Nell'opera di Gambiglioni, dunque, l'*inquisitio* non solo è considerata rimedio ordinario, ma assume anche a struttura fondamentale e abituale del processo criminale. Tale dato indica come la sistemazione dottrinale degli svolgimenti in atto da secoli nella prassi e nella legislazione (in primo luogo statutaria) sia giunta a una fase ormai matura, ed è accompagnato da una esplicita presa di posizione (altrimenti rara in autori spesso assai cauti sul punto) in ordine al rapporto tra accusa e inquisizione. Il giurista aretino, infatti, valuta i meccanismi del processo principalmente in base alla loro effica-

cia affinché i reati non rimangano impuniti («ne maleficia remaneant impunita»), e non esita a dichiarare al riguardo

che l'inquisizione è più adatta a reprimere i delitti dell'accusa, per cui molte norme statutarie che favoriscono l'inquisizione non si estendono all'accusa («quod magis favorabilis est inquisitio ad reprimendum ipsa delicta quam accusatio, unde multa statuta in favorem inquisitionis non extenduntur ad accusationem»).

Questa affermazione (nella quale ancora una volta non manca il riferimento alla pratica e alla realtà normativa), se da un lato può rispecchiare le attitudini e le esperienze personali dell'autore,⁸ dall'altro costituisce il segnale dei mutamenti ideologici sopravvenuti in una dottrina nella quale il rispetto per l'autorità e i dettami della tradizione romano-giustiniana si trova a combattere una dura battaglia sostanzialmente di retroguardia con la necessità di dare risposte adeguate alle esigenze della repressione penale in un mondo in trasformazione.

2.4. Il XVI secolo: Egidio Bossi e le residue contraddizioni tra dottrina e prassi

Un secolo più tardi, il criminalista milanese Egidio Bossi⁹ nei suoi *Tractatus Varii* (editi postumi per la prima volta a Lione e Venezia nel 1562) espone con diligenza e puntualità lo stato della coeva dottrina processualpenalistica su un ampio ventaglio di problemi, segnalando alcuni tra i peculiari caratteri del processo penale del suo tempo, e assumendo – giova segnalarlo – posizioni moderate su temi particolarmente delicati quali la tortura, che deve essere delimitata e usata con moderazione, e il diritto di difesa, che deve essere sempre garantito (anche se il riferimento è più all'autodifesa dell'imputato che alla difesa tecnica in senso proprio).

In ordine all'*accusatio*, il giurista milanese osserva preliminarmente come secondo tutti gli autori viga *de iure* il principio secondo il quale nessuno può essere condannato senza un accusatore («secundum omnes, et de iure loquendo, haec est regula, quod nemo sine accusatione damnatur»), e ne sottolinea la connessione con il conforme precetto evangelico (Giovanni, 8, 10-11). A questa risaputa e ormai un po' stanca affermazione di scuola si oppone però la realtà dei tempi: quasi dappertutto, infatti, si dispone in via statutaria o per consuetudine che anche senza l'accusa si possa comunque procedere all'inquisizione («per statuta, et consuetudinem, quasi ubique est provisum, quod etiam sine ea inquirendo possit procedi»). Ma non basta: Bossi rammenta che secondo la dottrina classica fra i requisiti anche formali necessari per procedere all'accusa era richie-

⁸ Gambiglioni è sempre stato accompagnato dalla fama, forse non del tutto immeritata, di giudice severo e inflessibile.

⁹ Egidio Bossi (Milano 1488 ca. - ivi 1546), laureatosi a Pavia, compie un brillante *cursus honorum* all'interno delle strutture giurisdizionali e amministrative dello Stato di Milano. Dopo avere retto la podesteria di Alessandria (1513), nel 1514 è nominato avvocato fiscale a Milano. Nel 1518 è di nuovo podestà, questa volta a Novara. Nel 1528 è elevato al rango senatorio, e nel 1536 è nominato decurione a Milano. Nel 1537 è infine commissario ducale a Pavia. Con Francesco Grassi e Francesco Lampugnani elabora il testo delle *Novae Constitutiones Mediolani*, promulgate da Carlo V nel 1541 e destinate a rappresentare per due secoli e mezzo la più importante fonte normativa dello Stato di Milano.

sto che l'accusatore presentasse il libello accusatorio e, onde evitare il pericolo della calunnia, si impegnasse con l'*inscriptio* a subire la pena del taglione («inter cetera requisita ad accusationem erat necesse ut accusator se inscriberet ad poenam talionis»). Orbene – continua il criminalista – anche in tale ambito le cose sono ormai profondamente cambiate, poiché i libelli accusatori non vengono più fatti («amplius non fiunt libelli accusatorii») e per consuetudine (ma lo aveva già detto Alberto da Gandino) da tempo non viene più irrogata la pena del taglione in caso di accusa calunniosa o temeraria («hodie cessat ex consuetudine haec poena talionis»). Quest'ultimo elemento è, per Bossi, di grande importanza, poiché per il giurista milanese (secondo una linea ricostruttiva che viene fatta risalire a Bartolo da Sassoferrato) la crisi e il tracollo dell'*accusatio* sarebbero dovute proprio al venire meno della pena del taglione:

non c'è da meravigliarsi del fatto che l'accusa sia completamente abbandonata, dato che per consuetudine è venuto meno l'elemento che sosteneva il principio secondo cui nessuno deve essere condannato senza un accusatore, e cioè la pena del taglione («nec mirum quod penitus cesset accusatio, quia deficit ex consuetudine id unde eveniebat, ut sine accusatore nemo damnaretur, scilicet poena talionis»).

In ordine al rapporto tra querela di parte e *accusatio*, Bossi assume una posizione personale che in parte si allontana da quella destinata a consolidarsi nella prassi e nella dottrina. Il giurista milanese ritiene infatti che i due istituti non debbano esser confusi o equiparati, poiché la querela è funzionale al sistema inquisitorio, che si oppone nettamente a quello accusatorio. È infatti possibile osservare come sia prassi comune che l'inquisizione abbia luogo in seguito alla presentazione di una querela («quotidie inquisitio formatur super talibus querelis»), e come tale prassi sia comunemente accettata, visto che l'attitudine della querela ad avviare l'inquisizione non viene mai messa in discussione («nunquam disputatur super ineptitudinem querelae»). Tutto ciò non sarebbe però ammissibile qualora si facesse rientrare – come molti autori propongono – la querela nella categoria delle *accusationes* in quanto, per un principio generale, il rimedio ordinario (l'*accusatio*) rende inespugnabile quello straordinario (l'*inquisitio*), e dunque la querela non potrebbe risultare complementare, come in affetti accade, rispetto all'inquisizione. Il discorso vale a maggior ragione per le denunce e in particolare per le denunce anonime, nei cui confronti il giurista milanese pronuncia una decisa condanna, considerandole fonte di inammissibili abusi. La posizione assunta da Bossi, limpida e ineccepibile sul piano tecnico, è peraltro destinata a mantenersi largamente minoritaria a fronte di una prassi caratterizzata da una graduale fusione tra accusa, querela e denuncia supinamente accettata dalla gran parte della dottrina.¹⁰

Per quanto riguarda infine l'*inquisitio*, il discorso di Bossi si incentra su quella che è esplicitamente segnalata come una «vecchia questione», e cioè se sia possibile in ogni

¹⁰ Due esempi: Lancellotto Corradi nel *Praetorium et curiale brevium* (edito a Venezia 1563) usa la significativa espressione «accusatio querela vulgo nuncupata» («l'accusa, chiamata volgarmente querela»); Giovanni Battista Cavallini nell'*Actuarium practicae criminalis* (pubblicato a Milano nel 1587) descrive la formula della «querela, seu accusa, vel denuntiationis» («la querela ossia accusa o denuncia»). È interessante notare come la fusione tra *accusatio vel querela* sia attestata anche nelle *Novae Constitutiones* del 1541 delle quali, come abbiamo visto, fu coautore lo stesso Bossi.

caso formare l'inquisizione («vetus est quaestio, an omni casu possit formari inquisitio»). Il giurista osserva come la controversia riguardi in particolare lo *ius civile*, poiché secondo il diritto canonico non vi è dubbio circa una risposta affermativa. La considerazione dei dati normativi e consuetudinari e la concordia ormai presente tra gli autori gli consentono peraltro di non spendere troppe parole sull'argomento, se non per combattere l'idea sostenuta da alcuni che il giudice possa sempre inquisire anche *specialiter* nonostante l'assenza di indizi o di pubblica fama. In effetti, dopo avere constatato che comunemente vigono in Italia regole statutarie che consentono in ogni caso di avviare l'inquisizione («communiter in Italia vigent statuta, quod omni casu officiales possint inquirere»), il giurista milanese ritiene di poter rapidamente risolvere il problema rammentando che

comunque stiano le cose, i giuristi [...] affermano concordi che in base alla consuetudine l'inquisizione è sempre consentita, e anche a Milano la regola è che in ogni caso si formi l'inquisizione («utcumque sit, doctores [...] communiter dicunt, ex consuetudine servari, ut omni casu sit permissa, et Mediolani servatur, ut omni casu formetur inquisitio»).

Dai brevi cenni testé offerti in ordine alle opinioni di Bossi, risulta come ancora all'inizio del Cinquecento permangano nella dottrina criminalistica dubbi e incertezze sul tema del rapporto tra accusa e inquisizione. L'accidentato connubio tra prassi e dottrina non si è ancora assestato definitivamente, anche se ormai si apre su un panorama bensì segnato da residue contraddizioni, ma in fase di consolidamento. Da un lato, infatti, la pur autorevolissima tradizione accademica di diritto comune continua a tramandare eleganti costruzioni accusatorie di matrice romanistica sempre più percepite come inattuali; dall'altro, appare sempre più diffusa a livello dottrinale la piena accettazione di una pratica da tempo saldamente attestata su posizioni di totale recezione del modello (e dello stesso spirito) del processo inquisitorio.

Capitolo 3

Il sistema consolidato: la testimonianza di Giulio Claro

3.1. Il modello processuale del maturo diritto comune e la criminalistica italiana

Come abbiamo visto nei casi di Gambiglioni e di Bossi, tra XV e XVI secolo la dottrina criminalistica è sempre più condizionata, nella definizione del rapporto tra accusa e inquisizione, dal pieno riconoscimento delle nuove esigenze della repressione penale e dal frequente ricorso alla ratio della *publica utilitas* in materia criminale, *ne maleficia remaneant impunita*. A loro volta, tali nuove esigenze sono strettamente connesse al ruolo sempre più incisivo svolto da giudici e funzionari pubblici nel momento in cui inizia a delinearsi l'evoluzione in senso assolutista delle forme di organizzazione dei regimi politici.

Nell'Europa del Cinquecento il progressivo accentramento del potere nelle mani del sovrano e lo sviluppo degli apparati burocratici tendono infatti in materia di giustizia penale – come vedremo meglio in seguito – a erodere i residui spazi lasciati all'iniziativa e al ruolo processuale del singolo, a impedire il ricorso a schemi procedurali di ispirazione civilistica, a bloccare forme popolari di giudizio e, quindi, ad accantonare decisamente l'*accusatio*.

Su questo sfondo e in questo clima politico e culturale assistiamo alla definitiva vittoria dell'*inquisitio*, e al conseguente consolidarsi del modello processuale proprio del maturo diritto comune. La compiuta elaborazione di tale modello è dovuto in particolare alla scuola italiana, la cui straordinaria fioritura tra Quattro e Cinquecento porta non solo alla piena autonomia del penale nell'ambito della scienza giuridica (che si manifesta a livello accademico con la nascita delle prime cattedre criminalistiche, testimoni anche del rilievo politico assunto dalla materia), ma anche alla definitiva maturazione di una dogmatica penale che per la sua alta qualità tecnica – e al di là dei mutevoli e talora discutibili contenuti – sarà in grado non solo di giungere all'età della codificazione ma anche di trasmettere a quest'ultima non poche delle sue costruzioni concettuali.

Oltre ai già citati Gambiglioni e Bossi, brillano in questo panorama – per citare solo alcuni nomi – Ippolito Marsili (1450-1529), primo titolare di una cattedra di diritto criminale a Bologna nel 1509, il venosino Roberto Maranta (1476-1534), il patavino Marcantonio Bianchi (1498-1548), il calabrese Lodovico Careri (†1560), il napoletano Pietro Follerio (1520 ca.-1586...), l'udinese Tiberio Deciani (sul quale torneremo in seguito) e colui che forse è il rappresentante più emblematico del secolo d'oro della criminalistica italiana, l'alessandrino Giulio Claro.

3.2. Il *Liber Quintus* di Giulio Claro e l'inquisizione come rimedio ordinario

Alla metà del Cinquecento, l'assetto pressoché definitivo del sistema penale è compiutamente illustrato proprio da Giulio Claro, uno dei più lucidi, informati e acuti giuristi di quel secolo.¹ Il suo *Liber Quintus Sententiarum Receptarum*, pubblicato a Venezia nel 1568,² delinea in 22 paragrafi, sostenuti da «un solidissimo fondamento dottrinale e teorico»,³ tutto il sistema penale cinquecentesco e costituisce la base privilegiata per la sua conoscenza. In particolare, l'ultimo paragrafo dell'opera, assai più consistente dei precedenti (dedicati ai singoli reati), reca il titolo aggiuntivo di *Practica Criminalis*, e ci offre una descrizione vivida e essenziale delle questioni processuali, nella quale i rapporti tra diritto comune e prassi consuetudinaria si intrecciano con le opinioni dottorali e le esplicite prese di posizione dell'autore.

Claro sgombra il campo, in via preliminare, da una serie di falsi problemi affermando con la massima chiarezza che le varie forme procedurali (accusa, inquisizione, denuncia, eccezione, crimine notorio, cattura in flagranza) descritte dalla dottrina in modo tralatizio (e spesso con espressioni involute e intricate) devono comunque essere ridotte a due sole, la forma su istanza di parte e quella *ex officio*. La prima – che gli scrittori definiscono «procedere per via di accusa» («quod scribentes appellant procedere per viam accusationis») – si ha quando la parte lesa o un altro soggetto legittimato propone l'accusa o la querela – e in questo caso si procede sulla base della stessa querela («et super ipsa querela proceditur»). Nella seconda – e questo è ciò che si dice procedere per via d'inquisizione («et hoc est quod dicitur procedere per viam inquisitionis») – il giudice assume informazioni contro l'imputato e procede nei suoi confronti di sua iniziativa e per suo dovere d'ufficio («a se ipso, et ex suo officio»).

La decisa semplificazione testé segnalata è – giova sottolinearlo – conseguenza di una precisa scelta di Claro. Il giurista alessandrino non ricorre infatti, in questa circostanza, alle consuete e ampie citazioni di autorità dottrinali, e la fissazione del binomio procedura su istanza di parte/procedura d'ufficio è frutto esclusivamente della sua profonda conoscenza della prassi consuetudinaria e delle fonti.

Quanto ai rapporti tra i due metodi, se ci si attiene alle regole e ai principi del diritto comune («loquendo secundum ius commune»), si dovrebbe attribuire all'*accusatio seu querela* il carattere di rimedio ordinario, mentre l'*inquisitio* dovrebbe essere considerata rimedio straordinario. La *ratio* di tale conclusione – confortata dalla comune opinione dei giuristi (*communis opinio doctorum*) – riposa nel fatto che secondo il diritto comune a chiunque è concesso di proporre l'accusa, mentre il giudice di regola non può procedere *ex officio* per via d'inquisizione («regulariter [...] non potest ex officio procedere per viam inquisitionis»).

¹ Giulio Claro (Alessandria 1525 - Cartagena 1575) consegue il dottorato a Pavia nel 1550 e nel 1557 entra a far parte del Senato di Milano. Pretore a Cremona (1560) e Presidente a Milano del Magistrato delle entrate straordinario (1563), dal 1565 è a Madrid come reggente del Supremo Consiglio d'Italia.

² Il *Liber Quintus* è concepito come parte di una vera e propria enciclopedia giuridica dal titolo classicheggiante di *Receptae Sententiae* (nel senso di 'opinioni consolidate'), che avrebbe dovuto comprendere sette libri corredati da indici e dedicati rispettivamente a leggi e consuetudini, persone, successioni, contratti, diritto e procedura penale, procedura civile, materie estravaganti. In seguito ai molteplici impegni di magistrato e funzionario dell'autore, la quinta è la sola sezione completa dell'intera opera a essere data alle stampe.

³ Gian Paolo Massetto, *Un magistrato e una città nella Lombardia spagnola. Giulio Claro Pretore a Cremona*, Milano, Giuffrè, 1985, p. IV.

Parzialmente differente è, sul punto, il discorso relativo al diritto canonico. Qui vi sono due opinioni prevalenti che si fronteggiano: l'una ritiene che anche in quest'ambito l'inquisitio sia rimedio straordinario; l'altra afferma invece che nel diritto canonico l'inquisitio sia da considerarsi rimedio ordinario. Secondo Claro, è bensì vero che nel diritto canonico il procedimento inquisitorio si presenta come regolarmente consentito («regulariter permissum»), ma poiché, sempre per il diritto canonico, non si deve osservare nel giudizio d'inquisizione ciò che di regola si deve osservare nei giudizi criminali («illo iure non servantur in iudicio inquisitionis ea quae regulariter servare deberent in iudiciis criminalibus»), in linea teorica non gli appare discutibile l'esattezza dell'opinione comune secondo cui tanto nel diritto canonico quanto nel diritto civile il rimedio dell'inquisizione si debba definire straordinario.

Tutto questo rileva peraltro – continua Claro – solo qualora ci si attenga strettamente ai principi di diritto comune. Se si guarda invece alla concreta amministrazione della giustizia, la situazione si presenta notevolmente differente. In effetti, alla tradizionale e formale impostazione «de iure communi» e alle potenziali conseguenze della stessa sul piano pratico,⁴ il giurista alessandrino non esita a contrapporre con decisione le chiare risultanze della prassi consuetudinaria che vige al suo tempo:

Ma certamente, qualunque sia la regola di diritto comune, tutte questo viene meno grazie alla consuetudine del tempo presente; infatti, [oggi] anche secondo il diritto civile in qualsiasi caso è consentito al giudice di procedere ex officio, e dunque per via d'inquisizione («Sed certe quidquid sit de iure communi, haec omnia cessant ex consuetudine praesentis temporis; nam etiam de iure civili in quocunque casu permissum est iudici procedere ex officio, et sic per inquisitionem»).

Taluni tra i giuristi più concreti – Claro cita significativamente Alberto da Gandino – hanno da tempo offerto significative testimonianze di questa generale consuetudine, affermatasi del resto anche fuori d'Italia (per il Regno di Castiglia lo attesta il criminalista Antonio Gomez). Sulla base di tale consuetudine, si deve senz'altro pervenire a una conclusione totalmente contraria alla posizione ufficiale espressa dalla maggioranza della dottrina, e si deve necessariamente riconoscere che non solo in diritto canonico ma anche in diritto civile

il rimedio dell'inquisizione è ordinario, come lo è quello dell'accusa («inquisitionis remedium est ita ordinarium, prout est remedium accusationis»).

⁴ Secondo la regola generale prevista dal diritto comune, il rimedio ordinario fa sempre cessare quello straordinario, e dunque l'accusatore idoneo dovrebbe sempre essere preferito al giudice inquisitore, come del resto sostiene Alberto da Gandino. Altri autori (Claro cita Baldo ed Egidio Bossi) riferiscono di una prassi, secondo la quale l'*accusatio* è preferita se offre argomenti più consistenti. In effetti – osserva il giurista alessandrino – sulla questione vi è stata in dottrina grande varietà di opinioni, specialmente quando l'accusatore si presenti a inquisizione già avviata. In genere si ricorre in argomento a una lunga *distinctio* di Bartolomeo da Saliceto, ripresa da altri autori (tra i quali Egidio Bossi), secondo la quale è necessario considerare se l'accusatore sia intervenuto prima o dopo la raccolta delle prove. Nel primo caso, se il ritardo è imputabile a negligenza l'*inquisitio* non cessa, altrimenti viene preferita l'*accusatio*, purché l'accusatore sia parte lesa e non sia sospetto di collusione. Nel secondo caso, l'*accusatio* è ammessa solo quando in seguito all'*inquisitio* il reato risulti non provato.

Ma non basta. In taluni ambiti territoriali la tendenza favorevole all'*inquisitio* si è manifestata in modo talmente incisivo da far osservare al giurista alessandrino che

in alcuni luoghi il rimedio dell'inquisizione è divenuto ordinario, mentre il rimedio dell'accusa è divenuto straordinario («in aliquibus locis remedium inquisitionis factum est ordinarium, et remedium accusationis factum est extraordinarium»).

È il caso ad esempio del regno di Napoli, ove – sulla scorta di Roberto Maranta e di Prospero Caravita – Claro ricorda che sono ammesse all'accusa solo le vittime del reato. Nel regno di Francia Jean Milles de Souvigny, autore di una *Practica criminalis*, e Guillaume Benoît attestano che le *ordonnances* regie hanno proibito l'accusa anche alle parti lese, che possono agire solo per l'interesse civile. E anche nelle Fiandre – e in questo caso l'informazione proviene dalla *Praxis Rerum Criminalium* di Joost Damhouder, sulla quale torneremo in seguito – per consuetudine la richiesta per la condanna è riservata all'avvocato fiscale e viene inibita a chi agisca come parte lesa.

3.3. I caratteri del *modus procedendi* cinquecentesco

In una breve e nitida annotazione, Claro sottolinea come la ragione della parificazione tra accusa e inquisizione (e della tendenziale prevalenza della seconda) debba essere ricercata nella sempre più accentuata pubblicizzazione degli apparati giudiziari e nel fiorire della figura dell'avvocato fiscale, funzionario ormai regolarmente incaricato di agire in appoggio alle accuse.⁵ Tale fenomeno ha progressivamente sottratto spazio e incisività alla iniziativa del privato e, mediante un processo di sostituzione, ha concesso poteri gradatamente più ampi a giudici inquisitori e funzionari fiscali, favorendo così l'imporsi del procedimento *ex officio* a danno di quello *ad instantiam partis*.

La situazione che si è venuta in tal modo a creare ha conseguenze tutt'altro che trascurabili sull'iter procedurale. Infatti – osserva Claro – mentre a stretto diritto accusa e inquisizione non possono coesistere («simul cumulari») in quanto la prima (ordinaria) fa di regola cessare la seconda (straordinaria), alla luce della prassi consuetudinaria, che attribuisce all'*inquisitio* il carattere dell'ordinarietà, l'incompatibilità tra i due metodi viene meno, e anzi entrambi concorrono, o possono concorrere («ambo simul concurrunt, seu concurrere possunt»), in ogni fase del giudizio penale. Se dunque il procedimento è stato iniziato *ex officio*, la parte lesa che sopravvenga con l'intenzione di presentare la querela viene sempre ammessa; analogamente, il fatto che il procedimento sia stato avviato mediante querela non impedisce al giudice di ricercare d'ufficio informazioni, elementi di prova e testimonianze non indicate o prodotte dalla parte.

Viene così riconosciuta e posta in evidenza una delle più rilevanti caratteristiche del processo penale del maturo diritto comune, quantomeno in ordine ai rapporti tra

⁵ Negli ordinamenti di Antico Regime sono definiti 'avvocati (ma anche sindaci o procuratori) fiscali' i pubblici funzionari incaricati di tutelare gli interessi del 'Fisco' – e cioè del sovrano e in genere dello Stato – in ambito giurisdizionale. Essi intervengono nel procedimento svolgendo un ruolo accusatorio in taluni contesti assai penetrante a sostegno del giudice titolare dell'inquisizione.

poteri del singolo e compiti del magistrato. La sovrapposizione di elementi di diversa natura nell'ambito di una progressiva prevalenza del modello inquisitorio ha trasformato profondamente la tradizionale *accusatio*, che ora si identifica con la querela proposta dalla parte offesa affinché sia perseguita e punita l'*iniuria* subita («ut suam, vel suorum iniuria prosequatur») e si affianca, con un ruolo complementare e sussidiario, all'attività svolta d'ufficio dal giudice. Claro coglie e rende espliciti gli esiti di questa linea di tendenza, grazie alla quale

nel modo di procedere che viene oggi osservato può concorrere una mistura ossia un cumulo dell'uno e dell'altro rimedio, e cioè della procedura *ex officio* e di quella a istanza di parte; e l'una non viene impedita dall'altra, ma anzi più volte la *denunciatio*, l'*inquisitio* e l'*accusatio* concorrono nello stesso processo («modus procedendi, qui hodiernis temporibus observatur, est quidam modus, in quo potest concurrere mixtura, seu cumulatio utiusque remedii, scilicet ex officio, et ad instantiam partis; et unum ab altero non impeditur, quinimo multoties concurrunt denunciatio, inquisitio, et accusatio in eodem processu»).

L'attenta considerazione che Claro dedica alla realtà giudiziaria del suo tempo permette dunque di stabilire i seguenti punti fermi in ordine alle strutture del processo penale cinquecentesco.

a) Posto che tutte le strutture processuali possono essere ricondotte o all'*accusatio seu querela* (procedimento su istanza di parte) o all'*inquisitio* (procedimento *ex officio*), la prima viene reputata ordinaria secondo le regole del diritto romano-comune, mentre la seconda è tale per generale consuetudine.

b) Grazie a questa consuetudine, i due riti non risultano più incompatibili, come invece è prescritto *de iure*.

c) Il ricorso alla procedura accusatoria nella sua configurazione originariamente stabilita dal diritto comune appare sempre più raro.

d) Infine, nel vigente modo di procedere, che deriva dalla mistura o dal cumulo di accusa e inquisizione, l'impulso di parte sopravvive (laddove l'*accusatio* non sia stata ridotta a rimedio meramente straordinario) sotto forma di querela e con funzione di supporto rispetto a quanto compiuto d'ufficio dal magistrato.

In altre parole, mentre l'*inquisitio* ha ormai preso il sopravvento nel panorama giudiziario senza avere visto sostanzialmente modificati i caratteri propri del procedimento *ex officio*, l'*accusatio* risulta stravolta nei suoi aspetti fondamentali e peculiari, avendo nel frattempo perso gli elementi distintivi fissati *de iure* e tramandati dalla dottrina.

3.4. L'attività del privato come preambolo legittimo all'inquisizione

Le conclusioni testé accennate possono essere verificate prendendo in considerazione la nutrita serie di *quaestiones* del *Liber Quintus* nelle quali Claro svolge un esame analitico dell'*inquisitio* e dell'*accusatio*, inteso a confrontare la tradizionale disciplina *de iure* con le innovazioni introdotte in via consuetudinaria.

In ordine all'inquisizione, il giurista ribadisce che, caduto il principio secondo il quale nessuno può essere punito se manchi chi lo accusa («*nemo sine accusatore puniri debet*»), in base alla consuetudine è sempre lecito intraprenderla come procedura regolare, purché sussistano gli elementi che permettano al giudice di passare dalla fase dell'inquisizione generale (*inquisitio generalis*), durante la quale si accerta l'esistenza del reato (il *corpus delicti*) e si svolgono le prime indagini, alla fase dell'inquisizione speciale (*inquisitio specialis*), durante la quale si procede nei confronti di una determinata persona alla ricerca delle prove della sua colpevolezza. Tali elementi si definiscono 'preamboli legittimi dell'inquisizione' (*praeambula legitima inquisitionis*), e tra essi figurano principalmente:

- a) la pubblica fama negativa (variamente definita *publica fama, infamia, diffamatio, vox populi*, ecc.);⁶
- b) la denuncia di un privato o di un pubblico ufficiale (*denuntiatio privati aut officialis*);
- c) la cattura in flagranza di reato (*deprehensio rei in flagranti crimine*);⁷
- d) la notorietà del reato (*notorietas delicti; crimen notorium*);⁸
- e) la querela della parte lesa (*querela partis offenseae*);
- f) l'impulso dell'avvocato fiscale e più in generale dei funzionari incaricati di promuovere l'inquisizione (*instigatores seu promotores inquisitionis*).

La presenza di almeno uno di questi *praeambula legitima inquisitionis* risulta sempre necessaria a pena di nullità,⁹ compresi i casi particolari nei quali l'iniziativa *ex officio* sia esplicitamente riconosciuta e permessa anche dal diritto romano-comune:

in qualsiasi caso in cui il giudice può procedere d'ufficio sia in base al diritto comune, sia in base al diritto statutario sia per consuetudine [...] egli non deve né può mai procedere di sua iniziativa all'inquisizione [...] speciale nei riguardi di qualcuno, se non si manifesta in precedenza un elemento che apra la via all'inquisizione [...] altrimenti il processo sarebbe *ipso iure* nullo («in quocunque casu, in quo iudex sive de iure communi, sive statutario, sive ex consuetudine potest procedere ex officio, [...] nunquam debet neque potest a se ipso procedere ad inquirendum [...] specialiter

⁶ Secondo una diffusa opinione dottrinale consolidatasi a partire dal XIII secolo, la pubblica fama svolgerebbe una precisa funzione accusatoria, come se fosse il popolo stesso a indicare il colpevole al giudice. In realtà, secondo Claro le cose si svolgono nella pratica in modo meno diretto: il giudice che procede all'inquisizione generale domanda ai testi se conoscano l'autore del reato; se i testi rispondono negativamente, li interroga genericamente e senza fare nomi se vi sia qualcuno indicato dalla pubblica voce come autore del reato; se dal detto dei testimoni risulta l'esistenza della pubblica fama nei confronti di qualcuno, solo allora il giudice passa all'inquisizione speciale.

⁷ In questo caso il giudice può non solo iniziare l'inquisizione speciale ma altresì procedere fino alla sentenza con rito sommario («*iuris ordine non servato*»).

⁸ È *crimen notorium* il reato che non può essere negato o celato con pretesti o scappatoie, come ad esempio quello commesso *coram populo*. Anche in questo caso il giudice può procedere fino alla sentenza con rito sommario.

⁹ La *ratio* di tale disciplina non è priva, secondo Claro, di profili garantisti. Essa infatti è stata introdotta per frenare la malizia e la protervia dei giudici: la facoltà di agire arbitrariamente nei confronti di chiunque permetterebbe infatti al magistrato di assumere indebitamente atteggiamenti persecutori. Si noti che – come dimostrano alcuni casi decisi dal Senato di Milano – la nullità persiste anche quando il reato venga pienamente provato, e comporta l'assoluzione dell'imputato.

contra aliquem, nisi aliquid praecedat, quod aperiat viam inquisitioni, [...] aliter processus esset ipso iure nullus»).

Tra i *praeambula inquisitionis* sopra enumerati, i più rilevanti in ordine al tema trattato in questa sede sono senza dubbio la querela e la *denuntiatio*.

Pur sottolineando la diversa natura del procedimento su istanza di parte rispetto a quello *ex officio*, Claro rileva come la consuetudine ammetta senza alcun ostacolo che il giudice possa intraprendere immediatamente l'inquisizione speciale non appena ricevuta la querela di parte. In effetti, la querela si è bensì sostituita alla classica *accusatio*, ma da questa differisce profondamente, in quanto nella pratica non presenta più i requisiti anche formali considerati *de iure* necessari per avviare un processo accusatorio (a cominciare dal libello accusatorio e dalla *inscriptio* posta a protezione dalla calunnia). Di conseguenza, ogni questione relativa a tali requisiti risulta normalmente priva di significato non solo grazie ai mutamenti dovuti alla consuetudine, ma anche perché

oggi l'inquisizione concorre in pressoché tutti i processi con la stessa querela ossia accusa [...] e così il giudice supplisce d'ufficio a qualunque difetto («hodie inquisitio concurrat in omnibus fere processibus cum ipsa querela sive accusatione [...] et sic iudex ex officio supplet quoscunque defectus»).

Per quanto riguarda poi la denuncia (*denuntiatio*), essa a parere di Claro deve essere considerata, nonostante l'opinione comune contraria, non un modo di procedere ordinario e separato dall'*inquisitio*, ma solo uno strumento, come la pubblica fama e la querela, atto ad aprire al giudice la via dell'inquisizione speciale. La denuncia da parte di pubblici ufficiali di varia natura è ormai pratica diffusissima in tutta Italia, ma le regole formali del diritto comune non impediscono che in base alla consuetudine chiunque possa liberamente denunciare al giudice – senza rispettare la disciplina *de iure* prevista per l'*accusatio* – le proprie o le altrui offese («iniuriam sibi vel alteri factam»). E in queste occasioni i giudici possono procedere assai agevolmente («de facili procedunt»), secondo una «bona practica» volta a impedire – come recita l'antico brocardo – che i delitti rimangano impuniti («ne delicta impunita remaneant»).

Sulla base di quanto osservato, è dunque lecito affermare che nel processo penale cinquecentesco l'iniziativa del privato conserva una certa rilevanza solo quando si risolva in un *praeambulum legitimum* all'inquisizione.

3.5. La desuetudine del procedimento accusatorio

Tale dato è pienamente confermato dalle accurate *quaestiones* che, nonostante il tramonto di questa forma processuale, vengono elaborate da Claro in tema di *accusatio*. In effetti, la profondità del solco che si è man mano aperto tra la disciplina *de iure* e la pratica consuetudinaria si mostra con piena evidenza quasi in ogni punto delle pagine del *Liber Quintus* dedicate agli schemi accusatori, e coinvolge sia questioni sistematiche e di carattere generale che singole e minute prescrizioni di carattere formale.

Alcune tra le più rilevanti discordanze sottolineate da Claro possono essere riassunte nel modo seguente.

a) Alla domanda se l'accusa debba essere considerata un'azione (*actio*) o invece un dovere del giudice (*officium iudicis*), il giurista alessandrino risponde che *de iure* è senza dubbio esatta la prima soluzione, ma che di fronte alla evoluzione subita dal modello processuale sembra ormai opportuno concordare con la contraria e comune opinione.

b) Circa gli aspetti formali, lo *ius* prescrive con chiarezza che il libello accusatorio debba essere proposto per iscritto, ma – «quidquid sit de iure» – nella pratica appare ormai sufficiente una querela espressa a voce (*verbalis querela*), che viene in seguito posta per iscritto dal notaio/cancelliere criminale.

c) In ordine all'obbligo della sottoscrizione del documento che impegna l'accusatore alla pena del taglione (*inscriptio ad poenam talionis*, prevista come preventiva garanzia contro le accuse calunniose e temerarie), Claro nota come per consuetudine questa formalità non venga più osservata («hodie de consuetudine non observatur ista solemnitas»), in quanto è venuta meno nella pratica la ragione stessa dell'*inscriptio*, e cioè la pena del taglione.

d) Le questioni *de iure* relative a chi possa accusare, a chi possa essere accusato, e all'idoneità dell'accusatore hanno ormai carattere meramente accademico, e non trovano alcun riscontro nella pratica.

e) Analogamente, gli ulteriori adempimenti di rito previsti *de iure* non sono più rispettati, mentre anche la classica distinzione romana tra *crimina publica* e *crimina privata* presenta un'incidenza ormai attenuata.

Peraltro, più che a un esame analitico delle singole discrepanze tra *ius* e *consuetudo*, è opportuno fare qui riferimento a un passo del *Liber Quintus* (§ *Finalis, Practica Criminalis, Quaestio XIV*) nel quale l'autore riprende e sviluppa talune significative considerazioni sul rapporto instauratosi tra le preponderanti strutture inquisitorie e i vacillanti principi accusatori. In tale passo Claro ci segnala un fatto senz'altro sintomatico, informandoci di come nella pratica giudiziaria assai raramente sia dato di assistere a discussioni o a controversie collegabili alla tradizionale disciplina *de iure* dell'*accusatio* o più in generale alle iniziative delle parti private. Tale fenomeno ha una causa ben precisa, ed è dovuto alla comune e diffusa accettazione del fatto che

per generale consuetudine in pressoché tutti i casi oggi si procede per inquisizione ossia d'ufficio («ex generali consuetudine in omnibus fere casibus hodie per inquisitionem, seu ex officio proceditur»).

L'estensione del modello inquisitorio ha dunque avuto come primo ovvio effetto quello di rendere l'attività della parte meno incisiva e in definitiva meramente virtuale, visto che il procedimento, come abbiamo visto, può essere normalmente instaurato d'ufficio anche se nessuno accusi («etiam si nemo accuset») attraverso una pluralità di canali e anche su impulso dell'avvocato fiscale.

Ma la detta estensione ha avuto anche una ulteriore rilevante conseguenza, in quanto – come Claro osserva quotidianamente nella pratica giudiziaria («ut quotidie videmus in practica observari») – ha permesso ai giudici in primo luogo di accogliere sem-

pre e comunque le querele e le accuse dei privati (anche se *de iure* mancanti dei necessari requisiti o in qualche modo viziate), e in secondo luogo di utilizzare tali istanze come mezzo per poter intraprendere l'inquisizione speciale.

Nelle considerazioni di Claro testé riassunte vengono dunque delineati con la consueta puntualità gli aspetti conclusivi di quel complesso processo di marginalizzazione delle forme accusatorie che, a partire dal XIII secolo, interessa l'amministrazione della giustizia penale, provocando radicali mutamenti sia concettuali che strutturali.

Nel XVI secolo, di fronte a una dottrina spesso disorientata e combattuta tra l'autorità della tradizione anche accademica e la necessità dell'adeguamento alla prassi, ben poco rimane nella quotidiana amministrazione della giustizia degli istituti procedurali incentrati sull'iniziativa delle parti. Il modello accusatorio autorizzava chiunque ad agire e si caratterizzava per la presenza di una fitta rete di prescrizioni garantiste e di requisiti formali: cadute le garanzie, considerati irrilevanti gli aspetti formali, il solo rimedio generale concesso a tutti è ora costituito dalla semplice denuncia, mentre la querela riservata alla parte lesa ha gradatamente preso il posto dell'*accusatio*, ma con limiti ben precisi e con una efficacia decisamente minore. A loro volta, la denuncia e la querela svolgono nell'economia processuale un ruolo di supporto quali *praeambula inquisitionis*, e risultano pienamente inserite, come meri e non indispensabili meccanismi accessori, nella grande macchina del procedimento d'ufficio.

Alla luce di questi rilievi, può apparire sorprendente l'ampiezza dello spazio dedicato all'articolata disciplina dell'*accusatio* nel *Liber Quintus*, opera di un giurista particolarmente attento alla concreta vita del diritto. In effetti, lo stesso Giulio Claro sente il bisogno di giustificare questa sua scelta e, nel concludere la trattazione dell'argomento, precisa di avere voluto illustrare norme, principi e istituti ormai caduti in desuetudine perché potesse essere ben chiara la distinzione tra ciò che appartiene al diritto comune e ciò che discende dalla consuetudine:

E questa è la forma secondo la quale si procede in base al diritto comune nel giudizio di accusa, che tuttavia (come ben vedi) è caduto quasi totalmente in desuetudine. Non ho voluto tuttavia ometterlo, affinché tu sappia che cosa si debba osservare in base al diritto comune e che cosa in base alla consuetudine («Et haec est forma, secundum quam proceditur de iure communi in iudicio accusationis, quae tamen (ut vides) tota fere abiit in desuetudinem. Volui tamen illam non praetermittere, ut scias quid servandum sit de iure communi, et quid de consuetudine»).

Capitolo 4

Pour pourvoir au bien de notre justice

4.1. La dimensione europea della rivoluzione inquisitoria

Come abbiamo visto, nella prima metà del XVI secolo le procedure inquisitorie appaiono predominanti nella prassi dei tribunali e hanno conseguito un soddisfacente grado di elaborazione dogmatica a opera della dottrina di diritto comune e in particolare dei giuristi che, dal XIV secolo, hanno dato vita a una sempre più intensa produzione di *Pratiche criminali*, e cioè di testi manualistici destinati a giudici, funzionari e avvocati. Queste *Pratiche (Practicae)* individuano una forma di letteratura giuridica caratterizzata dalla lunga durata (fino al XVIII secolo) e dall'ampia diffusione. Spesso sono di carattere compilativo, ma talora assurgono – come nei casi di Gambiglioni e di Claro – a un notevolissimo livello tecnico-scientifico. I giuristi di quella che è stata definita 'l'età delle *Pratiche*' hanno prima preso atto – talora con qualche difficoltà – dei nuovi indirizzi affermatosi nella prassi, e hanno poi contribuito efficacemente, partendo dalle risalenti basi culturali romano-canoniche, alla definizione concettuale di tali indirizzi mediante lo sviluppo dei necessari supporti teorici.

Il dato che conviene ora prendere in considerazione concerne il fatto che l'inarrestabile espansione dell'inquisitorio dal XIII al XVI secolo non riguarda solamente l'Italia ma costituisce in realtà un fenomeno europeo.

Con qualche ritardo rispetto agli eventi italiani del Duecento, anche nella pratica dei tribunali europei si manifesta infatti la medesima tendenza a sviluppare procedure *ex officio* a danno di quelle basate sull'accusa privata. Le modalità e le motivazioni di questo fenomeno continentale sono per lo più analoghe e spesso ricollegabili a quelle che abbiamo visto operare in Italia. A esse si aggiunge però un ulteriore elemento di grande rilevanza, costituito dal lento processo di maturazione, tra il XIV e il XVI secolo, delle prime grandi formazioni statuali europee, che identificano proprio nella giustizia penale uno strumento fondamentale per l'esercizio e la conservazione del potere (esemplare al riguardo è il caso francese). Infatti, sono in particolare i tribunali regi che, nell'imporre la loro supremazia sulle corti locali e feudali (e sulle procedure da queste seguite), determinano una decisa accentuazione dell'aspetto repressivo della giustizia penale.

Non appare allora casuale il fatto che proprio durante i primi decenni del Cinquecento nel continente europeo il consolidamento del modello inquisitorio venga sanzionato anche a livello normativo da una serie di corposi testi legislativi che costituiscono – giova sottolinearlo – una tra le più significative manifestazioni del nascente Stato as-

soluto, volto con sempre maggiore energia alla centralizzazione degli apparati e all'affermazione della propria autorità. Tali provvedimenti contribuiscono potentemente a delineare i principi, gli istituti e i caratteri distintivi della fase di maggiore maturità del processo penale di Antico Regime.

Al centro del movimento legislativo di statualizzazione delle regole procedurali si collocano la Francia e la Germania. Qui un ruolo di particolare rilievo è assunto, tra la fine del Quattrocento e la metà del Cinquecento, da alcune *ordonnances* regie in Francia, e da una serie di interventi legislativi culminati in Germania nella celeberrima *Constitutio Criminalis Carolina*. Ma anche altrove in Europa si registrano segnali non equivoci dell'esistenza di una comune tendenza a fissare nella legislazione dello Stato gli esiti di esperienze e pratiche processuali ormai consolidate.

Attraverso queste scelte normative, nelle legislazioni rinascimentali europee si viene così a configurare a livello continentale la medesima virtuale unità del modulo procedurale già da tempo presente nella prassi e nella dottrina. A tale processo di omogeneizzazione corrispondono sia – come accennato – il progressivo accentramento dei poteri giurisdizionali nelle mani dei giudici delle corti regie, sia il ragguardevole sviluppo della giurisprudenza dei grandi tribunali centrali degli Stati europei, sorti numerosi nel corso del Quattrocento e avviati ad assumere un ruolo di assoluta preminenza nel panorama delle strutture giurisprudenziali del tardo diritto comune.

Le vicende ora riassunte comportano ovviamente una serie di rilevanti conseguenze sul piano dell'amministrazione della giustizia penale. Da una parte ne accentuano infatti l'efficacia repressiva, migliorando la funzionalità degli apparati pubblici, e rendendo più agevole il ricorso a una serie di strumenti tecnici talora finemente elaborati (si pensi alle complesse costruzioni dottrinali in tema di indizi). Dall'altra, cercano di inquadrare in schemi predeterminati i poteri discrezionali di giudici e funzionari, intervenendo sulla situazione di pressoché totale assenza di regolamentazione e di controllo instauratasi nel primo periodo di diffusione del modulo inquisitorio. Nello stesso tempo, gli interventi normativi statuali favoriscono un'ulteriore compressione dei poteri d'iniziativa del privato, tendono a disconoscere i diritti della difesa e sanzionano la definitiva affermazione degli aspetti di maggiore iniquità del sistema della prova legale, a cominciare dall'ordinario ricorso alla tortura.

4.2. Le origini del modello inquisitorio francese

Cerchiamo ora di dare maggiore concretezza al discorso prendendo in esame alcune situazioni paradigmatiche e spostando innanzitutto la nostra attenzione sul regno di Francia.

In Francia le trasformazioni in senso inquisitorio delle strutture procedurali si svolgono fino al XV secolo quasi esclusivamente attraverso la giurisprudenza delle corti reali, che viene fissata a livello consuetudinario e, in misura invero minore, attraverso l'elaborazione dottrinale. In questo primo periodo gli interventi regi hanno carattere eccezionale e si limitano a sanzionare le regole affermatesi nella prassi. Le norme consuetudinarie, le leggi regie e le pratiche giudiziarie vengono talora riunite in farraginose

raccolte che concernono un po' tutti i rami del diritto, e che si risolvono in prontuari a uso di giudici, funzionari e avvocati.¹

Al fine di ovviare alle situazioni di incertezza e di mancanza di coordinamento tra le fonti e le istituzioni, alle fluttuazioni giurisprudenziali, alle lentezze e agli abusi determinati dagli sviluppi ora accennati, dalla fine del Quattrocento le regole elaborate dalla pratica iniziano a essere certificate sul piano legislativo su iniziativa della Corona. Lo strumento tecnico scelto per tale delicata operazione è costituito dall'*ordonnance*.

I più importanti tra questi interventi sono costituiti, nella materia che qui interessa, dalle due *ordonnances* di Blois, del 1498, e di Villers-Cotterêts, del 1539. Si tratta di provvedimenti di riforma assai corposi, volti a incidere su tutti gli aspetti delle istituzioni giudiziarie civili e penali, con particolare riguardo per i problemi di carattere processuale. Grazie alle *ordonnances* di Blois e di Villers-Cotterêts, le forme procedurali sviluppatasi in Francia nei secoli del basso Medioevo attraverso la prassi consuetudinaria subiscono un primo consistente assestamento, sul quale ben presto si innesterà una intensa produzione dottrinale. La stagione legislativa rinascimentale non conclude peraltro il processo di emersione e di formulazione delle nuove regole del processo penale. Essa costituisce piuttosto la premessa di quella che sarà la massima e più limpida espressione legislativa del sistema inquisitorio in Francia, e cioè la grande *Ordonnance Criminelle* di Luigi XIV e del ministro Colbert del 1670.

4.3. L'*Ordonnance* di Blois (1498)

L'*Ordonnance sur la réformation de la justice et l'utilité générale du Royaume* viene promulgata da Luigi XII a Blois nel marzo del 1498. Essa rappresenta non solo la prima regolamentazione d'insieme della procedura penale nello Stato francese, ma anche il primo riconoscimento normativo di carattere generale dell'ascesa delle forme inquisitorie in Francia.

Precedentemente, il ricorso all'*inquisitio* e alla tortura si era gradatamente esteso nella pratica, grazie anche, come abbiamo visto, al favore delle corti regie (ed ecclesiastiche) e di parte della dottrina. A tali forme procedurali innovative era stata attribuita la qualifica di rito *extraordinarius*, a fronte del rito ordinario rappresentato dalle tradizionali forme accusatorie. La riforma del 1498 non fa che codificare il dualismo manifestatosi nella pratica. Essa sanziona la distinzione e la contemporanea presenza dell'antico rito *ordinaire*, accusatorio e pubblico, e del nuovo rito inquisitorio, definito *extraordinaire*, stabilendo la disciplina di entrambi, indicando come si debba scegliere tra le due procedure, e consolidando le regole individuate tra il XIII e il XV secolo dalla giurisprudenza delle corti reali e dalla dottrina connessa a quest'ultima.

L'*Ordonnance* prevede lo svolgimento di un'informazione preliminare segreta, al termine della quale l'imputato viene citato in giudizio o catturato, e interrogato immediatamente (artt. 96, 98, 106). Gli esiti dell'informazione preliminare e del successivo

¹ Tra essi spicca il *Grand Coutumier de France*, composto negli anni Ottanta del XIV secolo dal giudice Jacques d'Ableiges, e opera basilare per gli esperti della giustizia reale fino all'inizio del XVI secolo.

interrogatorio sono comunicati ai procuratori regi (istituzione giudiziaria destinata a un duraturo successo), affinché costoro possano formulare le richieste ritenute opportune nell'interesse della giustizia e del sovrano («requérir por le bien de justice ou de nostre interest») (art. 107). A questo punto la corte decide se procedere con il rito ordinario, durante il quale le parti saranno udite in pubblico e in contraddittorio, ovvero con il rito straordinario, i cui due caratteri fondamentali sono individuati nella segretezza e nel ricorso alla tortura (*torture, question*) (art. 108).

La segretezza viene imposta in termini drastici per ogni stato e grado di tale procedimento. L'imputato viene abbandonato a sé stesso e risulta privo di qualsiasi forma di patrocinio: egli può essere ammesso a proporre le proprie difese ma non gode del diritto a conoscere i capi d'imputazione (art. 111). Ciò che comunque più importa è che il processo sia condotto con la massima segretezza possibile, in modo che nessuno possa conoscerne i contenuti: «ledit procès se fera le plus diligemment que faire se pourra, en manière que aucun n'en soit averti» (artt. 110 e 111). L'*Ordonnance* di Blois opera dunque una formale e definitiva ripulsa della pubblicità del procedimento. Da questo momento, e fino alla Rivoluzione del 1789, il pubblico viene in buona sostanza espulso dalle aule giudiziarie francesi.

Le modalità di applicazione della tortura sono fissate con cura e prevedono l'utilizzo di un ulteriore elemento destinato a caratterizzare il rito inquisitorio, la scrittura. Il ricorso alla tortura deve essere deliberato nel rispetto di precise forme («en la chambre de conseil, ou autre lieu secret par gens notables et lettrez, non suspects ne favorables») (art. 112), mentre gli esiti dell'esame devono essere verbalizzati con estrema cura dal cancelliere (*greffier*), che dovrà perfino indicare quante volte sia stato dato da bere all'imputato (art. 113). Le confessioni sono considerate valide solo se ripetute di fronte alla corte, senza costrizione e fuori dalla camera della tortura (art. 113). L'imputato che ricusi di confessare o di confermare la confessione non può essere sottoposto nuovamente a tortura se non in presenza di nuovi elementi indiziari (art. 114). Questa meticolosa disciplina costituisce l'effetto di una reazione contro le pratiche abusive diffuse in Francia nel XV secolo, pratiche che, al di fuori di ogni controllo, vedevano l'imputato recalcitrante sottoposto più volte di seguito alla tortura anche in assenza di fatti nuovi che potessero in qualche modo giustificarla.

Degna di nota è infine la norma (art. 118) che stabilisce un collegamento tra il rito ordinario e quello straordinario prescrivendo che, qualora il rito straordinario non abbia condotto a conclusioni apprezzabili, sia possibile proseguire il processo secondo le forme ordinarie. Si tratta peraltro di un'apertura che in realtà non avrà alcun concreto seguito nella prassi dei tribunali. Analoga sorte spetterà alla previsione, ben presto coperta dal velo della desuetudine, secondo la quale la lettura della sentenza deve essere fatta in pubblico e alla presenza dell'imputato (art. 116).

4.4. L'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts (1539)

Quarant'anni dopo Blois, la disciplina inquisitoria dell'*Ordonnance* del 1498 è resa ancor più severa da Francesco I con l'*Ordonnance su le fait de la justice* promulgata a

Villers-Cotterêts il 15 agosto 1539, la cui parte finale (32 articoli) è interamente dedicata alla procedura criminale. Predisposta e redatta dal cancelliere del re Guillaume Poyet² e modellata su una precedente *ordonnance* emanata nel 1536 per riformare lo «style de Bretagne», l'*Ordonnance* del 1539 conferma le tendenze di fondo già emerse a Blois e delinea un assetto del processo penale destinato a restare pressoché immutato fino alla grande *Ordonnance Criminelle* del 1670.

4.4.1. Le fasi del giudizio

Il procedimento viene suddiviso in due parti assolutamente diseguali costituite da una lunga fase di istruzione dedicata all'accumulo del materiale probatorio, e da una fase di giudizio estremamente scarna. L'intervento del procuratore regio o, nelle corti feudali, signorile (*procureur du roy, fiscal, procureur du seigneur*) è obbligatoriamente previsto: egli deve essere parte necessaria in qualsiasi procedimento. Viene così stabilito una volta per tutte il principio, che si perpetuerà fino al giorno d'oggi, secondo cui la fase d'istruzione richiede il concorso sia di un procuratore pubblico sia di un giudice istruttore. La corte interviene collegialmente soltanto al momento della decisione. Emblematica è la definitiva esclusione, nelle procedure propriamente criminali, di ogni forma di difesa tecnica: il divieto era già implicitamente presente per il rito *extraordinaire* nell'*Ordonnance* di Blois, e ora viene esplicitamente sanzionato all'art. 162, secondo il quale «en matières criminelles ne seront les parties aucunement ouïes par le conseil ni ministre d'aucune personne, mais réprondront par leur bouche des cas dont ils seront accusés».

L'istruzione è condotta da un unico giudice – *juge criminel, lieutenant criminel, juge seigneurial* – che instaura il procedimento avviando, su richiesta della parte lesa (la *partie civile*) o del *procureur* ovvero *ex officio*, l'*information preparatoire* (art. 145). *Dominus* di tutta questa fase processuale, il giudice dell'istruzione è dotato di poteri discrezionali di larghissima portata. Al termine dell'*information preparatoire* decide, sentito il *procureur*, se archiviare o formalizzare il procedimento (art. 145). In questo secondo caso procede all'interrogatorio dell'imputato e alla scelta tra il procedimento ordinario e quello straordinario. La distinzione tra i due riti, codificata a Blois, viene infatti mantenuta in linea di principio, anche se nei fatti a partire da questo momento *tutti* i casi penali di una qualche gravità risultano condotti in Francia *à l'extraordinaire*. Il procedimento straordinario viene condotto con metodo inquisitorio, comporta l'arresto (*prise de corps*) dell'imputato e la sua detenzione, impedisce il patrocinio professionale, nega la libertà provvisoria, prevede la tortura. Il procedimento ordinario, ormai residuale, è invece pubblico e contraddittorio, e consente di accedere all'assistenza legale e alla libertà provvisoria.

² Guillaume Poyet (Angers 1473 ca. - 1548), giurista di formazione romanistica, assurge a fama di illustre *praticien* come avvocato presso il Parlamento di Parigi e come consulente della famiglia reale. Avvocato del re presso il Parlamento di Parigi nel 1530, nel 1532 entra nel Consiglio Reale e nel 1534 è nominato Presidente del Parlamento di Parigi e del Parlamento di Bretagna. Nel 1538 diviene Cancelliere di Francia, ma nel 1542 è accusato e processato per malversazione: condannato nel 1545, perde ogni carica e funzione.

Assistito da una folta schiera di collaboratori ai quali può delegare il compimento di una serie cospicua di atti, il giudice dell'istruzione è chiamato a raccogliere il materiale probatorio, certificandolo per iscritto mediante appositi verbali indirizzati al collegio giudicante. In particolare, egli sottopone l'imputato a uno o più interrogatori (art. 146) e, quando lo ritenga, può rinviarlo alla tortura (artt. 163-164); riceve le deposizioni dei testimoni e provvede a eseguire verifiche (*recolements*) e confronti (*confrontations*) (artt. 153-156); riceve le confessioni e, qualora l'imputato alleggi fatti giustificativi, chiede allo stesso di indicare i relativi testimoni e li interroga (art. 157). Rispetto al passato, la segretezza di tutti gli adempimenti ora elencati è ulteriormente rafforzata, e la scrittura ne diviene il carattere fondamentale. La fase istruttoria è concepita in modo da agevolare la costruzione di una posizione di vantaggio per l'accusa e concede ben poche *chances* all'imputato. Tra queste, meritano di essere ricordate il diritto di proporre appello alla competente corte sovrana contro il rinvio alla tortura (art. 163), e il diritto non solo all'assoluzione ma anche alla «reparation de la calumnieuse accusation» riconosciuto a colui che sia riuscito a resistere alla tortura e non abbia confessato (art. 164).

La fase deliberativa interviene quando i giochi sono ormai fatti. L'imputato compare davanti alla corte, che decide sulla base dell'ultimo interrogatorio e della documentazione scritta elaborata sotto la guida del giudice d'istruzione. Questa documentazione viene raccolta in un apposito fascicolo che, accanto alle risultanze istruttorie, ricomprende anche un rapporto sul processo e le conclusioni del regio procuratore e della *partie civile*. La sentenza, che secondo l'*Ordonnance* di Blois avrebbe dovuto essere pronunciata in udienza pubblica, viene letta direttamente dal cancelliere all'imputato in carcere. La motivazione, per regola affermata nella prassi, è assente o viene sostituita da formule di rito.

4.4.2. L'assestamento del modulo inquisitorio in Francia

L'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts nasce essenzialmente come strumento per rendere più celere l'amministrazione della giustizia nel Regno di Francia, e tale scopo è chiaramente espresso nel preambolo del provvedimento: «pour aucunement pourvoir au bien de nostre justice, abrèviacion des procès, et soulagement de nos sujets».

L'obiettivo di costruire un procedimento rapido ed efficiente viene perseguito prevalentemente attraverso la regolamentazione dei poteri spettanti ai giudici e ai procuratori nelle varie fasi procedurali. Minore è la cura posta nella definizione degli istituti: il sistema delle prove legali, ad esempio, viene in larga misura dato per scontato attraverso il ruolo privilegiato assegnato, a scapito della prova indiziaria, alla prova testimoniale e alla confessione (art. 164). L'intento ora menzionato comporta un ulteriore aumento della già forte pressione inquisitoria. Da questo punto di vista l'*Ordonnance* del 1539 si colloca pienamente nella linea di sviluppo che caratterizza le vicende del processo penale in tutta Europa. Nulla fora la cappa di segretezza che avvolge la procedura. Tutto si svolge lontano dagli occhi del pubblico. Privo di assistenza professionale e di contatti con l'esterno, sottoposto a interrogatori carenti di regolamentazione formale, mi-

nacciato dalla tortura, l'imputato conosce ben poco della sua situazione e si trova sostanzialmente nella impossibilità di costruire un decente impianto difensivo. La macchina inquisitoria si avvia ormai a raggiungere, in Francia, la perfezione tecnico formale che caratterizzerà l'*Ordonnance Criminelle* del 1670, anche se non manca di suscitare – come vedremo – le prime voci di opposizione e le prime vivaci proteste da parte degli spiriti culturalmente più aperti, che anticipano nelle loro opere taluni dei temi che saranno ripresi con ben altra fortuna nel secolo dei Lumi.

Per il momento, Villers-Cotterêts pone un punto fermo nell'evoluzione della procedura penale in Francia: modifica in senso integrativo ma non abolisce le ordinanze precedenti, e stabilisce una struttura processuale destinata non solo a rimanere sostanzialmente immutata per 130 anni ma addirittura a riflettersi su alcuni aspetti della codificazione della procedura penale. Sotto un diverso punto di vista, segna inoltre una svolta importante nella storia delle istituzioni e della cultura non solo giuridica in quanto, facendo seguito a una *ordonnance* di Luigi XII del 1510, prescrive l'uso esclusivo della lingua francese in luogo del latino tanto negli atti processuali quanto nella documentazione notarile (art. 111).

Con il 1539 le basi legislative del modulo inquisitorio sono in Francia ormai ben assestate. È vero che gli interventi sovrani in tema di giustizia penale non mancano nel periodo seguente e fino alla definitiva grande *Ordonnance* del 1670, ma si limitano a ritocchi e confermano le linee già fissate a Blois e a Villers-Cotterêts. Esempio al riguardo è la sempre minore rilevanza riconosciuta all'iniziativa della parte privata: l'*Ordonnance* di Orléans di Francesco II (gennaio 1560), l'*Ordonnance* di Châteaubriant di Carlo IX (ottobre 1565) e la seconda *Ordonnance* di Blois di Enrico III (maggio 1579) insistono in particolare sul principio dell'impulso *ex officio*, sancendo l'obbligo per i *procureurs du roy* e per i giudici delle corti regie di promuovere e condurre *comunque* l'azione pubblica, anche in assenza di denuncia o di iniziativa della *partie civile*.

Non pare superfluo rammentare come risulti paradossalmente legata agli stessi contenuti dell'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts la sorte del suo autore, il cancelliere Guillaume Poyet. Accusato di peculato, concussione ed abuso di potere, incarcerato e spogliato di ogni carica, Poyet sperimenta infatti di persona la durezza della 'sua' legge e della 'sua' procedura nel corso di un lungo processo, conclusosi nel 1545 con la condanna alla pesantissima pena pecuniaria di centomila *livres*.

Capitolo 5

La *Constitutio Criminalis Carolina*

5.1. I precedenti della *Carolina*

Accennata l'esperienza francese, spostiamoci ora in area germanica. Mentre la monarchia francese si impadronisce delle forme procedurali affacciate sulle scene giudiziarie durante gli ultimi secoli del Medioevo e provvede a consolidarle, anche all'interno del composito panorama istituzionale del Sacro Romano Impero si sviluppa un movimento legislativo sotto molti aspetti analogo, destinato a sfociare nel 1532 nella promulgazione di uno dei massimi monumenti normativi nella storia del diritto e della procedura penale, la *Constitutio Criminalis Carolina*.

All'inizio del XVI secolo in Germania la riduzione dei poteri spettanti alla Corona imperiale e il processo di frammentazione politica che interessa da tempo il grande Impero mitteleuropeo ha ormai portato all'emersione di una molteplicità di grandi o piccole entità politiche autonome di carattere regionale o municipale. Formalmente soggette all'autorità imperiale ma sostanzialmente indipendenti, queste entità politiche si confrontano con il potere sovrano attraverso un complesso rapporto dialettico, nel cui ambito assumono particolare evidenza i problemi relativi all'amministrazione della giustizia penale. In effetti, ciascuna delle autonomie territoriali che compongono il mosaico germanico partecipa alle grandi trasformazioni che investono dal XIII secolo la giustizia penale, e in particolare le strutture procedurali. La resistenza delle tradizionali forme di giustizia di matrice germanica – pubbliche, comunitarie e accusatorie – durano all'interno dell'Impero forse un po' più a lungo, ma ben presto anche nei Paesi Tedeschi si manifestano consistenti irruzioni inquisitorie (segnatamente per le procedure avviabili *ex officio* nei casi di flagranza e di *crimen notorium* e per i comportamenti giudicati di maggiore gravità), e dal XV secolo la presenza dei nuovi indirizzi processuali è ormai indubitabile e massiccia.

Queste forme inquisitorie in parte si sviluppano *all'interno* della stessa prassi consuetudinaria germanica, in parte si ricollegano all'influsso operato dalle procedure delle corti ecclesiastiche e dalla dottrina (in particolare italiana) del diritto comune romano-canonico, avviato dal XV secolo – attraverso il noto fenomeno della Recezione (*Rezeption*) – a divenire il diritto comune di tutti i Paesi Tedeschi. Nel primo caso le procedure inquisitorie sono caratterizzate da una sorta di *deregulation*, che consente in ogni caso il ricorso alla tortura e riconosce ampi poteri discrezionali e d'iniziativa ai pubblici ufficiali incaricati dell'istruzione. In presenza di influssi romano-canonici, al contrario, le nuove strutture processuali si distinguono per una accentuata complessità

tecnica, ricorrono all'elemento della scrittura, e appaiono in buona sostanza meno inclini a favorire l'*arbitrium* dei giudici e l'incondizionata utilizzazione della tortura. In entrambi i casi si manifesta poi la tendenza a creare una magistratura professionale, chiamata ad agire in rapporto talora di collaborazione, talora conflittuale con gli scabini (*Schöffen*), giudici laici esperti in materia consuetudinaria, chiamati a operare collegialmente e custodi dell'antico principio germanico della partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia.

Si apre in tal modo una fase di transizione, segnata dal sorgere di una serie di gravi problemi nell'amministrazione della giustizia penale. Le incertezze nell'applicazione del sistema probatorio sono assai frequenti: si pensi al riguardo che, mentre le ordalie unilaterali scompaiono in Germania (dopo la condanna conciliare del 1215) nel XIII secolo, il duello giudiziario è attestato per i reati con effusione di sangue fino a tutto il XV secolo. Proteste si levano da ogni parte contro i poteri arbitrari riconosciuti ai pubblici ufficiali e contro gli abusi verificatisi nella pratica e connessi a tali poteri. Numerose perplessità sono dovute alle inadeguatezze culturali della classe giudiziaria, formata sulla pratica locale e molto spesso priva di una adeguata preparazione tecnica. Tutt'altro che sporadiche sono le sovrapposizioni tra le formule proprie della nuova procedura *ex officio* e le antiche metodologie. Pur se determinate da presupposti non sempre analoghi, anche in Germania si fanno dunque sempre più pressanti, sullo scorcio del Quattrocento, quelle esigenze di riordino della materia processuale che in Francia sono all'origine degli interventi sovrani di Blois e di Villers-Cotterêts.

Alla fine del XV secolo, richieste a tal fine vengono più volte avanzate e discusse pressoché a ogni riunione della Dieta imperiale (*Reichstag*), e segnatamente in quelle di Lindau (1496-97), Freiburg (1497-98) e Augsburg (1500). Le prime concrete risposte alla domanda di riforma della giustizia penale sono nondimeno di matrice locale, coerentemente con le peculiari forme di organizzazione istituzionale ormai assunte dal Sacro Romano Impero. Tali risposte comportano interventi legislativi di valore e portata diseguali, ma che spesso appaiono caratterizzati da contenuti non dissimili da quelli presenti nelle pressoché coeve *ordonnances* francesi.

5.1.1. La Wormser Reformation

Il più risalente tra questi interventi normativi è costituito dalla *Wormser Reformation* del 1498, parte di una più generale revisione del diritto municipale realizzata in sei libri a Worms, città libera imperiale. L'ultimo dei sei libri di questa raccolta è dedicato al diritto e alla procedura penale, e si segnala per la tendenza a introdurre – pur nel quadro di una struttura inquisitoria incentrata sull'iniziativa *ex officio*, sulla scrittura e su un sistema probatorio che prevede il ricorso alla tortura – una serie di limiti formali e di garanzie all'epoca raramente riscontrabili. Non estranea al tentativo di porre un freno alla discrezionalità del funzionario inquirente, la tendenza ora richiamata è chiaramente avvertibile laddove la legislazione in esame introduce un accurato sistema di valutazione degli indizi necessari alla tortura, e laddove prevede una distinzione tra questi ultimi e le prove necessarie alla condanna. Al rito *ex officio* viene contrapposta la

forma accusatoria di avvio del procedimento, ma quest'ultima risulta definita in termini talmente onerosi per la parte privata da rendere comunque preferibile il ricorso all'azione pubblica. Il dato da sottolineare è rappresentato dal fatto che la fonte precipua del legislatore della città di Worms in tema di processo penale è costituita dalla tradizione dottrinale italiana di matrice romano-canonica che, come sappiamo, trova il proprio punto di partenza nell'opera di Alberto da Gandino: da questo punto di vista la *Wormser Reformation* rappresenta dunque un capitolo non secondario della già ricordata vicenda relativa alla Recezione del diritto comune in Germania.

5.1.2. Le Ordinanze Criminali di Massimiliano I

La *Wormser Reformation* è seguita, in ordine cronologico, da due provvedimenti di diversa natura, noti sotto il nome di *Maximilianischen Halsgerichtsordnungen* (*Ordinanze Criminali Massimiliane*). Si tratta della *Tiroler Malefizordnung* (*Ordinanza Tirolese sui Malefici*), promulgata dall'imperatore Massimiliano I d'Asburgo nel 1499 per la Contea del Tirolo, e della successiva *Radolfzeller Halsgerichtsordnung* (*Ordinanza Criminale di Radolfzell*), promulgata dallo stesso sovrano nel 1506 allo scopo di estendere – con qualche lieve modifica – la vigenza della prima a tutti i domini della Casa d'Austria. Al contrario della legislazione della città di Worms, le *Ordnungen* di Massimiliano I rappresentano la più importante manifestazione a livello legislativo degli sviluppi della prassi inquisitoria svoltisi *internamente* alla tradizione germanica e in modo indipendente dagli sviluppi dottrinali di diritto comune. La massima discrezionalità attribuita ai funzionari pubblici è in questo caso accompagnata dal particolare ruolo affidato in materia probatoria agli scabini, che assistono alla tortura e con la loro testimonianza sono in grado di rendere irrevocabile e definitiva la confessione in tal modo ottenuta.

5.1.3. Le Ordinanze di Bamberg e del Brandenburg

Assai più importanti ai fini dei successivi sviluppi della legislazione processuale nei Paesi Tedeschi sono le due normative denominate *Bambergische Halsgerichtsordnung* (*Ordinanza Criminale di Bamberg*, in latino *Constitutio Criminalis Bambergensis*) e *Brandenburger Halsgerichtsordnung* (*Ordinanza Criminale del Brandenburg*, in latino *Constitutio Criminalis Brandenburgica*). La prima viene pubblicata nel 1507 dal principe vescovo di Bamberg; la seconda ripropone quasi alla lettera il testo di Bamberg e viene promulgata nel 1516 dal principe elettore del Brandenburg. Entrambe sono opera di Johann von Schwarzenberg (1463-1528), abile e versatile funzionario di palazzo che, pur conoscendo probabilmente solo di seconda mano le fonti della dottrina italiana romano-canonica, costruisce una struttura procedurale di indubbia sapienza mediando tra contenuti sostanziali dedotti da queste ultime e forme esteriori desunte dalla tradizione germanica. La *Bambergensis* in particolare si segnala per certe dichiarazioni di principio che contrastano con la sostanziale severità dei contenuti. Vi si trova ad esempio (art. 13)

la massima secondo la quale «ist besser den schuldigen ledig zulassen dass den unschuldigen zum tode zuverdampnen» («è meglio assolvere un colpevole che condannare a morte un innocente»), affermazione ricalcata da un noto passo del Digesto (Dig., 48, 19, 5, pr.: «satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari») attraverso la mediazione della dottrina tardomedievale italiana, particolarmente incline a enfatizzare siffatti consolanti principi. Ma il dato che maggiormente rileva è che la *Bambergensis* rappresenta, per usare un'espressione qualificativa particolarmente diffusa nella cultura giuridica tedesca, la *Madre della Constitutio Carolina* (*Mater Carolinae*; ovviamente, l'*Ordinanza del Brandenburg* è la *Soror Carolinae*). Essa si propone infatti come modello strutturale e contenutistico non solo per l'*Ordinanza di Brandenburg*, ma anche per la ben più famosa e importante *Constitutio Criminalis Carolina*, la grande normativa comune a tutto l'Impero che costituisce il punto di arrivo del processo di risistemazione legislativa della disciplina della procedura penale sviluppatosi in Germania all'inizio del XVI secolo.

5.2. La promulgazione della *Carolina*

La *Constitutio Criminalis Carolina* – o, più semplicemente, la *Carolina*¹ – rappresenta se non il più ragguardevole certo uno dei maggiori eventi nella storia della Recezione dei principi del diritto comune in Germania.

Destinata a costituire fin oltre il XVIII secolo la principale fonte del diritto penale sostanziale e processuale nei Paesi Tedeschi, la *Carolina* è promulgata dall'imperatore Carlo V d'Asburgo (che le trasmette il proprio nome) il 27 giugno 1532, a 35 anni dal primo riconoscimento ufficiale della necessità di una legislazione penale unica per tutto l'Impero (Dieta di Freiburg, 1497-98), e a un decennio dai primi progetti, realizzati sulla scorta della *Bambergensis* dopo la Dieta di Norimberga del 1521.

Decisiva per il felice esito di tale vicenda legislativa è l'inserzione nel testo della *Carolina* della cosiddetta *clausola di salvaguardia* (*salvatorische Clausel*, *clausula salvatoria*), che garantisce il rispetto delle pratiche, delle regole e degli usi locali. La clausola consente di superare le obiezioni – connaturate al particolarismo politico tipico della Germania tardomedievale e rinascimentale – sollevate da alcune tra le compagini territoriali autonome (principati, vescovati, città libere, ecc.) presenti nell'Impero, ben decise a non rinunciare alle rispettive consuetudini in materia penale.

La *salvatorische Clausel* consente altresì l'entrata in vigore di normative regionali parzialmente derogatorie rispetto alla disciplina comune dettata dalla *Carolina*. Tra queste spicca la *Hessische Halsgerichtsordnung in peinlichen Sachen* (in latino: *Constitutio Criminalis Assiaca*), pubblicata nel 1535 da Filippo il Magnanimo, landgravio d'Assia, e detta di conseguenza *Philippina*. Altre ordinanze complementari saranno pubblicate nel Palatinato (1582), ad Amburgo (1603) e in Baviera (1616).

¹ La denominazione ufficiale tedesca è *Kayser Karls des Fünften und des Heyligen Römischen Reichs Peinlich Gerichtsordnung*. Secondo il costume germanico, la *Carolina* viene sovente indicata con la sigla corrispondente all'intitolazione latina del testo, e cioè CCC.

5.2.1. *Un modello generale di procedura inquisitoria a matrice dottrinale*

La *Carolina* risulta sotto alcuni aspetti meno rigida rispetto alle contemporanee *ordonnances* francesi, che si preoccupano in primo luogo di delineare un procedimento rapido e funzionale mediante l'attribuzione di ampi poteri discrezionali a giudici e funzionari. La normativa tedesca risulta in effetti assai più vicina al modello, formalmente assai elaborato, proposto comunemente dalla tradizione dotta di matrice italiana, apre qualche spiraglio alla difesa, e si pone altresì in rapporto del tutto particolare con le leggi, le consuetudini e le pratiche vigenti nei singoli territori dell'Impero. In conseguenza della citata *clausola di salvaguardia*, infatti, la *Carolina* finisce per svolgere all'interno dell'Impero il ruolo di fonte di diritto comune sussidiario, che agisce in caso di assenza o di insufficienza della regolamentazione locale. Ciò non significa peraltro che essa non rivesta una funzione importante. Al contrario, tale funzione è di assoluta rilevanza, in quanto la *Carolina* opera – giova rammentarlo – in un sistema giurisprudenziale e dunque, oltre a presentare una indiscutibile superiorità tecnico-formale, fornisce un modello generale di procedura sempre e comunque percorribile. A questo ruolo di modello generale si ricollega del resto anche la particolare impostazione, quasi manualistica, del testo che (tradendo il proprio *imprinting* dottrinale) è attento a guidare il pratico tra i meandri di una procedura non sempre agevole da percorrere.

Anche nella *Carolina* il ricorso alle forme inquisitorie risulta pieno e definitivo ma, al contrario di quanto accade nel modello francese informato alla prassi delle corti regie, si caratterizza per il puntiglio con il quale viene elaborata la teoria degli indizi e costruito il sistema delle prove legali. È inoltre assente una figura analoga a quella del *procureur du roy* o dell'avvocato fiscale, diffusissima negli ordinamenti europei, ma presente solo sporadicamente nella storia giudiziaria tedesca di Antico Regime. Quanto ai poteri del privato, gli spazi che sono formalmente conservati all'iniziativa del singolo vengono in concreto annullati dal severo e continuo controllo esercitato al riguardo dal magistrato o dal funzionario pubblico. Tipica della *Carolina* appare altresì la scelta di conservare in taluni snodi della procedura gli apparati propri dell'antico rito germanico, utilizzandoli peraltro come mero contenitore formale di principi desunti dal diritto doto. In omaggio alla tradizione la *Carolina* presuppone altresì che il giudice togato sia affiancato, nei casi che comportino la pena capitale e nelle inquisizioni criminali che comportino il ricorso alla tortura, da un collegio di scabini.

5.2.2. *L'inquisizione*

Ma procediamo con ordine. Nella *Carolina* le norme di diritto penale sostanziale dedicate all'individuazione dei reati e delle relative pene interagiscono, come d'abitudine nei modelli legislativi e dottrinali dell'epoca, con quelle consacrate alla procedura. Queste ultime dedicano ancora un certo spazio alla disciplina dell'accusa privata, ma assegnano incontestabilmente il primo posto all'inquisizione, secondo schemi che presentano molti tra i tipici caratteri della procedura descritta nelle opere della coeva dottrina di diritto comune. Primo fra tutti l'elemento della scrittura, sottoposto a una accu-

ratissima disciplina (artt. 181-203), destinata in prospettiva a svolgere un ruolo fondamentale come strumento per fissare la nuova procedura, assicurarne la diffusione, e porre ulteriormente in crisi il tradizionale mondo della giustizia scabinale. Ogni atto del processo deve essere verbalizzato dal cancelliere sulla scorta delle numerose formule esemplificative offerte dalla stessa *Carolina*. Ogni verbale viene a sua volta raccolto nell'apposito fascicolo processuale. E il fascicolo processuale costituisce l'unica base sulla quale il giudice togato e gli scabini costruiscono la decisione finale.

Di regola il procedimento è avviato *ex officio*, ed è possibile procedere all'arresto dell'imputato semplicemente sulla base della comune reputazione o della pubblica fama. L'accusa privata è ammessa e ampiamente regolamentata ma, al contrario di quanto previsto dalla *Wormser Reformation*, essa viene incardinata nella procedura *ex officio* come 'preambolo legittimo' (per usare le parole di Giulio Claro) dell'inquisizione: la parte privata può continuare a rimanere attiva con un ruolo di supporto del pubblico funzionario, ma è quest'ultimo che assume il controllo su tutte le fasi procedurali successive alla presentazione dell'atto di accusa (artt. 6-17).

L'inquisizione (o processo informativo) è totalmente segreta, non prevede alcuna forma di difesa tecnica, e trova il proprio momento qualificante nell'accurata disciplina relativa ai mezzi di acquisizione e di valutazione della prova (artt. 18-77). Evidente appare l'opzione a favore della prova legale. Con una scelta che sarà fatta propria pochi anni dopo anche dall'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts, la *Carolina* privilegia la confessione e la prova testimoniale, mentre mostra una profonda diffidenza per le presunzioni e le prove indiziarie, sulle quali vieta espressamente di fondare la condanna (art. 22). La piena prova risulta dalla confessione o dal detto di «due o tre testimoni buoni e credibili» (artt. 65, 67). In difetto di piena prova si ricorre alla tortura.

5.2.3. Tortura e 'indizio sufficiente'

La complessa regolamentazione degli indizi richiesti per procedere all'esame sotto tortura (il testo usa l'espressione *redliche anzeygung*: 'sufficiente indizio') e delle condizioni per ratificare la confessione in tal modo ottenuta costituisce la parte della *Carolina* nella quale sono maggiormente evidenti gli effetti della recezione della dottrina italiana. Presupposti di tale regolamentazione sono il divieto di tortura in assenza di «indizi sufficienti» (art. 20),² e il principio secondo cui gli indizi richiesti per la tortura non sono comunque sufficienti per la condanna (art. 22).³ Gli indizi necessari alla tortura sono ricompresi in accurati elenchi non tassativi e suscettibili di estensione analogica (art. 24). Vengono in primo luogo considerati gli indizi remoti, tra i quali sono enumerati la reputazione, le abitudini, le amicizie, il fatto di trovarsi sulla strada che conduce al luogo del delitto, il fatto di presentare abiti o altri caratteri simili a quelli presentati

² La garanzia prevista dall'art. 20 della *Carolina* è di carattere generale: in assenza dei richiesti presupposti indiziarie la confessione sotto tortura e la conseguente condanna sono nulle, e in questo caso la violazione delle regole costituisce giusta causa di risarcimento per l'imputato.

³ Ad esempio, una sola testimonianza a carico costituisce una «semiprova» o «mezza prova», sufficiente per la tortura ma non per la condanna (artt. 23 e 30).

da chi è stato visto commettere il reato, e così via. La presenza di almeno due indizi remoti autorizza la tortura, ma in tal caso la decisione viene comunque rimessa alla prudente valutazione del giudice, che è invitato a tenere conto delle difese e delle giustificazioni addotte dall'imputato (art. 28). Seguono poi gli indizi prossimi, ognuno dei quali è considerato «sufficiente»; tra questi sono ricompresi, in via d'esempio, il ritrovamento sul luogo del delitto di una cosa di proprietà dell'imputato, la flagranza solo presunta, l'esistenza di una sola idonea testimonianza a carico, la denuncia di un complice, la confessione stragiudiziale (artt. 29-32). Vengono infine enumerati una serie di specifici indizi che autorizzano la tortura qualora si proceda per taluni determinati reati (quali ad esempio l'omicidio, l'avvelenamento, la rapina, il furto, la magia), a conferma della stretta relazione che all'epoca collega e sovrappone il diritto sostanziale a quello processuale. Specifico indizio che autorizza la tortura in un caso di avvelenamento è ad esempio il fatto che una persona in cattivi rapporti con la vittima si sia procurata sostanze velenose (art. 37).

La composita disciplina dell'«indizio sufficiente» è solo una delle formali salvaguardie con cui la *Carolina* circonda l'istituto della tortura. Essa infatti ne prevede altre in ordine alle modalità dell'esperimento e alla ratifica dei risultati. L'imputato deve essere «esortato» a indicare eventuali fatti giustificativi prima della tortura, e il giudice li deve accuratamente verificare, «poiché molti, per semplicità d'animo o per terrore, benché innocenti non sanno come procedere per giustificarsi» (art. 47). Il giudice controlla con apposite indagini i contenuti della confessione, che deve chiarire ogni minimo aspetto del fatto in modo che l'autoincriminazione abbia contenuti conclusivi (artt. 54-55). La confessione deve essere spontaneamente confermata almeno due giorni dopo la tortura (art. 56), fatto salvo il rinvio alla tortura per l'imputato che ritratti (art. 57). L'intensità della tortura e l'eventuale ripetizione della stessa devono essere commisurate al peso dei sospetti che gravano sull'imputato; ogni valutazione in proposito è rimessa alla discrezionalità del giudice, mentre la dovuta verbalizzazione non deve essere realizzata nel corso della tortura ma dopo la fine della stessa (art. 58). La *Carolina* giunge a prevedere una cautela garantista destinata a divenire patrimonio comune delle normative processuali solamente dopo secoli, e cioè il divieto per il giudice di ricorrere a domande suggestive (art. 56). Riesce a preoccuparsi di eventuali ferite o lesioni presenti sul corpo del torturato, che in questo caso dovrà soffrire il minor danno possibile (art. 59). Prescrive infine sanzioni per il giudice che abbia inflitto la tortura in violazione delle norme vigenti, e in tal caso riconosce all'imputato il diritto al risarcimento (art. 61).

Il catalogo è questo, e si tratta certo di un brillante catalogo di garanzie, che distingue la legislazione imperiale da analoghe coeve esperienze normative, a cominciare dalle *ordonnances* francesi, e la avvicina alle posizioni della migliore dottrina penalistica dell'epoca (alla quale del resto, come abbiamo visto, si ispira di frequente il legislatore imperiale). In effetti, la *Carolina* sembra essere la prima a non fidarsi pienamente della confessione sotto tortura che essa stessa prevede come chiave di volta del sistema, visto che la richiede come suggello formale anche nei casi di indubitabile e manifesta colpevolezza, a cominciare dalla flagranza (art. 16). Più volte nel testo si sottolinea come la confessione non debba semplicemente rappresentare una squallida e mera ammissione di colpa intesa a facilitare il lavoro del giudice *ne crimina remaneant impunita*,

ma debba costituire uno strumento per conoscere il fatto nei minimi dettagli, e cioè per conseguire la piena, assoluta, indiscutibile *verità*. Malauguratamente, anche nel caso della *Carolina* l'esperienza ha insegnato come tutti i menzionati strumenti di salvaguardia si siano sempre dimostrati impotenti a contrastare il vizio di base della tortura, del resto già pienamente riconosciuto dalla dottrina coeva maggiormente dotata di senso critico.⁴ La tortura resta infatti il mezzo ideale per verificare la capacità di un imputato a resistere al dolore più o meno intenso, più o meno prolungato, più o meno ripetuto. Ma è perfettamente neutra nei confronti della veridicità di quanto affermato da torturato, per il semplice motivo che essa costringe nello stesso modo tanto alla falsità quanto alla verità.

5.2.4. II *Rechtstag*

'Teatrale' e 'scenografico' sono probabilmente gli aggettivi adatti a descrivere la fase conclusiva del procedimento descritto nella *Carolina* (artt. 78-103). Il 'giudizio finale' (*entliche Rechtstag*) si svolge infatti in seduta pubblica e conserva gli elaborati formalismi e il complesso apparato del tradizionale rito germanico, ma si risolve in una mera rappresentazione in forma drammatica di quanto è stato altrove deciso. Su questo punto la *Carolina* è assai chiara: giudici e scabini si riuniscono in seduta segreta *prima* del *Rechtstag*, e decidono «fra di loro» la sentenza sulla base della lettura integrale e della discussione della documentazione scritta raccolta nel fascicolo processuale (art. 81).

A sentenza già scritta, il *Rechtstag* si apre al suono della campana nel luogo ove si amministra la giustizia punitiva (solitamente la *Marktplatz*, la piazza principale della città). Il giudice togato, che reca in mano il bastone o la spada sguainata simbolo della Giustizia, e il collegio scabinale giungono in solenne corteo e, assisi sui rispettivi scranni, introducono il giudizio pronunciando una serie di formule fisse. L'imputato viene introdotto accompagnato dalla non del tutto rassicurante figura del boia. Due 'oratori' (*Fürsprechen*), uno per l'accusa (che parla in nome del sovrano o, se esiste, dell'accusatore privato), l'altro per la difesa, pronunciano brevi discorsi preconfezionati dalla stessa *Carolina* (artt. 89-91) per chiedere rispettivamente l'irrogazione della pena o l'assoluzione. Poi il giudice e gli scabini fingono, in buona sostanza, di deliberare per iscritto la sentenza già decisa *prima* del *Rechtstag*, e la consegnano al cancelliere perché la legga ad alta voce. Al termine il giudice togato scioglie l'assemblea e, in caso di sentenza capitale, consegna il condannato al boia per l'immediata esecuzione.

Niente più che una cerimonia rituale, dunque. Una cerimonia conservata per rispondere alle aspettative della gente comune e per deferenza verso l'antico costume, ma svuotata di ogni sostanza per impedire che l'incompetenza tecnica degli scabini possa pregiudicare gli esiti dell'inquisizione condotta dal giudice togato. L'autentico momento deliberativo è ora collocato nella fase formalmente preliminare del procedimento, dai

⁴ Citiamo in via d'esempio il caso della *Praxis rerum criminalium*, pubblicata da Joost Damhouder nel 1554 (e sulla quale torneremo in seguito), nella quale si osserva (cap. XXXIX, 44) che sotto «sufficiente coercizione» anche gli innocenti possono arrendersi «al dolore e al tormento e confessare cose che non hanno mai fatto».

contenuti sostanzialmente conformi ai dettami del modello romano-canonico, mentre l'antica e pubblica procedura decisoria è ormai divenuta semplice rito e *routine*.

5.2.5. *L'Actenversendung*

Vi è un ultimo istituto disciplinato dalla *Carolina* che merita di essere accennato, in quanto si risolve in un contributo indubbiamente originale e di lunga durata allo sviluppo delle istituzioni giudiziarie in Germania. Si tratta della rimessione degli atti del giudizio alla competente corte superiore, o alla più vicina facoltà giuridica, in caso di persistenti dubbi del giudice in ordine a taluni momenti chiave del procedimento, quali il ricorso alla tortura, la valutazione della prova legale o la deliberazione circa la colpevolezza dell'imputato. Questa rimessione, che a livello dottrinale assumerà la denominazione tecnica di 'rimessione degli atti' (*Actenversendung*) è prevista da numerose norme specifiche⁵ ed è ripresa come rimedio generale dall'art. 219, l'ultimo della *Carolina*.

Si tratta di una scelta gravida di conseguenze, poiché l'*Actenversendung*, destinata a radicarsi profondamente nel costume giudiziario tedesco, segna nel contempo una svolta nella Recezione e la crisi per molti aspetti definitiva della tradizionale giustizia scabinale. Essa infatti non solo stabilisce un meccanismo di controllo indipendente dall'iniziativa delle parti, ma contribuisce altresì a sviluppare ulteriormente alcuni caratteri romano-canonici della nuova procedura, quali il tecnicismo, la lunga durata e il ricorso sistematico alla scrittura, coinvolgendo nell'amministrazione della giustizia i centri di studio del diritto dotto, e cioè quelle che diventeranno ben presto vere e proprie 'facoltà giurisdicenti' (*Spruchfakultäten*), e anticipando il carattere teorico di 'diritto dei professori' (*Professorenrecht*) che sarà tipico dell'esperienza giuridica tedesca in età moderna.

⁵ Ad esempio in caso di dubbio sulla sufficienza degli indizi *ad torturam* (art. 7) o di incertezza sulla sentenza (art. 81).

Capitolo 6

Il consolidamento normativo del modello inquisitorio nel resto d'Europa e in Italia

6.1. Le ulteriori esperienze europee

Nel corso del XVI secolo il consolidamento normativo delle forme procedurali inquisitorie non si limita alla Francia e alla Germania ma in realtà si manifesta a livello continentale, anche laddove le correnti dottrinali romano-canoniche giungono con minore intensità. In ordine a tale fenomeno, conviene dapprima accennare ad alcuni contesti europei particolarmente significativi per poi considerare quanto avvenuto a livello legislativo nella culla del modello dottrinale inquisitorio, e cioè in Italia.

6.1.1. L'Inghilterra

In Inghilterra lo sviluppo di modelli processuali accusatori decisamente alternativi a quelli affermatasi sul continente non impedisce, nel corso del Cinquecento, la realizzazione di taluni interventi normativi non privi di influssi di natura inquisitoria volti a incidere in maniera non superficiale sull'amministrazione della giustizia penale. L'esempio più significativo al proposito è offerto dai due *Marian Statutes*, promulgati nel 1554 e nel 1555 dalla regina Maria Tudor. Si tratta di provvedimenti che disciplinano l'attività di *public prosecution* dei giudici di pace, ai quali viene imposto un preciso dovere di verbalizzazione degli atti giudiziari. In tal modo nella procedura accusatoria tipicamente inglese basata sulla giuria popolare (*Trial by Jury*) viene iniettato l'elemento di carattere inquisitorio della scrittura.

Sempre con riferimento al XVI secolo è opportuno rammentare la nascita in Inghilterra di alcune corti di prerogativa regia (Prerogative Courts) che applicano procedure inquisitorie del tutto analoghe a quelle continentali e ispirate in particolare al modello canonistico. La più nota tra queste è la Corte della Camera Stellata (Star Chamber), utilizzata in particolare nel maturo Cinquecento e all'inizio del Seicento per reprimere il dissenso politico, mentre per colpire il dissenso religioso viene istituita la *Court of High Commission*. Entrambe le corti vengono definitivamente abolite nel 1640 nel quadro delle lotte costituzionali che nel corso del XVII secolo oppongono la Corona al Parlamento.

6.1.2. La Spagna

In Spagna istituti processuali di natura inquisitoria (di matrice in particolare canonistica) erano già presenti nella *Ley de las Siete Partidas*, realizzata nel 1265 da Alfonso X il Saggio per il Regno di Castiglia. Successivamente, il modulo inquisitorio si era largamente diffuso sia per una autonoma evoluzione della prassi delle corti sia grazie alla recezione delle dottrine di diritto comune. Per l'epoca che ci interessa, devono essere segnalati due testi di particolare rilevanza: l'ordinanza del 1521 per il Regno d'Aragona, visibilmente ispirata ai principi inquisitori del processo romano-canonico, e per il Regno di Spagna la *Nueva Recopilación de las Leyes*, poderosa consolidazione-raccolta promulgata da Filippo II nel 1567, che riprende la disciplina inquisitoria già delineatasi a partire dalla *Ley de las Siete Partidas* e vi aggiunge la nuova regolamentazione (contenuta nel titolo XIII del Secondo Libro) dell'attività dei «procuratores fiscales», comparsi sull'orizzonte giudiziario iberico nella prima metà del XV secolo.

6.1.3. I Paesi Bassi

Di notevole interesse è il caso dei Paesi Bassi spagnoli, ai quali il 5 e il 9 luglio 1570 il Duca d'Alba – il «duca di ferro» – impone, in nome del sovrano Filippo II, l'entrata in vigore di due *Ordonnances Criminelles/Criminele Ordonnantien*, redatte sia in francese che in neerlandese-fiammingo. La prima, l'*Ordonnance sur le fait de la justice criminelle/Ordonnantie op het stuk der criminele justitie*, è dedicata al diritto penale sostanziale, e cioè al sistema dei reati e delle pene. La seconda regola la procedura penale; si intitola *Ordonnance sur le fait du stile général aux procédures des causes criminelles/Ordonnantie op den stijl van procedeeeren in crimineele zaken*, ed è nota con il nome di *Stil* o *Style Criminele*. Lo *Style Criminele* presenta tutti i caratteri peculiari del modulo inquisitorio di diritto comune. Non a caso vi ha messo mano un giurista accademico, Viglius van Aytta, romanista di qualità, assistito da Joost Damhouder, criminalista dalle grandi fortune editoriali che – come vedremo – nel 1554 aveva pubblicato la *Praxis Rerum Criminalium* di Philip Wielant. La procedura è rigidamente scritta e segreta, accoglie il sistema della prova legale, attribuisce una funzione decisiva alla confessione e conseguentemente alla tortura, prevede l'intervento del procuratore fiscale.

Le due *Ordonnantien* si inquadrano nel fallito tentativo di pacificazione della regione, lacerata da profondi contrasti di natura politica e confessionale. Esse aboliscono gran parte dei privilegi locali in materia penale e, grazie anche a taluni contenuti giudicati particolarmente iniqui e vessatori nei confronti della popolazione, finiscono per fornire ulteriori motivazioni al vasto movimento insurrezionale che da anni scuote i Paesi Bassi spagnoli. Fallita la repressione, le *Ordonnantien* vengono infine sospese in seguito alla pace di Gand dell'8 novembre 1576. Ciò nonostante, per oltre due secoli lo *Style Criminele* continua a rappresentare la normativa di riferimento per le corti di giustizia fiamminghe e olandesi, a ulteriore conferma dell'ormai generalizzata accettazione delle forme inquisitorie, che anche nei Paesi Bassi si erano venute insediando fin dal XIV

secolo, e dunque ben prima della promulgazione delle *Ordonnantien*. E le poche modifiche che vengono apportate al testo del 1570 non fanno che accentuarne il rigore. È il caso del ricorso alla tortura anche quando la responsabilità sia manifesta, esplicitamente vietato dallo *Style Criminele*, ma ben presto reintrodotta dalla pratica giudiziaria fiamminga.

6.2. La situazione italiana

Il fervore legislativo che, enfatizzando l'intervento statale nella repressione criminale, interessa tutta l'Europa cinquecentesca contribuisce a sottolineare per contrasto alcune singolarità della situazione italiana.

Segnata sul piano politico dalla frammentazione e dalla relativa debolezza degli apparati pubblici, la penisola è infatti caratterizzata sul piano giuridico da una accentuata autonomia del ceto giudiziario-forense, dal ruolo cardinale della produzione dottrinale, e dalla presenza di una risalente legislazione statutaria e municipale capillarmente diffusa. Abbiamo già più volte accennato alla posizione di avanguardia assunta dalla dottrina italiana di diritto comune nella fissazione dei dogmi e delle tecniche del procedimento inquisitorio. La legislazione statutaria, dal canto suo, pur avendo ormai esaurito all'inizio del XVI secolo la fase di maggiore dinamicità creativa, ha già da tempo – e precisamente dal XIII e ancor più dal XIV secolo – disegnato sul territorio una fitta ragnatela di microsistemi procedurali fondati sul modulo inquisitorio: «communiter in Italia vigent statuta – scrive, come abbiamo visto, Egidio Bossi nella prima metà del Cinquecento – quod omni casu officiales possint inquirere».

I peculiari caratteri testé segnalati non impediscono peraltro che anche nella penisola si manifesti, pur se in misura inferiore e con esiti meno rilevanti, il movimento normativo che interessa il resto del continente.

6.3. Le *Constitutiones Domini Mediolanensis* (1541)

Esemplari al proposito sono le *Nuove Costituzioni* dello Stato di Milano (*Constitutiones Domini Mediolanensis*), testo legislativo di portata generale entrato in vigore nella Lombardia spagnola nel 1541.¹ Pressoché coeve tanto alla *Carolina* quanto all'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts e destinate a rimanere in vigore fino alla fine del XVIII secolo, le Nuove Costituzioni intervengono sulla materia del processo penale mediante un mosaico di regole settoriali² che presuppongono l'esistenza delle varie normative municipali di origine statutaria e l'ormai comune accettazione dei moduli

¹ Le *Nuove Costituzioni* vengono elaborate da una commissione chiamata dall'ultimo duce di Milano, Francesco II Sforza (1521-1535) a riordinare la legislazione di età visconteo sforzesca, e sono portate a termine quando Carlo V acquista il Milanese dopo l'estinzione degli Sforza. Tra i membri della commissione figura, come già ricordato, Egidio Bossi.

² Concentrate per lo più nel titolo *De advocatis et syndicis fiscalibus* del Primo Libro e nei titoli *De accusationibus et denuntiationibus* e *De poenis* del Quarto Libro.

inquisitori. I punti qualificanti della disciplina – che trova la propria giustificazione nell'esplicito richiamo all'ormai tralazio principio «ne crimina remaneant impunita»³ – sono individuabili nell'ordinarietà del procedimento *ex officio*, nella particolare visibilità dell'avvocatura fiscale, e nel ruolo di cardine del sistema attribuito al Senato di Milano.

Il procedimento viene avviato *ex officio* dal giudice e ha ordinariamente come presupposto (*praeambulum*, avrebbe detto Claro) l'accusa o la querela della parte lesa ovvero la denuncia di un pubblico ufficiale. La denuncia è obbligatoria per i reati di maggiore gravità, e spetta in particolare agli anziani eletti nelle parrocchie e ai consoli delle comunità locali. Una volta avviato, il procedimento deve essere condotto e definito secondo le forme prescritte dalle singole legislazioni statutarie e comunque in tempi assai ristretti. In tutte le cause criminali la partecipazione dell'avvocato fiscale è espressamente richiesta a pena di nullità, onde garantire la tutela degli interessi pubblici e, ovviamente, la condanna dei colpevoli («ne condemnandi absolvantur»). Le Nuove Costituzioni non impongono espressamente all'avvocato fiscale l'*onus accusandi*, che spetta ai consoli e agli anziani; egli deve piuttosto collaborare alla formazione dell'inquisizione non solo mediante la presentazione di istanze, voti e conclusioni, ma anche assistendo il giudice nella cattura e detenzione dell'imputato, intervenendo all'esame dei testimoni, e partecipando all'assunzione del materiale probatorio. L'avvocato fiscale deve altresì sottoscrivere (annotando il proprio eventuale dissenso) la relazione con la quale il giudice è chiamato a trasmettere al Senato, per la decisione finale, le cause istruite in sede locale nei casi che si possono concludere con l'irrogazione della pena di morte, di mutilazione di un arto, o di confisca dei beni.

Quest'ultima previsione comporta la riserva alla competenza senatoria di tutti i più importanti processi penali, e indica dunque il ruolo di assoluta centralità ormai assunto dal supremo organismo giurisdizionale dello Stato, in piena assonanza con una linea tendenziale presente in tutta Europa. L'incidenza delle competenze senatorie nell'amministrazione della giustizia penale è inoltre accentuata dal fatto che le *Constitutiones* vietano bensì l'appello e ogni altra forma di impugnazione *in criminalibus*, ma lasciano sempre aperta la via del ricorso al Senato, che provvede caso per caso («secundum qualitatem casuum») ricorrendo a poteri in buona sostanza arbitrari.

Nelle *Nuove Costituzioni* la disciplina relativa all'avvio del procedimento e alle funzioni dell'avvocatura fiscale e del Senato risulta particolarmente curata (anche perché riguarda ambiti scarsamente presenti nelle preesistenti norme statutarie). Altrettanto non si può dire per la regolamentazione di altri caratteri propri del modulo inquisitorio che, come accennato, dal legislatore del 1541 vengono dati per scontati e abbandonati alla disciplina degli statuti municipali. È il caso della segretezza, alla quale si fa riferimento quando si impone all'avvocato fiscale il dovere di non proparare adempimenti, atti e documenti pertinenti al processo. Analogo è il discorso relativo all'elemento della scrittura, che affiora ogniqualvolta si menzionino i doveri di verbalizzazione e di sottoscrizione degli atti imposti a giudici e funzionari. Per quanto riguarda poi la materia probatoria, vi è un'indubbia attenzione per le regole relative all'assunzione della prova

³ La nota formula è impiegata nell'esordio del titolo *De accusationibus et denuntiationibus* del Quarto Libro, capitolo *Ratione et usu*.

testimoniale, ma le *Nuove Costituzioni* accennano solo indirettamente alla tortura, lasciando peraltro intendere che si tratta di rimedio del tutto pertinente all'ordinaria amministrazione della giustizia.

In un panorama caratterizzato dalla preminenza delle istanze repressive e da una evidente sproporzione di poteri e diritti tra pubblica autorità e individuo, qualche scrupolo garantista affiora nel precetto che limita la carcerazione preventiva ai casi punibili con pena afflittiva corporale, e nelle norme che, definendo inammissibili le denunce anonime, dichiarano nulli («nullius valoris, et momenti») i procedimenti basati su queste «delationes criminum». Non è escluso che in questi casi i redattori delle *Nuove Costituzioni* abbiano voluto porre un freno a particolari abusi riscontrati nella prassi giudiziaria.

6.4. Il *Libro Quarto dei Novi Ordini* di Emanuele Filiberto di Savoia (1565)

Accanto alle *Constitutiones Domini Mediolanensis* del 1541, un secondo notevole esempio della diffusione in Italia del movimento normativo volto a fissare a livello statale gli assetti definitivi delle forme procedurali inquisitorie è offerto dalla legislazione emanata da Emanuele Filiberto di Savoia per i domini della casa di Savoia, e in particolare dal *Libro Quarto dei Novi Ordini*, promulgato nel 1565 con il titolo *Delle cause criminali, et il modo di proceder in esse*.

Il *Libro Quarto dei Novi Ordini* si inquadra in un'ampia riforma politico-istituzionale voluta dal duca, rientrato nei suoi domini dopo un quarto di secolo di occupazione francese (1536-1559). Durante tale periodo tanto in Savoia quanto in Piemonte nell'amministrazione della giustizia penale erano state comunemente utilizzate – nel loro testo originale o in versione latina – le *ordonnances* regie francesi, tra le quali la stessa *Ordonnance* di Villers-Cotterêts. Di particolare importanza era stata, durante questa fase critica, la nascita dei due tribunali supremi, i Parlamenti di Torino e di Chambéry, che gli occupanti avevano creato sul modello dei *Parlements* francesi, innestandoli su preesistenti organi consultivi ducali.

Emanuele Filiberto sa fare tesoro delle innovazioni giudiziarie e procedurali introdotte dai Francesi. Mantiene e anzi trasforma in Senati i Parlamenti di Torino e di Chambéry, promulga nel 1561 i *Novi Ordini* in materia civile, e aggiunge a questi, nel 1565, i *Novi Ordini* in materia criminale, destinati a rimanere a lungo alla base della procedura negli Stati sabaudi (e i cui contenuti confluiranno, almeno in parte, nelle *Leggi e Costituzioni* di Vittorio Amedeo II del 1723). Il modello francese è presente sullo sfondo di questa azione di riforma, e si manifesta in primo luogo nella scelta di utilizzare la lingua volgare nella redazione dei testi legislativi, e nella norma degli *Ordini* civili del 1561 che, analogamente a quanto disposto dall'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts, prescrive l'uso dell'italiano (o del francese nei territori «di là de' monti») in luogo del latino tanto negli atti processuali quanto nella documentazione notarile.

Destinati a «porre forma et ordine al proceder de le cause criminali», i *Novi Ordini* del 1565 operano in un rapporto di complementarità rispetto al diritto comune,⁴ e tradiscono una impostazione manualistica nel contempo espositiva e sistematica, simile per certi versi a quella riscontrabile nella *Constitutio Criminalis Carolina*. La riforma di Emanuele Filiberto attribuisce la giurisdizione penale alle corti ordinarie ducali stabilite in materia civile, fatte salve le competenze delle giudicature feudali, privilegiate o statutarie. Il giudice che si dimostri lento o negligente viene punito, e in tal caso la cognizione passa alla corte superiore. Come in Francia (ma il dato è riscontrabile anche nelle *Nuove Costituzioni* milanesi), un ruolo di primo piano è assegnato ai procuratori (o avvocati) fiscali, che erano già comparsi nei domini sabaudi all'inizio del Quattrocento durante il regno di Amedeo VIII, e i cui compiti vengono ora ulteriormente precisati e razionalizzati. Presso ogni corte viene infatti istituito un ufficio fiscale che, oltre a promuovere l'inquisizione per tutti i reati, partecipa all'esame degli imputati e dei testimoni, replica alle difese, e presenta al giudice le proprie conclusioni.

L'inquisizione costituisce l'asse portante di tutto il procedimento e viene iniziata *ex officio* dal giudice non appena avuta notizia del reato. Tutto si svolge nel pieno rispetto dei principi della segretezza e della scrittura, secondo l'ormai consueta impostazione volta al conseguimento della prova regina, la confessione, passando se necessario attraverso la tortura. Gli imputati detenuti vengono sottoposti a un primo interrogatorio alla presenza del fiscale entro ventiquattro ore dall'arresto, e vengono – con spirito pratico – esonerati dal prestare giuramento «poiché verisimilmente si può giudicare che essi per salvar la vita et l'honore non si faranno coscienza di negar il vero et giurar il falso».⁵ Il ricorso alla tortura è deliberato con decisione che – analogamente a quanto previsto dall'art. 163 dell'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts – può essere impugnata davanti al «giudice dell'apelatione o vero al Senato». In caso di mancata confessione, i testimoni possono essere nuovamente sentiti alla presenza dell'imputato qualora il giudice lo ritenga necessario per scoprire la verità.

Compiuta l'inquisizione, una copia delle deposizioni testimoniali viene consegnata all'imputato, che ha dieci giorni di tempo (cinque se reo confesso) per presentare le proprie difese anche per mezzo di un «procurator o altro defensore deputato». La fase deliberativa è ridotta al minimo indispensabile e si fonda sulla documentazione contenuta nel fascicolo processuale. La sentenza è appellabile. Il fiscale può impugnare l'assoluzione presso il Senato nei casi punibili con pena di morte, mutilazione di un arto, fustigazione o altra pena corporale. Il condannato può a sua volta appellare per gradi, ovvero adire direttamente il Senato, salvo che si tratti di suddito di un feudatario dotato della cognizione di secondo grado. Allo stesso Senato è attribuita la facoltà di avocare e decidere direttamente le cause criminali relative ai delitti pubblici punibili con pena corporale o pecuniaria di notevole entità. Queste ultime prescrizioni fanno chiaramente com-

⁴ I giudici procedono infatti «secondo la disposizione delle Leggi comuni, salvo nelle parti che fossero vietate, corrette, aumentate e ristrette per gli Ordini seguenti».

⁵ In verità la regola – che riguarda gli imputati «incarcerati» e chiunque altro «a cui venga apposto alcun delitto» – non è contenuta negli *Ordini* criminali del 1565 ma viene per così dire 'anticipata' nel *Libro Terzo dei Novi Ordini*, promulgato nel 1561 e consacrato alla regolamentazione del processo civile. La norma relativa all'esenzione dal giuramento «nelle cause criminali» è contenuta nel capitolo [25], *Del giuramento*.

prendere come anche negli Stati della Casa di Savoia la suprema magistratura senatoria – in linea con quanto accade nel resto d'Europa – svolga ormai una funzione di primo piano nei processi penali sia come giurisdizione di ultima istanza sia, nei casi di maggiore gravità, come organo chiamato a realizzare un unico grado di giudizio.

Nei *Novi Ordini* la rigidità della procedura e la particolare severità delle pene trovano qualche temperamento nelle norme che, accogliendo consolidati principi dottrinali: a) escludono, nei casi di minore gravità, l'arresto e la detenzione preventiva dei presunti colpevoli; b) condizionano tali provvedimenti, negli altri casi, alla presenza di sufficienti indizi; c) incanalano il ricorso alla tortura entro rigidi schemi formali tendenti a prevenire per quanto possibile la commissione di abusi.

6.5. Giustizia penale e Stato moderno

In via di estrema sintesi, possiamo affermare che le esperienze legislative cinquecentesche costituiscono uno snodo fondamentale nel processo di assunzione di una piena ed esclusiva competenza in materia penale da parte dello Stato moderno, nel momento in cui esso inizia faticosamente a muoversi lungo un itinerario di modernizzazione e di ricostruzione dell'ordinamento destinato a sfociare in un edificio dotato di solide fondamenta e di razionali architetture. Tale competenza si manifesta innanzitutto nella definizione normativa della materia processuale, mediante la fissazione di principi e istituti inquisitori già emersi nella prassi e ormai in via di compiuta elaborazione sotto il profilo tecnico e dogmatico a opera della dottrina di diritto comune. In effetti, nell'ambito dell'itinerario testé accennato indispensabile si presenta l'assunzione di un pieno controllo – e dunque di una piena titolarità – della giustizia penale, sentita come decisiva per il buon funzionamento della cosa pubblica, per la conservazione della pace interna e della civile convivenza, e in primo luogo per la sorveglianza – e qui le motivazioni politiche non mancano – sui singoli e sulle strutture sociali.

Il canale attraverso il quale si realizza il controllo della giustizia penale è rappresentato in primo luogo della creazione di opportune strutture giudiziarie e processuali, in quanto queste strutture sono quelle che meglio garantiscono l'efficienza del sistema e l'effettività del predominio. Alla creazione di strutture processuali nuove si accompagna poi la massiccia statualizzazione di strutture processuali già esistenti o in via di affermazione. Ci riferiamo in particolare ai moduli procedurali che già dal XIII secolo appaiono informati a principi e criteri inquisitori. Si tratta di principi e criteri che appaiono particolarmente consoni anche ideologicamente a coloro che si impegnano nella riorganizzazione dell'ordinamento su basi assolutiste. E se nella Germania della Recezione il processo di statualizzazione si rivolge principalmente agli esiti dottrinali italiani, in Francia l'influenza dottrinale non manca, ma qui vengono privilegiati gli esiti della prassi giudiziaria, corretti e adattati alle esigenze di accertamento della nascente monarchia assoluta. In ogni caso, le istituzioni statali insistono in modo particolare sulle forme di natura inquisitoria, in un processo di mutuo sviluppo e di reciproco rafforzamento tra le prime e le seconde del quale i testi normativi richiamati in precedenza sono indubitabile testimonianza. Da questo punto di vista, si può ben affermare che la

storia del modello inquisitorio è anche la storia dell'intervento dello Stato nel processo penale, che non inizia certo nel XVI secolo, ma che in tale periodo sembra assumere i contorni della piena ordinarietà.

Strettamente collegato all'intervento sulla disciplina processuale è poi il sorgere di apparati giurisdizionali in grado di concorrere al raggiungimento dei medesimi fini. Ci riferiamo alle strutture di indagine e giudizio che, nel periodo considerato, nascono come strumenti di salvaguardia del sistema, o che tali divengono nel tempo. Queste strutture sono fondamentalmente rappresentate da un lato dai grandi tribunali, dai senati, dai parlamenti, in una parola dalle corti centrali degli Stati europei grandi e piccoli, dall'altro da quell'organo che abbiamo visto affermarsi quasi dappertutto nel continente proprio nell'epoca considerata, e che viene variamente denominato procuratore regio, procuratore fiscale, avvocato fiscale. Il compito di tale organo, che appare essenziale per i delicati equilibri che si vanno lentamente costituendo nel cammino di fissazione dei nuovi ordinamenti di stampo assolutistico, è quello di garantire le prerogative e gli interessi di un sovrano che tende sempre più a perdere la propria identità personale e a trasformarsi in simbolo dello Stato.

Capitolo 7

Prassi e tradizione dottrinale in Italia dal XVI al XVIII secolo

7.1. Il primato della prassi

Tra la fine del XVI secolo e la prima metà del XVIII la dottrina processualpenalistica italiana è segnata, in particolare in ordine al rapporto tra accusa e inquisizione, da una sorta di sdoppiamento che la vede in bilico tra una stanca e ripetitiva riproposizione dei pur brillanti risultati giurisprudenziali raggiunti nel corso del Cinquecento e un'attenzione minuta e casistica per il dato pratico, di estremo interesse come testimonianza della contrastata realtà giudiziaria, ma ben raramente in grado di volgersi a costruzioni di ampio respiro.

Il predominio delle forme inquisitorie, definitivamente sanzionate anche nelle legislazioni locali e statali, si collega dunque, in questo periodo, a un distacco tra teoria e prassi del diritto – e in particolare tra astratti schemi legalistici ed effettivi modelli procedurali – che contribuisce ad affievolire la presenza dei residui elementi garantisti nell'amministrazione della giustizia penale. Si assiste infatti a fenomeni quali l'ulteriore incremento dei poteri arbitrari dei giudici e la diffusione delle denunce segrete e delle delazioni, il cui rigoroso divieto cade progressivamente in desuetudine.

A tale situazione – cui non è estranea l'affermazione della concezione assolutista dello Stato, che autorizza i poteri pubblici a intervenire con qualsiasi mezzo repressivo per garantire e tutelare l'ordine sociale minacciato – si accompagna e consegue una sostanziale sclerotizzazione del dibattito relativo alla forma del processo. E questo adattarsi, da parte di non pochi giuristi, sugli esiti consolidati, provoca, a livello di produzione dottrinale, un duplice risultato.

Da un lato, infatti, vengono date alle stampe trattazioni spesso ambiziose sul piano teorico ma di frequente più casistiche che originali, che illustrano la materia secondo schemi generali ereditati da una tradizione risalente a Guillaume Durand e ad Alberto da Gandino. In queste opere le questioni relative al modello accusatorio, sostanzialmente ignorato nella pratica penale, vengono riprese in modo quasi tratteggio e finiscono con l'assumere la stessa rilevanza formale di quelle relative al rito inquisitorio, cui non di rado continua a essere attribuita la natura di rimedio straordinario.

Dall'altro lato, si intensifica – come abbiamo già accennato – una produzione dagli intenti squisitamente pratici e spesso priva di particolari aspirazioni scientifiche, cui appartengono opere di taglio manualistico che si preoccupano sia di sintetizzare i problemi che di fornire precise indicazioni operative a giudici e avvocati. Si crea in tal

modo, accanto a una vasta attività editoriale, anche un'ampia circolazione di meno ambiziose ma assai consultate *Pratiche* manoscritte, redatte sempre più di frequente in lingua volgare. Tali lavori si risolvono talora in veri e propri prontuari, intesi a delineare – tra spirito casistico e volontà di semplificazione – lo svolgimento del processo penale inquisitorio, spesso con particolare attenzione alle specificità da questo assunte nei vari ambiti territoriali.

7.2. Il processo penale delle *Pratiche*: una procedura ad assetto variabile

Fatti salvi gli specifici 'stili di curia' affermatasi a livello locale, la prassi di quello che è stato denominato il «processo delle *Pratiche*»¹ presenta – specialmente nella fase più matura dell'evoluzione del sistema – uno schema di fondo abbastanza costante e ripetitivo, non dissimile del resto da quello seguito in tutto il resto dell'Europa continentale. L'illustrazione di tale schema non può peraltro non tenere conto del fatto che, lungi dall'essere costituito da una rigida e fissa progressione di adempimenti, il processo penale di Antico Regime è essenzialmente (come abbiamo già avvertito) un processo 'modulabile' nell'iter e negli esiti (lo si potrebbe appunto definire un processo 'ad assetto variabile'). Esso cioè: a) consente al giudice di modificare, dati certi presupposti ed entro certi limiti, l'ordine seriale della procedura; b) gli consente, in occasione di determinati snodi, di imprimere alla procedura direzioni diverse; c) gli mette a disposizione un articolato ventaglio di modalità – non limitato alla condanna o all'assoluzione – per 'uscire', anche provvisoriamente, dal processo (*poena extraordinaria*, *absolutio ab instantia* o *rebus sic stantibus*; *amplius cognoscendum*, *bannum*, rilascio *cum cautione* o *cum fideiussione*, ecc.). Evidentemente, l'insieme di questi caratteri presuppone l'attribuzione al giudice di notevoli poteri discrezionali.

Senza soffermarci sulle varie forme di procedure sommarie o sommarissime (adottabili ad esempio nei casi di flagranza, di *crimen notorium*, di contumacia, di *crimen atrocissimum*), lo schema base 'ordinario' del processo descritto dalle *Pratiche* si articola in almeno sette momenti: a) l'avvio del procedimento; b) l'*inquisitio generalis*; c) l'*inquisitio specialis*; d) la *repetitio testium* e la *legitimatio processus*; e) la *publicatio processus*; f) il processo difensivo; g) la decisione della causa.

a) L'avvio del procedimento. Il giudice avvia il procedimento *ex officio* quando riceve la notizia della commissione di un reato. Ordinariamente, la notizia di reato gli perviene attraverso una querela o denuncia della parte lesa, una denuncia di un privato, una denuncia (o relazione, o rapporto, o informativa) di un pubblico ufficiale (di regola il bargello o altro – per usare una terminologia moderna – funzionario di polizia), ovvero su impulso di un *istigator inquisitionis* quale ad esempio l'avvocato fiscale. Per avviare il procedimento è peraltro sufficiente, come abbiamo visto, anche la semplice *publica vox et fama*, mentre in progresso di tempo assumono rilevanza, come accennato, anche le delazioni anonime (imputate per esempio a non meglio definiti *amici curiae*).

¹ Sbriccoli, *Giustizia criminale*, p. 199.

b) L'*inquisitio generalis*. Ricevuta la *notitia criminis*, il giudice apre il fascicolo del 'processo informativo', nel quale viene raccolta la documentazione del procedimento e in particolare la verbalizzazione (opera del notaio criminale) di tutti gli adempimenti svolti, e avvia l'inquisizione generale, volta a) ad accertare l'effettiva commissione del reato (il *corpus delicti* nei reati di fatto permanente è formalizzato mediante sopralluoghi e perizie, negli altri casi attraverso testimonianze o per indizi e congetture), e b) ad assumere le prime informazioni sullo stesso e sul suo eventuale autore. In questa fase il giudice deve procedere ad acquisizioni generiche *neminem nominando*, in quanto non gli è consentito di citare espressamente e di sua iniziativa (ad esempio mentre interroga un testimone) il nome di qualche specifica e determinata persona sospetta.

c) L'*inquisitio specialis*. È il cuore del processo penale inquisitorio di Antico Regime, e ne rappresenta il momento decisivo. Durante questa fase, il giudice (spesso sollecitato dall'avvocatura fiscale) ricerca le prove idonee ad accertare la colpevolezza di una determinata persona che, nella significativa terminologia tecnica all'epoca corrente, viene ordinariamente indicata con il termine 'reo', che deriva dalla parola *res*, 'cosa'. Continua così il 'processo informativo', che peraltro da questo momento assume spesso la denominazione, più pertinente, di 'processo offensivo'.

Una volta accertata la commissione del reato, l'inquisizione speciale si può avviare direttamente qualora il nome del reo sia espressamente indicato nella querela o nelle varie forme di denuncia pubblica o privata ricevute dal giudice (come pure quando si proceda per pubblica fama, flagranza o *crimen notorium*). In caso contrario, il passaggio all'*inquisitio specialis* è subordinato alla sussistenza di indizi ancorché lievi a carico di una determinata persona. La valutazione di tali indizi (*indicia ad inquirendum*) è affidata alla discrezionalità del giudice, dalla quale dipende dunque questo primo importante snodo del procedimento. Un secondo importante snodo è costituito dall'arresto del reo anche in presenza di reati non particolarmente gravi. A tale riguardo spesso il discrimine si colloca tra i reati a pena pecuniaria e i reati a pena corporale, ed è considerato rilevante anche il pericolo di fuga. Resta il fatto che anche per la cattura è richiesta la sussistenza di sufficienti indizi (*indicia ad carcerandum*), meno lievi rispetto agli *indicia ad inquirendum* ma pur sempre rimessi alla valutazione discrezionale (*arbitrium*) del giudice. Nei casi di minore gravità nei quali non si reputa necessario l'arresto, all'imputato viene notificata la citazione in giudizio, che contiene il *libellus inquisitionis*, e cioè la narrativa del fatto addebitato al reo.

Gli esiti delle acquisizioni probatorie (e in primo luogo i verbali delle deposizioni giurate dei testimoni) rimangono segreti, né vi è obbligo generale, in questo momento, di informare il reo detenuto del titolo del reato. Il fine dell'*inquisitio generalis* è quello di acquisire la piena prova legale della colpevolezza, ottenibile di regola mediante una duplice testimonianza concorde di due testimoni superiori a ogni eccezione (secondo il principio di matrice biblica *unus testis nullus testis*) ovvero mediante la confessione. Poiché la duplice testimonianza non è sempre agevolmente perseguibile, l'attività del giudice punta in primo luogo a ottenere la confessione, accompagnata se del caso da eventuali chiamate in correità. A tale riguardo, un adempimento di fondamentale rilevanza (e si tratta del terzo snodo dell'*inquisitio specialis*) è il 'costituto del reo' (*constitutum rei*), e cioè l'interrogatorio formale al quale imputato è sottoposto dopo avere

prestato giuramento *de veritate dicenda* (in quanto presunto colpevole, e dunque potenziale *testis contra se*). L'esame, se necessario, è ripetuto più volte e viene condotto con modalità particolarmente stringenti, con continue ammonizioni 'a confessare la verità' (*ad fatendam veritatem*) e secondo tecniche inquisitorie talora particolarmente raffinate che, partendo da circostanze e particolari apparentemente marginali, sono tese ad evidenziare e a sfruttare le contraddizioni, le incertezze e le elusioni dell'imputato negativo. La prassi di taluni tribunali più 'liberali' consente al reo di conoscere *prima* del suo costituito gli esiti dell'inquisizione.

Se il costituito del reo non dà l'esito sperato, rimane aperta la via all'esperienza della tortura giudiziaria 'per strappare la verità' (*ad eruendam veritatem*). Per passare alla tortura è necessaria, onde evitare abusi, la sussistenza di indizi gravi (*indicia ad torturam; indicia ad torquendum*), che sono peraltro rimessi ancora una volta al discrezionale apprezzamento del giudice. Questo quarto snodo dell'*inquisitio specialis* presenta alcuni profili di particolare delicatezza, che in taluni casi possono suggerire al giudice di non ricorrere ai tormenti per puntare invece su un esito diverso dalla condanna alla pena edittale (ad esempio, la condanna a una *poena extraordinaria*). Il primo di tali profili riguarda il fatto che la confessione resa sotto tortura, proprio perché ottenuta con la violenza, deve essere comunque ratificata dal reo dopo un giorno e fuori dalla stanza dei tormenti, e può dunque accadere che il torturato si rifiuti anche più volte di ratificarla. Un secondo profilo concerne il fatto che l'imputato può anche resistere alla tortura: ciò da un lato inibisce la formazione della piena prova legale (e non consente quindi la condanna alla pena edittale), dall'altro – secondo molti autori e nella prassi di molti tribunali – 'purga' (cioè annulla) anche gli indizi fino a quel momento accumulati, cosa che impedisce anche la condanna a una pena straordinaria. Da questi aspetti controversi discendono una serie di questioni irrisolte, la più rilevante delle quali riguarda il problema della durata e della ripetizione anche più volte della tortura (ad esempio per ottenere una ratifica dapprima negata o al fine di eventuali chiamate in cor-reità), spesso superato nella pratica con il consueto ricorso ai poteri arbitrari del giudice. Conviene aggiungere che anche i testimoni possono essere sottoposti a tortura, e ciò avviene di regola: a) nei confronti di testimoni reticenti od ondivaghi; b) per dare credibilità alla testimonianza di un teste di cattiva fama; c) per rendere inattaccabili testimonianze di particolare rilevanza (ma spesso in questo caso la tortura si risolve in un adempimento prevalentemente formale).

d) La *repetitio testium* e la *legitimatio processus*. In caso di imputato che persista nella negativa, si svolge la 'ripetizione dei testimoni' (*repetitio testium*) al fine di realizzare la 'legittimazione del processo' (*legitimatio processus*). I testimoni che hanno deposto nel corso dell'inquisizione sono riascoltati alla presenza dell'imputato onde rendere 'legittime' le informazioni che sono state raccolte nel corso del processo informativo in assenza dell'imputato. L'adempimento, che ha lo scopo di mettere al riparo da eventuali contestazioni le acquisizioni testimoniali, assume col tempo un carattere prevalentemente formale. Spesso è lo stesso imputato a chiedere – di sua volontà o in buona sostanza costretto – che la *repetitio testium* non si svolga, dando per 'ripetuti' i testimoni e dichiarando che essi sono stati interrogati nei modi dovuti (*rite et recte*).

e) La *publicatio processus*. Ottenuta o meno la confessione, quando il giudice ritenga esaurita la fase di raccolta del materiale probatorio si passa alla ‘pubblicazione del processo’ (*publicatio processus*). All’imputato e, se è stato nominato, al suo patrocinatore (o in qualche caso all’avvocato dei poveri) viene trasmessa una copia dei verbali conservati nel fascicolo del processo informativo affinché, conosciuti gli atti della causa, possa essere esercitato il diritto di difesa. Per una regola generale che molti giuristi fanno risalire al diritto naturale,² nessuno, anche se reo confesso, può infatti essere condannato senza che abbia avuto la possibilità di esercitare tale diritto. La consegna del ‘processo informativo’ è accompagnata dall’assegnazione di brevi termini a difesa (pochi giorni).

f) Il processo difensivo. La difesa consiste nell’elaborazione di uno o più documenti scritti – solitamente memorie o *capitula* – raccolti nell’apposito fascicolo del ‘processo difensivo’ nei quali sono illustrati gli elementi di fatto e di diritto che si ritiene opportuno sottoporre *pro reo* all’esame del tribunale. Si tratta in genere di contestazioni (e di conseguenti eccezioni di nullità) relative a vizi di carattere procedurale e al mancato rispetto di forme essenziali o che segnalano abusi e illegalità ovvero la presenza di circostanze o fatti giustificativi non presi in considerazione nel processo informativo. In sede di processo difensivo può anche essere presentata la richiesta – sulla quale decide il tribunale – di sentire eventuali testimoni a difesa.

g) La decisione della causa. Come abbiamo già osservato, nel processo penale di diritto comune non è prevista una fase dibattimentale (anche se – giova segnalarlo – in alcuni ordinamenti e in talune prassi locali è concesso al patrocinatore di illustrare oralmente al tribunale il punto di vista della difesa). Ne consegue che la causa è decisa in camera di consiglio – sentite le conclusioni dell’avvocatura fiscale – sulla base della documentazione contenuta nei fascicoli del processo informativo e del processo difensivo dallo stesso giudice che ha condotto il processo informativo (o da un collegio del quale fa parte, di regola come relatore, il giudice inquirente o, come si soleva dire, processante). Spesso per i reati più gravi (ad esempio nei casi puniti con la pena capitale o con una mutilazione) la decisione del tribunale locale assume la veste di semplice *votum* consultivo che deve essere trasmesso, per la sentenza definitiva e inappellabile, a una delle grandi corti centrali (Senato, Rota, ecc.) sorte dalla fine del XV secolo. Tali corti hanno altresì facoltà di intervenire in ogni fase della procedura e di avocare le cause ritenute più rilevanti

7.3. Un modello: l'impostazione eclettica di Prospero Farinacci

Per tornare alla dottrina processualpenalistica italiana, una precoce *summa* di alcuni tra gli ambigui atteggiamenti che la contraddistinguono nell’età del tardo diritto comune è offerta, tra la fine del Cinquecento e i primi anni del Seicento, dall’opera di Prospero Farinacci, autore tanto celebrato dai contemporanei quanto vituperato dalla successiva

² Che la *defensio* si fondi sul diritto naturale («a iure provenit naturali») lo aveva già affermato, in ambito canonistico, la decretale *Pastoralis* del 1313 (in seguito accolta nelle *Constitutiones Clementinae*, 2.11.2).

critica illuministica, che lo ha accusato (il giudizio è di Filippo Maria Renazzi) di essere un grossolano accumulatore di opinioni altrui.³

In effetti, la trattazione del tema accusa-inquisizione nel testo più noto del giurista romano, la poderosa *Praxis et Theorica Criminalis* – pubblicata in più volumi a partire dal 1589 e destinata a un clamoroso successo editoriale a livello europeo come privilegiato testo di consultazione degli operatori professionali – conferma la fama di eclettico compilatore (ma anche di discreto sistematizzatore) guadagnata dall'autore presso buona parte della moderna storiografia. Farinacci non aggiunge pressoché nulla di nuovo alle posizioni dei giuristi che lo hanno preceduto (a partire da Giulio Claro, abbondantemente citato) e perviene, attraverso percorsi talora tortuosi, a conclusioni scarsamente originali.

Farinacci opera innanzitutto una singolare contaminazione tra i tradizionali principi di diritto comune e taluni aspetti della pratica penale, affermando in linea generale che «è requisito dell'inquisizione il fatto che intervenga un accusatore» («inquisitionis requisitum est, ut interveniat accusator»), in quanto, essendo l'inquisizione rimedio straordinario, «il giudice di regola non può inquisire *ex officio* se non via sia alcun accusatore» («nemine [...] accusante, regulariter iudex ex officio inquirere non potest»). Alla regola segue peraltro l'eccezione. Tale requisito – che non è richiesto nel diritto canonico, secondo il quale per ogni delitto il giudice può procedere all'inquisizione – non è infatti necessario «nei delitti atrocissimi e negli altri casi enumerati» («in delictis exceptis atrocissimis et aliis casibus enumeratis»), e cioè in tutti quei casi nei quali secondo il diritto romano-comune «si può formare direttamente l'inquisizione *ex officio* anche se non vi sia alcun accusatore» («formari potest inquisitio ex mero iudicis officio etiam nemine accusante»). Il tutto viene poi superato dalla quasi incidentale osservazione che, comunque, «oggi per generale consuetudine indistintamente per tutti i delitti si può procedere *ex officio*» («hodie de generali consuetudine indistincte in omnibus delictis ex officio procedi potest»).

Dunque, anche a Farinacci risulta che «indipendentemente da quanto sia stabilito *de iure*, oggi l'inquisizione si può formare per tutti i delitti, e viene considerata per generale consuetudine rimedio ordinario» («quicquid sit de iure, hodie inquisitio formari possit in omnibus delictis, et dicitur remedium ordinarium ex generali consuetudine»), e che inoltre «questa consuetudine di procedere *ex officio* da parte del giudice non riguarda solo i delitti pubblici, ma anche i privati» («haec consuetudo inquirendi ex officio per iudicem, procedit nedum in delictis publicis, sed etiam in privatis»). Rimane peraltro ferma la necessità della presenza dei legittimi presupposti (*praeambula legitima*), indispensabili al magistrato per intraprendere l'inquisizione speciale. Tra questi, notevole rilevanza ottengono, nella *Praxis* di Farinacci, la *fama* e gli *indicia*.

³ Prospero Farinacci (Roma 1544 - ivi 1618), laureatosi a Roma nel 1567, conduce un'esistenza disordinata punteggiata da nefandezze, iniquità, processi e carcerazioni, che tuttavia non ne troncano la carriera. Dopo avere svolto una serie di incarichi amministrativi minori si dedica all'avvocatura, che esercita con grande successo per tutta la vita. Ottenute importanti protezioni, dal 1591 è luogotenente criminale dell'uditore della Camera Apostolica e dal 1606 al 1611 procuratore generale del Fisco. Dal 1589 pubblica le sue opere criminalistiche, la più importante delle quali resta la *Praxis et Theorica Criminalis*, composta secondo la metodologia del tardo Commento e destinata a godere di grandissima autorità presso i pratici del diritto in Italia e in Europa.

Le conclusioni ora accennate sono riprese e confermate nelle pagine dedicate all'*accusatio*. Nell'introdurre una lunga e complessa disamina della disciplina *de iure* dell'istituto, Farinacci non può fare a meno di avvertire che «oggi l'inquisizione ha preso il posto dell'accusa» («hodie [...] accusationis loco successerit inquisitio»). L'antico diritto comune, sia civile che canonico, riconosceva carattere di rimedio ordinario alla sola *accusatio*; la consuetudine è però intervenuta e ormai permette al magistrato di inquisire «in qualsiasi delitto anche senza l'accusatore» («in quocunque delicto, etiam nemine accusante»); entrambi i rimedi sono quindi ritenuti ordinari, anche se l'*inquisitio* «appare maggiormente in uso» («magis in usu videtur»).

Di conseguenza, e grazie anche al fatto che la querela di parte «oggi ha preso il posto dell'accusa» («hodie successit loco accusationis»), molte annose controversie risultano chiaramente superflue. Tali sono ad esempio le questioni relative a chi possa o meno accusare: se per consuetudine il giudice può procedere d'ufficio in ogni delitto anche in assenza dell'impulso di parte, a maggior ragione potrà agire «su istanza di qualche accusatore, anche se quest'ultimo è considerato *de iure* inabile alla presentazione dell'accusa» («instante aliquo accusatore, licet inhabilis»). E anzi – come aveva già osservato Giulio Claro – nella pratica quotidiana la querela di parte viene sempre accettata, anche se presentata da chi *de iure* non potrebbe accusare, ed è utilizzata essenzialmente per dare il via all'inquisizione.

7.4. Una voce fuori dal coro: la scettica razionalità di Giovanni Battista De Luca

A confronto delle ripetitive e scarsamente originali pagine di Farinacci, assai più incisivi si mostrano i pochi ma densi capitoli dedicati ai giudizi criminali da Giovanni Battista De Luca.⁴ Il cardinale venosino non può essere certo annoverato tra gli specialisti della materia; nondimeno, nel *Dottor Volgare* del 1673 (e precisamente nella seconda parte del libro XV, intitolata *Delli giudizi criminali, e della loro pratica nella Curia Romana*), abbandonando i sontuosi ma talora sconnessi itinerari barocchi seguiti da altri giuristi della sua epoca, egli realizza una sintesi chiara e razionale, che individua e delinea in maniera compiuta i nessi fondamentali della problematica penale seicentesca.

La prima questione – il «primo dubbio», nota De Luca – che ordinariamente si pone nell'affrontare la materia penale, investe proprio il rapporto tra accusa e inquisizione: i giuristi sono soliti domandarsi, infatti, «se si possa, o no procedere per inquisizio-

⁴ Di famiglia borghese, Giovanni Battista De Luca (Venosa 1614 - Roma 1683) si laurea *in utroque iure* nel 1635 a Napoli, ove inizia a esercitare la professione legale. Nel 1639 diviene vicario della sede episcopale venosina. Nel 1644 si trasferisce a Roma, ove svolge le funzioni di uditore al servizio del principe Ludovisi. A Roma esercita per lungo tempo e con straordinario successo la professione forense come avvocato di curia. Dal 1669 pubblica il *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, enciclopedica esposizione di tutto il diritto, opera dotta e nel contempo frutto delle esperienze di pratico del foro. Al *Theatrum* segue, nel 1673, *Il Dottor Volgare*, compendio dell'opera maggiore caratterizzato anche da finalità divulgative (e per questo scritto in lingua italiana). Nel 1676, abbandonata l'avvocatura, abbraccia il sacerdozio e diviene stretto collaboratore e ispiratore della politica e delle scelte di governo di Innocenzo XI dal quale, dopo la nomina a giudice rotale, ottiene la porpora cardinalizia (1681).

ne, e a istanza del procuratore del Fisco, senza l'accusatore; e quando vi sia necessaria l'accusa, ovvero la querela della parte offesa».

Nel rispetto dei dettami del diritto romano comune, la soluzione del problema viene solitamente riferita alla classica distinzione tra giudizi pubblici (così denominati «per la qualità dei delitti»), nei quali spetta a ciascuno l'azione popolare, e giudizi privati, per i quali è necessaria l'iniziativa della parte lesa. In effetti, è precisamente sopra gli esatti termini e le corrette conseguenze di tale distinzione che da secoli «si affaticano molto» gli autori. Da un lato si collocano gli scrittori (antichi e moderni) che «alla scolastica camminano con la sola lettera delle leggi, non badando alla pratica»; dall'altro si pongono «quei moderni collettori, o copiatori, i quali, credendo di parlare per la pratica, camminano con le autorità di questi interpreti scolastici»; e tutti insieme disputano su «quali siano i giudizi, o veramente i delitti pubblici, e quali siano i privati per l'applicazione della suddetta distinzione».

De Luca non è certo tenero verso i colleghi: tutto questo affannarsi è perfettamente inutile e non costituisce altro che «una delle solite semplicità dei puri prammatici», poiché per «osservanza generale dei tribunali [...] indifferentemente in tutti i delitti si cammina per inquisizione», e «le parti dell'accusatore» sono sostenute da un «ministro pubblico deputato a quest'effetto dal principe».

Ma non basta: anche «sopra questa osservanza [...] si scorge la solita varietà delle opinioni, e [...] la molta semplicità dei nostri». Alcuni infatti individuano le origini e la fonte del sistema inquisitorio nel diritto canonico, ma non considerano che tale diritto non può dirsi applicato in ogni luogo e in ogni materia. Altri preferiscono far riferimento a una consuetudine generale, che però giudicano «esorbitante, e correttoria della ragion comune», mentre essa è invece «impeditiva» all'applicazione dei principi accusatori romanistici poiché risulta anteriore, secondo il cardinale, alla nascita del diritto comune.

Il fatto è che i giuristi appaiono agli occhi di De Luca totalmente privi di coscienza storica, e per tale motivo troppo spesso si perdono in equivoci o inezie. Come tanti scolari «imbevuti di [...] favolette», e guidati da maestri ancora più ignoranti dei discepoli, sono convinti che le leggi romane siano sempre esistite, vedono in Giustiniano «una specie d'Adamo», e non si rendono ben conto, in ordine alle complesse vicende del *Corpus Iuris* e del diritto comune, della «gran differenza dei tempi, e dei costumi, e dei paesi».

Più in particolare, i cultori del diritto non si dimostrano in grado di cogliere quanto profondamente abbia influito sulla forma del processo penale «la gran diversità dei costumi dei tempi antichi, e moderni». Nella Roma repubblicana, secondo un principio introdotto con molta prudenza e fine politica, ogni cittadino poteva esercitare liberamente il diritto d'accusa, ed era per questo onorato e stimato anche quando non rappresentasse la parte lesa. Nell'etica seicentesca, al contrario, e segnatamente «tra le persone nobili, ed anche di mediocre civiltà», il voler esercitare il diritto d'accusa da parte di chi non sia parte lesa è giudicato sul piano dei rapporti sociali «mancamento grande, ed una specie d'infamia», e rappresenta un comportamento considerato comunque riprovevole «nella stessa parte offesa».

Il costume e la mentalità dell'epoca assurgono dunque, nel pensiero di De Luca, a chiave interpretativa del sistema: in un mondo nel quale si vive «coll'opinione che convenga vendicare l'ingiuria da se stesso con l'autorità privata» sono proprio le persone

colpite da un comportamento delittuoso che spesso scelgono di occultarsi e di occultare il reato subito, «aborrendo che si metta in carta, e che se ne faccia il processo». E se le stesse parti lese sono le prime a volere evitare l'accusa, appare scontata la conclusione che il cardinale trae dalle sue osservazioni: in una società siffatta, «quest'uso di procedere in ogni caso per inquisizione, e ad istanza dei ministri fiscali, resta precisamente necessario».

Assai concreto nelle sue prese di posizione e certamente originale nell'impostazione del problema, De Luca non ha remore nel giudicare in gran parte superflua e spesso fuorviante la tradizionale dottrina processualpenalistica di diritto comune. I criminalisti, continuando a ruminare le «medesime semplicità», vanno alla ricerca di regole comuni e di principi generali che credono di poter individuare nel *Corpus Iuris*, nei «primi interpreti», nei «dottori più antichi», ma non si accorgono che le leggi romane, in tema di processo penale, «si devono avere come se non fossero nel mondo», e che le questioni sulle quali disputano sono per lo più ideali e astratte, o quantomeno didattiche. Di conseguenza, essi non si preoccupano minimamente di individuare i veri problemi di una materia che non appare soggetta a regole certe e costanti, e che nella realtà risulta singolarmente condizionata dai tempi, dai luoghi, dal variare dei costumi, dalle differenti prescrizioni delle normative locali, dagli «stili dei tribunali», e perfino dalle specifiche circostanze dei casi particolari.

Sbagliano dunque i giuristi quando tentano di costruire un sistema di principi generali in tema di processo penale facendo riferimento ai dettami del diritto romano e alle opinioni degli interpreti. Sbagliano perché non considerano che nella pratica la sola forma applicata è quella inquisitoria; sbagliano perché tale forma è «precisamente necessaria» alle condizioni della società; sbagliano, infine, perché la materia è comunque legata a fattori variabili e contingenti, e quindi non sopporta una disciplina fissa e universale.

I caratteri del procedimento seicentesco sono valutati da De Luca su basi razionali e pragmatiche che lo inducono a relegare tra i falsi problemi la diatriba su accusa e inquisizione. Questo atteggiamento accentuatamente critico, solitamente sconosciuto ai criminalisti coevi, è peraltro permeato da uno scetticismo di fondo assai distante dagli entusiasmi e dal fervore innovativo che nel secolo successivo interessarono gran parte della dottrina illuminista.

Particolarmente indicativo di questo specifico aspetto del pensiero del cardinale è il paragrafo finale dei primi dei capitoli del *Dottor Volgare* dedicati al processo penale. In tale paragrafo De Luca esprime la disincantata convinzione che il corretto funzionamento e il felice esito dei meccanismi della giustizia criminale siano dovuti essenzialmente all'esperienza, alla moderazione e all'onestà intellettuale del singolo magistrato, e riconferma indirettamente di non ritenere possibile la costruzione dottrinale di un modello processuale che risulti indipendente dalla realtà sociale e dalle esigenze della prassi:

In queste materie criminali particolarmente negli giudici, e negli magistrati (presupposta l'integrità, e la retta intenzione), si deve desiderare più un buon giudizio, e la prudenza raffinata dalla pratica, e dalla esperienza dei casi seguiti, che una gran letteratura, bastando che questa vi sia a sufficienza.

7.5. L'ultima stagione delle *Pratiche criminali*

Nella criminalistica italiana degli ultimi due secoli del diritto comune è assai difficile trovare un autore che riesca, come il civilista De Luca, a svincolarsi dagli schemi ereditati dalla tradizione. Mentre il cardinale venosino dipinge dall'esterno, con franchezza e libertà d'opinione, un quadro del sistema penale particolarmente critico verso le posizioni assunte dalla dottrina, i penalisti del Sei e Settecento, come già accennato, da un lato oscillano tra sistemazioni dogmatiche basate sul dualismo accusa-inquisizione,⁵ sulla tripartizione accusa-denuncia-inquisizione,⁶ o sul recupero di suddivisioni ancora più articolate e risalenti,⁷ dall'altro si dedicano a opere descrittive dai meri interessi pratici, nelle quali la specifica attenzione per singoli istituti e per determinati momenti processuali si inserisce in un panorama casistico dominato da forme inquisitorie considerate immutabili e non perfetibili.⁸

Questi orientamenti dottrinali si perpetuano fino alle soglie della codificazione e, pur convivendo dalla metà del Settecento con i nuovi indirizzi illuministici, mostrano di ignorare il profondo travaglio anche ideologico che – come vedremo meglio tra breve – interessa una parte consistente della scienza penalistica nel resto d'Europa.

L'incapacità di proporre effettive e significative innovazioni e la tendenza ad anteporre la descrizione alla discussione caratterizzano dunque una letteratura penalistica che manifesta comunque, segnatamente in alcuni ambiti territoriali,⁹ una discreta vivacità e talora un buon livello tecnico.¹⁰ Accanto alla riproposizione di opere del passato aggiornate e adattate, infatti, è possibile registrare un'ampia messe di lavori nuovi, dal taglio spesso istituzionale che, ricorrendo sempre più di frequente all'uso della lingua italiana, ricoprono il sistema processuale di una fitta tessitura casistica senza peraltro intaccarne le strutture portanti.

⁵ Questo dualismo si risolve di frequente nella ricerca del criterio distintivo tra procedimenti che devono essere avviati *ex officio* e procedimenti che possono essere avviati su istanza o querela di parte. Esempio a questo proposito è la *Pratica criminale* di Domenico Moro (Napoli 1749), avvocato di una certa notorietà nel foro di Napoli.

⁶ Accolta ad esempio nelle *Institutiones Criminales* di Domenico Ursaya (Roma 1701), professore e avvocato di discreta fama attivo a Roma a cavallo tra Sei e Settecento.

⁷ Le *Institutiones Criminales* di Arcangelo Bonifazi (Iesi 1765), titolare di giurisdizioni minori in area umbro-marchigiana e autore anche di una *Pratica civile e criminale* (Iesi 1756), enumerano almeno sei forme diverse di processo penale, rispettivamente fondate su accusa, denuncia, inquisizione, confessione, eccezione e flagranza.

⁸ È il caso delle *Istituzioni teorico-pratiche criminali* di Filippo Mirogli, avvocato fiscale generale a Roma (Roma 1758-1764). L'opera, basata sull'esperienza professionale dell'autore e caratterizzata da un buon successo editoriale, prende in esame una dozzina di figure di reato e per ognuna di esse offre una puntuale descrizione degli adempimenti processuali, alla luce delle possibili varianti e con continui riferimenti ai verbali dei singoli atti dell'inquisizione.

⁹ Nei territori della Repubblica di Venezia, ove il procedimento penale assume contorni originali conservando parecchi elementi del rito accusatorio, ha grande successo fino al XVIII secolo la *Prattica criminale secondo le leggi della Serenissima Repubblica di Venezia*, redatta alla fine del XVI secolo da Lorenzo Priori, cancelliere presso numerose corti a Venezia e in Terraferma, e pubblicata postuma a Venezia nel 1622.

¹⁰ Come nel caso della fortunata *Pratica Universale*, pubblicata a Firenze nel 1665 da Marc'Antonio Savelli, giudice e funzionario al servizio del Papa e del Granduca di Toscana, o della *Syntaxis rerum criminalium* data alle stampe a Roma nel 1688 da Gian Domenico Rainaldi, uditore del tribunale criminale del Torrione di Bologna dal 1671 al 1676.

7.6. La sintesi settecentesca di Tommaso Maurizio Richeri

Non è però a uno specialista della materia che ci rivolgiamo per individuare una sintesi esemplare e nello stesso tempo chiara ed efficace dell'esperienza storica e giuridica fin qui considerata, destinata ad esaurirsi alla fine del XVIII secolo con l'avvio dell'età della codificazione. Singolarmente adatte allo scopo ci paiono infatti le pagine consacrate alla forma del processo penale dal piemontese Tommaso Maurizio Richeri,¹¹ «l'ultimo grande scrittore di diritto comune» (Giovanni Tarello).¹²

Nella *Universa Civilis et Criminalis Iurisprudentia*, ambizioso e per molti versi conclusivo *restatement* della cultura giuridica di Antico Regime apparso per la prima volta in 12 volumi a Torino tra il 1774 e il 1782, Richeri dedica largo spazio alla discussione relativa alla forma del processo penale, nell'ennesimo tentativo non tanto di risolvere una plurisecolare questione dottrinale, quanto di dare contorni se non altro meno confusi e incerti al tormentato rapporto instauratosi tra il modello accusatorio proposto dalla tradizione romanistica e le assai differenti consuetudini giudiziarie affermatesi pressoché ovunque nell'Europa continentale.

Richeri, pur accennando all'esistenza – quantomeno nella tradizione dottrinale – di forme processuali minori, non rinuncia ad ancorare il proprio discorso alla contrapposizione tra accusa e inquisizione:

Specialmente in due modi i crimini sono dedotti in giudizio, e cioè con l'accusa, o con l'inquisizione («Duplici praesertim modo crimina in iudicium deducuntur, nimirum accusatione, et inquisitione»).

La prima viene definita, secondo uno schema tralatizio, come «denuncia del crimine al giudice realizzata secondo le prescritte forme solenni, al fine di promuovere la pubblica punizione del colpevole» («delatio criminis ad iudicem, inscriptione solemniter facta, vindictae publicae caussa»). Pragmatico è invece l'approccio alla seconda: «il crimine si deduce in giudizio attraverso l'inquisizione quando il giudice indaga sul delitto o di propria iniziativa o perché spinto dalla pubblica fama» («crimen in iudicium deducitur per inquisitionem, cum iudex in delictum inquirat, vel motu proprio, vel fama publica motus»). Quanto alla denuncia, essa non è altro che una «segnalazione del delitto e del delinquente al giudice competente senza le formalità previste per l'accusa e quindi senza che si debba temere di subire la pena del taglione» («delatio delicti, et delinquentis apud iudicem competentem sine subscriptione in crimen, adeo que sine metu talionis»), e si risolve dunque in un semplice strumento atto a mettere in moto l'attività inquisitoria del giudice.

¹¹ Tommaso Maurizio Richeri (La Morra 1733 - Torino 1797) si laurea a Torino nel 1754. Pronunciati i voti sacerdotali nel 1757, dal 1765 si dedica assiduamente agli studi giuridici dando alla luce ampie opere di sintesi della tradizione di diritto comune indirizzate alla pratica professionale e perciò attente anche al diritto patrio dello Stato sabauda. Tra esse spiccano l'*Universa civilis et criminalis iurisprudentia* (Torino, 1774-1782), il *Codex rerum in Pedemontano Senatu iudicatarum* (Torino, 1783-1786) e le *Institutiones civilis et criminalis iurisprudentiae* (Torino, 1787-1790). Professore onorario di diritto nel 1790, nel 1793 è ammesso all'esercizio dell'attività forense pur non avendo mai svolto il prescritto tirocinio professionale.

¹² Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 539, n. 105.

Ampio è lo spazio concesso a una accurata descrizione della disciplina dell'*accusatio*, con particolare attenzione per la forma e il contenuto del libello accusatorio e per i limiti soggettivi, attivi o passivi, posti all'esercizio del diritto in parola. Tale descrizione è condotta, come esplicitamente avverte lo stesso Richeri, con riguardo pressoché assoluto ai principi dettati dal diritto romano. Ma se si abbandona questo pur sempre autorevole punto di riferimento e si guarda alle normative vigenti e ancor più alla consolidata pratica giudiziaria, anche al giurista sabauda non sfugge che

in base alle consuetudini della gran parte delle nazioni l'accusa per la pubblica punizione del colpevole non è consentita ai privati, ma solo ai procuratori del Fisco e alle altre simili magistrature in forza del pubblico ufficio che svolgono («*moribus plerarumque gentium privatis non conceditur accusatio publicae vindictae gratia, sed tantum procuratoribus fisci, et similibus, vi publici officii, quod sustinent*»).

L'iniziativa del privato, dunque (la si chiami accusa, querela o denuncia), non appare in grado di condurre da sola alla pubblica punizione del colpevole (*publica vindicta*), e può assumere una qualche rilevanza, alla luce delle specificità locali, solo quando sia la stessa parte lesa a muoversi e quando ci si riferisca a casi di lieve entità, mentre negli altri più gravi delitti è il pubblico magistrato ad avviare e condurre *ex officio* l'inquisizione («*in aliis gravioribus delictis Fiscus ex officio inquirit*»).

Le riflessioni e le osservazioni di Richeri indicano con sufficiente evidenza come il lungo dibattito in esame abbia avuto in Italia, dall'epoca di Alberto da Gandino e di Guillaume Durand, una evoluzione nel complesso assai lenta, e anzi si sia quasi cristallizzato, pur con talune prestigiose eccezioni, dopo la grande stagione cinquecentesca.

Al termine di mezzo millennio di discussioni e di prese di posizione, il giurista che non abbia intenti meramente pratici o di didattica spicciola si trova, in ordine al tema considerato, in una sorta di gabbia dalla quale non sembra in grado di uscire. Costretto tra l'ancora enorme potenziale autoritativo del diritto romano e delle sue forme accusatorie e l'inevitabile riconoscimento di una assai diversa e stratificata realtà inquisitoria, incapace di spostare in maniera sensibile i termini del problema, egli, quando non sorvola più o meno elegantemente sulla questione, si muove alla ricerca di un impossibile compromesso tra forme processuali accusatorie che ha imparato a conoscere solo in via teorica e pratiche giudiziarie che ne costituiscono l'assoluta negazione.

Ci si può domandare, a questo punto, se la dottrina giuridica del tardo diritto comune sia mai riuscita a superare l'*impasse* ora accennata per imboccare una via finalmente nuova e virtualmente produttiva. Per rispondere a tale quesito è necessario fare un passo indietro nel tempo, e allargare all'intera Europa il panorama dell'indagine.

Capitolo 8

La penalistica europea tra XV e XVIII secolo e le reazioni dottrinali al modello inquisitorio

8.1. I giuristi fedeli al sistema

Nei territori europei aperti all'esperienza del diritto comune è possibile rilevare, tra il XV e il XVIII secolo, il manifestarsi di un robusto e diffuso filone dottrinale che, in ordine al rapporto tra accusa e inquisizione, appare largamente ispirato alle posizioni maturate tra Quattro e Cinquecento nella dottrina italiana, ne recepisce le idee e i metodi, e mostra altresì un'evoluzione per molti versi parallela.

Una pur rapida e superficiale indagine, condotta a campione su alcune tra le più conosciute opere del periodo indicato, è sufficiente per confortare tale affermazione.

8.1.1. Joost Damhouder

Iniziamo dai Paesi Bassi e dalla *Praxis Rerum Criminalium* di Joost Damhouder. Pubblicata ad Anversa nel 1554, l'opera riprende e aggiorna una *Practica* criminale composta verso il 1510 da un altro giurista fiammingo, Philip Wielant.¹ Siamo di fronte a un tipico prodotto del diritto comune europeo, che non evoca se non eccezionalmente il diritto locale e che ha una notevole diffusione editoriale in tutto il continente, testimoniata dalle numerose ristampe e traduzioni (in francese, fiammingo e tedesco).

Nella *Praxis* di Damhouder la questione della forma del processo penale viene sbrigativamente risolta in via preliminare facendo ricorso a uno schema già ben noto e sfruttato in dottrina, e cioè alla contrapposizione tra l'accusa come rimedio ordinario e i rimedi straordinari rappresentati dalla denuncia, dall'eccezione e dall'inquisizione:

È ora necessario avvertire che la notizia del reato perviene al giudice in vari e molteplici modi, e precisamente in modo ordinario, mediante l'accusa, e al contrario in modo straordinario, mediante la denuncia, l'eccezione e l'inquisizione («Signandum nunc est, crimina variis multisque modis ad iudicis pervenire notitiam,

¹ Philip Wielant (Gand 1441 - 1520), presidente del Consiglio di Fiandra e membro del Gran Consiglio di Malines, lascia manoscritte una *Practijke Criminele* (1510) e una *Practijke Civile* (1506-1516) che, con annotazioni e aggiunte, vengono pubblicate nell'originale fiammingo e nelle traduzioni latina e francese, a partire dal 1554 e dal 1558, a opera di Joost Damhouder (Bruges 1507-Anversa 1581), magistrato e funzionario, sotto l'imperatore Carlo V, dell'amministrazione finanziaria dei Paesi Bassi spagnoli, e coautore, nel 1570, delle *Ordonnances Criminelles/Criminele Ordonnantien* volute dal Duca d'Alba.

nempe ordinarie, accusatione; rursum extraordinarie, denunciacione, exceptione, et inquisitione»).

I caratteri distintivi di ciascuna tipologia procedurale sono poi brevemente sintetizzati in agili capitoletti (non particolarmente originali ma indubbiamente nitidi e facilmente utilizzabili nella pratica forense), che non discutono quale possa essere il modello più funzionale né indicano espressamente quale sia il più diffuso. Risalta però il fatto che all'*inquisitio* sia dedicato uno spazio decisamente più ampio, specie in rapporto agli istituti della *publica fama* e del *crimen notorium*, che consentono in ogni caso l'avvio del procedimento e che per questo motivo vengono delineati con particolare cura. Nel contempo la *Praxis* non esita a sottolineare come la procedura inquisitoria *ex officio*, nonostante il carattere 'ufficiale' di rimedio straordinario, sia sempre ammessa al fine di perseguire i reati più gravi.

Efficace ma scarsamente problematica, la descrizione che Damhouder offre dei differenti moduli processuali consegue direttamente a una sistematica che, come abbiamo già notato in precedenza, risulta largamente diffusa nella dottrina penalistica di area italiana durante il basso Medioevo. Il fatto dunque che questa *Praxis* fiamminga venga data alle stampe quasi contemporaneamente al *Liber Quintus* di Giulio Claro non deve far dimenticare che in realtà l'opera è stata scritta nei primi anni del Cinquecento e rispecchia sostanzialmente la situazione dottrinale della seconda metà del XV secolo.

8.1.2. *Benedict Carpozov*

Assai più vicina all'impostazione di Claro nella materia considerata è invece, dopo ottant'anni, la *Practica nova rerum criminalium*, pubblicata a Wittenberg nel 1635 da Benedict Carpozov, sodo giurista pratico di fama europea.² La *Practica nova*, opera di straordinario successo, rappresenta indubbiamente una delle più complesse e interessanti manifestazioni della criminalistica dell'età barocca. In questa sede non ne discutiamo peraltro gli aspetti generali e la più o meno accentuata fedeltà alla tradizione. Come testé accennato, ciò che importa ai fini della presente indagine è porre in evidenza come, nell'opera del criminalista di Wittenberg, la discussione sul modello procedurale prenda esplicitamente le mosse proprio dalle pagine di Giulio Claro.

Carpozov, infatti, concorda pienamente con il giurista alessandrino quando questi afferma che le forme processuali sono essenzialmente due, *ex officio* e su istanza di parte (*ad instantiam partis*), e che le rimanenti, variamente enumerate dalla dottrina, sono

² Benedict Carpozov (Wittenberg 1595 - Lipsia 1666) si laurea a Wittenberg nel 1619. Dopo un viaggio di formazione in Italia, Francia e Inghilterra, dal 1620 entra a far parte, a Lipsia, del tribunale scabinale (*Schöppenstuhl*) della Sassonia, nel quale opera per quasi tutta la vita pur rivestendo altri importanti incarichi giurisdizionali e amministrativi. Nel 1645 è nominato professore presso la facoltà legale dell'Università di Lipsia. Nel 1648 assume la presidenza dello *Schöppenstuhl*, che conserva fino alla morte con un intervallo dal 1653 al 1661, quando è chiamato a Dresda come consigliere del principe elettore di Sassonia. Oltre alla *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium* (frequentemente riedita fino al maturo Settecento), è autore di altre opere che mirano a una descrizione sistematica ed esauriente dei vari rami del diritto, tra le quali si segnalano la *Iurisprudentia forensis romano-saxonica* (Francoforte 1638), i *Responsa iuris electoralis* (Lipsia 1642), la *Iurisprudentia ecclesiastica* (Hannover 1649).

sempre riconducibili, a cominciare dalla *denunciatio*, a uno dei due moduli fondamentali. Carpzov abbandona però la via tracciata da Claro quando l'autore del *Liber Quintus* conduce il proprio ragionamento alle sue estreme e più interessanti conseguenze, sostenendo che in effetti l'*accusatio* non esiste più, e che l'iniziativa del privato serve solo a dare il via all'unico rito penale applicato in concreto dalle corti, l'*inquisitio*.

La conclusione di Claro – chiosa Carpzov – è forse valida per l'Italia, ma non appare altrettanto applicabile in Sassonia («in nostro foro»), ove

nelle cause criminali non vi è soltanto il giudice che inquisisce *ex officio*, e nelle stesse non è raro che si proceda per via d'accusa [...] cosicché negli affari criminali si procede in due modi, e cioè ordinariamente per via d'accusa, e per inquisizione («non tantum iudex ex officio inquirit in causis criminalibus, sed et in iisdem haud raro proceditur per viam accusationis [...] ut sic duplici modo in criminalibus procedatur, per viam scilicet accusationis ordinariae, et per inquisitionem»).

Nella prima metà del Seicento, dunque, nelle corti di Sassonia si continua ad applicare anche il procedimento accusatorio, che viene comunemente considerato 'ordinario'. A esso però si contrappone il procedimento *ex officio*, che solo impropriamente continua a essere definito 'straordinario' e talora 'sommario'. In realtà, secondo l'ulteriore testimonianza dello stesso Carpzov l'*inquisitio* nei tribunali della Sassonia («in foro saxonico») ha già da tempo acquisito il carattere dell'ordinarietà (e cioè di *remedium ordinarium*) e si avvia a svolgere un ruolo dominante presso tutte le corti del Sacro Romano Impero. Tale ruolo – prosegue Carpzov – è giustificato dal fatto che il procedimento *ex officio*, oltre a essere il procedimento proprio del diritto canonico, risulta ampiamente previsto e disciplinato negli statuti, nelle consuetudini e nelle legislazioni generali e particolari e, a ben guardare, può essere considerato del tutto lecito e ammissibile anche nel sistema del diritto romano-comune.

A tali considerazioni Carpzov ne aggiunge altre che indicano come egli non guardi affatto con sfavore alla progressiva sostituzione dell'*inquisitio* all'*accusatio*, e probabilmente la giudichi in qualche modo necessaria. Nota infatti il giurista sassone che senza l'iniziativa *ex officio* del magistrato e in mancanza di un privato accusatore «infiniti crimini e delitti rimarrebbero impuniti, non senza grave danno per la cosa pubblica» («infinita crimina ac delicta impunita remanerent, haud absque insigni rei publicae detrimento»), e riflette sul fatto che i processi condotti con il metodo accusatorio molto spesso durano anni e anni prima che si possa giungere alla sentenza definitiva e all'inflizione della pena; non pochi di questi processi, anzi, vengono del tutto interrotti per le più varie cause. A tali inconvenienti

si potrà ovviare molto facilmente mediante il processo inquisitorio, e cioè qualora il giudice senza molte tergiversazioni proceda in modo sommario per via d'inquisizione e, senza il lungo impedimento della lite, conseguita una sufficiente conoscenza della causa e certezza del delitto, irroghi la pena al delinquente, e stabilisca un esempio per il terrore degli altri («per processum inquisitorium facillime subveniri poterit: si nempe iudex absque multis ambagibus per viam inquisitionis summarie procedat, et absque

longo litis sufflamine, habita sufficienti causae cognitione et delicti certitudine, poenam delinquenti irroget, et in terrorem aliorum exemplum statuat»).

Il favore espresso da Carpzov per il procedimento *ex officio* è dunque manifesto. Esso non deve tuttavia far passare sotto silenzio la commendevole tensione garantistica con la quale il giurista sassone prende in considerazione talune perversioni connaturate alla fisiologia inquisitoria. Particolarmente deprecabili sono, a suo avviso, i limiti posti nei modelli inquisitori al diritto di difesa, che egli ritiene invece irrinunciabile e sacrosanto.

8.1.3. Johann Böhmer

Il pressoché definitivo abbandono delle forme accusatorie, già in crisi negli anni in cui Carpzov elabora le pagine testé considerate, è infine attestato per tutta la Germania – nella prima metà del XVIII secolo – da Johann Böhmer.³ Giurista accademico, Böhmer compone, accanto a una serie di *Observationes selectae* alla *Practica* di Carpzov (edite a Francoforte nel 1759), alcuni importanti lavori intesi a una piana esposizione della materia penale, tra i quali spiccano gli *Elementa Iurisprudentiae Criminalis* (Halle 1732), opera manualistica dal solido impianto, concisa e nel contempo ricca dal punto di vista dottrinale, destinata a una larga diffusione anche al di fuori dei confini tedeschi.

Negli *Elementa* il discorso sui modelli processuali viene introdotto da alcune annotazioni di carattere generale a prima vista assai esplicite, nelle quali si segnala in primo luogo che nell'amministrazione della giustizia penale «oggi ci serviamo di una duplice via: l'accusa e l'inquisizione» («hodie duplici via utimur: 1) accusatione, 2) inquisitione»), e in secondo luogo che la *denunciatio* «non costituisce una specie separata» («separatam speciem non constituit»), poiché «senza dubbio appartiene agli atti preparatori del processo inquisitorio» («procul dubio [...] ad praeparatoria processus inquisitorii pertinet»). Queste affermazioni di principio sono parzialmente contraddette dal fatto che Böhmer dedica uno spazio in realtà piuttosto esiguo all'*accusatio*. L'autore giustifica tale scelta in base alla precisa considerazione che

nella pratica dei tribunali a causa dei molteplici inconvenienti le accuse sono pressoché sconosciute, e per lo più nei delitti si procede in via di inquisizione («in foro ob plura incommoda accusationes fere ignorantur, et plerumque per modo inquisitionis propter delicta proceditur»).

In effetti, il processo inquisitorio (che, secondo Böhmer, storicamente ha una matrice essenzialmente canonistica) viene ormai applicato regolarmente pressoché in tutta la Germania («hodie [...] pro regula [...] fere per totam Germaniam»). Di conseguenza, è

³ Johann Samuel Friedrich Böhmer (Halle 1704 - Francoforte sull'Oder 1772), figlio del noto canonista Justus Henning Böhmer e fratello di un altro giurista di vaglia, Georg Ludwig Böhmer, si laurea nel 1725 a Halle, ove l'anno successivo è cooptato come professore di diritto criminale. Consigliere aulico di Federico II di Prussia, nel 1750 si trasferisce su richiesta del sovrano presso l'*Universitas Viadrina* di Francoforte sull'Oder, della quale diviene Rettore. Oltre agli *Elementa Iuris Criminalis* e alle *Observationes selectae ad Benedicti Carpzovii Practicam novam rerum criminalium* pubblica a Halle nel 1770 le *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*.

principalmente all'inquisizione che si deve guardare se si vuole impostare correttamente l'indagine relativa al procedimento penale:

La seconda specie di processo criminale viene condotta attraverso l'inquisizione, che, poiché oggi è maggiormente utilizzata, dovrà essere illustrata con maggiore diligenza («*Altera species processus criminalis inquisitione peragitur, quae, quia hodie usitator est, paulo diligentius exponenda erit*»).

Le conclusioni di Böhmer, singolarmente simili nel contenuto a quelle elaborate qualche decennio più tardi da Richeri, non fanno che confermare come l'esperienza dottrinale osservata in precedenza presso i giuristi della penisola appartenga in realtà, pur con taluni scarti cronologici e fatte salve le particolarità locali, a una larga porzione della scienza penalistica europea.

Negli ultimi secoli del diritto comune in questi criminalisti europei, che ovviamente non ignorano la realtà del sistema nel quale si trovano a operare, l'abitudine a soffermarsi anche sul modello accusatorio risponde non tanto a esigenze pratiche e concrete, quanto al rispetto per una tradizione dottrinale e accademica da secoli superata dalle nuove strutture giudiziarie e normative alle quali non possono fare a meno di riferirsi. In particolare, si deve sottolineare come non pochi tra i criminalisti attivi a livello continentale tra XVI e XVIII secolo appaiano fortemente condizionati dai numerosi e importanti provvedimenti legislativi a carattere territoriale e statutale che dalla fine del Quattrocento, come abbiamo visto, segnano profondamente la vicenda in esame.

È sulle reazioni a tali normative che conviene allora spostare la nostra attenzione, e in particolare sulle critiche che esse provocano in quella parte della dottrina penalistica europea meno disposta a lasciarsi coinvolgere dal sistema e più interessata a percorsi di rinnovamento scientifico.

8.2. Le reazioni alle grandi ordinanze cinquecentesche

Abbiamo già più volte rimarcato come intorno alla prima metà del XVI secolo le procedure inquisitorie appaiano sufficientemente collaudate nella prassi dei tribunali italiani ed europei, grazie anche agli affinamenti tecnici elaborati dalla dottrina che, dopo avere preso atto con qualche incertezza degli indirizzi pratici, ha poi contribuito efficacemente alla definizione del nuovo modello da un punto di vista teorico e dogmatico. Abbiamo poi visto come questa situazione venga sanzionata a livello legislativo, oltralpe ancor più che in Italia, da una nutrita serie di provvedimenti che, come espressione di uno Stato volto alla centralizzazione, al controllo sociale e all'affermazione della propria autorità, contribuiscono a delineare in modo conclusivo regole, istituti e caratteri distintivi del processo penale inquisitorio di Antico Regime nella sua fase più matura (*Ordonnance* di Blois, *Ordonnance* di Villers-Cotterêts, *Constitutio Criminalis Carolina*, ecc.).

La maggior parte della dottrina penalistica – come abbiamo rilevato in precedenza – non fa altro che prendere atto delle novità legislative per continuare in quell'indirizzo

favorevole all'*inquisitio* che ormai dal XIII secolo è presente nel panorama europeo. E in talune occasioni questi giuristi 'di sistema' si basano sulle nuove normative territoriali o statuali per dar vita a opere di discreto o notevole livello, quali la già citata *Practica nova* di Carpzov o, in Francia, la *Pratique judiciaire* di Jean Imbert, attento e rispettoso espositore delle strutture giudiziarie della sua patria.⁴

Nondimeno, è proprio nel corso del Cinquecento, e proprio in seguito all'insorgere di un moto di indignazione nei confronti dell'espandersi a livello statale di forme processuali arbitrarie e violente, che si manifestano le prime decise voci di aperto dissenso rispetto alla tendenza dominante. Non è casuale che tali voci si facciano sentire – da parte di giuristi sia accademici che pratici – dapprima negli ambiti territoriali direttamente interessati dalle normative testé richiamate, e cioè in Germania e, con veemenza ancora maggiore, in Francia. Né è casuale che questi giuristi si dimostrino, in più di un'occasione, particolarmente sensibili alla nuova cultura e alle nuove sensibilità umanistiche, destinate a giocare un ruolo non indifferente nei successivi sviluppi del dibattito in esame.

8.3. I primi passi dell'opposizione dottrinale al modello inquisitorio

Le istanze critiche prodotte dall'«indignazione degli umanisti»⁵ nei confronti dei metodi e delle procedure con cui, in forza delle nuove legislazioni statali e territoriali, viene amministrata una giustizia punitiva percepita come iniqua e persecutoria non sono, almeno in un primo momento, molto numerose. Esse appaiono nondimeno particolarmente significative, in quanto rappresentano la spia dell'avvio di importanti mutamenti nella percezione dei problemi del processo penale.

In Germania, una posizione piuttosto scettica in ordine alla disciplina introdotta dalla *Constitutio Criminalis Carolina* viene espressa in un'opera pubblicata a Basilea nel 1583, le *Constitutiones Carolinae publicorum iudiciorum in ordine redactae cumque iure communi collatae*. L'autore, Nikolaus Vigel (Nicolaus Vigelius),⁶ vi conduce un serrato e puntuale esame delle scelte e dei contenuti della normativa imperiale del 1532 ponendo a confronto i difetti delle strutture inquisitorie della *Carolina* con i pregi dell'impostazione accusatoria propria della tradizione romanistica. Le convinzioni espresse nell'opera sono dunque radicalmente filoromaniste, e si accompagnano a una netta presa di distanza dall'idea stessa di una politica nazionale del diritto.

⁴ Jean Imbert (Thairé d'Aunis 1494 - Fontenay-Le-Comte 1560), avvocato a Fontenay-Le-Comte e, dopo una trentennale carriera forense, luogotenente criminale presso il tribunale regio della medesima città, dà alle stampe nel 1538 le *Institutiones Forenses Galliae*, che ben presto integra e ripubblica (nel 1545) ponendo al centro della propria esposizione i contenuti dell'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts del 1539. L'opera è tradotta in francese dallo stesso autore nel 1548, e viene in seguito ripubblicata, nella versione latina o in quella francese (che reca come titolo *Les institutions forenses, ou pratique judiciaire* ovvero *La pratique judiciaire, tant civil que criminelle*), ed è solitamente corredata dal ricco commento di Pierre Guenois a cadenza quasi decennale fino all'ultima edizione del 1727. La *Pratique* di questo giurista di provincia diviene così, per quasi due secoli, un solido punto di riferimento per la processualistica civile e criminale d'oltralpe.

⁵ Giorgia Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 81.

⁶ Nikolaus Vigel (Treysa 1529 - Marburg 1600) è professore di diritto criminale presso l'Università di Marburg.

In Francia, le proteste contro l'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts del 1539 assumono toni piuttosto vivaci negli scritti di Jean Constantin, di Charles Du Moulin e, in primo luogo, di Pierre Ayrault.

Jean Constantin, avvocato presso il Parlamento di Bordeaux, scrive nel 1543 e dà alle stampe a Parigi nel 1545 i *Commentaria in leges regias seu ordinationes de litibus brevis decidendis recenter editas*, informati alla tradizionale metodologia scolastico-dialettica e caratterizzati da un ricco apparato dottrinale. L'autore si propone di dimostrare come in Francia da un lato vi sia stata una rilevante influenza della criminalistica dotta italiana (ad esempio in materia probatoria), e dall'altro si sia registrato uno sviluppo almeno in parte autonomo del modulo inquisitorio – culminato nell'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts – con caratteri assai più rigidi e repressivi di quelli riscontrabili altrove. Constantin si oppone apertamente a questa scelta e all'eccesso di severità che ne consegue, e appunta le proprie critiche specialmente sui limiti posti alla difesa tecnica in seguito all'esclusione degli avvocati dalla procedura.

Charles Du Moulin – che dedica all'*Ordonnance* del 1539 un apposito *Commentaire*⁷ – suggerisce da parte sua di restringere per quanto possibile, mediante una attenta esegesi testuale, la portata degli articoli maggiormente segnati dall'«iniquità barbarica» («barbarica iniquitas»), segnatamente in ordine alla compressione dei diritti della difesa. Sul punto, Du Moulin non esita a prendersela direttamente con le «tiranniche opinioni» dell'estensore dell'*Ordonnance*, l'«empio» («impius») cancelliere Guillaume Poyet. In particolare, egli si compiace del fatto che l'«iniquissima durezza grazie alla quale anche la difesa viene tolta» («duritiem iniquissimam per quam etiam defensio aufertur») si sia ripercossa per volontà divina sullo stesso Poyet. In occasione del processo a carico del cancelliere per peculato, concussione ed abuso di potere (sfociato nel 1545, come abbiamo visto, in una pesante condanna) i giudici hanno infatti deciso di continuare ad applicare il rigido divieto inserito da Poyet nell'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts («sed nunc iudicio Dei redundat in authorem, quia maior pars iudicum voluit hanc servare constitutionem»), e gli hanno negato – rileva non senza soddisfazione Du Moulin – qualsiasi possibilità di accedere alla difesa tecnica.

8.4. Polemica umanistica e idealizzazione del modello accusatorio nell'opera di Pierre Ayrault

Le pagine di maggiore interesse e di maggiore tensione ideale nella polemica contro le forme inquisitorie sanzionate dalle legislazioni statali che si sviluppa in Francia nel

⁷ Charles Du Moulin (Parigi 1500 – ivi 1566) è uno dei protagonisti della cultura giuridica europea del XVI secolo: esponente di spicco della Scuola Culta, è il principale commentatore della Consuetudine di Parigi. I suoi *Commentaires* all'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts sono consultabili nel secondo volume dell'*Opera omnia* (Parigi 1581) e in un'edizione apparsa a Parigi nel 1637 (*Commentaire de maître Charles Du Moulin sur l'Ordonnance du grand roy François I.er de l'an 1539*).

corso del Cinquecento sono quelle scritte da Pierre Ayrault, luogotenente criminale (come Jean Imbert) presso la corte regia di una città di provincia, Angers.⁸

Ayrault pubblica a Parigi nel 1576 *De l'ordre et instruction judiciaire, dont les anciens Grecs et Romains ont usé en accusations publiques, conferé à l'usage de nostre France*, opera nella quale si propone di indicare, mediante la comparazione con i diritti dell'antichità, i principali difetti e i più gravi pericoli insiti nella procedura penale inquisitoria adottata in Francia. L'indagine prende le mosse da una approfondita conoscenza delle forme processuali greca e romana, caratterizzate dalla scelta accusatoria e quindi dall'iniziativa del privato, dalla pubblicità, dall'oralità e dalla tutela della difesa. In seguito, il ragionamento si sviluppa adottando un metodo storico-filologico che, ignorando espressamente le dotte citazioni dottrinali e tutto il bagaglio tecnico della tradizione bartolistica, non disdegna di utilizzare fonti metagiuridiche e di fare ricorso, volta a volta, alla satira, all'ironia e all'invettiva.

Il vasto affresco che ne risulta vuole dimostrare in ultima analisi il carattere di eccezionalità del procedimento inquisitorio descritto dai criminalisti pratici e disciplinato dalle ordinanze regie. Questa eccezionalità è dovuta, secondo Ayrault, a una pluralità di fattori, tra i quali spiccano i poteri immensi e arbitrari di magistrati che sono al contempo accusatori e giudici, la «funesta» rilevanza della segretezza e della scrittura, l'iniquo sistema probatorio, la quasi completa esclusione della difesa, la presenza di singoli istituti dai connotati perversi (come ad esempio il carcere preventivo). A questi fattori deve essere poi aggiunta la tutela del tutto insufficiente degli aspetti formali del processo, considerati elemento essenziale dello stesso in quanto «la giustizia altro non è se non formalità» («justice n'est proprement autre chose que formalité»). Il vigente metodo processuale appare dunque contrario non solo alle prescrizioni dei diritti antichi, ma anche all'equità, all'umanità e allo stesso diritto naturale e, se non può essere eliminato, deve almeno essere applicato con la massima moderazione e con le più attente cautele.

La scelta di campo di Ayrault e di altri giuristi per lo più – ma non esclusivamente – di area culta non sembra avere immediate e concrete ripercussioni, e non modifica minimamente la tendenza in atto nella pratica e nella legislazione. Nondimeno, tale presa di posizione costituisce una tappa fondamentale nell'evoluzione del pensiero processualpenalistico europeo. Con Ayrault, infatti, lo studio umanistico del diritto romano cessa di rappresentare un orientamento prevalentemente culturale e di gusto antiquario per caricarsi di precisi significati ideologici e talora politici di carattere alternativo. L'indirizzo culto si salda in questo momento con l'opposizione di matrice dottrinale al modello processuale dominante, l'*inquisitio*, e dà il via a quella idealizzazione del procedimento accusatorio dell'antichità classica destinato in prospettiva a influenzare in modo non superficiale gran parte della critica razionalista e illuminista.

⁸ Pierre Ayrault (Angers 1526 - ivi 1601) compie gli studi legali a Tolosa e a Bourges – la culla transalpina dell'indirizzo umanistico – e, dopo avere esercitato a lungo l'avvocatura a Parigi, viene nominato luogotenente criminale nella sua città natale, ove ricopre tale carica fino alla morte.

8.5. Tiberio Deciani e la ‘riscoperta’ del modello accusatorio romano

La portata storica e le cause delle opzioni compiute a partire dalla metà del Cinquecento da una parte tutto sommato esigua ma certo significativa della dottrina criminalistica europea risultano assai più comprensibili se si considera che proprio in quegli anni, proprio grazie alla spinta del rinnovamento culturale di matrice umanistica, giunge a compiuta maturazione il recupero sul piano storico e filologico dei moduli dell'*accusatio* romana. Non si tratta di un'operazione meramente antiquaria: essa contribuisce infatti a sottolineare l'esistenza di un altro modo di concepire e condurre il rito penale, del tutto alternativo a quello che, all'epoca, si sta prepotentemente affermando in tutta Europa sulla spinta della incipiente centralizzazione degli apparati pubblici.

Un ruolo di primo piano in tale operazione di riscoperta e di recupero del modello accusatorio romano è svolto dal *Tractatus Criminalis* del giurista udinese Tiberio Deciani, penalista tra i più originali e culturalmente aggiornati del suo tempo.⁹

In effetti, il *Tractatus* di Deciani, composto negli anni Settanta del Cinquecento e pubblicato postumo a Venezia nel 1590, costituisce «un memorabile evento scientifico»¹⁰ (Franco Cordero) e, almeno per quanto riguarda la dottrina italiana, una delle espressioni più alte della dottrina penale cinquecentesca. L'opera si segnala innanzitutto per l'abbandono delle strutture espositive tradizionali, legati agli schemi delle *Practicae* e basati su un approccio di tipo casistico e procedurale. Per quanto riguarda il diritto penale sostanziale, a tale impostazione si sostituisce un'analisi centrata su nuove strutture metodologiche e dogmatiche che ruotano attorno all'individuazione di principi e concetti generali (*generalia delictorum*). Questa è indubbiamente la parte più nota del *Tractatus* di Deciani, ma anche dalla parte più strettamente processuale dell'opera – che pure è quella che risente maggiormente della sua incompiutezza – emergono alcuni elementi che risultano di particolare interesse ai fini della presente indagine.

Il primo di tali elementi è costituito dal pieno riconoscimento della centralità dell'originario modello accusatorio romano che, nelle pagine di Deciani, risulta depurato dalle sovrastrutture dottrinali accumulate a partire dal basso Medioevo e in particolare dalle contaminazioni con forme diverse (e in primo luogo con l'*inquisitio*). Il secondo elemento importante è individuabile nella stessa collocazione sistematica dei moduli inquisitori, che nel *Tractatus* vengono presi in considerazione in ambito separato, e precisamente nell'originario ambito canonistico, in diretto collegamento con la repressione dei reati di eresia. Il terzo elemento è dato da una serie di osservazioni critiche che toccano singoli aspetti del procedimento inquisitorio e che inducono Deciani a manifestare perplessità sulla tortura e a raccomandarne un uso limitato, ad auspicare il

⁹ Tiberio Deciani (Udine 1509 - Padova 1582), si laurea a Padova nel 1529 ed esercita con successo l'avvocatura a Udine e (dal 1544) a Venezia. Dal 1546 al 1549 è incaricato di assistere i nobili veneziani che svolgono funzioni di governo nella Terraferma (a Vicenza, Padova e Verona). Dal 1549 alla morte insegna diritto criminale e diritto civile all'Università di Padova, e svolge attività di consulenza sia privata che in favore della Serenissima, della quale è nominato nel 1578 Consultore *in iure*. Oltre al postumo e incompiuto *Tractatus Criminalis*, è autore della *Apologia pro iurisprudentibus* (Venezia 1579), nella quale muovendo da una profonda cultura umanistica e in risposta alle critiche di Andrea Alciato difende ed esalta la funzione interpretativa del giurista come indispensabile momento di sintesi tra la speculazione teorica e le esigenze concrete della prassi.

¹⁰ Franco Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1986², p. 300.

divieto delle domande suggestive, ad affermare l'inviolabilità del diritto di difesa in quanto fondato sul diritto naturale, a invocare il rigoroso rispetto delle forme (essenziale per la validità della sentenza), a esaltare gli aspetti deontologici dell'attività del giudice.

In Deciani sono dunque contemporaneamente presenti: a) una concezione del processo penale ordinario plasmata sull'*accusatio* delle fonti antiche (anche di natura letteraria e comunque metagiuridica); b) una precisa idea dell'autonomia e della superiorità di tale forma rispetto ad altri possibili modelli concorrenti; c) e infine una tendenza a riposizionare il modello inquisitorio entro i limiti originari – e ben presto travalicati – segnati dall'impiego nella lotta contro ogni forma di eresia.

Alla luce di queste osservazioni, il *Tractatus Criminalis* può a buon diritto essere idealmente affiancato alle produzioni dottrinali di matrice umanistica – peraltro assai più definite sul piano ideologico – che, come abbiamo visto, negli stessi anni conducono oltralpe una serrata critica al metodo processuale vigente. E come la dottrina d'oltralpe, anche il trattato di Deciani contribuisce a indicare la via al più limpido fautore seicentesco dell'ideale accusatorio, Anton Matthaeus.

Capitolo 9

Proposte e discussioni nell'età del razionalismo giusnaturalista: Anton Matthaeus e Christian Thomasius

9.1. Il 'manifesto' di Anton Matthaeus

Il *De Criminibus* di Anton Matthaeus, giurista di origine tedesca ma attivo in un'area culturale particolarmente stimolante nel XVII secolo quale quella del diritto romano-olandese,¹ appare sulle scene editoriali a Utrecht e ad Amsterdam nel 1644 e, dopo qualche difficoltà, conosce nel corso del XVIII secolo una sempre più larga diffusione. Tale fortuna è dovuta al fatto che all'opera viene gradatamente attribuito il ruolo di precoce 'manifesto' del nascente movimento culturale volto al superamento del sistema penale diffusosi nell'Europa di Antico Regime e del correlativo modello processuale inquisitorio. Da questo punto di vista non devono quindi stupire né la frequenza con cui le pagine del *De Criminibus* sono citate nella letteratura giuridica settecentesca maggiormente sensibile alle idee dell'Illuminismo, né il cospicuo numero di riedizioni che è dato di registrare, anche in Italia, fino ai primi decenni dell'Ottocento.²

Seguendo senza eccessivo rigore lo schema fondamentale offerto dai libri 47 e 48 del Digesto (i *libri terribiles* dedicati alla materia penale), Matthaeus sviluppa con talento sistematico un'ampia analisi nella quale la riproposizione delle strutture accusatorie romane, attuata con accuratezza storica e filologica, costituisce il quadro organizzativo di una esplicita critica dell'ordinamento vigente, ispirata dal presupposto umanistico e liberamente condotta su basi razionali e con toni ormai giusnaturalistici. Grazie a questa impostazione, la forma del processo assurge a nesso fondamentale di tutta la problematica penale, e lo scioglimento di tale nodo viene a rappresentare la condizione indispensabile per l'edificazione di quel compiuto e rinnovato sistema sostanziale e processuale che sembra essere l'obiettivo primario dell'opera in esame.

¹ Anton Matthaeus (Herborn 1601 - Utrecht 1654) appartiene a una dinastia di giuristi che annovera tra XVI e XVII secolo almeno cinque esponenti di medio o alto livello. Nato in Germania, segue il padre (che si chiama come lui Anton) quando questi si trasferisce nei Paesi Bassi nel 1625. Laureatosi a Groningen nel 1628, insegna materie giuridiche presso il ginnasio di Harderwijk e dal 1634 presso la Scuola Superiore di Utrecht, elevata al rango di università nel 1636. Più volte rettore dal 1642, è impegnato in una intensa attività di produzione giuridica in diversi rami del diritto, e collabora in più occasioni con l'amministrazione municipale di Utrecht.

² In Italia il *De Criminibus ad lib. XLVII et XLVIII Digesti Commentarius* vanta tre edizioni: nel 1772 a Napoli, nel 1803 a Pavia e nel 1824-25 a Firenze. L'edizione pavese è curata da Tommaso Nani come libro di testo per i suoi corsi di diritto e procedura penale presso l'Università di Pavia.

9.1.1. La proposta accusatoria

Accusare significa, secondo Matthaëus, investire il giudice della decisione circa un crimine allo scopo di irrogare pubblicamente al colpevole la pena prevista dall'ordinamento («*accusatio nihil aliud est, quam criminis ad iudicem delatio, atque exequutio, vindictae publicae causa facta*»). L'accusa si distingue concettualmente sia dalla semplice denuncia, sia dall'azione civile. La denuncia è infatti un mero atto informativo totalmente esente dalla regolamentazione formale e dagli adempimenti che invece caratterizzano l'accusa, enfatizzando il ruolo e la responsabilità che si assume l'accusatore. Con l'azione civile, invece, difendiamo o recuperiamo come privati cittadini ciò che ci appartiene, mentre con l'accusa si persegue la pubblica punizione del colpevole.

Poste queste premesse, Matthaëus svolge una lunga e articolata trattazione del modello accusatorio nel titolo XIII del *De Criminibus*, a sua volta suddiviso in ben undici capitoli consacrati prevalentemente alle tre persone del giudizio (l'accusatore, l'accusato, il giudice) e all'illustrazione delle garanzie formali che lo caratterizzano (il libello accusatorio, la contestazione della lite, la citazione, il giuramento di calunnia che spetta all'accusatore). Da tale trattazione emerge la precisa convinzione che l'*accusatio* debba essere considerata metodo regolare e ordinario non solo in ordine all'avvio del procedimento, ma anche per tutte le fasi dello stesso fino all'esecuzione della sentenza.

Utilizzando razionalmente norme e istituti desunti per lo più da fonti classiche o giustiniane, Matthaëus isola e definisce una nitida struttura processuale prevalentemente orale, pubblica in ogni sua fase, incentrata sull'appartenenza del diritto d'accusa a ogni individuo (al «*quivis e populo*»), non sorda a istanze garantiste e umanitarie (come nel caso della rigida e restrittiva posizione in tema di tortura), e informata a criteri di certezza limitatrice della discrezionalità del giudice, segnatamente in ordine alla possibilità, in caso di insufficiente prova legale, di irrogare pene arbitrarie o di procedere a un'assoluzione non definitiva (*absolutio ab instantia*).

9.1.2. La delimitazione dell'inquisizione e il caso degli Statuti di Utrecht

Matthaëus non è però giurista interessato solamente a tematiche astratte o a costruzioni teoriche. Egli infatti, se anticipa taluni temi destinati a essere ripresi dalla critica illuminista anche più radicale, dimostra di essere ben presente alla realtà della sua epoca quando prende in considerazione e discute, nel centesimo e ultimo titolo del *De Criminibus*, i caratteri e l'ampia diffusione dell'*inquisitio*, l'unico modello processuale che a suo avviso risulti concretamente alternativo all'*accusatio*.

Anche in questo caso si parte dalla definizione. La parola *inquisitio*

denota quei giudizi, mediante i quali il giudice agisce *ex officio* nei confronti dei rei, sebbene nessuno si sia sottoscritto come accusatore del crimine («*denotat ea iudicia, quibus iudex ex officio in reos inquirat, atque animadvertit, licet nullus in crimen inscripserit accusator*»).

Il criterio distintivo tra i due metodi risiede dunque nel fatto che l'uno è incentrato sull'iniziativa processuale del privato accusatore, l'altro sull'attività *ex officio* del magistrato. Quanto alla diffusione, vi è stato un tempo – segnatamente l'età antica – nel quale

l'accusa era la modalità più frequente e per così dire ordinaria per giungere alla punizione dei crimini; l'inquisizione da parte sua, in quanto più rara, era un modo pressoché straordinario di perseguire i colpevoli («*accusatio erat frequentissima, et ut ita loquar, ordinaria vindicandorum criminum ratio; inquisitio autem, quoniam rarior, quasi extraordinarius peragendi reos modus*»).

Sulla base di questa osservazione, Matthaeus liquida in poco più di una paginetta l'«*ordo inquisitorius*», sottolineando come esso rappresenti nella compilazione giustiniana un aspetto secondario del modello processuale romano.

Le cose funzionano però in modo assai diverso nei Paesi Bassi – e ovviamente nell'intera Europa continentale – del XVII secolo, e a dimostrare tale verità stanno anche le rubriche 34, 35 e 36 degli Statuti di Utrecht, la città ove l'autore vive e lavora. In queste rubriche non appare alcuna menzione della figura dell'accusatore privato, mentre tutte le iniziative e le attività processuali fanno capo al solo *Schout*, e cioè – secondo la traduzione latina utilizzata dallo stesso Matthaeus – al pretore («*praetor*») di Utrecht:

Nel diritto municipale di questa città non vi è pressoché nessuna menzione dell'accusatore; tutto il discorso si rivolge allo *Schout* («*Accusatoris in iure municipali civitatis huius mentio vix nulla; sermo omnis ad praetorem dirigitur*»).

La causa diretta di tutto ciò è facilmente individuabile:

Non è difficile comprendere per quale motivo ciò accada; infatti i privati hanno pressoché cessato di accusare, e solamente il procuratore fiscale e lo *Schout* svolgono questa funzione («*Cur id fiat, non est obscurum; fere enim desierunt accusare privati, solusque fisci procurator, atque praetor eo munere defunguntur*»).

Matthaeus non pare molto interessato a stabilire le remote origini di questa situazione. Piuttosto, si preoccupa in primo luogo di illustrare il procedimento inquisitorio seguito a Utrecht, e tenta in secondo luogo di ritagliare in esso, nonostante i silenzi della fonte locale, uno spazio il più ampio possibile per l'iniziativa del privato.

A prima vista a Utrecht il singolo non sembra avere alcun diritto all'*accusatio*: in caso contrario gli Statuti ne avrebbero almeno fatto cenno, e invece tale facoltà risulta sottratta al cittadino in ogni parte della stessa normativa. A ciò si aggiunga che sia in Francia che in Belgio viene bensì concesso di agire civilmente per i danni e gli interessi o di denunciare, ma non di accusare. Ciò nonostante,

ritengo maggiormente corrispondente al vero che ai privati, e segnatamente a coloro che perseguono offese subite personalmente o dai loro prossimi, non debba essere negata la facoltà di accusare («*verius existimo, privatis, inprimis iis qui suam suorumve iniuriam persequuntur, non esse denegandam accusandi facultatem*»).

Decisiva per tale presa di posizione è quella norma degli Statuti di Utrecht che prescrive di ricorrere allo *ius commune* nel silenzio della legislazione locale. Negli Statuti manca infatti una specifica disciplina dell'*accusatio*, e se si fa menzione del solo *Schout* ciò accade perché sono in realtà pochissimi gli accusatori privati, e non perché essi non siano assolutamente ammessi. Confortato anche da una normativa territoriale, le *Instructiones Curiae Provinciae* (che accennano appunto al diritto comune come fonte di disciplina dell'*accusatio*) e dalle consuetudini della vicina provincia dell'Olanda (che permettono l'esercizio dell'accusa al soggetto passivo del reato), Matthaëus conclude che si devono senz'altro interpretare gli Statuti di Utrecht, se non nel senso di un pieno riconoscimento a ogni cittadino del diritto d'accusa, quantomeno nel senso di un riconoscimento di tale diritto alle vittime del reato («ad quos iniuria pertinet»).

9.1.3. La spia di un'evoluzione culturale

Dopo avere dedicato quasi ogni pagina del *De Criminibus* a un grandioso affresco storico-giuridico, Matthaëus conclude la propria fatica conducendo una piccola e circoscritta battaglia a favore del riconoscimento, in una situazione locale – quella della città di Utrecht – che non appare molto propizia, della rilevanza dell'iniziativa processuale privata. Il ragionamento si sviluppa con attenzione, talora con sottigliezza, e sfrutta abbondantemente gli strumenti offerti dalla logica e dalla tecnica giuridica, non disdegnando di ricorrere anche alla filologia e alla comparazione. Ma si tratta pur sempre di una battaglia difensiva, sospesa fra un prudente scetticismo e l'indicazione di alternative per momento concretamente impercorribili.

Tra le righe del discorso si avverte pienamente il disagio del giurista che, reduce da una appassionata e dotta ricostituzione accusatoria del sistema penale, si trova di nuovo immerso nella quotidiana realtà inquisitoria, una realtà che non solo permea tutti i settori e tutti i livelli dell'amministrazione della giustizia, ma che si è ormai saldamente inserita anche nelle abitudini e nelle opinioni della gente. È forse da questa nitida coscienza dei caratteri e dell'apparente saldezza delle strutture vigenti che scaturisce quella sensazione di disappunto e di impotenza che sembra talora contraddistinguere i capitoli del *De Criminibus*.

Nondimeno, la testimonianza di Matthaëus non deve essere affatto giudicata sterile. Il suo itinerario di ricerca non si esaurisce infatti in una battaglia di retroguardia intesa a salvare il salvabile di un modello ideale, tecnicamente perfetto, personalmente prediletto, ma concretamente irrealizzabile. Al contrario, i contenuti del *De Criminibus* costituiscono il segnale più evidente che i tempi e la stessa cultura giuspenalistica europea stanno rapidamente evolvendosi, tanto nel metodo quanto nei contenuti, verso forme e atteggiamenti nuovi, destinati a trovare piena maturazione e compiuta espressione durante l'Età dei Lumi.

9.2. Verso la polemica illuminista: Christian Thomasius

La prima presa di posizione relativa al rapporto tra accusa e inquisizione per la quale si possa spendere con una certa tranquillità l'aggettivo 'illuminista' è rintracciabile, con ogni probabilità, in una dissertazione accademica pubblicata da Christian Thomasius³ a Halle nel 1711 e intitolata *De origine processus inquisitorii*.

Questa dissertazione si inserisce a pieno titolo in una lunga serie di brevi scritti polemici e didattici nei quali l'autore – che si guadagnò per la grande notorietà e per l'enorme prestigio accademico l'appellativo di *Praeceptor Germaniae* – conduce una serrata revisione critica del sistema penale vigente nell'Europa del tardo diritto comune. Tali opuscoli hanno per oggetto, volta a volta, la bigamia,⁴ l'eresia,⁵ la magia,⁶ la stregoneria⁷ e – forse lo scritto più noto – la tortura (della quale si auspica la totale abolizione),⁸ e fanno del loro autore il primo grande esponente della moderna penalistica liberale, mettendone in evidenza lo spirito pragmatico e riformatore, le notevoli capacità di divulgatore anche delle più innovative teorie e, giova sottolinearlo, la precoce conoscenza del modello inglese.

La *Dissertatio de origine processus inquisitorii* sviluppa in 55 paragrafi (breve, quasi telegrafici, ma corredati da un ricco apparato di note) la tesi secondo cui l'origine storica del procedimento inquisitorio diffuso – con la sola eccezione dell'Inghilterra, ove vige soltanto il processo accusatorio («in Anglia ubi solus viget processus accusatorius») – in tutta Europa all'inizio del XVIII secolo, deve essere ricercata nel diritto canonico, e precisamente nei provvedimenti volti alla repressione dei movimenti ereticali emanati all'inizio del XIII secolo a opera di Innocenzo III. Con tale strumento giurisdizionale i pontefici avrebbero inteso perpetuare, sotto l'apparenza della giustizia («sub specie iustitiae»), il loro potere sui laici, a lungo acquisito con vari artifici («imperium in laicos, variis artibus diu quaesitum»). Al di là di questo dichiarato intento polemico, lo scritto si segnala in quanto esso tocca, *ex professo* o indirettamente, tutte le tematiche che saranno ben presto riprese e approfondite dalla critica riformista settecentesca.

³ Christian Thomasius (Lipsia 1655 - Halle 1728) è uno dei massimi esponenti del giusnaturalismo e del giusrazionalismo europeo a cavallo tra XVII e XVIII secolo. Laureatosi nel 1672 in filosofia e nel 1679 in giurisprudenza, opera a Lipsia come avvocato penalista e insegnante privato fino al 1690, quando si trasferisce a Halle ove di dedica all'insegnamento universitario.

⁴ *De crimine bigamiae*, Halle 1685. Le ragioni della repressione della bigamia risiedono, secondo Thomasius, nel turbamento della pace sociale e non nei principi di diritto naturale.

⁵ *Problema iuridicum an haeresis sit crimen*, Halle 1697. L'eresia non deve essere perseguita penalmente dallo Stato perché rappresenta uno sviamento dell'intelletto e non della volontà, mentre i reati si qualificano appunto in base alla volontà; d'altro canto, l'eresia è opinione, e il mero pensare al reato non è punibile.

⁶ *De crimine magiae*, Halle 1701. Il reato di magia non è configurabile per mancanza di oggetto: lo Stato non deve sanzionare penalmente comportamenti inefficaci e che sono riprovati, in seguito a una falsa rappresentazione della realtà, solo dalla morale religiosa o dalla superstizione.

⁷ *De origine processus inquisitorii contra sagas*, Halle 1712.

⁸ *De tortura ex foris christianorum proscribenda*, Halle 1705. Dopo avere descritto i caratteri dell'istituto, definito «violenta ricerca della verità fatta attraverso i tormenti» («violenta veritatis per tormenta facta inquisitio»), Thomasius ne auspica l'abolizione in quanto appare contrario alla morale e all'umanità, non si addice allo «stato civile», ha i caratteri della pena anticipata, viola il diritto e la libertà di autodifesa, e può infine causare la confessione dell'innocente.

9.2.1. La definizione e i caratteri distintivi del processo inquisitorio

Thomasius prende le mosse da una definizione del processo inquisitorio che merita di essere attentamente considerata, in quanto, oltre a presentarsi come assai più ricca, articolata e problematica rispetto a quelle incontrate fino a questo momento, rispecchia con puntualità l'effettiva situazione dell'amministrazione della giustizia penale nell'Europa del primo Settecento:

Il processo inquisitorio [...] è un modello di giudizio, secondo il quale il giudice persegue *ex officio* sulla base di determinati indizi l'autore di un commesso delitto, e in base alle differenti circostanze lo costringe in carcere e, mancando per lo più le prove, lo sottopone in vari modi a tortura per strappare la sua confessione, e dopo la tortura o assolve l'imputato, o lo condanna a subire la pena che è costume infliggere, ed esegue quella pena secondo un determinato ordine prescritto o normalmente seguito («*Inquisitorius processus [...] est ordo iudicialis, secundum quem iudex ex officio secundum normam indiciorum quorundam inquit in delicti alicuius commissi auctorem, eumque secundum diversitatem circumstantiarum carcere excludit, ac deficientibus plerumque probationibus ad eruendam eius confessionem varis modis torquet, ac post torturam reum vel absolvit, vel condemnat ad poenam moribus receptam patiendam, eamque poenam secundum certum ordinem praescriptum vel usitatum exequitur*»).

La definizione è intesa, secondo il disegno dell'autore, a evidenziare le più rilevanti differenze tra *inquisitio* e *accusatio*, ed è accompagnata da una serie di note esplicative dalle quali traspare una prima scelta di campo a favore del secondo tra i due modelli. Le antinomie segnalate da Thomasius meritano di essere prese in attenta considerazione, in quanto molte di esse diventeranno veri e propri cavalli di battaglia dalla polemica illuminista del maturo Settecento. Esse possono essere riassunte nel modo seguente.

a) Il processo inquisitorio è condotto essenzialmente *ex officio*, e cioè senza un vero accusatore («*sine accusatore vero*»); ne consegue che in tale forma processuale il magistrato sostiene sempre e contemporaneamente i due diversi ruoli di attore e di giudice.

b) Nel processo inquisitorio gli indizi, secondo una scala di gravità, possono essere sufficienti: 1) per iniziare una specifica indagine (*inquisitio specialis*) nei confronti di una determinata persona (*indicia ad inquisitionem*); 2) per la cattura dell'imputato (*indicia ad capturam*); 3) per la sottoposizione di quest'ultimo alla tortura (*indicia ad torturam*). Non possono però mai essere sufficienti per la condanna alla pena edittale, in quanto non forniscono una certezza assoluta (essendo «*argumenta dubia*»). Nel processo inquisitorio, dunque, si può condannare solo sulla base di prove legali più chiare della luce meridiana («*luce meridiana clariores*», secondo il risalente principio romanistico)⁹. In concreto, una volta accertata 1) l'esistenza del reato (*corpus delicti*) e 2) la sussistenza di indizi più o meno gravi a carico dell'imputato, nel modello inquisitorio, qualora manchi la prova legale risultante dalla deposizione concorde di almeno due testimoni («*duo testes in ipso crimine deponentes*»), la confessione risulta l'unico mezzo per pervenire alla condanna. A ciò si aggiunga che la scala di gravità degli indizi è assolutamente vaga e

⁹ Cfr. C., 4, 19, 25.

indeterminata, e la loro valutazione è del tutto rimessa all'arbitrio del giudice. Sotto questo profilo, dunque, la disciplina degli indizi risulta suscettibile di molti abusi («multis abusibus obnoxia»).

c) Il processo accusatorio presuppone la commissione del reato e la sua conoscenza da parte dell'accusatore che non voglia esporsi alle rischiose conseguenze di un'incriminazione per calunnia. Nel procedimento inquisitorio, al contrario, l'esistenza del reato (*corpus delicti*) deve essere preventivamente e necessariamente dimostrata nel corso dell'inquisizione generale (*inquisitio generalis*).

d) Il procedimento inquisitorio si caratterizza per la carcerazione preventiva dell'imputato, che viene collocato in una condizione squallida e miserevole, fonte «ex natura sua» di tormenti fisici e morali.

e) Come già accennato *sub b)*, il sistema probatorio adottato nel processo *ex officio* di rado può condurre a conclusioni sicure, perché i reati sono commessi per lo più nascostamente («clam fiunt»), e raramente possono essere provati con testimoni o documenti («per testes et instrumenta raro probari possunt»).

f) Di conseguenza, il ricorso alla tortura per ottenere la confessione dell'imputato risulta del tutto ordinario nell'inquisizione («remedium ordinarium [...] ad inquirendam veritatem occultam»), mentre tale istituto nel modello accusatorio – come dimostra l'esperienza storica – appare per lo più sconosciuto, o costituisce un elemento del tutto accidentale.

g) Le nazioni che hanno adottato forme accusatorie non hanno incluso tra i reati parecchi comportamenti che invece sono giudicati tali dove si è introdotto il modello inquisitorio. Nello stesso modo, le pene per i medesimi reati risultano più severe, e spesso crudeli, laddove vige l'*inquisitio*.

h) Le stesse differenze che sottolineano la natura maggiormente mite ed umanitaria del modello accusatorio si notano anche per quanto riguarda le modalità di esecuzione delle sentenze.

9.2.2. Il processo penale sotto la lente della ragione e del diritto naturale

Dopo avere fissato i presupposti testé elencati, Thomasiaus viene al cuore del problema e passa a confutare le opinioni di quanti individuano le origini del processo inquisitorio non nel diritto canonico ma, volta a volta, nelle Sacre Scritture, nel diritto romano ovvero nel diritto naturale.

Le pagine di gran lunga più interessanti sono quelle dedicate al diritto naturale. Ci troviamo immersi in una discussione sotto molti aspetti nuova, nella quale le singole argomentazioni sono esaminate alla luce dei dettami della retta ragione (*dictamina rectae rationis*), e ove la diatriba sui fondamenti di diritto naturale delle varie forme processuali si confonde e si identifica con la parallela controversia relativa alla individuazione del modello ottimale.

L'esame relativo alla tradizione ebraico-cristiana e al diritto romano si risolve invece nell'accurata esegesi testuale di un cospicuo numero di passi tratti sia dalle Sacre Scritture che dalla compilazione giustiniana (a loro volta accompagnati da ulteriori informazioni desunte per lo più da autori classici). Nell'economia della dissertazione

queste due ultime sezioni – oltre a dare, nelle intenzioni dell'autore, un contributo decisivo alla tesi dell'origine canonistica del processo inquisitorio – servono sia a confermare l'opinione che identifica nella più risalente diffusione dell'*accusatio* e nello sviluppo più recente dell'*inquisitio* un chiaro indizio dell'appartenenza al diritto naturale del primo modello, sia a proporre al lettore alcuni autorevoli esempi di strutture accusatorie sviluppatesi nel passato.

9.2.2.1. La matrice giusnaturalistica dell'*accusatio*

Ma torniamo al diritto naturale. Thomasius fissa in via preliminare gli obiettivi della discussione, con la quale intende dimostrare la matrice giusnaturalistica dell'*accusatio* e di conseguenza che: a) l'ufficio punitivo del giudice non richiede il ricorso al processo inquisitorio; b) l'*inquisitio* non deve essere accolta come rimedio ordinario; c) il modello inquisitorio non è più utile alla «*res publica*» di quello accusatorio.

Come abbiamo testé accennato, grande rilevanza è innanzitutto annessa alla antica diffusione delle forme accusatorie: già tale dato sarebbe sufficiente per dimostrarne non solo la superiorità, ma anche lo stretto rapporto con il diritto di natura. Posta questa considerazione, Thomasius passa a contestare chi afferma che, poiché il compito dello Stato e quindi del giudice è di impedire che i reati rimangano impuniti (secondo il risalente brocardo *interest reipublice ne delicta remaneant impunita*), l'ufficio del giudice debba necessariamente consistere nel condurre l'inquisizione sui delitti, anche se non vi sia nessuno che accusi («*officium iudicis consistit, in eo, ut inquirat in delicta, etiamsi nemo accuset*»). Thomasius risponde che tale considerazione prova solo un dato residuale, e cioè l'utilità dell'inquisizione come rimedio straordinario (che diventerebbe altresì del tutto superfluo se solo si promuovesse una accorta politica anche premiale di promozione e protezione delle accuse private). In realtà, il giudice è chiamato per diritto naturale ad amministrare la giustizia in modo equo e imparziale, e non può dunque infrangere tale principio assumendo iniziative di parte. In effetti, appartiene ai fondamenti naturali del giudizio il fatto che ogni processo debba richiedere, per la sua costituzione, la presenza di tre persone distinte, l'attore (o accusatore), il convenuto (o accusato), e il giudice, senza commistione di ruoli e funzioni, poiché nessuno può convenire se stesso o essere giudice *in causa propria*.

A queste ultime considerazioni, di per sé sufficienti a dimostrare l'assunto, Thomasius aggiunge una nutrita serie di ulteriori puntuali risposte a singole obiezioni avanzate dai fautori del modello inquisitorio.

A coloro che – richiamando vecchie teorie medievali – sostengono che nel processo inquisitorio possono essere gli indizi a svolgere idealmente il ruolo dell'accusatore Thomasius fa notare che gli indizi sono circostanze di fatto mentre l'accusatore è una persona fisica e che quindi qui si confondono grossolanamente elementi la cui natura è anche in diritto diversissima.

L'argomento secondo cui spesso gli accusatori sono prezzolati e si trasformano in calunniatori è sbrigativamente liquidato con l'osservazione che, sotto lo specifico profi-

lo della persecuzione dell'innocenza, della buona fama e della dignità del singolo, il processo inquisitorio comporta inconvenienti assai più gravi.

All'ulteriore obiezione relativa al fatto che i reati occulti sono perseguibili soltanto mediante l'inquisizione, Thomasius ribatte osservando che, al proposito, si dà per scontato ciò che in realtà è assai dubbio, e cioè che effettivamente risponda al pubblico interesse punire reati che non lasciano tracce né testimoni.

Semplicemente ridicolo – per chi conosce bene non solo le astratte teorie ma anche la concreta pratica del processo inquisitorio – è poi il semplice pensare (come pure fanno alcuni partigiani dell'*inquisitio*) che il giudice-inquisitore dovrebbe essere incaricato anche della difesa dell'imputato, concentrando in sé le tre persone del processo (e incorrendo, tra l'altro, nel crimine di prevaricazione).

A chi infine osserva che vi sono taluni reati non occulti – e segnatamente reati di natura sessuale – che non sono previsti dal diritto romano-comune e che dunque potrebbero essere perseguiti solo per via d'inquisizione, Thomasius – applicando la fondamentale distinzione tra morale e diritto che, come noto, caratterizza le sue concezioni giusfilosofiche – replica che i *vitia* carnali non devono essere confusi con i *crimina*, e che i primi semplicemente non devono essere perseguiti né per accusa né per inquisizione, poiché appartengono alla sfera della morale e non del diritto.

9.2.2.2. Arbitrium e sistema probatorio

L'ultima parte della discussione di Thomasius è dedicata agli argomenti assolutamente centrali dell'arbitrio giudiziale e del sistema probatorio, e in particolare al delicato rapporto tra i poteri discrezionali del giudice e il ruolo degli indizi.

I fautori del modello inquisitorio sostengono che in quest'ultimo al giudice non sia concesso di agire in modo arbitrario («pro libidine sua et mero arbitrio») e che anzi egli sia condizionato, nelle sue decisioni, alla vincolante presenza di determinati indizi («ad certa indicia, tanquam ad normam»). Thomasius reagisce duramente a tale affermazione, sostenendo la verità del contrario, e ciò che nell'*inquisitio* sia la determinazione degli indizi che la valutazione delle loro conseguenze (ad esempio per procedere all'inquisizione speciale, alla cattura o alla tortura) è totalmente rimessa all'arbitrio dei giudici e non è soggetta ad alcuna regola certa, come evidentemente risulta anche dagli artt. 18 e 24 della *Constitutio Criminalis Carolina*.

Sul medesimo tema, un secondo argomento dei sostenitori dell'inquisizione sottolinea come nel procedimento accusatorio gli imputati possono essere condannati anche in base a prove indiziarie («etiam propter indicia»). Nell'inquisitorio invece la pena edittale (diverso è ovviamente il discorso per la pena straordinaria) viene irrogata solo quando si manifesti la piena prova legale o la confessione del reo («numquam condemnentur super solis indicia, sed vel factum ipsum debeat probari, vel confessio rei adesse»). La risposta di Thomasius è articolata, in questa occasione, su due punti: a) in primo luogo, gli indizi possono ben presentarsi più chiari della luce meridiana («luce meridiana clariora»), e allora non si vede cosa possa impedire la condanna dell'imputato anche non confesso (come accade ad esempio in Inghilterra); b) in secondo luogo,

l'argomentazione dei fautori dell'*inquisitio* avrebbe valore se la confessione (sulla quale si fonda nella gran parte dei casi la sentenza in tale modello processuale) fosse libera e spontanea, ma il fatto che questa risulti ordinariamente estorta con tormenti spesso più crudeli della stessa pena («*tormentis, saepe gravioribus ipsa poena, extorta*») toglie alla detta obiezione ogni rilevanza.

9.2.2.3. *Calunnia e polemica anticanonistica*

A questo punto Thomasius ritiene di avere abbondantemente dimostrato non solo che nel diritto naturale il processo inquisitorio non gode di alcun particolare fondamento a danno dell'accusatorio, ma anche che non sono poche le iniquità, inutilmente occultate («*frustra occultatas*»), che interessano quel modello processuale. Egli intende però svolgere, prima di concludere l'argomento, ancora un paio di ulteriori significative considerazioni. La prima riguarda la calunnia. Laddove si è adottato il procedimento accusatorio, sono state stabilite pene assai severe nei confronti degli accusatori falsi o temerari. Lo stesso – osserva Thomasius – non si può dire del processo inquisitorio, nel quale non è previsto alcun rimedio efficace per colpire i calunniatori (siano essi dei delatori o, si badi bene, gli stessi giudici) o quantomeno per dare soddisfazione all'innocente ingiustamente perseguito. La seconda breve considerazione ritorna sulla polemica anticanonistica e riguarda il fatto che, se non l'origine, certo l'abnorme incremento della carcerazione preventiva e del ricorso alla tortura sono precisamente dovuti a coloro – e l'esplicita allusione riguarda le gerarchie ecclesiastiche – che hanno storicamente promosso il ricorso alle forme inquisitorie per combattere le eresie.

9.2.3. *Una riforma pragmatica, laica e razionale*

In sintesi, la posizione che Thomasius delinea nel *De origine processus inquisitorii* in ordine al rapporto tra accusa e inquisizione si incentra su un giudizio pesantemente negativo nei confronti della seconda. Il processo inquisitorio risulta in primo luogo illogico e arbitrario in quanto non fondato sul diritto naturale e sulla ragione (o meglio sui *dictamina rectae rationis*); in secondo luogo, esso mostra di possedere radici storiche ben individuabili e certo non commendevoli (la repressione canonistica delle eresie), e grazie in parte a tali radici e in parte alla sua stessa struttura, appare crudele e disumano nello svolgimento, incerto e sommario nelle soluzioni, nettamente avverso all'imputato e, infine, singolarmente incline a favorire abusi e iniquità.

Thomasius si mostra peraltro molto cauto in ordine a una eventuale totale abolizione, dovuta appunto ai suoi frequenti abusi, dell'*inquisitio*, e a una conseguente piena reintroduzione dell'*accusatio*. A questo proposito, egli nota come comunemente si sostenga che, una volta conosciuti gli aspetti perversi di un istituto, si debba pubblicamente intervenire legislativamente per toglierne l'uso assieme all'abuso («*usum cum abusu esse tollendum per leges publicas*»). Egli è però di parere contrario; infatti

erra il medico che, diagnosticata la malattia, la vuole eliminare con violenti rimedi contrari che spesso, in luogo della sperata salute, accelerano la morte. Nello stesso modo errano i giuristi e i politici che, diagnosticata la malattia della cosa pubblica, pensano che sia facilissimo trovare i rimedi [...] o ritengono di eliminare gli abusi attraverso violenti interventi legislativi («errat medicus, qui cognito morbo eundem vult tollere per remedia violentia contraria, saepe mortem loco sanitatis speratae accelerantia. Ita iurisconsulti et politici errant, qui cognito rei publicae morbum putant, facillimum esse, invenire remedia, [...] aut qui rerum abusus per leges violentas tollere autumant»).

In effetti, tutto il bene non sta sempre solo da una parte («nihil est ab omni parte beatum»): anche il processo accusatorio ha infatti aspetti criticabili, che possono essere verificati considerando l'esperienza inglese (ove si manifestano abusi come ad esempio la frequenza dei falsi testimoni). Dunque, secondo Thomasius è necessario procedere nel giusto mezzo («media via incedendum»): è cioè necessario imboccare la strada di una attenta e paziente riforma, individuando i pur gravi difetti del sistema ed eliminandoli gradualmente, senza rivolgimenti troppo repentini, che potrebbero causare inconvenienti pari a quelli del metodo inquisitorio.

Al di là di questa prudente (ma forse proprio per questo non più utopistica) conclusione, non si può negare che anche nel *De origine processus inquisitorii* sia presente quella «provocante e innovativa apertura critica»¹⁰ che per il resto caratterizza tanta parte della produzione penalistica thomasiana. Da questo punto di vista, anche la discussione sul processo penale si inserisce pienamente in quel progetto di secolarizzazione e di laicizzazione del diritto (e di contestuale difesa della libertà di coscienza e della tolleranza religiosa) che Thomasius sviluppa mediante la rigorosa applicazione allo studio della giurisprudenza dei presupposti giusrazionalistici e giusnaturalistici.

Questa in particolare è la grossa novità introdotta nell'affrontare il tema della forma del processo penale. Con il *De origine processus inquisitorii* alla critica di prevalente ispirazione umanistica – tipica ad esempio di Ayrault e di Deciani, e che ancora condiziona, nonostante le prime notevoli aperture, l'opera di Matthaeus – si sovrappone una impostazione compiutamente razionalista e giusnaturalista, pienamente in grado di liberare il discorso da quella sorta di 'ipoteca romanistica' che, individuando la soluzione del problema processualpenalistico in una inattuabile operazione di recupero delle strutture classiche e giustinianee, rendeva sotto molti aspetti sterile il programma dei fautori dell'indirizzo culto.

Alla luce di queste sintetiche considerazioni, appare dunque lecito attribuire all'atteggiamento precocemente illuministico espresso da Thomasius nel *De origine processus inquisitorii* il ruolo di simbolico punto di discrimine per la storia della forma del processo penale nell'Europa del tardo diritto comune.

È pur vero, come abbiamo visto, che la criminalistica di stampo tradizionalista, erede di una plurisecolare elaborazione dottrinale, continua a manifestare fino alla fine del XVIII secolo una certa vivacità, con punte qualitative di indubbio interesse e con

¹⁰ Adriano Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 1, Milano, Giuffrè, 1979, p. 341.

una presenza editoriale numericamente assai forte se paragonata a quella delle voci critiche del sistema. Ma è anche vero che la sussistenza di indirizzi spesso duramente contrapposti costituisce un chiaro indizio di come il processo volto a gettare le basi teoriche per il concreto superamento delle strutture vigenti risulti ormai pienamente avviato.

La prima presa di posizione consapevolmente innovativa e oggettivamente illuminista che abbiamo testé illustrato segna l'irrompere, nel panorama giurisprudenziale europeo, di un riformismo fondato bensì su solide basi tecniche e speculative, ma non alieno da aspetti pragmatici e da consistenti aperture utilitaristiche. Per tali motivi, e per i suoi contenuti specifici, il *De origine processus inquisitorii*, al contempo indice e conseguenza di progressivi e inarrestabili mutamenti nel clima culturale e nel contesto storico, non potrà non costituire un punto di riferimento di singolare rilevanza per gli interpreti e i rappresentanti dei tempi nuovi e delle nuove ideologie.

Capitolo 10

Accusa e inquisizione nella dottrina dell'Età dei Lumi

10.1. I principi fondamentali dell'Illuminismo penale

Le pagine che seguono sono volte a delineare taluni aspetti del dibattito che si svolge in Italia negli ultimi decenni del Settecento in ordine al rapporto tra modello accusatorio e strutture inquisitorie. La prospettiva nella quale si inserisce tale dibattito è quella di una sempre più urgente riforma del processo penale. A sua volta tale riforma si inquadra in una più generale rifondazione dello stesso sistema della giustizia punitiva informata ai criteri garantisti e alle conseguenti linee di intervento individuate dalla speculazione giuspolitica e giusfilosofica europea di matrice illuminista. Queste linee di intervento si fondano su quattro principi fondamentali. Esaminiamoli brevemente.

a) Principio di legalità. Si tratta del principio espresso del noto brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, attribuito nella sua formulazione finale al penalista tedesco Anselm Feuerbach (1775-1833) ma già presente nelle opere di Montesquieu e di Beccaria. In base al principio di legalità nessuna azione o omissione costituisce un reato in assenza di una previa legge che la definisca tale, e nessuna pena può essere irrogata per la commissione di un determinato reato se non sia prestabilita dalla legge (il che rende ovviamente inammissibile la pena straordinaria). Il principio di legalità è altresì strettamente legato a quello dell'irretroattività della legge penale, secondo il quale la norma penale si applica solo alle azioni od omissioni successive alla sua entrata in vigore.

b) Principio di proporzionalità. Secondo questo principio l'intensità della pena deve essere commisurata alla gravità del delitto, secondo una precisa scala penale prefissata dalla legge (al contrario di quanto si verifica nel sistema penale di diritto comune, nel quale infrazioni relativamente lievi possono essere sanzionate con pene gravissime). Dal punto di vista processuale ciò significa che tanto maggiore è la gravità del reato e della conseguente pena tanto più attento e scrupoloso deve essere l'assoluto rispetto delle forme processuali (mentre nel sistema di diritto comune l'atrocità del reato autorizza il giudice a optare per forme processuali sommarie o sommarissime scovre da qualsiasi forma di garanzia).

c) Principio di umanità. Il principio di umanità comporta in ambito sostanziale l'eliminazione di qualsiasi forma di pena violenta e contraria alla dignità umana, segnatamente in ordine alle sanzioni di tipo corporale (mutilazioni, marchio a fuoco, frustate e bastonature, berlina, ecc.). In ordine alla pena capitale, comporta in particolare che essa consiste nella semplice privazione della vita, senza il corollario – consueto nel sistema penale di Antico Regime – costituito da una impressionante varietà sia di modali-

tà di esecuzione (impiccagione, strangolamento, rogo, decapitazione, squartamento, ecc.) che di pene afflittive accessorie (arrotamento, attanagliamento, mutilazioni, bastonature, ecc.). Sul piano processuale il principio di umanità inibisce il ricorso a forme di coercizione violenta, a iniziare ovviamente dalla tortura giudiziaria, e incide sul ricorso al carcere preventivo e sulla definizione delle modalità e delle condizioni dello stesso.

d) Principio di razionalità. Il principio esige che l'amministrazione della giustizia penale si dimostri efficiente e celere, senza peraltro sacrificare le forme poste a garanzia dei singoli e i fondamentali principi di giustizia. Ciò comporta da un lato la semplificazione delle strutture dell'ordinamento giudiziario e lo snellimento dei riti e delle procedure, dall'altro l'eliminazione delle situazioni di arbitrio e di discrezionalità. Il tutto si deve poi collocare in un quadro di controllo dell'esatta applicazione delle regole, nel presupposto che il buon funzionamento della cosa pubblica non può non riverberarsi sul pieno godimento dei diritti della persona e sulla tutela degli stessi.

10.2. I nuovi significati di un'antica disputa

Gli autori che prenderemo ora in considerazione appartengono a quella prestigiosa generazione di giuristi, e in particolare di criminalisti, che inizia a operare negli anni attorno al 1770 sulla scia dell'atto fondativo del moderno diritto penale, costituito dalla pubblicazione in forma anonima, a Livorno nel 1764, del trattatello *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria. Veri e propri «traghettatori»¹ verso la modernità e l'età dei codici, i giuristi 'postbeccariani' si fanno mediatori tra il sistema penale di Antico Regime e le razionali e laiche costruzioni elaborate dal pensiero illuminista, segnalandosi da un lato per il rifiuto delle posizioni estreme e dall'altro per la volontà di inserire la giustizia penale in un quadro strutturale bensì nuovo ma che non respinga *in toto* gli assetti nei quali essi stessi si sono formati.

Le *Animadversiones ad criminalem jurisprudentiam* (*Osservazioni sulla giurisprudenza criminale*) di Paolo Risi, pubblicate a Milano nel 1766, costituiscono la prima manifestazione di questa fondamentale generazione 'postbeccariana', cui appartengono, tra gli altri, Alberto De Simoni, Filippo Maria Renazzi, Luigi Cremani, Francesco Mario Pagano, Gaetano Filangieri e – ormai a cavallo tra Sette e Ottocento – Tommaso Nani, Giandomenico Romagnosi e Giovanni Carmignani. Si tratta di un composito gruppo di solidi studiosi che, pur oscillando tra un attenuato astrattismo ideologico e una marcata adesione – talora non del tutto disinteressata – al concreto pragmatismo dell'Assolutismo riformista, realizza nel suo insieme una seria e articolata opera di sistemazione dottrinale intesa a rielaborare la tradizione criminalistica di diritto comune alla luce dei prodotti della speculazione giusnaturalistica e delle innovazioni propugnate dall'Illuminismo.

Le idee e le prese di posizione che vengono qui illustrate appaiono quindi collegate, spesso con nesso inscindibile, alle discussioni sul 'problema penale' che coinvolgo-

¹ Adriano Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Milano, Giuffrè, 2005, p. 221.

no l'Europa dei Lumi, e anzi vi contribuiscono in modo a volte polemico, di frequente originale, come espressione singolarmente efficace di una delle stagioni più intense nella storia degli studi penalistici in Italia.

Il tema della contrapposizione – e della scelta – tra il modello processuale incentrato sull'accusa e il metodo inquisitorio si riannoda sia a una tradizione di radici umanistiche assai critica nei confronti delle procedure affermatesi in Europa a partire dal XIII secolo, sia agli spunti polemici verso le strutture inquisitorie presenti in prestigiosi esponenti del razionalismo giusnaturalista. Come abbiamo visto, la prima è rappresentata dall'opera di giuristi 'colti', tra i quali spiccano i nomi di Pierre Ayrault e, in particolare, di Anton Matthaeus (autore non a caso prediletto dai criminalisti di fine Settecento); i secondi sono interpretati in primo luogo dalla netta e decisa condanna del sistema vigente espressa da Christian Thomasius nella sua dissertazione *De origine processus inquisitorii*.

Dopo la metà del XVIII secolo la disputa, condotta fino a quel momento su toni prevalentemente accademici, si anima di nuovi significati contemporaneamente all'affermarsi e al diffondersi di una fiducia tutta illuministica nella effettiva possibilità di reali e concrete riforme. Le opere di Montesquieu e di Beccaria, che contribuiscono in modo decisivo a indicare la centralità della questione penale (e in essa dei temi processuali), divengono allora un punto di riferimento irrinunciabile, anche se non sempre esplicito, per tre rappresentanti della nuova leva di giuristi – due accademici, Luigi Cremani e Filippo Maria Renazzi, e un pratico, Alberto De Simoni – che in alcuni lavori risalenti alla metà degli anni Settanta affrontano espressamente l'argomento del conflitto ormai 'ideologico' tra accusa e inquisizione.

10.3. Beccaria e il processo penale

Prima però di prendere in considerazione il pensiero dei tre autori testé citati conviene accennare brevemente alle posizioni assunte in tema di processo penale sia da Cesare Beccaria che dal suo primo 'allievo', Paolo Risi.

Beccaria – giova sottolinearlo – non prende esplicitamente posizione in ordine al dibattito sulla forma del processo penale e, come vedremo meglio tra breve, preferisce rinviare sul punto a quanto scritto, pochi anni prima, da Montesquieu nel *De l'Esprit des lois*. Nondimeno, il *Dei delitti e delle pene*, pur non offrendo una illustrazione tecnicamente compiuta della materia processuale né proponendo un preciso modello alternativo, fissa alcuni essenziali principi di garanzia destinati non solo a erodere le fondamenta del vigente sistema ma altresì a costituire ancora oggi ineludibili punti di riferimento del dibattito processualpenalistico.

In estrema sintesi, muovendo da una serrata critica agli aspetti di maggiore iniquità del tradizionale modello inquisitorio – nel quale «l'uomo cessa di essere persona e diventa cosa» – Beccaria ritiene che il processo penale debba basarsi sui seguenti principi: a) presunzione di innocenza; b) separazione tra funzione di accusa e funzione di giudizio; c) criterio morale nella valutazione delle prove; d) pubblicità; e) celerità e

semplicità. Sofferamoci telegraficamente su questi punti, prima di procedere oltre nel nostro itinerario.

a) Presunzione di innocenza. Ciascuno, afferma Beccaria, ha il diritto «d'essere creduto innocente», e dunque

un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violati i patti coi quali le fu accordata.

Tutti gli assetti della giustizia penale ruotano invece sull'opposta presunzione di colpevolezza e, di conseguenza, sull'inversione dell'onere della prova. Non è infatti l'accusa che deve accertare la colpevolezza dell'imputato, ma è quest'ultimo che deve dimostrare la sua estraneità ai fatti, e dunque nel vigente sistema «perché uno si provi innocente – conclude Beccaria – deve essere prima dichiarato reo».

b) Separazione tra funzione di accusa e funzione di giudizio. Nel processo penale inquisitorio l'accusatore si identifica con il giudice; di conseguenza, il giudice

diviene nemico del reo, di un uomo incatenato, dato in preda allo squallore, ai tormenti, all'avvenire più terribile; non cerca la verità del fatto, ma cerca nel prigioniero il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce, e di far torto a quella infallibilità che l'uomo s'arrogava in tutte le cose.

Nel condurre questa impari lotta il magistrato – «un giudice assuefatto a voler trovar rei» – è altresì dotato di straordinari poteri arbitrari. Basti pensare al fatto che «gli indizi alla cattura sono in potere del giudice», mentre in tutta Europa un processo che dovrebbe essere «informativo» e consistere in «quello che la ragione comanda», e cioè nella «ricerca indifferente del fatto», in realtà si trasforma sempre in un processo «offensivo», inteso esclusivamente a ottenere la rovina dell'imputato. I fatti e le responsabilità dovrebbero essere invece accertati da un giudice neutrale e indifferente all'esito del giudizio, incaricato esclusivamente della decisione, privato di ogni arbitrio e – suggerisce Beccaria – affiancato da due «assessori» scelti per sorteggio che ne controllino l'operato. Per quanto riguarda poi l'accusa, essa dovrebbe essere affidata indifferentemente o a un organo ufficiale ovviamente distinto dal giudice, e precisamente a «commissari, che in nome pubblico accusino gl'infrattori delle leggi», ovvero ai singoli privati cittadini (al «pubblico»).

c) Criterio morale nella valutazione delle prove. Il sistema della prova legale che caratterizza il processo penale di diritto comune culmina nella ricerca della confessione, nella quale Beccaria individua «il centro intorno a cui si aggirano tutti gli ordigni criminali». La confessione costituisce infatti lo strumento fondamentale che consente la condanna alla pena edittale. Nel contempo però – continua Beccaria – il sistema ammette anche «le tiranniche presunzioni, le quasi prove, le semi-prove (quasi che un uomo potesse essere semi-innocente o semi-reo, cioè semi-punibile e semi-assolvibile)», in forza delle quali anche in assenza di una piena prova legale diviene possibile condannare l'imputato a una pena straordinaria e arbitraria. Su tutto questo, poi, «la tortura esercita il suo crudele impero». La tortura, «infame crociuolo della verità», altro non è,

secondo Beccaria, se non una pena inflitta a un cittadino quando ancora «si dubita se sia reo o innocente», mentre l'esperienza ha insegnato che essa si presta solo a condannare il «debole» innocente o ad assolvere il «robusto» colpevole. A questa «logica processuale deforme»² si dovrebbe invece sostituire, secondo Beccaria, il criterio morale del libero convincimento, è cioè la libera valutazione delle prove mediante il «semplice e ordinato buon senso», fino ad acquisire quella «certezza morale [...] che determina ogni uomo nelle operazioni più importanti della vita» e che deve costituire il fondamento della decisione sulla colpevolezza o sull'innocenza.

d) Pubblicità. «Pubblici siano i giudizi, – si legge nel *Dei delitti e delle pene* – e pubbliche le prove del reato, perché l'opinione, che è forse il solo cemento delle società, imponga un freno alla forza e alle passioni, perché il popolo dica noi non siamo schiavi e siamo difesi». Dunque, la prova dei fatti e delle responsabilità deve essere accertata non nel segreto dell'inquisizione ma nel corso di un «pubblico giudizio» e a opera di un giudice «terzo». Non sono di conseguenza ammissibili le «accuse segrete» e le delazioni; al contrario, l'imputato ha il diritto di conoscere tanto l'accusa e i suoi fondamenti quanto i risultati dell'istruzione.

e) Celerità e semplicità. La «prontezza della pena» è uno dei valori fondamentali del sistema di giustizia immaginato da Beccaria. Leggiamo infatti nel *Dei delitti e delle pene* che «il processo deve essere finito nel più breve tempo possibile». Un processo semplice e rapido, infatti, da un lato consente alla pena che segua immediatamente alla commissione del reato di attuare nella società i suoi benefici effetti preventivi, dall'altro risparmia lunghe e inutili sofferenze tanto all'imputato colpevole quanto, a maggior ragione, all'imputato innocente. A tale proposito Beccaria, anche alla luce della presunzione d'innocenza, prende decisamente posizione contro gli eccessi della carcerazione preventiva:

la privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede. La carcere è dunque la semplice custodia d'un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente punitiva, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa.

10.4. Paolo Risi, il «capocordata»

Il «capocordata»³ dei giuristi postbeccariani è, come accennato, Paolo Risi.⁴ Nella sua qualità di giudice egli ben conosce i meccanismi dell'ordigno processuale di diritto co-

² Cavanna, *Storia del diritto moderno*, 2, p. 218.

³ Stefano Solimano, *Paolo Risi e il processo penale*, in *Studi di storia del diritto*, 3, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 419-519, in particolare p. 517.

⁴ Paolo Risi (Milano 1731 - ivi 1800) è pretore a Pizzighetone quando pubblica le *Animadversiones ad criminalem jurisprudentiam* (Milano 1766). Passa poi al Collegio fiscale di Milano come sindaco fiscale, e in tale veste stende una relazione sull'abolizione della tortura e sulla limitazione della pena di morte. Nel 1786 diviene avvocato fiscale e dal 1789 e fino alla quiescenza (1791) è assessore presso il tribunale di Milano. Nel 1791-92 partecipa con Beccaria alla redazione del progetto di codice penale per la Lombardia austriaca. Le traduzioni delle *Animadversiones* in francese (Losanna 1768) e in tedesco (Heidelberg 1771)

mune, che lo stesso Beccaria non esita a dipingere come un «complicato labirinto di strani assurdi», aggiungendo – purtroppo smentito in più di un’occasione dalle vicende della giustizia penale negli ultimi duecentocinquanta’anni – che tali «assurdi» sarebbero apparsi «incredibili senza dubbio alla più felice posterità».

Come Beccaria, anche Risi nelle *Animadversiones* del 1766 non prende esplicitamente posizione in ordine al dibattito sulla forma del processo penale, ma preferisce condurre il suo discorso mettendo in evidenza alcuni snodi della procedura con tesi che riflettono «l’aspirazione ad una giustizia penale rispettosa dei diritti e della dignità dell’inquisito»,⁵ e che in larga parte coincidono con le ‘parole d’ordine’ in tema di processo penale proclamate da Beccaria (e testé illustrate). Si tratta in particolare dei temi: a) della presunzione d’innocenza (o meglio di non colpevolezza); b) del diritto di difesa, del contraddittorio e della pubblicità; d) della terzietà del giudice. Anche in questo caso dedichiamo a questi punti alcune brevi notazioni.

a) Presunzione di non colpevolezza. Sul tema la presa di posizione di Risi appare meno diretta rispetto alla netta affermazione beccariana della presunzione di innocenza. Nondimeno, il giudice milanese rileva, in tema di accertamento del *corpus delicti*, che la necessaria certezza che sia stato commesso un reato non è di per sé sufficiente a presumere la colpevolezza della persona sospettata e indagata nell’*inquisitio specialis*, poiché non è la semplice incriminazione a poter stabilire chi sia reo e chi no («*criminis cognitio*, non *criminatio ad reum cognoscendum perducit*). In altre parole, la colpevolezza di un individuo si stabilisce *dopo* le dovute indagini e acquisizioni probatorie («*criminis cognitio*»), e non *prima*. Si tratta di un principio – continua Risi – per la cui affermazione non è necessario richiamare l’autorità di questo o quel giurista, ma basta appellarsi alla mera *ragione* umana («*rationem testem appello*»).

b) Diritto di difesa, contraddittorio e pubblicità. Risi si oppone con forza alla prassi che ha da tempo ridotto la *repetitio testium* e la *legitimatio processus* a mere formalità, e afferma di conseguenza l’assoluta necessità che i testimoni giurino e depongano non in segreto ma pubblicamente alla presenza dell’imputato. Se infatti ciò accade nelle cause civili, tanto più deve avvenire «in criminalibus». L’accusatore o il Fisco⁶ devono palesare le prove dell’accusa all’imputato; in particolare, i testimoni devono giurare e deporre alla presenza dell’imputato («*coram reo*»), in modo che quest’ultimo possa *interquire* con loro. Solo in questo modo, pubblico e contraddittorio, l’imputato potrà e dovrà considerare legittime le acquisizioni testimoniali.

c) Terzietà del giudice. In Risi questo principio si manifesta specialmente attraverso l’affermazione che compito essenziale del giudice penale non è l’individuazione e la condanna di un presunto colpevole ma la ricerca indifferente del fatto. L’imputato deve essere persuaso che nulla gli è addebitato che non corrisponda al

lo rendono noto in tutta Europa. Nel 1776 accompagna con alcune *Osservazioni* la traduzione italiana dell’opera di Joseph von Sonnenfels *Su l’abolizione della tortura* (Milano 1776).

⁵ Solimano, *Paolo Risi*, p. 514.

⁶ Nel linguaggio tecnico del maturo diritto comune il termine ‘Fisco’ viene comunemente impiegato, con riferimento ai procedimenti penali, per designare sia la funzione di tutela degli interessi del sovrano e in genere dello Stato sia gli organi che svolgono tale funzione. Abbiamo già accennato alla figura dell’avvocato fiscale, funzionario che interviene nel procedimento svolgendo un ruolo talora assai penetrante di sostegno dell’accusa.

vero e che non vengono commesse falsità per errore, invidia, simulazione o per qualsiasi altro disdicevole motivo («quacumque alia prava cupiditate»). Il giudice a sua volta non deve cercare di indagare sul reato in qualsiasi modo («quacumque ratione»), ma solo applicando scrupolosamente la legge («legitime») e tenendo ben distinto l'accertamento del reato da quello della responsabilità, perché anche se il primo fosse certo, la seconda potrebbe rimanere incerta («licet enim certum sit crimen, tamen adhuc esse potest incertus reus»).

Nel complesso, Risi appare convinto che sia possibile riformare il sistema *dall'interno*, secondo un'attitudine destinata in quegli anni a grande diffusione (la vedremo all'opera, sul piano concreto, nel caso della *Leopoldina* in Toscana). A tale fine egli richiama esplicitamente le idee di un autore che già conosciamo, Anton Matthaeus, la cui proposta 'accusatoria' incontra in tutta Europa, alla fine del Settecento, un grande successo come modello per una riforma penale 'possibile' e scevra da pericolose fughe in avanti di sapore radicale.⁷ Ispirandosi all'impostazione culta del maestro di Utrecht, Risi propone in effetti di riportare lo *stylus iudicandi* a un razionale modello accusatorio di impianto romanistico, nel quale siano contemperate e soddisfatte tanto le esigenze della prevenzione e della repressione penale quanto l'affermazione di alcuni almeno dei principi garantisti che ormai si stanno facendo strada in maniera irresistibile nella cultura dell'Età dei Lumi. Quello di Risi è dunque un riformismo sostanzialmente moderato, e la sua è un'opera di oculata mediazione tra tradizione e innovazione.

10.5. La posizione di Luigi Cremani

E torniamo ora agli sviluppi del dibattito sulla forma del processo penale. Il 25 novembre 1775 – a circa dieci anni dalla pubblicazione del *Dei delitti e delle pene* – Luigi Cremani, novello professore di Istituzioni Criminali presso l'Università di Pavia, legge, alla presenza delle autorità accademiche e degli studenti, una prolusione che viene data alle stampe, sempre a Pavia, nella primavera seguente con il titolo di *Oratio de varia iurisprudentia criminali apud diversas gentes, eiusque caussis (Orazione sulla varietà della giurisdizione criminale presso le diverse genti, e sulle sue cause)*.⁸

La tesi fondamentale sviluppata nell'opuscolo è che le leggi penali variano con il variare delle forme di governo, e che queste stesse leggi sono vicine alla perfezione

⁷ Come già segnalato, Tommaso Nani ripubblicherà a Pavia nel 1803 il *De criminibus*, adottandolo come libro di testo per i suoi corsi universitari di diritto e procedura penale.

⁸ Luigi Cremani (Arezzo 1748 - Firenze 1838) si laurea a Pisa nel 1772, nel clima del moderato illuminismo giusnaturalista propugnato da Leopoldo Guadagni e da Giovanni Maria Lampredi. Lettore straordinario di diritto civile a Pisa, nel 1775 è chiamato a Pavia alla cattedra di Istituzioni Criminali. Rimane a Pavia vent'anni (è rettore nel 1787) e a Pavia, al culmine di una prestigiosa carriera accademica, pubblica tra il 1791 e il 1793 il suo contributo più importante, i *De iure criminali libri tres* (i *Tre libri sul diritto criminale*), forse la più rilevante tra le opere di sistemazione dottrinale dell'intera materia penale apparse nel delicato momento di transizione tra i sistemi giuridici d'Antico Regime e la moderna codificazione. Nel 1796, all'arrivo delle armate rivoluzionarie francesi, si rifugia in Toscana, ove collabora attivamente alla repressione antigiacobina. Ritiratosi a vita privata durante gli anni del dominio napoleonico (1800-1814), con la Restaurazione è nominato presidente della Ruota Criminale di Firenze e contribuisce ad avviare i lavori di codificazione penale nel Granducato di Toscana.

quando derivano direttamente, «come un ruscello dalla fonte» («veluti rivulum ex fonte») dalla medesima natura e dai medesimi principi della forma di governo cui si riferiscono. Tale tesi trova applicazione anche nell'ambito della giustizia penale. Più in particolare, mentre nel «popolare regimen» – cioè nella repubblica democratica – ogni singolo cittadino può accusare chiunque, nella monarchia tale funzione deve spettare soltanto a chi ne abbia l'interesse o l'obbligo per la funzione pubblica che riveste.

Nelle forme repubblicane, ove assume la massima rilevanza la comune volontà dei consociati («communis omnium voluntas»), i cittadini sono nello stesso tempo sudditi e governanti: tutti partecipano all'attività di governo, a tutti spetta l'amministrazione della giustizia, tutti sono ugualmente interessati a combattere e reprimere la criminalità. Di conseguenza, nella repubblica «nessuno deve essere distolto dall'accusa dei crimini, dalla quale prendono avvio i giudizi» («nemo a criminum adcusatione, a qua iudicia exordium sumunt, reiici debet»). Differente è la situazione nelle forme monarchiche, e dunque anche nel regime politico – la Lombardia austriaca – in cui si collocano Cremani e i destinatari della sua prolusione. Nelle monarchie infatti, ove è ben possibile che manchi nei sudditi quella «sublime e perfetta virtù» («sublimis et perfecta virtus») che sola è in grado di tenere in piedi la «popularis respublica», un illimitato diritto di accusa non porterebbe altro che al sorgere e al moltiplicarsi di calunnie e di false imputazioni, innescate dalle passioni e dagli odi privati.

Leggiamo su questo specifico punto le parole Cremani:

Le pubbliche accuse, che nel regime democratico sono assolutamente necessarie, nulla hanno a che fare con la nostra forma di governo; e poiché [in quest'ultima] il compito di accusare deve spettare soltanto a coloro che ne hanno l'interesse o a coloro che ne hanno l'obbligo per dovere pubblico, noi non dovremo temere che qualcuno, spinto dall'odio personale, possa tentare di molestarci con calunnie o false accuse (Publicae vero accusationes, quae in democratico regimine necessariae omnino sunt, a nostra civitate penitus quodammodo exulant; cumque accusandi munus vel ad eos tantum, quorum interest, vel quibus publica potestate id iniunctum est, spectare debeat, metuendum non erit, ne privato quis odio motus calumniis, aut falsis accusationibus molestiam nobis parere adgrediatur).

10.6. La lezione di Montesquieu (e di Beccaria)

La posizione espressa da Cremani non appare del tutto nuova. In effetti, essa corrisponde nelle linee generali all'interpretazione data negli ambienti illuministi ad alcuni passi che Montesquieu dedica nel *De l'Esprit des lois* del 1748 al problema della forma del procedimento criminale. A tale interpretazione aveva fatto riferimento, nel *Dei delitti e delle pene* del 1764, lo stesso Cesare Beccaria, che aveva inserito quasi incidentalmente nella discussione relativa alle accuse segrete la seguente annotazione:

È già stato detto dal Sig. di Montesquieu che le pubbliche accuse sono più conformi alla repubblica, dove il pubblico bene formar dovrebbe la prima passione de' cittadini, che nella monarchia, dove questo sentimento è debolissimo per la na-

tura medesima del governo, dove è ottimo stabilimento il destinare de' commissari, che in nome pubblico accusino gl'infrattori delle leggi.

Il frammento beccariano contiene una sintetica lettura di almeno due capitoli del *De l'Esprit des lois*, e precisamente del capitolo VIII del sesto libro e del capitolo XX del dodicesimo libro. In essi Montesquieu, con la consueta tecnica apparentemente descrittiva intessuta di frequenti richiami alla storia greca e romana, nota come nella repubblica la forma ordinaria del processo penale sia quella basata sulla libera accusa, circondata peraltro da una serie di garanzie volte a proteggere l'innocenza del singolo cittadino dalle calunnie.

Secondo il filosofo francese, nella Roma repubblicana era consentito a ogni cittadino di accusare un altro, e ciò rispondeva pienamente allo spirito di questa forma di governo, nella quale ognuno ha per il bene pubblico uno zelo infinito e tiene nelle proprie mani «tutti i diritti della patria» («tous les droits de la patrie»). Il modello adottato in età repubblicana venne conservato con il passaggio alle forme monarchiche dell'impero, ma portò – in seguito alla crisi delle virtù e dei valori repubblicani – al diffondersi del funesto fenomeno delle delazioni, nate per compiacere il principe al fine di ottenere onori e privilegi.

Per ovviare a tale fenomeno, osserva Montesquieu (che, giova rammentarlo, era stato per dieci anni un alto magistrato, rivestendo la carica di *Président à mortier* al *Parlement* di Bordeaux), si dovrebbe allora seguire non il sistema inquisitorio puro, caratterizzato dall'unione nella stessa persona dell'accusatore e del giudice, bensì l'esempio suggerito da una «legge degna di ammirazione» («loi admirable») vigente nella monarchia francese, che separa e tiene ben distinti gli organi e i compiti dell'accusa da quelli del giudizio. In Francia, infatti, il sovrano nomina presso ogni tribunale un apposito magistrato incaricato di perseguire i crimini. Questo magistrato, diverso dal giudice, vanifica la funzione dei delatori, garantisce la tranquillità dei cittadini, ed è tenuto a palesare i nomi dei denunciatori quando sia sospettato di abusare delle proprie funzioni.⁹ La netta separazione delle funzioni e delle carriere tra i magistrati incaricati di condurre l'accusa e i magistrati incaricati della decisione delle cause – con l'ufficio meramente dichiarativo di 'bocca della legge' (*bouche de la loi*) – è dunque, secondo Montesquieu, il presupposto indispensabile per il corretto funzionamento della giustizia penale.

10.7. La matrice ideologica delle scelte di Cremani

Torniamo ora a Cremani. Nell'*Orazione* del 1775 le idee fondamentali a) dello stretto legame tra la forma di governo repubblicana e il modello accusatorio e b) della inadeguatezza di quest'ultimo rispetto al sistema monarchico, risultano dunque ispirate in larga misura alle pagine testé ricordate del *De l'Esprit des lois*. L'inegabile influsso del relativismo montesquiviano, che permea molte pagine dell'opuscolo di Cremani, sembra peral-

⁹ Montesquieu si riferisce in questo caso ai procuratori regi (e ai procuratori signorili per le giurisdizioni feudali), che esercitano il pubblico ministero nelle forme stabilite dalla *Ordonnance Criminelle* del 1670.

tro arrestarsi di fronte alla tipologia delle forme di governo, che nell’Orazione rimane pur sempre agganciata – almeno formalmente – alla tradizionale partizione aristotelica (mediata con ogni probabilità dall’insegnamento di uno dei maestri pisani di Cremani, Giovanni Maria Lampredi).

Secondo tale impostazione, le tre forme fondamentali di governo non si risolvono – come nel *De l’Esprit des lois* – nella democrazia, nella monarchia e nel dispotismo, bensì – come da tradizione aristotelica – nella democrazia, nell’aristocrazia e nella monarchia (cui corrispondono le tre forme patologiche della demagogia, dell’oligarchia e della tirannide): da queste tre forme ‘pure’ deriva poi un’infinita possibilità di combinazioni intermedie che danno vita a numerose forme ‘miste’.

Cremani dichiara di aderire a uno schema di base affatto simile, ma finisce poi per concentrare tutta la propria attenzione – liquidata in poche parole l’aristocrazia – sui sistemi penali delle repubbliche democratiche e della monarchie.

Pur prive di un’esplicita presa di posizione, le pagine dell’*Orazione* lasciano qui trasparire la matrice ideologica e le opzioni politiche dell’autore. La repubblicana, infatti, viene bensì trattata in modo scrupoloso e accurato come forma di governo nobile e degna del massimo rispetto, ma appare come alternativa in concreto irrealizzabile, in quanto fondata su equilibri sociali e politici troppo instabili. Al contrario, la forma monarchica, nella specie dell’Assolutismo riformista e illuminato di matrice asburgica, si rivela come una soddisfacente realtà, in grado di perseguire la comune felicità anche in assenza di quella tensione ideale che nella repubblica risulta tanto indispensabile quanto problematica.

Se la monarchia illuminata si dimostra veicolo ideale per il conseguimento del bene pubblico, se questo è il sistema politico nel quale lo stesso Cremani confessa di vivere felicemente, è allora giocoforza giungere alla conclusione che il modello accusatorio puro non ha ragione di essere attuato proprio perché espressione di una forma di governo – il «popolare regimen» – che al momento non appare praticabile.

Partendo dunque da alcuni principi derivati dal *De l’Esprit des lois*, Cremani giunge non tanto a un diretto rifiuto del processo accusatorio puro, quanto a una sua indiretta neutralizzazione, giustificata a priori dalla scelta del sistema politico: l’accusa libera e pubblica, adatta a un utopico regime repubblicano, risulta «perniciosa» o se non altro «meno giusta» («minus recta») nella vigente monarchia, ove si deve necessariamente convenire che in linea di principio «i processi devono essere avviati in base alle norme di legge dai magistrati istituiti a tal fine dal sovrano» («iudicia iuxta legum praeceptum a magistratibus instituenda esse ad id a Principe constitutis»).

10.8. Processo penale e libertà civile in Filippo Maria Renazzi

La precisa e articolata opinione espressa da Cremani nell’ambito della prolusione pavese del 1775 costituisce il primo punto di riferimento di un dibattito destinato ad arricchirsi in Italia – negli anni Settanta e Ottanta del Settecento – di nuove voci, a conferma dell’attualità del problema discusso.

Tra i pochissimi autori menzionati nell'*Orazione* di Cremani merita di essere ricordato, accanto all'«immortale Montesquieu» e a Beccaria (citato peraltro indirettamente), il nome di un giovane studioso quasi coetaneo di Cremani, Filippo Maria Renazzi, che tra il 1773 e il 1775 aveva già pubblicato a Roma i primi due volumi di un'opera destinata a una non immeritata notorietà, gli *Elementa Iuris Criminalis*, che sarebbero stati completati da un terzo e da un quarto volume apparsi nel 1781 e nel 1786.¹⁰ Ma più degli *Elementa* ai fini del presente discorso deve essere preso in considerazione un altro lavoro di Renazzi, meno noto e di mole assai più ridotta, la *Diatriba de ordine seu forma iudiciorum criminalium* (*Discussione sull'ordine e sulla forma dei giudizi criminali*), data alle stampe a Roma nel 1777, a un anno di distanza dalla pubblicazione dell'opuscolo pavese di Cremani.

La *Diatriba* di Renazzi è concepita come una sorta di introduzione storica al terzo volume degli *Elementa Iuris Criminalis*, dedicato appunto ai giudizi criminali, e consiste in una agile e sintetica ma non superficiale analisi delle varie forme assunte dal processo penale nel corso dei secoli, accompagnata da una serie di riflessioni e di osservazioni che tornano assai utili al fine di meglio comprendere le idee e la posizione culturale dell'autore.

A questo proposito, è opportuno sottolineare come Renazzi si proponga di fissare in via preliminare alcuni concetti che egli ritiene basilari, illustrando nelle prime pagine dell'opera i principi: a) della relatività dei modelli processuali; b) della interdipendenza tra libertà civile e aspetti formali del processo penale.

Quanto alla relatività dei modelli processuali, Renazzi, dopo avere notato come il modo di concepire le strutture processuali («ratio iudicialis ordinis») e la stessa forma di organizzazione del giudizio criminale («forma criminalis peragendi iudicii») siano mutate nel tempo in conseguenza delle varie leggi dei popoli e delle loro diverse istituzioni («iuxta varias populorum leges diversaque instituta»), conclude, citando significativamente proprio l'*Orazione* di Cremani ma ispirandosi evidentemente (come in tutta questa parte introduttiva) anche a Montesquieu, che la struttura del processo penale dipende essenzialmente dalla forma del governo civile («ordo criminalis iudicii a civilis regiminis forma vel maxime pendet»).

Quanto al principio della interdipendenza tra libertà civile e aspetti formali del processo penale, Renazzi afferma che quando viene a mancare una precisa regolamentazione del processo penale la libertà civile corre gravi pericoli («absque iudicariis ordinis forma aliqua atque sanctione civilis libertas vigere nequeat

¹⁰ Filippo Maria Renazzi (Roma 1745 - ivi 1808) è figlio di un professore di diritto dell'Università di Bologna trasferitosi a Roma per motivi di lavoro. La sua preparazione giuridica non matura in ambito universitario, ma è il frutto di studi condotti privatamente. Dal 1763 esercita la professione legale e, dopo avere vinto un concorso a cattedra nel 1768, dal 1769 e per un trentennio è professore di Istituzioni Criminali all'Università di Roma. Ricco di interessi scientifici ed eruditi, è ammiratore di Montesquieu e di Beccaria e propugna da posizioni culturalmente aperte ma sostanzialmente moderate la riforma e la razionalizzazione del sistema della giustizia penale. La pubblicazione degli *Elementa Iuris Criminalis* (1773-1786) gli procura una fama europea e numerose proposte di trasferimento all'estero, ma egli preferisce rimanere a Roma, ove accanto all'attività accademica continua a esercitare con successo l'avvocatura, ricoprendo altresì numerose cariche pubbliche sia sotto il governo pontificio che durante l'occupazione francese. Dà alle stampe anche una monumentale *Storia dell'Università degli Studi di Roma* in quattro volumi (Roma, 1803-1806).

incolumis»), e che la disciplina del procedimento appare più accurata e ricca di formalità laddove sono tenuti in maggiore considerazione i fondamentali diritti (naturali) dei cittadini, e cioè la vita, la libertà e la reputazione («constate o accuratiorem prescriptum esse ordinem criminalis iudicii, eoque pluribus refertum solemnitatibus, quo maior civium vitae, libertatis, famae ratio habita est»).

La storia del processo penale così come viene descritta nella *Diatriba* si risolve in una continua alternanza tra i due sistemi fondamentali, l'accusatorio e l'inquisitorio. A un periodo di netta prevalenza del primo nella Grecia classica e in Roma repubblicana segue, in Roma imperiale, il progressivo affermarsi del modello inquisitorio senza accusa privata («ordo inquisitorius sine accusatore»), a sua volta superato da un ritorno alla forma accusatoria come conseguenza della caduta dell'impero e delle invasioni dei popoli germanici. A partire dall'età medievale si è infine assistito quasi ovunque a una massiccia affermazione del modello inquisitorio, sia per la maggiore corrispondenza dello stesso alle forme di governo assolutistiche progressivamente sviluppatesi, sia per l'autorevole influenza esercitata dalle procedure adottate dal diritto canonico. Pur con molte varianti locali, il processo criminale risulta dunque riconducibile in quasi tutta l'Europa del XVIII secolo ai medesimi fondamenti e alle medesime caratteristiche: a) iniziativa del giudice *ex officio*, b) segretezza, c) scrittura, d) abbandono dell'accusa privata (o sua trasformazione in querela).

A questo punto Renazzi affronta direttamente e, a differenza di Cremani, in modo esplicito il problema della scelta tra accusa e inquisizione. La sua posizione è subito chiara; il paragrafo XV della *Diatriba*, dove il tema viene trattato, porta infatti una eloquente intitolazione: *Difesa dell'uso del processo criminale odierno (Processus criminalis hodierni usus defenditur)*.

Molteplici – osserva Renazzi – sono i motivi che spingono non pochi autori (per tutti viene citato il nome di Christian Thomasius) a deplorare l'assoluta prevalenza del ricorso alle forme inquisitorie. Tra le altre, molto diffusa appare l'opinione che tale tipo di procedimento permetta a delatori e giudici di perseguire impunemente l'innocenza, offrendo ai primi l'opportunità di vessare qualsiasi cittadino, e ai secondi la possibilità di ricorrere alla tortura senza il timore di dover poi subire le pene che nel sistema accusatorio proteggono dalle imputazioni calunniose.

La risposta di Renazzi a siffatte obiezioni si basa a suo dire sull'esperienza, che ha insegnato come il vigente sistema inquisitorio sia tutt'altro che esente da pecche, ma comporti nondimeno più vantaggi che svantaggi sia per il bene pubblico che per quello privato.

10.9. Gli inconvenienti del modello accusatorio secondo Schmid D'Avenstein

Quest'ultima affermazione viene confortata con alcune considerazioni ricavate da Renazzi dalla fresca lettura di un'opera intitolata *Principes de la législation universelle*, pubblicata anonima nel 1776 (e con l'indicazione di Amsterdam come luogo di edizione) ma dovuta all'economista e giurista elvetico Georg Ludwig Schmid D'Avenstein, autore assai vicino alle idee fisiocratiche che in Italia ha una certa influenza su alcuni

esponenti del pensiero giuspolitico di fine Settecento, tra i quali va segnalato in primo luogo Gaetano Filangieri.

In ordine ai problemi del processo penale, Schmid D'Avenstein, riprendendo e sviluppando gli spunti offerti da quell'inesauribile miniera costituita dal *De l'Esprit des lois*, giudica che il metodo accusatorio debba essere usato solamente «presso un popolo poco numeroso, i di cui costumi sian semplici, e puri». ¹¹ «In ogni altro caso» tale metodo, sorto «col pretesto di zelo per lo ben pubblico, di cui tutti i cittadini devono essere animati», comporta una serie di gravi inconvenienti, in quanto «apre la porta alle delazioni, ed a tutti gli effetti delle passioni vendicative rispetto ai deboli, e quasi assicura l'impunità ai potenti pel timor d'accusargli».

Fuori dai ristretti limiti di una piccola e sana organizzazione statale, dunque, il modello accusatorio sviluppa inevitabilmente nel popolo, secondo Schmid D'Avenstein, «un carattere traditore, ombroso, o diffidente» e, lungi dal rappresentare una manifestazione dello spirito pubblico e dell'amor di patria, diviene un sicuro veicolo di corruzione, in particolar modo quando al giudice e all'accusatore venga accordata – come soleva accadere – una percentuale sulle pene pecuniarie. Grazie alla prospettiva di questo «sordido guadagno», infatti, si spezzano «i vincoli della fidanza e dell'amicizia fra i cittadini», ognuno diviene per l'altro «una spia pagata da un'amministrazione inquieta», non si concede tregua ai trasgressori «di qualche regolamento inutile e di minuzie», i magistrati guardano ai reati come a una fonte non secondaria dei propri emolumenti, e nello «spirito del popolo» le idee circa la rettitudine delle singole azioni cessano di avere un contorno ben definito.

Come per Montesquieu, anche per Schmid D'Avenstein la soluzione preferibile consiste allora nel separare la funzione dell'accusa da quella del giudizio e nello «stabilire una parte pubblica, che sia incaricata di accusare coloro, che si rendono colpevoli dei delitti contro la società». Tale magistratura «non ha nulla d'odioso» in quanto non solo rappresenta gli interessi della collettività, cui deve rispondere per ogni abuso di potere, ma contribuisce anche alla conservazione dei buoni costumi e alla esatta esecuzione delle leggi.

10.10. L'adesione critica di Renazzi al modello inquisitorio

Renazzi ricava dunque dai *Principes* di Schmid D'Avenstein l'idea che il sistema basato su una libera e illimitata accusa privata possa essere convenientemente applicato solo in un piccolo ordinamento statale dai costumi non corrotti («in parva civitate, ubi praeterea civium mores nondum corrupti sint»), e giunge alla conclusione che l'inquisizione offra in linea generale mezzi assai più idonei per assicurare non solo la punizione, ma anche la prevenzione di ogni attività delittuosa.

Il metodo accusatorio puro, infatti, pregiudica il mantenimento della pace sociale e della pubblica tranquillità in quanto è fatalmente destinato a provocare e a moltiplicare

¹¹ Le citazioni dall'opera di Schmid D'Avenstein sono desunte dalla seconda traduzione italiana, pubblicata a Massa in due volumi nel 1787 con il titolo *Principj della legislazione universale*.

le occasioni di discordia e di conflitto tra i singoli cittadini, trasformando il processo in una sorta di cassa di risonanza degli odi privati; porta inoltre serie minacce alla vita e ai beni di cittadini pur integerrimi perché, come insegna (ancora una volta) la storia di Roma imperiale, produce calunniatori spinti ad accusare dalle ricompense. Se si considera invece la frequente latitanza degli accusatori contrapposta alla continua vigilanza assicurata da magistrati tenuti ad agire *ex officio*, non si può non concludere che l'inquisizione tuteli molto più efficacemente uno dei fondamentali interessi pubblici, e cioè quello di vedere limitate al massimo l'impunità e la conseguente «audacia» dei delinquenti.

In ordine poi al problema dell'arbitrio giudiziale, Renazzi si limita a sottolineare che nel vigente processo inquisitorio basato sul sistema della prova legale il giudice – al contrario di quanto solitamente accade nel sistema accusatorio – deve procedere solo sulla base di indizi certi, ma non può pronunciare sulla base dei soli indizi la condanna, per la quale si rendono necessarie la prova certa del fatto o la confessione del reo.

L'adesione di Renazzi al modello inquisitorio, appoggiata principalmente a motivazioni di utilità e di opportunità, non appare peraltro incondizionata. Rimane infatti aperto il grave problema degli elementi estranei alla regolare procedura inquisitoria che nel corso dei secoli sono stati recepiti senza una precisa indicazione di diritto («*praeter ius*») e che vengono osservati in forza di consuetudini forensi. Tali elementi, in quanto alieni dall'equità e dall'umanità («*ab aequitate et ab humanitate*»), devono essere rimossi dai governanti con un deciso intervento che, pur conservando l'impostazione processuale considerata più utile e più adatta ai tempi, riformi l'amministrazione della giustizia criminale al fine di poter garantire, conciliandole, sia la sicurezza privata («*privata securitas*») che il bene comune («*communis salus*»).

Attenendosi a canoni di estrema prudenza, Renazzi non indica in modo esplicito quali siano gli aspetti della giustizia penale del suo tempo che appaiono alieni dall'equità e dall'umanità e che devono essere oggetto di riforma. È comunque lecito ritenere che il riferimento sottintenda alcuni almeno degli elementi oggetto con maggiore frequenza delle critiche del pensiero illuminista, a cominciare dalla tortura giudiziaria, dalla condizione di segregazione dell'imputato, dalla totale segretezza dell'inquisizione, dal ricorso alla pena straordinaria e, *last not least*, dalle limitazioni all'esercizio del diritto di difesa e segnatamente alla possibilità di ricorrere alla difesa tecnica.

In sede conclusiva, la *Diatriba* di Renazzi ribadisce comunque – questa volta con estrema chiarezza – che il problema del rispetto dell'uguaglianza e delle libertà civili («*civilis aequalitas et libertas*») trova soluzione, più che nella scelta dell'uno o dell'altro modello processuale astratto: a) in primo luogo nell'esatta regolamentazione e nel conseguente rispetto delle forme processuali (che dovranno essere tanto più accurate quanto più grave sarà la pena che minaccia i destini e la vita stessa dell'imputato); b) in secondo luogo nell'applicazione dei principi di equità e di umanità; c) in terzo luogo nella celerità del giudizio (onde evitare inutili tormenti specie all'innocente e per conseguire i benefici effetti che scaturiscono dal vedere la pena seguire con immediatezza al reato).

10.11. Una voce senza incertezze: Alberto De Simoni

Nel sottolineare la necessità di combattere gli usi processuali contrari ai sentimenti di giustizia, Renazzi ricorda come una posizione analoga sia stata espressa in modo significativo («graviter») da Alberto De Simoni – un altro tra i criminalisti che abbiamo definito ‘postbeccariani’ – nel trattato *Del furto e sua pena*, pubblicato nel 1776 contemporaneamente all’*Orazione* di Cremani e un anno prima della *Diatriba* di Renazzi.

L’opera del giurista valtellinese, di pochi anni più anziano di Renazzi e di Cremani,¹² ha in effetti un contenuto che va al di là di quanto indichi il titolo poiché presenta, nella seconda parte, un’ampia trattazione generale relativa ai problemi del processo penale. Al contempo seguace e critico di Beccaria, De Simoni considera il diritto e la procedura criminale vigenti un prodotto dei tempi bui della barbarie frammischiato alla farragine interpretativa dei giuristi pratici del tardo diritto comune, e ne propugna una riforma in senso umanitario basata sui principi del diritto naturale.

Netta in questo autore è la contrapposizione tra i modelli processuali:

Due maniere di procedere criminalmente vi sono; l’una chiamasi accusatoria, l’altra inquisitoria. La prima, che sembra la più mite, trae la sua origine dal gius romano; la seconda pretendesi derivata dal diritto pontificio.

Dopo avere discusso e difeso le radici rispettivamente romanistiche e canonistiche dei due sistemi, De Simoni ne sintetizza i caratteri, sottolineando ancora la «non leggiera disparità» che li contraddistingue. Il processo accusatorio, infatti,

s’intraprende dal giudice colla precedenza dell’accusa per mezzo del libello accusatorio intentata, in cui devesi porre una succinta e precisa storia del fatto, il nome dell’accusatore, dell’accusato, del giudice, del delitto, della persona contro di cui e con cui fu commesso, non che il tempo in cui è seguito, e niente più; poscia ricercasi in questo processo la sicurtà dell’accusatore, la risposta del reo, le prove e le riprove, e la sentenza.

Al contrario, nel processo inquisitorio,

che il giudice intraprende *ex officio*, senza precedenza di formale accusa, per una nuda e semplice segreta notizia o denuncia, o anche per la sola fama, inquire egli e intorno il delitto occulto e le di lui circostanze, ed intorno l’autore. Va egli ammassando prove di ogni genere, cita testimonii, gli esamina e forma gli articoli in-

¹² Alberto De Simoni (Bormio 1740 - Ardenno 1822), dopo studi giuridici intrapresi a Innsbruck e a Salisburgo, dal 1762 esercita l’avvocatura nella natia Valtellina ricoprendo saltuariamente anche incarichi amministrativi e giurisdizionali. Giurista non accademico ma di vasta cultura anche filosofica, si mette in luce con il *Del furto e sua pena* (Lugano 1776), nel quale la riforma del sistema penale viene delineata con spirito sistematico e pragmatico, e con il successivo *Dei delitti considerati nel solo affetto* (Como 1783). In epoca rivoluzionaria partecipa alle vicende che portano al distacco della Valtellina dai Grigioni. Dal 1802 collabora a Milano ai lavori di codificazione, e in tale contesto appronta un progetto di codice civile per la Repubblica Italiana (1802-1803) e sovrintende alla traduzione italiana del Codice Napoleone (1805). Giudice d’appello (1804) e consigliere di cassazione (1807), ritorna negli ultimi anni a studi di impostazione giusnaturalista (*Del diritto pubblico di convenienza politica*, Como 1807; *Saggio critico storico e filosofico sul diritto di natura e delle genti*, postumo, Milano 1822).

quisizionali ai quali il reo deve rispondere, e in difetto di piena prova contro il reo che nega il delitto, procede con mezzi straordinari per estorquere dalla bocca del medesimo quella parte di prova che lui manca per condannarlo, e finalmente si procede alla sentenza.

Su queste premesse di carattere generale, nelle quali non manca peraltro un giudizio severo circa il ricorso a mezzi probatori «straordinari», si innesta una serrata critica a non pochi aspetti del vigente metodo procedurale.

De Simoni riconosce al processo inquisitorio una maggiore efficacia, giudicandolo «diretto veramente di sua istituzione ad iscoprire la verità del fatto», ma non trae da tale osservazione motivi sufficienti per considerarlo preferibile (come farà invece Renazzi nella *Diatriba* del 1777). Al contrario, De Simoni ritiene che gli aspetti iniqui e persecutori siano legati alla natura stessa del modello inquisitorio, e non possano quindi essere completamente eliminati neanche in presenza di una volontà politica di segno riformatore. L'inquisizione, infatti, «può non difficilmente degenerare in oppressione d'un innocente», e ciò può verificarsi «per malizia del giudice», «per ignoranza», «per sottile passione di giusta severità» e «finalmente per debolezza ancor del reo».

Gli effetti negativi di tali momenti degenerativi sono accentuati da quello che, per De Simoni, è forse il difetto capitale del metodo inquisitorio, e cioè l'unificazione delle funzioni di accusatore e di giudice. Concentrare nella medesima persona i ruoli di accusatore-inquisitore e di giudice comporta infatti un gravissimo pericolo per la «retta ed incorrotta giustizia nell'orditura del processo». Niente di più facile in tale circostanza che nel «freddo esaminatore e indagatore dell'esistenza e dell'autore del delitto» nonché della «pura e preta verità» prevalga l'animo dell'accusatore, per superbia o per amor proprio, per ambizione o per passione, per pregiudizio o più semplicemente per non considerare inutile il lavoro svolto. E niente di più facile, di conseguenza, che l'imputato – «un infelice incatenato, dato in preda allo squallore, alla fame, oppresso dal male» – si decida a confessare anche se innocente, «per non vivere più oltre peggio che condannato».

Un altro tema controverso sul quale De Simoni richiama l'attenzione del lettore riguarda il risarcimento dei danni subiti dall'imputato riconosciuto innocente. «Secondo la sana e metodica pratica giurisprudenza» dei Romani, era possibile ottenerlo sia nei confronti dell'accusatore privato, sia nei confronti dell'accusatore pubblico «quando di calunnia fosse stata convinta la loro accusa, e non l'avessero con legittime prove sostenuta». Ma «nell'adottato processo inquisitorio» a chi chiedere il risarcimento? Al Fisco? Si tratta di un «immaginario fantasma» che, fino a quando vi sia possibilità di condanna, è attivissimo nello sfruttare i suoi molteplici poteri per tormentare l'imputato e per impadronirsi dei suoi beni, ma che, in caso di assoluzione, «scompare come un'ombra o uno spettro, né più esiste per non dover essere riconvenuto dall'inquisito pe' suoi danni».

Il giurista valtellinese si scaglia poi con una veemenza ancora maggiore, che sfiora l'invettiva, contro quei criminalisti (e cita per tutti Egidio Bossi e Benedict Carpzov) che (riprendendo in realtà – giova precisarlo – un vecchio schema canonistico affermatosi tra il XII e il XIII secolo) hanno creduto di giustificare il processo inquisitorio at-

tribuendo agli indizi e alla fama la funzione di accusatore, confondendo così il «mezzo» con il «principio di una causa criminale». De Simoni confessa di non riuscire a comprendere tale impostazione: se è vero che il Fisco può «vestirsi di una qualità morale di persona», ciò non è per nulla possibile per «enti astratti, incapaci per se stessi di alcuna modalità di persona morale» come l'indizio e la fama. E ciò che più preoccupa, in fin dei conti, è che da tali «cose fallacissime, incerte o dubbie» possono dipendere «l'onore, la vita e la roba dei cittadini».

Il vigente processo penale ha dunque ben poco a che fare con il corretto «esercizio del diritto di punire», e giustifica appieno l'osservazione di Cesare Beccaria, che vi aveva visto una vera e propria guerra mossa dalla società contro gli imputati. De Simoni si preoccupa peraltro di limitare la validità di tale paragone al solo «sistema del processo inquisitorio», sottolineando come si debba porre in discussione non la ragione intrinseca del diritto di punire, ma l'abuso che si verifica quotidianamente nella pratica criminale e che appare strettamente collegato al modello processuale dominante.

Nelle pagine testé illustrate la scelta del modello accusatorio appare implicita e deriva da un rifiuto dell'inquisizione costruito su un'impostazione garantista e umanitaria del problema del processo penale. In altri passi presenti nel *Del furto e sua pena* De Simoni è però assai più esplicito nel dichiarare la propria preferenza per un sistema di tipo accusatorio che abbia come punto di riferimento e fonte principale le regole processuali romane.

Nel paragrafo dedicato alla cattura, ad esempio, De Simoni nota che il giudice nel vigente metodo inquisitorio è dotato di arbitrio nell'esaminare «gli indizi bastevoli alla cattura», e che di conseguenza spesso un innocente viene arrestato e posto in carcere solo «per una combinazione di fatali circostanze». Questo male «dipende dal sistema adottato dell'inquisitorio processo», e non sarebbe possibile col «metodo del romano accusatorio» poiché, se gli indizi per la cattura presentati dall'accusatore «si risolvono in fumo», costui subirebbe la pena prevista per l'accusa temeraria e dovrebbe inoltre pagare i danni all'accusato, «il che non avviene nel metodo adottato nel processo inquisitorio».

Analogamente, nel paragrafo sulla prigionia De Simoni denuncia ancora una volta come i poteri pressoché illimitati del giudice-inquisitore nei confronti dell'imputato portino di frequente all'oppressione dell'innocenza attraverso la privazione della libertà personale, il sequestro dei beni e altri duri provvedimenti restrittivi, ma sottolinea nel contempo che «una conseguenza di tal natura» non sarebbe neanche pensabile nel processo accusatorio, «nel quale il giudice nulla eseguisce sulla persona dell'accusato, se prima l'accusatore non abbia con sodi fondamenti provata e sostenuta la sua accusa».

10.12. Il complesso panorama degli anni Settanta

È facile a questo punto rilevare come le idee accolte da De Simoni si allontanino in più punti da quelle espresse da Renazzi e si oppongano radicalmente alle posizioni sostenute da Cremani. In effetti, i lavori giovanili dei tre autori qui presi in considerazione, pur

discendendo da una cultura giuridica e da letture comuni,¹³ individuano tre modi nettamente autonomi e ben differenziati di affrontare e risolvere il problema della scelta tra il mantenimento delle vigenti forme inquisitorie e l'attuazione di un sistema di tipo accusatorio.

La difesa del processo inquisitorio, considerato come necessaria conseguenza della forma di governo monarchica, è attuata da Cremani mediante un'applicazione in senso decisamente conservatore degli schemi relativistici elaborati da Montesquieu. Il giurista toscano non disconosce direttamente la bontà del principio accusatorio, ma risolve il problema in via indiretta, collegando rigidamente la forma del procedimento alla forma (data per scontata) del governo, ed evitando di entrare nel merito di questioni che potrebbero rimettere in discussione una costruzione in apparenza ineccepibile.

Renazzi ha un approccio al problema molto più articolato, basato sul tentativo di conciliare, quantomeno nelle conclusioni relative alla questione in oggetto, le varie tematiche penalistiche presenti nell'Età dei Lumi. Egli non sembra ritenere decisiva la scelta di un modello astratto e preferisce affidare al rispetto delle formalità procedurali il compito di garantire i diritti di libertà e di uguaglianza dei consociati. Ne risulta in concreto un esplicito riconoscimento del meccanismo inquisitorio come modello che più di ogni altro si dimostra adatto a conseguire gli scopi della giustizia punitiva, purché liberato e depurato da tutti gli elementi iniqui e disumani che l'hanno avvolto grazie all'affermarsi di consuetudini giudiziarie estranee alla natura del procedimento.

Anche De Simoni riconosce l'efficacia delle procedure inquisitorie, ma pone decisamente in primo piano gli aspetti garantisti e umanitari della questione, affermando la necessità di un ritorno al processo accusatorio di matrice romanistica come il solo in grado di proteggere efficacemente i diritti della persona. Giurista non accademico e non sempre coerente nelle sue prese di posizione,¹⁴ De Simoni è l'unico tra i giovani autori che – come già Montesquieu – collochi alle origini delle asprezze più rilevanti dell'inquisizione l'identità tra la figura dell'accusatore e quella del giudice, ed è anche l'unico che consideri tali asprezze decisamente connaturate allo spirito stesso del procedimento inquisitorio.

10.13. L'opinione di Pietro Verri

A chiusura del presente capitolo è opportuno fare un rapido cenno a uno scritto contemporaneo alle opere testé esaminate che, pur non avendo offerto alcun contributo al dibattito in esame, risulta nondimeno assai utile per definire il clima culturale in cui esse si inseriscono. Ci riferiamo alle *Osservazioni sulla tortura* di Pietro Verri che, composte tra il 1776 e il 1777, sarebbero state pubblicate postume da Pietro Custodi solo nel 1804. L'opera è oggi ben nota: scritta sulla scia dell'abolizione della tortura

¹³ Letture comuni che, sullo sfondo di una solida e ampia cultura classica, possono essere ordinate in tre gruppi: il primo è formato da opere di criminalisti pratici, risalenti in particolare ai secoli XVI e XVII; il secondo ricomprende opere di giuristi dotti e di filosofi collegati al pensiero giusnaturalista e giusrazionalista; il terzo risponde a una impostazione più strettamente illuministica, e si basa su una particolare predilezione per Montesquieu e su una approfondita, anche se non sempre convinta, conoscenza di Beccaria.

¹⁴ Significative al riguardo appaiono le opinioni possibiliste in tema di tortura talora espresse dal giurista valtellinese.

decretata dall'imperatrice Maria Teresa negli Stati ereditari della corona austriaca il 2 gennaio 1776 e sull'impressione della lettura degli atti del processo milanese agli untori del 1630, essa riprende taluni temi già discussi nell'Accademia dei Pugni e trattati da Beccaria nel *Dei delitti e delle pene* e costituisce un formidabile atto di accusa nei confronti del processo inquisitorio di Antico Regime – definito «un labirinto di una strana metafisica» (con un'espressione che richiama quasi alla lettera il «labirinto di strani assurdi» del *Dei delitti e delle pene*) – e del suo aspetto forse più iniquo, costituito appunto dalla tortura giudiziaria.

Pur essendo rimaste del tutto ignote agli autori che nell'Italia dei Lumi hanno discusso il tema della forma del processo penale, le *Osservazioni* di Pietro Verri esprimono con grande efficacia critica la sempre più diffusa consapevolezza, nella cultura illuminista, della natura violenta dei tradizionali metodi di repressione penale e della loro inadeguatezza nei confronti dei nuovi orizzonti del pensiero giuspolitico, con riferimento sia al tema della tutela dei diritti della persona che alla questione dei compiti e del ruolo delle pubbliche istituzioni.

Ci limitiamo in questa sede a portare all'attenzione del lettore il seguente passo (tratto dal § XV dell'opera), che con pochi tratti di notevole effetto sintetizza i momenti essenziali della prassi inquisitoria, segnalandone i vizi e le irregolarità più evidenti: la violenza nei confronti della persona, della sua libertà personale e della sua dignità; la cupa segretezza; il totale spregio dei diritti della difesa; la ricerca con ogni mezzo della confessione; le lungaggini procedurali.

La nostra pratica criminale è veramente un labirinto di una strana metafisica. Si prende prigioniero un uomo, che si sospetta reo di un delitto. Quest'uomo cessa in quel momento di avere una esistenza personale. Egli è un essere ideale posto nelle mani del Fisco, il quale lo interroga, lo involuppa, lo sprema, lo tormenta sinché o colle contraddizioni o colle incoerenze, ovvero colla confessione del delitto smunta col tedio del carcere, colla miseria e colle torture, possa il Fisco aver tratto da lui medesimo abbastanza per citarlo in giudizio. Fatte tutte queste lunghe e crudeli procedure, nel qual tempo non è permesso al reo di essere assistito o difeso, ecco il Fisco che lo cita e lo costituisce avanti il giudice reo del tal delitto. Nei paesi più illuminati, in vece, si prende una strada più breve e naturale. Appena posto in carcere il sospetto uomo, nel primo esame si considera cominciare il giudizio. Gli si pone in faccia il motivo per cui si sospetta reo; gli accusatori gli si pongono davanti, se ve ne sono. Se gli cerca ragione o discolpa: e così facilmente, e per una via più chiara, placida e regolare si termina ogni processo.

Capitolo 11

Riforme concrete, costruzioni ideali e proposte operative alle soglie della codificazione

11.1. Le riforme penali dell'Assolutismo illuminato

Mentre a partire dagli anni Settanta del XVIII secolo il panorama dottrinale sul tema accusa-inquisizione si viene ampliando e differenziando in modo rapido e profondo, in tutta Europa intorno alla metà degli anni Ottanta prendono corpo le più importanti manifestazioni legislative dell'Assolutismo riformista nel campo della giustizia penale.

Nel processo se non di totale riforma quantomeno di precoce modernizzazione della materia penale si colloca in un ruolo di primo piano l'esperienza legislativa dell'Impero d'Austria, sulla quale conviene dunque anticipare qualche breve informazione.

11.1.1. L'Impero d'Austria

Nello spazio di poco più di un trentennio, lo Stato asburgico avvia e perfeziona, per la prima volta nella storia, una compiuta codificazione penale e processuale, le cui tappe maggiormente significative rispondono dapprima a un'esigenza di centralizzazione e di standardizzazione della giustizia penale, e in seguito a un programma di razionalizzazione della stessa in cui le esigenze di efficienza e di funzionalità prevalgono su quelle di natura garantista.

La vicenda prende l'avvio il 31 dicembre 1768, quando l'imperatrice Maria Teresa, dopo una lunga fase di elaborazione protrattasi per una quindicina d'anni, promulga la *Constitutio Criminalis Theresiana*, un corpo normativo tanto trascurato (e vituperato) a livello storiografico quanto bisognoso di una più matura e attenta considerazione per il ruolo comunque fondamentale giocato nella fase di avvio della moderna codificazione penale. Siamo di fronte a una sostanziale ricompilazione e fusione dei previgenti diritti territoriali che risponde all'obiettivo primario di creare, all'interno dell'Impero asburgico, una disciplina unitaria anche della materia penale. La *Theresiana* (in vigore dal 1° gennaio 1770) è divisa in due parti, l'una processuale l'altra sostanziale, ed è assai lontana dall'accogliere le istanze garantiste in via di rapida maturazione nella cultura giuridica europea (e anche austriaca) dell'epoca. Assente il principio di legalità, assente il divieto di analogia, sono ancora parzialmente rilevanti gli *status* personali, mentre il sistema delle pene appare arcaico e violento, con svariate forme qualificate di pena capitale. La disciplina del processo si risolve a sua volta in una *summa* dei principali

aspetti che abbiamo visto caratterizzare la procedura penale romano-canonica, a cominciare ovviamente dal ricorso alla tortura giudiziaria, le cui forme di esecuzione sono accuratamente definite anche attraverso apposite tavole illustrative ben note ai bibliofili.

La *Theresiana* è seguita, nel giro di pochi anni, da una serie di interventi normativi settoriali di segno opposto e di rilevante significato simbolico. Tra essi spiccano l'abolizione della tortura, tenacemente perseguita sulla scia di Beccaria dal ministro Joseph von Sonnenfels (decreto 2 gennaio 1776), la riduzione dei casi di applicazione della pena capitale (decreto 19 gennaio 1776) e la sua (solo programmatica) sostituzione con i lavori forzati (decreto 17 febbraio 1777).

Questi interventi rendono ben presto necessaria una profonda rielaborazione della *Theresiana*, che viene ordinata dall'imperatore Giuseppe II il 13 aprile 1781, pochi mesi dopo la morte della madre Maria Teresa. Al termine di una nuova intensa stagione di progettazione normativa, durante la quale svolge un ruolo cardine un allievo di Sonnenfels, Franz Georg von Keess, la *Theresiana* viene sostituita, il 13 gennaio 1787, dall'*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* (beccarianamente: *Codice Generale sopra i Delitti e le Pene*, altrimenti noto come *Josephina* o *Giuseppina*). Si tratta di un testo indubbiamente ispirato ai principi illuministi di legalità e di razionalità, ma che appare assai meno sensibile a quelli altrettanto rilevanti di proporzionalità e di umanità e disegna perciò, pur optando per una parziale abolizione della pena capitale, un sistema sanzionatorio di estremo rigore, con aspetti quasi terroristici.

La *Giuseppina*, dedicata al solo diritto penale sostanziale, è immediatamente affiancata da due normative processuali che riflettono la bipartizione dei reati, operata dalla stessa *Giuseppina*, nelle due grandi categorie dei delitti e delle trasgressioni di polizia. Ci riferiamo alla *Instruktion für die politischen Behörden (Istruzione per le Autorità politiche)* del 12 febbraio 1787, che disciplina la procedura in materia contravvenzionale, e alla successiva *Allgemeine Kriminalgerichtsordnung*, che regola la procedura negli affari criminali. L'*Allgemeine Kriminalgerichtsordnung* viene approvata da Giuseppe II il 1° giugno 1788 ed entra in vigore il 1° agosto 1788. Si tratta di un avvenimento di non scarsa rilevanza nella storia della procedura penale. Se infatti l'*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* del 1787 costituisce il primo moderno codice penale, la *Kriminalgerichtsordnung* rappresenta, in buona sostanza, il primo moderno codice di procedura penale e delinea «quello che può essere definito il modello di processo penale dell'Assolutismo illuminato», nel quale «statualismo e garantismo sono forzati a convivere». ¹ In questa precoce codificazione processuale le scelte di sicura matrice illuminista sono in effetti condizionate e spesso neutralizzate da una difficile se non impossibile convivenza con i rigidi principi centralizzatori dell'Assolutismo statualista. Ne risulta un modulo processuale bensì razionale e fondato sul primato della legge rispetto all'*arbitrium iudicis*, ma di natura strettamente inquisitoria, fondato sulla rigida applicazione del sistema della prova legale (e dunque sulla ricerca della confessione) e sul ruolo centrale del «giudice *factotum*», ² che svolge

¹ Cavanna, *Storia del diritto moderno*, 2, p. 309.

² Ivi, 2, p. 313.

nell'interesse pubblico le tre funzioni dell'accusa, della difesa e del giudizio, con la conseguente totale estromissione dal processo della difesa tecnica.

L'esperienza legislativa asburgica di fine Settecento culmina nello *Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübretungen* (Codice sui delitti e sulle gravi trasgressioni di polizia, altrimenti noto come *Franziskana* o *Franceschina* in onore dell'imperatore Francesco I) del 3 settembre 1803, che riprende, assai migliorata nella forma, addolcita in alcuni contenuti ma identica nella sostanza, la disciplina della codificazione giuseppina, sostituendo *in toto* la legislazione penale sostanziale e processuale del 1787-1788. La *Franziskana* è particolarmente interessante per l'osservatore italiano in quanto essa dal 1° gennaio 1816 entrerà in vigore nel Regno Lombardo-Veneto, e in conseguenza di tale estensione una porzione consistente della penisola avrà modo di sperimentare per parecchi decenni gli effetti delle scelte di politica legislativa maturate nell'ambiente dell'Assolutismo austriaco.

11.1.2. L'area italiana

In area italiana, gli esiti maggiormente significativi della breve ma intensa stagione normativa dell'Assolutismo illuminato sono rappresentati dalla *Leopoldina* nel Granducato di Toscana e dalla *Norma Interinale del Processo Criminale per la Lombardia Austriaca*. Entrambi i testi risalgono al 1786 e anche a essi conviene fare un breve cenno per verificare fino a che punto il dibattito culturale in corso in quegli anni abbia influito sulle scelte di legislatori che, pur convinti della necessità di modernizzare il sistema (e, specie nel caso della *Leopoldina*, di aprirlo a istanze garantiste e umanitarie), appaiono in realtà assai restii ad abbandonare gli schemi processuali ereditati dalla tradizione.

11.1.2.1. La Leopoldina

La *Riforma della legislazione criminale toscana* del 30 novembre 1786, fortemente voluta dal granduca Pietro Leopoldo d'Asburgo-Lorena (e che in suo onore reca appunto la denominazione di *Leopoldina*), costituisce senza dubbio la più rilevante tra le concrete iniziative legislative settecentesche scaturite dalle idee di Beccaria prima dell'età rivoluzionaria. Generalmente nota per essere stato il primo testo normativo ad abolire totalmente la pena di morte (§ 51), la *Leopoldina* presenta un assetto normativo ancora precodificistico e tutt'altro che esaustivo, che disciplina contestualmente il diritto penale sostanziale e processuale. Lo schema inquisitorio del procedimento *ex officio* non viene modificato strutturalmente (e anzi viene dato per presupposto), ma è riformato settorialmente e *dall'interno* anche alla luce di taluni tra i principi propugnati dagli esponenti dell'Illuminismo penale.

In altre parole, la *Leopoldina* inserisce nel consueto tessuto procedurale consolidatosi in Antico Regime una cospicua serie di regole e di istituti informati ai principi umanitari del garantismo penale e alla necessità di razionalizzare l'amministrazione della giustizia punitiva. Spicca in questo senso la definitiva abolizione della tortura (§ 33),

accanto alla quale è peraltro opportuno segnalare – ancorché telegraficamente – ulteriori e significativi interventi innovativi, rappresentati:

- a) dal divieto di deferire il giuramento all'imputato, che cessa così di essere considerato *testis contra se* (§ 6);
- b) dalla riforma del giuramento dei testimoni (§§ 9-10);
- c) dall'affievolimento del principio della segretezza e dall'affermazione del diritto dell'imputato a conoscere le prove a suo carico (§ 13);
- d) dal diritto dell'imputato a conservare la libertà personale quando si proceda per reati sanzionati con pena non afflittiva (§ 15);
- e) dalle maggiori garanzie stabilite per i testimoni, che non possono essere imprigionati al solo fine di ottenere una deposizione conforme alle attese del giudice (§§ 20, 25);
- f) dal divieto di procedure e di provvedimenti straordinari e arbitrari (§§ 22, 48);
- g) dall'obbligo per il giudice di acquisire anche le testimonianze e le prove a discarico (§§ 23-24, 26);
- h) dall'abolizione della categoria delle prove privilegiate, e cioè delle prove imperfette o indiziarie che per particolari categorie di reati particolarmente gravi sono nondimeno considerate sufficienti per l'irrogazione della pena edittale (§ 27);
- i) dall'introduzione del principio della celerità del procedimento, segnatamente quando l'imputato sia in carcere (§§ 29-32);
- l) dalla nuova disciplina della contumacia, che rigetta il tradizionale principio *contumax pro confesso habetur*, secondo il quale la contumacia equivale alla piena confessione (§§ 37-44);
- m) dall'abolizione della confisca dei beni del condannato (§ 45);
- n) dall'introduzione di norme di salvaguardia e risarcimento per l'innocente ingiustamente accusato (§ 46);
- o) dalla previsione della difesa tecnica, che in particolare deve essere garantita *ex officio* agli imputati poveri e indigenti (§ 50).

11.1.2.2. La Norma Interinale per la Lombardia austriaca

Per quanto riguarda la *Norma Interinale del Processo Criminale per la Lombardia Austriaca*, essa viene realizzata nel 1786 da un influente e autorevole funzionario imperiale, il giurista trentino Carlo Antonio Martini, allo scopo di avvicinare gradualmente il sistema processuale vigente nello Stato di Milano a quello del resto dell'Impero asburgico, in vista di una estensione (mai attuata concretamente) alla Lombardia della codificazione penale e processuale penale voluta dall'imperatore Giuseppe II.

Entrata in vigore il 1° gennaio 1787, la *Norma Interinale* (e cioè provvisoria, anche se in realtà destinata a rimanere in vigore per un ventennio) è, a ben vedere, il frutto di un'operazione di assemblaggio legislativo. I nove paragrafi dell'Articolo I, *Dei delitti criminali in genere*, costituiscono infatti la traduzione pressoché letterale del primo capitolo, dallo stesso titolo, del non ancora promulgato codice penale giuseppino, e fissano alcune regole fondamentali in ordine alla parte generale del diritto penale sostanziale (specialmente in tema di dolo, imputabilità, concorso soggettivo e tentativo). Degno di

particolare menzione è il fatto che, proprio perché entra in vigore con qualche mese di anticipo rispetto al codice penale giuseppino, la *Norma Interinale* possa vantare il primato storico della prima definizione normativa del principio di legalità (comunemente espresso, come già segnalato, dalla formula *nullum crimen, nulla poena sine lege*). Recita infatti il § 1:

Non ogni trasgressione di legge è delitto criminale, o per dir meglio un delitto soggetto alla procedura criminale. Quali azioni siano di tale natura, si dovrà desumere unicamente dalle leggi vigenti. Non si potranno quindi ritenere per delitto criminale quelle azioni, che non si trovano espresse, e comprese fra le sanzioni penali.

I restanti paragrafi (Artt. II-XXXV, §§ 10-363) hanno natura più spiccatamente procedurale e si risolvono invece in una revisione, sviluppata su basi razionaliste e pragmatiche, degli Articoli XIX-LIV della parte processuale della *Constitutio Criminalis Theresiana* del 1768. Nella *Norma Interinale* i complessi schemi della *Theresiana* vengono ammorbiditi e resi più agili, senza peraltro modificare l'impostazione di base dell'iter procedurale, che resta pur sempre strettamente legato al classico modello inquisitorio *ex officio*. In particolare, la *Norma Interinale* tende a enfatizzare – secondo la tipica impostazione asburgica – il ruolo centrale di un giudice-funzionario che rappresenta lo Stato e che è specialmente incaricato di esercitare la duplice funzione pubblica intesa da un lato ad assicurare il 'giusto castigo' del colpevole e, dall'altro e contemporaneamente, a salvaguardare efficacemente l'innocenza (con la conseguenza che la difesa tecnica viene relegata in una posizione residuale e meramente eventuale).

Non mancano peraltro nella *Norma Interinale* alcuni interventi di riforma che appaiono decisamente in linea con quelli presenti nella *Leopoldina*: non è più previsto il ricorso alla tortura (§ 238); è introdotto il divieto di deferire il giuramento all'imputato (§ 162) e di formulare domande suggestive (§ 158); sono stabilite norme di salvaguardia contro le denunce caluniose (§ 125-126, 129-130); sono fissati taluni limiti alla carcerazione preventiva (§ 131-136); non è più applicato il principio *contumax pro confesso habetur* (§ 309).

11.2. La centralità della riforma processuale nel pensiero di Gaetano Filangieri

Quasi contemporaneamente all'entrata in vigore della *Leopoldina* e della *Norma Interinale*, il dibattito sulla forma del processo penale tocca in Italia il proprio culmine grazie al contributo di due prestigiosi esponenti del pensiero filosofico-giuridico meridionale, Gaetano Filangieri e Francesco Mario Pagano.

La *Scienza della Legislazione* di Gaetano Filangieri costituisce indubbiamente uno dei momenti più alti, sul piano dottrinale e filosofico, del movimento riformatore che interessa l'Europa nel Settecento.³ In questo poderoso sforzo, volto a comprendere, in-

³ Gaetano Filangieri (Napoli 1753 - Vico Equense 1788) appartiene a una delle più antiche famiglie dell'aristocrazia meridionale. Dopo intensi studi privati, ottiene il titolo di Gentiluomo di Camera alla corte di Napoli e avvia una carriera militare di carattere prettamente onorifico. Dal 1780 e per tre anni

terpretare e ordinare tutti gli aspetti dell'esperienza giuridica alla luce delle idee dell'Illuminismo, una parte non secondaria è occupata dalla trattazione del problema penale. Il terzo libro dell'opera, dato alle stampe nel 1783, si intitola infatti *Delle leggi criminali*; al suo interno, ampio spazio è dedicato a un approfondito esame delle principali questioni concernenti la procedura.

Secondo Filangieri, la riforma penale deve essere innanzitutto una riforma processuale. Poiché il problema centrale della legislazione penale – che ha la funzione di garantire sia la tranquillità dei cittadini che la loro libertà civile – consiste nel riuscire a «combinare» l'efficacia delle norme («lo spavento dei malvagi») con la tutela dei diritti del singolo («la sicurezza dell'innocente»), appare indispensabile individuare, ancor prima di un corretto sistema di pene, un opportuno metodo di procedura che risponda a criteri di chiarezza e di semplicità.

In Europa – osserva il filosofo napoletano – le condizioni di questo ramo della legislazione sono assai tristi. Le parziali riforme attuate qua e là nella parte sostanziale sono state vanificate dal fatto che la parte processuale,

la più difficile a ripararsi e la più interessante a trattarsi, è rimasta nella sua antica oscurità. Lo strepito universale contro l'irregolarità della presente procedura non ha ancora fatto nascere un nuovo metodo, che si dovrebbe all'antico sostituire.

Poste queste premesse, Filangieri sviluppa e illustra, guidato dalla «fiaccola della ragione», il proprio piano di riforma operando continui richiami storici, dottrinali e comparatistici, e ponendo in primo piano come punti di riferimento del discorso da un lato il modello romanistico, dall'altro – il dato merita particolare attenzione poiché introduce un elemento sostanzialmente nuovo nel dibattito in esame – quello offerto dal sistema di *common law*, che «se nella parte penale è vizioso quanto gli altri, è nel tempo stesso ammirabile in quella che ha per oggetto la procedura».

11.3. Accusa e inquisizione a confronto

Il ragionamento di Filangieri prende le mosse da una decisa presa di posizione. Non vi è dubbio – afferma il filosofo – che il sistema processuale ideale si debba basare sull'accusa privata:

La libertà o, per meglio dire, il diritto di accusare, è stata una delle prerogative della cittadinanza in gran parte delle nazioni, e per un lungo tratto di secoli. L'interesse comune ed eguale che hanno tutti gl'individui di una società alla conservazione dell'ordine pubblico, all'osservanza delle leggi, alla diminuzione dei

amministra il Monte Nuovo dei Maritaggi (che si occupa dei problemi dotali, matrimoniali e monastici dei giovani nobili), e nel 1787 diviene membro del Consiglio delle Finanze. Dal 1776 dedica gran parte della sua breve vita alla stesura della monumentale *Scienza della legislazione*, che viene data alle stampe in otto volumi a Napoli dal 1780 al 1791 (l'ultimo volume viene pubblicato postumo). Pietra miliare del maturo Illuminismo europeo e punto di svolta per gli sviluppi delle moderne scienze politico-sociali, l'opera costituisce un vero e proprio progetto costituzionale di rifondazione della società civile destinato a grande diffusione e a un duraturo successo nella cultura giuspolitica europea.

delitti, ed allo spavento dei malvagi, ha fatto credere ai legislatori più savi che non si poteva negare al cittadino il diritto d'accusarne un altro.

Tale fu la scelta operata dai popoli dell'antichità, presso i quali la libertà di accusa assicurava la pubblica e la privata tranquillità, mentre la severa punizione dell'accusa calunniosa tutelava la sicurezza dell'innocente. In un sistema di questo tipo, nel quale l'accusa, collegata ai diritti di cittadinanza, sia liberamente concessa a chiunque e sia altresì palese e nota all'accusato, i due estremi del problema penale, la «tranquillità pubblica» e la «sicurezza privata», risultano strettamente compenetrati e trovano dunque una soddisfacente soluzione unitaria in quanto si aiutano e si garantiscono a vicenda.

Filangieri, con dovizia di note dottrinali, si sofferma in particolare a illustrare il metodo accusatorio romano praticato «durante la libertà della repubblica e nei bei giorni dell'impero», insistendo specialmente sui principi posti a difesa dell'accusato e sulla disciplina dell'accusa calunniosa. Riunendo una serie di testi frammentari, descrive poi in qual modo tale metodo fosse applicato anche presso i Greci e («chi lo crederebbe!») i popoli barbari, che regolarono l'accusa «molto meglio che al presente».

Nel complesso, è possibile osservare come Filangieri in questa parte dell'opera tenda innanzitutto a ricostruire un unitario modello storico di riferimento, largamente ispirato a quello romano-classico, e rifiuti nel contempo l'impostazione relativistica suggerita da Montesquieu, trascurando di conseguenza la questione delle degenerazioni e dei possibili inconvenienti dello stesso metodo romano.

Il passo successivo consiste nel paragonare i vantaggi dell'individuato modello classico con gli aspetti deteriori dell'«assurdo e feroce» processo penale moderno di natura inquisitoria, ideato dal dispotismo, diffuso dalla «superstizione», adattato e sostenuto dall'indolenza dei governanti e dall'ignoranza.

In tale vigente sistema i reati sono perseguiti da una persona pubblica; il giudice è anche l'inquisitore, e si serve di subalterni corruttibili; il cittadino «non può accusare che le proprie offese e quelle dei suoi stretti parenti», e in molti casi non può chiedere altro che il risarcimento dei danni. Il tutto si svolge nel massimo segreto. Circa quest'ultimo punto, viene esaltato il principio della pubblicità del procedimento in uso «una volta», mentre è oggetto di severe critiche il «misterioso ed arbitrario segreto» che avvolge i momenti più importanti della procedura moderna. In conseguenza del ricorso sistematico alla segretezza, l'accusato perde infatti la libertà e l'onore senza saperne il motivo e per un tempo imprecisato, durante il quale si trova in «uno stato di violenza e di tormento» intollerabile in caso di innocenza.

Riassumendo, le «opposizioni» tra il metodo antico e il moderno in ordine all'accusa sono principalmente due:

- 1) Io veggio tra gli antichi l'accusa permessa a tutti i cittadini. 2) Io la veggio palese all'accusato, fin dal primo momento che s'instituiva. Trovo abolito l'uno e l'altro tra i moderni.

Da questa osservazione di sintesi Filangieri trae lo spunto per censurare il passo del *De l'Esprit des lois* nel quale Montesquieu individua nelle diversità delle forme di governo la giustificazione dei limiti posti, in determinate situazioni, alla libertà di accusa.

Come già accennato, Montesquieu – pur affermando che ove il diritto di accusa sia concesso a chiunque, questa debba essere palese e nota all'accusato – sostiene che la libera accusa si addice solo alle repubbliche democratiche in quanto nell'ambito di forme di governo differenti, come la monarchia, essa comporta inconvenienti superiori ai vantaggi. Filangieri, nel ribadire la propria ammirazione per il filosofo francese, si chiede però

se questa sua opinione meritava di far tanti proseliti, quanti ne ha fatti. Io venero gli errori stessi di questo grand'uomo; ma quando questi mi paiono perniciosi al genere umano, io mi fo un dovere di rilevarli.

Il principio relativistico che commisura la bontà delle leggi al loro rapporto con le strutture e i caratteri delle «nazioni» non ha infatti alcuna necessaria conseguenza sul piano della libertà di accusa, in quanto quest'ultima deve essere inevitabilmente combinata con la «massima difficoltà di calunniare». Sbaglia Montesquieu quando basa il sistema accusatorio della repubblica sullo zelo (scarso o assente nelle monarchie) dei cittadini per il bene pubblico: Greci e Romani fondarono il diritto di accusa su una serie di rigide norme contro la calunnia, e non sul civico zelo, nel quale mostrarono di avere ben poca fiducia. Né si deve confondere la monarchia con il dispotismo: nella prima le leggi esistenti – comprese le norme che colpiscono le accuse calunniose – devono essere sempre applicate, e non permettono quindi il sorgere delle delazioni, proprie dei regimi dispotici. Non ha dunque senso ritenere l'accusa utile nelle repubbliche e dannosa nelle monarchie; essa conviene alle prime come alle seconde, e nelle prime come nelle seconde non può fare a meno di combinarsi con una legislazione preventiva e repressiva della calunnia. Solo il dispotismo può rendere nociva la libertà d'accusa (come del resto ogni altro diritto o prerogativa che dipenda dalla cittadinanza) in quanto, riconducendo ogni potere all'arbitrio del despota, permette il disconoscimento delle norme che proteggono dalle accuse calunniose.

Filangieri esprime un articolato giudizio negativo anche in ordine all'istituto – raccomandato da Montesquieu – del «vengeur public», cioè del magistrato o funzionario incaricato, nell'ambito di un modulo inquisitorio diffuso in Francia e in gran parte delle monarchie europee, di perseguire i crimini in luogo degli accusatori privati. In primo luogo questo «vendicatore pubblico» è nominato e dipende in tutto dal principe e, se è vero che «l'interesse è il gran motore degli uomini», nessuno più di tale magistrato è naturalmente portato a favorire il sovrano. In secondo luogo, il «vendicatore pubblico» non può essere perseguito per calunnia «semplice» ma solo per calunnia «manifesta» (che si verifica solo quando manchino, nei confronti dell'accusato, anche i più tenui indizi). In terzo luogo, non si può negare che, rispetto al privato cittadino che goda del diritto di accusare, il «vendicatore pubblico» abbia a sua disposizione mezzi molto più efficaci e incontri ostacoli molto meno seri quando intenda commettere degli abusi.

Filangieri conclude la serrata critica ai moduli processuali del suo tempo con due ulteriori osservazioni. La prima, decisiva per dimostrare la «stranezza» del sistema, sottolinea come alla libertà di accusare palesemente si sia sostituita la libertà di denunciare occultamente, con gravi conseguenze sul piano della pace sociale e della «confidenza»

tra i cittadini. La seconda rileva l'esistenza, nelle legislazioni moderne, di una «indulgenza pernicioso e non opportuna» nei riguardi dei calunniatori, giustificata dai difensori dei metodi vigenti con il fatto che, perseguendo i calunniatori, non si troverebbe più nessuno disposto a denunciare.

L'ampio discorso fin qui riassunto mira a dimostrare in modo definitivo che «la libertà dell'accusa [...] quando è ben combinata colla difficoltà di abusarne [...] non solo non è pernicioso», ma risulta «utile e necessaria», in quanto «stabilisce una reciproca ispezione tra i cittadini», «rende più difficile l'occultazione dei reati», «rende più rara l'impunità» e «rende meno frequenti i delitti».

A ciò si aggiunga che la libertà di accusa contribuisce in maniera decisiva alla stabilità dello Stato, poiché offre una via di sfogo disciplinata dalla legge agli umori che agitano i cittadini. Ne risulta che «la libertà di accusare è una prerogativa che non si può separare dalla cittadinanza senza incorrere nei più gravi disordini».

11.4. La ricostituzione del sistema accusatorio

Alla luce di quanto detto, Filangieri sostiene dunque che per una corretta riforma del processo penale sia necessario:

- a) restituire a tutti i cittadini il diritto di accusare liberamente;
- b) combinare tale diritto con l'impossibilità di abusarne.

Il primo punto è giudicato di facile attuazione. Assai più problematico si mostra invece il secondo, per il cui conseguimento è opportuno ricorrere, con le dovute correzioni e aggiunte, al seguente lungo catalogo di «mezzi» suggeriti in parte dalle antiche legislazioni e in parte dal moderno modello di *common law*.

a) L'accusa calunniosa e la prevaricazione (intesa come accordo fraudolento tra accusatore e accusato) devono essere punite come nel diritto romano, che prevede nel primo caso la pena dell'infamia e nel secondo la pena del taglione.

b) Deve essere ripristinata la normativa romanistica d'eccezione, secondo la quale alcuni (donne, pupilli, servi, infami) non possono accusare se non «le proprie offese o le insidie contro lo Stato intero», altri non possono essere accusati (i magistrati e i funzionari assenti per causa di servizio), altri ancora non possono esser accusati «da certe determinate persone» (ad esempio il padre dal figlio).

c) La libera accusa deve riguardare i soli delitti pubblici (che offendono principalmente la società e lo Stato); nei delitti privati (che offendono principalmente le singole persone) l'azione deve spettare alla sola parte lesa.

d) L'accusatore deve promettere di non ritirarsi dall'accusa prima della sentenza (come era stabilito ad Atene, a Roma e presso «alcune barbare nazioni»).

e) Deve essere rigidamente tutelata l'esatta osservanza e la valenza garantista delle forme procedurali. Le accuse devono essere chiare e circostanziate e devono utilizzare formule precostituite, in quanto «non vi è esattezza che basti, allorché si tratta di turbare la pace di un uomo». In questo caso al valido esempio romanistico si aggiunge anche quello offerto dalla procedura inglese, nella quale l'atto di accusa (*indictment*) viene approntato con estrema cura e diligenza.

f) La prescrizione dell'accusa non deve seguire il modello romano, nel quale giunge fino a venti anni, ma si deve ispirare al modello *di common law*, nel quale è in genere di tre anni. Tale scelta è giustificata dal fatto che «è molto più difficile il difendersi da una calunnia dopo venti anni che dopo tre».

g) Non è ulteriormente ammissibile la distinzione tra accusa calunniosa «semplice» e accusa calunniosa «manifesta». Si tratta di una «parzialità perniciosa» e «contraria alla civile sicurezza» perché mette in pericolo la libertà del cittadino con «indizi cavillosi, effimeri sospetti, metafisiche congetture». «La calunnia è sempre un delitto, e, se è un delitto, debb'essere sempre punita».

11.5. L'inquisizione come rimedio eccezionale

La ricostituzione di un sistema processuale di natura accusatoria, realizzabile grazie agli interventi ora illustrati, non comporterebbe peraltro un abbandono definitivo e totale del modello inquisitorio. Nota infatti Filangieri che vi possono essere dei casi eccezionali nei quali l'inquisizione si dimostra indispensabile, costituendo l'unico mezzo per giungere alla punizione del reato.

Ciò si verifica:

- a) «quando il delitto è sicuro, e l'autore ignoto»;
- b) «quando esiste un delitto, ma manca l'accusatore»;
- c) «quando la parte offesa querela ma non accusa» poiché non conosce il nome del colpevole.

In tali occasioni, spetta all'autorità pubblica scoprire il reo e chiamarlo in giudizio secondo particolari procedure inquisitorie già sperimentate nel diritto romano:

Quando un delitto era commesso e mancava un accusatore privato che ne chiamasse in giudizio l'autore, si ricorreva all'inquisizione in Roma. Questo è appunto il sistema che converrebbe oggi di adottare. La procedura ordinaria dovrebbe essere l'accusatoria, e la straordinaria l'inquisitoria.

Certamente, questo processo inquisitorio d'eccezione deve risultare alquanto diverso da quello praticato nell'Europa di fine Settecento. Secondo Filangieri, la legge deve provvedere ai casi (ottimisticamente valutati «pochi e straordinari») nei quali manchi l'accusatore ispirandosi a criteri di ragione, giustizia e umanità, e deve tutelare la sicurezza del cittadino spogliando l'inquisizione «di tutti quei vizi dei quali la ferocia della superstizione l'aveva vestita». In alcune pagine assai efficaci, nelle quali l'impostazione retorica appare vivificata dalla appassionata partecipazione dell'autore, Filangieri ribadisce i principali difetti della vigente procedura, che dipendono in parte «dalla natura istessa della presente inquisizione», e in parte «dalle mani alle quali è affidata».

Quanto al primo punto, appaiono particolarmente deleteri a) la riunione nella medesima persona dei compiti di giudice e di accusatore, e b) il fatto che il procedimento prenda ordinariamente l'avvio da denunce occulte o dalla «pubblica voce o fama». Quanto al secondo, non si può negare che l'esito del processo sia troppo di frequente

condizionato dall'arbitrio di magistrati e funzionari corrotti e privi di credito, «indegni d'influire sulla pubblica e privata tranquillità»:

Il ministero il più delicato, il più geloso e il più importante, è affidato ai ministri più vili della giustizia.

Per ovviare a questi difetti e per poter ricorrere in via straordinaria all'inquisizione nei casi sopra ricordati, è necessario ripristinare «il metodo istesso dei Romani» e separare nettamente le funzioni e le persone dell'accusatore e del giudice.

La riforma del processo inquisitorio deve dunque ruotare – secondo Filangieri – sulla istituzione di «magistrati accusatori» che, quando non si presenti alcun accusatore privato, ne prendano il posto svolgendo le medesime funzioni. Si deve trattare di persone probe e distinte, dotate di un buon stipendio e quindi non propense alla corruzione o alla prevaricazione. Esse nell'ambito di una precisa competenza territoriale hanno il compito di individuare gli autori dei reati, di istituire nei loro confronti l'accusa e di sostenerla fino alla sentenza, proprio come se si trattasse di privati accusatori. Inoltre, anche gli accusatori pubblici possono essere perseguiti per calunnia sia manifesta che semplice, al fine di suscitare la fiducia del popolo e per porre un ostacolo decisivo a ogni eventuale abuso. In tal modo, tutto si ridurrebbe «a dare alla procedura inquisitoria tutta la semplicità dell'accusatoria».

La riforma del modulo inquisitorio suggerita da Filangieri dovrebbe allora condurre, negli auspici dell'autore, ad alcuni risultati fondamentali. In primo luogo, il giudice sarebbe chiamato a svolgere i soli compiti istituzionali (che sono quelli di esaminare le prove e di giudicare), senza dover più ricorrere, per condurre l'inquisizione, a subalterni «venali» e corrotti. In secondo luogo, verrebbero meno le denunce segrete, e la «pubblica voce e fama» cesserebbe di essere «un pretesto o un motivo legittimo per privare un uomo della sua libertà». Infine, la procedura accusatoria e quella inquisitoria verrebbero a coincidere pienamente eccetto che «nella diversa condizione politica di coloro che dovrebbero istituirla» (privati cittadini nel primo caso, pubblici magistrati nel secondo).

11.6. I caratteri del disegno filangeriano

Rispetto agli autori che lo hanno preceduto, Filangieri nelle pagine della *Scienza della Legislazione* dedicate al processo accusatorio traccia un disegno riformistico molto più analitico e dettagliato. Da tale disegno scaturisce un procedimento nel quale si manifestano due principi ricorrenti nel pensiero filangeriano, individuabili l'uno nel ruolo decisivo attribuito alla legge e alla sua esatta applicazione, l'altro nella insopprimibile esigenza di difendere la dignità, la libertà e i diritti del cittadino.

La precisa scelta a favore del modello accusatorio si inserisce in una costruzione ideale che, nella passione civile dell'autore, assume contorni concreti e reali. Riconosciuta la centralità, in ambito penale, della questione processuale (decisiva per risolvere il problema della conciliazione tra interessi pubblici e tutela dell'individuo), Filangieri

sfrutta argomentazioni sia di tipo umanitario che di matrice utilitaristica per confutare sul piano teorico il modello relativistico impostato da Montesquieu, e per tracciare sul piano concreto un fosco panorama delle vigenti strutture inquisitorie. Su queste basi delinea un articolato sistema, che risulta incardinato sull'accusa privata – concepita quale diritto connesso alla cittadinanza, concessa a tutti, dotata del carattere della pubblicità, e svincolata da ogni rapporto con la forma di governo – e condizionato (allo scopo di neutralizzare l'argomento principe degli avversari della libertà d'accusa) all'esistenza e alla scrupolosa osservanza di una severa legislazione volta a reprimere l'accusa calunniosa.

Il processo di tipo inquisitorio è infine relegato (dopo una radicale riforma che lo possa purgare di ogni aspetto persecutorio) al ruolo marginale di rimedio eccezionale e straordinario, caratterizzato principalmente dalla presenza del «magistrato accusatore», versione riveduta e corretta in senso garantista del «vendicatore pubblico».

Nel trattare i problemi del processo penale Filangieri si fa dunque interprete della fase più matura di quella corrente del riformismo illuminista europeo che, ponendo al centro dell'attenzione l'edificazione di strutture giuridiche distaccate dalla tradizione di Antico Regime, individua nel processo accusatorio un modello assoluto, proprio della società ideale formata da cittadini cui spettano uguali diritti e uguali doveri, e quindi condizionato (attraverso il ruolo fondamentale svolto dalla legge) dalla protezione di tali diritti e dalla esaltazione di tali doveri.

11.7. Garantismo e modello accusatorio in Francesco Mario Pagano

Pur provenienti da un esponente della medesima cerchia di intellettuali riformisti partenopei, le *Considerazioni sul processo criminale* di Francesco Mario Pagano,⁴ edite a Napoli nel 1787, tradiscono una impostazione nel complesso assai diversa, e mostrano nelle conclusioni una concretezza lontana dalla splendida ma talora utopica visione filangieriana. Se infatti Pagano, come l'amico Filangieri, «colla fiaccola della filosofia» segnala e sottolinea puntualmente «le profonde piaghe, che infermo e guasto rendono l'universale criminal sistema di Europa», nel momento in cui volge il discorso al problema della riforma mostra di avere acquisito, nei lunghi anni di esercizio della professione forense, un profondo senso della realtà, che si manifesta anche quando si tratta di trasportare dal livello teorico al piano pratico la questione della scelta e dei rapporti tra

⁴ Francesco Mario Pagano (Brienza 1748 - Napoli 1799), svolti studi privati e ottenuta la laurea legale (1768), diviene ben presto uno dei più acclamati avvocati penalisti del foro di Napoli. Il suo pensiero scaturisce da un Illuminismo dalle solide basi giusnaturalistiche incentrato sull'affermazione dei diritti naturali dell'individuo, ed è caratterizzato da una serrata critica alle strutture politiche, sociali e giuridiche dell'Antico Regime che si esprime nella serie dei *Saggi politici* (Napoli 1783-1792) e, per quanto riguarda il problema penale, nelle *Considerazioni sul processo criminale* (Napoli 1787) e nei successivi *Principi del codice penale e Logica dei probabili* (opera postuma, Milano 1803). Dal 1785 insegna Diritto Criminale all'Università, ove dal 1770 era lettore di Etica. Nel 1789 è nominato avvocato dei poveri nel Tribunale dell'Ammiragliato, presso il quale diviene giudice nel 1794. Nel 1796 è arrestato per giacobinismo. Scarcerato nel 1798, dopo un breve periodo trascorso a Roma è protagonista, nel 1799, delle vicende della Repubblica Partenopea, per la quale redige un rilevante e originale *Progetto di Costituzione*. Caduta la Repubblica, muore sul patibolo della reazione borbonica.

accusa e inquisizione. Pagano si fa dunque guidare, oltre che dalle conoscenze e dalle convinzioni giuridiche, politiche e filosofiche, anche dall'esperienza personale, come egli stesso conferma nella prefazione alle *Considerazioni*:

«Non sono le mie considerazioni il solo prodotto della sterile meditazione, ma soprattutto dell'esperienza. *Pars maxima fui*».

Due ulteriori punti fermi nelle concezioni di Pagano sono rappresentati dal radicato rispetto per l'esperienza storica, «censura dei secoli trascorsi, e norma insieme dell'avvenire», e (quantomeno nelle *Considerazioni*) dalla fiducia nel sovrano riformatore. Quanto al primo punto, Pagano avverte che:

Ciò, che pur è stato una volta, può ben esser di nuovo, quando le posizioni e le circostanze presenti o poco o nulla dalle passate si discostano.

Quanto al secondo, rileva che:

quando la filosofia per bocca degli illuminati ministri osa avvicinarsi al trono, quando ella dai più amabili dei Sovrani viene placidamente accolta, non vi ha timore alcuno nel modestamente proporre l'ingenua verità.

Pagano, che vede nel sistema penale l'indicatore privilegiato del grado di civiltà raggiunto da un popolo,⁵ istituisce uno stretto rapporto tra legislazione criminale, sicurezza del singolo e libertà civile. La libertà civile consiste nella facoltà di usufruire dei diritti di cittadinanza «senza impedimento alcuno»; essa viene meno «soltanto allora, che impunemente il cittadino offender si può, che certa e stabile pena non arresti, o punisca l'offensore», ed è quindi conseguenza diretta della tranquillità e della sicurezza, a loro volta garantite solo da opportune leggi criminali. Sulla base di tale osservazione, Pagano sostiene che la libertà civile dipende in generale dalla legislazione penale e in particolare «dai pubblici giudizi», che della legislazione penale costituiscono «l'oggetto più principale, e più interessante»:

Il criminale processo, stabilendo la forma dei pubblici giudizi, è la custodia della libertà, la trinciera contro la prepotenza, l'indice certo della felicità nazionale.

La soluzione del problema penale – un problema essenzialmente processuale – si riduce allora anche per Pagano nella conciliazione di due principi a prima vista contrastanti, il «pronto ed esatto punimento dei rei» e la «libertà civile». Una nazione potrà dirsi moderna e civile solo quando avrà individuato:

⁵ Nell'Introduzione alle *Considerazioni* si legge a tale proposito il seguente passo (pp. 10-11): «Se ti sospinga mai la fortuna su i lidi d'un popolo ignoto, e se brami tu sapere, se il brillante giorno della coltura ivi dispana la sua benigna luce, o pur se le tenebre dell'ignoranza, e della barbarie l'ingombrano d'orrore [...] apri il suo codice penale, e se ritrovi la sua libertà civile garentita dalle leggi, la sicurezza e tranquillità del cittadino al coverto della prepotenza e dell'insulto, francamente conchiudi, ch'egli sia già colto e polito [...] Ma dove l'uomo non è, né sicuro, né tranquillo, ivi né industrie, né ricco, né saggio esser potrà giammai. La civile coltura e grandezza è una sublime, e vasta pianta, di cui la radice è la libertà civile».

il giusto mezzo, che unisca insieme due contrarie ed opposte cose, cioè pubblica sicurezza ed esatto castigo dei rei, cosicché entrambe l'una all'altra non si oppongano, ma cospirino insieme allo stesso fine.

Filangieri – come abbiamo visto – risolve la questione indicando nel processo accusatorio l'unico modello assoluto e generalmente valido che assicuri il conseguimento dei due estremi. In linea di principio, anche Pagano riconosce che il processo accusatorio è in grado di evitare sia l'impunità del colpevole che la condanna dell'innocente. Attraverso l'esame delle varie forme assunte nel tempo dal processo penale individua nel sistema romano-classico e, in tempi più recenti, nel sistema inglese, gli esempi storici più vicini al modello ideale, caratterizzato dalla precisa separazione tra giudice, accusatore e accusato, dalla libertà d'accusa, dalla uguaglianza delle parti processuali, nonché dalla pubblicità e dall'oralità del procedimento, che ne condizionano tutte le fasi impedendo inutili dilazioni e indugi non necessari.⁶

Le regole processuali vigenti si oppongono totalmente a tale modello: sorto durante la decadenza di Roma e frutto di epoche violente e barbare, il processo inquisitorio praticato nel XVIII secolo risulta dominato dall'arbitrio dell'accusatore-giudice, è basato sulla denuncia occulta, si distingue per la stretta applicazione dei principi della segretezza e della scrittura, ed è infine segnato dalla triste condizione dell'imputato.

11.8. L'inefficacia dell'accusa nella forma di governo monarchica

Pagano mostra dunque una evidente propensione per un processo costruito sulla libera accusa, che tuteli la libertà civile e nel contempo elimini ogni inutile perdita di tempo. Peraltro, egli intende in primo luogo proporre una riforma che abbia concrete possibilità di successo. Guidato dall'esperienza e dal pragmatismo, Pagano nutre seri dubbi sulla possibilità di creare dal nulla, segnatamente nella situazione napoletana, un sistema accusatorio. Tale convinzione comporta una esplicita adesione alle teorie relativistiche propugnate da Montesquieu:

Il vero processo accusatorio non può nella monarchia aver mai luogo; l'inquisizione è quivi necessaria.

Nella repubblica, infatti, nulla si oppone al modello accusatorio, in quanto il cittadino accusato che si sottragga con la fuga al processo va da solo «incontro alla pena maggiore, che mai possa un repubblicano soffrire, cioè il bando dalla patria, ov'egli è un elemento della sovranità».

Nella monarchia, al contrario, ove la sovranità spetta non a tutti i cittadini ma al solo principe, il diritto di cittadinanza «equivale soltanto a quello della proprietà» dei beni ivi posseduti, e poiché il cittadino può trasferire i beni altrove con facilità, con la stessa

⁶ Come già Filangieri, anche Pagano non è insensibile al fascino delle istituzioni penali inglesi, la cui conoscenza si diffonde progressivamente anche negli ambienti dell'Illuminismo italiano attraverso le traduzioni francesi dei *Commentaries on the Laws of England* di William Blackstone (1765-1769) e mediante altre opere di carattere divulgativo come *La Constitution de l'Angleterre* di Jean-Louis de Lolme (1771).

facilità può trasferire «ove più gli aggrada» anche la patria. Di conseguenza, è possibile perseguire efficacemente il reo solo con una azione che abbia caratteri inquisitori: nella monarchia «fa d'uopo assicurarsi prima del reo sospetto. Ed a far ciò conviene l'anticipata secreta inquisizione».

11.9. Le proposte di Pagano

Il fatto che nella forma politica al momento dominante l'unica struttura processuale attuabile sia quella inquisitoria non significa però che quest'ultima non possa essere emendata, almeno parzialmente, dei molti e deplorabili difetti che la contraddistinguono. I «gravi disordini» del vigente sistema («di cui testimoni noi siam tutt'ora nel penoso esercizio della criminale avvocazia») possono essere così sintetizzati:

a) La conduzione del procedimento è in gran parte delegata dai giudici a notai o scrivani privi di preparazione e di zelo, e spesso corrotti.

b) Il processo, o perché troppo ricco di inutili formalità o perché in mano a personale inefficiente, crea quell'impunità che per Pagano è ancora più dannosa alla libertà civile dell'oppressione dell'innocenza.

c) L'accusa e la difesa non sono sullo stesso piano: tutto il procedimento appare nettamente sbilanciato a favore della prima.

d) L'accusa calunniosa e la prevaricazione non sono di fatto perseguite.

e) Le funzioni di giudice e di accusatore sono concentrate nella medesima persona: ciò comporta o un'inquisizione inefficace, che porta all'impunità, o un giudizio partigiano, che porta alla persecuzione dell'innocenza.

Le riforme suggerite a questo punto per eliminare gli inconvenienti più rilevanti e per avviare il procedimento a forme meno aspre e più garantiste portano Pagano a raccomandare la creazione, attraverso una politica di piccoli passi, di un sistema processuale misto, che contenga principi e istituti desunti sia dal modello inquisitorio che da quello accusatorio. Tale sistema misto da un lato potrebbe aprire la via a una graduale ma sempre più incisiva riforma in senso accusatorio del vigente processo (ormai non più rispondente al grado di civilizzazione raggiunto dalla società), dall'altro farebbe salve le prerogative che stanno alla base della monarchia assolutista e riformista.

Lasciando trasparire una profonda ammirazione per l'istituto della giuria popolare di matrice anglosassone (che peraltro non può, secondo Pagano, adattarsi alle strutture sociali e di governo esistenti nel Regno di Napoli), le *Considerazioni* sottolineano l'importanza decisiva, nell'edificazione di un modello processuale al contempo efficace e garantista, non tanto della libera accusa quanto dei principi, considerati complementari, del giudice collegiale e della libera ricasazione (ripreso nuovamente dal modello inglese).

La collegialità del giudice, sempre utile ma indispensabile nei casi più gravi, limita l'arbitrio, che è inversamente proporzionale al numero dei giudici, e fa sì che tutti gli aspetti delle questioni vengano presi in considerazione, dando quindi luogo a un più corretto giudizio.

Quanto al diritto di ricusare un certo numero di membri del collegio giudicante, si sottolinea con enfasi che

La libera facoltà delle sospensioni è il sacro asilo contro le oppressioni, ed il più forte riparo della libertà civile.

Consigliato dall'esperienza, Pagano nota che, al di là di ogni piano di riforma, ciò che più conta nel processo penale è l'essere giudicati da persone affidabili, e conclude riaffermando che

Il collegio adunque e la libera facoltà di ricusare qualsiasi giudice sono il sostegno della libertà civile.

Su queste basi, le *Considerazioni* tracciano infine due programmi di riforma, l'uno («riforma del processo criminale») più ampio, incisivo e ambizioso, l'altro («correzione del presente processo») più limitato, e concepito come un primo passo sulla strada del cambiamento vero e proprio.

La «riforma del processo criminale» prevede in primo luogo una razionale revisione delle strutture giudiziarie, con la netta separazione tra i magistrati chiamati a formare il collegio giudicante e i magistrati incaricati dell'accusa, che peraltro può essere condotta anche da privati cittadini. L'imputato ha diritto, sussistendo determinati requisiti e garanzie, alla libertà provvisoria. La fase preparatoria continua a essere di natura prevalentemente inquisitoria, ma l'udienza risulta aperta – segnatamente in ordine alle deposizioni testimoniali – ai principi della pubblicità, dell'oralità e del contraddittorio. Il procedimento deve essere condotto con la massima celerità, grazie anche a termini assai ristretti. Le nullità non sono previste, poiché la tutela dei diritti dell'accusato è affidata principalmente all'istituto della ricusazione dei giudici (concessa anche all'accusatore). Sono invece previsti il giudizio d'appello e l'eventuale terzo grado di giudizio, secondo il sistema della doppia conforme.

La «correzione del presente processo» è incentrata sui seguenti punti: eliminazione delle pene arbitrarie; audizione delle parti prima della raccolta delle prove; disciplina meno restrittiva della libertà personale; presenza dell'imputato o del difensore ad alcuni atti della fase preparatoria; trasmissione anticipata degli atti all'imputato; eliminazione dei procedimenti sommari; introduzione di un sistema di impugnazioni basato sulla doppia conforme; abolizione delle nullità, in quanto causa di indugi e dilazioni; introduzione di un limitato diritto di ricusazione; verifica della professionalità e dell'affidabilità del personale giudiziario subalterno.

Le riforme propuginate da Pagano hanno come meta ideale l'attuazione di un sistema processuale esclusivamente accusatorio, e si rivolgono quindi a modificare la situazione esistente senza peraltro sbarrare la via a ulteriori cambiamenti. Le soluzioni elaborate, talora ardite e rivoluzionarie, più spesso moderate e prudenti, si ricollegano volta a volta a osservazioni ed esperienze soggettive, a principi di matrice sia utilitaristica che umanitaria, a indicazioni desunte dallo studio storico-comparatistico del processo penale. Per meglio comprenderne il significato complessivo, e per cogliere appieno gli scopi dell'opera e gli intenti dell'autore, è opportuno rammentare

due osservazioni che Pagano inserisce nelle pagine finali del suo lavoro. Egli nota in primo luogo che

Un rapido e pieno torrente si può torcere un poco dal suo corso, ma non gli si può dare una contraria direzione. Chi nelle politiche riforme non ha davanti gli occhi cotesta salutare massima, può belle ed ammirabili cose proporre; ma non già utili ed eseguibili.

E aggiunge in seguito, commentando le proprie proposte innovative:

Se mi si domandi, se mai questa sia la migliore riforma, ripeto le parole di quel saggio: son queste le migliori leggi, delle quali son capaci le circostanze presenti.

11.10. Riflessioni conclusive

Con le *Considerazioni sul processo criminale* si chiude in Italia, quantomeno in ordine al tema in oggetto, la fase più vivace e intensa del dibattito illuminista. Due anni più tardi, l'avvio in Francia degli eventi rivoluzionari segnerà un radicale mutamento del contesto ideologico e culturale e l'aprirsi di una nuova epoca nella storia del pensiero e dei sistemi giuspenalistici. L'illustrazione delle idee di Francesco Mario Pagano ci consente quindi di svolgere, in sede conclusiva, alcune brevi riflessioni di carattere generale circa le opinioni e le preferenze espresse dagli autori esaminati nelle pagine precedenti.

In via preliminare, è possibile notare come questi autori da un lato accolgano senza alcuna incertezza la partizione dottrinale tra procedimento accusatorio e procedimento inquisitorio, dall'altro mantengano come costante dato di riferimento la posizione delineata da Montesquieu nel *De l'Esprit des lois*.

Quanto al primo punto, la distinzione tra modello accusatorio e modello inquisitorio costituisce lo schema formale entro cui ciascun giurista inserisce le proprie convinzioni sul processo penale al fine di dare a tali scelte una sistemazione razionale e accettata. Il rapporto accusa-inquisizione rappresenta dunque il terreno sicuro sul quale agire nel momento in cui, tra contraddizioni e incertezze, inizia a prendere forma il processo penale moderno.

Quanto al secondo punto, il pensiero di Montesquieu rappresenta un momento di svolta di cui gli autori presi in considerazione sono ben consapevoli. Ciò non significa necessariamente che il *De l'Esprit des lois* venga sempre e comunque accettato acriticamente: taluni, e tra questi Filangieri, confutano infatti in modo esplicito e approfondito le affermazioni montesquiviane, ma nel contempo non possono fare a meno di considerarle elemento centrale e non trascurabile del dibattito processualpenalistico.

Detto questo, osserviamo come le risposte fornite dal pensiero penalistico italiano di fine Settecento al problema della forma del processo penale compongano un quadro tutt'altro che uniforme. Gli autori dell'Età dei Lumi possono vantare parecchi punti di contatto nelle rispettive formazioni culturali e nelle letture giusfilosofiche e giuspolitiche svolte, e riconoscono in linea di massima al diritto romano una posizione autorevole da un punto di vista sia storico che dottrinale. Ciò nonostante, le soluzioni offerte alla

questione in oggetto risultano assai differenziate, e anche quando appaiono concordi nell'indicare una specifica forma processuale, divergono quando si tratti di indicare i motivi che hanno portato alla medesima scelta.

Così, i giuristi (accademici, giova sottolineare questo dato non casuale) che difendono la superiorità del modello inquisitorio – Cremani e Renazzi – giungono a tale conclusione seguendo un cammino assai diverso. Il primo la giustifica sulla base di un'interpretazione rigida del pensiero di Montesquieu e con riferimento al solo dato delle forme di governo. Il secondo sostiene la maggiore efficacia e concretezza di un modulo che risulta peraltro assai carente, a causa della sua evoluzione storica, da un punto di vista garantista e umanitario, e che quindi necessita di interventi legislativi volti a eliminare gli effetti perversi di un costume giudiziario sviluppatosi senza controlli.

A loro volta, i giuristi favorevoli al metodo collegato alla libera accusa fanno discendere tale opzione sia da un severo giudizio circa gli aspetti iniqui, persecutori e disumani connaturati al vigente processo inquisitorio (De Simoni), sia da una visione assai più ampia nella quale le medesime motivazioni garantiste e umanitarie sono le conseguenze di una concezione innovativa dei rapporti sociali e del ruolo stesso del diritto (Filangieri).

Vi sono infine prese di posizione articolate come quella di Pagano, che accompagna a una netta propensione per il sistema accusatorio la proposta di riforme per lo più moderate e diluite nel lungo periodo, nella convinzione che un intervento radicale sia, nella situazione venutasi a creare, improponibile. Le conclusioni cui perviene la riflessione di Pagano hanno in realtà aspetti quasi profetici, in quanto anticipano con sorprendente lucidità le scelte normative dell'età rivoluzionaria e napoleonica, dalle quali scaturiranno le forme processuali 'miste' destinate a dominare per due secoli il panorama della disciplina processualpenalistica nell'età della codificazione.

Il divario ora riassunto si spiega considerando le diverse sensibilità personali e le differenti posizioni ideologiche nei confronti di una serie di problemi che nella sostanza riguardano da un lato l'umanizzazione e la razionalizzazione delle procedure, dall'altro la scelta degli strumenti atti a realizzare la tutela dei diritti. Peraltro, mentre si viene affermando l'idea che la soluzione della questione processuale penale non possa non collegarsi alla individuazione del punto di equilibrio tra difesa del singolo e protezione degli interessi collettivi, le differenze sopra riscontrate trovano un sicuro punto di contatto nella diffusa consapevolezza della necessità di porre fine al vigente sistema. Nel tentativo di indicare forme nel contempo certe e funzionali, efficaci e rispettose dei diritti, questo momento di sintesi si esprime attraverso le proposte di riforme che vanno dalla semplice modifica in senso garantista del processo inquisitorio, al passaggio graduale e morbido – mediante forme miste – al processo accusatorio, all'affermazione piena e assoluta di quest'ultimo modello.⁷

⁷ In tale contesto, l'unico a non affrontare direttamente il discorso riformistico è Luigi Cremani. Egli si limita a una sistemazione razionale della materia con una presa di posizione apparentemente rigida, ma che viene pienamente giustificata, oltre che dalla collocazione personale e dalle opzioni politiche dell'autore, dalla particolare natura (una prolusione universitaria) dell'*Orazione* pavese del 1775. Conviene rammentare, al proposito, come in un clima politico e ideologico ormai completamente diverso una presa di posizione assai più esplicitamente favorevole al modello inquisitorio sarà manifestata da Cremani nel primo volume dei *De Iure Criminali Libri Tres* (Pavia 1791).

In effetti, dalla lettura delle opere dei penalisti della seconda metà del Settecento emerge sempre più evidente la convinzione che non sia possibile continuare a eludere a livello legislativo una trasformazione che agli intelletti più limpidi appare ancora più urgente di quella del diritto penale sostanziale. Testimoni di tale comune aspirazione sono la vivacità e la ricchezza di un dibattito destinato a segnare profondamente il momento del passaggio alle concrete realizzazioni normative tra riforme, rivoluzione e codificazione.

Appendice

La difesa tecnica nella storia del processo penale

A.1. Premessa

Tra i numerosi punti nodali che interessano la storia del processo penale, quello relativo alla presenza e al ruolo della difesa tecnica si colloca senza dubbio in posizione privilegiata, poiché l'evoluzione subita dall'ufficio assegnato all'avvocato difensore costituisce un formidabile strumento interpretativo del complesso e spesso contraddittorio divenire dei modelli processuali. Alla luce di tale considerazione, si ritiene opportuno offrire in questa *Appendice* una breve e preliminare informazione in ordine all'evoluzione storica dell'attività svolta dall'avvocato in ambito penale, con particolare riguardo alle esperienze italiane nei secoli dell'età moderna e contemporanea. Le pagine che seguono hanno natura meramente introduttiva e non si prefiggono altro scopo se non quello di tentare di individuare talune linee generali in ordine a un tema che non solo appare particolarmente articolato, ma che si presenta altresì ricco di collegamenti, diretti e indiretti, con una serie di questioni di viva attualità.

A.2. Una proposta di periodizzazione

Un pur succinto discorso consacrato alle vicende dell'avvocatura penale non può non prendere le mosse da un rilievo che appare peraltro ovvio e banale. E cioè dal rilievo che tali vicende, e dunque la stessa evoluzione storica della figura del professionista del diritto impegnato in materia penale, sono state e sono tuttora in larghissima misura condizionate dalle modificazioni intervenute nelle strutture dell'amministrazione della giustizia penale. E fra tali modificazioni, particolarmente gravide di conseguenze sono state quelle che in progresso di tempo hanno interessato tanto gli ordinamenti giudiziari quanto i modelli processuali e segnatamente, all'interno di questi ultimi, gli ambiti, i limiti e le prerogative assegnati al diritto di difesa e, più in particolare, alla difesa tecnica.

In effetti, una pur rapida considerazione dei rapporti intercorsi dall'età del diritto comune a oggi tra la professione legale e le strutture della giustizia punitiva consente di formulare una sorta di periodizzazione – o quantomeno una proposta di periodizzazione – nella storia dell'avvocatura penale, periodizzazione che appare strettamente legata appunto al modificarsi dei parametri, per così dire, testé indicati.

Nella vicenda in oggetto è dunque possibile individuare almeno due momenti di crisi o quantomeno di passaggio, collocabili il primo a cavallo tra il XVIII e il XIX se-

colo, in piena età rivoluzionaria e napoleonica, il secondo negli anni immediatamente successivi al secondo conflitto mondiale e alla promulgazione della vigente Carta Costituzionale. Tali momenti individuano a loro volta nella storia dell'avvocatura penale in Italia tre periodi di diseguale ampiezza temporale, ciascuno dei quali risulta segnato da caratteri propri e specifici.

A.3. La difesa tecnica e il processo penale nell'età del diritto comune

Il primo di questi periodi coincide con quella lunga epoca nella storia giuridica europea che si è soliti denominare, forse con un poco di approssimazione, età del diritto comune. Un periodo tra i più densi nella storia della civiltà giuridica occidentale, dominato da forme di natura prevalentemente giurisprudenziale in continua evoluzione, contraddistinto da complessi e articolati sistemi di fonti, caratterizzato da imponenti costruzioni dottrinali fondate sulla tradizione romano-canonica. Un periodo che – come abbiamo visto nei precedenti capitoli – vede la nascita (tra XII e XIII secolo) e il successivo consolidarsi a livello continentale (tra XIV e XVI secolo) di quel modello processuale penale che viene variamente denominato processo penale romano-canonico o processo penale di diritto comune.

Ci siamo già soffermati sulle cause che hanno portato allo sviluppo e alla diffusione di questa specifica forma processuale, per molti versi legata al consolidarsi in Europa di nuove forme di organizzazione degli apparati pubblici e di controllo sociale destinate a sfociare in quel complesso fenomeno chiamato Stato moderno. Ciò che importa ora ribadire è il fatto che gli elementi costitutivi di tale processo sono quelli tipici del modello processuale penale inquisitorio, tanto che il processo penale di diritto comune può essere a ragione considerato l'archetipo delle procedure inquisitorie. Destinato a dominare, pur con varianti locali, in tutta l'Europa continentale fino al secolo XVIII inoltrato, il processo penale inquisitorio di diritto comune presenta – come rilevato in precedenza – una serie di precisi caratteri strutturali che possono essere sinteticamente richiamati nei seguenti termini:

a) iniziativa *ex officio* (all'infuori delle fattispecie più lievi, nelle quali si continua ad ammettere l'iniziativa di parte);

b) commistione tra la figura dell'accusatore e la figura del giudice (cui spetta anche l'iniziativa probatoria);

c) ordinarietà della custodia preventiva in carcere;

d) segretezza e scrittura (e in particolare decisione della causa fondata esclusivamente su atti scritti);

e) assenza di una fase dibattimentale;

f) sviluppo di un sistema di prove legali (che privilegia la confessione come *regina probationum* e che, di conseguenza, innesca i perversi meccanismi della tortura giudiziaria);

g) applicazione di pene straordinarie (di gravità inferiore rispetto alla pena edittale e determinate ad arbitrio del giudice) in mancanza di piena prova legale.

In un panorama processuale dominato dagli elementi testé indicati, appare più che lecito domandarsi quali siano le *chances* concesse alla difesa, e in particolare alla difesa tecnica. A tale riguardo, notiamo come tutti i grandi autori di diritto comune siano d'accordo nel riconoscere la necessaria presenza e – per ricorrere a una terminologia moderna – l'inviolabilità della difesa. Per tutti, possiamo lasciare la parola, sul punto, al grande penalista udinese di fine Cinquecento Tiberio Deciani, che afferma con decisione nel *Tractatus Criminalis*, pubblicato postumo nel 1590, che

non vi è crimine tanto grave, per il quale si debba negare la difesa, poiché, essendo di diritto naturale, essa non può essere eliminata («nullum est tam grave crimen, in quo deneganda sit defensio, quia cum sit de iure naturae, tolli non potest»).

E sebbene la *defensio* di cui parla Deciani non corrisponda alla difesa tecnica in senso stretto, ma piuttosto al diritto di (auto)difesa che deve spettare a ogni imputato, nondimeno nel processo penale di diritto comune è possibile osservare che il ricorso al patrocinio professionale, pur se non formalmente garantito, non è di norma assente. Più semplicemente, esso svolge, proprio in forza dei caratteri elencati in precedenza, un ruolo decisamente secondario, che ben di rado è in grado di incidere sulla decisione finale.

Il processo penale di diritto comune è in effetti dominato dalla *inquisitio* condotta dal giudice che è anche accusatore o, se si preferisce, dall'accusatore che è anche giudice. Come abbiamo già avuto modo di osservare, egli avvia il procedimento *ex officio*, accerta dapprima l'effettiva commissione del reato o *corpus delicti* (e questa prima fase processuale è comunemente denominata *inquisitio generalis*), e passa poi (e questa seconda fase è detta *inquisitio specialis*) a individuarne l'autore e a raccogliere il materiale probatorio, eventualmente anche a favore (quantomeno secondo la dottrina) dell'imputato. Durante questa *inquisitio specialis* tutti gli adempimenti posti in essere (deposizioni, perizie, confronti, ecc.) vengono rigorosamente verbalizzati, e i relativi verbali vengono raccolti in un fascicolo segreto solitamente denominato 'processo offensivo'. In questa fase l'imputato – o meglio il 'reo', per usare la significativa terminologia tecnica all'epoca corrente, ove il termine reo (come abbiamo già visto) deriva dalla parola *res*, 'cosa' – è normalmente privato della sua libertà personale, non può leggere gli atti, non può ascoltare le deposizioni testimoniali, non può conoscere gli indizi, né può, di regola, conferire con un avvocato. Può chiedere che si sentano testi a difesa.

L'*inquisitio specialis* termina con uno o più interrogatori formali dell'imputato, che non di rado solo in questa occasione viene a conoscenza dell'esatta imputazione sollevata a suo carico. L'interrogatorio formale è di norma l'occasione nella quale l'inquisitore che non sia riuscito altrimenti a dimostrare la responsabilità dell'imputato va alla ricerca della *regina probationum*, e cioè della confessione, utilizzando specifiche tecniche ampiamente codificate nei manuali inquisitoriali (minacce, allusioni, domande suggestive, ecc.), e ricorrendo se necessario (e qualora ne sussistano i presupposti a livello indiziario) anche alla tortura.

Dopo l'interrogatorio formale il processo viene, come si era soliti dire, 'pubblicato'. La pubblicazione del processo consiste nella consegna all'imputato e, finalmente, al suo patrocinatore (la cui presenza non è peraltro obbligatoria) di una copia del fascicolo

processuale che raccoglie tutte le verbalizzazioni realizzate su ordine del magistrato durante l'*inquisitio*. La consegna è di regola accompagnata dalla fissazione di un termine, generalmente assai breve (da pochi giorni a poche settimane) entro il quale il reo deve presentare le sue difese. Tali difese consistono nella realizzazione di un secondo fascicolo documentale, detto 'processo difensivo', la cui redazione di regola spetta al patrocinatore. Il fascicolo difensivo viene consegnato nei termini prescritti al giudice, il quale decide poi sulla base della documentazione scritta contenuta nei due fascicoli, l'offensivo e il difensivo.

Appare evidente come la difesa tecnica abbia, in una siffatta situazione, ben poche carte da giocare, e in tempi assai ristretti. E nella pratica il 'processo difensivo' si risolve in una più o meno approfondita memoria scritta, per lo più articolata in *capitula* infarciti di citazioni di autorità dottrinali, di testi legali e di opinioni più o meno comuni. In tale memoria l'avvocato, ricorrendo a una consolidata tecnica dialettica di matrice bartolistica e facendo volentieri sfoggio di un'erudizione che peraltro appare non di rado fuor di luogo, illustra – se esiste – il materiale probatorio favorevole all'imputato e immancabilmente solleva tutte le eccezioni che ritenga opportune. Nel caso di rei confessi egli può, ad esempio, sostenere che la confessione sia stata estorta, o che non sia sufficientemente circostanziata, o che mancassero i presupposti richiesti per il ricorso alla tortura. Nel caso di rei negativi cerca di far rilevare le nullità, i vizi processuali, i difetti di forma che abbiano eventualmente inficiato il lavoro del giudice inquisitore. Nell'un caso e nell'altro la netta impressione che si ricava dall'esame delle fonti è che tali allegazioni, e in particolare le raffiche di eccezioni in esse contenute, fossero per lo più inefficaci, e servissero in buona sostanza solo a dimostrare, con la loro stessa presenza, che gli essenziali principi processuali erano stati rispettati, e che il reo era stato formalmente posto nella condizione di svolgere le proprie difese.

A.4. La «rivoluzione nell'arte di difendere gli accusati»

Non è sicuramente estraneo alla situazione testé descritta il fatto che la figura dell'avvocato o del causidico impegnato in materia penale non sembri godere, fino alla fine del XVIII secolo, di particolare considerazione tra le professioni legali e, di conseguenza, nel quadro più generale delle strutture cetuali di Antico Regime. Ma è proprio a partire dalla fine del XVIII secolo che le nuove ideologie penalistiche e la stessa rivoluzione codicistica innescata dal pensiero giusnaturalista e illuminista iniziano ad avere profonde conseguenze anche sull'attività dell'avvocato penalista e sulla sua collocazione non solo in ambito processuale, ma anche nella scala delle gerarchie sociali. Siamo di fronte al primo tra i momenti di transizione richiamati in precedenza, un momento che è all'origine – per citare le parole di Giuseppe Marocco, il più famoso tra i penalisti milanesi di età napoleonica – di una vera e propria «rivoluzione nell'arte di difendere gli accusati».¹

¹ Giuseppe Marocco (Milano 1773 - ivi 1829) svolge un ruolo di primo piano nel processo di rinnovamento dell'avvocatura penale legato all'introduzione, nei codici del primo Ottocento, del nuovo modello processuale. Di famiglia borghese, dopo aver frequentato il collegio dei padri Somaschi di

Il passaggio epocale che caratterizza l'età rivoluzionaria e napoleonica vede infatti non solo il crollo delle complesse strutture giuridiche del diritto comune e la nascita dei sistemi legali codificati ma anche il sorgere di una nuova figura di avvocato penalista e di nuove forme di esercizio dell'avvocatura penale. Se volessimo riassumere in due parole gli aspetti salienti di tale mutamento – che ha connotati quasi antropologici – potremmo dire che il penalista nell'Italia del primo Ottocento cessa di scrivere e comincia a parlare. Se infatti fino a quel momento la sua funzione si esauriva di regola, come abbiamo visto, nella elaborazione di una più o meno articolata e approfondita memoria scritta redatta nel momento immediatamente precedente la decisione della causa, nel nuovo processo penale che scaturisce dalle esperienze rivoluzionarie e napoleoniche (e che si suole definire 'misto') il suo ruolo si modifica profondamente e viene ridisegnato in rapporto alla presenza di una fase dibattimentale che accoglie alcune almeno tra le istanze garantiste propugnate dal pensiero prima illuminista e poi liberale.

In effetti, nell'arco di una quindicina d'anni – all'incirca dal 1797 al 1812 – in tutta la penisola vengono progettati o entrano in vigore codici di rito ispirati al nuovo modello misto, che vede la giustapposizione di due contrapposti momenti processuali: il primo, istruttorio, ha natura rigorosamente inquisitoria ed è dunque informato ai principi dell'iniziativa *ex officio*, della scrittura e della segretezza; il secondo, dibattimentale, risulta ispirato ai principi accusatori dell'oralità, della pubblicità e del contraddittorio. È noto come le origini di tale modello misto «a duplice arcata»² risalgano alle scelte operate dai legislatori transalpini dapprima con il rivoluzionario *Code des Délits et des Peines* del 1795 e in seguito, ma con caratteri assai più autoritari e repressivi, con il

Lugano si iscrive alla Facoltà legale pavese, ove si laurea il 30 aprile 1796. Durante il triennio cisalpino intraprende a Milano la professione forense e frequenta i circoli giacobini, pubblicando i suoi primi scritti giuridico-politici. Nel 1799 viene arrestato dalla polizia austriaca ed è deportato nelle fortezze di Sebenico e di Peterwarden. Liberato nella primavera del 1801, si dedica all'avvocatura. In breve consegue un incontestabile primato tra i criminalisti del foro milanese, dimostrando di saper cogliere il mutamento innescato, nella figura professionale e nella percezione sociale dell'avvocato penalista, dalle forme procedurali introdotte dal codice Romagnosi del 1807 e in particolare dall'udienza dibattimentale ispirata a principi di oralità e pubblicità. Questa «rivoluzione nell'arte di difendere gli accusati» (come egli scrive nella prefazione alla raccolta delle sue *Difese Criminali*), che enfatizza la visibilità della difesa tecnica, lo porta alla celebrità grazie alle sue arringhe, dirette ed efficaci nell'individuazione degli argomenti difensivi e improntate a una non comune capacità di introspezione psicologica. Nel 1816 elabora i progetti dei codici penale e di procedura penale del Cantone Ticino, entrati in vigore il 1° gennaio 1817, e per tale motivo viene insignito della cittadinanza ticinese *ad honorem*. La reintroduzione nel Regno Lombardo-Veneto del sistema inquisitorio, conseguente all'entrata in vigore del codice penale austriaco (1° gennaio 1816) e la costatazione che tale codice impone un rigido divieto di difesa tecnica inducono Marocco ad abbandonare per protesta l'avvocatura. Tale decisione avvia un lungo periodo conflittuale con la censura e la polizia asburgiche, durante il quale Marocco dà alle stampe la silloge delle sue arringhe e conferma in alcuni vigorosi scritti i caratteri di indisponibilità ed assolutezza del diritto di difesa. Dispensato per chiara fama dal sostenere il prescritto esame, nel 1819 è autorizzato all'insegnamento privato delle materie del corso di laurea legale e continua nella produzione di scritti anticonformisti, bloccati dalla censura e pubblicati postumi. Le 45 arringhe raccolte nelle *Difese Criminali* (Milano 1818), più volte ristampate, fanno di Marocco un indiscusso maestro dell'arte forense e un punto di riferimento per l'avvocatura penale dell'Ottocento. Nella sua restante produzione scientifica risaltano i contributi dedicati alla difesa tecnica e in particolare la dissertazione *Della necessità di un difensore nelle cause criminali qualunque sia la procedura penale* (Milano 1816), nella quale si denuncia la totale iniquità di qualsiasi modello processuale che non solo non ammetta o ponga ostacoli alla presenza della difesa tecnica ma che non preveda una netta separazione tra le funzioni d'accusa e quelle di giudizio.

² Massimo Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, Cedam, 1998, p. 140.

napoleonico *Code d'Instruction Criminelle* del 1808. In Italia, peraltro, il modello transalpino subisce una serie di importanti modificazioni e aggiustamenti, che ci autorizzano a parlare di un vero e proprio processo penale bensì napoleonico, ma di matrice italiana.

Le più importanti tra tali modificazioni meritano di essere citate, in quanto non sono prive di conseguenze sullo svolgimento delle nuove funzioni assegnate alla difesa tecnica, e anzi offrono alcuni preziosi strumenti atti a determinare le strategie processuali dei professionisti chiamati da quel momento a gestire la difesa tecnica. Esse sono individuabili nell'introduzione, accanto alla condanna e all'assoluzione, della terza formula di giudizio detta del *non liquet* (alla lettera: *non è chiaro*) che in un secondo tempo si evolverà nella assoluzione per insufficienza di prove, nella presenza di un complesso e rigoroso sistema di nullità (pressoché assente in Francia, segnatamente nel *Code* imperiale del 1808), nella mancanza della giuria popolare e nella conseguente attribuzione del libero convincimento a magistrati togati. Una scelta, quest'ultima, che alcuni anni più tardi sarà bollata da Giovanni Carmignani come «errore pestilenziale», in quanto destinata a porre nelle mani del giudice di mestiere un potere ritenuto totalmente arbitrario e definito «arme terribile» dall'insigne penalista toscano.

Il testo che meglio di ogni altro interpreta il modello misto napoleonico di matrice italiana è indubbiamente costituito dal Codice di Procedura Penale del Regno Italico del 1807, altrimenti noto – dal nome del suo prestigioso autore – come Codice Romagnosi. Si tratta di un testo di straordinaria importanza poiché è da questo codice «capostipite»³ e non dal *Code* francese del 1808 che prende le mosse l'intera vicenda moderna e contemporanea del processo penale in Italia, anche per quanto riguarda il ruolo attribuito alla difesa tecnica.

Ed è proprio con riferimento alla disciplina contenuta negli articoli del Codice Romagnosi che possiamo tentare di delineare brevemente il ruolo che l'avvocato penalista viene assumendo in ambito processuale all'inizio dell'Ottocento, ruolo che poi conserverà con poche modificazioni per circa un secolo e mezzo. I due capisaldi di tale nuovo ruolo sono costituiti da un lato dalla totale assenza della difesa tecnica in fase istruttoria, e dall'altro sulla sua non formale presenza in fase dibattimentale. La nomina del difensore è resa ora obbligatoria, e se non viene effettuata dall'imputato si provvede con la nomina di un difensore d'ufficio. Tale nomina avviene al momento dell'interrogatorio formale dell'imputato svolto dal presidente della corte al momento di fissare la data del dibattimento (art. 427). Da questo momento l'avvocato può comunicare con il suo assistito, prendere visione degli atti in cancelleria (art. 430) e presentare la lista dei testi a difesa (art. 436). All'inizio del dibattimento viene ammonito a comportarsi con lealtà e senza divagare (art. 450), in seguito interroga i testimoni tramite il presidente (art. 456), discute i documenti e gli oggetti relativi al delitto e presentati in aula (art. 474), risponde alle richieste del pubblico ministero e della parte civile, e ha sempre il diritto di essere l'ultimo a parlare nell'interesse del suo assistito (art. 477).

L'irruzione sulla scena del rito criminale di una fase dibattimentale di regola informata ai principi dell'oralità, della pubblicità e del contraddittorio non comporta peraltro soltanto l'affermarsi dei caratteri tecnico-processuali testé descritti, ma conduce

³ Franco Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 69.

altresì a un mutamento di spettro assai più ampio nelle stesse prospettive sociali e professionali dell'avvocato penalista. In effetti, il momento centrale dell'impegno del professionista si colloca ora in un ambito che ne enfatizza la visibilità anche al di fuori del ristretto ambito degli addetti ai lavori, poiché le nuove norme sembrano insistere con particolare cura sull'aspetto per così dire spettacolare del rito penale. L'avvocato è ormai un protagonista: agisce in pubblico, si colloca al centro di un emiciclo occupato dai membri del collegio giudicante, veste la toga, parla a capo coperto, ma si scopre la testa ogniqualvolta debba leggere un documento processuale o quando debba pronunciare l'arringa conclusiva.⁴

La teatralità, l'eloquenza, le doti oratorie, ma anche le capacità di introspezione psicologica e di costruzione logica del discorso sono dunque le doti da questo momento richieste a un buon avvocato penalista, oltre naturalmente a una solida conoscenza non più o non soltanto del dato giurisprudenziale ma, specialmente, del dato normativo, e delle possibilità interpretative dello stesso. Sull'onda di queste profonde innovazioni nascono le accademie di eloquenza forense, intese a perfezionare i penalisti in quello che è ormai divenuto un irrinunciabile strumento di lavoro.⁵ Nasce altresì una nuova forma di letteratura giuridica, la raccolta di difese criminali, destinata a un duraturo successo anche e specialmente al di fuori dei limiti talora angusti del mondo del diritto. Nasce infine la stessa figura del principe del foro, che attira un folto pubblico di intenditori alle sue orazioni, ricche di *exploits* dialettici e retorici, di citazioni, di riferimenti di carattere genericamente culturale, ma anche – non dimentichiamo che egli parla, per ora, a un collegio togato – attente e puntuali dal punto di vista tecnico-giuridico. Si consolida così, nel giro di pochissimi anni, il prestigio di una professione profondamente diversa rispetto al passato, che contribuisce a una nuova collocazione di tutta una classe professionale alla quale proprio a decorrere da quegli anni (e il dato probabilmente non è casuale) viene progressivamente riconosciuta la facoltà di organizzarsi in ordini più o meno autonomi.

A.5. Dalla Restaurazione all'epoca postunitaria: un secolo di dibattiti e polemiche

La Restaurazione non modifica in modo sensibile la situazione testé accennata, ma anzi la consolida ulteriormente attraverso la nascita di strutture legislative e giurisdizionali in gran parte ispirate ai modelli napoleonici, che favoriscono altresì la trasformazione dell'intera classe forense in un vero e proprio serbatoio, come del resto ben noto, della classe dirigente dell'Italia risorgimentale e postunitaria. L'unica eccezione, in tale panorama, è costituita dal Regno Lombardo-Veneto, ove l'evoluzione della professione subisce, quantomeno in materia penale, una battuta d'arresto fino

⁴ Tali sono le regole di comportamento previste nel Regno Italico dall'art. 56 del Decreto 9 agosto 1811, «portante il Regolamento sulla disciplina degli avvocati». Norme analoghe sono presenti anche nelle restanti legislazioni degli Stati napoleonici.

⁵ Ricordiamo, tra le più risalenti, l'*Accademia estemporanea di eloquenza forense per esercizio della gioventù legale*, una vera e propria scuola di specializzazione fondata a Milano nel 1808 dal già ricordato Giuseppe Marocco.

agli anni Cinquanta dell'Ottocento⁶ in seguito all'introduzione, nel 1816, del codice penale asburgico del 1803, interprete di una concezione radicalmente e lucidamente inquisitoria del processo, incardinata sulla prova legale e caratterizzata dall'esplicito divieto di ricorrere alla difesa tecnica, fondato sul presupposto che spetti al giudice statale il compito tanto di perseguire la colpa quanto di garantire l'innocenza.

Anche l'Unità d'Italia non provoca, almeno in un primo tempo, grossi scossoni nella figura e nella collocazione istituzionale e sociale dell'avvocato penalista. Peraltro, con l'Unità entra ormai in una fase per così dire calda il dibattito, in parte già avviato, relativo a taluni temi processualpenalistici che coinvolgono direttamente il ruolo della difesa tecnica. I più rilevanti tra tali temi – destinati a dar vita ad aspre polemiche tra gli addetti ai lavori e a suscitare larga eco all'interno dell'opinione pubblica – sono quelli relativi all'errore giudiziario e al ruolo della giuria popolare, all'esclusione del patrocinio professionale dagli adempimenti propri della fase istruttoria, e all'effettiva parità tra accusa e difesa nella fase dibattimentale.

In ordine alla giuria popolare, è noto come il Codice di Procedura Penale sardiopiemontese del 1859 (il Codice Rattazzi, dal nome del Guardasigilli che ne promosse la redazione) e il suo clone, il primo Codice di Procedura Penale dell'Italia unita del 1865, abbiano generalizzato il ricorso all'istituto, introdotto per la prima volta nel Regno di Sardegna nel 1848 per i reati di stampa. Ora, la presenza della giuria popolare ha una duplice conseguenza sulla figura del penalista. Da un lato lo induce infatti – e si direbbe con un certo successo, a leggere le cronache giudiziarie dell'epoca – ad accentuare gli aspetti per così dire retorici e dialettici della sua attività in aula. Dall'altro lo coinvolge nella polemica relativa al cattivo funzionamento dell'istituto in parola, secondo molti osservatori (e segnatamente secondo gran parte della magistratura e della nascente Scuola Positiva) fonte di troppo facili e di troppo frequenti assoluzioni e, di conseguenza, causa di numerosi e lamentati errori giudiziari. In tale dibattito, destinato a essere infine troncato dalla riforma delle corti d'assise del 1931,⁷ gli esponenti della classe forense si schierano in larga maggioranza a favore di un istituto – la giuria popolare – che non risulta certo immune da pecche e appare comunque bisognoso di riforme, ma che costituisce pur sempre la garanzia e il simbolo di una concezione liberale e democratica dell'amministrazione della giustizia.

Circa il secondo oggetto di discussione, relativo all'esclusione della difesa tecnica dalla fase istruttoria, è opportuno sottolineare in via preliminare come nei citati codici di rito del 1859 e del 1865 il carattere inquisitorio della fase istruttoria risalente al modello napoleonico risulti pienamente confermato. Il difensore è in effetti rigidamente escluso da tale fase. Non è ammesso a interrogatori, ricognizioni, confronti, perizie, esami testimoniali. Non può avere colloqui con l'imputato detenuto. Non ha diritto di vedere le carte. Può soltanto redigere o contribuire a redigere taluni atti

⁶ E precisamente fino all'entrata in vigore del Regolamento di Procedura Penale per l'Impero d'Austria del 29 luglio 1853, che ripristina il diritto dell'imputato ad avvalersi dell'assistenza di un avvocato.

⁷ Il Regio Decreto 23 marzo 1931, n. 249, sostituisce alla giuria popolare di modello francese (e di ascendenza inglese), introdotta nel 1859/1865 e modificata nel 1913, un unico collegio giudicante formato da due giudici togati e cinque «assessori» laici, ancora oggi operante con poche varianti rispetto alla legislazione degli anni Trenta.

per i quali sono richieste specifiche competenze tecniche. Su questo punto le prese di posizione degli esponenti dell'avvocatura penale risultano particolarmente critiche, in quanto escludere del tutto la difesa tecnica dalla fase istruttoria significa pregiudicare l'effettività del diritto di difesa e in buona sostanza giungere alla fase dibattimentale quando ormai i giochi sono in gran parte fatti. In argomento, peraltro, i risultati ottenuti dalla polemica sollevata dai membri del ceto forense e da taluni prestigiosi maestri del pensiero penalistico di matrice liberale (a partire da Francesco Carrara) non paiono particolarmente significativi, e il problema sarà affrontato in modo concreto solo un secolo più tardi.

Discussioni altrettanto dure si registrano anche in ordine al problema dell'effettiva parità tra accusa e difesa nella fase dibattimentale. In tale ambito il ceto forense lamenta da un lato l'imperfetta realizzazione a livello normativo dei principi accusatori, e dall'altro la persistenza, in larghissimi strati della magistratura, di pratiche e di abitudini ancora legate a vecchi schemi esclusivamente inquisitori. Ne consegue, a parere di non pochi esponenti del mondo professionale (anche in questo caso sostenuti da una parte consistente della dottrina penalistica), una attuazione esclusivamente formale del diritto di difesa, che riesce a dispiegarsi con efficacia solo nei casi di maggiore risonanza, quando l'operato della magistratura viene sottoposto a una forma di vero e proprio controllo a opera della stampa e dell'opinione pubblica.

Un ultimo dato cui conviene almeno accennare in ordine alle vicende (e alle polemiche) che coinvolgono l'avvocatura penale in età postunitaria riguarda una contrapposizione destinata a divenire una spiacevole costante nella storia giudiziaria dell'Italia moderna e contemporanea. Ci riferiamo ai cattivi se non a volte pessimi rapporti che vengono ben presto a instaurarsi tra gli avvocati (e segnatamente gli avvocati penalisti) da una parte e i magistrati e i pubblici ministeri dall'altra. Si tratta di rapporti che spesso travalicano la normale fisiologia di una coabitazione di soggetti per definizione antitetici, e che si fanno particolarmente agitati non solo per i contrasti e le discussioni relativi ai temi testé accennati, ma anche a causa dei sempre più numerosi conflitti di competenza tra gli organi disciplinari degli ordini e la magistratura.

A innescare tali conflitti contribuisce largamente – giova rammentarlo – l'innovativa legge 8 giugno 1874, n. 1938, sull'esercizio delle professioni di avvocato e procuratore che, introducendo una regolamentazione più 'liberale' negli ordini professionali,⁸ investe questi ultimi di specifiche competenze nelle delicate materie relative al controllo sull'esercizio della professione e all'inflizione di provvedimenti disciplinari, tradizionalmente affidate a organismi giudiziari, e segnatamente alle corti di cassazione.

⁸ Una delle testimonianze di maggiore interesse circa i fondamenti per così dire ideologici della legge del 1874 (peraltro aspramente criticata da Francesco Carrara) è costituita dai due discorsi pronunciati da Giuseppe Zanardelli – che era stato tra i principali artefici della legge in questione – alla prima e alla seconda adunanza annuale del Collegio degli Avvocati di Brescia, costituito in applicazione della nuova normativa.

A.6. L'affievolimento del diritto di difesa nella codificazione del 1930

Dopo la meteora costituita dal controverso Codice di Procedura Penale del 1913 – che peraltro non piacque agli avvocati poiché il testo, pur prevedendo talune aperture ad esempio in tema di garanzie istruttorie, non era privo di innovazioni restrittive a loro carico – il punto d'arrivo della fase avviatasi all'inizio dell'Ottocento è segnato in Italia dal Codice di Procedura Penale del 1930, per il quale si ricorre di frequente alla denominazione di Codice Rocco.⁹ Questo codice conferma in pieno l'impianto misto ereditato dall'esperienza napoleonica, ma ne accentua peraltro talune chiusure inquisitorie – e la conseguente disparità tra accusa e difesa – con scelte che in taluni casi riportano la difesa tecnica a un livello addirittura prenapoleonico.

Le istruttorie sono scritte e segrete. La preliminare è svolta dalla polizia. La sommaria spetta a un pubblico ministero dotato di ampi poteri anche per quanto riguarda la formazione delle prove e la libertà personale. La formale è affidata a un giudice istruttore competente anche in ordine alla ricerca delle prove. In ogni caso, si rileva un'ampia commistione di poteri giurisdizionali e di poteri investigativi, correlata a una rigida esclusione dell'imputato e del suo difensore da ogni attività istruttorie. Tale esclusione è a sua volta corredata dal divieto di colloquio tra patrocinante e patrocinato fino alla conclusione degli interrogatori e dalla possibilità per l'avvocato di prendere visione degli atti solo alla fine dell'istruzione (come accadeva nel processo penale di diritto comune con la *publicatio processus*). La fase dibattimentale è formalmente orale e pubblica, ma ammette un largo uso a fini decisori del materiale istruttorio e assegna un ruolo decisivo al presidente della corte che, sulla base di una disciplina assai più restrittiva di quella prevista dal Codice Romagnosi del 1807, è il solo a poter interrogare direttamente i testi (art. 448). I modi delle arringhe difensive sono disciplinati sulla base di criteri rigidamente riduttivi. I tempi sono contingentati. Il presidente può togliere la parola non solo all'avvocato che superi il termine assegnato (art. 468), ma anche a chi abusi (citiamo testualmente l'art. 470) «della facoltà di parlare, per prolissità, divagazioni o in altro modo».

Al di là del testo del codice, peraltro, sono le relazioni ministeriali che accompagnano i progetti e il testo definitivo del 1930 a tradire con tutta evidenza le connotazioni anche ideologiche che stanno alla base della nuova disciplina. Una disciplina che indubbiamente ha tra i propri obiettivi, nonostante la riaffermazione formale del carattere «sacro e inviolabile» del diritto di difesa – come si legge nella *Relazione* ministeriale – l'affievolimento del ruolo e della rilevanza processuale del patrocinio tecnico. Basterà citare, a tale proposito, un significativo e del resto ben noto passo tratto dalla testé citata *Relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco al Progetto preliminare di un nuovo Codice di procedura penale* (1929), passo nel quale il guardasigilli annovera tra i

⁹ Come noto, nel 1930, quando la carica di Ministro Guardasigilli è ricoperta da Alfredo Rocco, vengono promulgati sia il Codice Penale che il Codice di Procedura Penale. Nella redazione del primo svolge un ruolo fondamentale il penalista Arturo Rocco, fratello del ministro; il secondo è opera del professore patavino Vincenzo Manzini. Per entrambi i testi si utilizza comunemente la denominazione di 'Codice Rocco'.

meriti del testo in parola non solo l'aver limitato «la degenerazione accademica o teatrale delle discussioni», ma anche

l'aver colpito alcune non lodevoli abitudini forensi, l'aver disboscato la selva delle nullità, proficua delizia dei cacciatori di cavilli, e disseccato la fonte dei gravami formali, l'aver tolto di mezzo le facili cause d'annullamento a cui si prestava l'istituto delle notificazioni, l'aver soppresso il divieto della *reformatio in peius*, l'aver tarpato le ali alla logorrea imperversante non di rado nei dibattimenti.

Talune fra le scelte sottolineate con piena soddisfazione dal ministro segnano un ritorno alla situazione antecedente al Codice Romagnosi, segnatamente in ordine al sistema delle nullità e al divieto della *reformatio in peius*, che si collocavano tra i capisaldi della disciplina del 1807. E lo stesso principio già affermato all'inizio dell'Ottocento secondo il quale l'imputato deve essere obbligatoriamente assistito in dibattimento da un avvocato scelto dallo stesso imputato o, qualora egli non voglia o non sia in grado di scegliere, assegnato d'ufficio, subisce ora un *vulnus* non indifferente grazie alla norma secondo la quale l'avvocato che abbandoni la difesa in dibattimento può essere immediatamente sostituito non con un altro professionista, ma con un appartenente all'ordine giudiziario. Superfluo rammentare che tale norma viene all'epoca apertamente e unanimemente giudicata dagli ordini professionali italiani lesiva sia dei diritti dell'imputato che dell'autonomia e dello stesso prestigio della classe forense.

A.7. Dal «garantismo inquisitorio» del secondo dopoguerra alla riforma dell'art. 111 della Costituzione (1999)

La terza e ultima fase che scandisce la vicenda storica dell'avvocatura penale in Italia prende avvio alla fine della seconda guerra mondiale e giunge fino al deciso (quanto meno *sur le papier*) mutamento di prospettive determinato dall'entrata in vigore del codice vigente. Se la prima fase, fino alla fine del Settecento, aveva visto l'avvocato penalista confinato nel ruolo privo di mordente e di incisività di redattore di memorie scritte, la seconda lo aveva proiettato, in un ruolo da protagonista, al centro della fase dibattimentale del cosiddetto processo misto, e aveva nel contempo favorita la rapida e irresistibile ascesa sociale di una categoria professionale fino a quel momento largamente negletta. La terza fase ha infine visto una progressiva estensione delle garanzie processuali e dunque della presenza della difesa tecnica anche in quel segmento istruttorio – e per definizione inquisitorio – del tradizionale processo misto di matrice napoleonica che per centocinquanta anni era stato, come abbiamo visto, pressoché impermeabile a ogni serio tentativo di riforma. A questa terza fase dedicheremo solo alcune rapide notazioni, volte a offrire una prima informazione circa la complessità dei problemi sul tappeto, problemi che negli ultimi decenni hanno dato vita a una letteratura specialistica cresciuta con ritmi talora esponenziali.

Dopo le prime timide riforme già presenti nella legislazione luogotenenziale (1944-1946), questo nuovo periodo nella storia della difesa penale è stato a lungo segnato da una produzione normativa di carattere novellistico collegata a numerosi interventi della

Corte Costituzionale e avente per oggetto gli aspetti più rigidamente inquisitori dell'impianto codicistico del 1930. La chiave di volta di questa nuova stagione è ovviamente individuabile nel dettato dell'art. 24 della Costituzione, che definisce la difesa «diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento». In applicazione di tale articolo, ma con riferimento anche ad altri principi costituzionali, gli adempimenti istruttori sono stati parzialmente aperti all'intervento dell'avvocato difensore attraverso una politica legislativa informata a criteri per i quali a suo tempo è stata opportunamente coniata la denominazione di «garantismo inquisitorio».¹⁰ L'esito più significativo di tale politica legislativa è costituito dalla legge 19 giugno 1955, n. 517, che delinea una prima organica e articolata riforma dell'intera disciplina processuale.

Il tentativo di 'liberalizzare' il Codice Rocco, adeguandone le norme al dettato costituzionale ma conservando nel contempo il tradizionale schema processuale misto, non ha peraltro avuto esiti sempre soddisfacenti. In effetti, tale tentativo ha avuto limiti non irrilevanti, consistenti nel fatto che l'apertura non è stata a suo tempo completa (in quanto ha sofferto di talune gravi eccezioni ad esempio in tema di prova testimoniale e di colloqui col detenuto), e nel fatto che il ruolo attribuito all'avvocato è stato in buona sostanza quello di garante passivo e notarile di un'attività svolta da altri. A questo primo momento, sviluppatosi faticosamente ma in modo tutto sommato lineare fino all'inizio degli anni Settanta, è succeduto un quindicennio estremamente confuso e incoerente conclusosi (dopo una lunga fase di elaborazione iniziata nel 1962 con la nomina della commissione Carnelutti) con l'entrata in vigore nel 1989 del vigente Codice di Procedura Penale, denominato Codice Vassalli dal nome Giuliano Vassalli, il Ministro Guardasigilli che sovrintese alla sua realizzazione. Durante tale quindicennio e sotto l'influenza di ben note emergenze (dalla criminalità organizzata al terrorismo) i provvedimenti d'urgenza dettati in risposta a esigenze contingenti hanno iniziato a susseguirsi in rapida cadenza. In questo panorama tempestoso numerosi sono stati i *revirements* decisamente autoritari, ma altrettanto numerose sono state anche, se così si può dire, le fughe in avanti.

L'ultimo decennio del Novecento non è stato meno tormentato dal punto di vista sia legislativo che giurisprudenziale, ma si è felicemente chiuso con la definitiva affermazione a livello costituzionale di alcuni rilevanti principi di civiltà processuale. Si tratta di vicende svoltesi nell'arco di pochi anni e che dalla cronaca sono ormai transitate nella storia. Sarà sufficiente rammentarle telegraficamente.

a) Nel 1992, con una svolta inquisitoria segnata da tre sentenze della Corte Costituzionale, si assiste al tentativo di affossare la «regola d'oro»¹¹ della formazione dibattimentale e in contraddittorio della prova, introdotta dal Codice Vassalli del 1989. Si tratta di sentenze (la n. 24 sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria; la n. 254 sulla lettura dei verbali d'indagine in caso di ricorso al diritto al silenzio in dibattimento; la n. 255 sull'efficacia probatoria delle dichiarazioni testimoniali contenute nel fascicolo del pubblico ministero) che appaiono massicciamente orientate al recupero dibattimentale delle dichiarazioni raccolte in segreto nell'indagine preliminare e che

¹⁰ Ennio Amodio, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enciclopedia del Diritto*, 27, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 181-257, in particolare p. 182.

¹¹ Paolo Ferrua, *Il 'giusto processo'*, seconda edizione, Bologna, Zanichelli, 2007², p. 1.

dunque demoliscono la parte del codice più orientata a recepire i principi accusatori. L'effetto è dirompente, poiché per qualche anno la disciplina del processo penale arretra di nuovo a una fase addirittura preromagnosiana. L'indagine preliminare si muta in una sorta di «gigantesca istruzione sommaria»¹² in grado di condizionare gli esiti dibattimentali: «qualcosa di peggio, quindi, di un semplice ritorno all'istruzione formale del modello misto, perché gli atti divenuti utilizzabili in chiave probatoria non sono compiuti da un giudice, ma direttamente dall'accusatore o dalla polizia giudiziaria».¹³

b) Nel 1997 un primo timido tentativo di recuperare almeno in parte le garanzie del contraddittorio è attuato con la legge n. 267 del 7 agosto 1997, che prevede la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese *erga alios* nell'indagine preliminare da parte del coimputato che si avvalga in dibattimento del diritto al silenzio.

c) Nel 1998 una ulteriore sentenza della Corte Costituzionale (la n. 361), in piena coerenza con gli interventi del 1992, dichiara illegittima anche la legge n. 267 del 1997.

d) Nel 1999 la vicenda si chiude con la ferma e conclusiva risposta costituita dalla fondamentale e condivisa riforma dell'art. 111 della Costituzione (legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999), con la quale vengono inseriti nella Carta Fondamentale i principi del 'giusto processo' attraverso una dettagliata enunciazione delle essenziali garanzie processuali (riserva di legge per la materia processuale, terzietà e imparzialità del giudice, parità tra le parti, formazione della prova in contraddittorio, ragionevole durata del processo, diritto a conoscere natura e motivi dell'accusa, effettività del diritto di difesa, diritto alla confutazione dell'accusa, diritto alla produzione di prove, inidoneità delle dichiarazioni non confermate in dibattimento a costituire prova di colpevolezza).

Il penalista, sballottato tra i flutti di questo *mare magnum* giurisprudenziale e normativo,¹⁴ ha dovuto sviluppare una costante attenzione e una continua applicazione per non rimanere tagliato fuori dal mestiere che, *bon gré mal gré*, si era scelto. Un elemento forse positivo non è peraltro mancato pure in una situazione così agitata, e si tratta di un elemento che ha forse contribuito ad accelerare il necessario rinnovamento della professione. Non sembra infatti azzardato affermare che in questa pur disarticolata e spesso contraddittoria stagione legislativa sia comunque possibile cogliere le prime manifestazioni delle nuove competenze, delle nuove tecniche e delle nuove professionalità che oggi vengono richieste in maniera sempre più pressante all'avvocato penalista.

Per lo sviluppo spesso vertiginoso di queste nuove competenze tecniche e professionali si deve indubbiamente pagare un prezzo, e in particolare sacrificare almeno una parte delle tradizioni dell'arte forense'. Finisce così per appannarsi forse definitivamente – e non vogliamo giudicare se questo sia un bene o un male – il tradizionale mito non privo di risvolti romantici e letterari del principe del foro, che solitario si erge con le armi del diritto, della logica e dell'eloquenza a pubblica difesa dell'innocenza minacciata. Un mito nato, come abbiamo visto, or sono circa due secoli quando un'altra

¹² Livio Pepino, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, «Questione Giustizia», 12 (1993), 2, pp. 237-300, in particolare p. 282.

¹³ Ferrua, *Il 'giusto processo'*, p. 7.

¹⁴ Nel 2004 è stato realizzato anche un progetto ministeriale per un nuovo codice di procedura penale (Progetto Dalia), suggerito dalla necessità di adeguare la disciplina codicistica alle innovazioni costituzionali e normative susseguites dal 1989.

legislazione anch'essa innovativa e certo ricca di aspetti criticabili agli occhi del moderno osservatore, ma con altrettanta certezza destinata a rappresentare una pietra miliare nella storia del processo penale, il Codice Romagnosi del 1807, aveva finalmente – come leggiamo in un'arringa pronunciata verso il 1812 dal già citato Giuseppe Marocco – «squarciato il tenebroso velo inquisitorio» che per secoli aveva offuscato l'amministrazione della giustizia penale.

Lectures on the history of criminal trial

Ettore Dezza

Abstract

Among the doctrinal structures more firmly rooted in the history of legal science, the contrast between adversarial trial and inquisitorial trial is placed in a prominent position. In fact, despite being very old from a historical point of view, the dichotomy *accusatio / inquisitio* is still commonly used because it provides a flexible tool, which contributes effectively to the classification and understanding of current forms of criminal justice. At the same time, the use of the binomial prosecution / inquisition is able to bring out with clearness the contradictions of the criminal justice systems both past and contemporary, often characterized by non-unique and hybrid options, from which re-emerge (sometimes unconsciously, sometimes with hidden awareness) elements of previous experiences. This book aims to outline the key aspects of the doctrinal and legislative process that had as its focus the contrast between adversarial model and inquisitorial model. This process began in the age of *ius commune* and has developed especially in the age of Enlightenment through a series of controversies involving prominent members of the European legal culture. The contrast between adversarial trial and inquisitorial trial is the foundation and the necessary condition of the intense and sometimes rough debate on the forms of the criminal trial that even today, after the age of codification, draws the attention of those who look to the criminal justice systems as a test of the legal culture.

Ettore Dezza (Stradella, 1951) taught legal history at the Universities of Padova, Milano Statale, Sassari and at the Università Cattolica del Sacro Cuore. Since 1998 he is full time professor of Italian Legal History at the Law Faculty of the University of Pavia. Since 1986 he is a member of the «Società Italiana di Storia del Diritto» and since 1992 of the «Société d'Histoire du Droit». He was «professeur invité» at the Faculté de Droit of Paris-Val-de-Marne University (Paris XII) (1992-2002). After being the Director of the «Dipartimento di Diritto Romano, Storia e Filosofia del Diritto» (2004-2009) and the Dean of the Faculty of Law (2008-2012), since 2012 he is the Director of the Department of Law of the University of Pavia. He is member of the editorial staff of: «Rivista di Storia del Diritto Italiano», «Journal der Juristischen Zeitgeschichte-JoJZG», «Bollettino della Società Pavese di Storia Patria», «Rivista di Storia Arte Archeologia per le Province di Alessandria e Asti». The themes of his researches are mainly the following ones: the history of the Italian municipal legislations; the history of criminal law and penal procedure; the history of modern codification; the history of legal professions; the history of judicatures and consultant jurisprudence. He published in Italy and abroad about 130 titles among monographs, articles and other contributions. He also made at home and abroad more than 140 meeting reports.

E-mail: ettore.dezza@unipv.it