

© 2002, Gius. Laterza & Figli
Prima edizione 2002

*Progetto editoriale
di Maurizio Fioravanti, Luisa Mangoni,
Claudio Pavone*

a cura di
Maurizio Fioravanti

Lo Stato moderno in Europa

Istituzioni e diritto

Contributi di Paolo Cappellini, Giovanni Cazzetta, Pietro Costa,
Maurizio Fioravanti, Paolo Grossi, Stefano Mannoni, Luca Mannori,
Mario Sbriccoli, Bernardo Sordi

UNIVERSITA'
DEGLI STUDI
PISA

Biblioteca di
Filos e Storia
Numero

10278
d'inventario

e impresa, ma rendeva sempre più fragili tutte le letture affidate alle tradizionali figure societarie 'tipiche'.

Ma i problemi posti dalla società industriale appaiono oggi già appartenere al passato. Osservando il quadro prospettato dalla globalizzazione e dalla *new economy*, molti pongono radicalmente in discussione tutto il diritto scaturito da una realtà caratterizzata da 'capitale e lavoro' che – si dice – oramai è scomparsa. Le formule si succedono in gran fretta e spesso durano lo spazio di un mattino: fine del lavoro, eccesso di tutela per il lavoro subordinato nell'impresa, impresa virtuale, impresa *weightless* entro un'economia priva di peso...

Il diritto astratto e insensibile all'economia dell'Ottocento appare lontanissimo dagli scenari attuali, così come appare sempre più lontano un forte ruolo dirigitico dello Stato. La complessità del presente impedisce che rigide e astratte tipizzazioni giuridiche ingabbino a forza la viva realtà del diritto dei privati; il rischio, semmai, è che i giuristi oppongano in modo semplicistico al vecchio diritto insensibile all'economia un nuovo diritto completamente asservito all'economia, schiavo del mercato. L'individuazione di un giusto statuto giuridico per la nuova realtà del lavoro e dell'impresa esige che l'osservazione della realtà giuridica effettuale si accompagni alla fantasia progettuale dell'interprete, alla sua tensione etica (così come prospettato in lucide pagine negli anni Cinquanta da Tullio Ascarelli), e non a una piatta, 'neutra' descrizione delle mutevoli necessità assolute del mercato: nuova astrazione, spesso dimentica del patrimonio di diritti individuali e collettivi maturato nel corso degli ultimi due secoli.

Giustizia criminale*

di Mario Sbriccoli

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

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

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

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

1. La giustizia penale negoziata

Nella prima fase dell'esperienza cittadina medievale, tra XI e XIII secolo, quando si tratta di crimini di qualche rilievo, la vendetta della vittima, o del suo *entourage*, è un diritto. Come tale, essa finisce per assorbire una quota rilevante della giustizia praticata: non si tratta dunque di una riprovevole pretesa privata, e nemmeno di un eccesso tollerato, ma piuttosto di un modo riconosciuto per ristabilire equilibri violati, per conseguire un risarcimento e ottenere soddisfazione. Un mezzo ordinario di giustizia, dunque, che ha risalenti origini germaniche, si è radicato nelle mentalità e nel costume e riposa sulla convinzione che i cri-

mini che colpiscono le persone – nella vita, nell'incolumità, nei beni, nell'onore – sono affare privato, da sbrigare tra gli interessati, coinvolgendo famiglie e amici, se necessario, ma non i poteri pubblici. O, almeno, non necessariamente.

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

L'idea che il delitto è in primo luogo un'offesa (*iniuria*), che importa ripararlo più che punirlo, che la riparazione consiste nella soddisfazione e che la soddisfazione deve passare per una trattativa, sta saldamente installata nella cultura di quelle prime comunità cittadine e condiziona in modo che deve ritenersi *costitutivo* la loro concezione della giustizia. Una concezione che orienta la giustizia sull'*appartenenza* e sulla *protezione*, 'riservandola' ai membri della comunità, soggetti riconoscibili, e in quanto tali garantiti. I cittadini, fossero pure gli ultimi per condizioni e rango, godono di una forma di tutela o 'salvaguardia' che fa della giustizia (negoziata) comunitaria un affare di consociati e che opera, per così dire, *in basso*. Essa esclude i forestieri, i vagabondi, i *sans aveu*, e tutti quelli che, pur membri della comu-

nità, se ne sono separati per essersi messi contro di essa (banditi, *latrones*, incendiari, delinquenti abituali, *inner foes*, ma anche *disturbers* ritenuti incorreggibili o devianti avvertiti come pericolosi): costoro sono *intractabiles*, e perciò sottoposti a sommarie procedure pubbliche, sovente espeditive, finalizzate alla pena e dettate da spirito eliminativo. È l'altra idea di giustizia: quella che *combatte* il crimine *dall'alto*, usando apparati e pretendendo obbedienza; quella che assicura la vendetta pubblica e punisce per retribuire, ma anche per dissuadere, con l'inesorabilità e l'esemplarità della pena; quella che non sta nella logica della riparazione contrattata dell'offesa, ma in quella della repressione unilaterale della violazione e della rimozione del pericolo.

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

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

Ma i mutamenti costituzionali si riflettono immancabilmente sul carattere del penale, determinandone la modificazione. L'osservazione dei tratti costituzionali delle formazioni politiche ha fondamentale importanza nello studio del penale, perché esso tende a conformarsi naturalmente alle logiche costituzionali dei poteri che lo esprimono. Ebbene, è indubbio che tra XII e XV secolo una trasmutazione radicale investe il sistema cittadino ita-

liano, portandolo da una fase 'comunitaria', gestita con regole consuetudinarie, a una 'autoritaria', dominata da partiti e assemblee, che sfocerà in regimi signorili e poi in Stati territoriali strutturati, attenti a garantirsi forme efficaci di giurisdizione. Nuove forme di governo si impongono, mutando totalmente il rapporto tra signori e sudditi, fra diritto e potere. Tutto questo induce progressivi aggiustamenti dei regimi punitivi, che prendono l'avvio proprio dall'indebolimento dell'autonomia della funzione giustizia e dalla messa in discussione del suo carattere negoziale.

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

2. La giustizia egemonica di apparato

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

nario, mentre alcuni giuristi¹, sensibili alle rinnovate logiche costituzionali, avviano una critica 'culturale', che oppone al 'disordine' dell'autonomia comunitaria un ordine nuovo fatto di norme, di interesse generale, di pace pubblica e di giustizia retributiva.

Si impone il principio per cui chi commette un delitto danneggia la sua vittima, ma offende anche la *respublica*, la quale ha il diritto di soddisfarsi infliggendo una pena². E per dare seguito a tale principio, al giudice vengono accordati strumenti assai penetranti: vigorosi mezzi di indagine (compreso l'uso della tortura) e poteri 'arbitrari' (cioè conferiti con la concessione di un *arbitrium*, da intendersi come un potere vasto ma regolato) in ordine alle accuse da muovere, al modo di procedere, alla raccolta delle prove e alle pene da applicare. Ne nasce un processo – che per comodità chiamiamo *inquisitorio* – destinato a connotare l'idea stessa della giustizia per un tempo lunghissimo, che arriva praticamente fino a noi.

Il nuovo modo di fare giustizia assume rapidamente caratteri egemonici. Riduce enormemente gli spazi della trattativa in materia penale, imponendo come principi l'officiosità dell'azione pubblica, l'indisponibilità del processo e il suo conferimento alla direzione del giudice; indebolisce il ruolo della mediazione sociale nella soluzione dei conflitti nascenti da reato, perché impone l'idea che non c'è giustizia senza la *punizione* del colpevole.

¹ Tra i primi, Alberto da Gandino, autore di un *Tractatus de maleficiis* (composto tra il 1286 e il 1300), e Bonifacio Antelmi, che scrive intorno al 1301 il suo *Tractatus super maleficiis*, seguiti dall'ignoto autore che verso la metà del Trecento compone la *Practica iudiciaria in criminalibus*, stampata nel Cinquecento col nome di Jacopo da Belviso. I primi due trattati vengono più volte ristampati nel Cinquecento; insieme al *De maleficiis* di Angelo Gambiglioni, più tardo (scritto a Bologna tra il 1438 e il 1444), ma ispirato alle stesse linee metodologiche: centralità del processo e del giudice, diritto penale misurato sulla tela giudiziaria, fattispecie costruite intorno ai modi di provarle, categorie penali (imputabilità, responsabilità penale, rapporto di causalità, colpevolezza, circostanze, tentativo, concorso ecc.) elaborate a partire dalla commisurazione delle pene.

² Questo snodo decisivo nella storia del penale è analizzato più distesamente e da vicino nel mio «*Vidi communiter observari*». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 27, 1998, pp. 231-68.

Infine, promuove un modello processuale (quello che raccoglie le prove attraverso l'*inquisitio*) che marginalizza progressivamente il tipo processuale accusatorio (luogo ideale della mediazione e della giustizia negoziata, avviato a querela, gestito dalle parti, deciso da un giudice terzo che non ha poteri di indagine), riducendolo alla trattazione dei reati minori, ai conflitti locali, alle giustizie basse e periferiche.

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

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

2.1. La legge

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

C'è da dire che per lungo tempo la 'legislazione' resterà sporadica e settoriale: fino alla fine del XV secolo, muoverà tra rare costituzioni imperiali e decretali pontificie, statuti, ordinamenti, provvisori, capitoli, bandi, destinati a coprire piccole aree del penale sostanziale e zone appena più vaste di quello processua-

le. In più, anche là dove sarà organicamente e intenzionalmente prodotta, farà fatica a imporsi nei termini in cui oggi noi pensiamo a una legge e al suo vigore. Resterà subordinata alla 'giustizia', attributo del potere del principe, e si invischierà nelle pratiche dei tribunali, prima s fibrata e poi 'digerita' dentro la logica anti-imperativistica del diritto comune. Nel panorama normativo spicca dunque l'opera della dottrina. I giuristi filtrano, interpretandole e organizzandole a sistema, le norme prodotte dalle autorità politiche, e intanto - molto attingendo dal diritto romano - ne producono altre, assai più numerose, estese e organiche, che rivolgono ai giudici, con l'effetto di disciplinare e orientare la pratica della giustizia. Il loro prestigio assicura a questa operazione tutta culturale (ma con straordinari effetti politici) successo e seguito, mentre la loro adesione alle logiche costituzionali e politiche degli ordinamenti nei quali operano garantisce ai governanti coerenza di intendimenti e organicità di disegni.

2.2. L'azione e la prova

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

2.3. La pena

La giustizia egemonica si afferma grazie a un apparato penale e processuale finalizzato principalmente all'inflizione della pena.

Norma, azione, padronanza del processo, raccolta delle prove convergono in un punto: mettere il giudice in condizione di punire coloro che hanno provocato danno con dolo. La pena assume, in questo quadro, una speciale centralità: è *signum imperi seu potestatis*, dispositivo di giustizia, mezzo di esempio e dissuasione, oggetto e occasione di *arbitrium*, espediente retributivo, ma anche luogo e occasione per il recupero della dimensione 'negoziale' del giudizio, fondata sulla consuetudine, sull'equità, sulla *misericordia*. Il suo temperamento tiene viva l'immagine del *bonus iudex* e introduce nella giustizia praticata elementi evoluti di valutazione penale: la responsabilità penale, la colpevolezza, l'elemento psicologico, le circostanze trovano il loro luogo di elaborazione nella dottrina della commisurazione della pena, che ha larghissima parte nella elaborazione delle *practicae*.

2.4. Gli apparati

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

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

Ne consegue la graduale instaurazione, negli Stati nazionali