

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO

INTRODUZIONE

Consentitemi di iniziare con un messaggio volutamente ‘provocatorio’: osservando, cioè, come la formula che funge da titolo del presente Incontro potrebbe, con pari fondamento, essere, a sua volta, sostanzialmente rovesciata e per così dire ‘convertita’ in un richiamo al ‘processo lungo gli impervi sentieri del reato’. Già: perché lo scollamento tra diritto sostanziale e processuale – giustamente biasimato presso le correnti più sensibili ed accreditate – rischia oggi di riproporsi grazie ad una tendenza cospicua, da parte dei sostanzialisti, a prospettare ricostruzioni sempre più complicate e ‘barocche’ degli elementi dell’illecito, come tali difficilmente fruibili in sede processuale, dove ciò che dovrebbe contare è un’operazione, sul piano probatorio e di qualificazione giuridica, la più lineare e trasparente possibile. Le garanzie fondamentali – penali e processuali – dovrebbero, insomma, poter insistere su di un canovaccio di base immune da labirintiche ed inesprimibili *nuances* teorico-dogmatiche.

Vero è che quelle ricostruzioni hanno talora di mira l’esigenza di potenziare ed ampliare il novero delle suddette garanzie. Ma è difficile supporre che il giudice possa considerarsi il terminale di sofisticati ed estremamente articolati scenari sistematici; e si può dunque comprendere la ragione per cui, se da un lato le sentenze mostrano oggi di fare ampio ricorso ad un lessico intriso di richiami *ad pompam* alla scienza e alle elaborazioni sempre più ricercate dei cultori delle discipline sostanziali, finiscono, dall’altro, per ‘concludere’ il proprio *iter* argomentativo secondo rituali molto meno sensibili a tali suggestioni, e destinati a riprodurre, nella sostanza, più consolidati e ‘sperimentati’ (ma non per questo immuni da censure) meccanismi di risoluzione, in fatto e in diritto, dei ‘casi’ oggetto della contesa giudiziaria.

Ciò non significa, beninteso, che la ‘colpa’ stia soltanto da una parte. Quella più raffinata elaborazione delle categorie sostanziali nasce anche dalla constatata tendenza della prassi a togliere spazio all’afflato sul piano umano e personalistico – sia con riguardo alla dimensione obiettiva dell’illecito, sia nell’ottica della colpevole partecipazione al fatto commesso – che dovrebbe permeare il riconoscimento della responsabilità penale.

L'insistenza odierna, ad es., sulla definizione delle leggi causali e sul loro adeguamento all'evento prodottosi, sull'esigenza di accentuare il ruolo (e la verifica) relativamente alle cause di giustificazione, sul rispetto dei coefficienti psichici del dolo (come tali alieni da qualsiasi 'presunzione', giusta quanto diranno oggi apprezzati romanisti), sulla necessità di salvaguardare il profilo soggettivo del colpa e delle scusanti, sull'impossibilità di prescindere – contro il rischio di astrazioni generalizzanti – da un esame penetrante circa gli estremi dell'imputabilità, sull'importanza di rendere materialmente afferrabili i contributi di concorso nel reato, si spiega, in effetti, alla luce di un frequente atteggiamento di disimpegno nel misurarsi con il 'volto' dell'illecito e del relativo autore, di fronte al quale, ad onta dei messaggi inviati (tra l'altro) dal nuovo codice di rito, sono mancate troppo spesso reazioni coraggiose e culturalmente attrezzate.

Quello che abbiamo dinnanzi continua ad essere – nonostante le apparenze – un percorso lungo e disseminato di insidie e di asperità, ulteriormente acuite, per giunta, da un latente conflitto tra politica e magistratura. Nel crogiuolo della *Rechtsfindung* la linea di condotta propria del giudice tocca sovente livelli preoccupanti, registrando una sorta di 'estraniamento' dalla sfera politico-normativa – non di rado incapace di unire la cernita dei modelli sostanziali alle prospettive di una concreta redditività processuale – per attingere metodi di verifica funzionali ad obiettivi ritenuti, a torto o a ragione, maggiormente rispondenti ai bisogni del momento. La ricerca di un approdo comune alle due istanze, sostanziale e processuale, che dominano il campo della 'penalità', attende tuttora, si può ben dirlo, di svilupparsi alla luce di una più matura consapevolezza delle implicazioni connesse ad un 'dialogo tra sistemi' (più che mai) destinati ad influenzarsi vicendevolmente.

Come se non bastasse, si tende, per altro verso, a 'caricare' l'organo giudiziario di compiti ed aspettative che rasentano, questa volta, la sfera dell'utopia. Così accade – mi si perdoni questo rilievo un po' controcorrente – allorché si giunge ad invocare la necessità (ad es., in materia di accertamento causale) di erigere il giudice ad arbitro nella scelta tra posizioni 'scientifiche' rivali, e di chiamarlo ad assolvere l'obbligo, pur in sé e per sé conforme al sistema, di motivare rigorosamente in proposito. Pare davvero che la nostra attuale condizione sia quella di dover guardare al giudice e al processo penale, sempre più considerati quali 'protagonisti' della vicenda punitiva, come a referenti e destinatari della richiesta di 'prestazioni' tanto più rimarchevoli ed 'elevate' (*noblesse oblige...*) quanto, per lo meno in certi ambiti, difficili (per non dire impossibili) da soddisfare in concreto. A cospetto di una simile tendenza – in base alla quale il giudice dovrebbe giungere ad indossare i panni di una sorta di 'chierico vagante' negli impervi territori di discipline le più complesse ed articolate – accadrà sovente che la

mole dei nuovi 'saperi' della più diversa provenienza imponga, in realtà, di farsi promotori di un'interazione ad ogni piè sospinto con singoli 'esperti' od 'ausiliari' versati nei poliedrici settori coinvolti nel processo, sia nella fase della cognizione che in quella esecutiva della pena o dei molteplici 'surrogati' della medesima; ed un riconoscimento evidente di tale circostanza proviene, del resto, dal nuovo istituto della sospensione del processo con messa alla prova, dove grandissima è l'influenza del 'programma di trattamento' elaborato in sedi extragiudiziali.

Né può dimenticarsi l'importanza oggi assunta, in particolare, dalle acquisizioni proprie delle 'neuroscienze', le quali – al di là delle dispute interminabili (per vero, non solo in questo ambito) in merito al binomio tra prove tipiche ed atipiche – gettano una luce intensa su nuovi modelli d'individuazione dei dati rilevanti per definire alcuni profili della disciplina penale, ad avviso di molti ben oltre i confini del sindacato sulla capacità d'intendere e di volere. Ad entrare nel mirino paiono destinate, d'altronde, alcune tradizionali preclusioni, quale quella del divieto di perizia psicologica, forse troppo condizionato dal timore di strategie di tipo inquisitorio, malgrado queste, a ben vedere, non sembrano propriamente implicate da un esame della personalità del soggetto, per lo meno laddove non si delineino pericoli per un attentato alla libertà in chiave di garanzia immanente ad ogni forma di verifica processuale. Semmai, andrà osservato – ed anzi, grazie a quanto già detto, ulteriormente ribadito – come l'apparato scientifico desumibile dai più recenti metodi d'indagine spinga a problematizzare ancor di più il ruolo del giudice, sollecitandolo ad un processo di 'responsabilizzazione' non poco incerto e rischioso, nel quale si coglie una tensione in massimo grado tra la perdurante attribuzione al medesimo del vaglio finale in merito alla *res iudicanda* e la sua crescente dipendenza da un percorso da 'altri' suggerito e come tale suscettibile di incidere in maniera penetrante sulla pur decantata 'autonomia' del relativo ruolo istituzionale.

In un simile scenario – non è fuori luogo osservarlo – è dato assistere, per di più, ad una sorta di progressivo potenziamento della giurisdizione in fase esecutiva a confronto con i percorsi e con le determinazioni di competenza degli organi della cognizione. Il contesto giudiziale – con i suoi limiti, con le sue difficoltà nell'affrontare tematiche sempre più complesse con 'strumenti' sempre meno efficaci – tende a 'cedere lo scettro' alle successive valutazioni ad opera della magistratura di esecuzione e di quella di sorveglianza; al cui interno – com'è ben noto (e come confermano le recenti elaborazioni ad opera degli 'Stati generali dell'esecuzione penale') – vengono ad innestarsi, non soltanto interventi di 'riequilibrio' e di ridimensionamento delle sanzioni, ma anche 'nuove' ricerche ed indagini finalizzate alla 'ricostruzione' delle caratteristiche e della posizione personale dei singoli interessati, quasi ad evitare (piaccia o non piaccia) che la

vicenda punitiva corra il rischio di restare ‘ingessata’ nel *dictum* giudiziale, ad onta della constatata incapacità di quest’ultimo di dipanare la trama effettiva del processo di ascrizione della responsabilità e di individuare la risposta più adeguata.

D’altra parte, e sia pure in un’ottica differente, la posizione tradizionale del giudice ‘tecnico del diritto’ tende a rimodularsi lungo percorsi in certa misura innovativi anche in forza di ulteriori e non meno incisivi ‘elementi di contesto’. In primo luogo, di grande interesse, anche alla luce delle suggestioni europee, è il riconoscimento della garanzia volta ad assicurare un’interlocuzione anche ‘in diritto’ – nella logica del contraddittorio – sulla *res iudicanda*: dove gli ‘attori-parte’ del processo vengono invero ad assumere un ruolo di particolare significato nell’esprimere le valutazioni su cui dovrà incentrarsi l’esame delle ragioni addotte. E non è certo privo di importanza il rilevare come alcune significative tematiche – per es., riguardo al dolo eventuale – interferiscano in misura accentuata con la questione di diritto, ponendo questa come il referente primario per poter elaborare i termini della prova in ordine ai coefficienti ritenuti essenziali per ‘caratterizzare’ la struttura che il dolo deve possedere: il tutto, beninteso, non già in omaggio ad un preteso ‘normativismo’ del dolo – invero ipotizzabile, ma non per questo meno censurabile, anche in presenza di una valorizzazione apodittica di certi ‘indicatori’ a rischio di trasformarsi in una sorta di ‘prova legale’ –; quanto, piuttosto, nella consapevolezza che una maggiore o minore ‘ricchezza’ nella configurazione in chiave strutturale del livello di ‘adesione’ al fatto commesso costituisce un potente incentivo nell’ottica della stessa ricerca degli elementi probatori in grado di suffragarne l’esistenza. L’esperienza del diritto penale economico rappresenta una spia significativa della rilevanza di siffatti interrogativi: i quali, dal piano della formulazione dell’‘imputazione’ trascorrono a quello dell’implementazione *in itinere* dello spessore dei contenuti della colpevolezza alla luce delle risultanze acquisite e che ne dovrebbero asseverare la pregnanza.

Per altro verso – con un pizzico di irriverenza – si potrebbe dire che il giudice è venuto assumendo, per lo meno in taluni casi, la veste di una sorta di ...‘sorvegliato speciale’ da parte del più recente legislatore! Così, a noi sembra, ad es. – lo si è già notato in altra sede – che il c.d. Decreto Balduzzi abbia espunto la colpa lieve dall’ambito della responsabilità medica, soprattutto al fine di contrastare la tendenza, spesse volte manifestatasi in sede applicativa, ad impoverire il contenuto della colpa attraverso valutazioni condotte ‘col senno di poi’, ma surrettiziamente riferite ad una prospettiva *ex ante*. Per di più – considerata la tendenza a ‘confondere’ talora colpa e causalità all’insegna del parametro dell’*aumento del rischio* – una soluzione quale quella adottata potrebbe suonare come un ulteriore monito per il futuro: nel senso, in particolare, di dissuadere l’organo giudicante da

una ricostruzione (già in sede obiettiva!) del fatto ‘adagiata’ sulla premessa di una colpa, una volta, oramai, che quest’ultima debba essere sempre più valutata alla stregua della concreta e personale capacità (come pure, eventualmente, di una maggiore o minore difficoltà, com’è nella logica del richiamo alla ‘colpa lieve’) nel riconoscere la scelta più opportuna.

In una logica di fondo non dissimile, sia pure con esiti ben diversi, può e deve ricordarsi, del resto, anche la recentissima disciplina riservata al c.d. omicidio stradale, dove si coglie una singolare (e francamente inquietante) riproposizione, sotto mentite spoglie, del vecchio sintagma giusta il quale *lata culpa dolo aequiparatur*, mediante una risposta sanzionatoria riferita ad un addebito colposo, (ma) in realtà ‘trattato per legge’ alla stregua di una responsabilità di ‘rango’ doloso.

Per finire – e prima di cedere la parola agli illustri relatori – è bene sottolineare (più di quanto abbiamo fatto sino ad ora) come a problemi di particolare spessore, e fors’ anche di ancor maggiore portata nell’ottica della c.d. processualizzazione del diritto penale, ponga di fronte non di rado la definizione degli elementi costitutivi delle singole fattispecie incriminatrici; qui, la tecnica legislativa, tuttora affetta da gravi forme di indeterminatezza, ha permesso di ‘creare’ sovente, fin dall’inizio del processo, gli stessi requisiti della *figura criminis*, in modo tale da alterare e condizionare – forgiando surrettiziamente l’oggetto stesso del *thema probandum* – l’intera parabola processuale e da mettere a dura prova le possibilità della difesa. A tale riguardo, viene spesso ricordata la discussa figura del c.d. ‘concorso esterno’ nel reato associativo, di cui pure in questa sede si parlerà. Ma si tratta di un problema che coinvolge anche altri fenomeni; fenomeni, anzi, che, pur tradizionalmente dotati di una più solida base di legittimazione, hanno dato non meno filo da torcere agli addetti ai lavori. Non è un caso che su di uno tra questi – la corruzione, e scusate se è poco – avrà modo di sviluppare i propri argomenti il secondo autorevole Relatore della nostra sessione mattutina.

A Lui, all’illustre Relatrice che aprirà i nostri lavori, ai non meno esperti Interventori, come pure agli Organizzatori e ai Partecipanti a vario titolo a questa Giornata di studio, va la più profonda gratitudine per aver offerto l’occasione di un confronto di alto profilo su di un tema così impegnativo e qualificante del nostro universo penale e processuale.

LAURA SOLIDORO

INTERFERENZE TRA DIRITTO PENALE SOSTANZIALE
E DIRITTO PENALE PROCESSUALE
NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

SOMMARIO: 1. Disomogeneità delle radici storiche del problema, rispetto agli assetti e alle prospettive attuali. – 2. Sconcertanti assonanze con alcune problematiche contemporanee: l'indebolimento della riserva di legge e l'avanzata delle fonti extralegali. – 3. Il retaggio dell'esperienza giuridica romana: a) *arbitrium principis*, *arbitrium iudicis*. – 4. (*segue*) b) le garanzie dell'imputato. – 5. La pretesa neutralità degli istituti processuali e la deontologia professionale. – 6. Pregi e difetti dei modelli inquisitorio e accusatorio in rapporto ai poteri del giudicante, alla luce dell'esperienza storica. – 7. La prova.

1. *Disomogeneità delle radici storiche del problema, rispetto agli assetti e alle prospettive attuali*

Nella nostra tradizione giuridica, il reato si è sempre plasmato all'interno del processo. Costituisce perciò una costante, e non un'eccezione, l'ampliamento delle categorie sostanziali dell'illecito penale attraverso l'opera plasmatrice delle regole scritte e delle prassi procedurali, specie sul terreno dei metodi della verifica probatoria e della individuazione e quantificazione della pena. In altri termini, il processo penale, nei percorsi storici dell'area di civil law, non si presenta affatto come un mero 'strumento di attuazione' del diritto penale sostanziale.

Mi propongo, con questo studio, di ripercorrere, anche se soltanto *per indices*, alcuni dei momenti più significativi delle osmosi tra profilo processuale e sostanziale, nel differente atteggiarsi di queste esperienze in dipendenza dalla natura del rito (accusatorio o inquisitorio o misto). E tenterò di mettere in luce il reiterarsi delle disfunzioni conseguenti a ciascun 'modello' repressivo – sostanziale e procedurale –, con le conseguenti soluzioni escogitate per rimediare all'insufficienza o inadeguatezza di talune scelte istituzionali, o invalse nella vita pratica dei tribunali.

Il fenomeno di 'contaminazione' si evidenzia in modo particolare attra-

verso lo studio dell'ordinamento giuridico romano, in quanto, come è ben noto agli studiosi del settore, quel diritto è stato spesso 'dominato'¹ per intero dalla procedura (quanto meno fino al V sec. d.C.), sicché con riguardo ad alcune fasi storiche la disciplina dei rapporti giuridici ci risulta affidata quasi per intero ai 'mezzi di difesa' predisposti per le vittime degli illeciti, anziché a norme sostanziali. Anche nel campo del diritto penale/criminale, non di rado i Romani avvertirono l'esigenza di sanzionare e reprimere determinati fatti, prima ancora di qualificarli normativamente come 'illeciti': la sanzione, perciò, spesso precedeva – e talora stimolava – il riconoscimento giuridico della fattispecie².

In quanto impostate in prospettiva storica, le mie annotazioni non possono che risultare sotto molti aspetti – concettuali e terminologici – disomogenee rispetto al diritto penale vigente, per talune diversità strutturali caratterizzanti i sistemi penali del passato.

Tra queste, va innanzitutto ricordata l'antica distinzione osservata dai Romani tra *delicta* (privati) e *crimina* (pubblici) e la relativa repressione³. Per i primi, che si reputavano lesivi di interessi individuali e familiari (*furtum*, *iniuria*, *damnum iniuria datum*, *rapina*, cui va aggiunto il *dolus*, illecito penale di origine pretoria), furono previste la repressione mediante il processo civile (nei modi del *lege agere*, poi *per formulas* e infine con le *cognitiones* imperiali) e la sanzione con pena privata (pecuniaria, che andava a profitto di chi avesse subito il torto); mentre i *crimina*, che si riteneva coinvolgessero l'intera comunità, vennero assoggettati a una repressione pubblicistica (prima limitata all'arbitrio regio o magistratuale, poi evolutasi nello *iudicium populi*, nelle *quaestiones*, nel tribunale senatorio, nelle cognizioni imperiali) e sanzionati con pena pubblica incidente sulla persona e/o sul patrimonio del reo. Tale dualismo fu superato soltanto nel Tardoantico, quando le *cognitiones* di stampo pubblicistico attrassero a sé tanto i *crimina*, quanto i *delicta*.

In ordine ai modelli procedurali, non è dato riscontrare una perfetta coincidenza con gli attuali concetti di processo accusatorio e inquisitorio, per la presenza di occasionali, ma non infrequenti commistioni tra i due sistemi, commistioni peraltro strategiche, in quanto funzionali all'ottimizzazione delle finalità repressive di taluni illeciti, in ragione delle loro peculiarità e della percezione della maggiore o minore gravità della condotta da punire⁴.

¹ Questa efficace espressione è di U. BRASIELLO, *Sulle linee e i fattori dello sviluppo del diritto penale romano*, in *Archivio Giuridico* 120.1, 1938, 3 ss., spec. 4, anche in AA.VV., *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954, 443 ss.

² *Ibid.*

³ G. LONGO, *'Delictum' e 'crimen'*, Milano, 1976.

⁴ Fondamentale M. LAURIA, *'Accusatio-inquisitio'*. *'Ordo-cognitio extra ordinem-cogni-*

In linea di massima, si può affermare che le modalità repressive facenti leva in modo preponderante sull'*imperium* dei magistrati repubblicani e poi sul potere assolutistico imperiale tendenzialmente determinarono una virata verso il modello inquisitorio.

Tra le altre, forti disomogeneità rispetto ai sistemi penali moderni, mi limito qui a ricordare le più significative ai fini del tema della presente discussione.

La scienza giuridica romana non ha mai formulato né enunciato i principi moderni di legalità (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*) e irretroattività della legge penale, con i connessi divieti di analogia della legge penale (che viceversa risulta addirittura teorizzata da qualche giureconsulto romano, tra cui Modestino, il quale in D. 48.4.7.3, in tema di *crimen maiestatis*, afferma la punibilità di fatti *ad exemplum legis*) e di interpretazione estensiva della stessa⁵.

Nel campo del processo criminale romano, ci risulta un interessante esempio di interpretazione estensiva mediante ampliamento semantico dei *verba legis* (tecnica introdotta da Labeone), discusso da Quintiliano e da Gaio. La vicenda attiene all'interpretazione della *lex Cornelia de sicariis*⁶ (Inst. 4.18.5), concernente la punizione di delinquenti abituali che andavano in giro nell'urbe con un *telum*, allo scopo di uccidere un uomo. Cosa è da intendersi per *sicarii* e cosa per *telum*? *Sicarius* era letteralmente chi usava la *sica*, il coltello. Ma ai tempi di Quintiliano (*inst. or.* 10.1.12) era già prevalsa un'accezione molto ampia, inclusiva di tutti coloro che avessero commesso omicidi con qualunque arma. E Gaio (D. 47.2.55[54].2; D. 50.16.233.2) attesta che si era verificato pure un cospicuo ampliamento semantico di *telum* (originariamente, 'ciò che si scaglia con l'arco'), ormai indicativo di 'tutto ciò che viene scagliato con la mano', ivi inclusi la pietra, il legno e il ferro e infine 'tutto ciò che può nuocere'.

Suppongo che queste sintetiche premesse abbiano già reso molto chiaro che «la concreta amministrazione della giustizia criminale nel corso del principato rispondeva (...) a criteri tendenzialmente antitetici a quelli che i canoni di legalità e di irretroattività postulano»⁷.

tio: rapporti ed influenze reciproche, in *Atti Acc. Napoli*, 1934, ora in ID., *Studii e ricordi*, Napoli, 1983, 277 ss.

⁵ Ampia discussione in M. SCOGNAMIGLIO, 'Nullum crimen sine lege'. *Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Salerno, 2009.

⁶ Per la ricostruzione del testo legislativo, J.-L. FERRARY, 'Lex Cornelia de sicariis et veneficis', in *Athenaeum* 79, 1991, 417 ss.

⁷ L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in 'Iuris vincula'. *Studi in onore di M. Talamanca* IV, Napoli, 2001, 73 ss., ora in ID., *Piccoli scritti di diritto penale*

Il sistema penale romano, infatti, fu a lungo caratterizzato da un basso grado di legislazione e, per contro, dalla normatività di fonti autoritative extralegali, costituite dai *mores* di diritto sostanziale (consuetudini), dalle prassi dei tribunali, dalla giurisprudenza, dall'editto pretorio, dalle sentenze dei giudici, dai rescritti imperiali (reputati alla stregua di autorevoli precedenti). Erano queste le fonti dotate di *auctoritas* e da esse derivavano regole e principi aventi una robusta validità fattuale (una sorta di soft law *ante litteram*).

Al tempo stesso, però, le indicazioni provenienti da siffatte fonti erano tutt'altro che univoche. Anche all'interno del medesimo 'formante', peraltro, non era inconsueto trovarsi di fronte a palesi difformità. L'esempio più eclatante è costituito dalla riflessione scientifica dei *prudentes* romani. È vero che, con riguardo alle età repubblicana e proto-imperiale, è possibile configurare un diritto criminale giurisprudenziale (frutto della *scientia iuris*), accanto a un diritto criminale legale⁸. Ma la controversialità propria della giurisprudenza romana⁹ partorì uno *ius controversum* pure nel campo del diritto penale e criminale, che soltanto nell'avanzata età imperiale si consolidò e si compose alla stregua di *ius receptum*. Perciò, la qualificazione del fatto come delitto o come crimine non era riservata a fonti specifiche: a qualificare reato una data condotta, anteriormente irrilevante sul piano penale, poteva provvedere direttamente l'organo giudicante, talora su sollecitazione di qualche giurisperito (come nel caso dello *stellionato*, crimine represso nell'ambito delle *cognitiones* e perseguibile a seguito di *accusatio*, fisionomizzato dalla *scientia iuris*, e segnatamente da Ulpiano, in D. 47.20.3.1)¹⁰. D'altronde, anche quando le rare leggi istitutive del crimine c'erano, i contorni delle fattispecie venivano lasciati generalmente incerti e sfumati, proprio al fine di consentire una notevole elasticità in sede di applicazione (o disapplicazione) delle norme; un fenomeno, questo, che assunse proporzioni addirittura abnormi con riguardo alla persecuzione del delitto politico per eccellenza, il *crimen maiestatis*¹¹.

La stessa vaghezza si osserva in ordine alle pene comminate da leggi ed

romano, Padova 2008 (da cui cito), 95 ss., spec. 106; sullo *stellionato*, v. ancora L. GAROFALO, 'Stellionato': storia di una parola, in ID., *Piccoli scritti*, cit., 125 ss., spec. 134 ss.

⁸ P. CERAMI, 'Tormenta pro poena adhibita', in AA.VV., *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, a cura di O. DILIBERTO, Napoli, 1993, 31 ss., spec. 38 ss.

⁹ A.B. SCHWARZ, *Il diritto controverso dei giuristi romani*, tr. it. a cura di A. Lovato, in ID., *Itinerari di lettura per un corso di diritto romano*, 2^a ed., Bari, 2011, 173 ss.

¹⁰ Così L. GAROFALO, *Concetti*, cit., 107.

¹¹ Rinvio, sul punto, a quanto già esposto in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La disciplina della lesa maestà tra Tardoantico e Medioevo*, in EAD., *Profili storici del delitto politico*, Napoli, 2002, 1 ss., spec. 72 ss.

editti magistratuali, o irrogate dai giudici a loro discrezione: il carattere fortemente flessibile del sistema delle pene¹² – conseguente all'assenza del principio di legalità della pena – ancora nel primo Principato¹³ consentiva ai giudici di ingigantire fino all'estremo la valutazione delle 'circostanze del reato', idonee a comportare una diminuzione o un aggravamento della pena *pro modo admissi*, commisurando la pena alle particolarità del caso concreto¹⁴. Celebre, al riguardo, l'articolata classificazione nel passo di Claudio Saturnino (tratta dal suo *Liber singularis de poenis paganorum*), in D. 48.19.16, vero e proprio tentativo di costruzione di una teoria generale delle cause di variazione e di esclusione della pena, con la indicazione dei criteri di valutazione da applicare in generale a tutti i reati (*causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, eventu*): teoria attentamente ristudiata secoli dopo, da Farinaccio, specie in relazione all'errore di diritto e all'errore di fatto¹⁵. Poi, dall'età degli Antonini si delinea un'accurata distinzione tra le varie categorie sociali, ai fini di una graduazione delle pene in ragione della condizione e del rango sociale del reo (*pro qualitate personarum*)¹⁶. Qui però siamo ormai fuori dall'*arbitrium iudicantis*, perché all'epoca degli Antonini l'individuazione della pena avveniva mediante *leges imperiales*.

La vaghezza della pena risalta maggiormente ove si registri l'assenza di parametri legali. Per certi illeciti, sin dall'età repubblicana la determinazione della pena era espressamente rimessa al giudizio equitativo del giudicante. È questo il caso, ad esempio, di uno strumento processuale di matrice pretoria, l'*actio iniuriarum aestimatoria*, che, superando l'articolato sistema delle pene fisse istituito nelle XII Tavole, prevedeva la liquidazione delle percosse subite dalla vittima secondo criteri equitativi. In sostanza, il pretore, mediante una previsione edittale, aveva introdotto una nuova modalità repressiva dell'*iniuria*, obliterando le prescrizioni legislative decemvirali ed avocando a sé il potere-dovere di determinare la pena. Sul piano delle innovazioni pretorie, appare significativa pure la disciplina del getto pericoloso

¹² Tra i vari esempi possibili, si v. quanto attiene alla variabilità della *poena stellionatus*: L. GAROFALO, 'Stellionatus', cit., 141.

¹³ F.M. DE ROBERTIS, 'Arbitrium iudicantis' e statuizioni imperiali: pena discrezionale e pena fissa nella 'cognitio extra ordinem', in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 59, 1939, 219 ss.

¹⁴ F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena 'pro modo admissi'*, in ID., *Scritti vari di diritto romano III, Diritto penale*, Bari, 1987, 650 ss.

¹⁵ L. GAROFALO, *Concetti*, cit., 119, 121.

¹⁶ U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, 189 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena 'pro qualitate personarum' nel diritto penale romano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* n.s. 14, 1939, 58 ss., ora in ID., *Scritti giuridici III* cit., 484 ss.; ID., *La variazione della pena nel diritto romano I, Problemi di fondo e concetti giuridici fondamentali*; II, *La variazione della pena 'pro qualitate personarum'*, Bari, 1954.

di cose (su cui tornerò a breve), per il quale l'editto pretorio comminava in alternativa svariate pene: di regola, la pena del *duplum* del danno cagionato, ma se dal fatto derivava la morte di un uomo libero, la pena era fissata in 50 aurei, se invece ne derivava solo il ferimento, la condanna doveva ispirarsi al *bonum et aequum* (Ulp. D. 9.3.1pr.).

Concludiamo questo rapido *excursus* sui caratteri differenziali del diritto penale pre-moderno con un'ultima annotazione: non di rado le leggi penali (e quelle istitutive di crimini) si applicano nell'antica Roma a condotte anteriormente tenute, a discrezione dell'organo giudicante. Del resto, Hobbes, con il suo Leviatano, è stato il primo a sostenere apertamente l'ingiustizia insita nella retroattività delle leggi penali, dichiarandola contraria al diritto naturale¹⁷.

2. *Sconcertanti assonanze con alcune problematiche contemporanee: l'indebolimento della riserva di legge e l'avanzata delle fonti extra-legali*

Non so se non sia dato ravvisare in queste esperienze storiche, che io provocatoriamente ho presentato come disomogeneità rispetto ai sistemi vigenti (anche alla luce dei rigorosi principi CEDU), qualche affinità con il diritto penale attuale. Per esempio, non poche perplessità, se rapportato ai parametri costituzionali e teorici dell'odierno diritto penale, potrebbe destare il decreto-legislativo 16 marzo 2015, recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, che, apportando alcune modifiche al c.p. e agli artt. 411, 469, 651 c.p.p., lascia per intero al prudente apprezzamento del giudice la valutazione sulla esiguità, o non, del fatto contestato all'imputato¹⁸.

Questo rilievo si collega al tema più generale della tanto sbandierata legalità del diritto penale¹⁹, espressa dal principio *nullum crimen sine lege*; principio che però, attraverso il lungo filo che lega i primi elementi della riserva di legge emersi con le *quaestiones perpetuae* romane al Leviatano di Hobbes e infine alla enunciazione *in claris* da parte del giurista tedesco Anselm Feuerbach agli inizi del XIX secolo²⁰, ad una più attenta consi-

¹⁷ T. HOBBS, *Il Leviatano*, Roma-Bari, 1992, 242, 256.

¹⁸ Ampia discussione in A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Non punibilità per tenuità del fatto e strategie processuali*, Napoli, 2015.

¹⁹ Su cui L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1989.

²⁰ Rinvio a M. SCOGNAMIGLIO, 'Nullum crimen sine lege', cit., 27 ss.

derazione sembra avere sempre costituito più un'aspirazione o un enunciato filosofico, che una realtà operativa. Si pensi al discusso processo di Norimberga²¹, alla vibrante denuncia di violazione del principio in oggetto e del suo corollario di irretroattività della legge penale, da parte di Carl Schmitt²², e alla opposta opinione sostenuta da Hans Kelsen, secondo il quale il principio di irretroattività deve soccombere in favore del principio di giustizia: punire gli uomini moralmente responsabili per il crimine internazionale della seconda guerra mondiale appare al filosofo più importante che osservare la regola della inapplicabilità delle leggi penali *ex post facto*²³.

Ma lasciamo da parte quella vicenda così eccezionale per venire ai nostri giorni.

In realtà, non pochi sono i sintomi di una pratica disapplicazione della riserva di legge e di un accostamento tra i caratteri generali del diritto penale e quella sorta di *soft law*²⁴ che aveva caratterizzato l'esperienza giuridica romana ed i successivi sviluppi preilluministici.

In Italia, la regola di riserva di legge e di divieto di analogia, con i connessi principi di tassatività, determinatezza e precisione, ha subito una notevole erosione per il massiccio intervento di fonti secondarie nella specificazione dei concetti, e inoltre per l'affidamento di molte scelte concrete alla pubblica amministrazione (anziché alla norma astratta), in ordine al bilanciamento degli interessi contrapposti, ma ugualmente esigenti tutela penale²⁵: pensiamo al fenomeno delle c.d. norme penali in bianco²⁶, in cui la fattispecie astratta di reato viene determinata, in misura più o meno ampia, anche da atti diversi dalla legge.

Ma contribuiscono altri fattori, quali: a) l'affermazione di nuove fonti europee di produzione di norme penali; b) la prepotente affermazione di un diritto penale internazionale (assai deficitario sul piano della determinatezza); c) la complessiva europeizzazione del diritto penale. Queste nuove

²¹ Per gli aspetti che qui interessano, V. CALENNE, *I reati di Norimberga e il principio 'nulla poena, nullum crimen sine lege'*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, I.11, novembre, 2004, 100 ss.

²² C. SCHMITT, *I trecento anni del Leviatano*, 1954, in ID., *L'unità del mondo e altri saggi*, a cura di A. CAMPI, Roma, 2003, 232.

²³ H. KELSEN, *Il processo di Norimberga e il diritto internazionale*, ora in *Studi politici* 19, ottobre-dicembre, 1989, 109 s.

²⁴ Cfr. F. FRETTONI, *Fonte legale ed extralegale dei reati*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, I.11, novembre, 2004, 44 ss.; A. BERNARDI, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze, intersezioni*, in AA.VV., *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. SOMMA, Torino, 2009, 1 ss., spec. 7 ss.

²⁵ Dettagli in F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 113 ss., 123 ss.

²⁶ Su cui F. FRETTONI, *Fonte legale*, cit., 52 ss.

realtà stanno creando seri problemi ermeneutici e di coordinamento con il diritto interno. Nel complesso, sono sorte impreviste difficoltà nella individuazione dei limiti del ‘penalmente rilevante’, è aumentata la vaghezza delle norme incriminatrici e si è affermata per conseguenza la necessità del ricorso a una certa flessibilità interpretativa²⁷.

Un altro fattore di ‘ammorbidimento’ dell’hard law penale si rileva nella frammentazione della disciplina penale in riferimento ai soggetti destinatari delle norme. Una settorializzazione dei soggetti destinatari si è verificata per la tendenza a moltiplicare i ‘reati propri’, anche detti ‘reati categoriali’ (strutturati in relazione a specifici gruppi di soggetti, spesso in ragione dell’attività lavorativa o del ruolo sociale), che ha prodotto un allontanamento dal carattere generale delle norme penali²⁸.

Vi sono poi alcuni ambiti specifici, nei quali i principi cardine del diritto penale moderno – tra cui *in primis* la riserva di legge – sembrano perdere molta forza. Tra questi, il ‘diritto premiale’ – peraltro risalente all’età imperiale romana²⁹ – per la estrema dilatazione degli ambiti di discrezionalità che esso implica³⁰. Caratterizzato da norme che nulla impongono ai consociati, il diritto premiale si limita a incoraggiare comportamenti (viene infatti qualificato come un ‘diritto esortativo’), pur essendo, per contro, dotato di efficacia vincolante per il giudice, il quale è obbligato a tenere conto delle condotte ‘prezialmente rilevanti’³¹.

Sul piano strettamente processuale, sono soprattutto i riti di natura sostanzialmente pattizia (in cui pubblico ministero e imputato vengono legittimati ad accordarsi in una posizione almeno in apparenza paritaria) a condizionare e indebolire in modo sensibile non solo le modalità di svolgimento, ma anche gli esiti sanzionatori del processo, in contraddizione con il tradizionale carattere autoritativo e statualistico del rito penale³². Ad accentuare tale tendenza è poi intervenuto il sistema della mediazione. Questo, in quanto incentrato sul dialogo tra autore e vittima del reato, al

²⁷ Così B. BERNARDI, *I tre volti del ‘diritto penale comunitario’*, in AA.VV., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione Europea*, Milano, 1999, 95 ss.; si v. pure AA.VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2006, 14 ss.

²⁸ Lo rileva A. BERNARDI, *Soft law*, cit., 9.

²⁹ Fonti e relativo commento in T. SPAGNUOLO VIGORITA, *‘Exsecranda perniciēs’. Delatori e fisco nell’età di Costantino*, Napoli, 1984; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell’antica Roma*, 2^a ed., Milano, 1998, 282 nt. 39; P. CERAMI, *La collaborazione processuale: le radici romane*, in AA.VV., *Profili processualistici dell’esperienza giuridica europea. Dall’esperienza romana all’esperienza moderna*, Torino, 2003, 249 ss..

³⁰ In tema, AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983.

³¹ Discussione in A. BERNARDI, *Soft law*, cit., 14.

³² *Ibid.*

fine di realizzare una composizione consensuale che eviti l'irrogazione della pena, ha degradato alcuni ambiti della repressione penale a vero e proprio 'diritto mite', nel momento stesso in cui ha reso legale un processo decisionale su base negoziale e volontaristica (tipico del *soft law*), a tutto scapito del tradizionale carattere pubblicistico degli strumenti attuativi della giustizia penale³³.

Qualche considerazione va svolta pure sul divieto di analogia. Lasciando da parte la possibilità che tale divieto non venga applicato, qualora esso risulti favorevole al reo, secondo un principio ormai accolto in Italia, come nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei³⁴, per i casi in cui l'analogia risulta sfavorevole all'imputato va ricordata quella corrente dottrinale secondo cui in sede giudiziaria il divieto di analogia verrebbe eluso in non poche occasioni, mediante il ricorso all'interpretazione estensiva, la cui linea di confine con l'analogia è notoriamente di difficile e controversa individuazione³⁵. Talora, però, è lo stesso legislatore ad autorizzare il giudice penale ad operazioni di tal fatta, effettuando un ricorso a formule esemplificative, anziché definitorie ('in casi simili', 'in casi analoghi': per es., legge n. 197/1991). Ai giudici si attribuisce così il compito di integrare le fattispecie, con conseguente attenuazione dell'incidenza della fonte legale³⁶.

Ancora con riguardo all'ampia discrezionalità dei giudici penali, quale fonte extralegale operativa, rilevano ambiti quali le fattispecie omissive e l'obbligo di impedire l'evento (con l'espressione 'obbligo giuridico di impedire rell.', l'art. 40 c.p. estende in modo alquanto indefinito l'area della illiceità penale, perché lascia nel dubbio se tale obbligo debba fondarsi su legge statale o anche su fonti secondarie), la colpa (l'art. 43 c.p. prevede sia una colpa generica sia una colpa specifica, per la violazione delle regole cautelari, ma queste ultime non sono positivizzate in ordine alla colpa generica – negligenza, imprudenza, imperizia – , sicché dette regole cautelari divengono attingibili, da parte del giudice, dal senso comune, dall'e-

³³ Dettagliata analisi in G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003; A. BERNARDI, *Soft law*, cit., 15.

³⁴ Ampiamente, N. BARTONE, *Il diritto penale odierno e concreto. Il reato nel suo volto europeo e internazionale*, Padova, 2012, 67 ss.; F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, spec. cap. I, par. 4.

³⁵ Puntuale disamina delle diverse posizioni dottrinali in M. SCOGNAMIGLIO, 'Nullum crimen sine lege', cit., 16 ss. Secondo la teoria più diffusa, la prima ravvisa nella fattispecie concreta gli elementi caratterizzanti fatti sussumibili in una data fattispecie, al fine di includerla nell'ambito di applicazione della stessa; la seconda invece ritiene un fatto oggettivamente non identificabile con quello sussumibile in una determinata fattispecie, ma richiamando i canoni di somiglianza e ragionevolezza lo reputa ugualmente idoneo ad essere disciplinato allo stesso modo: N. BARTONE, *Il diritto penale odierno*, cit., 52 ss.

³⁶ Così F. FRETTONI, *Fonte legale*, cit., 56.

sperienza lavorativa o professionale etc.), le cause di giustificazione (per esempio, le ipotesi di esercizio di un diritto o adempimento di un dovere, di cui all'art. 51 c.p., in quanto rapportabili a un ambito vastissimo, che abbraccia il diritto comunitario, diritti locali, regolamenti, consuetudini, provvedimenti giurisdizionali, contratti, mettono il giudice in grande difficoltà nel definire l'area dell'illiceità penale, comunque da ricondursi talora anche al disposto di norme secondarie)³⁷.

3. *Il retaggio dell'esperienza giuridica romana: a) arbitrium principis, arbitrium iudicis*

Ma torniamo alle origini storiche di queste problematiche.

L'assenza di una riserva di legge rese il diritto penale romano un vero e proprio 'diritto liquido', per usare la categoria di Bauman³⁸. Tuttavia, questa estrema fluidità della materia penale non impedì alla *scientia iuris* di elaborare un complesso di regole e principi primari – materiali e processuali – ancora oggi applicati e che usiamo chiamare 'istituti introduttivi'³⁹. Pensiamo alle cause di giustificazione (c.d. scriminanti o esimenti), quali legittima difesa (*vim vi repellere licet*), stato di necessità, esecuzione dell'ordine impartito dal superiore (dal *dominus* allo schiavo, dal *paterfamilias* al figlio); all'elemento soggettivo del reato (si deve al pensiero giurisprudenziale romano lo studio della colpa). Ancora alla *scientia iuris* romana risalgono la distinzione tra dolo, colpa e caso fortuito; l'individuazione del reato preterintenzionale; la punibilità del tentativo (punibilità peraltro bilanciata dalla regola della materialità del reato, già sostanzialmente espressa con la formula *cogitationis poenam nemo patitur*, da Ulpiano in D. 48.19.18)⁴⁰; il principio per cui l'errore scusabile esclude l'illecito; la disciplina del concorso dei reati e del concorso di persone nel reato. E così via⁴¹.

Dunque, ripercorrere alcuni momenti dell'esperienza romana significa riflettere sul modello concettuale di appoggio per le elaborazioni dottrinali

³⁷ *Ibid.*, 58 ss.

³⁸ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, tr. it., Roma-Bari, 2002.

³⁹ V. soprattutto C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 26.

⁴⁰ Su questi precedenti della massima moderna *nullum crimen sine actione*, v. ora F. TUCCILLO, 'Cogitationis poenam nemo patitur', in AA.VV., *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, a cura di F. REINOSO BARBERO, Madrid, 2014, 517 ss.

⁴¹ Sulle figure giuridiche qui citate, resta fondamentale C. GIOFFREDI, *I principi*, cit., con rassegna ed esame critico delle fonti.

e legislative delle età successive. Da questo punto di vista, oggi può dirsi fortemente ridimensionato il giudizio negativo espresso a più riprese sul diritto penale romano da Theodor Mommsen, al quale pure si deve la prima ricostruzione critica moderna del diritto penale romano, e dal criminalista Francesco Carrara, uno dei fondatori della penalistica italiana, che affermò «i Romani, giganti nel diritto civile, furono pigmei nel diritto penale»⁴².

Affronterò adesso alcuni temi afferenti profili di teoria generale, per i quali i percorsi della nostra tradizione storica presentano continuità o cesure di non poco interesse in materia di contaminazioni tra diritto penale processuale e sostanziale.

Innanzitutto, è opportuno precisare che queste interferenze anche nel passato hanno avuto differenti connotazioni, negative o positive. Tra queste ultime, va senz'altro annoverato l'uso volutamente distorto della procedura (c.d. abuso del processo)⁴³.

Le fasi storiche in cui il diritto criminale romano ci risulta maggiormente protetto dai rischi di un 'abuso del processo' da parte di giudici ed avvocati sono due: quella 'democratica' del periodo repubblicano – corrispondente per alcuni aspetti allo *iudicium populi*⁴⁴, sotto altri profili alle *quaestiones perpetuae* – e quella autocratica tardo-imperiale. Le *quaestiones perpetuae* e il processo penale tardo-imperiale si contraddistinguono entrambi per un tentativo di riservare alla legge la individuazione del reato e la pena da applicare al *reus*⁴⁵. Siffatto disegno si accentua con Giustiniano, il quale, portando agli estremi la tendenza a limitare l'interpretazione non autentica, già affiorata con Costantino (CTh. 1.2.3), si definisce l'unico creatore e interprete (*tam conditor tam interpres*: CI. 1.14.12.5) delle leggi – penali e civili – e al contempo ne proibisce a qualunque suddito l'interpretazione (*interpretationes*: const. *Tanta* 21), qualificandola *perversio*⁴⁶.

Al di fuori di questi particolari momenti storico-istituzionali, per certi aspetti una più costante osservanza delle guarentigie essenziali del proces-

⁴² Cfr. al riguardo E. FERRI, *La riabilitazione del diritto penale romano*, in *Studi in onore di F. Serafini*, Firenze, 1892, 47; L. GAROFALO, *Concetti*, cit., 95 ss.

⁴³ Sul tema dell'abuso del processo si tornerà diffusamente *infra*, par. 5.

⁴⁴ Nello *iudicium populi* è dato ravvisare un precedente storico, in senso lato, sia del principio moderno *nulla poena sine iudicio* (concetto espresso con l'art. 39 della *Magna Charta* e di recente ribadito dall'art. 6 CEDU), sia dell'appello in campo penale: B. SANTA-LUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 29 ss.; P. CERAMI, '*Aequum iudicium*' e '*giusto processo*'. *Prospettive romane e moderne*, in AA.VV., *Profili processualistici*, cit., 3 ss.

⁴⁵ V. al riguardo G. PUGLIESE, *Le garanzie dell'imputato nella storia del processo romano*, in *Temi Romana* 28, 1969, 605 ss., ora in *Scritti giuridici scelti II, Diritto romano*, Napoli, 1985, 603 ss.

⁴⁶ A. TOZZI, *L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano*, in *Riv. dir. proc. civ.* 17, 1940, 125 ss., 212 ss.

so penale parrebbe, a prima vista, registrarsi nella repressione degli illeciti penali privati, all'interno del processo civile, fino all'affermarsi delle *cognitiones*. Infatti, paradossalmente, sono i *delicta* ad essere maggiormente ancorati a un dato 'normativo' in senso ampio (leggi delle XII tavole, *lex publica*, editto pretorio) e inoltre a rispondere a quel requisito di garantismo dell'imputato, che è costituito dall'alterità del giudicante rispetto all'organo cui è deputato l'inquadramento giuridico dell'illecito lamentato (per la divisione del processo privato nelle due fasi, *in iure* e *apud iudicem*, fino all'affermazione delle *cognitiones extra ordinem*).

Tuttavia, proprio attraverso l'editto pretorio si verifica un denso movimento di interpretazione estensiva e addirittura analogica, finalizzato a sanzionare nuove fattispecie, specialmente mediante lo strumento dell'*actio ad exemplum* e dell'*actio in factum* (la creazione di nuove azioni si rende all'epoca necessaria, per l'antico sistema romano della tipicità delle azioni): pensiamo all'*actio ad exemplum legis Aquiliae*, che all'epoca è un'azione penale, e all'*actio ad exemplum* proposta da Servio per fattispecie analoghe al *positum et suspensum*: Ulp. D. 9.3.5.12, *quia et legitima et honoraria actio deficit*, precisa il giurista.

Soffermiamoci brevemente proprio su questo *quasi delictum*, come viene molto più tardi classificato da Giustiniano. Una regolamentazione totalmente edittale ricevono – come più sopra già si è accennato – la fattispecie di *effusum vel deiectum* (relativa a ciò che viene versato o lanciato dalla propria abitazione sulla pubblica via: Ulp. D. 9.3.1pr., corrispondente all'art. 674 c.p.), per cui si prevede generalmente⁴⁷ la condanna penale *in duplum* dell'*habitor*, e quella di *positum vel suspensum* (appoggio o sospensione di oggetti dall'alto della propria dimora, con pericolo di caduta nei luoghi sottostanti, di pubblico accesso: Ulp. D. 9.3.5.3, 6, 7, 12, corrispondente all'attuale art. 675 c.p.), per cui l'editto pretorio stabilisce la responsabilità oggettiva di chi effettui la collocazione pericolosa e la possibilità di esercitare un'azione popolare penale nei suoi confronti. Entrambe le fattispecie sono di estremo interesse. La prima per la previsione di una molteplicità di pene alternative (una delle quali da definirsi in via equitativa dal giudice), in ragione dei caratteri del danno verificatosi. La seconda perché realizza una tutela anticipata del reato⁴⁸: il pretore romano entra nel campo, oggi fortemente dibattuto, dell'anticipazione della tutela penale. L'offesa non si sostanzia nella effettiva lesione del bene tutelato (come nel caso dell'*effusum vel deiectum*), bensì nella probabilità del danno. La scelta della legittimazione

⁴⁷ Ma v. quanto osservato *supra*, par. 1, sulla pluralità di pene possibili.

⁴⁸ A.M. GIOMARO, *Ipotesi di anticipazione della tutela nel diritto romano*, in *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*, 21-22/gennaio-dicembre 2009, 53 ss.

generale all'azione (*actio popularis*) è mirata ad una più efficace repressione dell'illecito e rivela la percezione sociale della particolare gravità dello stato di pericolo creato.

Per altro verso, va notato che nel diritto penale 'privato' di matrice pretoria (in cui rientrano rapina, *formula Octaviana*, dolo, *metus, positum vel suspensum, effusum vel deiectum*) sussiste un fattore idoneo ad annientare l'efficacia della repressione penale: la facoltà del magistrato di denegare l'azione al postulante. Adduco una vicenda storica attentamente studiata da Carlo Venturini⁴⁹ e relativa ad un mezzo pretorio di tutela, noto come *formula Octaviana*, utilizzabile dal I sec. a.C. per sanzionare la coazione esercitata su una persona, al fine di spogiarla di determinati beni, in casi perseguibili nell'ambito delle *repetundae*. Il compianto Studioso, osservando l'assenza di testimonianze relative al ricorso a tale strumento processuale, ha ipotizzato una pratica impossibilità di ricorrere al rimedio in oggetto a causa della scarsa propensione, da parte dei pretori, a concedere la *formula Octaviana* contro ex magistrati, per attività estorsive riconducibili all'esercizio dell'*imperium*.

Maggior rigore si afferma quando i *delicta* vengono attratti nella sfera pubblicistica. Tale mutamento si verifica per la riaffermazione della necessità di ancorare i giudici al rispetto delle leggi scritte. In questa fase tardo-imperiale, ai funzionari cui viene affidata la repressione penale/criminale sono conferiti ampi poteri sul versante della fase esecutiva (*ius gladii*). Ma, se da un lato il principio del libero convincimento del giudice penale sembra ancora trovare piena applicazione nel sistema delle *cognitiones*, specie nella valutazione delle testimonianze (D. 22.5.3)⁵⁰, al tempo stesso una serie di norme limita sempre più sensibilmente, in progresso di tempo, i tradizionali poteri discrezionali dell'organo giudicante in materia di interpretazione delle leggi penali (del resto, non si consente più l'interpretazione analogica di leggi civili, come penali), di valutazione delle prove documentali, di concorso di mezzi probatori eterogenei da porre a fondamento della decisione (si stabilisce che il giudice non possa fondare la sua decisione su di una sola prova)⁵¹ e di quantificazione delle pene (su questo ultimo aspetto,

⁴⁹ C. VENTURINI, *Un caso di 'appellatio'*. Note in margine ad *Ascon. 65 Stangl* = 84 Clark, in *Index* 26, 1998, 41 ss.

⁵⁰ G.G. ARCHI, *La prova del diritto nel Basso Impero*, ora in ID., *Scritti di diritto romano III*, Milano, 1981, 1855 ss.; specificamente, sull'evoluzione bizantina, U. ZILLETI, *Studi sulle prove nel diritto giustiniano*, in *Bullettino dell'Ist. di dir. rom.* 67, 1964, 167 ss.

⁵¹ U. ZILLETI, *Sul valore probatorio della testimonianza nella 'cognitio extra ordinem'*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 29, 1963, 124 ss.; v. ora S. PULIATTI, *Giudizio di fatto e nuovi principi nel processo romano tardo antico. La regola 'unus testis nullus testis'*, in AA.VV., *Principios*, cit., 131 ss., con altra bibl.

chiari segnali paiono comparire già in età severiana: Ulp. D. 50.16.131.1; Paul. D. 50.16.244)⁵².

L'Imperatore, invece, è *legibus solutus*. Non è tenuto ad osservare le leggi dei predecessori, e neppure quelle proprie: comincia con gli Antonini un dovizioso lavoro di cesello, da parte delle cancellerie imperiali, mirato a fissare le pene corrispondenti a ciascun illecito penale – per ridurre al massimo la discrezionalità dell'organo giudicante – differenziandole però legislativamente sia *pro modo admissi*, cioè secondo la particolarità del caso concreto, in ragione dell'elemento personale (*aetas, sexus, impetus*, recidiva) e dell'ambiente esterno (*res, tempus, locus*, mezzi di esecuzione), sia *pro qualitate personarum*, cioè in relazione al rango sociale dell'imputato. In questo ambito, le pene variano a seconda dell'appartenenza alla categoria degli *honestiores* o degli *humiliores*, in una prima fase prendendo in considerazione, ai fini della determinazione della pena, soltanto la rispettabilità sociale del *reus* (per *respectus dignitatis* e *honoris reverentia*), nel Tardoantico, invece, la consistenza patrimoniale: così, una volta identificati i *pauperes* con gli *humiles*, le costituzioni imperiali comminano le pene più severe per gli indigenti⁵³.

È all'interno di queste contraddizioni che si comincia ad avanzare verso i percorsi anticipatori delle rivendicazioni illuministe. Ma si tratta di un tragitto fortemente curvilineo. Non va dimenticato che, nonostante il giro di vite impresso da Giustiniano, il principio del *princeps legibus solutus* nel campo penale risulta gravido di conseguenze. Così, la letteratura criminalistica del XVI sec. (vi spicca Menochio) elabora una dottrina e una gerarchia dell'*arbitrium penale*. Una volontà arbitraria e del tutto libera può essere espressa in via esclusiva dal *princeps (omnis poena in principe est arbitraria)*⁵⁴, il quale gode al riguardo di un *celestes arbitrium*, di ispirazione divina, secondo Garoni, *quia Princeps movetur nutu Dei*⁵⁵.

L'arbitrio penale dei giudici, invece, varia a seconda delle facoltà concesse dal Sovrano o dalla legge al singolo organo giudicante (tra cui i Senati italiani) ed è vincolato se non all'osservanza della norma scritta (che comunque per taluni delitti concede al giudice di punire con pene arbitrarie), almeno al rispetto delle regole dell'*aequitas* e più precisamente, secondo Menochio,

⁵² F.M. DE ROBERTIS, *Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali I, Il giudice e la norma nel processo penale straordinario*, in *Annali Univ. Bari*, 1941, ora in ID., *Scritti vari* III cit., 105 ss.

⁵³ F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena 'pro qualitate personarum'*, cit.

⁵⁴ Su questo principio dottrinale, documentazione in B. SCHNAPPER, *Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e siècle*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 42, 1973-1974, 82 s.

⁵⁵ GARONUS, *Commentaria in tit. De poenis, Praeludia*, miscell. 4, su cui v. A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, rist. Milano, 1987, 186 nt. 417.

dell'*aequitas naturalis*: si tratta, insomma, di un arbitrio 'regolato'⁵⁶ (*qui affirmarunt habentem liberum arbitrium procedendi, intelligi servata tamen aequitate, quam aequitatem ego naturalem intelligo*)⁵⁷.

Ancora alla fine del XVIII sec., la giurisdizione penale esercitata dal Senato milanese⁵⁸, per esempio, non si discosta da questi canoni. La Suprema Corte deriva il suo potere da quello assoluto del Principe e incontra, quale unico limite, l'equità, che funge a un tempo come fondamento e giustificazione dei poteri giudiziari, nonché supremo criterio interpretativo idoneo a superare *rigor* e *solemnitates iuris*. Inutile dire che il ricorso all'*aequitas* può tradursi in arbitrio: in una seduta del 27 settembre 1581 il Senato milanese si vede costretto a rispondere agli *ordines* inviatigli il 17 aprile dello stesso anno da Filippo II dal Convento di Tomar, in cui la Suprema Corte viene accusata di avere perpetrato svariati abusi sconfinando dal campo dell'equità nel campo dell'arbitrio. La consulta si difende sia distinguendo il libero arbitrio – di cui è accusato il Senato – dall'equità (*libero arbitrio numquam usus est... nec uti potuisset*), sia richiamando l'equità aristotelica e la distinzione tra *aequitas scripta* e *non scripta*, al fine di dimostrare – non senza difficoltà – la tradizionale conformità a giustizia del giudizio equitativo, ma pure un rigoroso uso, da parte del Senato lombardo, del solo arbitrio *a iure concesso, et aequitate scripta et non scripta sibi ab ordinibus tributa, prout necessarium est... scilicet praevia norma rationis a iure sumpta et secundum alligata et probata*⁵⁹.

Le pene arbitrarie, dunque, facevano parte della giurisprudenza criminale lombarda: nel 1791, il criminalista Luigi Cremani discuteva la «*insignis quaestio, quae varie exercuit ingenia hominum doctissimorum*», ovvero il problema di stabilire se il giudice potesse «*interpretatione aliquid durius, aut remissius statuere quam a lege sancitum est*»⁶⁰. Nessuna meraviglia, però, se si pensa che, pochi anni prima, addirittura Cesare Beccaria, in periodo di intensa lotta contro l'*arbitrium iudicis*, prendendo le distanze dalle posizioni ben più intransigenti assunte venti anni addietro in ordine alle pene da infliggere ai colpevoli di diritto criminale

⁵⁶ Così A. CAVANNA, *La codificazione*, cit., 202 e nt. 456, che ricostruisce la dottrina di Menochio secondo la trattazione di B. SCHNAPPER, *Les peines*, cit., 83.

⁵⁷ MENOCHIUS, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis* I, qu. 9, n.3.

⁵⁸ Attentamente studiata da U. PETRONIO, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano, 1972, 142 ss., 163 ss.; A. CAVANNA, *La codificazione*, cit., spec. 201 ss.

⁵⁹ Su questo episodio e la relativa documentazione, U. PETRONIO, *Il Senato*, cit., 158 ss.; A. CAVANNA, *La codificazione*, cit., 203 nt. 460, 214 ss.

⁶⁰ L. CREMANI, *De iure criminali libri tres* (Ticini 1791/1793) I, 2^a ed., 235. Sul testo qui citato, A. CAVANNA, *La codificazione*, cit., 197.

(le pene «esser debbono le medesime per il primo e per l'ultimo cittadino»⁶¹, nel 1787 aveva scritto «nei delitti politici la qualità delle persone è un dato essenziale da doversi moltissimo valutare nel commisurare le proporzionate pene»⁶²).

4. (segue) *b) le garanzie dell'imputato*

È stato osservato⁶³ dai processualpenalisti che il nostro codice di procedura penale va visto come un tronco frondoso, che affonda le sue robuste radici nella tradizione storica, da cui promanano i principi fondamentali, tra i quali la terzietà del giudice, il valore endoprocedurale degli atti compiuti nella fase delle indagini preliminari, la parità tra l'accusa e la difesa, la difesa mediante prove.

Alcune di queste radici si sono progressivamente espanse. Si pensi alla terzietà e imparzialità del giudice (principio affermatosi molto lentamente e a fatica, a seguito delle defatiganti lotte politico-sociali svoltesi nella Roma tardo-repubblicana circa la composizione delle giurie popolari⁶⁴: Cic. *in Verr.* 2.3.21.54), oggi rafforzato anche grazie alla giurisprudenza della Corte Costituzionale; e ancora pensiamo al principio del difendersi provando (corroborato dal riconoscimento al difensore del diritto di svolgere investigazioni per ricercare elementi di prova in favore dell'assistito, *ex art.* 38 disp. di att. c.p.p., le cui disposizioni sono state sostituite dall'art. 23, legge 7 dicembre 2000, n. 397, che ha inserito nel c.p.p. l'art. 327-*bis*).

Altre radici si sono prima seccate, poi sorprendentemente rinverdite: nel nostro sistema accusatorio – nell'ottica moderna tanto apprezzato, in quanto reputato garanzia di bilanciamento tra potere punitivo e posizione del cittadino⁶⁵ – la parità tra accusa e difesa purtroppo si è incrinata, in favore dell'accusa, proprio come si lamentava nell'antica Roma, con il tramonto della separazione delle fasi per l'irruzione nel dibattimento, con forza probatoria, degli atti di indagine del pubblico ministero, con conseguente costrizione

⁶¹ *Dei delitti e delle pene* XXI.

⁶² C. BECCARIA, *Brevi riflessioni intorno al Codice generale sopra i delitti e le pene per ciò che riguarda i delitti politici*, manoscritto pubblicato da C. CANTÙ, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze, 1862, 345 ss.; cfr. il commento di A. CAVANNA, *La codificazione*, cit., 53.

⁶³ S. VINCIGUERRA, *Deontologia e investigazioni difensive*, in AA.VV., *Etica e deontologia giudiziaria*, a cura di G. VISINTINI-S. MAROTTA, Napoli, 2003, 185 ss.

⁶⁴ Dettagli in V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, 4^a ed., Napoli, 1997, 82 s.; P. CERAMI, *'Aequum iudicium'*, cit., 10, con altre fonti.

⁶⁵ Così V. GIUFFRÈ, *La repressione*, cit., 93.