



Honos alit artes

Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri

L'ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA
Giuristi e istituzioni tra Europa e America

a cura di

Paola Maffei e Gian Maria Varanini



Reti Medievali E-Book

19/IV

Honos alit artes

**Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri**

**L'ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA
Giuristi e istituzioni tra Europa e America**

**a cura di
Paola Maffei e Gian Maria Varanini**

**Firenze University Press
2014**

I repertori ottocenteschi di *merkwürdige Strafrechtsfälle* Mittermaier e il «valore della conoscenza della prassi giudiziaria»

di Paolo Rondini

Nel 1849 fu pubblicata a cura del celebre criminalista tedesco Mittermaier una nuova edizione del repertorio di «interessanti casi criminali» compilato circa quarant'anni prima da Feuerbach con il titolo di *Merkwürdige Criminal-Rechtsfälle*¹. Questa ristampa della raccolta di processi selezionati all'inizio dell'Ottocento dal padre della moderna penalistica tedesca si apriva con una corposa *Introduzione*, dove si enunciavano le ragioni per cui intorno alla metà del secolo era ancora di grande utilità per i legislatori e i tecnici del diritto apprendere dall'attenta lettura di simili autorevoli compendi giurisprudenziali quali problemi potessero sorgere nel dare applicazione pratica ai precetti normativi².

Verso la fine degli anni Quaranta in quasi tutti i regni e principati tedeschi la legislazione statutale certificata in codici di diritto penale, sostanziale e processuale, era ormai considerata la principale e pressoché esaustiva fonte del diritto concernente la repressione dei reati. E come rilevato dall'allora Ministro prussiano per le riforme legislative, Friedrich von Savigny, non si poteva più prescindere dal procedere nell'interesse della sicurezza pubblica e privata a un'operazione di sistematica riforma e codificazione della normativa relativa agli illeciti penali³.

In tale contesto, rilevava Mittermaier, agli organi preposti alla stesura delle nuove regole enuncianti l'individuazione delle fattispecie sanzionabili e le modalità con cui procedere a una loro pronta e efficace repressione si raccomandava di aspirare a conseguire la «saggezza della legislazione penale»⁴. Il dettato normativo doveva essere così sapientemente formulato da non risultare troppo minuzioso

¹ La prima versione in due volumi dei *Merkwürdige Criminal-Rechtsfälle* di Paul Johann Anselm Feuerbach era stata stampata a Giessen dall'editore Müller fra il 1808 e il 1811. La «terza immutata edizione» (Frankfurt am Main 1849) vide, invece, la luce con il diverso titolo di *Aktenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrechen* e con la precisa indicazione dell'inedita presenza di una *Einleitung* realizzata per l'occasione da Mittermaier.

² C.J.A. Mittermaier, *Einleitung*, in Feuerbach, *Aktenmäßige Darstellung* cit., pp. 1-47, in particolare p. 1.

³ W.-Ch. von Arnswaldt, *Savigny als Strafrechtspraktiker*, Baden-Baden 2003, pp. 92-98.

⁴ Mittermaier, *Einleitung* cit., p. 1.

so e vincolante, per non costringere i giudici a lasciare impunte determinate condotte – di per sé riprovevoli e qualificate *ex lege* come reati – a causa della mancanza nel singolo caso di specie di tutti i dettagliati requisiti predeterminati dal legislatore. Né si poteva, d'altro canto, compiere l'errore contrario di ricorrere a espressioni e definizioni tanto generiche da consentire agli organi giudicanti di decidere discrezionalmente se retribuire o meno comportamenti ritenuti di fatto irreprensibili sia dalla «coscienza giuridica» del popolo che secondo le più generali «esigenze di giustizia»⁵. Anche sotto il profilo delle pene irrogabili andava sapientemente perseguito l'ideale di un pieno accordo con la parte più «benintenzionata» e «assennata» della società civile, optando per la comminazione di misure punitive che tenessero conto in modo appropriato della reale entità del danno arrecato dal reo e della sua effettiva responsabilità nel procurarlo⁶.

Nel cercare di conseguire obiettivi di tale portata il savio legislatore era, peraltro, destinato a scontrarsi con le mille difficoltà di riuscire a soppesare *ex ante* tutti i verosimili moventi e oggetti di un atto illecito, le multiformi varianti in cui esso avrebbe potuto manifestarsi, la mutevole entità dei suoi effetti lesivi e la giusta rilevanza da attribuire a tali fattori nel determinare la natura di un'adeguata risposta retributiva. A fronte dell'impossibilità di contemplare con la massima completezza in una norma generale e astratta la «copiosità delle combinazioni» e le «più minute circostanze secondarie», era dunque inevitabile che le leggi penali fossero talvolta avvertite dai cittadini come delle imposizioni troppo aspre, calate dall'alto e spesso in contrasto con la «morale del popolo» e la realtà della vita quotidiana⁷.

Di qui il vantaggio per gli estensori delle regole legali e per tutti i pratici del diritto di apprendere tramite lo studio dei casi analizzati nei repertori giurisprudenziali fino a che punto gli uomini fossero disposti a spingersi per conseguire i propri interessi e quali fossero le cause più svariate e recondite del loro agire (se indotti a delinquere da un precipitoso impeto o dopo una meditata deliberazione, per la prima volta o in via di recidiva, ecc.)⁸.

Nell'appurare, poi, come i magistrati avessero affrontato le problematiche connesse alla difficoltà di declinare nel quotidiano i nuovi assetti legislativi e di individuare sul campo i criteri ermeneutici di cui servirsi nel vivificare le astratte previsioni normative, era altresì possibile verificare se e in che modo le scelte di politica criminale dirette a reprimere determinate condotte avessero prodotto gli effetti sperati o dato adito, paradossalmente, all'insorgere di nuovi fenomeni di devianza (in cui avrebbero potuto indulgere, ad esempio, le persone sottopo-

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ A titolo esemplificativo Mittermaier adduceva il caso delle prescrizioni relative all'imputabilità e alle cause escludenti la capacità di intendere e di volere. Il legislatore si trovava, infatti, alle prese con la difficoltà sia di definire il concetto di «libertà della volontà» sia di riuscire a immedesimarsi nei soggetti agenti e individuare le circostanze che avrebbero potuto influenzare l'assunzione di una decisione diretta a infrangere la legge in modo intenzionale e consapevole. Mittermaier, *Einleitung* cit., pp. 1-2 e 4.

⁸ *Ibidem*, pp. 3-4.

⁹ *Ibidem*.

ste alla misura della vigilanza di polizia per la difficoltà di trovare un onesto mezzo di sussistenza)⁹.

Esulando, invece, dal profilo del diritto sostanziale, un'attenta disamina dei processi selezionati e compendati in tali raccolte avrebbe consentito di rilevare come anche le più meditate prescrizioni concernenti lo svolgimento dei giudizi criminali potessero rivelarsi a volte fonti di abusi e ingiustizie (tipico in proposito il caso di un'applicazione troppo disinvolta delle disposizioni relative agli arresti cautelari o alle pene comminabili contro i testimoni mendaci, renitenti e disobbedienti), se non addirittura obbligare i giudici ad assumere decisioni conformi alla legge sul piano formale eppure potenzialmente contrarie all'interesse della giustizia (allorché, per esempio, in assenza di prove dotate dei requisiti minimi legali non si fosse potuto condannare l'autore di un reato)¹⁰.

Agli occhi di Mittermaier i *merkwürdige Straffälle* selezionati e delucidati da Feuerbach presentavano, poi, un ulteriore e importante pregio. Quest'ultimo aveva svolto un ruolo di primo piano nella codificazione del diritto penale bavarese senza aver mai fatto parte dei ranghi della magistratura né tanto meno acquisito l'esperienza frutto di una lunga frequentazione delle aule giudiziarie. Eppure, pur essendo un teorico abituato ad astrarre e generalizzare, e di conseguenza ad accordare la propria preferenza a una formulazione delle norme espressione di principi scientifici e dottrinali anziché enunciazione di sintetici precetti, Feuerbach era sempre stato ben consapevole dei tanti problemi che potevano insorgere in sede di applicazione dei testi di legge. La sua antologia di «interessanti casi criminali» forniva, per l'appunto, la dimostrazione di quanto egli considerasse essenziale l'instaurarsi di un rapporto di reciproco *feedback* fra le enunciazioni formulate dalla scienza giuridica, le scelte pianificate dal legislatore e le osservazioni provenienti dal mondo della prassi in merito alle criticità emerse nell'interpretare e rendere effettivo il dettato legale¹¹.

Mentre nella Mitteleuropa dei primi decenni del XIX secolo procedeva lenta ma inesorabile la transizione dall'antico sistema di amministrazione della giustizia penale – basato sul particolarismo normativo e sulle prassi inquisitorie del tardo *ius commune* – al nuovo regime incentrato sulla codificazione di regole uniformemente valide, Feuerbach e molti altri giuristi avevano avvertito quanto fosse diffuso in una fase di passaggio così tormentata il bisogno dei professionisti del foro di disporre di strumenti adatti a comprendere e applicare il rinnovato quadro normativo¹². In presenza di mutamenti tanto radicali i repertori giuri-

¹⁰ *Ibidem*, pp. 4-5.

¹¹ *Ibidem*, pp. 6-7.

¹² Valutazioni di tenore analogo alle considerazioni stilate da Mittermaier in merito ai molteplici vantaggi conseguibili tramite la consultazione di simili raccolte di giudicati si possono rinvenire anche nelle riflessioni esposte dagli autori di altre collezioni pubblicate in diversi *Länder*. È questo il caso delle opere edite fra il 1814 e il 1854 da giuristi come: L. Pfister, *Merkwürdige Criminalfälle*, Heidelberg 1814, pp. V-VII; C.A. Tittmann, *Vorträge und Urtheile über merkwürdige Straffälle aus Akten*, Leipzig 1815, pp. VII-VIII; W. von der Nahmer, *Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des herzoglich Nassauischen Oberappellations-Gerichts zu Wiesbaden*, Frankfurt 1824, pp. V-X, 6-38; J.B. Sartorius, *Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle Bayerns*, Erlangen 1830-1831, I, pp. V-VI; J. Scholz, *Merkwürdige Strafrechtsfälle aus mehreren*

sprudenziali realizzati da autori di chiara scienza, ingegno creativo e comprovata competenza – compulsando le *merkwürdiger* sentenze emesse da corti particolarmente autorevoli – potevano assolvere all'importante funzione di evidenziare a un vasto pubblico gli aspetti più peculiari e critici delle nuove disposizioni promulgate in quegli stati tedeschi (come la Prussia, la Baviera, l'Oldenburg) dove all'inizio dell'Ottocento si era iniziato a codificare il diritto penale¹³.

Gli estensori di tali prodotti della letteratura giuridica erano concordi nel ritenere che questo genere di opere servisse ad alimentare in una sorta di circolo virtuoso lo scambio di preziose informazioni fra teorici e pratici del diritto. In linea di principio gli organi legislativi dovevano sempre prefiggersi di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza generale dello Stato, nonché la vita, l'onore, la libertà e i beni delle persone. Ma nel momento di compiere le scelte chiave di politica criminale non si poteva certo ricorrere solo alle astratte elucubrazioni della scienza. Al contrario, per assumere decisioni dalle ricadute così significative (quanti sacrifici imporre ai cittadini? quali condotte sanzionare? che tipo di pene irrogare? ecc.) si dovevano tenere in debito conto le esigenze concrete e perennemente cangianti della collettività e dei singoli individui, di modo che fossero la «vita e l'esperienza a guidare la teoria e la scienza» e non il contrario¹⁴.

Era allora fondamentale per il legislatore apprendere dagli esempi offerti dai casi già dibattuti nelle aule giudiziarie le più disparate e utili informazioni concernenti la fenomenologia criminale (come, ad esempio, quali fossero le manifeste e le recondite motivazioni di un dato reato, le diverse modalità con cui porlo in essere, le possibili conseguenze scaturenti dalla sua perpetrazione) nonché le modalità operative seguite dalla magistratura nello scoprire e punire i crimini commessi o tentati, onde poter migliorare le leggi vigenti emendandole da lacune e difetti¹⁵. Allo stesso tempo, i giudici potevano apprendere come meglio agire

Ländern Deutschlands, Braunschweig 1840, pp. I-VI; J.D.H. Temme, *Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands*, Erlangen 1854, pp. 1-9.

¹³ Nel regno di Prussia era stata promulgata nel 1805 la prima parte dell'*Allgemeines Criminalrecht für die Preußischen Staaten*, un corpus normativo che nelle intenzioni del governo avrebbe dovuto constare, oltre che di una sezione iniziale dedicata alla nuova disciplina dei processi (intitolata *Allgemeine Criminal-Ordnung*), di una seconda parte relativa al diritto penale sostanziale (che in realtà non fu mai realizzata). Nel Regno di Baviera, invece, vide la luce nel 1813 un codice – lo *Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern* – che aveva ad oggetto non solo la determinazione delle condotte illecite e delle pene comminabili (*Erster Theil, Ueber Verbrechen und Vergehen*, art. 1-459) ma anche la descrizione delle forme con cui celebrare i giudizi criminali (*Zweiter Theil, Von dem Prozeß in Strafsachen*, art. 1-482). L'anno successivo entrò in vigore il codice del granducato d'Oldenburg, lo *Strafgesetzbuch für die Herzoglich-Oldenburgischen Lande von 1814*, che essendo redatto in gran parte sulla falsariga di quello bavarese contemplava in un'unica sede tutte le norme di diritto sostanziale (*Erster Theil, Über Verbrechen und Vergehen*, art. 1-488) e processuale (*Zweiter Theil, Von dem Prozeß in Strafsachen*, art. 489-963).

¹⁴ Scholz, *Merkwürdige Strafrechtsfälle* cit., pp. II-IV. Un'analoga apologia degli influssi benefici che un approfondito studio del diritto in atto avrebbe potuto avere nello stimolare i progressi della scienza giuridica, nel palesare i vizi delle norme in vigore e nel preservare i cittadini dall'incorrere nei danni arrecati da una legislazione «poco meditata, troppo rigida e freddamente teorica», si trova anche in Sartorius, *Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle* cit., I, p. VI.

¹⁵ In questo senso si vedano le osservazioni di: Nahmer, *Sammlung der merkwürdigeren*

nell'interesse della giustizia e condurre un'istruttoria o un processo privi di errori, operando con perizia e sagacia, senza le rigidità di preconcetti o pregiudizi, ed esaminando ogni circostanza e sfumatura delle diverse situazioni, così da assicurare a tutte le parti coinvolte in giudizio i benefici scaturenti da un'applicazione del diritto caratterizzata da certezza, equità e uniformità di trattamento¹⁶. I semplici cittadini, dal canto loro, avevano la possibilità di formarsi, tramite la lettura dei resoconti processuali, una visione più diretta e meno stereotipata delle modalità di funzionamento dell'ordinamento giudiziario, maturando al contempo una fiducia più salda nella legge e nell'operato degli organi giudicanti¹⁷.

Laddove poi prevalse fin verso gli anni Quaranta del secolo la volontà di non ripudiare radicalmente la plurisecolare tradizione del *gemeines deutsches Strafrecht*, queste raccolte di rilevanti casi criminali svolsero non solo l'importante funzione di illustrare al potere legislativo e ai giuristi gli eventuali errori commessi in sede di stesura delle leggi e/o i problemi sorti nel dare loro concreta applicazione, ma continuarono altresì a essere impiegate alla stregua di cave di materiali giurisprudenziali cui i magistrati potevano proficuamente attingere nell'esercitare il loro *arbitrium* giudiziale e nel confezionare le loro deliberazioni¹⁸.

Peraltro, anche in quegli Stati che avevano abbracciato il nuovo "credo" del diritto codificato, senza per questo rinnegare del tutto gli istituti e i principi tipici del diritto comune bensì trasfondendoli in gran parte nelle nuove norme dal valore generale e uniforme, non venne mai meno la prassi di consultare i repertori giurisprudenziali di vecchia e più recente compilazione.

Si poneva, infatti, il dilemma di come far fronte alle imprecisioni in cui poteva essere incorso un legislatore troppo impaziente di dettare prescrizioni poi rivelatesi affette da un grado eccessivo di astrazione teorica nonché oltremodo categoriche e inesorabili nel loro dettato. E per sciogliere i nodi posti da tante questioni cruciali (come quelle dell'imputabilità e della capacità di intendere e di volere, della rilevanza dello stato di necessità e della legittima difesa, dell'errore

Entscheidungen cit., pp. V-VII, 6-10, 32-33; Scholz, *Merkwürdige Strafrechtsfälle* cit., pp. II-V; Temme, *Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen* cit., pp. 7-9.

¹⁶ Sul punto concordano: Pfister, *Merkwürdige Criminalfälle* cit., pp. V-VII; Tittmann, *Vorträge und Urtheile über merkwürdige Straffälle* cit., pp. VII-VIII; Nahmer, *Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen* cit., pp. V-VII, 10-13, 21-22, 32-33; Sartorius, *Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle* cit., I, p. VI; Scholz, *Merkwürdige Strafrechtsfälle* cit., pp. V-VI; Temme, *Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen* cit., p. 9.

¹⁷ Nahmer, *Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen* cit., pp. VI-VII, 22-24, 32-33.

¹⁸ In proposito si veda quanto riferito da: Nahmer, *Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen* cit., pp. IX-X, 13-21; Scholz, *Merkwürdige Strafrechtsfälle* cit., p. I; Temme, *Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen* cit., pp. 2-5, 8. Fra gli Stati tedeschi dove nella prima metà dell'Ottocento e in attesa della promulgazione dei codici si continuò a fare ricorso – con riferimento alla descrizione dei singoli reati perseguibili e alle modalità della loro repressione – alle fonti del sistema del tardo diritto comune e ad una complessa congerie di norme speciali si possono enumerare i regni di Sassonia, Hannover e Württemberg, i granducati del Baden, Mecklenburg e Assia-Darmstadt, i ducati di Sassonia-Altenburg e Braunschweig, il principato d'Assia-Kassel (H.A. Zachariä, *Handbuch des deutschen Strafprocesses*, Göttingen 1861, pp. 8-11, 14-15, 19-23; A.F. Berner, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart*, Leipzig 1867, pp. 93-96, 108-117, 135-143, 157-160, 172-181, 197-201).

di fatto e di diritto, del dolo e della colpa, del tentativo, della correatità e del concorso di reati), un prezioso ausilio poteva venire proprio dal consultare queste particolari selezioni di giudicati, estrapolando da essi lo «spirito della scienza, dell'umanità, del vero diritto» conforme alla «coscienza giuridica diffusa nel popolo tedesco»¹⁹. Ad di là delle affermazioni di principio in merito alla completezza e auto-sufficienza di un sistema legale costruito con la scrupolosa emanazione di statuizioni così rigide, da più parti si evidenziava che lo studio della prassi poteva soccorrere gli organi giudicanti fornendo preziose indicazioni su come rendere «vivo» il diritto e valutare i casi concreti rimessi alla loro attenzione con una personale ma al contempo oggettiva ed equa valutazione dei fatti e delle prove emersi in giudizio²⁰.

Una concreta dimostrazione di come a metà Ottocento fosse ancora possibile avvalersi con profitto delle fatiche compiute da quei giuristi, che nei primi decenni del secolo avevano vagliato e commentato i processi più interessanti celebrati nelle aule giudiziarie teutoniche, la forniva per l'appunto Mittermaier nella sua *Introduzione* alla nuova ristampa dei *Merkwürdige Criminal-Rechtsfälle* di Feuerbach.

Lo studio di tali casi criminali forniva una larga messe di esempi pratici e argomenti teorici utili a essere impiegati nelle dispute che animavano la penalistica tedesca in merito alle riforme di stampo liberale da apportare al diritto vigente nei diversi ordinamenti giuridici della Germania (alcuni di matrice codicistica, altri ancora caratterizzati dall'esistenza di molteplici fonti normative di diversa natura e concorrenti fra loro). A questo proposito Mittermaier segnalava come meritevoli di particolare attenzione le considerazioni che si potevano trarre dall'analisi di quei processi selezionati da Feuerbach in cui emergevano le problematiche concernenti alcuni specifici istituti quali la grazia, le prove legali, l'imputabilità e le cause della sua esclusione.

In merito al primo di questi temi si era soliti ravvisare la *ratio* della prerogativa sovrana di condonare le pene nello specifico intento di mitigare le asprezze del dettato normativo enunciante le sanzioni comminabili, riducendo in particolare l'entità afflittiva delle misure irrogabili in relazione alle condotte illecite meno gravi. L'istituto della grazia era concepito come uno strumento atto ad assecondare le istanze di maggiore equità nel dispensare la giustizia e a rimediare alla soverchia durezza della legge, che poteva manifestarsi nei singoli casi di specie per effetto della mancata previsione di determinate cause attenuanti o per l'esistenza di una manifesta sproporzione fra il reato perpetrato e il castigo inferto²¹.

Anche laddove la più ponderata e previdente legislazione avesse contemplato tutte le circostanze idonee a giustificare una riduzione della pena e concesso ai giudici di operare con ampi margini di discrezionalità nell'attenuare le conse-

¹⁹ Temme, *Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen* cit., pp. 2-4.

²⁰ *Ibidem*, pp. 4-9.

²¹ Mittermaier, *Einleitung* cit., p. 7.

guenze negative a danno dei rei, il sopraggiungere del perdono elargito dal capo dello stato continuava a svolgere un'importante duplice funzione: supplire all'eccessiva severità delle punizioni comunque comminate e premiare i condannati che avessero dato prova di effettivo pentimento²².

Dall'esposizione feuerbachiana risultava, peraltro, che gli organi giudicanti – chiamati ad applicare la legge rispettandone la *ratio* – dichiaravano spesso di essere costretti a infliggere pene da essi ritenute troppo dure e non adeguate al tipo di illecito effettivamente consumato, di modo che al colpevole non restava poi che supplicare l'intervento riparatore del sovrano. E ciò non poteva che destare una grande impressione nel popolo²³.

La prassi attestava, inoltre, come talvolta fra i membri di una corte o fra tribunali di diversa istanza vi potessero essere opinioni discordanti circa l'esistenza dei presupposti atti a consentire di presentare una domanda di grazia. I condannati, dal canto loro, potevano essere indotti da motivi di orgoglio, fermezza o disperazione a non implorare alcun condono, subendo così le conseguenze di una *damnatio* eccessivamente dura e sproporzionata nel rapporto colpa-retribuzione solo perché il legislatore non aveva preso in adeguata considerazione tutti i possibili fattori attenuanti o consentito ai magistrati di modulare la risposta dell'ordinamento giuridico in relazione alla perpetrazione di uno specifico reato²⁴.

Secondo Mittermaier le autorità esercenti il potere normativo dovevano, dunque, fare tesoro delle considerazioni dedotte dall'osservazione della realtà e prendere atto della necessità di lasciare ai giudici una più ampia libertà nel valutare le peculiarità dei singoli casi rimessi alla loro attenzione. Solo in tal modo sarebbe stato possibile irrogare sanzioni più consone alla reale natura e gravità dei crimini commessi, senza portare i condannati a impetrare l'intercessione del monarca per ottenere quel trattamento equo e giusto che era loro diritto pretendere dallo Stato²⁵.

In caso contrario, l'istituto della grazia avrebbe continuato a essere impropriamente considerato lo strumento principe con cui rimediare ai difetti della legislazione e agli errori commessi dai giudici, alimentando così tanto nelle parti di un processo che nell'opinione pubblica la sfiducia nell'amministrazione della giustizia. Gli imputati puniti troppo severamente e in seguito graziati erano, infatti, indotti a disprezzare le leggi e la magistratura, da essi ritenute responsabili delle sofferenze patite prima del sopraggiungere del provvedimento di remissione della pena²⁶. Ma una profonda diffidenza nell'efficacia deterrente delle norme penali e delle sanzioni da esse comminate era altresì destinata a diffondersi in seno alla società civile, qualora agli autori di condotte di pari o analoga gravità fosse riservata un'irragionevole disparità di trattamento per effetto della

²² *Ibidem*, p. 8.

²³ *Ibidem*, p. 10.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, pp. 10-11.

²⁶ *Ibidem*, pp. 11-12.

concessione della grazia solo ad alcuni di essi. Una valutazione negativa indotta pure dall'ulteriore constatazione che ai colpevoli che avessero sempre negato ogni addebito senza mai confessare alcunché – magari evitando in tal modo il capestro – poteva essere condonata una parte della punizione inferta, mentre i rei confessi correvano il serio pericolo di essere inviati al patibolo²⁷.

Come già rilevato, i dati emergenti dall'analitica ricostruzione delle vicende processuali condotta da Feuerbach offrivano l'occasione per fare il punto anche su un altro tema molto controverso e dibattuto dalla penalistica europea ottocentesca: la forza legale dei riscontri probatori acquisiti in un giudizio celebrato con le forme del rito inquisitorio.

A metà Ottocento nella maggior parte degli stati tedeschi si era ormai preso atto dell'impossibilità di continuare a fare affidamento su una sistematica delle prove di natura vincolante per i giudici, delineata cioè per mezzo di prescrizioni che indicassero in modo esaustivo sia tutti i requisiti richiesti per l'impiego dei mezzi probanti ammessi dalla legge che il loro specifico valore ai fini della pronuncia di una sentenza²⁸.

Per questo motivo nel Baden e nel Württemberg era stata adottata una variante di tipo "negativo" della vecchia *Theorie der Beweise* del diritto comune. L'esistenza di prove pienamente conformi alle caratteristiche enunciate in via normativa era una condizione necessaria ma non sufficiente per disporre la condanna degli imputati, poiché pur in presenza di tali *minimae probationes* deponenti a loro carico era comunque possibile ai magistrati addurre la voce contraria della loro coscienza per rifiutarsi di deliberare in senso sfavorevole agli accusati²⁹. Altrove invece, come in Prussia, sulla scorta di un attento studio della prassi attestante l'estrema difficoltà di contemplare *ex lege* ed *ex ante* tutte le possibili combinazioni di prove che potevano presentarsi nella realtà, nonché di prevenire gli svariati inconvenienti che un simile approccio comportava, si era scelto di attribuire a organi collegiali composti esclusivamente da togati il potere di sentenziare sulla base di un libero convincimento ragionato e motivato, ossia maturato sulla base dei soli elementi emersi nel corso del giudizio e senza scaturire da un'impressione generale o da un indeterminato senso del vero³⁰.

A giudizio di Mittermaier, peraltro, il favore sempre più ampio riscosso dalle giurie popolari – specialmente sull'onda degli eventi della primavera rivoluzionaria del 1848 – consigliava di formulare dei principi simili alle «rules of evidence» del diritto inglese, vale a dire delle indicazioni autorevoli ma non vincolanti deducibili per mezzo della ragione e della logica dai «precetti della religione, dalla filosofia della natura, dalle verità della storia e dalle esperienze della vita comune»³¹. Gli sforzi del legislatore di dettare delle regole di prova – positive o negative che fossero – valevoli per tutti i casi erano inevitabilmente destinati a

²⁷ *Ibidem*, pp. 13-17.

²⁸ *Ibidem*, pp. 17-18.

²⁹ *Ibidem*, p. 18.

³⁰ *Ibidem*, pp. 18-19.

³¹ *Ibidem*, p. 19.

fallire, vista l'impossibilità di contemplare ogni minima circostanza in senso generale e astratto. Prescrizioni siffatte potevano altresì rivelarsi controindicate, dando adito a sentenze formalmente ineccepibili ma ingiuste agli occhi dell'opinione pubblica. Basti pensare all'impunità goduta dai colpevoli contro cui non deponessero riscontri pienamente conformi ai canoni legali, oppure al fatto che la decisione finale in merito all'effettiva esistenza di tutti i requisiti richiesti e su come bilanciare fra loro le diverse prove contrastanti era comunque rimessa alla personale valutazione degli organi giudicanti³².

Ebbene, la dimostrazione di quanto fossero inadeguati, controproducenti, privi di fondamenta logiche e razionali i tentativi di imporre il rispetto di una qualsivoglia sistematica delle prove la offriva proprio lo studio dei casi criminali selezionati da Feuerbach.

Dalla disamina di alcuni di questi processi emergeva, ad esempio, in modo evidente come la puntigliosa osservanza di tutte le singole statuizioni relative alle modalità con cui accertare l'avvenuta consumazione di un reato finisse spesso per impedire ai giudici di condannare un imputato da essi ritenuto colpevole. Se quindi la lodevole e comprensibile *ratio* di tali disposizioni era quella di evitare la pronuncia di decisioni basate sulla sola certezza morale e su valutazioni troppo avventate, precipitose o prevenute, ciononostante l'esperienza insegnava che in questo modo si erano spesso imposti dei limiti troppo stringenti all'operato delle corti, con il risultato di assicurare l'impunità a un gran numero di malfattori e di mettere a repentaglio la sicurezza pubblica e privata. Norme così inappropriate e inadeguate potevano persino impedire di dispensare la giustizia secondo il comune buon senso e le attese della società civile, come nel caso in cui si fosse deliberato di non perseguire un reo confessore di omicidio in virtù dell'assenza di un cadavere o di non procedere a carico di chi avesse ammesso di aver sottratto delle somme di denaro a persone che non ne avessero mai denunciato il furto³³.

La stessa rilevanza di primo piano tradizionalmente attribuita alla confessione nei sistemi processuali inquisitori era alquanto discutibile. Anziché palesarsi come lo spontaneo «prodotto della voce della coscienza e della libera volontà», la cosiddetta *regina probationum* poteva assumere i contorni di una deposizione auto-accusatoria estorta a imputati impauriti e ignari delle conseguenze delle loro parole da giudici troppo irruenti e disinvolti nell'esercitare l'arte di interrogare. Né era da escludersi l'eventualità che l'ammissione di colpevolezza fosse il frutto di freddi calcoli di convenienza dettati dall'attesa di ottenere un qualche vantaggio per lo più ignoti agli inquirenti³⁴. E vi era comunque il rischio che in assenza di uno degli svariati *standard* legali i magistrati fossero costretti a non procedere, disattendendo le aspettative dell'opinione pubblica (come quando dalla precedente condotta di vita del confitente non risultasse verosimi-

³² *Ibidem*, pp. 19-21.

³³ *Ibidem*, pp. 24-27.

³⁴ *Ibidem*, pp. 27-29.

le che egli potesse aver effettivamente commesso il crimine di cui si dichiarava responsabile)³⁵.

Un ulteriore argomento sollevato contro il ricorso a una ferrea maglia di canoni legali in tema di prove concerneva l'opportunità di continuare a distinguere queste ultime in "naturali" e "artificiali" (o indiziarie) sotto il profilo della loro forza e credibilità, impedendo così ai giudici di comminare sulla base di un semplice concorso di indizi la pena capitale o addirittura le sanzioni ordinarie. Ebbene, anche a tale proposito si rivelava assai utile prendere in considerazione quanto attestato dalla prassi.

L'esperienza dimostrava che erano le stesse premesse su cui si basava una simile classificazione a essere errate, poiché tale distinzione era il frutto di una concezione arbitraria e contraria alla vera natura del processo di ricerca della verità. Anche in quei casi, infatti, in cui si deliberava sulla base di confessioni e testimonianze, le decisioni giudiziali erano spesso il frutto di una catena di deduzioni e di presunzioni forgiata per mezzo di una valutazione soggettiva di una complessa serie di circostanze³⁶. Le condanne disposte adducendo l'esistenza di sufficienti deposizioni potevano fondarsi, ad esempio, sulle dichiarazioni di persone che non avevano assistito integralmente al dispiegarsi della condotta illecita e dei suoi effetti, mentre l'attendibilità di tali testimoni dipendeva di volta in volta dall'accertata esistenza di un complesso di requisiti minimi (come la loro irreprensibilità o la concordanza delle loro affermazioni).

D'altra parte, era il popolo stesso con il suo «comune buon senso» a chiedersi perché mai il legislatore avesse considerato ammissibile in giudizio una prova verso cui non si nutriva piena fiducia. Per quale ragione si consentiva di proclamare colpevole di omicidio una persona sulla base di indizi che non si ritenevano poi sufficienti per infliggere qualsiasi tipo di pena? O tale categoria di riscontri era del tutto inadatta a giustificare l'irrogazione di ogni specie di misura punitiva, oppure li si doveva equiparare *in toto* agli altri strumenti probatori la cui esistenza autorizzava a decretare anche la morte dell'imputato³⁷.

Una terza questione assai problematica su cui le informazioni estrapolabili dai processi esaminati da Feuerbach offrivano interessanti ragguagli era, infine, la possibilità di riuscire a enunciare sul piano normativo i principi fondamentali relativi all'imputabilità e alle cause del suo venir meno³⁸.

Mittermaier adduceva a titolo esemplificativo il caso del codice bavarese del 1813, dove a suo dire si era inutilmente cercato di enumerare in via tassativa le varie tipologie di situazioni escludenti la capacità di intendere e di volere. Troppo ampie erano, infatti, le divergenze di opinioni esistenti fra giuristi, medici e altri periti conoscitori dell'animo umano in merito al concetto stesso di non-imputabilità e alla difficoltà di prevedere e qualificare *ex ante* le specifiche ragioni del suo sopraggiungere. Ciò portava spesso i giudici a condannare un accusato senza

³⁵ *Ibidem*, pp. 29-31.

³⁶ *Ibidem*, pp. 22-24, 31-32.

³⁷ *Ibidem*, pp. 32-33.

³⁸ *Ibidem*, pp. 33-34.

poter valutare le singole circostanze del caso concreto né rilevare l'eventuale assenza da parte dell'imputato di una piena comprensione del significato delle proprie azioni e/o di una consapevole volontà di perseguire il dispiegarsi dei loro effetti³⁹.

Meglio sarebbe stato formulare in termini chiari e semplici quando il soggetto agente fosse pienamente imputabile in quanto libero di disporre della proprie «facoltà essenziali»⁴⁰. Dopodiché bisognava limitarsi a tratteggiare in modo sommario e facilmente comprensibile anche a persone non aduse a valutare le ragioni dell'operato umano in che situazioni e sotto l'effetto di che tipo di impulsi tale libertà potesse venire meno, rifuggendo però dall'elencare – anche solo in modo esemplificativo – quali forme potessero assumere nella realtà fattori come l'insanità mentale o lo stato di necessità, per non porre vincoli eccessivi a un'adeguata valutazione delle specificità del singolo caso concreto⁴¹.

A tale proposito Mittermaier metteva in guardia dal non confondere i vari stati patologici che potevano affliggere la mente umana con il semplice turbamento d'animo in cui si veniva a trovare il soggetto agente nel momento di commettere il reato. La prassi attestava come fosse naturale per il reo addurre a propria giustificazione il fatto di essere stato preda di violente passioni e sbalzi d'umore che lo avrebbero privato del raziocinio. Tuttavia, proprio dalla disamina delle carte processuali si poteva dedurre come nella maggior parte dei casi non si fosse in presenza di disturbi organici invalidanti riconducibili alla pazzia, quanto di transitori momenti di alterazione psicologica derivanti dallo scontro fra la voce della coscienza e l'impulso a delinquere tali da far confondere la ragione ma non da farla venir meno⁴².

Da ultimo, i casi presi in considerazione da Feuerbach testimoniavano come nel rito inquisitorio scritto e segreto la decisione presa dai magistrati – di loro iniziativa o su richiesta dell'accusato – di far valutare da degli esperti l'esistenza di eventuali cause di non imputabilità potesse sia rivelarsi un ostacolo a una rapida decisione del processo sia impedire ai giudici di valutare personalmente lo stato dell'imputato, dovendo essi per l'appunto fare affidamento sulle sole relazioni peritali. Nel sistema accusatorio pubblico e orale – invece – l'accusa, la difesa, il presidente della corte e i giurati potevano interrogare l'accusato e farsi un'idea diretta e immediata delle sue condizioni mentali, mentre i periti erano considerati a tutti gli effetti dei testimoni e come tali sottoposti a incalzanti domande volte a rilevare se fossero stati sufficientemente giudiziosi e cauti nell'adempiere al loro compito, se si fossero pronunciati in modo chiaro e comprensibile, se avessero cercato di influenzare l'esito del processo facendo sfoggio di termini specialistici⁴³.

³⁹ *Ibidem*, pp. 34-35.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 37.

⁴¹ *Ibidem*, p. 38-39.

⁴² *Ibidem*, p. 39-43.

⁴³ *Ibidem*, p. 43-44.

Da queste brevi note emerge il quadro di una scienza penalistica orientata a ritenere che l'enunciazione codicistica di principi astratti e categorie generali non dovesse avere il sopravvento su una puntuale disamina dei problemi posti dalla pratica quotidiana del diritto. L'osservazione della realtà avrebbe fornito spunti utili a correggere i difetti delle norme vigenti, contribuendo a prevenire gli inconvenienti che una società sempre più liberale e attenta a tutelare i diritti della persona non poteva tollerare ancora a lungo (come quelli imputabili al rito inquisitorio o alle prove legali).

Lo studio di queste cause “celebri” e “interessanti” era, peraltro, proficuo anche sotto ulteriori aspetti. La puntigliosa descrizione delle condotte criminogene e il loro inquadramento come l'esito di uno scontro fra opposte volontà e passioni dilananti l'animo umano poteva, ad esempio, fornire preziosi argomenti alle riflessioni di tecnici del diritto, medici legali e pedagoghi impegnati nel delineare i tratti caratteristici del fenotipo del delinquente. Allo stesso tempo, in un contesto socio-politico in cui l'opinione pubblica mostrava un vivo interesse per l'amministrazione della giustizia, pretendendo così di assumere un ruolo sempre più determinante nelle forme del suo esercizio, la conoscenza di queste particolari raccolte giurisprudenziali poteva anche assolvere allo scopo di diffondere una maggiore fiducia nello Stato, nonché a informare e orientare le coscienze di coloro che un giorno avrebbero potuto essere chiamati a decidere delle sorti dei loro concittadini (in qualità di giudici togati o giurati).