

LE IDEE DEGLI ALTRI

GABRIELE CIVELLO

**Recensione a Laura Solidoro (a cura di)
Regole e garanzie nel processo criminale romano
Torino, Giappichelli, 2016, pp. 190**

È tristemente nota la dura condanna pronunciata da Cesare Beccaria - nell'«*A chi legge*» della prima ristampa del celeberrimo *Dei delitti e delle pene* (1764) - contro il bimillenario *corpus* del diritto romano, giudizio sferzante che merita di essere letteralmente trascritto, in quanto non parafrasabile in modo altrettanto icastico: «*Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co' riti longobardi, ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi; ed è cosa funesta quanto comune al dì d'oggi che una opinione di Carpzovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio sieno le leggi a cui con sicurezza obbediscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini. Queste leggi, che sono uno scolo de' secoli i più barbari, sono esaminate in questo libro per quella parte che riguarda il sistema criminale, e i disordini di quelle si osa esporli a' direttori della pubblica felicità con uno stile che allontana il volgo non illuminato ed impaziente*».

Non è certo questa la sede per esaminare a fondo l'approccio degli illuministi nei confronti dell'antico diritto romano; ci siamo solo limitati a riportare qui brevemente la posizione del Beccaria, quale tesi di carattere esemplificativo e paradigmatico.

A fronte di ciò, la recente pubblicazione del volume collettaneo dal titolo *Regole e garanzie nel processo criminale romano* rappresenta una importante dimostrazione dell'errore di giudizio cui andò incontro l'ingeneroso Beccaria, con tutta probabilità sospinto da forze culturali e intellettuali che, alla sua epoca, apparivano invincibili e storicamente ineluttabili - il ripudio del principio di autorità; la critica pregiudiziale verso la tradizione e l'*Ancien régime*, e così via -, ma che oggi possono essere finalmente riesaminate con la serenità e la lucidità di uno sguardo grandangolare.

In particolare, l'opera recensita, curata da Laura Solidoro - ordinario di diritto romano dell'Università di Salerno - contiene una pregevole rassegna di approfondimenti tematici attinenti sì al processo criminale romano, ma dota-

ti, al contempo, di un ulteriore e più ampio respiro scientifico, che lambisce la storia e la filosofia del diritto, senza mancare di offrire interessanti spunti di riflessione anche riguardo al diritto moderno o contemporaneo.

Nelle note introduttive, dal titolo *Alle origini del garantismo*, la Curatrice solleva alcuni importanti interrogativi, attualissimi per il penalista contemporaneo: il fenomeno del ‘giudice-legislatore’ consente di ritenere ancora condivisibile il principio-cardine dello Stato moderno, cioè la divisione dei poteri? Nello specifico ambito del diritto penale, si prospetta tuttora valido il principio *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*, a fronte dell’innegabile, continuo fluire di un diritto penale giurisprudenziale e della comparsa del concetto di ‘legalità penale europea’? Tali interrogativi, ormai assillanti nell’esperienza giuridica contemporanea, si accompagnano a un terzo fenomeno messo in luce da Solidoro: il ritorno in auge dei principi, delle regole, dei criteri fondamentali caratterizzanti i diritti europei, o meglio la famiglia di *civil law*. Di qui il rinnovato interesse per lo studio delle origini storiche di regole e principi generali, che investe anche il campo specifico del diritto penale.

In un’epoca che vede sempre più fluidificarsi le fonti e i contorni del diritto positivo, risulta allora quanto mai impellente recuperare alcuni principi cardinali della nostra civiltà giuridica, i quali, anche grazie alle loro salde radici storiche, possano fare da argine alle pericolose derive contemporanee, e consentire il mantenimento di quelle garanzie fondamentali che già, *in nuce* e in parte, caratterizzavano lo stesso diritto criminale romano, come emerso in importanti opere licenziate da romanisti del calibro di Giovanni Pugliese, Bernardo Santalucia e Carlo Venturini.

Nel capitolo *L’accusa nel sistema processuale delle ‘quaestiones perpetuae’ tra funzione civica, dimensione premiale e disciplina sanzionatoria*, Donato Antonio Centola illustra alcune caratteristiche fondamentali dei giudizi tenuti dalle corti criminali permanenti: l’impossibilità di avviare il procedimento *ex officio* e in assenza di impulso “di parte” (c.d. *nominis delatio*); i vantaggi riconosciuti all’accusatore vittorioso (*praemia*), ma al contempo le gravi pene comminate ai falsi delatori per il delitto di calunnia (il marchio a fuoco della lettera ‘K’ sulla fronte del *calumniator*; l’infamia; la sottoposizione del reo alla stessa pena che sarebbe spettata all’imputato innocente; una serie di nuove pene previste nell’ambito della *cognitio extra ordinem*). La fondamentale cifra teorica sottesa allo scritto di Centola pare consistere nel mettere in luce come le garanzie tipiche del processo accusatorio, prima fra tutti la presenza

in giudizio di un soggetto od organo di impulso *differente* rispetto al giudice – quest’ultimo non già inquisitore, bensì *judex* terzo e imparziale –, siano storicamente ricollegate ad alcuni processi degenerativi che dovranno essere tenuti in massima considerazione da parte di quanti intendano oggi ristudiare i principi fondamentali del sistema accusatorio; ciò al fine di evitare che una garanzia per l’imputato si tramuti in una distorta forma di vessazione procedimentale a suo carico.

In *Regole di giudizio e garanzie dell’imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza*, Francesco Fasolino ripercorre con lucidità ed equilibrio le radici storiche dell’*in dubio pro reo*, all’indomani dell’adozione della *Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza* (dir. 2016/343/UE del 9 marzo 2016). L’Autore non tarda a mettere in luce le strette interrelazioni tra il principio in esame e le concezioni storicamente affermatesi in tema di prova: fu proprio quello delle c.d. “prove legali” il sistema probatorio che i giuristi medioevali, a partire dal XIII secolo, adottarono per scongiurare il pericolo che uno strapotere dei giudici si risolvesse in *arbitrium*. Viceversa, l’illuminismo vi reagì aspramente, criticando quei prontuari di regole processuali e probatorie che, si riteneva, ‘imbrigliavano’ il giudice fino a ridurlo ad una sorta di automa.

Ciò premesso, Fasolino mette in luce le antiche origini della presunzione di innocenza, la cui più risalente ipotesi applicativa è quella contenuta nell’orazione *Pro Roscio Amerino* di Cicerone, pronunciata nell’anno 80 a.C. È pur vero che, nel proprio discorso, l’Arpinate non menziona espressamente l’*in dubio pro reo*; tuttavia, egli ne dà un’interessante applicazione concreta, quale regola di giudizio consolidata. Solo nel II secolo d.C., come tramandatici da un passo ulpiano del *De officio Proconsulis*, l’imperatore Traiano avrebbe introdotto normativamente la presunzione di innocenza, emanando un rescritto il cui contenuto sarebbe poi stato cristallizzato dai giuristi giustinianeî in D. 48.19.5. Esiste, inoltre, un passo di Gaio in cui si afferma che *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt* (D. 50.17.56), cui fa da *pendant* un frammento paolino in materia penale: *In poenalibus causis benignius interpretandum est* (D. 50.17.155.2).

In epoca tardo-antica, l’*in dubio pro reo* sarebbe stato destinato ad un’ulteriore fioritura, anche per l’influenza del *favor miserorum* di ispirazione cristiana: uno splendido passo delle *Pauli Sententiae*, siccome tramandateci dalla *lex Romana Wisigothorum*, dimostra come i valori della *benignitas*, della *humanitas* e della *clementia* abbiano profondamente permeato il diritto

tardo-antico, così preparando ancor più la strada all'odierna presunzione di innocenza.

Il saggio si chiude con un riferimento all'onere della prova (cfr. D. 22.3.2: *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*), nonché ai limiti alla carcerazione preventiva tra l'epoca repubblicana, il Principato e il Dominato.

Nel capitolo *La responsabilità penale degli enti collettivi fra diritto romano e diritto moderno*, Pietro Paolo Onida traccia le radici storico-giuridiche del celebre principio *Societas delinquere non potest*. Alla luce dell'importanza che, dopo l'emanazione del D. Lgs. n. 231/2001, ha assunto la responsabilità delle persone giuridiche nell'ambito del nostro ordinamento, l'Autore esamina anzitutto la dottrina romanistica ottocentesca, evidenziando le contrapposte ragioni che condussero, all'epoca, i romanisti ad ammettere ovvero a ricusare una forma di responsabilità penale in capo all'ente.

A tal riguardo, si sottopone a vaglio critico la comune tesi, per la quale il diritto romano non avrebbe conosciuto la responsabilità degli enti collettivi; e ciò partendo, in primo luogo, dal passo del Digesto in cui Ulpiano si chiede se sia possibile esperire l'*actio doli* nei confronti dei *municipes* (D. 4.3.15): proprio tale frammento ulpiano mette in luce come, per i giuristi romani, il problema della responsabilità dell'ente transitasse, anzitutto, attraverso una disamina circa la "volontà" - unitaria o frammentata - dell'ente medesimo. Altro passo di Ulpiano ha ad oggetto la possibilità di convenire in giudizio i *municipes* a titolo di *actio quod metus causa*. In definitiva, l'Autore dimostra come il brocardo *societas delinquere non potest* sia stato coniato solo in epoca moderna, abbia subito un notevole sviluppo tra la fine del 1700 e i primi del 1800 e, soprattutto, non consenta filologicamente di retrodatare l'inesistenza di una responsabilità penale degli enti collettivi sino all'epoca romana.

Ne *Ai primordi del giudizio popolare: poena capitis e garanzie del civis nella prima età repubblicana*, Carlo Pelloso analizza le principali caratteristiche della *provocatio ad populum* nella prima fase della sua introduzione, evidenziando, nello spirito della complessiva opera collettanea qui recensita, il più profondo portato garantistico sotteso a tale istituto di natura processuale. La ricerca si avvia attraverso la disamina delle differenti ipotesi ricostruttive avanzate, sul tema, da parte della più autorevole dottrina romanistica (T. Mommsen, C.H. Brecht, A. Heuß, J. Bleicken, W. Kunkel, B. Santalucia, L. Garofalo, D. Mantovani ed E. Tassi Scandone).

Successivamente, a fronte delle varie tesi espresse dalla letteratura in materia, l'Autore sostiene che la *provocatio ad populum* nasca come rimedio idoneo a sospendere, su richiesta del cittadino, l'efficacia e l'esecutività di un provvedimento capitale, emanato dal console in conformità ed entro i limiti di una sfera di potere a lui attribuita e implicitamente riconosciuta anche dopo il passaggio dal *regnum* alla *res publica*. Nell'ambito di tali riflessioni, Pelloso rileva l'erroneità per eccesso della tesi che ascrive ai comizi, con riguardo a crimini capitali, una competenza giudiziale esclusiva sin dai primordi dell'età repubblicana, nonché l'erroneità per difetto della tesi che circoscrive il potere giudicante dei magistrati ai soli reati di indole non politica.

L'Autore osserva poi che, in età proto-repubblicana, la *provocatio* né si impone come il fondamento di ogni processo popolare, né è tesa a paralizzare esclusivamente atti di natura giudiziale del magistrato: da quest'ultimo punto di vista, vi sono conferme storiche dell'utilizzo di tale rimedio anche avverso provvedimenti di natura non giurisdizionale ma meramente coercitiva. Ciò dimostra ulteriormente, se ve ne fosse la necessità, che la *provocatio* non rappresenta uno strumento di autentico "appello" o di impugnazione vera e propria contro una sentenza di merito, bensì un mero rimedio di "opposizione sospensiva" all'efficacia esecutiva di un provvedimento consolare *de capite*.

Solo all'epoca delle riforme decemvirali la *provocatio* si sarebbe ammessa anche avverso provvedimenti non consolari ma tribunizi, posti in essere per un "difetto di potere"; attraverso la riscrittura decemvirale di tale istituto, pertanto, vennero definitivamente gettate le basi della *libertas* tipica del sistema repubblicano, che vede il *populus Romanus* come appartenente solo a se stesso, il *singulus* come *in potestate illius* e il *magistratus* come mandatario della *civitas* di cui assume ed esercita il ruolo.

Lo scritto di Pelloso si chiude, poi, con una interessante trattazione comparatistica fra la *provocatio ad populum* romana e la *ἔφεσις εἰς τὸ δικαστήριον* (*éfeis eis to dicastérion*) introdotta in Grecia da Solone nel 594 a.C.

Nel capitolo intitolato *Prime considerazioni su imperium magistratuale e garanzie del civis nello 'Strafrecht' mommseniano*, Federico Procchi parte dall'intuizione mommseniana per la quale, nell'ordinamento romano, il diritto penale avrebbe avuto la funzione di rafforzare i doveri morali dell'uomo ma, al contempo, di limitare l'arbitrio di colui il quale era investito del potere di punire (*Il diritto penale romano come 'punto di equilibrio' tra popolo e Stato*, come recita il titolo del secondo paragrafo dello scritto); fra i pilastri di tale materia vi sarebbe, anzitutto, il principio di legalità, che non era del tutto ignoto al diritto dei romani, specie in funzione di strumento per la promozio-

ne della certezza del diritto (come vedremo *infra*, il saggio di Margherita Scognamiglio dimostrerà, comunque, che il diritto penale romano ammetteva comunemente il ricorso all'interpretazione estensiva e persino analogica).

Altro fondamentale istituto garantistico era, poi, la già rievocata *provocatio ad populum*, finalizzata a limitare l'*imperium* dei due magistrati supremi e a devolvere al comizio centuriato – dunque, al popolo – la questione circa l'eseguibilità di una pronunzia capitale. Interessante, sul punto, la tesi di Mommsen secondo cui, una volta esperita la *provocatio*, il magistrato che aveva emesso la sentenza avrebbe avuto l'onere di “difendere” il proprio provvedimento innanzi al popolo, con metodo analogo a quello utilizzato per perorare i disegni di legge innanzi alle assemblee legislative; per l'Autore germanico, tale meccanismo avrebbe costituito, da un lato, una conferma della superiorità politico-istituzionale del popolo rispetto agli organi della *res publica*, dall'altro lato una forma di tutela della *libertas* dei cittadini rispetto agli arbitri magistratuali, secondo le più profonde idee politiche che lo stesso Mommsen sostenne nel corso della propria carriera, in vista del recupero della *bürgerliche Freiheit*, obliterata dalle tendenze accentratrici ed autoritarie dell'assolutismo imperiale post-bismarckiano.

In *Principio di legalità e divieto di analogia: note sull'origine del principio nullum crimen sine lege*, Margherita Scognamiglio esamina le fonti storiche della legalità penale, con particolare riferimento al divieto di analogia. Come osserva l'Autrice, il diritto penale romano, quantomeno per tutta l'età repubblicana, non conosceva ancora una “teoria generale dell'interpretazione”, così che i giuristi facevano comunemente ricorso, in assenza di un sistema di carattere settoriale, alle regole ermeneutiche elaborate in seno all'arte retorica. A tal riguardo, vengono esaminate le teorie interpretative degli *status* tradite in quattro opere ciceroniane (*De inventione*, *De oratore*, *Partitiones oratoriae*, *Orator* e *Topica*), nonché nella *Rhetorica ad Herennium*, oggi attribuita a Cornificio.

Successivamente, volgendo lo sguardo al piano prettamente pratico-applicativo, si cerca di comprendere se il sistema delle *quaestiones perpetuae* fosse o meno retto dal divieto di analogia; a tal riguardo, due casi esemplificativi vengono tratti da due orazioni dell'Arpinate: *Pro Cluentio* e *Pro Rabirio Postumo*. Nella prima, ci si interroga circa la possibilità di applicare agli *equites* alcune disposizioni – in particolare in tema di corruzione in atti giudiziari (cfr. *lex Cornelia de sicariis et veneficis*) – originariamente emanate nei confronti dei magistrati e dei soli *senatores*. A tal riguardo, l'accusatore Attio aveva sostenuto che ragioni di equità sostanziale imponessero l'estensione della

punibilità ai membri del ceto equestre, sebbene la *lex Cornelia* non contenesse testualmente una siffatta previsione. Cicerone, da par suo, non sostenne che l'applicazione analogica fosse vietata a priori e in modo categorico, ma affermò che, nel caso di specie, una siffatta analogia avrebbe concretamente tradito lo spirito e lo stesso tenore testuale della legge. Simile questione emerse nel processo contro Rabirio Postumo, ove ci si interrogò circa la possibilità di esperire, contro un cavaliere, l'accusa *de repetundis*, testualmente prevista per i soli senatori.

In definitiva, in tali due orazioni non emerge un divieto assoluto di analogia *in malam partem*, ma anzi un'astratta possibilità di ricorrere a tale forma di interpretazione-creazione del diritto, la quale non riceveva alcuna limitazione di carattere strettamente giuridico ma, semmai, esclusivamente morale.

Successivamente, l'Autrice esamina il problema dell'analogia nell'età imperiale, con speciale riferimento alle opere di Quintiliano e al pensiero giuridico di Modestino, osservando ancora una volta come il diritto penale romano non vietasse affatto il ricorso all'analogia, la quale esplicava una duplice funzione, processuale ma anche immediatamente normativa.

Anche per l'età tardoantica è documentato l'uso dell'analogia quale comune criterio ermeneutico e applicativo della legge penale, sia *in bonam partem*, sia *in malam partem*; a ciò ricorsero a piene mani anche gli imperatori, al fine di proteggere nel modo migliore i valori e i principi della nuova fede cristiana; in epoca giustiniana, infine, il ricorso all'analogia è ampiamente documentato nel diritto civile, mentre nel diritto penale non si rinvengono specifiche fonti sul punto.

La complessiva cifra storico-giuridica che emerge dall'opera recensita pare la seguente: ove il penalista contemporaneo pretenda di rinvenire, nel *corpus* del diritto romano, l'immediata e "filologica" conferma dei principi garantistici tipici della modernità penale - la riserva di legge, il principio di tassatività, il divieto di analogia, e così via -, una tale ambizione è destinata ad una sostanziale frustrazione; nondimeno, se tali principi non risultano integralmente scolpiti ed esplicitati dai giuristi romani, ciò che invece emerge sin dalla tradizione romanistica è il plesso di ragioni e di criteri fondativi che, secoli dopo, la modernità giuridica avrebbe posto alla base delle c.d. "garanzie" sostanziali e processuali.

Ad esempio, la *provocatio ad populum*, pur non trovando alcun omologo istituto all'interno del diritto moderno e contemporaneo (essa non era, infatti, una vera e propria forma di gravame, come s'è visto sopra, ma solo uno strumento sospensivo quasi di natura "para-cautelare" o, comunque, mera-

mente esecutiva), rispondeva alle analoghe esigenze e ragioni che l'illuminismo avrebbe posto a fondamento delle odierne garanzie processuali, vale a dire il tentativo di arginare l'arbitrio del singolo magistrato, mediante l'appello alla volontà del popolo.

Ed ancora: il ruolo dell'*accusator* nel processo penale romano non può essere interamente ricondotto né alla figura del Pubblico Ministero né a quella della persona offesa/parte civile; nondimeno, l'intera disciplina in tema di *praemia* o, viceversa, di sanzioni per il falso accusatore (*calumniator*) è senza dubbio uno straordinario bagaglio di principi e criteri che possono tornare utili a chi oggi si impegni nello studio del processo accusatorio, nei suoi *pro* e nei suoi *contro*.

Anche l'*in dubio pro reo* non venne mai scolpito espressamente e nella sua dispiegata interezza dai giuristi romani; semmonché, le tracce di tale principio, rinvenibili nei suoi più antichi prodromi letterari e giuridici, sono senza dubbio un importante faro per lo studio contemporaneo della presunzione di innocenza, tema quanto mai attuale, anche alla luce della recente e già citata direttiva europea.

Infine, sebbene il diritto penale romano non conoscesse un divieto generale di analogia e, anzi, ammettesse comunemente l'interpretazione analogica della fattispecie incriminatrice, le riflessioni degli oratori e dei giuristi sul punto costituiscono, anche in tale caso, un prezioso strumento concettuale che consente di decriptare con maggiore maturità e prudenza il moderno principio di legalità.

In definitiva, *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, lungi dal rappresentare un'opera di mera ricostruzione storica, costituisce un volume collettaneo di notevole interesse per il penalista contemporaneo, il quale, rifuggendo dai tristi pregiudizi illuministici e neo-illuministici che tanto hanno offuscato il lustro dell'antico diritto italico, voglia ancora credere nel profondo valore teoretico e applicativo della ricerca storica e letteraria.