

DIRITTO PENALE ROMANO
FONDAMENTI E PROSPETTIVE

I
LE DISCIPLINE GENERALI

TOMO PRIMO

A CURA DI
LUIGI GAROFALO

ESTRATTO



JOVENE

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2022

ISBN 978-88-243-2762-6

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

CARLO PELLOSO

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE IN ROMA ANTICA:
PRESENZE IN FILIGRANA E ASSENZE IN CHIAROSCURO

SOMMARIO: 1. *Nullum crimen et nulla poena sine lege*: un caposaldo della civiltà giuridica globale. – 2. La culla ‘garantista’ del principio di legalità. – 3. La versione di Feuerbach: più deterrenza generale che garanzia civica. – 4. I Romani, quei criminali ... – 5. Due vie alternative al principio di legalità. – 6. Alcuni barlumi di legalità nel mondo giuridico romano più antico. – 7. *Plebem offendere, perduellio* e indeterminatazza legale. – 8. *Quaestiones* e legalità sostanziale. – 9. Alcune note di sintesi sulla legge romana come ‘cornice’ della soluzione giudiziale.

1. *‘Nullum crimen et nulla poena sine lege’: un caposaldo della civiltà giuridica globale.* – Il principio di legalità penale – notissimo anche nella locuzione latina, ma non romana, *‘nullum crimen et nulla poena sine lege’* – si presenta come uno dei baluardi della civiltà giuridica non solo occidentale, ma addirittura globale, pur, ovviamente, con le innegabili differenze esistenti, nell’ambito della materia penalistica, tra le famiglie di *civil law* e di *common law*¹, sia a livello di diritto sostanziale positivo, sia quale base irrinunciabile dell’*aequum iudicium*².

Il principio in parola, nell’ordinamento italiano, si trova consacrato, oltre che all’art. 1 del codice penale, nell’art. 25, comma 2, della Carta Costituzionale, implicando – con vincolo in capo tanto al legislatore quanto al giudice – che le di-

¹ «A comparative analysis reveals that the NCSL principle enjoys universal recognition. Only two member States of the United Nations (Bhutan and Brunei) do not contain provisions on NCSL in their domestic legal orders» (T. RAUTER, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and ‘Nullum Crimen Sine Lege’*, Heidelberg, 2017, 20); cfr. J. HALL, *‘Nulla Poena Sine Lege’*, in *Yale Law Journal*, XLVII, 1937, 165 ss.; A. MOKHTAR, *‘Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege’: Aspects and Prospects*, in *Statute Law Review*, XXVI, 2005, 41 ss.; K.S. GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge, 2009, 241 ss.

² R. HEINSCH, *Die Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts durch die Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda*, Berlin, 2007, 313; K. AMBOS, *General Principles of Criminal Law in the Rome Statute*, in *Criminal Law Forum*, X, 1999, 4; cfr., inoltre, P. CERAMI, *‘Aequum iudicium’ e giusto processo*, in *Profili processualistici dell’esperienza giuridica europea. Dall’esperienza romana all’esperienza moderna*, a cura di P. Cerami, G. Di Chiara e M. Miceli, Torino, 2003, 3 ss.; ID., *Diritto al processo e diritto ad un giusto processo. Radici romane di una problematica attuale*, in *AUPA*, L, 2005, 23 ss., 50 s.

sposizioni normative in materia penale siano legittime soltanto ove il loro oggetto sia stabilito da una previa legge connotata da forma e contenuto precisi e determinati: ossia che le fattispecie di reato e le corrispondenti sanzioni siano specificate dalla fonte legislativa, in ossequio ai caratteri della generalità e della astrattezza, anteriormente alla realizzazione del fatto di reato³. Anche sul piano sovranazionale, esso si impone come un cardine da ritenersi inamovibile che, già espresso – subito dopo i fatti di Norimberga – a livello di UDHR (Dichiarazione Universale dei Diritti Umani) all'art. 11⁴, trova riconoscimento, pur con menzione di una riserva di 'diritto oggettivo' più che di una riserva di 'legge'⁵, anche nell'art. 7 CEDU (Convenzione Europea di Protezione dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, sottoscritta a Roma nell'ambito del Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 26 ottobre 1955 con la l. 4 agosto 1955, n. 848), ove, sotto la rubrica «*No punishment without law*» («*Nulla poena sine lege*» nella versione italiana), si stabilisce come nessuno possa essere condannato per un'azione o una omissione che, al momento in cui si è perfezionata, non costituiva reato secondo il diritto nazionale o internazionale, e come a nessuno possa essere inflitta una pena più grave di quella vigente al momento del fatto⁶. Ribadisce in materia criminale la sovranità del *national and international law* l'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (adottato il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea delle Nazioni Unite ed entrato in vigore il 15 dicembre 1978 con la l. 25 ottobre 1977, n. 881), statuendo il principio in og-

³ Art. 1 cod. pen. (reati e pene: disposizione espressa di legge): «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite»; art. 25, comma 2 e 3, Cost.: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

⁴ Art. 11 UDHR [G.A. Res. 217 (III), art. 11(2) (10 December 1948)]: «1. Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence. 2. No one shall be held guilty of any penal offense on account of any act or omission which did not constitute a penal offense, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offense was committed».

⁵ V. Corte EDU, sent. 29.10.2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09, § 55, in www.echr.coe.int/echr/en/hudoc; V. Corte EDU, sent. 9.9.2014, *Vianello c. Italia*, ric. n. 27516/09, § 35, in www.echr.coe.int/echr/en/hudoc. V., nello stesso senso, anche Corte EDU, sent. 20.9.2009, *Sud Fondi c. Italia*, ric. n. 75909/019, in www.echr.coe.int/echr/en/hudoc.

⁶ Art. 7 CEDU: «1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili». Cfr. A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge. Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, 249 ss.; v., inoltre, D. HARRIS - M. O'BOYLE - C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, New York, 2009, 331 ss.; C.C. MURPHY, *The Principle of Legality in Criminal Law Under the ECHR*, in *European Human Rights Law Review*, II, 2010, 192 ss.

getto pressoché negli stessi termini della CEDU⁷. Infine, il Trattato di Lisbona, sottoscritto il 13 dicembre 2007, nel sostituire l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, enuncia l'adesione dell'Europa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸, attribuendo lo stesso valore giuridico dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali, originariamente proclamata nel Consiglio europeo di Nizza del 6-7 dicembre 2000 e modificata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, la quale, all'art. 49, enuncia il principio di legalità e quello di proporzionalità dei reati e delle pene⁹.

2. *La culla 'garantista' del principio di legalità.* – Il caposaldo della legalità in materia penale, quale principio generale così importante, diffuso e indiscusso nei diritti vigenti, appariva già affiorante nelle intuizioni pragmatiche e giusnaturalistiche inglesi così come nelle elaborazioni illuministiche francesi, pur in modo umbratile e comunque inteso come «divieto di punire taluno per un fatto che

⁷ Art. 15 ICCPR [G.A. Res. 2200A (XXI), 21 GAOR Supp. No. 16, p. 52, UN Doc. A/6316, 993 U.N.T.S. 171]: «1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of a lighter penalty, the offender shall benefit thereby. 2. Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations» (cfr. la versione inglese dell'art. 7 CEDU [ECHR]: «1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed. 2. This article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations»).

⁸ Cfr., per tutti, S. CATALANO, *Trattato di Lisbona e adesione alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche interne e comunitarie*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. Bilancia, M. D'Amico, Milano, 2009, 239 ss.

⁹ Art. 49 ECFR [2000/C 364/01 - 2007/C 303/17]: «1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national law or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of a criminal offence, the law provides for a lighter penalty, that shall be applicable. 2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles recognised by the community of nations. 3. The severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence» (cfr. Treaty establishing a constitution for Europe - part II – the charter of fundamental rights of the union - title vi – justice - article II-109 [2004/C 310]). Cfr. A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *I diritti fondamentali in Europa (Atti del XV Colloquio biennale, Messina-Taormina 31 maggio-2 giugno 2001)*, Milano, 2002, 729; A. CADOPPI, *Principio di legalità, Carta europea e 'law in action'*, in *I diritti fondamentali in Europa*, cit., 775; M. D'AMICO, *Art. 49*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bologna, 2001, 334.

non sia espressamente preveduto dalla legge come reato», piuttosto che anche come divieto di punire «con pene che non siano dalla legge stabilite»¹⁰, per essere poi assorbito e digerito nelle poco più tarde palingenesi sistematiche del diritto penale tra secolo XVIII e XIX¹¹.

L'obiettivo perseguito mediante l'ancoraggio della fattispecie criminosa, oltre che della pena, alla previsione normativa generale e astratta – oggetto di una martellante ossessione della filosofia e della scienza penalistica in ostile opposizione alle liquidità nomopoietiche e applicative proprie dell'antico regime – era quello, nella cornice del modello repubblicano (attuante la separazione e il reciproco limite dei poteri) e del modello liberale (proteso alla fissazione delle fondamentali garanzie del cittadino), di eradicare dal centro del sistema il giudice e l'umana incertezza delle sue soggettive e capricciose valutazioni, in nome della legge e della sua fredda e oggettivamente perenne razionalità¹². Un universo, quello immagi-

¹⁰ G. VASSALLI, voce 'Nullum crimen, nulla poena sine lege', in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 283.

¹¹ Come scrive J. HALL, 'Nulla Poena Sine Lege', cit., 167 s. «in English history the principle of law as limitation is prominent from the time of the Charter of Henry the First; it is reiterated in the Constitution of Clarendon in 1164. Magna Carta is the great symbol of the socio-political forces that established the supremacy of the Rule of Law in England; with Bracton it is already urged vigorously. The movement is evidenced rather than created by subsequent petitions and bills of right. The rise of Parliament plays an important part; and indeed, it is parliamentary influence which in fact transformed what might only in a very vague style be termed *nulla poena* into some real approximation to the rule»; «The English tradition of the rule of law, translated by eighteenth century French philosophers into terms expressive of the Revolutionary ideology, joined with the continental movement for codification to provide *nulla poena* with its particular, current meanings».

¹² Cfr., sul punto, U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Firenze, 1974, 35; D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, 2016, 22; G. VASSALLI, voce 'Nullum crimen, nulla poena sine lege', cit., 284. Queste intuizioni e queste elaborazioni vengono messe profondamente a frutto nel § IV del celeberrimo e fortunatissimo *pamphlet* di Cesare Beccaria dedicato alla materia *Dei delitti e delle pene* (il testo, a cura di G. Francioni, è rinvenibile nel volume primo della «Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria», Milano, 1984). Qui emerge come il giudice debba svolgere la sua funzione in ossequio a un perfetto sillogismo avente nella legge la premessa maggiore e nel fatto la minore: «non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge», atteso che «questo è un argine rotto al torrente delle opinioni» e che è «l'errante instabilità delle interpretazioni» a far sì che «veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi»; soltanto «quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto o dell'ingiusto ... non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti». Per Beccaria, inoltre, neppure le sanzioni penali potrebbero essere condizionate dal «punto di vista» del magistrato, anzi essere «il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione» o addirittura derivare «dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo»: «le sole leggi possono decretar le pene su i delitti», sicché – secondo una regola sia costituzionale consustanziale allo stato di diritto sia assurda ad architrave del cd. 'classicismo penale di età liberale' – «una pena accresciuta al di là del limite fissato dalle leggi è la pena giusta più un'altra pena; dunque non può un magistrato, sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico, accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino».

nato dai *philosophes*, in cui la legalità sarebbe stata in primo luogo, dunque, lo strumento affinato dalla scienza penale per l'arginamento e la moderazione degli arbitri e degli abusi dell'autorità giudiziale a garanzia del cittadino, pur reo, pur imputato¹³.

In verità, alle prime enunciazioni in tal senso dei pensatori non mancarono, in rapida sequenza, le non poche risposte adesive provenienti dai primi legislatori ispirati dai nuovi venti di riforma (come quello asburgico, quello prussiano e quello francese), prima che la civiltà codificatrice europea dei due secoli seguenti non si lasciasse pervadere capillarmente e midollariamente dall'ormai sperimentato e collaudato siero della 'legalità' nella sua più piena articolazione concettuale e operativa¹⁴.

¹³ È, infatti, a questo fine ultimo che pare ispirato, il modello illuministico emergente anzitutto da Montesquieu (cfr., icasticamente, N. URBINATI, *Prefazione*, in D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo*, cit., VIII s.): *l'Esprit des Lois*, oltre a porre con chiarezza il problema del fondamento del diritto di punire (nella convinzione che solo un organo democraticamente eletto potesse detenere legittimamente tale diritto), quello del rapporto tra crimini e pene nonché tra repressione penale e libertà degli uomini (risolto nel senso che ogni limitazione avrebbe potuto essere autorizzata in via mediata solo dai suoi stessi destinatari), ravvisa quali mezzi per soddisfare l'esigenza di protezione del cittadino dall'arbitrio del giudice penale sia la separazione del potere giudiziario dal potere legislativo, sia l'idea secondo cui «des juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur»; se «dans les états despotiques, le prince peut juger lui-même», «plus le gouvernement approche de la république, plus la manière de juger devient fixe», di talché «dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi quand'il s'agit de ses biens, de son honneur ou de sa vie. A Rome, les juges prononçoient seulement que l'accusé étoit coupable d'un certain crime et la peine se trouvoit dans la loi, comme on le voit dans diverses lois qui furent faites» (C.L. MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, Paris, 1832-1833, VI.3; cfr., inoltre, F.M. VOLTAIRE, *Idées républicaines*, in *Oeuvres complètes de Voltaire*, VI, Philosophie, Paris, 1817, 12, secondo cui «un code criminel est absolument nécessaire pour les citoyens et pour les magistrats», in quanto «les citoyens alors n'auront jamais à se plaindre des jugemens, et les magistrats n'auront point à craindre d'encourir la haine; car ce ne sera pas leur volonté qui condamnera, ce sera la loi»). V., per una visione del diritto penale codificato come *magna charta* del *reus*, limitazione – nell'interesse della libertà individuale – del potere statale di punire grazie all'individuazione dei presupposti della punibilità e del contenuto delle pene, F. VON LISTZ, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlin, 1905, 60.

¹⁴ L'*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* (ossia la celebre *Josephina*) nel 1787, al § 1 statuisce il principio di legalità, seguito nel 1794 dall'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (§ 9), laddove ancora nel 1721 il codice prussiano consentiva un giudizio *ex bono et aequo* e quello di Bavaria del 1751 una valutazione degli illeciti *ex aequitate et analogia iuris*; il principio di legalità sarà esplicitato dal codice penale per il Regno di Baviera nel 1813, nonché dal Codice penale prussiano del 1851, esteso poi nel 1871 a tutto l'Impero tedesco: cfr. A. SCHOTTLAENDER, *Die Geschichtliche Entwicklung Des Satzes 'Nulla Poena Sine Lege'*, Breslau, 1911, 43 s.; A. BUSCHMANN, *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit*, München, 1998, 224 ss., 272 ss., 447 ss., 538 ss. Quanto alla Francia, il principio di legalità viene consacrato dall'art. 8 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo («la loi ne doit établir, que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée»), mentre il primo codice penale del 1791, pur senza ripetere il principio (che si trova invece nella Costituzione e nel Codice Militare dello stesso anno), tenta di ver-

Se, d'altro canto, quelle appena descritte sono le più basilari premesse ideali e ideologiche in cui il principio in commento alligna geneticamente¹⁵, allora, è giocoforza ammettere come esso – in potenza idoneo a ispirare, sempre in nome della certezza, ordini anche diversi da quelli appena rievocati come sua culla¹⁶ – non possa che risultare sempre più minacciato dall'attuale quadro di produzione normativa policentrica o *multilevel*, oltre che di strabordante diffusione del *judicial law making* in senso anti-legalistico (e, quindi, a superamento dell'idea che il diritto sia costruibile e applicabile *more geometrico* come un sistema aristotelicamente 'panico', fonte incessante di soluzioni logiche e coerenti, nonché da identificarsi nella legge e implicante la sudditanza del giudice)¹⁷, in una con la crisi,

sare in disposizioni normative le idee espresse dal Beccaria circa la previsione *ex lege* delle sanzioni penali; poi, dopo la parentesi del Terrore, il principio di legalità viene riproposto dal *Code Pénal* napoleonico del 1810 (rimanendo pressoché invariato nel tempo l'art. 4: «nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis»). Quanto alla penisola italiana, nel Regno delle Due Sicilie, il codice penale del 1819 prevede all'art. 60 il principio che «niun reato può essere punito con pene che non erano pronunziate dalla legge prima che fosse commesso», per poi aggiungere che, nel caso di successione di legge, «sarà sempre applicata la più mite»; i codici penali sardi del 1839 e del 1859 contengono il principio di legalità del reato e della pena, oltre al divieto di retroattività *in peius* in una con la retroattività della pena più mite; con riguardo al codice penale toscano del 1853, il primo articolo prevede che «sono punibili le sole azioni positive, o negative, con le quali è stata violata una Legge Penale antecedentemente promulgata»; infine, con riferimento all'Italia post-unitaria, da una parte, nel codice civile del 1865 è stabilito che «non si estendono oltre i casi e i tempi in esse espressi ... le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti o fanno eccezione alle regole generali o ad altre leggi» (art. 4), dall'altra, il codice penale per il Regno d'Italia del 1889, ossia il cd. Zanardelli, formula il principio di legalità all'art. 1 («Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite»), rimanendo modello per il codice del 1930 (il cui primo articolo, come noto, qualifica come reato solo il fatto che la legge considera tale, senza allontanarsi dalla previsione dell'art. 4 delle stesse Disposizioni preliminari al Codice civile del 1865, allora ancora vigenti): cfr., per tutti, A. CADOPPI, *I principi del diritto penale nella prospettiva interna. Storia del diritto penale*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, I, *Il diritto e la legge penale*, Torino, 2012, 7 ss.

¹⁵ Con Beccaria (§§ III, IV, V), si possono riassumere nel seguente assetto i fondamenti su cui l'età dei Lumi intendeva ricostruire un autenticamente moderno diritto penale: il principio di legalità della pena (per cui «le sole leggi possono decretare le pene sui delitti; e questa autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale») si connette indissolubilmente al principio di separazione dei poteri (in virtù del quale «il sovrano ... non può formare che leggi generali che obblighino tutti i membri, ma non può giudicare che uno abbia violato il contratto sociale ... è dunque necessario che un terzo giudichi della verità del fatto»), a quello della limitata sfera dell'interpretazione giudiziale (ossia «né meno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali, per la stessa ragione che non sono legislatori»), nonché alla certezza del diritto nel senso, anzitutto, di piana e semplice formulazione della disposizioni (ché «se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che trascina seco necessariamente l'interpretazione»).

¹⁶ G. MARINI, voce '*Nullum crimen, nulla poena sine lege*' (*dir. pen.*), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 950 ss., 955.

¹⁷ Cfr., sul principio di legalità, considerato nella sua storia e nella sua rilevanza tanto attuale, quanto in prospettiva futura, M. RONCO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2006, 1 ss.; v., inoltre, A. BARATTA, *Le fonti del diritto e il diritto giurisprudenziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XX, 1990, 205; F.C. PALAZZO, *Legalità*

ormai cronica, della ‘separazione dei poteri’ (quale aspetto fondamentale del cd. *English* o *Gothic Model*, modello che era stato elevato da Montesquieu a dispositivo prototipico del costituzionalismo occidentale)¹⁸.

3. *La versione di Feuerbach: più deterrenza generale che garanzia civica.* – A livello di speculazione dottrinale in merito ai rapporti enucleabili tra disposizione normativa, crimine e pena, fu solo nei primi anni del secolo XIX che venne esposto e presentato in modo compiuto e generale quel principio che di lì nel torno

penale: *considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, 1279 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79. Vero è che il giurisprudenzialismo che erodeva – almeno *in thesi* – al giudice pressoché ogni spazio creativo, lungo il corso del XX secolo ha dato sempre più segno di recesso, in una con la riscoperta della discrezionalità costitutiva processuale almeno in senso debole, e dunque della funzione del ‘decidere’ nell’accezione (valorizzata anche da M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité*, a cura di I. Piro, Soveria Mannelli, 1999, 142 ss.) di rinvenire e financo di costituire la concreta regola di diritto, anche se sempre partendo, in linea con la più recente tradizione, dagli enunciati di legge, ma per superarne inesorabilmente in nome di una ‘semiosi illimitata’, il testo (e ciò in contrapposizione al ‘giudicare’, ossia al proclamare meramente il diritto). Cfr., sulla creazione giudiziale di situazioni soggettive e non di regole, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it., Bologna, 1982, 154 ss.; v., inoltre, in tema, G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Bari, 1996, 217, il quale tende a negare, almeno in teoria, che la creazione giudiziale per via interpretativa ‘possa’ raggiungere la pura discrezione e l’arbitrio, ossia sfociare, abbandonato il realismo, in una deriva ermeneutica (U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990, 337). La realtà è altra e anzi talora i giudici – al di là della negata possibilità e contro la semiotica – forzano o il dato fattuale o quello normativo per rispondere a istanze che le *lacunae iuris* lascerebbero prive di soluzione. Per esempio, nell’interpretazione dell’art. 416-ter cod. pen., atteso che la disposizione punisce solo lo scambio di denaro verso voti alle elezioni, i giudici – nella consapevolezza che, più che il denaro, al centro degli scambi v'erano favori, appalti, posti di lavoro – hanno interpretato il termine ‘denaro’, fingendo di non aprire ad un'autentica operazione analogica, come ‘utilità’, sia in ossequio formale al mito dell’applicazione assiomatica e dell’onnipotenza sillogistica, sia nella sostanziale ammissione che un’interpretazione diversa della *littera legis* avrebbe vanificato qualsiasi applicazione pratica (v., paradigmaticamente, Cass. 16 giugno 2015, n. 25302). L’approccio appena descritto riassume bene, empiricamente, quella visione, di matrice anche giudaica, espressa da Ascarelli soprattutto nel saggio da cui è tratta la citazione in epigrafe sul rapporto tra ontologia del diritto e significato della norma: la legge si dà solo attraverso la sua ‘interpretazione’-‘superamento’ (traduzione, versione che va oltre il testo e crea, più che restituire, la significazione, come in ebraico *targum*, non a caso, significa sia traduzione che interpretazione: S. LIEBERMAN, *Rabbinic Interpretation of Scripture*, in *Essential Papers on the Talmud*, ed. by M. Chernick, New York, 1994, 430); quale traduzione di un enunciato in un enunciato altro, l’interpretazione, nel suo tendere a palesare il significato ‘autentico’, però, sarà di necessità anche allontanamento progressivo da quel significato, imprimendo un mutamento al testo di ‘legge’ e rendendo quest’ultima sempre ‘altra’ da sé: è questo il modello di Porzia contrapposto a quello (a-interpretativo) di Shylock, su cui v., ampiamente, T. GAZZOLO, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Pisa, 2018, *passim*.

¹⁸ Sul modello inglese o gotico di ispirazione montesquieuiana e sulle alternative a questo modello – tanto storiche, come quella della democrazia ateniese e della repubblica romana, quanto ideale, come quella rousseauiana –, mi permetto di rimandare a C. PELLOSO, *Democracies and Republics Between Past and Future. From the Athenian Democracy to E-democracy, From the Roman Republic to Negative Power*, Abingdon - New York, 2021, *passim*.

di pochissimo tempo – attaccato con poche e laterali critiche di stampo più teorico che operativo¹⁹ – ispirò il mondo globale del diritto penale.

Come noto, infatti, fu Paul Johann Anselm (Ritter von) Feuerbach²⁰ – giurista che riuscì a traghettare nella modernità della scienza giuridico-penale dell'Ottocento le concezioni tanto di *ius naturale* quanto illuministiche del Seicento e del Settecento – il padre della prima formulazione del 'principio di legalità', sebbene non ancora sintetizzata in senso unitario nel celeberrimo brocardo *nullum crimen (et nulla poena) sine lege (praevia, poenali, certa, scripta)*²¹, ma scomposta in tre proposizioni concatenate *inter se*, idonee nel loro complesso a implicare o, comunque suggerire, quei corollari (o sotto-principi) in cui comunemente la penalistica articola e intende ad oggi in senso pieno la 'legalità'²². Ossia, oltre alla mera riserva di legge (con esclusione di un diritto penale consuetudinario o a creazione giudiziale): in primo luogo, la irretroattività (che, già entro la cornice del giusnaturalismo britannico, tanto Thomas Hobbes quanto John Locke non mancavano di postulare in collegamento, rispettivamente, con il principio giuridico-penalistico di certezza e quello politico-costituzionale di libertà)²³; di poi, la determina-

¹⁹ Cfr., per tutti, K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1890, 19 ss., convinto che il principio di legalità non sia di alcun momento sul piano squisitamente penalistico, poiché la legge penale si limiterebbe a stabilire la sanzione della violazione dei doveri giuridici fondamentali senza fornire una 'direttiva di azione', posto che i precetti costituenti il presupposto della legge penale non sarebbero parti di quest'ultima, ma autonome disposizioni di diritto pubblico, le quali solo dovrebbero essere conosciute quali presupposto indispensabile del delitto. Per una alternativa alla visione feuerbachiana fondata, *in primis*, sulla deterrenza generale e non sulla prevenzione speciale, cfr. K. GROLMAN, *Sollte es denn wirklich kein Zwangsrecht zur Prävention geben?*, in *Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung*, I, 1800, 241 ss.

²⁰ Sul ruolo di Feuerbach nella teorizzazione del principio di legalità penale, cfr., per tutti, W. NAUCKE, *Die zweckmäßige und die kritische Strafgesetzlichkeit, dargestellt an den Lehren J.P.A. Feuerbach (1775-1832)*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, 321 ss.

²¹ In questa più ampia stilizzazione il brocardo connette il momento fondativo della potestà legislativa e quello attuativo della inflizione e della irrogazione della pena; sulla connessione tra il momento della definizione legale dei reati e quello della fissazione delle pene, cfr., per tutti, G. VASSALLI, voce '*Nullum crimen, nulla poena sine lege*', cit., 283 s.

²² Cfr. M. GALLO, *La legge penale. Appunti di diritto penale*, Torino, 1965, 10 ss.; ID., *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, Torino, 1999, 35 ss.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 277 ss.; M. SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Torino, 1966, 40 ss.; e M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1968, 1 ss.; A. PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 694 ss.; ID., *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, in *Tommaso Natale*, 1977, 374 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma - Bari, 1989, 428.

²³ Nel *Leviathan* Hobbes riteneva che, entro la cornice del *pactum subjectionis*, punire retroattivamente sarebbe stato un atto di ostilità del Sovrano verso il suddito: se la funzione del diritto penale era quella di dissuadere, allora esso poteva adempiere tale funzione solo se conosciuto in anticipo in conformità al principio *nullum crimen sine lege*, principio in cui 'legge' era sia quella civile sia quella naturale, e per cui, tuttavia, la specificazione previa della pena non era ritenuta necessaria (*nulla poena sine lege*): sulle origini hobbesiane del principio di legalità, v. M.A. CATTANEO, *Hobbes e il fondamento del diritto di punire*, in *Politica e diritto in Hobbes*, a cura di G. Sorgi, Milano, 1995, 125: «nel *Leviathan*, nel capitolo dedicato ai reati, Hobbes stabilisce il principio *nullum crimen sine lege*: 'No Law, made after a Fact done, can make it a Crime'. In questo modo è sancito il principio

tezza delle disposizioni normative penali (mutuandosi qui dalle suggestioni, spesso vaghe ed iconoclaste, ma comunque capaci di stimolare progetti ‘illuminati’, di Cesare Beccaria)²⁴; nonché, infine, la tassatività e, con essa, il divieto di analogia (con diretta influenza del giusnaturalismo leibniziano predicante, come risaputo, la tendenziale completezza del sistema)²⁵.

Nel suo *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, la cui prima edizione venne pubblicata nel 1801²⁶, il criminalista tedesco – che con il suo contributo scientifico, non va sottaciuto, animò nel profondo il codice penale bavarese del 1813²⁷ – sostenne anzitutto, con primario interesse per l’irrogazione della sanzione penale nel caso concreto, sia che «Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus» (*nulla poena sine lege*), sia che «die Zufügung einer Strafe ist bedingt durch die Existenz der bedrohten Handlung» (*nulla poena sine crimine*)²⁸, nonché, con riguardo al rapporto tra la singola fattispecie di reato

della irretroattività della legge penale e della necessità della punizione soltanto di un fatto preveduto in precedenza dalla legge come reato»; cfr. A. YATES, *The Right to Punish in Thomas Hobbes's Leviathan*, in *Journal of the History of Philosophy*, LII.2, 2014, 233 ss. Per Locke, invece, nella cornice del contratto sociale, il Sovrano è tenuto ad esercitare il *ius puniendi* in modo rispettoso del diritto di libertà del cittadino, a valle di una esatta e piena conoscibilità preventiva della norma incriminatrice e sanzionatoria, idonea a rendere la privazione della libertà legittima nei confronti del criminale-nemico (cfr., sul punto, P. COSTA, *Lo 'ius vitae ac necis' alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in *Quaderni fiorentini*, XLIII, 2015, 817 ss.), nonché ad assicurare il maggior spazio di libertà individuale compatibile con il contratto sociale: cfr., paradigmaticamente, J. LOCKE, *The Second Treatise of Government. An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*, in *Two Treatises of Government*, London, 1690, §§ 8, 12, 136, 137, 147, 171.

²⁴ Secondo Beccaria, «quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini», questi ultimi «non sono soggetti alle piccole tirannie di molti» (§ IV). Più esattamente, per il filosofo milanese, non solo il giudice non può interpretare la legge, ma inoltre: soltanto la legge può determinare le pene; soltanto per fatti previsti antecedentemente dalla legge si può punire; la legge deve essere chiara e determinata per evitare l'arbitrio del giudice. Secondo M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, 278 s., 446 ss., Feuerbach sarebbe l'erede consapevole del pensiero illuminista di autori quali Montesquieu, Voltaire, Beccaria, oltre che di Filangieri. In particolare, il criminalista tedesco porrebbe come proprio punto di partenza – ma, a quanto pare a me, non come proprio approdo – i risultati condensati pur in modo ‘impressionistico’ e ‘fugace’ nella fortunatissima opera di Beccaria, ossia di un pensatore che «da alcuni pochi bagliori, che s'incontrano nelle opere del Montesquieu, seppe svolgere una gran massa di luce nelle materie de' delitti, e delle pene, ... il primo a gettare le basi di una vera politica classazione de' delitti» (G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, II, Pisa, 1831, 107 s.). Come rileva M.N. MILETTI, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in *Criminalia*, 2013, 200: «nel *Dei delitti* non si rinvengono né la bozza d'un futuro, autonomo ‘penale sostanziale’ né le coordinate d'un sistema ‘scientifico’. Dell'uno e dell'altro esito il libello contiene tuttavia, *in nuce*, più d'una premessa».

²⁵ Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, 133 ss., 139.

²⁶ P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1801.

²⁷ Cfr. l'articolo 1 del Codice penale del Regno di Baviera: «Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein Gesetz ein gewisses Übel als seiner Strafe unterworfen. Und so wenig erlittene Strafe die Entschädigung aufhebt oder schmälert, so wenig tilgt oder mindert geleisteter Ersatz die verdiente Strafe».

²⁸ *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, cit., § 24.

(quale violazione delle libertà del contratto sociale protette dal *peinliches Recht*)²⁹ e la norma sanzionatoria, che «das gesetzlich bedrohte Factum (die gesetzliche Voraussetzung) ist bedingt durch die gesetzliche Strafe» (*nullum crimen sine poena legali*)³⁰.

Il principio di legalità, espresso nei cardini appena ricordati secondo l'approccio analitico di Feuerbach³¹, si inseriva in un quadro speculativo e in una linea teleologica di pensiero, a ben vedere, non esattamente collimanti con l'universo valoriale fondamentale abbracciato, nel Settecento pre-rivoluzionario, dal barone di Montesquieu sotto l'egida del binomio 'certezza e libertà' (così come in modo telegrafico è già stato superficialmente richiamato nelle pagine precedenti)³². È noto che la protezione del cittadino, quale fine irrinunciabile di indole 'politico-costituzionale', risiedeva, per il barone de Secondat, nella separazione del potere giudiziario dal potere legislativo e, al contempo, nel postulato della stretta sottoposizione del primo alla 'sovranità' del secondo. Invece, a calamitare l'attenzione del criminalista tedesco e i suoi sforzi costruttivi sistematici non pare essere *in primis* – o comunque soltanto – l'esigenza di 'certezza giuridica' (che ancora nel secolo XIX veniva esaltata contro la dispersione caotica e la nebulosità del diritto lamentate da Muratori)³³ in connessione privilegiata con le 'garanzie fondamentali civiche' elevate a schermo della libertà individuale contro le oppressioni di un potere giudiziale che, da 'tiranno nell'*ancien regime*', i *philosophes* volevano ridotto a un mero nuncio della legge nell'età dei lumi³⁴. L'idea feuerbachiana di sistema penale viene sì fondata sul 'formalismo legale', nonché ispirata a modelli di afflato 'liberale'; ma, oltre a ciò, sono anche 'certezza' ed 'efficienza' le due parole-chiave che, imprescindibili nel loro biunivoco nesso funzionale di indole 'giuridico-penalistica', rappresentano i due ulteriori pilastri che contribuiscono a reggere la nuova architettura, vivificandola e rinsaldandola, anche in ragione della

²⁹ *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, cit., § 24.

³⁰ *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, cit., § 28.

³¹ Cfr., inoltre, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt, I, 1799, 148, ove Feuerbach impiega, più brevilamente, le espressioni «*nullum crimen sine poena legali*» e «*nulla poena legalis sine crimine*».

³² Cfr. D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo*, cit., 21, che rileva come Montesquieu, «riflettendo sui fattori da cui dipende la libertà», sottolinea, innanzitutto, «il valore della certezza del diritto», in quanto «se non siamo in grado di prevedere le conseguenze giuridiche delle nostre e delle altrui azioni, se non è chiara la linea di confine tra il lecito e l'illecito, se non possiamo agire nella sicurezza di non dover temere sanzioni, allora non siamo ancora veramente liberi».

³³ Cfr., ad esempio, L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia, 1742, 69 s., secondo cui «i Giudici son divenuti padroni ed arbitri della Giustizia ... Il peggio è, esser giunto il credito di questi novelli Legislatori sì alto, che più alla loro gran sapienza si presta fede, che alla Legge stessa».

³⁴ Sull'esagerazione di questo motivo – presente anche tanto in Beccaria, quanto in Feuerbach, oltre che, ad esempio, in Bentham – così ideale come naïve, non nascondono già il loro scetticismo i giuristi delle generazioni successive (su cui v. A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, rist. 1987, 225 ss.): cfr. G. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa*, Florentiae, 1808, § 595; C. CANTÙ, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze, 1862, 82, nt. 1.

sua conservazione per il futuro, attraverso l'iscrizione alla pena di una funzione 'di coercizione psicologica', quale mezzo prospettico di 'deterrenza (generale)'³⁵.

Un tema, quello del binomio 'certezza e prevenzione', comunque iscritto in un quadro legalista e di compressione dell'arbitrio giudiziale che, approfondito da Feuerbach, si trovava anticipato sia nei rapidi cenni fatti da Beccaria in tema di funzione della pena³⁶, sia, ben prima di lui, nelle più distese e ampie dottrine di Hobbes che esitavano nella convinzione non già solo della insussistenza del crimine in forza di una *lex post factum*, ma altresì che «*malum inflictum absque consilio Cives reformandi, Poena non est ... quia de essentia Poenae est, ut terrore ejus Cives ad obedientiam conformentur*»³⁷. Lungo questa linea di pensiero, il giurista tedesco assumeva che solo una disposizione normativa già in vigore (e conoscibile nei suoi dettagli sostanziali così come nella sua portata a livello processuale) al momento della – eventuale – commissione del fatto avrebbe potuto assolvere quella funzione, reputata imprescindibile, di orientare, o contribuire a orientare, il comportamento dei singoli soggetti costituenti la comunità (oltre che di dissuasione

³⁵ P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, cit., §§ 8, 9, 11, 18; cfr., inoltre, ID., *Über die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers*, Darmstadt, 1800, *passim*; cfr., sul punto, M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, 61 (che, sulla scorta di Binding, enfatizza la radice cd. penalistica della teoria feuerbachiana); diversamente, cfr. M.A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1998, 255 (che, sulla scorta di Schreiber, ha inteso ricondurre anzitutto la matrice del principio in Feuerbach all'aspetto cd. politico).

³⁶ È nella cornice della succinta analisi del «fine delle pene» (§ XII) che Beccaria riconduce ogni finalità alla 'prevenzione' (anzitutto speciale), quale neutralizzazione del delinquente e, al contempo, intimidazione dei consociati: «Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali»; ma, in un altro paragrafo (§ XVI), Beccaria ravvisa nella deterrenza (o prevenzione generale) la finalità politica delle pene («qual è il fine politico delle pene? Il terrore degli altri uomini»).

³⁷ Le teorie penali di Hobbes negano l'esistenza naturale di un diritto di punire, elevandosi quest'ultimo a prerogativa assoluta del sovrano verso i propri sudditi e riconoscendosi lo scopo primario della pena – a livello particolare – nell'educazione e nell'emendazione del reo, oltre che – a livello globale – nella dissuasione degli innocenti, attraverso l'esempio spettacolare e terrificante (ossia attraverso la intimidazione dei consociati). Più esattamente, come emerge dal *De cive*, per Hobbes soltanto nello stato civile si può punire, ancorché secondo il fine predicato dalla legge di natura, ovvero sia indurre il delinquente all'osservanza delle leggi, o indurvi gli altri con l'esempio della sua pena; tuttavia, nella versione latina del *Leviatano*, per il pensatore il fine va compattato a quello di 'riformare i cittadini', cioè di incutere timore per favorire l'obbedienza alle leggi (sicché la correzione del singolo reo rientrerebbe nella correzione universale come funzione solo secondaria e non indispensabile): cfr. T. HOBBS, *De cive*, Parisiis, 1642, III.11; ID., *Leviathan*, Amstelodami, 1668, I.13, I.15, II.28. Locke, ancorché concependo come naturale il diritto di punire financo con la morte, e giungendo a ritenere per lo stato civile necessario il principio di irretroattività della norma penale in ragione anzitutto della libertà del singolo, pensava sì che la funzione della pena fosse anzitutto 'emendativa' del reo, ma non negava che tale funzione potesse ben essere affiancata da scopi di prevenzione speciale (attraverso la neutralizzazione del delinquente), proprio per la preservazione della comunità: il sovrano, per il padre del liberalismo anglosassone, dispone del «power to make Laws, and annex such Penalties to them, as may tend to the preservation of the whole, by cutting off those Parts, and those only, which are so corrupt, that they threaten the sound and healthy, without which no severity is lawful» (J. LOCKE, *The Second Treatise of Government*, cit., §§ 8, 12, 171).

‘speciale’, di riforma del criminale, nonché di protezione della comunità)³⁸. E ciò quale auto-limitazione del potere punitivo, quale strumento di ‘terrore umanizzato’³⁹ e quale condizione per poter qualificare un contegno umano – come si sarebbe approfondito nei decenni successivi – in termini di colpevolezza.

Di lì a breve, nell’Italia post-unitaria, da un lato, anche la cd. ‘penalistica civile’ non avrebbe mancato di ribadire la centralità incontestabile del principio di legalità soprattutto alla luce delle istanze garantistiche *pro cive* in adesione al formalismo e all’ideologia liberale (ovviamente in una cornice più complessa e stratificata, capace di abbracciare gli spunti rinvenibili nel trattatello di Beccaria *Dei delitti e delle pene* e gli approfondimenti contenuti nel *Lehrbuch* di Feuerbach)⁴⁰. Dall’altro, v’è poi che la stessa *ratio* della salvaguardia dell’essere e del funzionare dell’ordine – condivisa da più orientamenti dottrinali e politici, quale obiettivo trasversale anche tra l’epoca dei lumi e quella dei due secoli precedenti – non cessava di essere valorizzata: la scuola positiva del diritto penale, partendo da altre premesse ideali e in adesione ad altri metodi rispetto a quella classica⁴¹, postulava il diritto – prevalente sulla dimensione individuale – dello Stato e della Società di auto-conservarsi, con conseguente enfasi sulla prevenzione, anche a scapito dell’approccio garantista – con i suoi sbocchi rieducativi o retributivi della pena – *pro cive*⁴².

³⁸ *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, cit., § 133.

³⁹ «His plan was not mere terrorism; he would temper penalty with humanitarianism. To his theory of psychological constraint, Feuerbach added those principles regarding the punishment of offenders which have generally been associated with English Utilitarianism and Classical penology. These philosophical views and the political ideology that fused them with the law have persisted - and not least as regards retroactivity of penal law» (J. HALL, *Nulla Poena Sine Lege*, cit., 170).

⁴⁰ V., per tutti, E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli, I, 1882, 89 ss. Cfr., seppur orientato a sminuire il dissidio tra ‘classici’ e ‘positivisti’, M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, 148 ss. (ora anche in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti [1972-2007]*, Milano, 2009, 502 s.). Vero è, comunque, che nella fondazione da parte della cd. ‘scuola classica del diritto penale’ – per citarne il sommo vate – di «un nuovo edificio che avesse il giusto per base, il giusto per cemento, il giusto per vertice» (F. CARRARA, *Convenienza di una rivista scientifica indipendente della giurisprudenza penale*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, IV, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo Regno d’Italia osservato nella dottrina, nella legislazione e nella giurisprudenza*, I, Lucca, 1874, 364), giocarono un ruolo tutt’altro che secondario, sul piano ideologico, sia i *philosophes* (tra cui Montesquieu), sia lo stesso Beccaria.

⁴¹ «La scuola classica sorgeva in nome dell’individualismo, per rivendicarne i diritti esageratamente soffocati dallo Stato nel medio evo; così la scuola positiva cerca ora di porre un limite alla prevalenza, talvolta soverchia, di questo individualismo, e tende a ristabilire l’equilibrio fra l’elemento sociale e l’elemento individuale» (E. FERRI, *Sociologia criminale*³, Torino, 1900, 23). Sulla posizione di Francesco Carrara, cfr. L. LACCHÉ, *La penalistica costituzionale e il ‘liberalismo giuridico’. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, 1247 ss.

⁴² V., per tutti, E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, I, Milano, 1926, 178. Cfr., sul punto, anche G. LICCI, *Figure del diritto penale. Una introduzione al sistema punitivo*, Torino, 2013, 144. Che tale fine ultimo – la conservazione che lo Stato come organismo vivente rivendica come proprio diritto supremo – si riscontri pure nella cd. della scuola positivistica inaugurata dal

4. *I Romani, quei criminali ...* – Se Feuerbach formula, e in lingua latina, il principio di legalità (quasi a volerlo ammantare di un'aurea di vetusta autorevolezza)⁴³, molti filosofi e giuristi dell'epoca, nel tentativo di fare *tabula rasa* del passato, condannavano in blocco e senza appello tanto il diritto romano e quello altomedievale, quanto il diritto comune⁴⁴: tutte espressioni reputate inadeguate rispetto alle esigenze e alle conquiste del tempo e, quindi, da trattare come corpi estranei impossibili da salvare nella cornice di quelle nuove costruzioni sistematiche protese «al compito storico di cambiare volto al diritto penale, prospettando in una visione nuova i suoi temi fondamentali, trasformandolo in un'espressione di razionalità»⁴⁵.

Ferri, sebbene in tendenziale rottura – negli esiti e nei presupposti – con la recente tradizione di stampo francese e beccariano, è fuor di dubbio, ancorché in una con la parabola del garantismo che si trovava radicato tanto negli spunti di Montesquieu, quanto nelle idee di Beccaria, nonché espresso anche da Feuerbach. In antitesi agli ideali illuministi di indole liberale propri della cd. scuola classica (connessi ai temi del formalismo legale quale auto-limitazione del potere, del ruolo giudiziale ridotto a mera bocca della legge, della funzione garantista del diritto criminale in chiave di retribuzione e di deterrenza), i positivisti, nell'identificare lo Stato e la Società, nel proporre un realismo ontologico di impronta sostanzialistica, nel riscrivere l'ufficio del giudice in senso scienziata e criminalistico, proclamano la difesa sociale (e quindi statale) contro la delinquenza come lo scopo della giustizia penale, sostituiscono al libero arbitrio il determinismo biologico e sociale, trasformano il pilastro della imputabilità in quello della pericolosità, valorizzano la funzione special-preventiva della pena.

⁴³ Anche Hannah Arendt pare ritenere, ed erroneamente, che il principio di legalità sia coesistente alla più antica tradizione dell'Occidente: «*Nullum crimen sine lege*: dunque la legge è effettivamente anteriore al crimine, o nelle parole della lettera ai romani: la legge ha portato il peccato nel mondo. Se si aggiunge che la legge esiste in ragione del crimine possibile, si è già stipulata la natura peccaminosa dell'uomo. (Nota bene: con tutta evidenza, Paolo interpreta la legge ebraica alla maniera ebraica, ovvero nel modo in cui la legge non esiste in quanto recinzione). D'altro canto: se non esiste crimine senza legge, non esiste affatto un crimine in sé» (H. ARENDT, *Quaderni e diari*, trad. it., Vicenza, 2007, 215). E, per di più, come rammenta V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*⁵, Napoli, 1998, 71, nel 1933 il Ministro di giustizia tedesco giunge a proclamare in un memoriale «che il principio di legalità sarebbe stato espressione dell'individualismo ad oltranza dei romani».

⁴⁴ La critica non poteva che aver gioco facile nel valutare negativamente i regni barbarici e quelli carolingi (atteso che nei primi il diritto penale era basato principalmente sulla consuetudine, mentre nei secondi la repressione era rimessa alla discrezionalità del sovrano, assoluto da qualsivoglia legge), nonché l'Italia comunale (in cui la maggior parte degli statuti consentiva tanto l'applicazione analogica *in criminalibus*, quanto la persecuzione di un fatto anche in assenza di una norma incriminatrice): cfr. U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*², Padova, 1955, 39 ss., 61 ss., 228 ss., il quale, peraltro, ha sostenuto che il principio di legalità fosse operante negli ordinamenti comunali italiani tra i secoli XIII-XIV, proprio in ragione del ricorso da parte dei giudici all'applicazione analogica delle norme penali (cfr., sul punto, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Padova, 2011, 70: «non esiste ... una necessaria correlazione, ma soltanto una consolidata tendenza, tra ordinamento liberal-democratico e divieto di analogia, come comprova il fatto che in paesi di radicata tradizione democratica, quali i Paesi scandinavi e l'Inghilterra, non esiste un tale espresso divieto, senza che con ciò siano scosse le garanzie dei destinatari della norma penale»; analogamente, v. K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, 27).

⁴⁵ S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano, I, Concetti, fonti, validità, interpretazione*², Padova, 2009, 200.

L'iconoclastica aggressività del Beccaria – e, con la sua, quella di molti dell'Accademia dei Pugni che ruotavano attorno alla figura di Pietro Verri⁴⁶ – nei confronti del diritto romano, non solo simbolo, ma anche base concreta di una tradizione europea da ripudiare *en bloc* perché irrimediabile e solo sostituibile⁴⁷, è celebre quanto le parole incluse nella prefazione alla quinta edizione del suo *pamphlet* su delitti e pene⁴⁸. Del resto, un diritto che era anzitutto interpretazione

⁴⁶ Sulle penetranti influenze di Verri, cfr. G. FRANCONI, *La prima redazione del 'Dei delitti e delle pene'*, in *Studi settecenteschi*, I, 1981, 103 ss.; ID., *Notizia sul manoscritto della seconda redazione del 'Dei delitti e delle pene' (con una appendice di inediti di Pietro Verri relativi all'opera di Beccaria)*, in *Studi settecenteschi*, VII-VIII, 1985-1986, 229 ss., 272 ss., 285 ss. La critica al diritto romano, destinata in quella temperie e in quell'ambiente a divenire sistemica, pervade sino al midollo le tesi circolanti tra i giovani riformatori dell'Accademia dei Pugni: qui viene teorizzata con *vis rhetorica* l'urgenza di versare rapidamente nella prassi i succhi del frutto più maturo dell'illuminismo; qui viene propugnato il necessario superamento dell'Antico Regime; qui il tempo della pacata riflessione e della profonda rimediazione, in vista del fine perseguito, cede il passo alla fretta di un messaggio che, teso a calamitare senz'altro l'opinione comune, non deve essere sorretto da profonde conoscenze e delicatezze storico-giuridiche. La centralità e l'ingombranza storiche del diritto romano sono, dunque, un ostacolo da superare: Pietro Verri (che è anima, se non penna, anche della premessa a *A chi legge* dell'edizione del 1766 del fortunatissimo libretto di Beccaria), se nell'*Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese* del 1763 non pone mai il diritto romano ad oggetto di analisi critica, di contro, nelle *Considerazioni sul commercio dello Stato di Milano* (dello stesso anno), ove auspica la liberalizzazione del commercio dei grani, fa risalire in un feroce *obiter dictum* al diritto di Roma l'impostazione protezionista che aveva innervato la vita economica degli stati moderni e, quindi, al diritto romano attribuisce la responsabilità del divieto di libero commercio. Il freno insensato di vincoli mutuati dal diritto romano, propri di una società lontanissima nel tempo e profondamente diversa per struttura economica e sociale, ad avviso di Verri, avrebbe dovuto essere eliminato al più presto, per evitare così il collasso di una economia e di una società potenzialmente vitali e crescenti.

⁴⁷ Cfr. M.G. DI RENZO VILLATA, *La critica del diritto giurisprudenziale e le riforme legislative*, in *Enciclopedia Italiana. Ottava appendice. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, sotto la direzione scientifica di P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti e B. Sordi, Roma, 2012, 207 ss. Verri è del resto, che nella Milano del Beccaria, così come in non poche parti di Europa dell'epoca, le *communes opiniones*, in una con i vari tipi di *stylus curiae*, fondate su un imprescindibile *humus* romanistico, rappresentavano le principali fonti di diritto comune, di talché la regola da rinvenire per la soluzione del caso della vita era formalmente e sostanzialmente l'esito dell'applicazione di *iura dei Digesta* e di *leges del Codex* (cfr. A. CAVANNA, *Giudici e leggi a Milano nell'età del Beccaria*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa. Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita promosso dal Comune di Milano*, Roma - Bari, 1990, 168 ss.; M.G. DI RENZO VILLATA, *Giuristi, cultura giuridica e idee di riforma nell'età di Beccaria*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, cit., 225 ss.).

⁴⁸ «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 Carpozio, 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». L'edizione quinta del libretto *Dei delitti e delle pene* fu pubblicata a Livorno, ma con l'artificiosa indicazione di Harlem nel frontespizio, e fu altresì l'ultima

e non legge (o non solo legge) non poteva che attirare la ripugnanza di coloro che, come Beccaria e Verri (o anche come Pilati), mossi da una mai celata volontà di ‘palingenesi’ dell’esistente, più politica e ideologica che giuridica⁴⁹, al ‘virus’ della dottrina – sia delle corti, sia dei giuristi –, volevano rispondere con il ‘vaccino’ della legge quale consacrazione (chiara, sintetica, esaustiva) della ragione; e che, dunque, al passato, in adesione a una forma di apriorismo manicheo che non poteva che essere anche mistificazione della realtà, volevano sostituire un futuro senza radici⁵⁰: «dunque si proibisca al giudice di interpretare la legge; dunque si riduca ad esser mero esecutore della legge; dunque eseguisca la legge nel puro e stretto significato delle parole, e nella materiale disposizione della lettera»⁵¹.

La censura demolitrice di quei decenni, professata e attuata con netti tagli d’accetta, si rifiutava di avvedersi delle continuità tra passato e presente. A titolo

che Cesare Beccaria contribuì a curare (cfr. L. FIRPO, *Le edizioni italiane del «Dei delitti e delle pene»*, in *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, Milano, 1984, 373 ss.). In quello stesso anno del Settecento pre-rivoluzionario, un’altra voce di critico dissenso si radicalizza in una chiusura assoluta verso un’anticaglia non solo reputata inutile ma addirittura dannosa, ossia il diritto romano quale anima di un sistema iniquo, incoerente, inintelligibile, di cui molti cantano un trionfante epitaffio: è la voce di un giurista ‘autentico’, tanto di formazione europea, quanto di spiriti illuministi (v. C. PILATI, *Difetti delle leggi romane*, in *Ragionamenti intorno alla legge naturale e civile di Carlantonio Pilati professore di legge in Trento*, Venezia, 1766, 44 ss.). Su tutto ciò, v., ampiamente, G. ROSSI, *Il ripudio del diritto giustiniano e la riforma della società nell’Europa del Settecento: Beccaria nel contesto europeo, in Attualità e storicità del «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione*, a cura di G. Rossi e F. Zanuso, Napoli, 2015, 3 ss.

⁴⁹ In questo senso v. P. AUDEGEAN, *Dei delitti e delle pene: significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, in *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di D. Ippolito, Napoli, 2014, 71 ss.; ma v., altresì, L. GARLATI, *Beccaria giurista riluttante?*, in *Da Beccaria a Manzoni. La riflessione sulla giustizia a Milano: un laboratorio europeo*, a cura di G. Panizza, Milano, 2014, 67 ss. Va notato come nel 1764 il ‘vero’ giurista del Caffè, ossia Alessandro Verri, pubblicò il contributo *Di Giustiniano e delle sue leggi* (in *Il Caffè. 1764-1766*, a cura di G. Francioni e S. Romagnoli, I, Torino, 1998, 177 ss.): qui il Digesto è descritto come il risultato di un’iniziativa in toto rovinosa, mal progettata e mal condotta (in quanto tesa a compulsare in un testo, per quanto monumentale, stralci di giuristi classici relativi a casi particolari, tra loro slegati e giustapposti con la forza, irriducibili a sistema proprio perché innestati in una esperienza, quella compresa tra ultima età repubblicana ed epoca dei Severi, che alla ‘controversialità’ era fisiologicamente connessa e che, quindi, era impossibile ridurre *ad unum*), distruttiva più che conservativa (in quanto volta a cancellare, nelle sue peculiarità, la *scientia iuris* dell’età classica), deficitaria di un autentico sforzo diretto alla formulazione di principi giuridici generali. Un’opera, insomma, filologicamente scorretta, giuridicamente inappagante, praticamente controproducente. Nel pensiero di Alessandro Verri, dunque, viene biasimato non il diritto romano (classico) in sé e per sé inteso, ma il *collage* falsificante voluto da Giustiniano, il quale – intendendo sostituire alla *prudencia* dei classici la volontà imperiale, così tentando di ridurre a sinfonia imperativa la polifonia scientifica – dimostra non solo di mancare di profondità storica, ma, in un eccesso di tracotanza, di soffrire, sul piano tecnico-giuridico, di miopia e di assenza di realismo. Finezze al chiaroscuro, queste di Alessandro Verri, che nelle visioni sempre monocrome propugnatte da Beccaria (e, quindi, da Pietro Verri), invece, non si ha mai il piacere di rinvenire.

⁵⁰ Del resto, il descrivere l’antico diritto penale come dominato *toto caelo* dalla incertezza e dall’arbitrio sarebbe falso e assurdo: cfr. A. LAINGUI - A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, I, Paris, 1979, 5.

⁵¹ P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi*, in *Il Caffè. 1764-1766*, cit., II, 695 ss.

di esempio, e senza voler qui invocare – il che implicherebbe non poche forzature – come esatto antecedente del principio ‘*nullum crimen sine lege*’ l’art. 39 della *Magna Charta libertatum*⁵², se si osservano con attenzione le opinioni di giureconsulti ancora non illuminati e operanti in quel deprecatissimo tessuto giuridico di dispersione e di molteplicità (come Giacomo Menochio e Tiberio Deciani), non solo emerge come il metodo essenzialmente casistico e controversiale condusse, e non soltanto in casi eccezionali, a favorire il reo in applicazione del principio comune secondo cui *in criminalibus* va scelta la *interpretatio benignior*, ma anche risulta se non espresso, comunque sotteso alle soluzioni ai casi concreti della vita contemplati il principio della lettura restrittiva della legge penale insieme a quello della applicazione giudiziale della sola pena stabilita dal diritto⁵³.

L’illuminismo non è, tuttavia, così accecante da non permettere ad altri uomini della Ragione di proiettare lo sguardo all’indietro e di trovare, nel fitto tessuto che intreccia le concezioni fiorite nell’età moderna, uno spazio vitalissimo anche per il diritto romano, un diritto che – come da tutti noto – ancora il Carrara non esitava a qualificare come opera di «giganti» per quanto atteneva il *ius civile*, e di «pigmei» con riguardo alla materia penalistica⁵⁴.

⁵² «*Nullus liber capiatur vel imprisonetur, aut disseisiat, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*». Più che come una prima formulazione del principio di legalità (sia atteso che non si escludeva espressamente né l’uso dell’analogia, né il diritto consuetudinario come fonte, sia posto che è dubbio se *lex terrae* sia solo legge procedurale o anche legge sostanziale), la *Magna Charta* di Re Giovanni risale al 1215, primo documento formale di riconoscimento dei diritti degli uomini liberi del regno: nel succitato art. 39 trova consacrazione, infatti, il cd. *habeas corpus*, ossia la garanzia di non poter essere arrestati, imprigionati o danneggiati in alcun modo, se non a seguito di un giudizio di pari e secondo la legge del regno, invero in perfetta sintonia con una *ratio* non eterogenea a quella sottesa al principio di legalità. Cfr., in tema, P. VINOGRADOFF, *C. 39*, in *Magna Carta Commemoration Essays*, edited by H.E. Malden, London, 1917, 85 («the struggle was waged to secure trial in properly constituted courts of justice and in accordance with established law. The latter requirement would apply equally to substantive rules as far as they existed, and to procedure»); F.M. POWICKE, *Per Iudicium Parium vel per Legem Terrae*, in *Magna Carta Commemoration Essays*, cit., 103 (secondo cui «the phrase ‘*lex terrae*’ suggests ... many varieties of law and procedure»); J. HALL, ‘*Nulla poena sine lege*’, cit., 166 s. («it is probable that *lex terrae* in the famous 39th clause did mean more than procedural guarantees»; «more likely was it a limitation of both process and substantive law upon the royal prerogative»); v., inoltre, J.P.A. COOPMANS, ‘*Nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*’, in *Brocardica in honorem di G.C.J.J. van den Bergh*, Deventer, 1987, 21 ss.

⁵³ G. MENOCHIO, *De Praesumptionibus, conjecturis, signis et indicis. Commentaria, Editio omnium postrema*, II.5, *De Praesumptionibus, conjecturis, signis et indicis circa delicta maleficiaque versantur*, Coloniae, 1686, *Praesumptio XLIX.1-2* («*poenam non posse indici, nisi expresso iure cautum sit*»; «*poena mitior praesumitur a lege vel iudice imposita, ex quo in his stricta admodum fieri debet interpretatio*»); T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, I.1, Venetiis, 1590, II.19 («*cum ante legem, et si esset forte actus illicitus, non tamen formam habebat delicti*»). Cfr., inoltre, su alcuni precedenti nel diritto canonico, O. GIACCHI, *Precedenti canonistici del principio ‘Nullum crimen sine proevia lege poenali’*, in *Studi in onore di F. Scaduto*, I, Firenze, 1936, 433 ss.

⁵⁴ La celeberrima frase del Carrara era riportata da E. FERRI, *La riabilitazione del diritto penale romano*, in *Studi giuridici offerti per il XXXV anno d’insegnamento di F. Serafini*, Firenze, 1892, 47.

Ad esempio, nella Francia pre-rivoluzionaria, Antoine-Gaspard Boucher d'Argis, estensore della maggior parte delle voci d'argomento giuridico contenute nell'*Encyclopédie*, nella voce *Droit romain* dimostrava un'inclinazione moderata, non solo richiamando del diritto romano difetti, ma enfatizzando la sua funzione di «diritto comune» in molti paesi europei e soprattutto ascrivendogli il ruolo di deposito di norme fondate su ragione ed equità svolto anche in quegli ordinamenti nei quali ha funzione meramente sussidiaria rispetto al diritto locale particolare⁵⁵. E, similmente, nell'impero asburgico (che nel 1753 conosceva, grazie a Maria Teresa, una riforma profonda degli studi giuridici propugnante, in sostituzione della tradizionale didattica fondata sulla lettura del *Corpus iuris civilis*, una serie di corsi specialistici), Carlo Antonio Martini dava alle stampe una fortunata storia del diritto romano, segno che quest'ultimo, pur non più vigente e pur non più primo viatico nella formazione dei nuovi dottori, non era ancora ritenuto, nonostante i lumi, un oggetto da dimenticare e dismettere come inutile fardello lasciato da un'età di barbarie o da attaccare come nemico pernicioso⁵⁶.

Con riguardo precipuo alla materia penale, poi, con lo Spirito non si può tacere dell'attenzione serbata con sincerità e consapevolezza all'esperienza del passato da due grandi giuristi della cultura illuministica del secolo XVIII, difensori sì della necessità di una riscrittura del sistema penale, ma anche sostenitori della rilevanza imprescindibile della storia e dei modelli (ora per superarli, ora per adattarli, ora per conservarli nel presente e nel futuro): vale a dire Gaetano Filangieri e Francesco Maria Pagano. Il primo, nella sua *Scienza della legislazione*, «dichiara esplicitamente quale importanza ... annetta alla sapienza giuridica degli antichi e afferma di essersi prefisso appunto il compito di attingere al mondo classico i principi per la riforma delle nuove legislazioni»⁵⁷. Il secondo, da un lato, non esita ad ammettere che «i Romani giureconsulti, come rilevasi dai frammenti, che

Con I. MEREU, *Storia del diritto penale nel '500. Studi e ricerche*, Napoli, 1964, 22, non va peraltro dimenticata quella «posizione assurda per cui mentre si citano i loro libri e si approva quanto dicono, tuttavia si parte sempre da quegli 'idola' per cui tutto ciò che era stato fatto prima fosse assolutamente da rifiutare».

⁵⁵ A.-G. BOUCHER D'ARGIS, voce *Droit romain*, in *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une Société de gens de lettres*, mis en ordre et publié par M. Diderot et M. D'Alembert, V, Paris, 1755, 137 ss. («Toutes les nations policées, même celles qui ont des lois particulieres, ont toujours regardé le droit romain comme un corps de principes fondés sur la raison & sur l'équité, c'est pourquoi on y a recours au défaut des lois particulieres du pays»; «mais malgré tous ces inconvéniens, il faut aussi convenir que le droit romain est la meilleure source où l'on soit à portée de puiser la science des lois, & qu'un jurisconsulte qui se borneroit à étudier les lois particulieres de son pays, sans y joindre la connoissance du droit romain, se seroit jamais qu'un homme superficiel; disons plutôt qu'il ne mériteroit point le nom de jurisconsulte, & qu'il ne feroit au plus qu'un médiocre praticien»).

⁵⁶ Cfr., sull'argomento, G. Rossi, *Carlo Antonio de Martini «Storico del diritto»: l'«Ordo historiae iuris civilis» (1755)*, in *Storia, istituzioni e diritto in Carlo Antonio de Martini (1726-1800). Atti del II Colloquio europeo Martini (Trento, 18-19 ottobre 2000)*, a cura di G. Pallaver, R. Palme, G. Rossi e G. Zucchini, Trento, 2002, 129 ss.

⁵⁷ U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., 49 s.

restano ancora nel libro 47 e 48 del Digesto, scrissero molti trattati particolari, o su di ciascun delitto, ovvero su i giudizj capitali, oppure su i testimonii, e le prove», dando tuttavia come dato certo che nessuno di loro «avesse formata una generale istituzione del Diritto Criminale; e meno, che avessero ridotte le prove a generali, e scientifici principii»; dall'altro, l'autore delle *Considerazioni sul processo criminale* «risale senz'altro alle fonti romane e a esse si ispira continuamente nella soluzione dei singoli problemi», tant'è che «per giungere alla determinazione della migliore procedura ... fa la storia del processo criminale dall'antichità ai nostri giorni e finisce col concludere che occorre ritornare alla via seguita ai tempi romani»⁵⁸.

Insomma, non tutti, in quell'epoca di stravolgimenti radicali, erano pronti a vedere il *Criminalrecht* di Roma come «ganz schlecht» e «zum Theil wirklich niederträchtig»⁵⁹.

5. *Due vie alternative al principio di legalità.* – Che il principio ‘*nullum crimen et nulla poena sine lege*’ trovasse qualche espressione generale negli ordinamenti giuridici dei secoli precedenti l'età dei Lumi, in particolare nell'esperienza giuridica romana, non di rado omologata in senso critico alle esperienze di età medievale⁶⁰, ovviamente sarebbe assai arduo, oltre che inutile, tentare di sostenere.

I *prudentes* non sentirono mai la necessità di formulare, non dico compiutamente, ma solo impressionisticamente, i corollari ‘feuerbachiani’ del principio di legalità nell'ambito della repressione penale, i quali, invece, sono stati elevati – anzitutto dal pensiero illuminista – a cardini indefettibili di ogni sistema penale statuale che voglia dirsi almeno non barbarico: e ciò ben può comprendersi avendosi a mente che, in Roma, la qualificazione di un fatto come reato «non solo non era riservata a una specifica fonte atta a introdurre norme in senso proprio», ma neppure a una fonte idonea a introdurre «norme in senso proprio, in quanto dotate di quei caratteri di generalità e astrattezza che sentiamo a esse indefettibili»⁶¹.

Se ai suoi albori il principio di legalità viene declinato ora come un baluardo delle libertà civiche in connessione alla separazione dei poteri, ora come un presupposto della funzione deterrente o preventiva ascritta alla pena, ciò non significa che l'ordinamento romano – attraverso la voce dei giuristi e degli ‘attori’ isti-

⁵⁸ ID., *Storia del diritto penale italiano*, cit., 51 s.

⁵⁹ TH. MOMMSEN, *Die Bedeutung des römischen Rechts*, in *Gesammelte Schriften*, III, Berlin, 1907, 595.

⁶⁰ V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., 132; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel diritto criminale (a proposito della sacertà)*, in *BIDR*, LXXXIX, 1986, 341; N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale nell'esperienza giuridica romana*, Parma, 1992, 86.

⁶¹ L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in ‘*Crimina*’ e ‘*Delicta*’. *Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, Napoli, 2019, 13 (già apparso, tra l'altro, in ID., *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008, 95 ss.).

tuzionali – non avesse avvertito nel suo divenire storico queste due istanze come di grande momento e non avesse percorso vie diverse da quella della ‘previa disposizione generale e astratta scritta’, ancorché orientate verso la medesima meta, per soddisfarle.

Da un lato, all’interno di un sistema imperniato sulla ‘sovranità’ del *populus universus* e ispirato più che alla ‘separazione dei poteri’ a un ‘equilibrio politico’ da conquistarsi compromissoriamente caso per caso tra ‘poteri perennemente antagonisti’, il blocco della esecutività dei provvedimenti magistratuali e para-magistratuali per il tramite della *provocatio ad populum*, quale diritto di ogni singolo cittadino riconosciuto già nel 509 a.C. e fortemente potenziato nel 451-450 a.C.⁶², nonché della *intercessio* tribunizia, quale potere negativo vuoi a difesa dei singoli plebei contro gli abusi dei patrizi detentori del potere vuoi nell’interesse generale della *pars plebea*⁶³, era, come ben noto, lo strumento principe di attuazione concreta della *libertas*⁶⁴, ossia di quel principio consustanziale alla costituzione repubblicana di Roma che sia si identificava positivamente nell’appartenenza del *civis*, tanto patrizio quanto plebeo, al *Populus Romanus Quirites*, sia consisteva negativamente nell’esclusione (storicamente progressiva) dei *vestigia* del *regnum* primitivo⁶⁵ (come, appunto, l’iscrizione ai magistrati – *in potestate po-*

⁶² V., per la prima *lex Valeria*, Cic. *rep.* 2.31.53 (v., inoltre, Cic. *rep.* 1.40.62, Cic. *acad. pr.* 2.5.13); Dion. Hal. 5.19.4; Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.16, 23; per il sistema decemvirale implicante la competenza esclusiva dell’assemblea centuriata e lo strumento della *provocatio ad populum*, cfr. Cic. *rep.* 2.31.54; Cic. *Sest.* 30.65 (cfr., altresì, Cic. *Sest.* 34.73); Cic. *rep.* 2.36.61; Cic. *leg.* 3.4.11 (cfr., altresì, Pol. 6.14.6, nonché Plaut. *aul.* 200, *truc.* 819, *pseud.* 1232); Salv. *gub.* 8.5 (cfr., altresì, Aug. *civ.* 1.19; Dion. Hal. 3.22.3). Sul punto mi permetto di rinviare, con fonti e letteratura, a C. PELLOSO, ‘*Provocatio ad populum*’ e poteri magistratuali dal processo all’Orazio superstite alla morte di Appio Claudio decemviro, in *SDHI*, LXXXII, 2016, 219 ss.

⁶³ V., paradigmaticamente, per l’esercizio tribunizio del potere di veto (contro gli atti dei consoli e del senato), Liv. 2.44, 2.55, 4.6, 4.43, 4.48-49-50, 4.53, 4.57, 5.2, 5.9, 5.29, 6.35-39, 7.17, 8.34, 9.8, 10.9, 10.37, 25.3, 27.6, 28.45, 30.43, 31.20, 33.25, 34.1, 34.5, 34.8, 35.8, 36.40, 38.36, 38.54, 38.60, 39.4-5, 39.38, 41.6, 42.10, 43.16, 45.15, 45.21; sul potere di ausilio suscitato da richiesta o promosso *sua sponte* dai tribuni, cfr. Pol. 6.16.4-5; Liv. 6.35.10, 7.17.13, 10.9.1, 27.6.2, 43.16.6-9; Cass. Dio 37.9.4-5, 41.2.2-3. Sul ruolo centrale dei tribuni per la vita stessa della *libera res publica*, cfr. Cic. *leg.* 3.5. 15-16; Plut. *Ti. Gracch.* 15.2-3. Per una più ampia trattazione, mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, *Democracies and Republics*, cit., 71 ss.

⁶⁴ E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione*, trad. it., Torino, 2001, 249 ss.: «la nozione di ‘libertà’ si costituisce dalla nozione secolarizzata di ‘crescita’, crescita di una categoria sociale, sviluppo di una comunità», di talché il senso primitivo di ‘libertà’ «è quello dell’appartenenza a una razza etnica designata con una metafora di crescita vegetale», appartenenza che «conferisce un privilegio che lo straniero e lo schiavo non conoscono mai». Tale prospettiva è stata di recente valorizzata, da diverse e non compatibili specole, da L. GAROFALO, ‘*Homo liber*’ et ‘*homo sacer*’: *deux archétypes de l’appartenance*, in *RHD*, LXXXVII, 2009, 317 ss.; ID., *Disapplicazione del diritto e status sanzinatori in Roma arcaica. In dialogo con Aldo Prosdocimi*, Napoli, 2020, 38 ss., 66 ss.; M. DE SIMONE, *Studi sulla ‘patria potestas’. Il filius familias designatus rei publicae civis*, Torino, 2017, 131 s., 138 e 165 ss.

⁶⁵ Cfr. D. 49.15.7.1; Varro *lat.* 9.6; Cic. *off.* 1.124; Cic. *or.* 2.167; Sen. *ep.* 14.7; v., inoltre, Cic. *rep.* 1.25.39; Tac. *ann.* 1.1.1, nonché Cic. *or.* 2.199; Liv. 3.45.8, 3.55.4, 3.56.5-8; Dion. Hal. 6.58.2.

puli a differenza del *rex* – dei poteri supremi di *iudicatio* e di *coercitio* aventi implicazioni gravi sulla vita del singolo)⁶⁶.

Dall'altro, in una evidente propensione tendenziale all'*utilitas rei Romanae*⁶⁷, la funzione della pena che dall'età repubblicana parve assestarsi come nettamente prevalente⁶⁸ nelle speculazioni prima 'retoriche' e 'filosofiche', poi anche 'giuridiche', speculazioni fondate necessariamente sugli aspetti formali della repressione (quali le ritualità scenografiche delle pene capitali o di quelle corporali), oltre che sulle prassi storicamente invalse (quale quella dell'esilio) e sulle riforme attuate (quale la mitigazione dell'originaria severità di taluni castighi), era proprio la medesima che nel Settecento e nell'Ottocento i pensatori illuministici e liberali volevano assicurata a monte dal principio di legalità. Infatti, nell'*ordo iudiciorum publicorum* l'idea già primitiva – pur mai del tutto obliterata⁶⁹ – di 'retribuzione'

⁶⁶ Sulla progressiva estensione della gamma di fattispecie rilevanti ai fini della *provocatio ad populum*, cfr., per tutti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, 32, 34, 52 ss., 71 ss., che ricorda oltre alla *lex Valeria* del 509 a.C. e alle XII Tavole, la *lex Valeria Horatia* del 449 a.C. (che vieta la creazione di magistrature *sine provocazione*), la *lex Valeria Corvi* del 300 a.C. (che rinnova l'antico divieto di mettere a morte il cittadino e introduce una espressa sanzione per l'ipotesi di trasgressioni da parte del magistrato), nonché le *leges Porciae* del II secolo a.C. (la prima concessiva della *provocatio* contro la fustigazione come autonoma sanzione, la seconda estensiva della applicabilità del rimedio anche fuori Roma nonché a favore dei soldati nei confronti del comandante, la terza intensificante le sanzioni previste per il caso di mancato rispetto delle garanzie civiche); circa l'estensione della *provocatio* anche a multe, secondo la *communis opinio* – espressa dallo stesso Santalucia – le multe superiori a 3020 assi furono oggetto di *provocatio* solo con le *leges Aternia Tarpeia* e *Menenia Sextia* (cfr., per tutti, B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, 167).

⁶⁷ Su ciò, v., per tutti, R. SCEVOLA, *'Utilitas publica'*, I, *Emersione nel pensiero greco e romano*; II, *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012.

⁶⁸ Paradigmaticamente, cfr., sul punto, M. HUMBERT, *La peine en droit romain*, in *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, LV, *La peine - punishment*, Bruxelles, 1989, 133 ss.; F. LUCREZI, *'Senatusconsultum Macedonianum'*, Napoli, 1992, 180 ss.; A. WACKE, *Le finalità della sanzione penale nelle fonti romane*, in *Index*, XXXVII, 2009, 137 ss.; A. MANNI, *'Mors omnia solvit'. La morte del reus nel processo penale romano*, Napoli, 2013, 44 ss., 109 ss.

⁶⁹ Da un lato, con Botta si può sottolineare come la funzione 'vendicativa' abbia mantenuto, pur in linea con una generale mimetizzazione, «un rilevante valore, se non, certo, come esecuzione della pena, come pretesa alla stessa» (F. BOTTA, *La vendetta come 'officium pietatis'*, in *Antropologia della vendetta*, a cura di G. Lorini e M. Masia, Napoli, 2015, 23). Dall'altro, con R. LAMACCHIA, *Sull'evoluzione semantica di 'poena'*, in *Studia Florentina*, a cura di A. Roneoni, Roma, 1970, 138, va sottolineato che «il carattere di retribuzione resterà alla base di quasi tutte le espressioni che, variando le più antiche formule, verranno usate dagli autori latini di età repubblicana e oltre. Basta dare uno sguardo al piuttosto ampio vocabolario usato da Cicerone al riguardo; sia gli attributi aggettivali e avverbiali che i verbi che vengono uniti a *poena* riflettono, in una ora meno, ora più sciolta libertà espressiva, l'impronta originaria del termine»; cfr. al riguardo Cic. *Mil.* 85; talvolta le pene potranno «essere *maximae* (*Att.* 11.8.1), *graves iustaeque* (*Lael.* 37) ... o saranno unite a *satis* (*Sest.* 145), a *tantus ... quantus* (*off.* 2.18)». Ancora nel giovane Cicerone (Cic. *inv.* 2.47.138, su cui v. A. MANNI, *'Mors omnia solvit'*, cit., 51) emerge una visione della pena quale conseguenza negativa che il reo deve subire per la sua *culpa* e la sua *malitia*: ma si può trattare di enfasi e prospettive che non escludono altre contestuali *rationes* (cfr. F. FASOLINO, *'Poena constituitur in emendationem hominum': riflessioni sulla funzione emendatrice della pena nel tardo antico*, in *Koinonia*, XXXIX, 2015, 154: «bisogna dismettere quel convincimento, anch'esso abbastanza diffuso, che vi sia una

da affliggere al reo *quia peccatum est* sempre più sfumava sotto il peso della concessione dell'esilio volontario, in una logica 'prospettiva' e 'general-utilitaristica' di liberazione della comunità dal reo, piuttosto che in una logica 'retrospettiva' di eliminazione afflittiva di quest'ultimo, oppure in una supposta tolleranza verso il crimine⁷⁰.

sorta di naturale 'evoluzione' del sistema punitivo, che da logiche ispirate alla vendetta ed al principio del taglione sarebbe via via approdato a più moderne concezioni maggiormente improntate a criteri di umanità e, in senso lato, pedagogico-rieducative»; in senso 'evoluzionistico', cfr. F.M. DE ROBERTIS, *La funzione della pena nel diritto romano*, in *Scritti varii di diritto romano*, III, *Diritto penale*, Bari, 1987, 24 ss.).

⁷⁰ «È notorio ... che la pena di morte venne presto in disuso, e fu scarsamente adoperata» (U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, 97). Infatti, come nota B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 238, sulla scorta di Polibio (6.14.7-8), «la pena di morte veniva di fatto applicata assai raramente, essendo diffusa la prassi di consentire all'imputato, fintantoché non fosse stato pronunciato l'ultimo voto decisivo per la condanna, di abbandonare il territorio cittadino e di recarsi in volontario esilio presso una città, stretta a Roma da un accordo internazionale che riconoscesse tale diritto»; inoltre, se «la legislazione corneliana manteneva l'antica pena di morte», tuttavia «l'impressione del contrario è dovuta unicamente al perdurare della vecchia prassi dell'esilio volontario» (cfr. Id., *Diritto e processo penale*, cit., 88; v., in termini simili, già TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 42 ss.; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, rist., Roma, 1976, 151; E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921, 94; v., inoltre, E.L. GRASMÜCK, *'Exilium'. Untersuchungen zur Verbannung in der Antike*, Paderborn, 1978, 96; R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, New York, 1996, 16). Sul punto, G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino, 2015, 51 ss., 57 ss., opportunamente mette in risalto come a Roma si procedette alla irrogazione della pena capitale – e giammai in connessione con processi comiziali o con *quaestiones* permanenti – solo in «ipotesi eccezionali legate alla particolare gravità dei reati ... che dunque mettevano in crisi il rapporto della comunità con il divino, ovvero mettevano gravemente a rischio la stabilità stessa della repubblica»; infatti con E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano, 2011, 177, ben si può ricordare che «secondo quanto riportano le fonti, l'ultima esecuzione con la scure ebbe luogo nel 509», e, con M. JOŃCA, *The Scope of 'exilium voluntarium' in the Roman Republic*, in *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, a cura di B. Santalucia, Pavia, 2009, 78, che dopo il 384 a.C. non vi è evidenza di pene capitali pronunciate dalle assemblee popolari. Tutto ciò, ovviamente, non significa negare la contrarietà alla originaria «romana praticità» di quella dottrina che attribuisca «alla pena una funzione emendatrice del delinquente ... rappresentando il male che ne forma oggetto come un beneficio desiderabile dal delinquente stesso» (E. COSTA, *Cicerone*, cit., 74; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., 139: «in Seneca [Sull'ira 1.19.7] si usa trovare lo spunto, benvero su una intuizione di Platone, della funzione 'emendatrice' della punizione (*ut emendet*), che sembra riecheggiata anche da Paolo (D. 48.19.20)»; v., inoltre, sulla complessa visione *pro futuro* della pena in Seneca (ossia quale 'prudente' strumento prospettico per correggere o per eliminare i rei, così come per dissuadere i consociati dal peccare, piuttosto che per colpire retrospettivamente gli autori per il loro *peccatum*): Sen. *clem.* 1.5.1, 1.6.3-4, 1.22.1-2, 2.7.4-5; Sen. *ira* 3.19.2; sul punto, cfr. F. LUCREZI, *'Ne peccetur', 'quia peccatum est': sulle ragioni della pena nel mondo antico*, in *'Minima de poenis'*, I, Napoli, 2015, 59; F. FASOLINO, *Pena, annistia, emenda: una prospettiva storico-giuridica*, Napoli, 2016, 94 ss.; A. MANNI, *'Poena constituitur in emendationem hominum'. Alle origini di una riflessione giurisprudenziale sulla pena*, Napoli, 2017, 76 ss., 79 s.; sulla funzione emendatrice del reo e sulla sua non centralità nell'ordinamento giuridico romano arcaico, repubblicano e dell'età del principato (di volta in volta risultando prevalenti altre finalità della pena), cfr. B. SANTALUCIA, *'Metu coercendos esse homines putaverunt'. Osservazioni sulle funzioni della pena nell'età del Principato*, in *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale. Atti del convegno della Società Italiana di Storia del Diritto (Brescia, 16-17 ottobre 2009)*, a cura di

La *ratio* retributiva, inoltre, veniva affiancata e sovrastata da quella – invero mai assente nelle riflessioni antiche – di ‘esempio’ e di ‘intimidazione’ per i consociati *ne peccetur*. Erano l’apparente ‘sproporzione’ esistente non di rado tra fatto e conseguenza sanzionatoria (esclusa dalla maggior ‘mitezza’ dettata ora da ragioni solo ristorative, come per la sanzione delle *repetundae*⁷¹, ora da una idea di ‘proporzione’ comunque imbevuta di funzione deterrente, come nel caso della *talio*⁷²), quale marca distintiva sin dai tempi più remoti della repressione penale, nonché la ‘pubblica spettacolarità’ che connotava gli atroci supplizi previsti nelle leggi o nella tradizione (come, ad esempio, la *poena cullei*, la deiezione e *saxo Tarpeio*, il *supplicium more maiorum*), a fungere da *medium* di dissuasione dalla commissione dei reati, in equilibrio con la quasi-virtualità dell’irrogazione ordinaria della pena di morte *pro exsilio*⁷³. E parimenti, anche con riguardo alla persecuzione di

A. Calore e A. Sciumè, Milano, 2011, 15 ss., 31 s., in sintonia con C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano, 1899, 25 (che ritiene la funzione emendatrice solo occasionalmente emergente nella riflessione dell’età severiana); A. MANNI, ‘*Poena constituitur in emendationem hominum*’, cit., 58 ss., 63, 93 ss., 98 ss., 114 ss. (secondo cui le fonti testimonierebbero «la sostanziale marginalità di ipotesi che prevedono pene introdotte a fini precipuamente emendativi»); *contra*, v. C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 54; A. LOVATO, *Legittimazione del reo all’accusa e funzione emendatrice della pena*, in *SDHI*, LV, 1989, 423 ss., 430 ss. e nt. 29; F. FASOLINO, ‘*Poena constituitur in emendationem hominum*’, cit., 153 ss.; *Id.*, *Pena*, cit., 124 ss. (con valorizzazione, tra gli altri, di Paul. 18 *ad Plaut.* D. 48.19.20; Ulp. 8 *disp.* D. 48.1.5 pr.-1; Ulp. 1 *de off. procons.* 1.16.9.3; Call. 1 *de cogn.* D. 48.19.26 [in una CTh. 9.14.3 pr., CTh. 9.40.18; CTh. 16.5.41; C. 9.8.5; C. 9.47.22; Nov. Theod. 11 pr.]; Pap. 36 *quaest.* D. 48.5.39.7).

⁷¹ Come noto, la *quaestio de repetundis*, modulata sulla *legis actio* reipersecutoria e sacramentale *in personam*, nonché essa stessa archetipo di tutte le altre *quaestiones* che mantennero la pena pecuniaria come perno repressivo, era volta anzitutto alla restituzione del maltolto (cfr., per tutti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 107).

⁷² Ad esempio, a mente della prospettazione di Cecilio inclusa nel celebre dialogo con Favorino messo in scena da Gellio (20.1), con il taglio i decemviri «pensavano di mettere in atto meccanismi di dissuasione sfruttando la paura dei consociati di subire ciò che avessero inferito», la forza intimidatrice della sanzione che incute timore e dissuade dal crimine rappresentando, secondo Cecilio «il perno attorno a cui ruota l’intera normativa criminale decemvirale» (B. SANTALUCIA, *Metu coercendos esse homines putaverunt*, cit., 16): insomma, nell’ipotesi del *membrum ruptum*, come pure, verosimilmente, in quella della *ossis fractio*, la misura della *talio*, ossia dell’equivalenza retributiva tesa a ristabilire l’equilibrio violato (Fest. voce *Talionis* [Lindsay 496]; *Isid. orig.* 5.27.24), si atteggiava a un temperamento imposto dall’ordinamento alla primitiva vendetta indiscriminata, senza che la nuova pena non fosse intesa al contempo come un mezzo di coazione mentale a che i consociati non delinquessero.

⁷³ Cfr., sulla ‘virtualità’ della irrogazione della pena capitale, paradigmaticamente, Cic. *rep.* 4.12; Cic. *Rab.* 10; Cic. *Caec.* 100; Cic. *dom.* 78; Sall. *Cat.* 51.22, 51.40; Liv. 43.16.14-15; Svet. *Iul.* 42.3; Fest. voce *Aqua et igni* (Lindsay 3); Aug. *civ.* 2.9. V., per l’età repubblicana, circa la funzione preventiva ascritta alla pena (non negata dallo stesso Seneca: Sen. *ira* 3.19.2), Cic. *Rosc. Am.* 25.70; Cic. *Rab.* 16 (ma cfr., anche, Cic. *off.* 1.25.88-89 con riferimento alla «proporzionalità della pena alla colpa»: A. LOVATO, *Legittimazione*, cit., 435), nonché per quella del primo principato Pseud.-Quint. *decl. min.* 274. Cfr., *ex plurimis*, E. COSTA, *Cicerone*, cit., 72 s. (secondo cui la pena, dotata di intrinseca «forza intimidatrice» permetteva «un efficace contrasto a quella spinta al delitto»); F. LUCREZI, ‘*Senatusconsultum Macedonianum*’, cit., 189 ss.; A. MANNI, ‘*Mors omnia solvit*’, cit., 52 ss.; B. SANTALUCIA, *Metu coercendos esse homines putaverunt*, cit., 15 ss. Non può non essere qui ricordato, ancora una volta, il celebre confronto tra Cecilio e Favorino immortalato da Gel-

illeciti privati la stessa maggior *lenitas*, ad esempio, nella sanzione pecuniaria pretoria del quadruplo rispetto alle *poenae ex lege* stabilite per il furto manifesto, pur senza l'obliterazione della primitiva afflittività, non poteva che continuare – in ragione del rapporto tra entità del danno cagionato al derubato e perdita patrimoniale subibile dal ladro – a operare in concreto come efficiente disincentivo al delinquere⁷⁴.

Di contro, fu nell'età del principato (e poi anche in quella del dominato)⁷⁵ che varie tipologie di pene di morte – non numerose nella cornice dei *iudicia populi* e delle *quaestiones* permanenti – con la nuova procedura inquisitoria della *cognitio extra ordinem* ripresero, all'insegna di una rinnovata teatralità che sovente rasentava, più che una severità estrema, una efferatezza antitetica alla *humanitas*, ad essere oggetto di esecuzione⁷⁶. Del resto, come è stato già persuasivamente

lio circa la efficienza e la proporzione del sistema decemvirale delle pene (v., per tutti, B. SANTALUCIA, *Metu coercendos esse homines putaverunt*, cit., 16). Da una parte, il quadro che dipinge Favirino è dei più cupi, risultando al filosofo le pene ora troppo severe ora troppo miti, se non persino inapplicabili a fronte della loro previsione legislativa letteralmente intesa. Circa quelle troppo severe, Cecilio replicava al suo interlocutore osservando come il rigore di certune di esse fosse volto a esercitare un'efficacia deterrente e preventiva, come condizione necessaria al *bene atque caute vivere*. Dall'altra, lo stesso Cecilio evocava la severissima sanzione prevista per il *crimen falsi*, ossia la *praecipitatio e saxo Tarpeio*, la cui *acerbitas* non era da ritenere affatto eccessiva, bensì utile quale deterrente per i falsi testimoni *propter exempli metum* (Gell. 20.1.53: *Acerbitas plerumque ulciscendi maleficii bene atque caute vivendi disciplinasti*).

⁷⁴ In ipotesi di furto manifesto il ladro in età decemvirale poteva essere immediatamente ucciso se fosse stato sorpreso a rubare di notte ovvero si fosse difeso a mano armata, mentre all'*addictio* era assoggettato il *fur pubere* (non casualmente le fonti discorrono del *furtum manifestum* come di *capitale crimen* e della relativa pena come di una *poena capitalis*); il pretore aveva poi sostituito il regime ordinario delle origini con la pena del quadruplo (Gai 3.189; Tab. 8.12, 8.13, 8.14; Gell. 20.1.7 ss.; Isid. *orig.* 5.26.19; Serv. *ad Verg. Aen.* 8.205); cfr. C. PELLOSO, *In margine a Tab. 8.16. Nuove considerazioni sul valore di 'damnum decidere' tra 'verba legis' e 'interpretatio' prudenziale, in 'Crimina' e 'Delicta'*, cit., 227 ss.

⁷⁵ Tuttavia, in relazione a questa non limitata e non monolitica fase storica, è indubbio che il recepimento del Cristianesimo quale religione ufficiale dell'impero abbia contribuito, nell'ambito delle diverse teorie sulla pena, a incentivare nella legislazione del tardo antico una prospettiva attenta alla persona del reo e alla sua 'recuperabilità' e quindi quella funzione di emenda comunque già nota alla giurisprudenza del terzo secolo d.C. (cfr. G. BARONE ADESI, *'Religio' e polifunzionalità della pena tardo antica*, in *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, cit., 33 ss.). Sulle molteplici funzioni della pena nel diritto giustiniano, v. F. SITZIA, *Aspetti della legislazione criminale nelle Novelle di Giustiniano: il problema della giustificazione della pena*, in *'Novella Constitutio'. Studies in Honour of N. van der Wal*, Groningen, 1990, 211 ss., secondo cui, se è pur vero che della pena coesistono più *rationes*, nella legislazione di Giustiniano sarebbe prevalente quella di prevenzione generale (su cui le Novelle degli anni 535-536 indugiano particolarmente), ossia quella di sanzione come ammonimento per i consociati a non commettere reati in vista del mantenimento dell'ordine all'interno dell'impero; cfr., inoltre, R. BONINI, *Alcune considerazioni sulla funzione della pena nelle Novelle giustiniane*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, cit., 397 ss.

⁷⁶ Questo nuovo sistema, che si poneva accanto al precedente, era fondato sui poteri del principe e dei suoi funzionari, sovente in collaborazione con il senato, e si distingueva per l'estrema discrezionalità dell'organo giudicante, con immediate ripercussioni sul piano delle pene, che non solo non furono fisse (variando in relazione alle circostanze soggettive e oggettive del reato e, in parti-

messo in evidenza, «ad un regime forte e accentratore fa riscontro la tendenza ... ad inasprire le pene allo scopo di conseguire un ordine sociale più solido»⁷⁷.

Ed è proprio, in tema, questo dissidio tra repubblica e impero che rivela il fondamento e il fraintendimento moderni del feticcio del principio *'nullum crimen et nulla poena sine lege'*: quest'ultimo, sorto sia come rimedio agli abusi giudiziari fisiologici all'antico regime, sia come base della nuova formulazione della funzione deterrente e preventiva della pena, veniva assolutizzato – nelle elaborazioni teoriche e nei loro precipitati positivi – come unico criterio discrezionale della

colare, in ragione della condizione personale o sociale del reo), ma, lungi dall'essere miti, si caratterizzavano non solo per 'gravità', ma per autentica 'efferatezza' (G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in ANRW, XIV.2, Berlin - New York, 1982, 739; B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 239 ss.; M. HUMBERT, *Le peine*, cit., 179). Come rimarca V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., 123 ss., le pene nella *cognitio* avevano «natura, di fatto almeno, essenzialmente afflittiva», e, nell'estremo supplizio inflitto per i crimini di maggior gravità o commessi da persone appartenenti alle classi sociali più umili, «tendenti allo scopo ... della soppressione del colpevole», assumevano forme «più crudeli della decapitazione», come «la crocifissione (*damnatio in crucem*), l'esposizione alle belve nell'arena (*damnatio ad bestias*), la vivicombustione (*vivi crematio*)». Ciò, però, non è esclusione, proprio attesa la pubblicità e la potenza visiva delle più pene, di una pariteticamente rilevante funzione 'preventiva'. Il che ben emerge da quel celeberrimo passo di Aulo Gellio, che, informato a concetti e termini greci, abbozza uno schema tri-funzionale delle pene (Gell. 7.14.1-4: *poeniendis peccatis tres esse debere causas existimatum est. 2. Una est causa, quae Graece vel κόλασις vel βουθεσία dicitur, cum poena adhibetur castigandi atque emendandi gratia, ut is, qui fortuito deliquit, attentior fiat correctiorque. 3. Altera est, quam hi, qui vocabula ista curiosius diviserunt, τιμωρίαν appellant. Ea causa animadvertendi est, cum dignitas auctoritasque eius, in quem est peccatum, tuenda est, ne praetermissa animadversio contemptum eius pariat et honorem levet; idcircoque id ei vocabulum a conservatione honoris factum putant. 4. Tertia ratio vindicandi est, quae paradigma a Graecis nominatur, cum poenitio propter exemplum necessaria est, ut ceteri a similibus peccatis, quae prohiberi publicitus interest, metu cognitae poenae deterreantur. Idcirco veteres quoque nostri 'exempla' pro maximis gravissimisque poenis dicebant; ma v., inoltre, Gell. 20.1.53: *acerbitas plerumque ulciscendi maleficis bene atque caute vivendi disciplinast*): cfr. F. FASOLINO, *Pena*, cit., 98; O. DILIBERTO, *La funzione della pena. Premesse storico-romanistiche alla riflessione politica e giuridico-filosofica contemporanea in Coloquio latino-americano y caribeño de derecho romano*, La Habana, 1993, 8; ID., *La pena tra filosofia e diritto nelle 'Noctes Atticae' di Aulo Gellio*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, Cagliari, 1991-1992, 130 ss.; A. MANNI, *Mors omnia solvit*, cit., 72 ss. Con riguardo all'età dei Severi (anche se con B. SANTALUCIA, *Metu coercendos esse homines putaverunt*, cit., 30 s., va ammesso che, circa la questione del fondamento della pena, «i giuristi vi accennano occasionalmente, e senza troppo impegno, allorché si occupano della concreta inflizione di questa o di quella sanzione da parte del giudicante imperiale» senza che il problema sia trattato teoricamente o convenientemente sviluppato), già il passo fondamentale dei *Digesta* attesta che per Ulpiano lo scopo della *poena* sarebbe quello di rendere *boni* i consociati con la paura della sua applicazione, inducendoli a una condotta corretta, a anche con meccanismi premiali (Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.1: *... bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes*; cfr. A. LOVATO, *Legittimazione*, cit., 436); parimenti, un passo di Marciano dà ragione a B. SANTALUCIA, *Metu coercendos esse homines putaverunt*, cit., 26, là ove scrive che l'idea della pena «con la sua forza intimidatrice», ossia di mezzo teso «a mantenere i cittadini nell'osservanza della legge», avrebbe avuto all'epoca «diffusione assai ampia» (Marc. 2 *de iudic. publ.* D. 48.3.6.1 [... *sed si quid maligne interrogasse aut non dicta rettulisse pro dictis eum compererit, ut vindicet in exemplum, ne quid et aliud postea tale facere moliatur*]; inoltre, cfr., ad esempio, Ulp. 9 *de off. procons.* D. 48.19.6.1; Saturn. *lib. sing. de poen. paganorum* D. 48.19.16.9-10; Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.15).*

⁷⁷ C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., 35.

‘civiltà del diritto’ (senza la contemplazione di possibili alternative alla costruzione legalista di un sistema penal-repressivo garantista ed efficiente), così come ogni ordinamento che non lo consacrasse doveva essere tacciato, e nel modo più netto, di ‘inadeguatezza’ se non addirittura di ‘barbarie’ (senza l’apertura alla individuazione di possibili sfumature e variazioni nella valutazione del passato).

6. *Alcuni barlumi di legalità nel mondo giuridico romano più antico.* – Pur fermo restando quanto rilevato nel precedente paragrafo, che alcuni ambiti della repressione criminale di Roma antica fossero ispirati, seppur con gradi di intensità differenti, a quello che oggi viene chiamato ‘principio di legalità’ mi pare, tuttavia, da non escludere.

In primo luogo, credo si debba rammentare la certo non abbondante, ma neppure esigua, rassegna di casi di violazione più grave della *pax deorum*⁷⁸ implicante la caduta in sacertà dell’autore⁷⁹. Qui è solo una delle *leges regiae*⁸⁰ o un

⁷⁸ Ancora imprescindibile è P. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in ID., *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, 224 ss. Va ovviamente ricondotta alla stessa logica legalistica anche quella serie di illeciti sacrali che erano ‘repressi’ con (o, meglio, implicavano ai fini della ricostituzione dell’equilibrio tra uomini e dèi) il ‘sacrificio umano del colpevole’ (oltre alla serie di quelli piacolari: cfr., per esempio, Plut. *Numa* 12.2 [mancato rispetto del *tempus lugendi*]; Gell. 4.3.3 [violazione del divieto per la concubina di toccare l’altare]; Plut. *Rom.* 22.3 [ripudio ingiustificato]): basti pensare alla *suspensio Caereri* per colui che avesse fatto pascolare di notte i suoi animali sul fondo altrui ovvero che dal fondo altrui avesse asportato furtivamente le messi; o – secondo alcuni autori – alla messa a morte placatoria della divinità dell’autore di pratiche di magia finalizzate al danneggiamento dei raccolti, ovvero alla loro attrazione nel proprio campo; o la pronuncia di formule tese a maledire altri (Tab. 8.9; Plin. *n.b.* 18.12; Tab. 8.8a; Plin. *n.b.* 28.17-18; Tab. 8.8b; Serv. in *Verg. buc.* 8.99; Tab. 8.1a e 8.1b; Plin. *n.b.* 28.17-18); basti pensare alla repressione della *perduellio* («crimine diretto al tempo stesso contro gli dèi protettori della *civitas* e contro la compagine sociale»: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 14, 80 ss.) con il *supplicium more maiorum* (cfr. Liv. 1.26.5 ss.; v., inoltre, Liv. 2.5.8; Dion. Hal. 5.8.4-6) o a quella della vendita della moglie (cfr., leggendosi $\theta\upsilon\epsilon\sigma\theta\alpha\iota$ come versione greca di *immolari/deo necari*, Plut. *Rom.* 22.3).

⁷⁹ Sulle diverse e contrapposte ricostruzioni della sacertà prospettate in dottrina (ovverosia: 1. ‘sacertà previo processo vs. sacertà *ipso facto*’; 2. ‘sacrificio dell’*homo sacer* vs. irritualità della messa morte dell’*homo sacer*’; 3. ‘doverosità dell’uccisione dell’*homo sacer* vs. liceità dell’uccisione dell’*homo sacer*’), mi permetto di rimandare a C. PELLOSO, *Sacertà e garanzie processuali in età regia e proto-repubblicana*, in *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2013, 57 ss.; v., inoltre, L. GAROFALO, *Opinioni recenti in tema di sacertà*, in *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, cit., 1 ss. Una più recente e assai ampia panoramica in materia – con rivalorizzazione anche delle tesi dell’Ottocento e del primo Novecento – si rinviene in R. FIORI, *La condizione di ‘homo sacer’ e la struttura sociale di Roma arcaica*, in *Autour de la notion de ‘sacer’, études réunies par T. Lanfranchi*, Rome, 2018, 171 ss.; alla critica delle posizioni più vicine nel tempo si dedica – ribadendo l’idea secondo cui gli uomini non potrebbero neppure toccare il *sacer* e men che meno ucciderlo perché, così facendo, si intrometterebbero indebitamente nel rapporto in cui si trova con la divinità – F. ZUCCOTTI, *Ancora sulla configurazione originaria della sacertà*, in *Iura*, LXIV, 2016, 295 ss.; ID., *Altre congetture sulla struttura arcaica della sacertà*, in *Rivista di Diritto Romano*, XIX, 2019, 1 ss. Ha ripreso innovativamente l’idea della sacertà come sacrificio umano, R. ASTOLFI, *Annotazioni storiche sulla figura di ‘homo sacer’*, in *Scritti per A. Corbino*, I, Tricase, 2016, 87 ss.

⁸⁰ Rispetto alle *leges regiae*, R. FIORI, *Le forme della regalità nella Roma latino-sabina*, in *Re e popolo. Istituzioni arcaiche tra storia e comparazione*, a cura di R. Fiori, Göttingen, 2019, 459, ha

provvedimento rogato e votato in età repubblicana – come, ad esempio, la *lex sacra* del 494 a.C. e la *lex Valeria Horatia de tribunicia potestate* del 449 a.C.⁸¹ – a perimetrare, e non senza una certa precisione, quali contegni umani (necessariamente futuri rispetto all'entrata in vigore della disposizione) integrino gli estremi dello *scelus* inespiable – illecito di indole religiosa implicante una frattura della *pax deorum* non ricomponibile con un mero *piaculum* – contemplato nella protasi normativa e quale, a livello di apodosi, sia la conseguenza della commissione di quest'ultimo, conseguenza tanto severa, attesa la gravità dell'atto scellerato, da doversi ritenere alquanto improbabile, anche per ciò, una qualche tendenza all'applicazione analogica⁸².

scritto che esse «potrebbero consistere in provvedimenti autoritativi del re (*leges datae*), in provvedimenti proposti dal re e deliberati dall'assemblea delle curie (*leges rogatae*) o infine in decisioni giudiziali che hanno acquistato valore di precedente e che pertanto sono state ricordate come principi stabiliti dal singolo re»; per lo studioso, inoltre, «è possibile anche che si tratti di una materia eterogenea, in parte riferibile all'età monarchica, in parte tradizionale, attribuita ai vari re sulla base dell'immagine di ciascuno di essi». Cfr., in tema, P. GIUNTI, *Adulterio e 'leges regiae'*, Milano, 1990, 15, 57; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 2 ss.; R. LAURENDI, *'Leges regiae' e 'ius Papirianum'. Tradizione e storicità di un 'corpus' normativo*, Roma, 2013, *passim*; G. DI TROLIO, *Le 'leges regiae' in Dionigi d'Alicarnasso*, I, *La monarchia latino-sabina*, Napoli, 2017, *passim*.

⁸¹ Cfr., almeno, Fest. voce *Sacrosanctum* (Lindsay 422); Dion. Hal. 6.89.3 e 10.35.2; Cic. *Tull.* 20.47; Liv. 3.55.6-7 (un'altra ipotesi di sacertà di matrice plebea risalirebbe al 492 a.C.: per quanto si trae da Dion. Hal. 7.17.5, invero, un plebiscito di quell'anno, come scrive R. FIORI, *'Homo sacer'. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 321, «prevedeva la sacertà di chi avesse esposto parere contrario – a quello che il tribuno andava esprimendo al popolo – o interrotto il discorso di un tribuno durante un'assemblea e non avesse dato garanti per il pagamento della multa conseguente alla violazione»). Lo stesso Festo – nella sua celeberrima e commentatissima definizione dell'*homo sacer* (Fest. voce *Sacer mons* [Lindsay 424]; sul punto mi permetto di rinviare, per una rassegna critica della dottrina e una più estesa lettura della voce festina, a C. PELLOSO, *Sacertà*, cit., 57 ss.) – seppur maldestramente sembra voler abbozzare o, comunque, presupporre in questo limitato settore la vigenza di un, inespreso ma co-essenziale, 'principio di legalità' che potrebbe icasticamente compendiarsi nella formula, artificiosa, '*nulla sacertas sine praevia lege scripta*'. Infatti, l'epitomatore di Verrio Flacco, riservando la propria attenzione alle offese recate in origine alla *sacrosancta* persona dei tribuni della plebe e, successivamente anche a quella degli edili e, così, dando forma al quadro storico-istituzionale del regime della sacertà di indole plebea confezionato nella prima età repubblicana, informa il suo lettore attraverso una prosa stenografica e allusiva che, solo dopo che il popolo romano intero (... *populus* ...) – recependo, richiamando ed estendendo la delibera giurata del 494 a.C. (*eo plebei scito*) con l'apposita legge del 449 a.C. (... *lege tribunicia prima cavetur* ...) – ebbe espressamente qualificato (... *iudicavit* ...) il violatore della *sacrosanctitas* come *sacer* (*at homo sacer is est quem ... / ... sacer sit*), attesa la somma gravità dell'illecito (... *ob maleficium* ...), poté dirsi represso universalmente a livello cittadino come 'fatto di reato' ciò che in precedenza, in ragione della unilateralità delle leggi sacrate plebee, era solo un contegno da ritenersi illecito sacrale nel limitato contesto (politico) della lotta rivoluzionaria interna a Roma della *pars* plebea contro quella patrizia. Senza una previa legge (generale) del popolo, la caduta nello *status* di sacertà non poteva che essere una misura particolare e non certo universale (come era per le plurime ipotesi incluse nelle leggi regie nonché in quella repubblicana – controversa, in verità – sulla *adfectatio regni* del 509 a.C.).

⁸² Espressamente parla di 'principio di legalità' relativamente alla sacertà L. GAROFALO, *Disapplicazione del diritto*, cit., 93. Per una rassegna 'selettiva' delle varie fattispecie che, secondo le norme dell'antico 'sistema giuridico-religioso', integravano gli estremi della sacertà, cfr., oltre a Fest. voce

In secondo luogo, a una ispirazione già primordiale del diritto romano repubblicano al principio compendiabile nel brocardo *'nullum crimen et nulla poena sine lege'* parrebbe addirittura pensare, in alcune sue affermazioni generali incluse nello *Strafrecht*, Mommsen in riferimento all'introduzione *ex lege Valeria* della già menzionata garanzia civica, fondamentale per la *libertas*, della *provocatio ad populum*, intesa al contempo quale grazia e quale appello⁸³. La ricostruzione della giustizia criminale nella prima fase della storia repubblicana si impernia, secondo Mommsen, sull'idea di *imperium* quale fattore di genesi dello stesso *Staatsrecht*, nonché quale fondamento di ogni potere punitivo: se l'*imperium* è il potere supremo consolare, allora l'esercizio di poteri sanzionatori da parte di uffici minori della *civitas* (come, ad esempio, quello dei questori) deve essere solo il riflesso di una delega e la giustizia popolare non può che essere il risultato di una eccezione confermativa della regola più antica rappresentata dalla giustizia magistratuale in unica istanza, proprio in conformità all'emersione del principio di legalità (dato che, per lo studioso, dalla fondazione della *libera res publica* grazie alla

Sacer mons (Lindsay 424), FIRA, I², 20, l. 2 s. (*lapis niger*: 'sakros es ...'); Fest. voce *Plorare* (Lindsay 260: '*si parentem puer verberit ast olle plorassit paren<s>*, *puer divis parentum sacer esto*', nonché, per la *nurus*, '*sacra divi parentum estod*'); Fest. voce *Termino* (Lindsay 456: '*Numa Pompilius statuit eum qui terminum exarasset et ipsum et boves sacros esset*'; v., altresì, Dion. Hal. 2.74.3), Fest. voce *Aliuta* (Lindsay 98: '*si quis aliuta faxit, ipsos Iovi sacer esto*'); Serv. in *Verg. Aen.* 6.609 ('... *ex lege XII Tabularum venit, in quibus scriptum est patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*'; v., inoltre, Dion. Hal. 2.10.3); Liv. 2.8.2 ('... *sacrandoque cum bonis capite eius ...*', con riguardo alla legge Valeria del 509 a.C. sull'*adfectatio regni*, per cui v., altresì, Plut. *Publ.* 12.1 e Liv. 2.1.9, 2.2.5; non pertinenti sono, invece, Dion. Hal. 5.19.4 e Plut. *Publ.* 11 attestanti la libera uccidibilità per chi occupasse una magistratura senza conferimento del popolo); Cic. *Tull.* 20.47 ('... *iubeat impune occidi ...*', con riguardo alla *lex sacrata* del 494 a.C. istitutiva del tribunato della plebe; v., altresì, Dion. Hal. 6.89.3, 10.35.2; Zon. 7.15); Liv. 3.55.4-5 ('... *ius fasque esset occidi ...*', con riguardo alla parte della *lex Valeria Horatia* del 449 a.C. con cui si vietava la creazione di magistrature *sine provocatione*; v., altresì, Cic. *rep.* 2.31.54); Liv. 3.55.6-7 ('... *eius caput Iovi sacrum esset ...*', con riguardo alla parte della *lex Valeria Horatia* del 449 a.C. con cui si ribadiva e si riconosceva universalmente la *sacrosanctitas* dei tribuni). Qualche dubbio sulla reale previsione della sacertà si può nutrire circa i provvedimenti plebei (recepti dai decemviri) di data imprecisata vietanti i *privilegia* e i giudizi capitali non comiziali (Cic. *dom.* 17.43; Cic. *Sest.* 30.65), atteso che tale conclusione si fonda su una accezione di *lex sacrata* come *lex* che 'consacra', non solo non univoca nelle fonti (benché condivisa in Fest. voce *Sacratae leges* [Lindsay 422]), ma anche e soprattutto non corrispondente alla realtà storica delle *leges sacratae*, le quali si riducevano in provvedimenti giurati e, quindi, statuenti una disciplina volutamente inabrogabile, che potevano (ma non dovevano sempre: v. Dion. Hal. 7.17.5) essere connotati dal '*sacer esto*'. Parimenti, la notizia contenuta in Dion. Hal. 5.70.2 circa l'attribuzione dello *status di sacer* al magistrato che non avesse rispettato la *provocatio ad populum* istituita stabilmente nel 509 a.C. grazie all'intervento di Valerio Publicola ha da ritenersi scarsamente attendibile. Del tutto indimostrata, poi, l'affermazione di A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Rome, 1995, 85 s., secondo cui il *fur di Tab.* 8.12 e Tab. 8.13 sarebbe divenuto *sacer*.

⁸³ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 31, 41 s., 56, 151, 163, 477 s.; ID., *Römisches Staatsrecht*³, I, Leipzig, 1887, 110, 137, 141, 163 s.; ID., *Römisches Staatsrecht*³, II, Leipzig, 1887, 117, 539 s.; ID., *Römisches Staatsrecht*, III, Leipzig, 1888, 302, 351 s., 354.

riforma del Publicola «es giebt in Rom fortan kein Delict ohne Criminalgesetz, keinen Strafprozess ohne Prozessgesetz, keine Strafe ohne Strafgesetz») ⁸⁴.

E a non dissimili risultati perviene altresì quella ricostruzione alternativa proposta da Mantovani che, a superamento del pensiero mommseniano, innovativamente si va a innestare sul solco della corrente di pensiero che connette la *provocatio ad populum* al terreno della *coërcitio* ⁸⁵. Secondo lo studioso, infatti, già in età alto-repubblicana le *res capitales* sarebbero state da intendere quali condotte illecite sul piano pubblico previamente qualificate come tali da *leges*, ossia da *iussus populi* generali, nonché represses magistratualmente in un processo pubblico di unica istanza; di contro, in assenza di previe disposizioni normative incriminatrici, da un lato, il *iudicium populi* a grado unico si imporrebbe come la sola via per la repressione capitale di illeciti aventi natura politica, dall'altro la *provocatio ad populum* si atterrebbe a 'eccezione di incompetenza' elevabile contro provvedimenti magistratuali (originariamente solo capitali) concernenti materie non coperte da previa *lex* incriminatrice ⁸⁶.

⁸⁴ In questi termini Mommsen eleva la *lex Valeria* del 509 a.C. a inizio del diritto penale pubblico romano, per poi proseguire, scrivendo: «die magistratische Willkür ist keineswegs beseitigt; auch jetzt kann der Magistrat, soweit einerseits das Kriegerrecht, andererseits die städtische Coercition reichen, ohne festes Delict, ohne festen Prozess, ohne festes Strafmaß nach Ermessen ahnden; aber es besteht neben dieser nicht gebundenen magistratischen Coercition die gebundene magistratische Judication» (TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 57). Cfr., inoltre, C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., 32, 38, secondo cui «il fatto contrario alla pubblica disciplina non suole essere punito, che per disposizione della legge penale», benché «in via di principio nulla si oppone a che possa essere punito *extra ordinem* o per eccezionale retroattività della legge posteriore», e fermo rimanendo che «il reato è considerato come una infrazione di una norma giuridica. Se la norma non c'è, e norma qui deve assumersi per divieto contenuto nel vigente diritto positivo, non c'è neppure il fatto punibile».

⁸⁵ D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla 'quaestio' unilaterale alla 'quaestio' bilaterale*, Padova, 1989, 9 ss.; ID., *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, in *Athenaeum*, LXXVIII, 1990, 19 ss.; ID., *Il pretore giudice criminale in età repubblicana: una risposta*, in *Athenaeum*, LXXIX, 1991, 611 ss. La locuzione '*iniussus populi*' è – in seno a una del tutto minoritaria opinione – interpretata come 'in assenza di un previo provvedimento legislativo', anche da C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine [509-149 av. J.-C.]*, Paris 1999, 291 s.; per una condivisione solo sul piano teorico e grammaticale (ma parrerebbe non anche su quello concreto), v. C. VENTURINI, *Pomponio, Cicerone e la 'provocatio'*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, II, Napoli 1997, 527 ss., 530 e nt. 8.

⁸⁶ Pur riconnettendo l'originaria *provocatio*, interpretata come 'appello', al terreno della sola *iudicatio de capite civis*, molto mutua dalla proposta di Mantovani il tentativo di risistemazione operato da Tassi Scandone (E. TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione. Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli, 2008, 39 ss., 61 ss., 105 ss., 153 ss.). Da un lato, la studiosa ipotizza, a fronte dei limiti imposti dalla prima *lex Valeria* del 509 a.C. (ribaditi e intensificati nelle XII Tavole dalle disposizioni in tema di *provocatio* e dal divieto di *interficere l'homo indemnatus*), una generale *iudicatio* bipartita funzionalmente tra magistrati (per materie coperte da *iussus*, ossia da previe norme incriminatrici) e comizi centuriati (per materie estranee alla copertura legislativa); dall'altro, il ricorso alla *provocatio ad populum*, sempre a voler seguire Tassi Scandone, presupporrebbe l'esistenza di una norma incriminatrice che attribuisce al magistrato potere giudicante capitale (*ius dicere, animadvertere*); infine, viene proposta un'interpretazione della

Qualche perplessità, ad avviso di chi scrive, questa duplice ricostruzione non può non ingenerare. Secondo la tradizione, invero, con il passaggio alla repubblica – ferma restando la ‘legalità’ già di epoca regia concernente la sfera degli illeciti di indole sacrale, poi implementata passo dopo passo da misure di origine anzitutto plebea, accanto all’antichissima previsione *ex lege* dei reati di *peduellio* e di omicidio traghettata nel nuovo ordinamento *post reges exactos* – al re, quale titolare di una *manus* o *potestas* indistinta e generalissima ed esercente una *gubernatio* rivolta ad *omnia*⁸⁷, succede il collegio dei due supremi magistrati della *civitas* cui viene riconosciuto, in linea di continuità con il passato, un ampissimo potere, con esclusione dell’ambito ‘sacrale’⁸⁸. Quest’ultimo si esplica nella concreta determinazione, oltre che delle conseguenze da irrogare, dei fatti da ritenersi offensivi di interessi collettivi e delle procedure da seguire, ben potendo i consoli stessi – là ove non intendano pronunciarsi nella forma del *ius dicere / animadvertere* – rimettere direttamente la causa ai comizi, oppure designare *ad hoc* un questore per l’istruzione e la conduzione del processo *apud populum*⁸⁹.

norma decemvirale *de capite civis* in termini di ‘norma sulla competenza legislativa esclusiva delle centurie in materia capitale’, nel tentativo di inficiare alla base la tesi dell’esclusiva competenza giudiziale in materia capitale delle centurie (contro di essa, cfr. C. PELLOSO, *Sacertà*, cit., 123, nt. 93; N. SPADAVECCHIA, *Gli enigmi della ‘provocatio ad populum’*, in *Politica antica*, II, 2012, 195 s.; per ulteriori note critiche v. N. DE LUCA, *‘Praesidium libertatis’: le ‘leges Valeriae de provocatione’*, in *Index*, XXXVIII, 2008, 89 ss.; v., inoltre, l’ampia e demolitoria critica di F. ZUCCOTTI, *Nuove personali opinioni sulla storia della ‘provocatio ad populum’. Uno scandalo romanistico*, in *RDR*, IX, 2009, 1 ss.).

⁸⁷ Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.1: *Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur*; Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.14: *Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse* (ma cfr., altresì, D. 1.2.2.16); sul potere giudicante consolare di derivazione regia, D. 1.2.2.16; v., inoltre, Pol. 6.11.12; 6.12.9; Cic., *rep.* Cic. *rep.* 2.21.38 e 2.32.56; Dion. Hal. 4.76.1, 4.84.5, 5.1.2, 7.35.5, 10.1; Liv. 1.41.4-5, 2.1.7, 8.32.3; Val. Max. 4.1.1.

⁸⁸ Sul punto, cfr., da ultima, R. LAURENDI, *‘Regio imperio duo sunt ... praetores iudices consules appellamino’* (Cic. *‘leg.’* 3.3.8). *Dal potere del ‘rex’ a quello dei consoli*, in *Roma e l’Italia tirrenica. Magistrature e ordinamenti istituzionali nei secoli V e IV a.C.*, a cura di E. Bianchi e C. Pelloso, Alesandria, 2020, 23 ss.

⁸⁹ Cfr., da un lato, Plut. *Publ.* 3-7; Zon. 7.12 (processo di iniziativa consolare del 509 a.C. avverso i congiurati filo-tarquinii; ma v. la differente versione di Liv. 2.5.5-8; Dion. Hal. 5.8-13; Val. Max. 5.8.1); Dion. Hal. 5.57.2-4 (processo consolare del 500 a.C. avverso congiurati); Cassiod. *var.* 6 (fonte che attribuisce ai consoli potere giudicante capitale, sempre che *ius dicere capiti* non significhi solo ‘promuovere l’azione capitale’, come talora è anche per *iudicare*); cfr., dall’altro, Tac. *ann.* 11.22.4 (diretta designazione consolare dei questori; ma v. anche D. 1.2.2.23, per la costituzione popolare dei questori); inoltre, v. Calp. Pis. *ann. fr.* 37 (Peter); Cic. *rep.* 2.27.49, 2.35.60; Liv. 2.41.11, 4.15.4; Dion. Hal. 8.77-78, 8.82.4-5, 8.87.2; Diod. 11.37.7; Val. Max. 6.3.1 b; Flor. 1.26.7; Cass. Dio 5.19 (processo su iniziativa questoria per *perduellio* del 485 a.C. contro Spurio Cassio, in alternativa alla versione del giudizio domestico [Val. Max. 5.8.2; Plin. *nat. hist.* 34.9.15; Liv. 2.41.10; Dion. Hal. 8.79]); Liv. 3.13.1-3, 3.24.3-7, 3.25.1-3, 3.29.6; Dion. Hal. 10.7.1-4, 10.8.4 (processo questorio del 459-458 a.C. contro Marco Volscio Fittore per falsa testimonianza). Sul presunto potere questorio di emanare sentenza in ambito criminale, v. C. PELLOSO, *‘Provocatio ad populum’*, cit., 247 s., nt. 57; cfr., inoltre, M. FALCON, *Funzioni e poteri dei ‘quaestores’ nel V e IV secolo a.C.*, in *Roma e l’Italia tirrenica*, cit., 72 ss.

Dal 509 a.C. la *provocatio ad populum* – *ius* apparentemente teso a suscitare *ex post* un *iussus* particolare del popolo non tanto vincolato all'applicazione di leggi preesistenti, quanto avente più natura politica⁹⁰ – non sembra presupporre o implicare né una esclusiva riserva di legge in materia di *crimina* capitali, vuoi generale, vuoi limitata ai reati comuni, né una esclusiva riserva di competenza giudiziale popolare e, corrispondentemente, un difetto di potere magistratuale *de capite civis* a livello non solo di coercizione, ma anche di *iudicatio*⁹¹. Essa, invece, senza assurgere subito a ricorso contro l'esercizio da parte del console di un inesistente potere sanzionatorio, viene configurata come rimedio che, se e solo se fatto valere, sospende l'esecuzione di un provvedimento emanato dal sommo magistrato in conformità ed entro i limiti della sfera di potere ereditata dal *rex*, quale esito – ritenuto 'ingiusto' o 'abusivo' – di un autentico giudizio o di un procedimento 'di polizia'⁹². In altre parole, se è vero che alle soglie della *libera res publica*

⁹⁰ Per la tesi maggioritaria che vede nel *iussus populi* implicato dal celebre passo di Pomponio non un previo provvedimento generale, ma una sentenza popolare suscitata o meno dalla *provocatio*, cfr., per tutti, L. GAROFALO, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*³, Padova, 1997, 242 ss., 289 ss.

⁹¹ Cic. *rep.* 1.40.62, 2.31.53; Cic. *acad. pr.* 2.5.13; Val. Max. 4.1.1; Dion. Hal. 5.19.4, 5.70.2, 6.58.2, 7.41.1; Plut. *Publ.* 11.2; Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.16; cfr., inoltre, Dion. Hal. 5.72.1-2; Liv. 2.8.2; Flor. 1.9.4; Auct. *vir. ill.* 15. A contraddizione della tesi che riconnette la *provocatio ad populum* al solo terreno della *coërcitio* magistratuale, va ricordato quanto riportato in Cic. *rep.* 2.31.54 (*itemque ab omni iudicio poenaque provocari licere indicant XII tabulae compluribus legibus*): qui si menzionano, infatti, seppur con formula enfatica ed iperbolica, provvedimenti giudiziari contro cui – secondo il tenore del *corpus* normativo decemvirale riprodotto di pregresse discipline – opporre la *provocatio*. Va, infine, citato un passo liviano, ossia Liv. 3.33.10, ove lo storico patavino, nel descrivere – con riguardo al primo decemvirato legislativo e, quindi, ancor prima dell'entrata in vigore del precetto *de capite civis* e del connesso 'micro-sistema' criminalistico incluso nelle XII Tavole – il potere della magistratura straordinaria istituita *legibus scribundis*, permette al lettore di evincere, *a contrariis*, come la *provocatio* ben possa sospendere l'efficacia di provvedimenti magistratuali di carattere schiettamente giudiziale, quale una sentenza di condanna per omicidio (*C. Iulius decemvir diem Sestio dixit et accusator ad populum exstitit, cuius rei iudex legitimus erat, decessitque iure suo, ut demptum de vi magistratus populi libertati adiceret*; v., altresì, Cic. *rep.* 2.36.61, che riferisce il caso al secondo decemvirato; sulla sottrazione alla *provocatio* dei decemviri, cfr., infine, Liv. 3.32.6, 3.33.9; Cic. *rep.* 2.31.54; D. 1.2.2.4). La tesi qui avversata nega, già a far tempo dai primordi dell'era repubblicana, qualsivoglia potere di carattere giudiziale in ambito criminale in capo alla suprema magistratura patrizia, anche in ragione della continuità con con l'ultima fase della monarchia, durante la quale si sarebbe posta «accanto alla giurisdizione del popolo, la *coërcitio* del re» (B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 23). Se, da un lato, è da seguire la corrente di pensiero che tende a valorizzare le non poche fonti comprovanti, già per l'età regia, taluni episodi di esercizio da parte dei comizi curiati della *iudicatio* criminale (pur in forme verisimilmente solo embrionali) per concessione graziosa del re, dall'altro, nulla nei testi mi pare idoneo a dimostrare il graduale affermarsi di una 'consuetudine' consistente nel riservare regolarmente al popolo la competenza di decidere *de capite civis*, con corrispondente e contestuale abrogazione, *rebus ipsis et factis*, di siffatto potere in capo al *rex* e, per il console, originaria inesistenza dello stesso. Cfr. nel senso di una 'provocabilità' dei soli atti giudiziari, E. TASSI SCANDONE, '*Leges Valeriae de provocatione*', cit., 124 ss., 134 ss.; ma, *contra*, v. l'ampia e demolitoria critica di F. ZUCCOTTI, *Nuove personali opinioni*, cit., 1 ss.

⁹² Sulla difficoltà di distinguere tra coercizione e giurisdizione magistratuale, soprattutto con riguardo all'epoca antica, cfr., per tutti, C. VENTURINI, *Variazioni in tema di 'provocatio ad populum'*, in *Index*, XXXVII, 2009, 73.

Romanorum grazie alla prima legge Valeria *de provocatione* ai *consules* ‘*solum relic-tum est ... ut coercere possent et in vincula publica duci iuberent*’ (vale a dire che in capo ai consoli rimangono esenti da controllo popolare solo il potere coercitivo non capitale e quello cautelare), nulla pare escludere che, questi abbiano conservato generali poteri, tanto di tipo ‘inquirente’ e ‘giudicante’ quanto di tipo ‘amministrativo’, anche *de capite civis*⁹³. Poteri questi ultimi non compresi a monte da previe leggi criminali regie o del popolo, ma comprimibili a valle della richiesta elevata dall’interessato dalla misura consolare (oltre che da terzi) di intervento giudiziale del popolo e del suo *iussus* particolare⁹⁴.

7. *Plebem offendere*, ‘perduellio’ e indeterminatezza legale. – L’ampia discrezionalità magistratuale di cui si è sopra scritto, limitabile dal 509 a.C. soltanto *ex post* in nome della garanzia ‘costituzionale’ di *libertas* accordata ai *cives Romani* quali tasselli costitutivi del *populus*, rende ben arduo invocare per la più alta fase repubblicana un pur embrionale abbozzo generale di principio di legalità. Il diritto criminale più antico, inoltre, anche là ove legato alla repressione processuale di fattispecie ‘tipizzate’ di illeciti pubblici (laici) in un dato *nomen iuris* a partire dall’età immediatamente successiva alla caduta del *regnum* e, quindi, alla fine della pura arbitrarietà regia, non conosce – e non ha interesse a conoscere – il principio sostanziale di determinatezza e di tassatività⁹⁵.

I tribunali rivoluzionari plebei, ad esempio, vengono costituiti e attivati per l’irrogazione della pena di morte (e ciò almeno fino alla fondamentale riforma del ‘micro-sistema criminalistico’ operata dalle XII Tavole che ne elide *in toto* il potere) o anche – e per ipotesi non sempre eterogenee da quelle represses capitalmente – di una multa, a fronte di condotte riconducibili sotto la generica etichetta dell’*offendere plebem*. Etichetta, questa appena menzionata, capace di ricomprendere la più ampia gamma non solo di soprusi, di natura anzitutto politica, perpetrati da parte dei membri del patriziato direttamente contro la plebe o contro i suoi capi, ma anche di contegni, soprattutto di indole militare, solo latamente e indirettamente riconducibili alla violazione di interessi esclusivi e propri

⁹³ V. Cic. *rep.* 2.31.53-54; Cic. *rep.* 1.40.62; Cic. *acad. pr.* 2.5.13; Liv. 3.33.10; Dion. Hal. 5.19.4, 5.70.2, 6.58.2, 7.41.1; Val. Max. 4.1.1; Plut. *Publ.* 11.2; D. 1.2.2.16; cfr., inoltre, Dion. Hal. 5.72.1-2; Liv. 2.8.2; Flor. 1.9.4; Auct. *vir. ill.* 15.

⁹⁴ Cfr., per tutti, U. BRASIELLO, *Diritto penale (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 961; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., 14.

⁹⁵ Come nota U. BRASIELLO, *Note introduttive allo studio dei crimini romani*, in *SDHI*, XII, 1946, 155: «è il processo, o meglio il tipo di processo che conduce alla repressione di alcuni fatti, che imprime a quei fatti un determinato carattere; ed è opportuno che segua anche la precisazione delle linee fondamentali della repressione, in quanto la pena assume un’importanza, e dà al fatto un’impronta, che manca nel diritto moderno. Tutta la evoluzione storica dei singoli crimini è in funzione della evoluzione del processo, e anche della repressione, al processo strettamente collegata, onde la ricostruzione storica dell’evoluzione del crimine non può prescindere appunto dalla conoscenza del processo e della repressione».

della parte del popolo espunta dalla classe dirigente romana, nonché di atti suscettibili di integrare, al contempo, altre e differenti fattispecie criminose più gravi e più specifiche contemplate e sanzionate autonomamente (come quella, già menzionata, di ‘violazione della sacrosantità tribunizia’ ai sensi della *lex sacrata* del 494 a.C. e quella di ‘aspirazione al regno’ prevista da una possibile legge proposta dallo stesso Valerio Publicola nel 509 a.C.)⁹⁶.

⁹⁶ Tra i processi pre-decemvirali, v. il processo del 491 a.C. contro Coriolano che, celebrato per illeciti contro la plebe, non è un processo teso alla proclamazione della sacertà, ché, nonostante l’assunta violazione della *lex sacrata* del 494 a.C., si preferisce – una volta scartata anche l’ipotesi di reato di aspirazione al regno – per ragioni di opportunità politica (v., parimenti, Liv. 2.61.1-8 e 2.56.15-16, nonché Dion. Hal. 9.54.1-2, 9.48.3-5, 9.49.1) condurre l’accusa ‘rivoluzionariamente’ dinanzi la plebe riunita per tribù (cfr. Liv. 2.34-35 e soprattutto 2.35.2; Dion. Hal. 7.20-67 e, soprattutto, 7.36.1-3, 7.46.4, 7.65.4; Plut. *Cor.* 16-20 e, soprattutto, 18.5). Per ulteriori casi, cfr.: Liv. 2.52.3-5, Dion. Hal. 9.27.3, Cass. Dio 5.21 (processo capitale del 476 a.C., convertito in multaticio, contro Tito Menenio Lanato per la perdita del Cremera); Liv. 2.52.6-8, Dion. Hal. 9.28-33 e, soprattutto, 9.28.1 (processo capitale del 475 a.C. contro Spurio Servilio Prisco per la disfatta sul Gianicolo contro gli Etruschi); Liv. 2.54.2-10 e Dion. Hal. 9.37-38 e 10.38.4 (processo del 473 a.C. contro Lucio Furio e Gaio Manlio per opposizione alle leggi agrarie, estintosi per morte dell’accusatore); Liv. 2.61.1-8 e 2.56.15-16, Dion. Hal. 9.54.1-2, Zon. 7.17 (processo del 470 a.C. contro Appio Claudio Sabino per offesa alla comunità plebea e ai suoi capi); Liv. 3.11-13 e, soprattutto, 3.11.8-9, 3.11.13, nonché Dion. Hal. 10.5-8 e, soprattutto, 10.5.2 (processo del 461 a.C. contro Cesone Quinzio per atti offensivi contro la plebe [ma v., altresì, Cic. *dom.* 32.86 che ritiene comiziale il processo, in una con Auct. *vir. ill.* 17]); Dion. Hal. 10.9-13, 10.13.7, 10.30.3 (processo del 460 a.C. contro cospiratori, senatori e consoli); Dion. Hal. 10.33-35 e, soprattutto, 10.35.2-4 (processo multaticio contro i consoli in carica dell’anno 455 a.C., forse non realmente instaurato, in luogo di repressione per violazione delle leggi sacrate); Dion. Hal. 10.42.3-6 (processo del 455 a.C. contro alcuni esponenti del patriziato per opposizione alla votazione delle leggi agrarie); Liv. 3.31.3-6 e Dion. Hal. 10.48-49 e, soprattutto, 10.49.6, Plin. *nat. hist.* 7.29.102, Gell. 2.11 (processo multaticio tribunizio del 454 a.C. contro Tito Romilio per *mala gestio* militare e processo multaticio edilizio, dello stesso anno, contro Gaio Veturio, sempre per cattivo uso del comando militare). Oltre ai processi edilizi, le fonti registrano – avendosi a campione i tre secoli successivi alla riforma decemvirale – molti processi tribunizi, di indole politica, instaurati *apud plebem* solo per multe (sempre riconducibili latamente ad ‘offese alla plebe’ rappresentate, in concreto, o da *mala gestio* del comando militare, o da comportamenti sconvenienti dinanzi al nemico): 423 a.C. (Liv. 4.40.4, 4.41.10-11); 422 a.C. (Liv. 4.42.3-9, 4.40.6-9); 420 a.C. (Liv. 4.40.6-10); 401 a.C. (Liv. 5.11.4-5.12.1); 391 a.C. (Liv. 5.32.8-9; Dion. Hal. 13.5.1; Diod. 14.117.6; Val. Max. 5.3.2 a; Plut. *Cam.* 12-13; Appian. *Ital.* 8.2; ma v., altresì, Plin. *nat. hist.* 34.7.13); 393 a.C. (Liv. 5.29.6-7); 290 a.C. (Liv. *per.* 11; Dion. Hal. *exerpt.* 17-18.4.5; Cass. Dio 8.36.32). Lo stesso vale per il periodo compreso tra la fine del III secolo a.C. (atteso che, secondo la miglior interpretazione della narrazione liviana, anche i processi capitali contro M. Postumio Pirgense e Gn. Fulvio Flacco, interrotti per *absentia* degli accusati e seguiti dal procedimento conciliare di dichiarazione di esilio, integrano gli estremi di due *iudicia populi*) e la fine del II secolo a.C. (atteso che nulla nei resoconti di Asconio e di Cicerone permette di qualificare come capitale il processo celebrato dinanzi la plebe contro Giunio Silano per *mala gestio*): cfr. Liv. 25.3.8 - 25.4.10; Cic. *Verr.* 2.2.118; Cic. *Caec.* 67; Asc. *Corn.* 80. A prescindere dall’episodio, difficilmente interpretabile, dell’incarcerazione di Appio Claudio avvenuta nel 310 a.C. per violazione della *lex Aemilia* (Liv. 9.33.4-9.34.26), non espressamente indicata è la pena per i seguenti processi tribunizi (sempre tesi, tendenzialmente, a reprimere reati d’indole politica): il processo del 442 a.C. contro Menenio Agrippa Lanato, Tito Clelio Siculo, Ebuizio Elva, *tribuni ad coloniam Ardeam deducendam* (Liv. 4.11.5-7); quello contro Quinto Fabio Ambusto del 389 a.C. (Liv. 6.1.6-7); quello contro Lucio Manlio Imperioso del 362 a.C. (Cic. *off.*

Inoltre, lo stesso reato ‘politico-religioso’⁹⁷ di *perduellio* – figura a condotta libera, variamente interpretata in letteratura come ipotesi ora di ‘alto tradimento’, ora di ‘sovvertimento dell’ordine interno costituito’, ora di ‘atto di guerra in tempo e in luogo di pace’, nonché statisticamente ascritta soprattutto a magistrati o a ex-magistrati⁹⁸ – risultava idoneo nella sua vaghezza a far perseguire criminalmente una serie indefinita di ipotesi particolari, liminali – per altro – rispetto a quelle orbitanti nella *proditio* (figura poco precisata contenutisticamente, ma di certo più specifica in quanto implicante di necessità, rispetto alla *perduellio*, il coinvolgimento di *hostes*⁹⁹). Invero, ancora nel III secolo d.C., i confini e i con-

3.31.112; Liv. 7.4-5; Sen. *benef.* 3.37.4; Val. Max. 5.4.3 [?] e 6.9.1; App. *Sam.* 2; Auct. *vir. ill.* 28.1-2); quello contro Lucio Postumio Megello del 293 a.C. (Liv. 10.46.16; ma v., inoltre, Liv. 10.37.7). Quanto a tali processi (mai esplicitamente qualificati come ‘capitali’), fermo restando un *non liquet* per il caso di Lucio Manlio Imperioso, e quello di Lucio Postumio Megello, parrebbe plausibile escludere – in via generale – il loro essere *de capite civis*, ora attesa la riconduzione della fattispecie imputata alla cattiva gestione del comando militare, comunemente sanzionata con multa (come per Quinto Fabio Ambusto), ora attese le notizie forniteci sulle sorti successive del condannato (come per Menenio Agrippa Lanato); v., inoltre, il processo del 436 a.C. contro Minucio (Liv. 4.21.3-4 e 4.13.8-9), nonché quello contro i *triumviri nocturni* del 240 a.C. (Val. Max. 8.1. *damn* 5), per cui non emergono con chiarezza né la pena, né l’assemblea.

⁹⁷ O più esattamente, come già si era sottolineato, «crimine diretto al tempo stesso contro gli dei protettori della *civitas* e contro la compagine sociale» (B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 14).

⁹⁸ Sul crimine di *perduellio* e sulle forme della sua persecuzione (con non univoca interpretazione in letteratura), cfr. – *ex plurimis* – G. GROSSO, *Monarchia, ‘provocatio’ e processo popolare*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, Milano, 1956, 3 ss.; ID., *‘Provocatio’ per la ‘perduellio’, ‘provocatio sacramento’ e ordalia*, in *BIDR*, LXIII, 1960, 213 ss.; U. BRASIELLO, *‘Crimina’*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 2; W. BLAKE TYRRELL, *The ‘Duumviri’ in the Trial of Horatius, Manlius and Rabinus*, in *ZSS*, XCI, 1974, 107 ss., 122 ss.; D. BRIQUEL, *Sur le mode d’exécution en cas de parricide et en cas de ‘perduellio’*, in *MEFRA*, XCII, 1980, 97 ss.; ID., *Formes de mise à mort dans la Rome primitive. Quelques remarques sur une approche comparative du problème*, in *Du châtement dans la Cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Roma, 1984, 225 ss.; A. MAGDELAIN, *‘Jus’, ‘Imperium’, ‘Auctoritas’. Etudes de droit romain*, Rome, 1990, 499 ss.; B. LIOU-GILLE, *Une lecture ‘religieuse’ de Tite-Live I. Cultes, rites, croyances de la Rome archaïque*, Rome, 1998, 231; G. SABBATINI, *Appunti di preistoria del diritto romano*, Torino, 2012, 217; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., 10; B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 11, 78, 152 ss., e ntt. 23 ss.; ID., *Diritto e processo penale*, cit., 14, 22 ss., 54, 76, 78; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 262 s.

⁹⁹ Tale sembra essere l’accusa nel processo consolare del 509 a.C. contro i cospiratori filotarquinii (cfr. Plut. *Publ.* 3-7, Zon. 7.12; ma v., anche, Liv. 2.5.5-8; Dion. Hal. 5.8-13; Val. Max. 5.8.1); e quella relativa al processo consolare del 500 a.C. contro alcuni congiurati (Dion. Hal. 5.57.2-4). Cfr., in generale, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 262 s. (che, contraria a una netta distinzione concettuale e terminologica, nonché al livello di pena, tra *proditio* e *perduellio*, vede per le plurime ipotesi di ‘tradimento’, a seconda dei casi, dei momenti e – soprattutto – della situazione politica in cui il crimine era avvenuto, come supplizi o la decapitazione con la scure, o la fustigazione a morte o la precipitazione dalla rupe Tarpea); B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 11, 78, 152 ss., e ntt. 23 ss.; ID., *Diritto e processo*, cit., 14, 22 ss., 54, 76, 78 (che propone una distinzione, quanto a pena, tra *proditio* e *perduellio*, nonché, quanto a pena e giudizio, tra *perduellio* flagrante e non flagrante). La *proditio*, secondo le XII Tavole (Tab. 9.5: Marcian. 14 *inst.* D. 48.4.3), si articolerebbe in due fondamentali sotto-forme, ossia incitare i nemici contro la patria (*hostem concitare*) e consegnare al nemico un cittadino (*civem hosti tradere*), sarebbe punita – ovviamente solo dalle cen-

tenuti della *perduellio* – pur forse assottigliati dalla nuova previsione tardo-repubblicana del crimine di *laesa maiestas* – rimanevano affatto ambigui, tant'è che in un passo di Ulpiano si definiva vagamente come autore di questo reato chi fosse '*hostili animo adversus rempublicam vel principem animatus*'¹⁰⁰. I casi che le fonti per l'età della repubblica ci attestano come di *perduellio*, in altre parole, andando dall'usurpazione e dal cattivo uso del potere autoritativo, alla grave e cattiva gestione del comando militare, nonché alla violazione – anche per omissione – delle più basilari prerogative plebee, erano solo accomunati, a livello del bene giuridico protetto, dal pregiudizio alle fondamentali 'libertà cittadine repubblicane'¹⁰¹, oltre che, ovviamente, dal *nomen iuris*. E, con riguardo all'età successiva alla metà del V secolo a.C., entro la sfera del *crimen perduellionis* risultavano per di più confluiti fatti illeciti idonei a configurare anche casi di *plebem offendere* o di offesa sacrale rivolta immediatamente ai tribuni¹⁰²: il che risulta in perfetta armonia con

torie – con la morte in armonia con la prassi della repressione magistratuale per via di *securi percussio*: invero, l'ultima esecuzione con la scure risale al 509 a.C., anno, il primo della repubblica, in cui, come appena sopra accennato, venne scoperta una congiura di *proditores* volta a restaurare la monarchia dei Tarquinii cui avevano preso parte anche i figli del console Lucio Bruto (Liv. 2.5; Dion. Hal. 5.8-9; Val. Max. 5, 8, 1; Verg. *Aen.* 6.817 ss.; Pol. 6.54; Plut. *Publ.* 6; sul punto v. C. PELLOSO, *Bruto, il console che fece uccidere i figli*, in *Storia mitica del diritto romano*, a cura di A. McClintock, Bologna, 2019, 131 ss.).

¹⁰⁰ Sulla base di D. 48.4.11, il *crimen perduellionis* pare essere ricompreso entro la sfera di operatività della *lex Iulia maiestatis*.

¹⁰¹ J. BLEICKEN, *Das Volkstribunat der klassischen Republik. Studien zu seiner Entwicklung zwischen 287 und 133 v. Chr.*², München, 1968, 125; C.H. BRECHT, '*Perduellio*'. *Eine Studie zu ihrer begrifflichen Abgrenzung zum römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik*, München, 1938, 190 ss.; L. THOMMEN, *Das Volkstribunat der späten römischen Republik*, Stuttgart, 1989, 150 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 80. Cfr., per il periodo antecedente le XII Tavole, Calp. Pis. *ann. fragm.* fr. 37 (Peter); Cic. *rep.* 2.27.49, 2.35.60; Liv. 2.41.11 e 4.15.4; Dion. Hal. 8.77-78, 8.82.4-5, 8.87.2; Diod. 11.37.7; Val. Max. 6.3.1 b; Flor. 1.26.7; Cass. Dio 5.19 (processo questorio per *perduellio* del 485 a.C. contro Spurio Cassio, in alternativa alla versione del giudizio domestico, di cui a Val. Max. 5.8.2; Plin. *nat. hist.* 34.9.15; Liv. 2.41.10; Dion. Hal. 8.79). Invero, anche dopo il 451-450 a.C. una non esigua gamma di processi tribunizi di indole politica, celebrati dinanzi le centurie e quindi capitali, affiora dalle fonti (di cui qui di seguito, paradigmaticamente, si considerano i secoli dalla metà del V alla fine del III a.C.): 449 a.C. (Liv. 3.56-58; Dion. Hal. 11.46); 384 a.C. (Liv. 6.19.5 ss.; ma v. Liv. 6.20.12, nonché Diod. 15.35.3, e Plut. *Cam.* 36); 248 a.C. (Pol. 1.52.2-3; Cic. *nat. deor.* 2.3.7, *div.* 1.16.29, 2.8.20, 2.33.71; Liv. *per.* 19; Val. Max. 8.1 *absol.* 4; Svet. *Tib.* 2.2; Flor. 2.2.29; Eutr. 2.26.1; Serv. in Verg. *Aen.* 6.198; Schol. Bob. [Hildebrandt 27]); 212 a.C. (Liv. 25.4); 211 a.C. (Liv. 26.3.9-12); 204 a.C. (Liv. 29.22.7-9).

¹⁰² Dopo le XII Tavole, da un lato, i tribuni conservano il potere di radicare processi multatici per reati politici affini alla *perduellio* che, per opportunità contingenti o per la dinamica concreta dei fatti, essi preferivano far sanzionare senza l'intervento delle centurie con pene pecuniarie (v., paradigmaticamente, Liv. *per.* 11; Dion. Hal. 17-18; Schol. Bob. [Hildebrandt 27]; Plut. *Cato mai.* 19.2; Liv. 26.3.8-9; Liv. 43.8.9-10). Dall'altro, rimane in capo ai tribuni l'iniziativa per la instaurazione di processi politici capitali (ma dinanzi le centurie: cfr., per la concessione degli *auspicia*, B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 170 e nt. 83). In particolare, con riguardo ai casi del 169 a.C. di Claudio Pulcro e di Sempromio Gracco, v. Liv. 43.16.10-16; Val. Max. 6.5.3: è, infatti, a titolo di sola *perduellio* che vengono instaurati dal tribuno Rutilio (o Popilio) i processi comiziali contro i due censori (*utrique censori perduellionem se iudicare pronuntiavit*), l'uno per non aver rispettato l'*intercessio* tribunitia, l'altro per ostruzionismo al tribuno nella direzione di un'assemblea popolare.

il dato storico dell'abolizione, concordata tra patriziato e plebe, dei processi rivoluzionari capitali *apud plebem* a seguito dell'entrata in vigore delle XII Tavole e l'attribuzione ai tribuni dell'iniziativa processuale per reati politici.

Così come per i plurimi e disparati casi orbitanti nel *genus* del *plebem offendere*, i confini sfumatissimi della *perduellio*, insomma, lasciavano ampio spazio all'interpretazione dei fatti; e parimenti, all'insegna delle categorie della politica¹⁰³ e di quelle della retorica¹⁰⁴, gli stessi erano alla base del non ristretto margine di scelta circa la qualificazione giuridica e circa il tipo di crimine da considerarsi integrato, poi argomentabile in sede processuale con i più vari riferimenti extra-testuali ed extra-legali. Il che, a titolo di esempio, ci insegnano sia la vicenda processuale – ‘parallela’ a quella di Spurio Cassio del 486-485 a.C. – occorsa a Manlio Capitolino nel 384 a.C. (per il quale fu *dicta dies de perduellione*, ancorché l'accusato avesse tentato di *regnum occupare*, e pare sia stata irrogata per l'ultima volta della storia repubblicana dai comizi la pena capitale)¹⁰⁵; sia quella – non

¹⁰³ In altre parole, con riguardo alla *positio* del *ius publicum*, lo stesso diritto criminale (filtrato dalla specola relativa a sacerdoti, magistrati, senato, assemblee popolari, governo provinciale) proprio perché sia concernente *leges* (prima ancora che fatti) e, talora, *leges* non ancorate alle declinazioni del principio di legalità, sia attinente allo *status rei publicae* (invece che a rapporti intersoggettivi paritetici), si lasciava facilmente e liberamente maneggiare dagli esponenti delle diverse forze politiche nelle *contentiones de iure publico* oltre che nelle riflessioni più ponderate di quei *periti iuris publici* che Cic. *de orat.* 1.46.201, 1.60.256, 2.2.5 pare configurare come esperti di un'ars autonoma rispetto all'oratoria e alla storia: vd. P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*³, Torino, 1996, 60 ss.; ID., *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, in *AUPA*, XLIII, 1995, 229 ss.; P. CERAMI - G. PURPURA, *Profilo storico-giurispudenziale del diritto pubblico romano*, Torino, 2007, 40 ss. Su tale *ars* è comunque ben sostenibile – contro U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1967, 137 ss. – l'influsso della retorica: cfr., per tutti, M. SCOGNAMIGLIO, *Tra retorica e diritto: alcuni esempi di interpretazione delle 'leges iudiciorum publicorum' nelle orazioni di Cicerone*, in *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, a cura di B. Santalucia, Pavia, 2009, 265 ss.; EAD., *Die Zulässigkeit der Analogie im Strafrecht der späten Republik und des Prinzipats*, in *ZSS*, CXXIX, 2012, 291 ss.

¹⁰⁴ Ancora fondamentale risulta J. STROUX, 'Summum ius, summa iniuria'. Ein Kapitel aus der Geschichte der 'Interpretatio iuris', in *Festschrift Paul Speiser-Sarasin zum 80 Geburtstag*, Leipzig - Berlin, 1926, 63 ss. L'importanza, riscoperta di recente dalla romanistica, delle inter-connessioni tra retorica e diritto romano viene testimoniata, tra l'altro, da pubblicazioni – in seno alla produzione romanistica – come *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Atti*, a cura di A. Lovato, Bari, 2011, *passim*, nonché *Dogmengeschichte und Historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani*, a cura di C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci ed E. Stolfi, Trento, 2012, *passim*.

¹⁰⁵ Da un punto di vista teorico, il rapporto tra la *perduellio* e il reato sacrale di *adfectatio regni* (Plut. *Publ.* 12.1; Liv. 2.1.9, 2.2.5, 2.8.2) potrebbe, attraverso dispositivi dell'oggi, essere risolto in modo *tranchant* invocando la figura del reato complesso in senso lato o quella del concorso formale di reati. Tuttavia, se si considerano le versioni più accreditate del processo capitale questorio del 486-485 a.C. contro Spurio Cassio (Cic. *rep.* 2.35.60; Liv. 2.41.11, 43.16.12; Gell. 6.9.9: cfr., in generale, A. RAMON, *Repressione domestica e persecuzione cittadina degli illeciti commessi da donne e filii familias*, in *Il giudice privato nel processo civile romano: omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2015, 619 ss.), e di quello capitale tribunizio del 384 a.C. contro Manlio Capitolino (Liv. 6.19.5 ss., 6.20.12; Diod. 15.35.3; Plut. *Cam.* 36; Gell. 17.21.24; Dion. Hal. 14.4.1;

senza spunti di affinità con il celebre mito dell’Orazio sororicida superstite – che vide protagonista Rabirio nel 63 a.C. (*iudicatus* di *perduellio*, e non di omicidio,

Zon. 7.23: cfr., in generale, R. SCEVOLA, *L’adfectatio regni* di M. Capitolino: eliminazione ‘*sine iudicio*’ o persecuzione criminale?, in *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, cit., 275 ss.), in concreto, l’ascrivere una certa condotta illecita a titolo di *perduellio* non flagrante (perseguitabile ordinariamente in giudizio), o a titolo di aspirazione al regno implicante sacertà (reprimibile da chiunque anche *sine iudicio*), si risolveva in una scelta fluida e di sola opportunità politica da farsi *ex ante*. Ora, circa il processo tribunizio del 384 a.C. contro Manlio Capitolino, Livio riporta la tradizione secondo cui i senatori – a seguito dell’insuccesso della strategia, tesa ad eliminare il patrizio Manlio schieratosi apertamente e perniciosamente a favore della plebe, fondata sulla nomina di un dittatore – pianificano il da farsi, tra l’altro ‘auspicando’, e invano, l’avvento risolutore contro il ‘nemico pubblico’ di un novello Servilio Ahala; alcuni chiedono, senza successo, un S.C. ‘*ne quid res publica detrimenti capiat*’; i tribuni della plebe (o forse i *tribuni militum*, secondo Plutarco) propongono l’instaurazione di un processo comiziale che, poi, si celebra e si conclude o – stando a Gellio, che riprende Varrone, nonché a Livio e a Dionigi – con la ‘condanna alla *deiectio*’ (il che ben può coordinarsi armoniosamente con ipotesi di *proditio* o di *perduellio*), o – stando a Cornelio Nepote citato da Gellio – con la *verberatio usque ad necem* (il che sarebbe più consentaneo, se non a un giudizio penale domestico, a un cd. procedimento *duumvirale*). Prestandosi fede ad altra versione, sempre riferita da Livio, i *duumviri perduellionis* (che, in base alla ricostruzione di B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 48, possono per certo essere qualificati come magistrati atti a «proclamare la responsabilità dell’imputato nel caso di delitto flagrante e metterlo immediatamente a morte») avrebbero condannato Manlio, mentre, secondo Diodoro, Manlio sarebbe stato ucciso ‘senza giudizio’; informazione, quest’ultima, che – a mio credere – non è impossibile connettere vuoi con la convinzione, opposta a quella di Varrone, Livio, Cornelio Nepote, Dionigi, Plutarco, che la posizione senatoria del S.C. cd. *ultimum* avesse sortito effetti, vuoi con la versione del cd. procedimento *duumvirale*, che, appunto, risulta nella sua sommarietà *sine iudicio*; o, comunque, notizia che mi pare arduo congiungere, come fa invece R. FIORI, *Homo sacer*, cit., 402 ss., alla «proposta di molti senatori di incaricare un nuovo Servilio Ahala di uccidere Manlio *sine iudicio*», in quanto, in effetti, non si tratta di una ‘proposta’, ma solo di un ‘desiderio’ o di una ‘speranza’ che, aleggiando con insistenza nell’aria, esprimeva sì tutta l’avversione patrizia per il filo-plebeo, ma non in termini di seria risoluzione (*vociferantur ... opus esse*). Se è vero che la *perduellio* è figura criminosa assai magmatica la cui storia si intreccia indissolubilmente, al livello processuale, con quella dei *quaestores*, con quella dei *duumviri*, nonché – da ultimo – con quella dei *tribuni*, altrettanto vero è che, proprio in relazione a questi ultimi ‘magistrati’, essa – attraverso un’interpretazione di tipo estensivo dell’abuso di ufficio, se non anche a mezzo di vera e propria analogia – venne consistentemente impiegata come ‘*genus*’ volto a ricomprendere una serie davvero ampissima di figure da giudicarsi, in assenza di flagranza, dai tribunali ordinari e non, invece, dai *duumviri* (B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 47, 152, 169). Se l’una tradizione configura il processo contro Manlio in termini di ‘giudizio capitale centuriato’, mentre l’altra tradizione ritiene che egli sia stato condannato dai *duumviri*, non penso che vi siano ostacoli insormontabili a considerare le due versioni della medesima vicenda come non contrastanti circa il titolo dell’illecito imputato, ossia la *perduellio* (laddove sarebbe solo circa l’esistenza, o meno, della flagranza che tali due ricostruzioni della vicenda si sarebbero differenziate): insomma, nonostante i fatti contestati, date le strutture delle due figure di aspirazione al regno (quella della *lex Valeria* del 509 a.C., giusta le pesantissime conseguenze contemplate, assai plausibilmente tale da ‘assorbire’ gli elementi costitutivi di quella, pur autonoma, meno grave reprimibile solo dopo regolare processo), fossero, tendenzialmente e in teoria, idonei a essere qualificati in entrambi i modi (come si può ricavare dalla già menzionata speranza, manifestata da molti senatori, del ritorno di un ‘giustiziere’ come Ahala), si era optato in concreto per l’ascrizione a Manlio di una semplice *perduellio*. Il che, se non erro, trova conferma ulteriore anche nella non univoca versione del processo comiziale del 486-485 a.C. contro Spurio Cassio, atteso che il ‘fatto’ della tentata *occupatio regni* (Cic. *rep.* 2.35.60: *Sp. Cassium de occupando regno molientem ... quaestor accusavit*) viene qualificato in termini giuridici di ‘crimine’ di *perduellio*, ed è solo con questo capo di

per la commissione, in una cornice di natura schiettamente politica, della *caedes indemnati civis*¹⁰⁶.

8. *'Quaestiones' e legalità sostanziale.* – Se per l'età repubblicana alta e media, come si è avuto modo di constatare nei paragrafi precedenti, non era inerente al sistema di repressione mediante *iudicia populi* o *animadversio* magistratuale – fatti

imputazione che viene radicato formalmente il *iudicium* popolare (Liv. 2.41.11: *a quaestoribus ... diem dictam perduellionis*; cfr., altresì, Liv. 43.16.12, e Gell. 6.9.9), benché fosse possibile anche una messa a morte immediata in base alla *lex Valeria* del 509 a.C.: così, espressamente, A.W. ZUMPT, *Das Criminalrecht der Römischen Republik*, I.2, Berlin, 1865, 289, nonché, implicitamente, B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 47; cfr., altresì, L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 72 s., 76 s., 180 (con ampi rimandi alla letteratura precedente).

¹⁰⁶ Cicerone – nella prima metà del 63 a.C. – aveva pronunciato la sua *oratio* in difesa di Rabirio, *reus perduellionis* e criticato l'uso dell'antichissima procedura duumvirale. Secondo un orientamento recentemente ripreso da B. SANTALUCIA, *La versione liviana del processo dell'Orazio*, in *Iura*, LXVI, 2018, 43 ss. (nonché in *Lingua e Istituzioni. Aspetti comunicativi, intellettuali, storico-giuridici, religiosi*, a cura di F. Bruni e L. Garofalo, Venezia, 2020, 209 ss.), circa quarant'anni dopo, Livio, suggestionato dalle peculiarità della *causa Rabiriana*, si sarebbe spinto a reinventare pressoché *in toto* la tradizione attraverso una rielaborazione dell'episodio dell'Orazio sulla scorta della vicenda processuale di Rabirio condannato dai *duumviri*, sia aderendo alla sussunzione della *caedes civis indemnati* nel reato di *perduellio*, sia innestando in un contesto monarchico l'istituto repubblicano della *provocatio*, sia inventando il testo della *lex horrendi carminis*. A voler così ipotizzare, però, sarebbe giocoforza ritenere, *in primis*, che solo in occasione del processo del 63 a.C. sarebbe stato innovativamente configurato come *perduellio* un fatto 'pacifico' di *parricidium* (il cagionamento della morte di Saturnino imputato a Rabirio). Ma, se così fosse stato davvero, allora non si spiegherebbe affatto il silenzio di Cicerone, lungo tutto il suo discorso in difesa di Rabirio, circa un'abnormità di tal fatta: Cicerone non una sola parola, invece, spende sulla sussunzione sostanziale dei fatti ascritti al suo assistito, di cui, per l'appunto, chiede l'assoluzione o perché egli non avrebbe commesso la *caedes* o perché il fatto materiale della *caedes*, anche se commesso, sarebbe stato comunque scriminato (mai, neppure implicitamente o parenteticamente, si contesta la tesi dell'accusa secondo cui la condotta sarebbe stata riconducibile, in astratto oltre che in concreto, a una ipotesi di *perduellio*). Del resto, lo stesso dibattito senatorio che precede la promozione del giudizio duumvirale – per come viene riprodotto, ma senza troppa precisione e linearità, da Cassio Dione (scrittore di avanzata età imperiale il cui pubblico era ellenofono) – pare non aver mai riguardato quella che, per la tesi qui avversata, dovrebbe essere la stravagante sussunzione dell'uccisione di Saturnino nella *perduellio*: anzi, data per incontrovertibile tale questione sostanziale, i senatori si confrontano solo sul tipo di 'procedura' e sul tipo di 'tribunale'. V'è che plausibilmente ben prima del 63 a.C. la *perduellio* era stata capace di abbracciare ipotesi politiche di 'assassinio', ancorché non reputo sia annoverabile tra i precedenti storici quello del processo centuriato per omicidio contro Servilio Ahala nel 437-436 a.C. (v. R. FIORI, *'Homo sacer'*, cit., 393 ss., a mente di Cic. *dom.* 32.86, *rep.* 1.3.6; Liv. 4.16.5, 4.21.3-4; Val. Max. 5.3.2 g); v., comunque, con riguardo al processo contro Cesone Quinzio (461 a.C.), la tradizione raccolta da Dion. Hal. 10.7.1-5, secondo cui, oltre all'omicidio del fratello del tribuno della plebe M. Volscio Fittore (cfr. Liv. 3.13.1-3), sarebbe stato ascritto all'imputato anche il tentativo di uccidere il tribuno stesso, di talché, a voler accogliere questa versione, i fatti di reato ben potrebbero essere ricondotti anche alla figura della *perduellio*. Sul rapporto tra Livio e Cicerone e quindi sul mito dell'Orazio e sul processo contro Rabirio ha indugiato anche, di recente, R. FIORI, *Il 'crimen' dell'Orazio superstite*, in *Iura*, LXVIII, 2020, 36 ss. Contro queste due ricostruzioni, mi permetto di rinviare per più ampie argomentazioni a C. PELLOSO, *Riflessioni su attestazioni storiche e storiografiche del giudizio duumvirale*, in *Saggi di diritto penale romano per C. Venturini*, Napoli, 2021, 63 ss.

salvi casi sporadici e limitati – il principio per cui ‘nessun *crimen* e nessuna *poena* può prescindere da una previa *lex* scritta determinata’, di contro, è stato sovente sostenuto che con l’affermarsi nel I secolo a.C. delle corti permanenti, ossia dei collegi giudicanti precostituiti e stabilmente incaricati di conoscere e perseguire, ciascuno, un dato reato o una data gamma di reati¹⁰⁷, tale principio avrebbe trovato a Roma terreno fertile per attecchire (se non altro nella versione ciceroniana secondo cui ‘*damnatio est ... iudicum, poena legis*’), nel senso che i provvedimenti costitutivi delle singole *quaestiones* individuavano, oltre alla fattispecie o alle fattispecie di *crimen* perseguite con *publicum iudicium*, la procedura da seguire, nonché la sanzione fissa (ossia impermeabile ad eventuali circostanze attenuanti o aggravanti) da comminare al reo¹⁰⁸.

In verità, v’è da notare come le *quaestiones perpetuae* stesse fossero sì fondate su una legge incriminatrice, ma il più antico sistema di giustizia popolare mai fu formalmente abrogato, così come rimanevano i pur sempre ragguardevoli poteri del magistrato (pur limitati, infine, dalla legislazione Porcia del II secolo a.C.¹⁰⁹), sicché il ‘principio di riserva di legge’ – che, per altro, non andava a significare automaticamente anche irretroattività¹¹⁰ – veniva inesorabilmente contro-bilan-

¹⁰⁷ Il processo comiziale rimase in auge sino alla fine del III secolo; tuttavia, esso presentava non pochi inconvenienti, quali la complessità e la farraginosità della procedura e la natura fondamentalmente politica delle decisioni popolari. Fu così che a partire dagli inizi del II secolo il senato cominciò ad affidare ai consoli o a uno dei pretori la repressione di crimini particolarmente gravi che suscitavano allarme sociale, in luogo del processo davanti alle assemblee popolari. *Quaestiones* affini furono poi disposte dal popolo, su iniziativa dei tribuni per cedere progressivamente il passo a corti stabili e ordinarie. Sul punto, v., per tutti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 69 ss.

¹⁰⁸ Cic. *pro Sul.* 22.63. In questo senso, v., per tutti, G. PUGLIESE, *Linee generali*, cit., 725 s. (a cui avviso il sistema penale organizzato da Silla e da Augusto in modo definitivo è animato dal principio di legalità, poiché «solo il fatto descritto come criminoso in una legge rappresentava un *crimen*, un delitto, il cui autore dovesse subire una pena; solo la pena precisamente prevista da una legge per quel delitto poteva essere oggetto della condanna da pronunziarsi contro il suo autore» e poiché «le pene, per parte loro, erano rigide, poiché all’organo giudicante mancava qualsiasi potere di adattarele discrezionalmente alla gravità del delitto»); G. VASSALLI, voce ‘*Nullum crimen, nulla poena sine lege*’, cit., 286 (per il quale pare «esatto constatare come presso i Romani un divieto rigoroso quale quello proprio dei diritti contemporanei non abbia avuto vigore se non limitatamente alla procedura penale “ordinaria” per *quaestiones*...»). Cfr., con ampio ragguaglio bibliografico e discussione critica della tesi in oggetto, M. SCOGNAMIGLIO, ‘*Nullum crimen sine lege*’. *Origini storiche del divieto di analogia in materia penale*, Salerno, 2009, 64 ss.; v., inoltre, V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., 73 ss.; C. VENTURINI, *Studi sul ‘crimen repetundarum’ in età repubblicana*, Milano, 1979, 455, nt. 111; ID., *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, 304 s.

¹⁰⁹ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 71 ss. Sall. *bell. Cat.* 51.21; Liv. 10.9.4; Fest. voce *Pro scapulis* (Lindsay 266). In generale, v., circa il problema delle ‘*leges Porciae*’, C. VENTURINI, *Processo penale*, cit., 20 e nt. 14.

¹¹⁰ Cfr. V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., 73; nonché, in adesione a un’assai cauta valutazione, C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., 32. È pur vero che Cicerone ne accenna (Cic. *Verr.* 2.1.42.108: *In lege Voconia non est fecit fecerit, neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur nisi eius rei quae sua sponte tam scelerata et nefaria est ut, etiamsi lex non esset, magno-pere vitanda fuerit. Atque in his ipsis rebus multa videmus ita sancta esse legibus ut ante facta in iudicium non vocentur; Cornelia testamentaria, nummaria, ceterae complures, in quibus non ius aliquod novum populo constituitur, sed sancitur ut, quod semper malum facinus fuerit, eius quaestio ad popu-*

ciato, se non compresso, entro il quadro generale di una repressione criminale composita e multiforme che si articolava in più sistemi particolari di giustizia.

V'è poi da mettere in luce come, anche entro la cornice di quest'ultimo blocco processuale dell'*ordo*, la perimetrazione sostanziale delle fattispecie illecite non rinvenisse strettamente nella legge la propria unica fonte. Basti pensare alla integrazione giurisprudenziale della figura del parricidio scolpita – già in senso estensivo rispetto al passato – dalla *lex Pompeia de parricidiis* del 55 o del 52 a.C.¹¹¹ A voler considerare la *ratio* di questa legge – a prescindere dal problema relativo al tipo di pena previsto e a quello della corte competente a *quaerere*¹¹² – quella di re-

lum pertineat ex certo tempore); ma solo come tendenza generale e non come principio generale. Basti pensare che nel II secolo a.C., quando furono istituite corti di giustizia *extra ordinem*, esse ebbero lo scopo di perseguire fatti già commessi, ma prima di allora non contemplati come illeciti, come attesta la repressione dei Bacchanali, a partire dal 186 a.C., con l'adozione del *senatusconsultum de Bacchanalibus* (Liv. 39.8-18; FIRA, I, n. 30) che incaricava i consoli di condurre un'inchiesta e di perseguire con pena capitale i partecipanti ad un culto che, sino ad allora liberamente praticato, veniva ora ritenuto lesivo dell'ordine pubblico e della comune morale. E basti ricordare come, nel sistema delle questioni perpetue, Cluenzio fosse accusato da Attio nel 66 a.C. per aver violato nel 74 a.C. una legge che all'epoca dei fatti non era formalmente a lui applicabile, ma che forse avrebbe potuto esserlo solo dopo il 70 a.C.: e ciò proprio in virtù della formulazione del *caput* della legge invocata dall'accusa contro Cluenzio che prevedeva espressamente la retroattività: *Q eorum coiti coierit convenit convenierit quo quis iudicio publico condemnaretur* ..., ci ricorda Cicerone in *Cluent.* 54.148 (M. SCOGNAMIGLIO, 'Nullum crimen', cit., 70 ss. e nt. 90).

¹¹¹ Tra i molti, v. Y. THOMAS, *Sich rächen auf dem Forum. Familiäre Solidarität und Kriminalprozess in Rom (1. Jh. v. Chr. - 2. Jh. n. Chr.)*, in *Historische Anthropologie: Kultur, Gesellschaft, Alltag*, V, 1997, 161 ss.; ID., 'Parricidium'. I. *Le père, la famille et la cité (La 'lex Pompeia' et le système des poursuites publiques)*, in *MEFRA*, XCIII.2, 1981, 643 ss.; E. NARDI, *Credo stoico e portata delle leggi Cornelia e Pompeia sull'omicidio*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968; L. FANIZZA, *Il parricidio nel sistema della 'lex Pompeia'*, in *Labeo*, XV, 1979, 266 ss.; H. KUPISZEWSKI, *Quelques remarques sur le 'parricidium' dans le droit romain classique et post-classique*, in *Studi in onore di E. Volterra*, IV, Milano, 1971, 601 ss. (nonché in ID., *Scritti minori*, Napoli, 2000, 225 ss.).

¹¹² Mod. 12 *pan.* D. 48.9.9 pr.: *Poena parricidii more maiorum haec instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus deinde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo et vipera et simia: deinde in mare profundum culleus iactatur. Hoc ita, si mare proximum sit: alioquin bestiis obicitur secundum divi Hadriani constitutionem.* Una legge costantiniana del 318 d.C. (citata tanto nel *Codex giustiniano* che nelle *Institutiones*) precisa che gli uccisori dei parenti prossimi (genitori, figli) non vengono condannati a morte con la spada, col fuoco o con un'altra *sollemnis poena*, ma vanno legati assieme a vipere in un sacco e, poi, gettati nel più vicino mare o fiume, così che il condannato sia privato dei principali elementi a supporto della vita e della morte stessa, ossia l'aria e la terra (CTh. 9.15.1; cfr. C. 9.17.1 [trascrizione della legge costantiniana]; I. 4.18.6 [trascrizione della legge costantiniana con precisazione che la *lex Pompeia de parricidiis* ne era premessa e che la pena del sacco era una *nova poena* per l'autore di un *asperrimum crimen*]); cfr. Dosith. 3.16; Cic. *Rosc. Am.* 69-70; Svet. *Iul.* 42.3 e *Aug.* 33; v., inoltre, sulla antichità della pena, Val. Max. 1.1.13; Dion. Hal. 4.62.4; Zon. 7.11; sulla natura 'legale' della pena, v. Sen. *Clem.* 1.23; Pseud.-Quint. *decl. min 377*; *Rbet. Her.* 1.13.23; Cic. *inv.* 2.50.149 (cfr., I. 4.18.6 e Paul. Sent. 5.24 che individuano nella *lex Pompeia de parricidiis* il provvedimento introduttivo della pena; cfr., diversamente, oltre a Modestino, Marciano in D. 48.9.1, ove si precisa che la *lex Pompeia* avrebbe assoggettato i parricidi alla pena prevista dalla *lex Cornelia de sicariis et veneficis*). Sulle peculiarità del rito, con resoconti non sempre coincidenti circa animali inseriti nel sacco e luogo della immersione, v., inoltre, Cic. *ep. Quint. Frat.* 1.2.2.5; Sen. *contr.* 5.4.2; Sen. *Clem.* 1.15.7; Quint. *decl.* 17.9; Iuv. *Sat.* 8.213 e 13.154 ss.; Oros. *hist. pagan.* 5.16.23. In generale, sulle peculiarità della punizione del parricidio v. E. CANTARELLA,

primere l'uccisione di ascendenti (*parentes*) e di solo taluni collaterali (*adgnati* e *cognati*) oltre che di *patroni*, con spinta ermeneutica tesa al superamento della lettera della legge, un'estensione dei soggetti passivi veniva operata da parte di Marciano (che però non si spingeva tanto da contemplare come reato di parricidio il caso della morte di un figlio provocata da un padre), di modo che fossero da considerare integrativi della fattispecie criminosa addirittura l'uccisione del figlio da parte della madre così come quella del nipote da parte dell'avo¹¹³.

Parimenti, la repressione del *crimen laesae* o *minutae maiestatis*, ridelineato nel contesto dei giudizi pubblici delle questioni perpetue da una *lex Iulia* di data alquanto incerta¹¹⁴, trovò nella successiva lettura prudenziale, oltre che in provve-

I supplizi capitali, cit., 266 ss.; nonché sui tribunali competenti prima e dopo la *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 148 s., 161 s.

¹¹³ Cfr. Marcian. 14 *inst. D.* 48.9.1: *Lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem matrem, avum aviam, fratrem sororem patrualem matrualem, patruum avunculum amitam, consobrinum consobrinam, uxorem virum generum socrum, vitricum, privignum privignam, patronum patronam occiderit cuiusve dolo malo id factum erit, ut poena ea teneatur quae est legis Corneliae de sicariis. sed et mater, quae filium filiamve occiderit, eius legis poena adficitur, et avus, qui nepotem occiderit: et praeterea qui emit venenum ut patri daret, quamvis non potuerit dare.* La *lex Pompeia de parricidiis*, per come conservata nel passo marciano del Digesto, forniva una lunga e analitica lista di vittime del reato di parricidio: padre, madre, nonno, nonna, fratello, sorella, cugino di primo grado da parte del padre, cugino di primo grado da parte della madre, zio paterno o materno, zia paterna o materna, cugino di primo grado (maschio o femmina) da parte della sorella della madre, moglie, marito, suocero, genero, suocera, nuora, patrigno, figliastro, figliastro, patrone o patrona; figlio o figlia uccisi dalla madre; nipote ucciso dal nonno. La legge prevedeva anche che un figlio che avesse acquistato del veleno per uccidere il padre fosse punito come parricida, anche se non era in grado di somministrarlo, e Ulpiano attesta che pure gli usurari, essendo a conoscenza del fatto che un *filius* progettava di usare il denaro preso in prestito per pagare il veleno o un sicario per uccidere il padre, dovevano essere puniti come parricidi (D. 48.9.7). Elenchi più brevi sono attestati da Modestino, che si riferisce solo a genitori e nonni (D. 48.9.9.1), nonché da Saturnino, che discorre di *parentes*, *cognati* e *patroni* (D. 48.2.12), oltre che dalle *Pauli Sententiae*, dove sono menzionati genitori, nonni, fratelli e patroni (Paul. Sent. 5.24). Pertanto, queste diverse liste, là dove non modificate dai compilatori (come, ad esempio, è per l'aggiunta in D. 48.9.1, di *vir et uxor*, come si ricava da D. 48.8.1.5), sembrano essere i risultati differenziati dell'interpretazione dei giuristi: e l'intervento palinogenetico di Marciano volto ad ampliare i casi di parricidio previsti dalla legge (la quale, come emerge da D. 48.9.1 e 48.9.3 non contemplava tra i soggetti passivi del reato i parenti di grado pari ai consobrini o di grado più prossimo rispetto a questi ultimi) ora avviene *ex sententia legis* (e ciò, ad esempio, per colmare la lacuna del catalogo relativa alla *noverca*: D. 48.9.3), ora avviene stravolgendo la *ratio* espressa dalle parole della legge (come emerge dalla chiosa contenuta in D. 48.9.1).

¹¹⁴ Non poche fonti attestano l'introduzione, sul finire dell'età repubblicana, della repressione di una nuova figura criminosa (quella di lesa maestà), mediante tre successive leggi, ossia la *lex Appuleia* del 103 a.C. (Cic. *de orat.* 2.25.107, 2.49.201; *inv.* 2.17.53; *part. orat.* 30.105; *Rhet. Her.* 2.12.17), la *lex Varia* del 90 a.C. (Ascon. *Corn.* 79.3-6 C.) e la *lex Cornelia* dell'81 a.C. (Cic. *Pis.* 21.50; Ascon. *Corn.* 59.15-19 C.; Cic. *Cluen.* 35.97; *Verr.* 2.1.5.12; *fam.* 3.11.2); dibattuta è ancora la questione se la *lex Iulia maiestatis* sia una legge di Cesare o di Augusto oppure se ad entrambi sia ascrivibile un provvedimento in materia. Fu, comunque, la terza ad istituire, se non a configurare innovativamente, una *quaestio perpetua de maiestate* per la pena capitale da irrogare al magistrato che, abusando dei suoi poteri, avesse violato la *maiestas populi Romani*, oppure chi avesse commesso nei confronti di un magistrato un reato che, se diretto contro un privato, avrebbe configurato *iniuria* o omicidio; mentre la legge Giulia avrebbe ridelineato l'ambito di questa figura cri-

dimenti imperiali¹¹⁵, imprescindibili fattori di sviluppo che – come ricordava esplicitamente Modestino¹¹⁶ – proprio l'*exemplum* travalicante la formulazione del testo permetteva di mettere in moto, pur senza la creazione di nuovi tipi di reato e senza la modifica del testo normativo di base. Se *ex lege Iulia* venivano puniti, come è probabile, con la *interdictio* coloro che ledevano la maestà del popolo romano e la sua sicurezza a mezzo di condotte perpetrate anche contro la persona del principe¹¹⁷, successivamente, all'evanescenza del *crimen maiestatis* – lasciato

minosa assai sfumata, facendovi orbitare atti dei più vari – e non esattamente coincidenti con il più antico reato di *perduellio* – a pregiudizio della *res Romana* e della sua sicurezza, come l'alto tradimento, la sedizione, l'incitamento alla rivolta, l'usurpazione da parte di privati di poteri connessi a una carica pubblica, l'adoperarsi al fine di trasformare in nemici gli amici del popolo romano. Cfr. R.A. BAUMAN, *The 'Crimen Maiestatis' in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg, 1970, 67 ss., 266 ss.; A. PESCH, *'De perduellione, crimine maiestatis et memoria damnata'*, Aachen, 1995, 192 ss.; R. DE CASTRO-CAMERO, *El 'crimen maiestatis' a la luz del 'senatus consultum de Cn. Pisone patre'*, Sevilla, 2000, 39 ss.; F. MASSIMINO, *Il 'crimen maiestatis'. Dalle origini al principato augusteo*, Catania, 2018, *passim*.

¹¹⁵Nel principato, anche la repressione criminale iniziò a ruotare attorno alla figura del *princeps*, cui si devono incessanti interventi tesi ad estendere la portata del testo legislativo originario, in antitesi con il principio della stretta legalità; del pari, anche l'attività scientifica della giurisprudenza, operando sugli atti normativi di carattere generale, ne ampliava l'ambito di applicazione, soprattutto in ragion di opportunità politica e di conformazione alle istanze del tempo: cfr. G. PUGLIESE, *Linee generali*, cit., 748 s.; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., 21; U. BRASIELLO, *Diritto penale*, cit., 964; ID., *La repressione penale*, cit., 213; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 214 ss.

¹¹⁶Mod. 12 *pand. D.* 48.4.7.3: *Hoc tamen crimen iudicibus non in occasione ob principalis maiestatis venerationem habendum est, sed in veritate: nam et personam spectandam esse, an potuerit facere, et an ante quid fecerit et an cogitaverit et an sanae mentis fuerit. Nec lubricum linguae ad poenam facile trahendum est: quamquam enim temerarii digni poena sint, tamen ut insanis illis parcendum est, si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est* (cfr. in argomento, G. LONGO, *'Delictum' e 'crimen'*, Milano, 1976, 21 s.; P. CERAMI, *'Tormenta pro poena adhibitia'*, in *AUPA*, XLI, 1991, 13 e nt. 17; M. SCOGNAMIGLIO, *'Nullum crimen'*, cit., 115 ss.); v., inoltre, Bas. 60.36.8 (Heimbach); Schol. 8 ad Bas. 60.36.8 (Heimbach).

¹¹⁷I. 4.18.3: *Lex Iulia maiestatis, quae in eos, qui contra imperatorem vel rem publicam aliquid moliti sunt suum vigorem extendit. Cuius poena animae amissionem sustinet, et memoria rei et post mortem damnatur*; Ulp. 7 *de off. proc.* D. 48.4.1 pr.-1: *Proximum sacrilegio crimen est, quod maiestatis dicitur. Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum Romanum vel adversus securitatem eius committitur. Quo tenetur is, cuius opera dolo malo consilium initum erit, quo obsides iniussu principis interciderent: quo armati homines cum telis lapidibusve in urbe sint convenienter adversus rem publicam, locave occupentur vel templa, quoque coetus conventusve fiat hominesve ad seditionem convocentur: cuiusve opera consilio malo consilium initum erit, quo quis magistratus populi Romani quive imperium potestatemve habet occidatur: quoque quis contra rem publicam arma ferat: quive hostibus populi Romani nuntium litterasve miserit signumve dederit feceritve dolo malo, quo hostes populi Romani consilio iuventur adversus rem publicam: quive milites sollicitaverit concitaveritve, quo seditio tumultusve adversus rem publicam fiat*; Ulp. 8 *disp.* D. 48.4.2: *Quive de provincia, cum ei successum esset, non discessit: aut qui exercitum deseruit vel privatus ad hostes perfugit: quive sciens falsum conscripsit vel recitaverit in tabulis publicis: nam et hoc capite primo lege maiestatis enumerator* (cfr. CTh. 9.5, con G. BASSANELLI SOMMARIVA, *CTh.* 9.5 *'Ad legem Iuliam maiestatis'*, in *BIDR*, LXXXVI-LXXXVII, 1984, 111 s.); Marcian. 14 *inst.* D. 48.4.3: *Lex duodecim tabularum iubet eum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri. lex autem Iulia maiestatis praecipit eum, qui maiestatem publicam laeserit, teneri: qualis est ille, qui in bellis cesserit aut arcem tenuerit aut castra concesserit.*

dalla stessa legge precisato solo attraverso liste considerate non esaustive di singoli contegni illeciti – venne anche ricondotto, grazie alla sinergia tra senato e principe, il *dicere inreligiose*¹¹⁸, nonché in virtù dell'intervento della giurisprudenza, l'atto di portare le insegne regali senza titolo o il vituperio all'immagine dell'imperatore¹¹⁹.

Nell'ambito delle *quaestiones perpetuae*¹²⁰, v'è infine da rilevare che, come ci attesta l'arringa difensiva 'per Cluenzio' pronunciata nel 66 a.C. da Cicerone¹²¹, l'analogia – intesa quale attività volta a definire il singolo procedimento attraverso la sussunzione della fattispecie concreta non contemplata *ex ante* in quella astratta creata *ad hoc* ed *ex post* sulla scorta di una disposizione normativa vigente – non veniva affatto vietata generalmente come strumento contrario ad una supposta idea di tassatività quale principio generale informatore del sistema ordinario¹²². Al massimo, infatti, era nel singolo caso particolare che il ragionamento analogico andava escluso (in forza non di un principio congenito alla repressione criminale

eadem lege tenetur et qui iniussu principis bellum gesserit dilectumve habuerit exercitum comparaverit: quive, cum ei in provincia successum esset, exercitum successori non tradidit: quive imperium exercitumve populi romani deseruerit: quive privatus pro potestate magistrature quid sciens dolo malo gesserit: quive quid eorum, quae supra scripta sunt, facere curaverit (cfr. Paul. Sent. 5.29.1).

¹¹⁸ Tac. ann. 2.50: *Et Appuleiam Varillam, sororis Augusti nepotem, quia probrosis sermonibus divum Augustum ac Tiberium et matrem eius inlusisset Caesarique conexa adulterio teneretur, maiestatis delator arcessebat. De adulterio satis caveri lege Julia visum; maiestatis crimen distingui Caesar postulavit damnarique, si qua de Augusto inreligiose dixisset; in se iacta nolle ad cognitionem vocari. Interrogatus a consule quid de iis censeret, quae de matre eius locuta secus argueretur, reticuit; dein proximo senatus die illius quoque nomine oravit ne cui verba in eam quoquo modo habita crimini forent. Liberavitque Appuleiam lege maiestatis: adulterii graviorem poenam deprecatus, ut exemplo maiorum propinquis suis ultra ducentesimum lapidem removeretur suasit. Adultero Manlio Italia atque Africa interdictum est.*

¹¹⁹ Ven. Sat. 2 de iud. pub. D. 48.4.6: *Qui statuas aut imagines imperatoris iam consecratas conflaverint aliudve quid simile admiserint, lege Julia maiestatis tenentur.*

¹²⁰ La legge istitutiva di una commissione giudicante permanente individuava *ex ante* sia la fattispecie perseguita, sia la procedura da seguire, sia la pena fissa da irrogare; se il principio di legalità trova qui un qualche riconoscimento, non è tuttavia la stretta legalità a rilevare: cfr. M. SCOGNAMIGLIO, 'Nullum crimen', cit., 64 ss.

¹²¹ Cic. Cluent. 52.143-58.160. Cfr. C.J. CLASSEN, *Die Anklage gegen A. Cluentius Habito* (66 v. Chr. Geb.), in ZSS, LXX, 1972, 1 ss.; ID., *Diritto, retorica e politica. La strategia retorica di Cicerone*, trad. it., Bologna, 1998, 31 ss.; V. GIUFFRÈ, *Imputati, avvocati e giudici nella 'pro Cluentio' ciceroniana*, Napoli, 1993, 13 ss.; E. NARDUCCI, *Cronaca criminale e letteratura nella 'pro Cluentio'*, in *Difesa di Cluenzio*, trad. it., Milano, 2004, 5 ss.; N. DONADIO, 'Documentum supplicii' e 'documentum criminis': il corpo del reo tra precetto e sanzione nel mondo antico, Napoli, 2017, 17 ss.

¹²² A più forte ragione, nel sistema imperiale delle *cognitiones*, l'analogia (tanto in funzione processuale, quanto in funzione normativa: cfr., *amplius*, M. SCOGNAMIGLIO, 'Nullum crimen', cit., 64 ss., 81 ss., 99 ss.) era un momento vitale della repressione. Cfr. V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., 74, secondo cui talora «ci si appellava alla 'volontà del legislatore', allo 'spirito della legge', con risultati che potevano «andare ben al di là di quello di una corretta interpretazione estensiva della disposizione incriminatrice», e C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., 40, che rileva come interpretazione estensiva e analogia fossero ammesse e praticate anche con riferimento ai delitti. Sul problema della interpretazione della legge penale e sui rapporti tra analogia e interpretazione estensiva, cfr., in questo volume, M. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione della legge penale e l'analogia*.

attuata per il tramite delle questioni, ma di preclusioni di volta in volta emergenti dalla singola *lex* incriminatrice)¹²³. Là e solo là ove il particolare atteggiarsi dello *scriptum* (e quindi anche della *voluntas*) della *lex* di riferimento fosse stato incompatibile con una argomentazione fondata sulla similitudine tra caso concreto non previsto e caso astratto incriminato, allora dello *status causae* legale della *ratiocinatio* (o *sylogismus*) si sarebbe inutilmente servito l'oratore – come Attio nel processo radicato contro Cluenzio – interessato a trascendere la *littera legis*¹²⁴.

¹²³ Cfr. Cic. *Rab. post.* 5.12: *Ubi est igitur sapientia iudicis? In hoc, ut non solum quid possit, sed etiam quid debeat, ponderet, nec quantum sibi permixtum meminerit solum, sed etiam quatenus commixtum sit. Datur tibi tabella iudici. Qua lege? Iulia de pecuniis repetundis. Quo de reo? De equite Romano. At iste ordo lege ea non tenetur. 'Illo' inquit 'capite' quod erat in Postumum, quod in Gabinium iudex esses, nihil Gabinio dato cum in eum litis aestimares. 'At nunc audii'. Reus igitur Postumus est ea lege qua non modo ipse sed totus etiam ordo solutus ac liber est. Cicerone, invece, pare criticare in via generale l'applicazione analogica di ogni legge nel seguente passo: *Cluent.* 55.150: *Primum, ut id iniquissimum esse confitear, eius modi est ut commutatis [eis] opus sit legibus, non ut his quae sunt non pareamus.**

¹²⁴ Cicerone riteneva infondata – contro la tesi dell'accusa che mirava ad ottenere la condanna di Cluenzio, nonostante il suo *status* personale – l'estensione ai cavalieri di quel *caput* della *lex de sicariis et veneficis* che individuava solo in magistrati e senatori (vuoi quali giudici di una corte corrotti, vuoi quali corruttori di giudici) i soggetti attivi della condotta illecita risolvendosi nella cospirazione finalizzata a far condannare capitalmente un innocente. Più precisamente, nel 74 a.C. Oppianico padre, appartenente all'ordine equestre, fu condannato davanti alla *quaestio de veneficis* per l'avvelenamento, solo tentato, di Cluenzio (figlio di primo letto di Sasia, poi andata in moglie a Oppianico padre) e quello perfezionato ai danni di Auvio. Cluenzio, a sua volta, nel 66 a.C., subì un processo messo in moto da Oppianico figlio per il veneficio del patigno, processo nel corso del quale dovette anche difendersi dall'accusa secondo cui la condanna di Oppianico padre sarebbe stata dovuta alla corruzione, ad opera dello stesso Cluenzio, dei giudici componenti la *quaestio* criminale, i quali, secondo quanto disposto da Silla nell'81 a.C., erano tratti solo dall'ordine senatorio: e ciò sebbene non sia certo se questa accusa fosse stata formalizzata in un capo di imputazione a sé (E. GABBA, *Osservazioni sulla legge giudiziaria di M. Livio Druso [91 a.C.]*, in *PP*, XI, 1956, 363, nonché in *Id.*, *Esercito e società nella tarda repubblica romana*, Firenze, 1973, 369; V. GIUFFRÈ, *Imputati*, cit., 186 ss.; *Id.*, 'Nominis delatio' e 'nominis receptio', in *Labeo*, XL, 1994, 359 ss.; *Id.*, 'De vita anteacta', in *Labeo*, XLIV, 1998, 98 ss.; *Id.*, *La repressione criminale*, cit., 251 ss.), oppure fosse solo parte della strategia retorica di Attio (G. PUGLIESE, *Aspetti giuridici della 'pro Cluentio' di Cicerone*, in *Iura*, XXI, 1970, 155 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici scelti*, II, *Diritto romano*, Napoli, 1985, 621 ss.; *Id.*, *Un nuovo esame della ciceroniana 'pro Cluentio'*, in *Labeo*, XL, 1994, 248 ss.; C.J. CLASSEN, *Die Anklage*, cit., 1 ss.; *Id.*, *Diritto*, cit., 31 ss., 89 ss.; C. VENTURINI, *Studi*, cit., 375, nt. 25; B. SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 203 ss., 221 ss.). La questione, limitata ma qui rilevante, era questa: Cluenzio, *eques* suppostamente corruttore dei giudici del cd. *iudicium Iunianum* nel 74 a.C., avrebbe potuto essere perseguito nel 66 a.C. – dopo *lex Aurelia iudiciaria* sulla nuova composizione delle giurie da costituirsi in parti uguali con cavalieri, senatori e tribuni dell'erario: *Ascon. in Pison.* 17.4-7; *Corn.* 67.10-13; *Corn.* 78.29-30 (C.); *Ps. Ascon. in divin.* 189.13-14 (St.); *Sch. Bob. in Clod. et Cur.* p. 29.4-8; *pro Flacc.* p. 34.13-15; p. 39.23-26 (H.); *Cic. Att.* 1.16.3 – in virtù di un apposito *caput* della *lex Cornelia de sicariis et veneficis* ('*qui coisset quo quis condemnaretur*') che puniva i magistrati e i senatori che avessero cospirato per far condannare qualcuno, formalmente senza menzione dei cavalieri o della funzione giudiziaria dei soggetti attivi del reato (*Cic. Cluent.* 54.148: *Qui tribunus militum legionibus quattuor primis, quive quaestor, tribunus plebis – deinceps omnis magistratus nominat – quive in senatu sententiam dixit dixerit. Quid tum? Qui eorum coicit coierit convenit convenit quo quis iudicio publico condemnaretur?*)? Se l'accusa

Così, in armoniosa continuità con tale *status quo* repubblicano e proto-imperiale si assestò, di lì a poco, il meccanismo dei cd. 'senatoconsulti estensivi' che, a prescindere dai concreti metodi seguiti, nel suo ampliare le fattispecie criminose represses nell'*ordo* mediante *leges iudiciorum publicorum*¹²⁵ (come, a titolo di mero esempio, quella della corruzione e quella del falso¹²⁶), non deve esser apparso una via affatto stravagante nel contesto dei primi secoli del principato che, nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, attestano un sempre più marcato allontanamento dalla 'tassatività' e dalla 'stretta legalità'¹²⁷, allontanamento al quale i giuristi tardo-classici cercano di porre qualche freno col ribadire l'estraneità del diritto

contro Cluenzio sosteneva che ragioni di *aequitas* dovessero giustificare, a valle della estensione delle corti ai cavalieri, la applicabilità anche allo stesso Cluenzio del *caput*, la difesa argomentava per la tassatività dei soggetti attivi (non i soli giudici) del reato di corruzione indicati nella legge. Tuttavia, come scrive perspicuamente M. SCOGNAMIGLIO, *Principio di legalità e divieto di analogia: note sull'origine del principio 'nullum crimen sine lege'*, in *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, a cura di L. Solidoro, Torino, 2016, 150, «Cicerone intendeva dimostrare che solo il *caput* invocato contro Cluenzio non era suscettibile di interpretazione analogica, perché era proprio la forma utilizzata per la sua stesura ad impedirlo», dal momento che «il limite interpretativo non sarebbe stato esterno alla legge, in quanto principio informatore del sistema repressivo-criminale proprio delle *quaestiones perpetuae*, ma interno ad essa, in relazione alla stringente formulazione del testo» (v., inoltre, *amplius*, EAD., *Tra retorica*, cit., 269 ss.). Un caso simile fu quello occorso a Rabirio Postumo che affrontò un'accusa *de repetundis* in forza del *caput* '*Quo ea pecunia pervenerit*' contenuto nella legge Giulia, ma già previsto dalle leggi *Cornelia* e *Servilia Glaucia*. La disposizione incriminava i soggetti – in base alla ricostruzione di Cicerone solo gli appartenenti all'ordine senatorio – cui fosse pervenuto denaro da parte del condannato per *pecuniae repetundae* ma insolubile. Rabirio Postumo, quale cavaliere, non sarebbe potuto essere sanzionato in forza di tale *caput*. Sul punto v., ampiamente, M. SCOGNAMIGLIO, '*Nullum crimen*', cit., 108 ss.

¹²⁵ Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 205 ss. Sul punto cfr. E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, Heidelberg, 1931, 64 s.; U. BRASIELLO, *La pena capitale romana: a proposito di recenti studi*, in *Rass. Bibl. Sc. Giur. Soc. Pol.*, IX, 1934, 235, nt. 2; ID., *La repressione penale*, cit., 39 s.; ID., *Sulle linee e i fattori dello sviluppo del diritto penale romano*, in *Arch. giur.*, CXX, 1938, 21; R.A. BAUMAN, *The 'Leges iudiciorum publicorum' and Their Interpretation in the Republic, Principate and Later Empire*, in *ANRW*, II.13, Berlin - New York, 1980, 145 ss.

¹²⁶ Le previsioni della *lex Iulia* del 59 a.C. sul *crimen repetundarum* (legge che, a sua volta, segnò un significativo aggravamento di disciplina, ampliando sensibilmente la cerchia delle persone punibili e il numero delle ipotesi di *repetundae*, pur mantenendo la pena del *simplem* sancita dalla legge sillana: cfr. Cic. *Sest.* 64.135; *Vatin.* 12.29; *Rab. post.* 4.8, 5.12; Pis. 16.37, 21.50, 37.90; *dom.* 9.23; *prov. cons.* 4.7; *fam.* 2.17.2; 5.20.2; *Att.* 5.10.2; 5.16.3; Schol. Bob. 149, 19-20 St.; Paul. *Sent.* 5.28; D. 48.11; C. 9.27; I. 4.18, 11) furono estese sotto Tiberio e sotto Claudio (*Tac. Ann.* 4.20, 11.5-7; Ulp. 1 *de off. proc.* D. 1.16.4.2); cfr., inoltre, in tema di falso, l'estensione della *lex Cornelia testamentaria nummaria* mediante il *senatusconsultum Libonianum* del 16 d.C. (D. 48.10; C. 9.23; Pap. 15 *resp.* D. 26.2.29; Iul. 78 *ad ed.* D. 34.8.1; Ulp. 8 *de off. proc.* D. 48.10.9.3 [Coll. 8.7.1]), il *sc. Mesalianum* del 20 d.C. (Macer. 1 *de publ. iud.* D. 47.13.2; Marcian. 14 *inst.* D. 48.10.1.1; Coll. 8.7.2), il *sc. Licinianum* del 27 d.C. (Ulp. 8 *de off. proc.* D. 48.10.9.3 [Coll. 8.7.1]) e il *sc. Geminianum* del 29 d.C. (Coll. 8.7.3; Macer 1 *de publ. iud.* D. 47.13.2; Marcian. 14 *inst.* D. 48.10.1.2).

¹²⁷ In verità, come è stato evidenziato con riferimento ai sistemi criminalistici dell'attualità, il ricorso all'analogia vulnera la «stretta legalità», pur senza violare il principio di legalità (G. MARINI, '*Nullum crimen, nulla poena sine lege*', cit., 956).

criminale a concezioni personalistiche, nonché la necessaria previsione della pena a livello di *lex* o di *ius* (e non a quello di determinazione giudiziale)¹²⁸.

9. *Alcune note di sintesi sulla legge romana come 'cornice' della soluzione giudiziale.* – Se pur si è avuto modo di insistere, con riferimento ad aree di persecuzione come quella implicante per certi *scelera* la caduta nello *status* di *sacer* del violatore della *pax deorum*, sulla individuazione già per l'epoca arcaica di una vera e propria riserva di legge e di una vera e propria tipicità – quali diatesi formali del principio '*nullum crimen et nulla poena sine lege*' –, nelle pagine precedenti si è constatata l'inoperatività dei corollari della determinatezza e della tassatività a partire dall'età alto-repubblicana ai fini della persecuzione di illeciti pubblici (laici) di indiscutibile momento e frequenza, come è ad esempio – nell'ambito della repressione mediante giudizi popolari conciliari o comiziali – il *plebem offendere* e la *perduellio*: figure di illeciti 'politici' idonee a ricomprendere, grazie all'ampio spazio concesso per l'interpretazione dei fatti¹²⁹, una gamma assai ragguardevole di casi particolari tra loro eterogenei e accomunati solamente dall'etichetta formale definitoria e dal bene giuridico leso.

¹²⁸ Cfr. Marcian. *lib. sing. ad s.c. Turp. D.* 48.16.1.4: ... *nam, ut Papinianus respondit, facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis, poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur; Ulp. 3 ad leg. Iul. et Pap. D.* 50.16.131 pr.: *Aliud 'fraus' est, aliud 'poena': fraus enim sine poena esse potest, poena sine fraude esse non potest. poena est noxae vindicta, fraus et ipsa noxa dicitur et quasi poenae quaedam praeparatio. Ulp. 3 ad leg. Iul. et Pap. D.* 50.16.131.1: ... *poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est* (v., inoltre, sulla fissità della pena *ex lege*, D. 50.16.244). Con eccessiva enfasi sulla portata generale dei passi testé citati (oltre che di D. 48.4.7.3), v. il contributo di F. BERTOLDI, *L'origine romanistica del principio 'nullum crimen, nulla poena sine lege'*, in *Forum Historiae Iuris*, 2016, <https://forhistiur.net/2016-10-bertoldi/>, la quale tenta – entro una cornice 'metodologica', a mio modo di vedere, incontestabile – di rintracciare nel diritto romano «gli embrioni del principio di legalità e dei suoi diversi corollari che saranno poi sviluppati dal moderno diritto penale».

¹²⁹ Sul ruolo centrale della *interpretatio* nell'esperienza giuridica di Roma, cfr., paradigmaticamente, A. BURDESE, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, in *BIDR*, XCI, 1988, 181 ss. (nonché in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, X, Torino, 1993, 1 ss., e in *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, 13 ss.); Id., *Diritto romano e interpretazione del diritto*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, I, Napoli, 1997, 61 ss. Di recente, è tornato sulla costitutività della *interpretatio* contro la dichiaratività, C. BALDUS, *Gesetzesbindung. Auslegung und Analogie: Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts*, in *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*³, herausgegeben von K. Riesenhuber, Berlin, 2015, 26 ss.; ma v., comunque, anche L. LANTELLA, *Dall'interpretatio iuris all'interpretazione della legge, in Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne*, I, cit., 559 ss. Sull'assenza di una teoria generale dell'*interpretatio*, soprattutto in materia criminalistica, v. G.G. ARCHI, *Interpretatio iuris-interpretatio legis-interpretatio legum*, in *ZSS*, LXXXVII, 1970, 1 ss. (nonché in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 83 ss.). Come scriveva Burdese, «l'attività interpretativa ... non poté non riguardare anche l'ambito della organizzazione cittadina, in ciò trovando i suoi interpreti nei protagonisti stessi della vita politica, magistrati e senatori, prima che nel cerchio chiuso del collegio pontificale» (A. BURDESE, *Note sull'interpretazione*, cit., 191; cfr. F. SERRAO, voce *Interpretazione della legge [dir. rom.]*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 239).

È proprio in continuità con quest'ottica che, nel sistema delle *quaestiones perpetuae* non si dava segno di considerare l'analogia come generalmente vietata nel settore del diritto penale; così come è sempre in continuità con quest'ottica che, nei secoli immediatamente successivi all'assestarsi dell'ordine imperniato sulle giurie permanenti, l'ampliamento in via di interpretazione (senatoria, imperiale, giurisprudenziale) delle fattispecie represses mediante le *leges iudiciorum publicorum* non dovette rappresentare, o essere avvertito come, alcun *vulnus* concettuale-operativo al sistema generale¹³⁰.

Anzi, a voler proiettare lo sguardo addirittura nei recessi oscuri e fascinosi dell'età monarchica, e concentrare così l'attenzione sul prototipo di giudizio comiziale instaurato mediante *provocatio* a fronte di un atto di *iudicatio* magistratuale, vero è che il processo all'Orazio superstite¹³¹ condensa alcuni aspetti di tipo ideale che avrebbero potuto solo ripugnare una coscienza legalistica come – ad esempio – quella greca del νόμος βασιλεύς o quella illuministica del giudice quale mera *bouche de la loi*¹³². Questo processo, a prescindere dalla storicità del-

¹³⁰ Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 189 ss., 205 ss.

¹³¹ Cfr. Liv. 1.26.5 ss. (e, soprattutto, cfr. il tratto: *Tum Horatius auctore Tullo, clemente legis interprete, 'Provoco' inquit. Itaque provocatione certatum ad populum est ... P. Horatio patre proclamante se filiam iure caesam iudicare; ni ita esset, patrio iure in filium animadversurum fuisse ... Non tulit populus nec patris lacrimas nec ipsius parem in omni periculo animum, absolveruntque admiratione magis virtutis quam iure causae*).

¹³² Se νόμος è sostantivo sconosciuto in Omero, se presso gli orfici è addirittura nome di un dio, se in testi tecnici si può rinvenire nel significato di 'modo musicale', è in Esiodo che questo segno linguistico inizia a suggerire un 'ordine di natura divina' il cui rispetto permette di distinguere l'uomo dalla bestia, sia nelle attività di indole laica, sia in quelle religiose. Ed è proprio in questa linea di pensiero che ancora si colloca, in età classica, il celeberrimo frammento pindarico n. 169 (Snell-Maehler) per cui, stando all'insuperabile approfondimento interpretativo di Marcello Gigante, il νόμος è il 'sovrano' di mortali e di immortali, principio assoluto che assurge a sovrano cosmico. Al netto di ornamenti poetici e di universalismi di stampo fisico-teologico, la stessa cultura illuministica che ha non ispirato ma plasmato i due ultimi secoli dell'occidente giuridico non si è discostata dalla lezione greca e pindarica: il diritto, sino ad oggi, si crede costruibile e applicabile *more geometrico* come un sistema 'panico', idoneo quale base imprescindibile dell'interpretazione e del superamento dei dissidi umani a fornire non solo una soluzione, ma altresì una soluzione logica e coerente a ogni caso della vita. Il postulare l'equazione, celeberrima, tra diritto e legge (equazione che è tale da implicare la sudditanza del giudice, quale soggetto istituzionalmente chiamato per eccellenza ad applicare il diritto, unicamente alla legge) costituisce però solo il primo tassello di un mosaico ben più variopinto e ampio. Anzitutto, la 'vera scientificità' della giurisprudenza, come dottrina delle corti e come scienza giuridica, sarebbe da proclamare in ossequio a questo modello di 'legge sovrana' unicamente là ove essa interpretasse attraverso i procedimenti logici e dimostrativi propri delle scienze esatte e rimanesse rigidamente 'a-valutativa', ossia impermeabile a ogni valutazione assiologica, tanto alle opinioni, quanto a valori ed argomenti rinvenibili in topiche extra-legali. Di poi, il meccanismo della sussunzione, in ossequio alla forma del ragionamento del sillogismo retorico, opererebbe quale unico e irrinunciabile *argumentum* entimematico con la legge quale unica premessa, da cui dedurre assiomaticamente la soluzione per ogni caso di specie. Ancora, nella impossibilità di annichilire il contributo personale dell'operatore giuridico alla determinazione della premessa, le ineluttabili controversie interpretative, strette entro i confini di questo assetto ideale, insorgerebbero normalmente solo sul significato letterale di un dato disposto, sicché l'agone pro-

l'episodio, così come a prescindere dall'epoca della sua eventuale creazione artificiale, si presenta, nella versione liviana, come tratteggiato da caratteri indiscutibilmente mitici e, se la narrazione mitica è quella che, dotata di una particolare e profonda *Bedeutsamkeit*, contribuisce a formare un dato patrimonio culturale¹³³, tale 'significatività' – rilevante ancora nel I secolo per i lettori di Livio – non può che aver inciso anche sul piano particolare del giuridico. Non intendo qui indugiare sui connotati dell'illecito commesso dalla sorella e represso capitalmente dall'Orazio, né tantomeno sulla fattispecie criminosa da quest'ultimo integrata (ossia, a ben vedere, l'*intercidere* la *soror* in uno stato psicologico di *furor*, più che con volontà accompagnata da lucida e cosciente inteliezione)¹³⁴. Qui mi contengo

cessuale sarebbe compreso in questo limitato *status causae* retorico e la grammatica, la sintassi e l'etimologia risolverebbero lo strumentario essenziale degli operatori giuridici. L'influenza di questo modello, per sua aspirazione pan-legalistico e cognitivo (o forse meglio 'scientista'), ha valicato i confini del XIX secolo per giungere quasi intatto, operativamente, sino all'ultimo trentennio (o comunque almeno sino alle prime avvisaglie di cedimento, non solo ideale, ma anche strutturale, dell'edificio gius-positivista), in cui – almeno a livello di proclamazioni – non è ancora defunta la visione 'strumentale' del potere giudiziario rispetto a quello 'normativo', posto che il giudice abbia da esercitare la sua funzione a valle di un *prius* logico e storico operante come fondamento irrinunciabile, vale a dire la legge. È in questo contesto di cultura giuridica, a livello tanto nazionale quanto sovranazionale, che trovano consacrazione i celebri principi, di cui si è detto nelle prime pagine di questo contributo, condensati nel celeberrimo brocardo di matrice feuerbachiana '*nulla poena et nullum crimen sine praevia lege certa poenali scripta*', ossia quei capisaldi dell'ideologia liberale e garantista propria della moderna e contemporanea civiltà del diritto che, in primo luogo, vietano le condanne penali in assenza di una espressa base legislativa incriminatrice, e, in secondo luogo, prescrivono chiarezza e precisione nella formulazione delle disposizioni normative stesse, così da consentire di prevedere esattamente quale condotta costituisca reato e quali conseguenze ne derivino (oltre a stabilire come le sanzioni inflitte non possano essere più gravi di quelle previste dalla legge vigente al momento della commissione del reato). Più in generale, il 'principio di legalità' (formula solo più prosastica, ma finalisticamente non eterogenea, di quella pindarica) si atteggia, oltre a impattare direttamente sulle funzioni della pena, a uno dei caratteri essenziali del contemporaneo 'stato di diritto' (o – anche se con sfumature differenti che dipendono dal contesto ordinamentale – '*Rechtsstaat*', oppure '*rule of law*') che, in linea con il costituzionalismo liberale occidentale, esprime l'idea irrinunciabile che ogni attività posta in essere dal pubblico potere, in ogni sua declinazione, si fondi su una legge, intesa quale atto generale e astratto parlamentare, ossia indirettamente ascrivibile alla 'sovranità popolare. Sul punto, mi permetto di rimandare a C. PELLOSO, '*Nullum crimen et nulla poena sine lege*'. *Some Remarks on Fourth-Century Athens, in Seminaris Complutenses*, XXX, 2017, 351 ss.; ID., '*Nomos basileus*' e potere giudicante nell'Atene del IV secolo a.C., in '*Nomos Basileus*'. *La regalità del diritto in Grecia antica*, a cura di C. Pellosi e P. Cobetto Ghiggia, Milano - Alessandria, 2017-2018, IX ss.

¹³³ W. BURKERT, *Mythos: Begriff, Struktur, Funktion*, in *Mythos in mythenloser Gesellschaft: Das Paradigma Roms*, herausgegeben von F. Graf, Stuttgart - Leipzig, 1993, 9 ss.; M. BETTINI, *Affari di famiglia. La parentela nella letteratura e nella cultura antica*, Bologna, 2009, 155.

¹³⁴ Sul punto mi permetto di rinviare alle più estese considerazioni di C. PELLOSO, '*Provocatio ad populum*', cit., 240 ss. (ove si mette in dubbio la diretta applicabilità al caso di specie della *lex Numae*, solo atteso lo *status* di *alieni iuris* e il sesso femminile dell'Orazia, reputati incompatibili con la qualifica, richiesta nel soggetto passivo del reato, di *homo liber*); v., inoltre, sul solco di M. BETTINI, *La storia di Orazia*, in '*Primordia urbiium*'. *Forme e funzioni dei miti di fondazione del mondo antico*, Como, 1988, 9 ss., L. GAROFALO, *Disapplicazione del diritto*, cit., 12 ss.; ID., *Sull'Orazia sororicida*, in *Storia mitica del diritto romano*, a cura di A. McClintock, 2020, 65 ss.; cfr., inol-

nel rimarcare solamente che la condotta tenuta dall'Orazio sororicida risulta apprezzabile sotto due diverse, contrapposte e contestuali, specole ordinamentali: da un lato, Orazio è considerato dal padre non sanzionabile e il suo contegno, a livello familiare, viene ritenuto apertamente scriminato (secondo una logica che le stesse tarde declamazioni latine confermano)¹³⁵; dall'altro, ancorché la sua condotta integri per il diritto cittadino un flagrante *atrox facinus* lesivo di interessi super-individuali e super-gentilizi, Orazio, difeso strenuamente dal padre con un'*oratio* volta al commuovere più che al persuadere e al dimostrare, dal popolo – chiamato a pronunciarsi, in seguito alla *provocatio*, grazie all'intervento autoritativo del re quale *clemens interpres* del testo di legge¹³⁶ – viene assolto *admiratione magis virtutis quam iure causae*, così da escludere l'applicazione della pena prevista nel *carmen horrendum*.

Il processo criminale repubblicano, nel suo prototipo mitico, è in modo del tutto singolare – almeno per la sensibilità tanto greca quanto illuministica e contemporanea – ritratto non solo della prevalenza del diritto di Roma sugli ordinamenti con esso confliggenti¹³⁷, ma anche della disapplicabilità giudiziale della legge in nome di argomentazioni extra-legali, oltre che della *interpretatio* creativa non solo *ex facto* (come è massimamente nell'ambito del diritto privato), ma anche *ex lege* (come in materia di repressione criminale)¹³⁸. Anzi l'episodio del-

tre, L. GAROFALO - C. PELLOSO, *Orazio e Appio Claudio. Un eroe e un antieroe a giudizio*, Milano, 2019, *passim*.

¹³⁵ Cfr. Sen. *contr.* 7.1: cfr. M. LENTANO, *Retorica e diritto. Per una lettura giuridica della declamazione latina*, Lecce, 2014, 72 s.

¹³⁶ Se si è disposti a credere nella generale correttezza narrativa di Livio, che ammette, oltre al riferimento testuale nella legge regia alla *provocatio*, l'intervento contemporaneo sulla stessa legge di Tullo Ostilio (*contra*, v. B. SANTALUCIA, *La versione liviana del processo dell'Orazio*, cit., 43 ss.), allora il testo legislativo (difettando di qualsivoglia menzione del *populus* in comizio, ma, come si è già rilevato, con esplicita menzione dell'atto di *provocare*, pur senza la precisazione dell'autorità presso la quale celebrare la fase processuale susseguente il *iudicium duumvirale*) allude alla efficacia sospensiva dell'esecuzione capitale in forza della *provocatio* e, dunque, a prescindere da qualsivoglia *clemens interpretatio*, laddove il successivo radicamento della *certatio* tra *iudicatus* e *duumviri* dinanzi il popolo romano potrebbe spiegarsi solo in virtù dell'intervento grazioso di Tullo Ostilio a favore dell'Orazio, che fonda, nel silenzio della legge sul punto, la *provocatio* al *populus* del dichiarato solennemente '*perduellis*' da parte degli ausiliari regii (con contestuale rinuncia, almeno limitatamente al caso di specie, alla generale competenza regia nella fase *post provocationem*): cfr., sul punto, C. PELLOSO, '*Provocatio ad populum*' cit., 245 s.

¹³⁷ L. GAROFALO, *Disapplicazione del diritto*, cit., 25 ss.

¹³⁸ Se etimologicamente *interpretatio* è attività di mediazione, negoziazione, e compromesso tesa a tradurre per un fruitore un enunciato in un altro, ossia eminentemente attività di traduzione (M. BETTINI, *Elogio del politeismo*, Bologna, 2014, 65 ss.; Id., '*Vertere. Un'antropologia della traduzione nella cultura antica*', Torino, 2012, 88 ss.), è chiaro come, almeno *sub specie iuris*, essa sia qualcosa di più. Se il *ius civile* vero e proprio è *quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* (Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.12), sicché qui *interpretatio* è giuridicizzazione del caso (al contempo mediante qualificazione e attribuzione di significato: cfr., in generale, R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2014, 375 ss.), anche senza il medio di un testo, anche nel campo del diritto pubblico – e di quello criminale in particolare –, il filtro della legge tra fatto e fruitore si sostanzia, per mezzo della *interpretatio*, non solo nell'oggetto di una pura attività di esegesi o di ver-

l’Orazio, con ulteriore riguardo alla benigna concessione da parte di Tullo Ostilio della *provocatio ad populum* a fronte della *iudicatio* duumvirale, prima ancora che icona della legge che cede all’oratoria del *pathos* e dell’*ethos*, ai valori e agli interessi concretamente in gioco, potrebbe anche leggersi come possibile *exemplum* della graziosa e benigna *interpretatio* processuale del testo: interpretazione che, per ragioni da individuare tutte nelle pieghe della fattispecie, prevale sull’applicazione letterale del testo e addirittura sulla sua *mens* e dà voce, fluidamente, ad istanze che la legge, nella sua fissità, non è in grado di assecondare. La legge pubblica, anche quella criminale – sembrerebbe insegnare, tra l’altro, il mito dell’Orazio –, è quindi *in primis* uno spunto più autoritativo che normativo, un argomento tra i plurimi, una premessa non totalizzante e, talora, neppure determinante del ragionamento tanto puramente retorico quanto anche processuale: se il cosmo nomico di Atene incarnò storicamente un modello imperniato sul ‘legali-

sione, ma anche in una attività di reinvenzione e, quindi, di vera costituzione: attraverso l’interpretazione la disposizione si separa dalla norma, il diritto ontologicamente supera sé stesso e, anche al livello semantico, fa sì che così abbia luogo una tale differenziazione poiché, mediante la traduzione tra il dato interpretato e il dato interpretante vi è trasformazione, allora, la traduzione non è tanto restituire un significato del primo, ma produrre un significato (v. M. CACCIARI, *Icone della legge*, Milano, 1985, 63 ss.). Se la *interpretatio iuris* è a Roma generalmente una forma di ‘autonoma creatività’ (ossia una *via iuris constituendi*: cfr. Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.11), essa si contrassegna in tal modo con riguardo ad ogni possibile sua *positio* interna, ossia vuoi quella attinente allo *status rei publicae*, vuoi quella che si impernia sulla *singulorum utilitas* (Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.2). La *interpretatio* propria del *ius* dalla specola della *publica utilitas*, invero, si connoterebbe rispetto al *ius privatorum* per una più spiccata deriva ‘politica’ concretantesi nel *contendere* o *disceptare de iure publico* tra i liberi attori della *gubernatio* (cfr. Cic. *Balb.* 19.45; *leg.* 3.12.28; Liv. 2.56.12; Caes. *bell. civ.* 8.55), da accostare al filone centrale della *scientia* e dello *studium* dei *periti* o *prudentes* (Cic. *orat.* 1.256; *Mil.* 26.70; *Brut.* 21.81, 77.267, 77.269; Liv. 41.18.16; Plin. *epist.* 1.22.2 e 8.14.1; Gell. 10.20.2; D. 1.2.2.46), che, inesorabilmente, dal 27 a.C. vengono sostituiti dal *princeps* e dai suoi consiglieri (cfr. Tac. *ann.* 2.36.1, 2.59.3; Tac. *hist.* 1.4): cfr. P. CERAMI, *Potere ed ordinamento*, cit., 60 ss.; P. CERAMI - G. PURPURA, *Profilo storico-giurisprudenziale*, cit., 40 ss. Basti pensare, a titolo paradigmatico, alla controversia, insorta fra il console Appio Claudio e il tribuno Volerone circa il ruolo costituzionale del tribuno della plebe (Liv. 2.56), o a quella, in occasione delle elezioni consolari del 355 a.C., fra l’*interrex* M. Fabio e i tribuni della plebe, relativa all’applicazione del principio decemvirale ‘*ut, quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esto*’ (Liv. 7.17.12; 9.33-34; Cic. *Balb.* 14.33), o la *disceptatio* senatoria del 210 a.C. sulla ‘costituzionalità’ della *dictatoris dictio* (Liv. 27.5.15). In particolare, per un celeberrimo caso di ‘controversialità giuspubblicistica’, che pare opporre un filone di *iuris interpretes* agli ‘attori politici’ sostenuti da altri *iuris interpretes*, ossia quello relativo al dettato della *lex Valeria-Horatia* del 449 a.C. *de tribunicia potestate* (che statuiva la sacertà a Giove per chi offendesse i tribuni della plebe, gli edili e i giudici-decemviri, stabilendo invece che i beni fossero venduti con devoluzione del ricavato al tempio di Cerere, Libero e Libera), nonché all’articolato dibattito giurisprudenziale circa la sua effettiva portata (cfr. Liv. 3.55.8-12 e Fest. voce *Sacrosanctum* [Lindsay 422]), v. L. GAROFALO, ‘*Iuris interpretes* e inviolabilità magistratuale’, in *Studi sulla sacertà*, Padova, 2005, 55 ss., e P. CERAMI, ‘*Iuris publici interpretatio*’ e ‘*contentio de iure publico*’ (a proposito di alcune riflessioni di Alberto Burdese), in *AUPA*, LIX, 2016, 183 ss., che analizzano la singolare posizione di Catone (inserita in un’*oratio* databile fra il 204 a.C. e 199 a.C.), a favore del carattere sacrosanto degli edili della plebe, in aperta polemica con quegli *interpretes* esponenti della classe dominante che, invece, miravano a subordinare gli edili plebei all’*imperium* dei magistrati superiori.

simo panico' e sullo 'scientismo assiomatico', il mondo giuridico di Roma arcaica, repubblicana e del primo principato inverò, lungo un ampissimo tratto della sua storia, un modello in cui lo 'stato di diritto' non andava affatto ad immedesimarsi nello 'stato di legge', un modello, cioè, che non poteva che far inorridire i più intransigenti legalisti dell'età dei lumi e delle decadi successive.