

MIRJAN R. DAMAŠKA

LA RICERCA DEL GIUSTO  
PROCESSO NELL'ETÀ DELL'INQUISIZIONE (\*) (\*\*)

SOMMARIO: Introduzione. – I. La molteplicità delle forme della giustizia penale di *ancien régime*. - A. La culla nella Chiesa di Roma. - B. Il processo inquisitorio prevale nella giustizia secolare. - C. Il sorgere delle garanzie difensive. – II. La rudimentale concezione dei requisiti del giusto processo. - A. Gli effetti della “*citatio-defensio*”. - B. Disciplina oggettiva *versus* diritti soggettivi. - C. Un rapido sguardo all’Inghilterra. - D. L’impatto dei requisiti del giusto processo. – III. Il *consilium* di Farinacci. - A. I fatti del caso. - B. L’invalidità della confessione di Biffio. - C. L’invalidità della confessione di Curtes. - D. La legittimità della sottoposizione di Guido alla tortura. – IV. Il peccato capitale delle antiche garanzie difensive. – V. Conclusione.

1. *Introduzione*

Il sistema di giustizia penale prevalente nei Paesi dell’Europa continentale dal XIII al XIX secolo gode di assai cattiva fama nella storia del processo occidentale. La tradizionale rappresentazione di tale sistema lo vuole guidato da un instancabile furore repressivo rispetto a ciò che veniva considerato come reato. La grande varietà, sia in termini temporali che geografici, delle procedure sviluppatesi nell’ambito di questo sistema è però trascurata e la sua ben nota variante inquisitoria viene presa quale unico esempio per la descrizione di tale modello – in realtà invece caratterizzato da molte sfaccettature – soprattutto con riferimento ai suoi aspetti peggiori, come il perseguimento degli eretici o la caccia alle streghe del XVI e XVII secolo. Di conseguenza, il sistema nel suo insieme è abitualmente associato con l’impiego della tortura non soggetto ad alcun limite per estorcere confessioni, l’assenza del difensore, la presunzione di colpevolezza, e altre consimili riprovevoli caratteristiche di carattere procedurale. I principî che oggi associamo all’attenzione per i diritti della difesa, ossia quelli del giusto processo, sono del tutto assenti nella descrizione usuale del modello inquisitorio e appaiono persino incompatibili con questo antico sistema di giustizia.

Anche se questo ritratto non è così gravemente alterato da rendere il proprio

(\*) Questo saggio è pubblicato in lingua originale sull’*American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, Issue 4, Fall 2012, p. 919 ss.

(\*\*) Traduzione dall’inglese a cura del dott. Alessandro Corda.

soggetto irricognoscibile, le sue distorsioni assomigliano ai riflessi di uno specchio deformante: si focalizzano sugli aspetti negativi e ne omettono altri capaci di alleviare il carattere effettivamente brutale del sistema nel suo complesso. Tra le caratteristiche trascurate spiccano alcuni principî e regole che tradiscono una comprensione di quelle che oggi definiremmo come garanzie dei diritti della difesa imposte dal giusto processo, o come equità procedurale. Mentre è vero che molti di questi principî e regole sono stati sviluppati da giuristi di estrazione accademica che non dovevano confrontarsi con le concrete pressioni del controllo della criminalità, sarebbe un errore liquidarli come mera “emanazione della lampada dello studioso” e bollarli come irrilevanti per la prassi giudiziaria in tutte le giurisdizioni continentali nel corso dell’intera durata dell’*ancien régime*.

Ma anche se questa antica disciplina legislativa era regolarmente calpestata dai funzionari di polizia dei Paesi continentali senza battere ciglio, vi è un autonomo motivo per cui tali principî e regole non meritano di essere dimenticati. Essi costituiscono uno sforzo precoce e piuttosto sofisticato dal punto di vista giuridico di sviluppare garanzie difensive in un contesto processuale singolarmente ostile. Il *milieu* inquisitorio non dovrebbe essere immaginato come un contenitore al tal punto corrotto nella sua intrezza da non essere in grado di contenere alcunché meritevole di un giudizio favorevole. Nell’osservare queste antiche garanzie difensive più da vicino, la triste storia della tortura giudiziaria non oscura la presenza di embrionali preoccupazioni umanitarie, inclusa la sensibilità per la dignità umana. E se tali garanzie continuano ad apparire come inaccettabili rispetto ai nostri valori, è prima di tutto perché erano riservate alle classi agiate della società, proteggendo solo queste dalla brutalità e dal potere senza restrizioni di coloro ai quali era affidata l’applicazione della legge.

Al fine di fornire un *background* adeguato per la trattazione di questi argomenti, dovremo innanzitutto descrivere la varietà dei riti penali emersa nel corso dell’*ancien régime*. Dopo aver mostrato come la posizione dell’imputato mutava per tutto lo spettro di queste variazioni, inizieremo poi a ricercare i requisiti minimi del giusto processo per com’erano intesi al tempo, concentrandoci su quelli che si riteneva fossero fondati sul diritto naturale e divino. In virtù della loro importante discendenza, questi requisiti minimi erano considerati immutabili e applicabili anche negli angoli più bui della giustizia penale. Gli studiosi che compiono un’analisi critica della ricostruzione prevalente e non obiettiva della giustizia penale di *ancien régime* hanno identificato due *principia* appartenenti a tale tipologia: un primo principio richiedeva che gli imputati fossero convocati in tribunale (*citatio*), e l’altro che fosse data loro la possibilità di difendersi (*defensio*)<sup>1</sup>. Che cosa questi

<sup>1</sup> V., ad es., G. GORLA, *Iura naturalia sunt immutabilia. I limiti al potere del “principe” nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, in *Diritto e potere nella storia europea*,

due principî richiedessero negli specifici contesti procedurali non è stato tuttavia sufficientemente indagato.

Recuperare le divergenze di opinione su questo tema dalla grigia palude di diversi secoli di trattati accademici, manuali per operatori forensi e documentazione dei tribunali richiederebbe una voluminosa monografia, cosa che va chiaramente oltre l'ambizione di questo saggio. Ci si limiterà a fornire solo una panoramica delle più importanti implicazioni dei due principî, per poi illustrare in dettaglio come essi sono stati impiegati in un parere scritto per essere utilizzato in un'aula di tribunale dal famoso giurista italiano del XVI secolo Prospero Farinacci (1554-1618). La maggior parte di ciò che aveva da dire in questo parere (*consilium*) non era frutto di una sua elaborazione originale o limitata al *cinquecento* italiano, ma esprimeva posizioni adottate da autorevoli giureconsulti continentali dal XIII secolo fino al tempo in cui egli visse. Ma anche quello che costituisce una sua opinione personale su questioni giuridiche non pacifiche e ancora soggette a dispute ha un peso considerevole in ragione della sua reputazione di "principe degli avvocati penalisti" ("*criminalistarum princeps*")<sup>2</sup>. Riportato negli atti di un processo per omicidio, il suo *consilium* consente di meglio comprendere la concreta e quotidiana applicazione del diritto rispetto alla sua analisi astratta contenuta nei trattati dei giuristi di *ancien régime*.

## I. La molteplicità delle forme della giustizia penale di *ancien régime*

### A. La culla nella Chiesa di Roma

Nell'affrontare il tema della varietà delle forme più risalenti della giustizia penale continentale, quelle sviluppate nell'alto Medioevo da parte della Chiesa di Roma rappresentano un utile punto di partenza. Con il declino dell'ordalia, la Chiesa ha gradualmente sviluppato tre principali tipologie codificate di procedimento pena-

in L. Olschki (a cura di), *Atti in onore di Bruno Paradisi*, Firenze, 1982, pp. 629 e 676; v. anche K. PENNINGTON, *The Prince and the Law. 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley-Los Angeles-Oxford, 1993, pp. 132-164.

<sup>2</sup> Sebbene fosse uomo dallo stile di vita discutibile, con frequenti problemi legali inclusi taluni contatti con il diritto penale, Farinacci ha svolto un'importante funzione come avvocato difensore, giudice, e per breve tempo anche come pubblico ministero (*fiscus*) dello Stato pontificio. Tuttavia, è come redattore di trattati giuridici e pareri dotti che egli ha acquisito una grande fama già nel corso della sua vita. Per due secoli dopo la sua morte, ha influenzato la pratica legale non solo in Italia ma anche in altre nazioni dell'Europa continentale. Per una ricostruzione della sua vita, v. N. DEL RE, *Prospero Farinacci Giureconsulto Romano (1544-1618)*, in *Archivio della Società Romana di Storia Patria*, s. 3, 28, 1975, pp. 135-220.

le<sup>3</sup>. La forma più antica era di tipo cosiddetto “accusatorio” ed era modellata sul processo penale romano del tardo impero. Per poter essere avviata, tale procedura richiedeva una denuncia scritta da parte di un privato che indicava nei particolari le accuse. Suo dovere era quello di produrre le prove dei fatti incriminanti al giudice, il quale poi interrogava i testimoni ed esaminava altri elementi di prova in assenza delle parti. La segretezza e il monopolio del giudice nell’assunzione della prova, caratteristiche sconosciute al moderno processo dominato dalle parti, erano all’epoca considerati elementi opportuni al fine di prevenire alterazioni delle testimonianze causate dalle parti.

Il pubblico ministero aveva l’onere di convincere il giudice dell’esistenza dei fatti incriminanti. Si trattava di un compito gravoso a causa dei severi standard di “sufficienza probatoria” che la Chiesa aveva ereditato dal diritto romano e da alcune fonti bibliche. Ma non solo il compito era gravoso; era anche un’incombenza pericolosa: se il procuratore non riusciva a soddisfare l’onere probatorio gravante su di sé, era soggetto alla stessa pena che aveva minacciato di imporre all’accusato. La posizione di quest’ultimo era abbastanza vantaggiosa. La querela lo informava delle accuse, e il giudice era tenuto a renderlo edotto delle generalità e delle dichiarazioni dei testimoni che avevano testimoniato contro di lui. Su di lui gravava un onere di persuasione solo rispetto alle cause di giustificazione. La tortura non era riconosciuta quale mezzo legittimo per ottenere elementi di prova: la confessione in giudizio da parte del soggetto accusato doveva essere spontanea. Di regola, egli non era neppure tenuto a rispondere alle domande fino a quando l’equivalente funzionale della nostra “*probable cause*”<sup>4</sup> relativa al suo coinvolgimento nel reato non veniva provata<sup>5</sup>. Importante

<sup>3</sup> In aggiunta, alcuni tra i più risalenti e influenti giuriconsulti menzionano i procedimenti “*in flagrante*” e quelli relativi a “*casi eccezionali*”, entrambi considerati dai commentatori successivi quali varianti del processo inquisitorio. Esisteva anche una procedura talmente informale da essere raramente trattata alla stregua di una attività *giudiziale*. Essa era impiegata nel caso dei c.d. reati “notori”, definiti come reati la conoscenza della cui commissione era “così profonda e diffusa che la colpevolezza dell’autore non può essere in alcun modo equivocata”. Avremo altro da dire su questo processo informale nel corso della trattazione della *self-informing jury* inglese. Sull’inclusione dei procedimenti “*in flagrante*” e “*in casi eccezionali*” nel modello processuale di stampo inquisitorio, v. B. CARPZOV, *Practica Nova Rerum Criminalium Imperialis Saxonica*, pars III, qu. 103, n. 12, Wurst, 1677. Questo volume del XVII secolo era considerato grandemente autorevole nell’Europa continentale, e in alcuni luoghi era impiegato alla stregua di un testo avente forza di legge. V. R. VON STINTZING, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, vol. 1, pt. 1, München-Leipzig, 1884, p. 64.

<sup>4</sup> Nella procedura penale statunitense la *probable cause* è lo standard di ragionevole convinzione basato su fatti e circostanze circa il fatto che l’indagato abbia commesso un determinato reato. La sussistenza di tale *probable cause* deve essere provata affinché un soggetto possa essere rinviato a giudizio (N.d.T.).

<sup>5</sup> Vi erano, tuttavia, molte eccezioni a questa regola. Sul processo accusatorio nelle corti italiane secolari, v. H.U. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, vol. 1, Berlin, 1907, pp. 87-120.

è poi il fatto che all'imputato era altresì consentito nominare un difensore di fiducia.

Questa tipologia di procedura penale fu considerata accettabile dalla Chiesa fintanto che questa continuò a preoccuparsi di questioni ultraterrene. Le alte gerarchie ecclesiastiche non si mostravano eccessivamente disturbate dal fatto che molti crimini restassero impuniti per la mancanza di persone disposte ad accollarsi i rischi e gli oneri oltremodo gravosi connessi all'esercizio della funzione di pubblico ministero: i colpevoli ben potevano essere lasciati alla giustizia divina nell'aldilà. Ma nel basso Medioevo, quando la Chiesa acquisì aspirazioni secolari, questo atteggiamento tollerante verso la criminalità ebbe fine. L'élite ecclesiastica fu allarmata dai misfatti dei chierici ribelli e divenne zelante nello stroncare le condotte dei laici che offendevano i valori cristiani<sup>6</sup>. Le situazioni maggiormente problematiche erano quelle in cui vi erano delle voci credibili relative alla commissione di un reato che circolavano all'interno di una data comunità, ma nessuno era disposto a presentare formale querela. È stato principalmente in risposta a questa situazione di disagio che si è sviluppato il modello inquisitorio canonico. I giudici ecclesiastici acquisirono il diritto di compiere indagini di propria iniziativa al fine di accertare se le voci correnti nel pubblico (*publica fama*) relative alla commissione di un determinato reato fossero o meno giustificate e, in caso affermativo, essi potevano avviare un formale procedimento penale in relazione all'accaduto in virtù del loro ufficio<sup>7</sup>. Originariamente, tuttavia, le opportunità di difesa per il soggetto contro cui questi procedimenti formali erano istruiti corrispondevano all'incirca a quelle disponibili per l'imputato nel processo accusatorio. Così, ad esempio, il giudice era tenuto a informare l'*inquisitus* delle accuse contro di lui (ora formulate dal giudice stesso), e a comunicargli tutte le testimonianze incriminanti raccolte nel corso delle indagini. E sebbene l'onere della prova ora gravasse sul giudice, il rigoroso standard di sufficienza probatoria restava inalterato.

Il terzo tipo di procedimento penale (*processus per denunciationem*) era altresì strutturato per compensare la mancanza di pubblici ministeri privati. Esso rappresentava un'evoluzione dei procedimenti disciplinari della Chiesa, che poteva-

<sup>6</sup> Per una descrizione di questo sviluppo, v. R.M. FRAHER, *The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages: "Rei Publicae Interest, Ne Crimina Remaneant Impunita"*, in *U. Ill. L. Rev.*, 1984, pp. 577-595.

<sup>7</sup> Il processo costituisce un'evoluzione di quella che era la procedura disciplinare interna alla Chiesa, il cui scopo era quello di appurare se vi fossero voci circa la cattiva condotta di soggetti appartenenti al clero, piuttosto che accertare se tali voci fossero o meno giustificate ed il misfatto fosse stato effettivamente compiuto. Questi procedimenti disciplinari furono poi convertiti in un processo penale propriamente detto da Papa Innocenzo III, ma rimasero limitati alla sua giurisdizione personale. Al quarto Concilio Lateranense (1215) divennero disponibili per tutti i giudici ecclesiastici quale alternativa al processo accusatorio. Cfr. W. TRUSEN, *Von den Anfängen des Inquisitionsprozesses zum Verfahren bei der Inquisitio Haereticae Pravitatis*, in P. Segl (ed.), *Die Anfänge der Inquisition im Mittelalter*, Köln/Weimar/Wien, 1993, pp. 39-76.

no portare esclusivamente all'imposizione di sanzioni pecuniarie oppure a lievi pene di carattere "terapeutico"<sup>8</sup>. Il processo era avviato dalla denuncia relativa alla commissione di un crimine (*denunciatio*) da parte di un soggetto che non era disposto ad assumersi gli oneri e i rischi associati all'esercizio privato dell'azione penale. Dopo aver denunciato il reato, questi era tenuto a dimostrare soltanto la sussistenza della voce della sua commissione corrente nel pubblico (*mala fama*) piuttosto che l'effettiva commissione del reato medesimo. La prova di quest'ultimo era responsabilità del giudice che presto iniziò ad assolvere a tale compito secondo la modalità inquisitoria. Alla luce di ciò, si può affermare che questa terza tipologia di procedimento canonico si differenziava dal processo inquisitorio solo nel fatto che doveva essere innescata da un soggetto esterno piuttosto che dal giudice stesso.

Di queste tre tipologie, il processo accusatorio era celebrato dai giuristi della Chiesa romana come la forma ottimale di giustizia penale (*forma processus ordinaria*) e i dibattiti accademici riguardanti i problemi procedurali ruotavano intorno a tale tipologia processuale, considerata sfondo appropriato per lo sviluppo della discussione scientifica. Il modello inquisitorio era considerato una forma inferiore progettata per situazioni eccezionali. Fin dalla sua nascita è stato necessario difenderlo dalle critiche dei giuristi che lamentavano il fatto che il giudice inquisitore agisse sia come *decision-maker* che come pubblico ministero. Un sistema processuale adeguato, insistevano, richiede tre attori: il giudice, il pubblico ministero e l'imputato. Al fine di respingere queste critiche, i fautori del modello inquisitorio hanno elaborato la finzione in base alla quale la voce circa la commissione di un determinato reato – che il giudice inquisitore doveva accertare prima di avviare formalmente un'indagine – era equivalente alla "voce" del pubblico ministero, che nei fatti era la parte mancante<sup>9</sup>. E nonostante abbia rapidamente eclissato la controparte accusatoria quanto a importanza pratica, la nuova tipologia d'inchiesta continuò a essere considerata alla stregua di un'aberrazione. Per qualche tempo essa non poteva neppure portare all'irrogazione delle pene più grave, né la tortura giudiziaria era riconosciuta quale strumento legittimo per ottenere confessioni.

La minaccia percepita all'ortodossia della Chiesa proveniente dai movimenti eretici condusse presto a un distacco da questa forma originaria di processo inquisitorio

<sup>8</sup> Il suo scopo originario era quello di indurre il pentimento, piuttosto che portare a delle punizioni. V. P. HINSCHIUS, *System des katholischen Kirchenrechts*, vol. 5, Berlin, 1893, p. 356.

<sup>9</sup> Le principali fonti in cui si possono rinvenire le prime giustificazioni di questa nuova tipologia di processo sono raccolte in F.A. BIENER, *Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses*, Leipzig, 1827, pp. 45-46. Un supporto di tipo biblico della necessità di un'accusa era rappresentato dal rifiuto di Gesù di condannare una donna colta in flagrante adulterio perché nessuno era disposto a farsi avanti come accusatore ("chi condanna"). Giovanni, 8:3-11. Anche Papa Innocenzo III, che ha introdotto il processo inquisitorio nella giustizia penale canonica, si sentiva costretto a ricorrere alla finzione menzionata nel testo.

che comprendeva molti elementi presi in prestito dal procedimento di tipo accusatorio. Nell'atmosfera creata dalla minaccia dell'eresia, questi prestiti finirono con l'essere percepiti come ostacoli o finzze procedurali che impedivano di perseguire con successo gli eretici. Alla metà del XIII secolo, come risposta a questa minaccia, si sviluppa una variante sommaria della procedura inquisitoria (*inquisitio hereticae pravitatis*) in cui quegli aspetti della procedura che favorivano gli imputati appassirono come fiori sorpresi da un gelo precoce. L'innovazione più importante fu l'introduzione della tortura quale legittimo istituto processuale<sup>10</sup>. Vennero altresì introdotte molte altre varianti rispetto al modello originario del processo inquisitorio. Così, ad esempio, i nomi dei testimoni d'accusa non erano resi noti alle persone sospettate di eresia, e ad essi non era consentito presentare alcun tipo di impugnazione. I sospettati potevano essere condannati sulla base di un "violento sospetto" in luogo dell'esigente standard romano-canonico della sufficienza della prova.

Non fu necessario molto tempo prima che questa variante sommaria iniziasse a contaminare le forme ordinarie del processo inquisitorio canonico. La tortura giudiziaria divenne, perciò, uno strumento legittimo nel perseguimento di tutti i reati di maggiore gravità, seppur caratterizzata da un regime di implementazione un po' meno brutale. Vennero poi accettati quali elementi fisiologici dell'indagine abituale relativa ai crimini più gravi anche diversi istituti sviluppati per giungere a condanne rapide nei confronti delle persone sospettate di eresia. Il distacco dalle disposizioni procedurali ordinarie nei casi di eresia, inoltre, diede inizio e facilitò l'adesione all'idea in base alla quale le forme processuali ordinarie possono essere abbandonate in presenza di una buona causa, ed il processo drasticamente snellito.

#### B. *Il modello inquisitorio prevale nella giustizia penale secolare*

Grazie alla sua capacità di bypassare facilmente le forme di giustizia ordinarie, il processo inquisitorio canonico divenne la fonte di ispirazione per la giustizia penale secolare nel corso dell'*ancien régime*. È importante tenere a mente, tuttavia, che importanti variazioni e deviazioni rispetto a questo modello processuale hanno perdurato a livello regionale in tutto il continente fino alla caduta del vecchio ordine. Tali varianti non avevano ad oggetto solo minuzie procedurali, ma anche questioni importanti come la possibilità di avere un difensore nei procedimenti di primo grado, i casi di esenzione dalla tortura, le tipologie di sentenza, o la questione concernente l'obbligo per gli imputati di prestare il giuramento a dire la verità. Avremo modo di riferirci di tanto in tanto a tali variazioni interne, ma in questo paragrafo ci si limiterà a descrivere la scomparsa delle forme processuali diverse da quelle di tipo inquisitorio.

<sup>10</sup> La tortura fu introdotta nel processo canonico nel 1252 per mezzo di una bolla di Papa Innocenzo IV.



In origine, lo si ricorderà, il *processus per denunciationem* richiedeva che la persona che denunciava il fatto dovesse fornire la prova della voce corrente tra il pubblico (*mala fama*, o *diffamatio*) relativa alla sua commissione. In seguito il giudice compiva le proprie indagini per accertare se il reato fosse stato effettivamente commesso, e, in caso affermativo, chi ne fosse l'autore. Gradualmente, tuttavia, alla persona che presentava la denuncia cessò di essere richiesto di dimostrare la sussistenza della voce relativa alla commissione del reato: la mera presentazione della denuncia consentiva al giudice di avviare la procedura inquisitoria. In questo modo la *denunciatio* si trasformò in una semplice denuncia di reato, e i funzionari pubblici – soprattutto quelli aventi il diritto di richiedere i tributi connessi alle condanne penali – assunsero il compito di segnalare i crimini. L'originaria "triade procedurale" scomparve, e rimase solo l'opposizione tra il modello accusatorio e quello inquisitorio. Quest'ultimo era innescato dal giudice stesso, o per iniziativa di un pubblico ufficiale<sup>11</sup>.

Il rapporto tra i due paradigmi processuali residui non si atteggiava allo stesso modo in tutte le giurisdizioni continentali. Nei territori italiani, ad esempio, l'importanza pratica del modello inquisitorio portò ad una aperta rimozione del modello accusatorio dalla sua preminente posizione teorica. Il primato del modello inquisitorio era riflesso, ad esempio, nella regola per cui laddove sussistevano i pre-requisiti per un'indagine ufficiale, il giudice era obbligato a istituire un processo inquisitorio, anche in pendenza di un processo di stampo accusatorio in relazione al medesimo reato. Di conseguenza, divenne possibile ricorrere a due forme parallele di procedimento con riferimento al medesimo fatto di reato. Nei territori germanici, al contrario, il processo accusatorio mantenne la sua supremazia sul piano teorico molto più a lungo. Se, ad esempio, un processo accusatorio era già in corso, un procedimento ufficiale di tipo inquisitorio in relazione al medesimo reato non poteva essere iniziato. Tuttavia, se il pubblico ministero privato desisteva dall'esercizio dell'azione penale, o non era in grado di dimostrare completamente la colpevolezza dell'imputato, poteva avere luogo il passaggio alla più repressiva forma di processo inquisitorio. In caso di difficoltà di prova questo passaggio era automatico<sup>12</sup>. Ma a dispetto di regole di questo genere, continuò a riscontrarsi per lungo tempo una genuflessione cerimoniale dinanzi al paradigma accusatorio<sup>13</sup>. Nell'area germanica

<sup>11</sup> Per i dettagli v. E. DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, 1989, p. 52.

<sup>12</sup> Per la descrizione del contrasto tra l'approccio italiano e quello tedesco tra il XVI e il XVII secolo, v. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars. III, qu. 107, n. 37, 38, 52 e 59.

<sup>13</sup> Il processo accusatorio, scriveva Carpzov ancora nel XVII secolo, e "*secundum iuris ordinem*", mentre quello inquisitorio "*juris ordine non servato*", B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, qu. 103, n. 21. Anche nelle terre tedesche dell'Ottocento ci si poteva imbattere in argomentazioni di studiosi secondo cui il modello accusatorio era quello ottimale, mentre i procedimenti inquisitori erano appropriati solo quando nessun accusatore si faceva avanti per sporgere denuncia. V. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1836, p. 464.



si cominciò ad abolire il processo accusatorio, o a limitare la sua applicazione ai reati minori, solo nel XVIII secolo. Solo in un esiguo numero di giurisdizioni erano presenti apparati assolutisti sufficientemente forti e risoluti da essere in grado di soppiantare interamente questa antica forma di perseguimento privato dei reati. Nel complesso, riconosciuto o meno come modello ottimale, il procedimento di tipo inquisitorio rimase la forma dominante della giustizia penale continentale fino alla fine dell'antico regime.

### C. Il sorgere delle garanzie difensive

Come già indicato, il processo inquisitorio consentiva alcune deviazioni flessibili rispetto alla sua forma ordinaria. A partire dal perseguimento degli eretici, queste deviazioni si estesero rapidamente al perseguimento dei crimini definiti "atroci" e dei reati difficili da provare. Secondo una massima probabilmente elaborata durante il XIII secolo, i giudici potevano per giusta causa "procedere *simpliciter et de plano*, spronati solo dalla ricerca della verità, senza il clamore causato dagli avvocati e dall'applicazione delle regole procedurali ordinarie"<sup>14</sup>. Questo atteggiamento elastico provocò preoccupazioni negli ambienti giuridici circa i limiti del mancato rispetto delle forme procedurali ordinarie. I giuristi cominciarono a chiedersi se queste potessero essere accantonate in toto. L'intero edificio del diritto processuale dipende dalla volontà dei poteri dominanti? Sospinta da queste preoccupazioni, alla metà del XIII secolo cominciò a guadagnare terreno l'opinione secondo cui non tutti gli istituti processuali ordinari possono essere rimossi. Alcuni istituti ("*figurae*") sono essenziali per l'ordine giuridico, e sono imposti dal diritto naturale, dal diritto delle genti, o addirittura dal diritto divino. I giudici e le autorità politiche non possono accantonarli. Rimase, tuttavia, controversa la questione relativa a quali aspetti specifici appartenessero gli elementi essenziali di un ordine giuridico giusto (*substantialia ordinis judicialis*), e se tali elementi fossero richiesti nella loro totalità da fonti che trascendevano il diritto positivo.

Furono espresse varie idee sull'argomento. Si riteneva che taluni istituti procedurali essenziali si riferissero a solennità di scarso interesse per gli scopi che si volevano perseguire. Altri istituti riguardavano principî sviluppati da giuristi di estrazione accademica sullo sfondo della considerazione del modello accusatorio quale opzione ottimale da un punto di vista teorico rispetto al suo concorrente di stampo inquisitorio dominante nella prassi. Tra essi spiccavano il principio (variamente formulato) simile alla nostra presunzione di innocenza, così come una massima

<sup>14</sup> "...*simpliciter et de plano, sola facti veritate inspecta, et absque strepitu advocatorum et figura iudicii*". La flessibilità caratterizzava anche i procedimenti riguardanti le materie civili minori.

evocativa della nostra garanzia contro l'autoincriminazione<sup>15</sup>. Tuttavia, costellati com'erano di eccezioni, entrambi i principi avevano una scarsa rilevanza pratica nel processo accusatorio ed erano assolutamente inconciliabili con quello inquisitorio al centro della nostra analisi. La garanzia contro l'autoincriminazione, ad esempio, certamente non poteva essere conciliabile con un sistema in cui l'*inquisitus* poteva essere richiesto di prestare un giuramento di dire la verità, o punito se si rifiutava di rispondere alle domande che gli venivano poste<sup>16</sup>. Né la presunzione d'innocenza poteva conciliarsi con le molteplici forme di procedura inquisitoria secolare nelle quali l'assenza di una prova sufficiente da un punto di vista giuridico non necessariamente conduceva a delle assoluzioni, come invece la presunzione richiederebbe, ma poteva invece portare all'irrogazione di una pena più mite (*extraordinaria poena*), o a varie sentenze a metà strada tra la condanna e l'assoluzione<sup>17</sup>. Del tutto avulse dalle regole operative della giustizia di *ancien régime*, queste massime senza mordente erano prive di rilievo pratico, e dunque non saranno oggetto della nostra analisi. Come abbiamo esposto in premessa, al centro della nostra attenzione rimarrà l'assunto in base al quale il diritto naturale e quello divino richiedono che gli imputati nei procedimenti penali siano correttamente citati a comparire dinanzi alla corte (*citatio*) e che venga data loro la possibilità di difendersi (*defensio*). Solo questo assunto fornisce un significativo spaccato dell'antica concezione del giusto processo nell'Europa continentale.

## II. La rudimentale concezione dei requisiti del giusto processo

All'inizio del XIV secolo, la celebrata visione della "*citatio-defensio*" come radicata nel diritto naturale fu fatta propria da due costituzioni promulgate da Papa

<sup>15</sup> Sui primi istituti affini al nostro privilegio contro l'auto-incriminazione, v. R.H. HELMHOLZ, *The Privilege and the Ius Commune*, in R.H. Helmholz et al. (eds.), *The Privilege against Self-Incrimination: Its Origins and Development*, Chicago, 1997, pp. 26-32. Per una massima che pareva suggerire la presunzione di innocenza, v. R. FRAHER, *Ut nullus describatur reus prius quam vincitur*, in S. Kuttner - K. Pennington (eds.), *Proceedings of the Sixth International Congress of Medieval Canon Law*, Vatican City, 1985, pp. 493-506.

<sup>16</sup> A questa sanzione disciplinare ci si riferisce talvolta in fonti risalenti come "tortura per ottenere risposte" ("*tortura ad extorquendum responsionem*"). V. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 113, nn. 56 e 57. Tale sanzione non deve essere confusa con la tortura per ottenere una confessione ("*tortura ad eruendam veritatem*") che un giudice poteva ordinare, come vedremo tra breve, solo dopo aver raccolto prove a carico di tipo sostanziale.

<sup>17</sup> Una sentenza simile nelle terre tedesche era la "*absolutio ab instantia*", una decisione che implicava che l'imputato rimasto sospetto potesse essere posto sotto sorveglianza e messo sotto processo nuovamente non appena nuove prove fossero state disponibili. I giudici francesi si spingevano oltre nella costruzione di varie sentenze non definitive. V. B. SCHNAPPER, *Voies nouvelles en histoire du droit: La justice, la famille, la répression pénale*, Paris, 1991, pp. 69, 87.

Clemente V. Una di esse proclamava che le citazioni a comparire e la possibilità di presentare memorie difensive costituivano elementi indispensabili dell'ordine giuridico<sup>18</sup>. L'altra forniva un fondamento per dichiarare invalide le decisioni assunte in spregio a questi elementi essenziali imposti dal diritto naturale, incluse anche le decisioni adottate dai governanti dotati di "autorità assoluta" tra quelle vincolate dal requisito della "*citatio-defensio*"<sup>19</sup>. Per tutto il XIV secolo, questi due segmenti di legislazione papale sono stati oggetto di discussione tanto da parte dei giuristi di diritto civile che canonico, e divenne generalmente accettato che il requisito appartenesse alla categoria delle componenti essenziali dell'ordine giuridico.

#### A. Gli effetti della "*citatio-defensio*".

Il requisito che gli imputati fossero correttamente citati a comparire di fronte alla corte era altresì fornito di un supporto di carattere teologico fondato su brani biblici in grado di suscitare il timore della collera divina. Non ha Dio stesso rispettato il requisito richiamando l'attenzione di Adamo con la domanda "dove sei?" prima di bandirlo dall'Eden?<sup>20</sup> Anche un passaggio della riverita codificazione giustiniana supporta questo requisito<sup>21</sup>. Vennero perciò elaborate regole minuziose concernenti le modalità adeguate per la consegna della citazione giudiziaria. Anche una "*citatio*" formalmente impeccabile era considerata invalida, ad esempio, se il giudice era a conoscenza del fatto che l'imputato era impossibilitato a comparire. Inoltre, la deposizione dei testimoni raccolta prima della consegna delle citazioni doveva essere ripetuta. In alcune giurisdizioni la ripetizione doveva avvenire alla presenza dell'imputato, in modo tale da instaurare un confronto tra costui ed il testimone chiamato a deporre<sup>22</sup>. Rilevante era anche la conseguenza dell'omessa

<sup>18</sup> *Saepe contingit*, Clem. 5.11.2.

<sup>19</sup> *Pastoralis cura*, Clem. 2.12.2. Per un'analisi di queste due costituzioni e il loro collegamento con la disputa tra l'imperatore Enrico VII e il re Roberto D'Angiò, v. K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit., nt. 1, pp. 165-191. V. anche D. WILLIMAN, *Summary Justice in Avignonese Camera*, in S. Kuttner - K. Pennington (eds.), *Proceedings of the Sixth International Congress of Medieval Canon Law*, cit., nt. 15, pp. 437-449.

<sup>20</sup> Si argomentava anche che Dio avesse inviato gli angeli dagli abitanti di Sodoma prima di far loro visita e punirli (*dominus misit angelos ad Sodomitas ut eos presentes condemnaret*). V. *Magistri Tancredi de Criminibus Summula et Questiones*, in *Bulletin of Medieval Canon Law*, vol. 9, n. 165, 1979, p. 34.

<sup>21</sup> *Quod omnes tangit*. Codex 5. 59. 52.

<sup>22</sup> Cfr. J.-PH. LEVY, *La Hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la Renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV siècle*, Paris, 1939, p. 71. Era aperto alla discussione, tuttavia, se il confronto con i testimoni, anche se spesso utilizzato nella prassi, appartenesse ai requisiti imprescindibili del processo inquisitorio. Alcune autorità ritenevano di no. V. ad es., B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 114, nn. 74 e 75. Farinacci, al contrario, sosteneva che il testimone dovesse essere esaminato "*in faciem rei*", e che senza questo requisito la sua testimonianza era invalida.

“*citatio*”. Nessuna condanna era valida, anche nei casi di facile soluzione, a meno che questa non risultasse da un procedimento formale avviato con la previa citazione dell'imputato.

Strettamente connesso alla necessità dell'atto di citazione, e occasionalmente incluso in esso, era il requisito in forza del quale agli imputati doveva essere data l'opportunità di difendersi (*defensio*). Come nel caso della “*citatio*”, alcuni giuristi lo ricavavano dal diritto divino. Più frequentemente, tuttavia, esso era associato con l'autodifesa e attribuito ai precetti del diritto naturale. Alla fine del XVII secolo, un *dictum* di alcuni giuristi del tardo Medioevo in base al quale “la difesa non può essere negata agli animali, ancor meno agli esseri umani e neppure allo stesso Demonio” era ancora sulle labbra dei loro successori nell'Europa continentale<sup>23</sup>. Ma la questione fondamentale di cosa esattamente la “*defensio*” richiedesse dal punto di vista pratico è rimasta irrisolta, soprattutto per quanto riguarda le restrizioni alla possibilità di esercitare il diritto di difesa nei processi per i reati più gravi.

Ai fini della nostra indagine, sarà sufficiente considerare le implicazioni della “*defensio*” così come intese dalle autorità giudiziarie nei territori italiani e tedeschi<sup>24</sup>. L'istruttoria formale (*inquisitio specialis*) era divisa in una parte “offensiva” e in una parte “difensiva”. Quest'ultima era finalizzata all'esame delle prove a discarico e di quelle relative alle attenuanti, anche se all'imputato era consentito avanzare istanze difensive anche durante la fase “offensiva” dedicata all'assunzione degli elementi incriminanti. Subito dopo il completamento della parte “offensiva”, il giudice era tenuto a rivelare all'imputato i nomi dei testimoni a carico e il contenuto essenziale delle loro dichiarazioni. In alcune giurisdizioni all'imputato era consentito ispezionare il fascicolo del caso, o anche ottenere una copia delle testimonianze incriminanti<sup>25</sup>. L'obbligo di rivelare all'imputato le prove a carico era una di quelle regole attribuite alla “*defensio*” rispetto alle quali vi era un accordo diffuso sul fatto che discendessero dal diritto naturale immutabile e fossero indispensabili per una difesa efficace. Alcuni autorevoli giureconsulti attribuivano

V. P. FARINACCI, *Consilia sive responsa atque decisiones causarum criminalium*, Editio postrema, Consilium 55, n. 21 (Cardon, Lungduni 1610). Altrove, tuttavia, contemplava molte eccezioni a questa regola rigorosa: v. P. FARINACCI, *Tractatus Integer De Testibus*, tit. 8, qu. 72, n. 140 (Schwänder, Osna-brughi 1677).

<sup>23</sup> Benedict Carpzov era uno di loro. V. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 115, n. 1 (“*Certius est defensionem esse iuris naturalis, adeo ut ne bestiis quidem nedum humani, imo nec Diaboli auferrī debeat*”).

<sup>24</sup> L'analisi che segue si basa sulla discussione del “*remedium defensionis*” compiuta da Carpzov nel XVII secolo: B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 115. Sul più repres-sivo sistema francese, v. J. LANGBEIN, *Prosecuting Crime in the Renaissance*, Cambridge, MA, 1974, pp. 223-248; A. ESMAN, *A History of Continental Criminal Procedure*, Boston, 1913, pp. 165-250.

<sup>25</sup> V. P. FARINACCI, *Responsorum criminalium*, Liber secundus, *consilium* 156, n. 2 (Ciaconi, Romae 1614).

anche questa regola al diritto divino<sup>26</sup>. La mancata notifica all'imputato degli elementi a carico era sanzionata con la nullità della susseguente condanna<sup>27</sup>.

Era altresì ampiamente accettato il fatto che il diritto naturale permettesse agli avvocati (*advocati*) di assistere gli imputati anche nei procedimenti relativi ai crimini più gravi. Varie restrizioni erano in ogni caso previste rispetto all'attività dei difensori. Per esempio, ad essi non era consentito di essere presenti durante l'interrogatorio dei testimoni e degli imputati e non era permesso loro di replicare alle domande dell'organo inquirente in luogo dell'imputato. Inoltre, solo agli "uomini retti e dotti" era consentito svolgere il ruolo di difensore nei processi penali<sup>28</sup>. Nonostante queste restrizioni, come presto vedremo, abili avvocati potevano a volte aiutare quei pochi imputati che potevano permetterseli. Era solo nei processi per stregoneria ed eresia che le restrizioni rendevano illusorio l'effettivo esercizio della difesa tecnica<sup>29</sup>. Isolati divieti relativi all'assistenza del difensore apparvero solo nella seconda parte del XVIII secolo, limitatamente a quelle giurisdizioni che abolirono la tortura giudiziaria ma mantennero i rigorosi standard probatori di stampo romano-canonico<sup>30</sup>. Vi era anche accordo sul fatto che la *defensio* richiedesse l'allentamento delle esigenti norme in materia di prove relative all'accertamento degli elementi in grado di scagionare l'imputato. Così, ad esempio, molte delle disposizioni sull'inammissibilità non erano applicate ai testimoni che deponevano a favore dell'imputato, e la deposizione di un singolo testimone oculare poteva bastare per l'accertamento di elementi in grado di condurre al proscioglimento. A volte persino testimonianze non giurate erano ammissibili se favorevoli all'imputato<sup>31</sup>.

Al termine della fase "difensiva" dell'indagine, sorgeva una questione di grande rilevanza pratica nei processi per i reati per cui era prevista la pena capitale e, in alcune giurisdizioni, anche in relazione ad alcuni reati per cui era contemplata l'irrogazione di severe punizioni corporali, quali le mutilazioni. La questione concerneva il fatto se tali pene maggiormente gravi potessero essere irrogate anche in forza di uno standard probatorio inferiore a quello romano-canonico della "piena prova", vale a dire in forza di un quadro probatorio inferiore alla testimonianza concorde di due testimoni oculari irreprensibili, o alla confessione resa in giudizio dall'imputato. Questo standard probatorio era, senza dubbio alcuno, troppo severo per

<sup>26</sup> P. FARINACCI, *consilium* 156, nn. 23 e 47.

<sup>27</sup> P. FARINACCI, *consilium* 156, n. 24.

<sup>28</sup> Erano esclusi quelli che "portano confusione, che sono verbosi piuttosto che eloquenti, o la cui attività rallenta piuttosto che accelerare l'avanzamento della causa". V. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 115, no. 93. Per ulteriori restrizioni, cfr. qu. 115, nn. 94-97.

<sup>29</sup> Per una descrizione di queste restrizioni in un noto manuale sulla repressione della stregoneria caratterizzato da ardente ferocia, v. HENRICUS INSTITORIS KRAMER - JACOBUS SPRENGER, *Malleus maleficarum* (1486), vol. 1, pars III, qu. 10, curato da C.S. Mackay, Cambridge, 2006.

<sup>30</sup> Cfr., ad es., *Constitutio Criminalis Theresiana*, par. 9 (1768).

<sup>31</sup> B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 115, nn. 74 e 75.

essere praticabile: mentre le prove a carico erano spesso piuttosto solide al termine della fase delle indagini, la confessione volontaria dell'imputato o la deposizione di due testimoni affidabili erano raramente disponibili. Ma poiché il venerato diritto romano e le altrettanto rispettate fonti bibliche attribuivano grande autorità a tale standard, abbandonarlo non era affatto facile. Non c'è nulla di cui meravigliarsi, quindi, per il fatto che il dilemma che ne derivava sia stato risolto in modo differente in differenti giurisdizioni e in differenti periodi dell'*ancien régime*. Cosa era tenuto a fare il giudice nelle giurisdizioni che insistevano nell'osservare lo standard della piena prova?<sup>32</sup> Doveva ordinare la liberazione dell'imputato quando la prova del suo delitto era molto forte ma non si raggiungeva la piena prova? La questione assunse particolare rilevanza nei casi in cui le prove pur giuridicamente insufficienti erano così convincenti da persuadere il giudice della colpevolezza dell'imputato. Una soluzione che egli aveva a disposizione era quella di condannare l'imputato al pagamento di una pena pecuniaria, all'esilio, a remare sulle galere, o a qualche altra "pena straordinaria" a cui non si applicava l'esigente standard della piena prova. Ma questa soluzione non sempre soddisfaceva le esigenze punitive allora esistenti: il desiderio di imporre la pena di morte per molti reati persistette imperterrita fino alla fine del XVIII secolo, e le pene pecuniarie non erano ancora considerate alla stregua di una sanzione *penale* vera e propria<sup>33</sup>. L'introduzione della tortura giudiziaria risolvette il dilemma: a conclusione delle indagini relative ai crimini più gravi, il giudice aveva il potere di decidere se le prove a carico, anche se giuridicamente insufficienti per una condanna, giustificassero il tentativo di ottenere la confessione dall'imputato mediante un "doloroso interrogatorio". Ma anche in quelle giurisdizioni in cui la condanna a morte e gravi pene corporali potevano essere inflitte sulla base di prove convincenti ma non 'piene', la confessione giudiziale dell'imputato rappresentava una integrazione probatorio molto ambita<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Era questo il caso delle terre germaniche che seguivano la legislazione penale dell'Imperatore Carlo V (1532). V. *Constitutio Criminalis Carolina*, artt. 22, 65, 67, e 69. La persistenza di questa visione nella Germania del XVII secolo è attestata da B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 116 n. 49 ("*Crimine non plene probato, ad mortis poenam deveniri nequid*"). V. anche J.C. FRÖLICH, *Nemesis Romano-Austriaco-Tyroliensis*, Innsbruck, 1696. Nelle giurisdizioni italiane le posizioni erano divise. V. J. MENOCHIO, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, Commentaria, Liber I, qu. 97, nn. 1-38 (Tourmes, Genevae 1670). Nella controversia risultante si possono riconoscere i flebili annunci delle moderne opinioni sulla libera valutazione delle prove.

<sup>33</sup> Per Carpzov solo le punizioni corporali erano "*poenae criminales*". B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 102, n. 60. Nei possedimenti degli Asburgo l'idea che una sanzione penale adeguata dovesse includere l'inflizione di dolore fisico è sopravvissuta anche nel secolo successivo, e la fustigazione fu abolita in quelle zone solo a metà del XIX secolo. Cfr. M. DAMAŠKA, *The Death of Legal Torture*, in 87 *Yale L.J.*, 1978, p. 868, nt. 16.

<sup>34</sup> Numerosi influenti giuristi italiani, tra cui le grandi autorità del XIV secolo Baldo degli Ubaldi e Bartolo de Sassoferato, avevano preso la posizione secondo cui le "indicazioni indubitabili" erano sufficienti per l'imposizione della pena capitale. Nel XVI secolo, il contemporaneo, solo un po'



Inevitabilmente, dunque, la questione di quale livello di prova fosse sufficiente per l'emanazione di un legittimo ordine di tortura assunse grande importanza, soprattutto perché le confessioni coatte ottenute in base a prove insufficienti erano ritenute nulle e invalide. Gli argomenti dei difensori tendevano a concentrarsi su questo punto, ed era su queste basi che alcuni di essi riuscirono a salvare il proprio assistito dai tormenti<sup>35</sup>. Essi rafforzavano le loro argomentazioni facendo appello al corretto ordine procedurale e al diritto naturale trascendente, cosa che implicava, come già indicato, che ai governanti terreni mancasse l'autorità necessaria per trascurare l'esigenza che la tortura fosse ordinata in forza di prove a carico giuridicamente sufficienti.

L'invocazione della giustizia nella regolamentazione – ma non nel rifiuto – della tortura richiede una digressione. Dal nostro punto di vista, la tortura costituisce una condotta estrema che fa sì che la giustizia e la dignità umana scivolino via dalle persone come un indumento consunto. Per questo motivo ci sembra impossibile conciliare le esigenze di giustizia procedurale con l'accettazione della tortura quale strumento giudiziario ammissibile: le due cose si escludono vicendevolmente, e l'espressione “giusta tortura” rappresenta per noi un ossimoro. I giuristi continentali del tardo Medioevo ed anche quelli agli albori dell'epoca moderna, tuttavia, non la pensavano allo stesso modo. Un divario tra noi e loro si apre qui davanti ai nostri piedi. Per essere chiari, essi riconoscevano la tortura come un qualcosa di disumano. “Niente è più crudele e disumano”, sosteneva Carpozov nel XVII secolo, “come lacerare con tormenti esseri umani creati a immagine di Dio”<sup>36</sup>. Ma le barriere probatorie irrealisticamente elevate erette contro la condanna per i reati maggiormente

più anziano, di Farinacci Menochio sosteneva che la pena di morte (*poena ordinaria*) poteva essere imposta in base a “presunzioni più violente”. V. J. MENOCHIO, *De praesumptionibus*, cit., nt. 32, qu. 97, n. 39. Ma anche coloro i quali ritenevano che la *poena ordinaria* potesse essere imposta in base ad un qualcosa di meno della piena prova, spesso spingevano affinché pene più lievi della morte fossero irrogate in base a “indicazioni indubitabili”, o “più violente presunzioni di colpevolezza”. Anche per loro, la confessione giudiziale dell'imputato sembra essere la più preziosa tipologia di prova incriminante. Le tracce dell'incertezza in relazione alla questione se la morte fosse la pena adeguata sulla base elementi corrispondenti ad un qualcosa di meno della prova piena sono riscontrabili anche in Farinacci. V. *Consilia sive responsa*, cit., nt. 22, *consilium* 82, n. 3, così come nel commento a questo *consilium* ad opera di Famius Centolinus.

<sup>35</sup> Cfr. il libro molto interessante dell'avvocato difensore tedesco del XVII secolo J. BOURICHIUS, *Captivus sive Enchiridion Defensionum*, Lipsia, 1685. Nell'esaminare il parere di Farinacci, avremo presto altro da dire sulle differenti posizioni in merito alle prove richieste per l'emanazione di un ordine di tortura.

<sup>36</sup> “*Nil tam crudele et inhumanum esse quam hominem ad imaginem Dei constitutum tormentis lacerare*”. B. CARPOZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 117, n. 3. In un inatteso momento poetico, l'A. paragona il danno causato ad un imputato sottoposto a tortura ma innocente alla “verginità perduta”. *Id.*, n. 4. E in un *consilium*, presentato “*genusfectus*” a Papa Clemente VIII a richiesta del secondo, Farinacci descrive come “inumana” la negazione di tutte le elementari garanzie difensive nei processi penali. Cfr. P. FARINACCI, *Responsorum criminalium*, cit., nt. 25, *consilium* 103, n. 2

gravi hanno portato molti a concludere che questo crudele metodo di acquisizione probatoria fosse necessario per combattere i misfatti che più minacciavano l'ordine sociale prestabilito. L'abbassamento delle barriere probatorie come alternativa era difficilmente praticabile, dal momento che tali barriere erano imposte da autorità altamente rispettate. Quello che allora apparve come un utile sforzo fu la regolamentazione dell'uso della tortura secondo modalità minimamente lesive della concezione della giustizia allora prevalente<sup>37</sup>. Con spirito di empatia retrospettiva, vale la pena chiederci quali espedienti escogiterebbero i nostri organi preposti all'applicazione della legge qualora fossero costretti ad attenersi ad una richiesta altrettanto gravosa in termini di prove necessarie al fine di giungere ad una condanna nei processi relativi a quelli che oggi consideriamo i reati più pericolosi. Nel vetro scuro del passato possiamo vedere riflessi alcuni aspetti di noi stessi.

Vale anche la pena notare che la tortura appariva meno repellente nel tardo Medioevo e nella prima fase dell'età moderna rispetto a quanto appaia oggi. Questo non solo perché la tolleranza del dolore era probabilmente maggiore allora, in modo che la sua inflizione poteva apparire un po' meno crudele. Un'altra ragione è ancora più importante. Durante gran parte dell'*ancien régime* la religione aveva un ruolo preminente nelle istituzioni sociali e dato che il crimine era strettamente associato con il peccato mortale, allo stesso modo la confessione era associata con il pentimento. La "confessione", ha scritto un autorevole quanto ridondante giurista del XVI secolo, "è la salvatrice di anime, la distruttrice del vizio, la restauratrice della virtù, la debellatrice dei demoni: essa sbarra l'ingresso dell'inferno e apre le porte del paradiso"<sup>38</sup>. Ora, data la convinzione che la confessione potesse salvare l'imputato dai tormenti eterni, il fatto di immergerlo temporaneamente nelle acque assolutorie del dolore perdeva parte della sua ripugnante natura. Poiché la paura dell'inferno era a quel tempo vivida e onnipresente, la nostra età secolare sarebbe nel torto liquidando questo argomento come non più di un cinico tentativo di giustificare la tortura che fonda la sua *ratio essendi* in un opinabile argomento di carattere teologico. La confessione era anche utile per mitigare un'angoscia di derivazione religiosa che molti giudici vivevano nell'imporre la pena di morte sulla base di prove indiziarie la cui sufficienza ai fini della condanna solo essi avevano stabilito: in caso di errore nell'esercizio del loro potere letale, essi temevano che

<sup>37</sup> Tuttavia, l'elevato standard romano-canonico di sufficienza della prova per i reati gravi non era l'unica ragione perché la tortura divenne accettabile nel processo penale di antico regime. Gli usi della tortura indipendenti dal summenzionato esigente standard probatorio vengono tracciati in M. DAMAŠKA, *The Death of Legal Torture*, cit., nt. 33, pp. 873-74.

<sup>38</sup> J. DE DAMHOUDER, *Sententiae Selectae Pertinentes Ad Materiam Praxis Rerum Criminalium Et Aliarum Partium Iuris Scientiarumque*, Antwerpiae, 1601, p. 27, Sull'importanza del salvataggio delle anime, v. anche J. KITONICH, *Directio Methodica processus Iudiciarii Juris Consuetudinarii Inclity Regni Hungariae*, Viennae 1634, Cap. 6, qu. 10.

avrebbero “condannato la loro anima in eterno”<sup>39</sup>. Una confessione ripetuta dopo tortura attenuava questa angoscia: essa poteva essere interpretata come il contributo e la collaborazione dell'imputato rispetto all'esito mortale del processo, forse persino come una sua assunzione di responsabilità per esso. E come abbiamo accennato inizialmente e presto documenteremo, la tortura era applicata principalmente a persone appartenenti alle classi inferiori in relazione ai quali la distanza sociale indeboliva i sentimenti di compassione.

Ma torniamo al filone principale della nostra esposizione. Sebbene di grande importanza, la questione di quale prova fosse sufficiente per supportare un ordine legittimo di tortura è rimasta controversa fino all'abolizione della tortura stessa verso la fine del XVIII secolo. In molti hanno studiato fino a tarda notte nel tentativo di redigere un elenco esaustivo delle norme che disciplinavano la materia, ma tale sforzo si è rivelato essere talmente dipendente dal contesto e dalle circostanze specifiche che l'impresa risultò tanto futile quanto il tentativo di catturare le nuvole. Ciò che incontrò il favore della maggior parte dei più autorevoli giureconsulti fu invece il fatto che gli “indizi indubitabili” (*indicia indubitata*), che in alcuni tribunali erano ritenuti sufficienti per l'imposizione delle pene più severe, erano altresì sufficienti per l'emanazione di un legittimo ordine di tortura. In questo particolare contesto, era ben noto che il termine *indicium* si riferisse a tutti i tipi di prove, dirette e circostanziali, diverse rispetto alla rigorosa “prova piena” romano-canonica. L'aggettivo “indubitabile” è stato, tuttavia, variamente interpretato. Gli scritti di alcuni autorevoli giureconsulti suggeriscono che l'aggettivo fosse riferito al convincimento del giudice, di modo che le prove erano “indubitabili” se erano in grado di convincerlo della colpevolezza dell'imputato. In base a questa concezione “soggettiva”, la sottoposizione degli imputati alla tortura era legittima, come già si è osservato, solo in situazioni in cui i tribunali contemporanei sarebbero autorizzati a condannarli<sup>40</sup>. Altri influenti giureconsulti preferivano definire il carattere “indubitabile” degli *indicia* in termini oggettivi, oppure lasciavano l'interpretazione di tale non ben definito termine alla discrezionalità giudiziale (*arbitrium*). In alcune giurisdizioni la questione era considerata di tale complessità e rilevanza che il giu-

<sup>39</sup> Anche la frase “*arbitrium damnet animam tuam in perpetuum*” è stata coniata in questo contesto.

<sup>40</sup> Alcuni commentatori ritengono che l'approccio “soggettivo” al peso delle prove fosse estraneo allo spirito del diritto delle prove romano-canonico. Cfr., ad es., R. STICHWEH, *Zur subjektivierung der Entscheidungsfindung*, in A. Gordon et al. (eds.), *Subjektivierung Des Justiziellen Beweisverfahrens*, Frankfurt am Main, 1994, p. 269. Ma è difficile scorrere i *consilia* dei giuristi del tardo medioevo e degli albori dell'età moderna senza che emerga l'impressione che giudici non seguissero ciecamente le norme in materia di prova formulate in modo oggettivo, ma le accettassero per la maggior parte solo quando queste coincidevano con le loro opinioni soggettive. Per una posizione analoga espressa in un libro di magistrale erudizione, v. M. SCHMOECKEL, *Humanität und Staatsraison*, Köln, 2000, p. 193. Alcuni esempi di quelli che sembrano essere approcci “soggettivisti” al tema delle prove necessarie per disporre la tortura saranno forniti in seguito. V. *infra*, nt. 71.

dice era tenuto a trasmettere l'intero fascicolo dell'indagine ad un esperto legale, o ad una commissione di esperti legali, che avrebbero poi deciso sul punto<sup>41</sup>.

Molti altri aspetti della tortura erano altresì disciplinati dalla legge e ritenuti essenziali per la correttezza della procedura. Torneremo a occuparci di alcuni di essi più avanti. A questo punto, è sufficiente osservare che una condanna valida, contrariamente a una credenza alimentata oggi da molti commentatori moderni, richiedeva più che la ripetizione della confessione qualche tempo dopo "l'interrogatorio doloroso". Nel riconoscere che la tortura era uno strumento "fragile e pericoloso", si riteneva che il giudice dovesse anche valutare accuratamente se le informazioni contenute nelle dichiarazioni ottenute fossero concordanti con le prove disponibili indipendentemente dalla tortura e se queste fossero presumibilmente vere<sup>42</sup>.

Quali sanzioni erano previste per l'inosservanza di queste regole? Le prove ottenute in violazione di tutte le disposizioni appartenenti agli "elementi essenziali dell'ordine giuridico" erano considerate nulle e invalide. La conseguenza di questa regola in materia di tortura fu che le confessioni indebitamente ottenute erano ritenute invalide e non potevano essere utilizzate a sostegno delle condanne<sup>43</sup>. La nullità delle confessioni ottenute irregolarmente non era l'unica misura volta a sorvegliare il confine tra gli interrogatori di carattere coercitivo effettuati in modo regolare e quelli effettuati secondo modalità improprie: i giudici che oltrepassavano i confini di quanto ammissibile erano essi stessi soggetti ad una pena; in alcune giurisdizioni le violazioni intenzionali erano punite con la morte<sup>44</sup>.

## B. *Disciplina oggettiva versus diritti soggettivi*

Nella sezione precedente abbiamo esaminato le regole più importanti concernenti gli interessi della difesa senza lasciare intendere che esse *de facto* accordassero determinati diritti agli imputati. Invece di parlare del loro *diritto* alla difesa tecnica o del loro diritto alla *discovery* rispetto alle prove, abbiamo invece parlato del *requisito* in forza del quale agli imputati era consentito avere un avvocato difensore, o di quello per cui essi dovevano essere informati delle prove a carico. Abbiamo

<sup>41</sup> Per dettagli, v. J.C. FRÖLICH, *Nemesis*, cit., nt. 32, pp. 172-175.

<sup>42</sup> "*Confessioni quaestione extorta fides aliter habenda non est quam si ea veritate conveniat atque probabilis sit*". V. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 126, n. 13. Derivante dal Digesto di Giustiniano (48.18.1.23), l'espressione secondo cui la tortura è "*res fragilis et periculosa*" è frequentemente ripetuta negli scritti sul processo inquisitorio fin dal Medioevo.

<sup>43</sup> Analizzeremo a breve il significato e l'ambito di applicazione di questa precoce regola che richiede l'esclusione delle prove illegalmente ottenute.

<sup>44</sup> Carpzov dedica un'intera sottosezione del suo libro alla punizione dei giudici che "torturano ingiustamente": B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 127. Per una fonte italiana antecedente sul tema, cfr. H. DE MARSILIIS, *Consilia et singularia omnia*, vol. 2, consilium 84, n. 11 (Lugduni 1537). V. anche P. FARINACCI, *infra*, nt. 61.

evitato con grande cautela di riferirci ai *diritti* dell'imputato, avendo in mente che potrebbe essere anacronistico utilizzare il linguaggio dei diritti soggettivi in relazione ad un ordine processuale fondamentalmente attuato nell'alto Medioevo. Può ben darsi, dunque, che le norme processuali fossero state immaginate come rivolte ai giudici con la finalità di assegnar loro dei compiti, piuttosto che come indirizzate agli imputati con lo scopo di attribuir loro dei diritti di carattere personale. In altre parole, gli imputati potrebbero essere stati concepiti come meri beneficiari delle funzioni assegnate ai giudici in forza di norme oggettive, piuttosto che come autonomi titolari di diritti soggettivi. La tendenza a trasferire aree sempre più vaste del diritto nel fascio dei diritti personali diventa chiaramente visibile solo negli scritti accademici del tardo XVI secolo. Ma fintantoché ci si occupa degli scritti dei giuristi aventi ad oggetto i problemi pratici della procedura penale, ci sono poche prove di questa tendenza persino nel XVII secolo.

Tuttavia potrebbe comunque essere che le garanzie incluse nella "*citatio-defensio*" fossero già considerate come diritti personali. Si ricordi che molti giuristi nutrivano la convinzione che sia la "*citatio*" che la "*defensio*" derivassero dalla diritto naturale dell'auto-difesa. Gli storici hanno scoperto che già i giuristi canonisti del XII secolo intendevano il diritto naturale, almeno in alcuni contesti, come espressione dei poteri inerenti agli individui<sup>45</sup>. Le loro opinioni erano ampiamente diffuse nelle scuole di diritto del tardo Medioevo. E poiché il processo era uno di questi contesti, potrebbe anche essere che gli effetti connessi alla *citatio-defensio* fossero visti come "appartenenti" agli imputati. In talune fonti giuridiche di primo piano si ritrova qualche passaggio che fornisce un supporto a questa interpretazione<sup>46</sup>. Ma non è necessario prendere posizione su questo punto. Anche se le regole risultanti dalla "*citatio-defensio*" erano concepite come implicazioni o facoltà di carattere soggettivo, certamente esse non erano equiparabili ai diritti nella nostra moderna accezione liberale occidentale, vale a dire diritti legati a concezioni forti dell'autonomia umana e sostanzialmente slegati dalle conseguenze del loro esercizio.

Se si sposta l'attenzione dalle riflessioni dottrinali alle concrete dinamiche della prassi giudiziaria, ha più senso immaginare le regole derivanti dalla "*citatio-defensio*" come norme indirizzate ai pubblici funzionari piuttosto che come regole che attribuivano

<sup>45</sup> Fino a circa quarant'anni fa era ampiamente diffusa l'opinione secondo cui la nozione di diritto soggettivo si fosse sviluppata solo nel XIV secolo ad opera di Guglielmo d'Ockham. V. M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, in *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, 1969, pp. 140-77. Più recentemente, sono emerse le prove che la nozione è stata sviluppata in precedenza. V. B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, Grand Rapids, MI, 1997, pp. 54-69.

<sup>46</sup> Alcuni testi affermano, per esempio, che le garanzie difensive "appartengono" (*competunt*) all'imputato, o che non è permesso di "portargliele via" (*subtrahere*). Anche nei manuali di stregoneria si trovano istruzioni in base alle quali rappresenta un'offesa contro Dio "sottrarre" (*privare*) all'imputato diritti afferenti alla difesa senza motivi di un certo peso. V., ad es., *Malleus Maleficarum*, *supra* nt. 29, vol. 1, pars 3, qu. 9, p. 603.

facoltà personali agli imputati. In una corte di *ancien régime*, gli imputati non avrebbero certamente fatto molta strada nel rivendicare un beneficio identificato in una regola “difensiva” sostenendo che essa rappresentava un loro diritto personale. Era per loro certamente una migliore strategia quella di sostenere che la norma richiedeva una particolare azione od omissione da parte del giudice. Come nel jujitsu, era meglio per loro utilizzare il peso della disciplina oggettiva allo scopo di attuare i propri interessi soggettivi<sup>47</sup>.

### C. *Un rapido sguardo all’Inghilterra*

Nel valutare queste prime concezioni continentali del giusto processo, è istruttivo gettare un rapido sguardo allo specchio distante dell’antica giustizia penale inglese. Un’affidabile storia comparata dei due sistemi deve ancora essere scritta, ma appare corretto affermare che mentre le ricostruzioni del processo penale continentale tendono a soffermarsi sulle sue caratteristiche negative, le descrizioni della sua controparte inglese tendono invece a enfatizzarne le caratteristiche positive. Per compiere un’osservazione di questa tendenza alquanto manichea, è utile esaminare le sue manifestazioni con riguardo ad alcuni esempi. Essi mostrano che nel periodo dal XIII al XVIII secolo le disposizioni processuali vigenti nell’ordinamento inglese erano sotto molti punti di vista di gran lunga maggiormente estranee alla nostra concezione attuale dei fondamenti processuali e della correttezza procedimentale rispetto a quanto non fossero i procedimenti penali continentali coevi<sup>48</sup>. La consapevolezza di questo fatto ci porta senz’altro a valutare in termini maggiormente positivi le interpretazioni precoci del giusto processo dei giuristi continentali, e questo nonostante la macchia rappresentata dalla tortura giudiziaria ed altri aspetti negativi dello scenario in cui operavano.

La tendenza a esagerare le gesta degli inglesi emerge già con riguardo all’origine del giusto processo. Si dice spesso che il diritto ad un processo equo sia stato riconosciuto per la prima volta dalla Magna Carta emanata dal re Giovanni nell’Inghilterra del XIII secolo. Ora, è vero che la Carta conteneva la dichiarazione per cui il re “non perseguirà un uomo libero senza un giudizio legale”, un’affermazione che si è dimostrata molto importante nelle epoche successive. Ma l’affermazione in se stessa difficilmente può essere considerata una novità: già nel XII secolo, molti autorevoli giuristi canonisti scrivevano che il procedimento giudiziario rappresentava un prerequisito rispetto ad una legittima imposizione delle pene. Questa posizione fu poi adottata ufficialmente dalla Chiesa di Roma al suo quarto Concilio Lateranense,

<sup>47</sup> Cfr. M. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, CT, 1986, p. 83.

<sup>48</sup> E se ci si dovesse concentrare esclusivamente sulla comparazione della dottrina giuridica che si occupa dei temi connessi al diritto di difesa, l’Inghilterra farebbe senz’altro una brutta figura: mentre, infatti, gli scritti sul tema erano abbondanti nell’Europa continentale, essi erano pressoché inesistenti dall’altra parte della Manica.



svoltosi tra l'altro nello stesso anno (1215) in cui venne emanata la Magna Carta<sup>49</sup>.

Si prenda poi in considerazione l'affresco in via di sbiadimento della c.d. *self-informing jury* (giuria informata). Per almeno un secolo dopo la sua nascita avvenuta nel XIII secolo, la piccola giuria (*petty jury*) era composta da persone che acquisivano conoscenze pertinenti ai fatti del processo per conto proprio, al di fuori della corte: alcuni potevano essere stati testimoni dell'evento per cui si procedeva, altri potevano avere condotto le proprie indagini sul fatto, o potevano essere semplicemente venuti a conoscenza delle voci che circolavano all'interno della comunità. La funzione testimoniale e quella giudicante erano perciò inestricabilmente intrecciate e i verdetti si fondavano su una "conoscenza privata". Questa commistione dei ruoli processuali continuò per lungo tempo<sup>50</sup>. I processi non includevano la presentazione di prove a coloro i quali erano chiamati a decidere: i giurati si recavano semplicemente in tribunale per annunciare il loro verdetto, e il giudice itinerante di nomina regia ratificava la loro decisione e irrogava una pena. Questo modo di procedere era estraneo ai giudici romano-canonici fin dal XIII secolo: sia nella procedura di tipo accusatorio che in quella inquisitoria era severamente vietato loro decidere casi fondandosi su informazioni acquisite al di fuori della corte<sup>51</sup>. I processi tenuti dinanzi alla "giuria informata" recano una somiglianza esclusivamente con i processi continentali per i c.d. "crimini notori", dove chi era oggetto di gravi e diffuse voci di coinvolgimento in attività criminali veniva semplicemente convocato in tribunale, dove il giudice procedeva alla pronuncia di una sentenza di condanna senza alcuna assunzione di prove<sup>52</sup>. Ma questo processo, inventato dai giuristi canonisti per le condotte manifestamente scandalose del clero, già nel XIII secolo era in seria ritirata dinanzi alla procedura inquisitoria ufficiale: i giudici che svolgevano le indagini pretendevano di avocare a sé sempre maggiori poteri al fine di stabilire in prima persona se le voci correnti tra il pubblico fossero tali da qualificare un determinato procedimento penale come "notorio".

A un certo punto nel corso del XV secolo i giurati cessarono in gran parte cessato

<sup>49</sup> Si dovrebbe anche tenere a mente che previsioni simili a quelle contenute nella Magna Carta possono essere altresì riscontrate in numerose altre "Carte dei diritti" del XII secolo. V. H. BERMAN, *Law and Revolution*, Cambridge, MA, 1983, p. 293.

<sup>50</sup> Ancora nel XV secolo Fortescue celebrava la giuria come organo superiore rispetto ai giudici continentali poiché i secondi decidevano i casi solo sulla base delle prove presentate in giudizio. Cfr. J. FORTESCUE, *De Laudibus Legum Angliae*, Cambridge, 1942, Cap. 26, p. 62. Due secoli più tardi, Matthew Hale continuava a difendere la fusione di queste due funzioni. V. M. HALE, *The History of the Common Law of England*, 6<sup>th</sup> ed., London, 1820, pp. 348, 353.

<sup>51</sup> V. K.W. NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit*, München, 1967, p. 30. L'entroterra teologico di questo divieto di conoscenza privata stato è recentemente esplorato da J.Q. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, New Haven, CT, 2008, pp. 107-114.

<sup>52</sup> Sui fondamentali teologici di questi riti 'informali', cfr. J.-PH. LEVY, *La Hiérarchie des preuves*, cit., nt. 22, p. 33.

di essere “auto-informati”, e la presentazione di aula di prove testimoniali alla giuria divenne un requisito essenziale nei processi penali inglesi. Non è ampiamente noto, tuttavia, che nei processi per reati gravi e per tradimento solo i testimoni dell'accusa erano ammessi a testimoniare sotto giuramento. Nella misura in cui erano ammessi, i testimoni di difesa potevano rendere soltanto dichiarazioni non giurate<sup>53</sup>. Sarebbe sbagliato credere che i testimoni dell'accusa che deponevano sotto giuramento fossero inconfutabili e che essi prevalessero pianamente sulle prove a discarico. Tuttavia, non c'è dubbio che l'asimmetria nei requisiti del giuramento forniva un notevole vantaggio all'accusa. Laddove un testimone del tutto irreprensibile per l'accusa giurava qualcosa sulla sua anima immortale, i giurati avevano poche ragioni – *ceteris paribus* – per dar credito alle testimonianze non giurate per la difesa. Questo regime unilaterale di assunzione della prova perdurò per i crimini più gravi fino ai primi anni del XVIII secolo. Nell'Europa continentale, nel frattempo, tutti i testimoni erano tenuti a prestare un giuramento promissorio di dire la verità, mentre, come abbiamo visto, il rifiuto di ammettere i testimoni della difesa costituiva una violazione di regole che si riteneva derivassero dal diritto naturale. Una dispensa dall'obbligo del giuramento era prevista solo come agevolazione per l'imputato: se sussisteva un impedimento per un suo testimone a prestare giuramento, il giudice poteva, a sua discrezione, accettare una testimonianza non giurata. Così, invece di un'asimmetria pregiudizievole per l'imputato, nel processo continentale si riscontrava un'asimmetria che andava invece a suo vantaggio.

L'unilateralità della giustizia penale inglese si estendeva anche alla fase antecedente al processo in senso stretto. Per un po' di tempo in Inghilterra ha continuato ad essere in uso la pratica medievale dell'esercizio dell'azione penale da parte dei cittadini (principalmente le vittime), così che nessun funzionario del governo era incaricato di raccogliere le prove per il processo. Un mutamento si è verificato solo verso la metà del XVI secolo, quando ai giudici di pace locali fu ordinato di interrogare e obbligare per vie legali i testimoni a rendere dichiarazioni al processo. Ma essi esaminavano e facevano trascrivere solo le dichiarazioni rese dall'imputato e dai testimoni dell'accusa. I testimoni che si presentavano per provare l'innocenza dell'imputato non venivano esaminati<sup>54</sup>. Un'ulteriore difficoltà per l'imputato nella fase antecedente al processo vero e proprio era rappresentata dal fatto che la *common law* proibiva che egli ricevesse copia del rinvio a giudizio che specificava le

<sup>53</sup> Alcuni sostengono che nei processi per i delitti maggiormente gravi e per tradimento il ricorso ai testimoni della difesa non sia stato consentito fin quasi al termine del XVII secolo. V. G. FISHER, *The Jury's Rise as Lie Detector*, in 107 *Yale L.J.*, 1997, pp. 583, 603-604. Ma questa interpretazione è supportata solo da prove relative ai processi per tradimento, dove essere un testimone della difesa poteva essere pericoloso poiché il testimone avrebbe in pratica depresso contro il re.

<sup>54</sup> Per una ricostruzione cinquecentesca di questa pratica, cfr. T. SMITH, *De Republica Anglorum*, (1583), Lib. 2, cap. 20, L. Alston (ed.), Cambridge, 1906.

accuse a suo carico<sup>55</sup>. Questo costituiva un serio handicap, specialmente perché i processi erano di breve durata e si svolgevano nell'arco di una sola giornata. Questo sistema è perdurato per gran parte del XVIII secolo, vale a dire fin quasi alla fine del periodo a cui questo saggio rivolge la sua attenzione. Vale ancora una volta la pena sottolineare il contrasto con il modello continentale. Il processo inquisitorio era strutturato come una sequenza di attività ufficiali nel corso della quale, come già accennato, i testimoni a discarico dovevano essere sentiti, e all'imputato doveva essere data l'opportunità di prendere conoscenza delle accuse, così come pure di tutto il materiale probatorio a suo carico. Sotto pena di nullità, questi due requisiti dovevano essere soddisfatti prima che il giudice potesse emanare un ordine di tortura legittimo.

Forse l'elemento maggiormente rivelatore del fatto che le garanzie procedurali essenziali tardavano a giungere in Inghilterra risiede nella circostanza che i difensori non furono ammessi a partecipare e svolgere il loro ufficio nei processi per i reati di maggiore gravità fino alla metà del XVIII secolo. Anche in seguito per un certo periodo non era consentito loro di fare osservazioni in merito alle prove o svolgere la requisitoria difensiva: essi potevano esclusivamente interrogare e contro-esaminare i testimoni<sup>56</sup>. A questo proposito, la giustizia continentale era ancora una volta più generosa. Contrariamente a quello che spesso si pensa, e nonostante le limitazioni imposte alla loro attività, gli *advocati* continentali non erano inutili per l'imputato come un pettine è per un calvo. Il *consilium* di Farinacci dimostrerà a breve che almeno in alcuni territori di *ancien régime* abili avvocati erano in grado di influenzare il corso del procedimento.

Non si può negare, certamente, che l'impiego autorizzato della tortura giudiziaria nel processo inquisitorio oscuri e faccia perdere in rilevanza a tutti questi vantaggi dell'antica giustizia penale continentale osservati in prospettiva comparata. In Inghilterra il ricorso alla coercizione per ottenere le prove rimase una pratica rara riservata alle più alte corti reali nel corso dei secoli XVI e XVII, utilizzata principalmente per scoprire i complici dei reati politici o contro lo Stato<sup>57</sup>. Sarebbe però sbagliato attribuire questa differenza alla forte avversione della società inglese per l'infliczione di dolore nei confronti dei presunti criminali. Una crudeltà paragonabile a quella dell'antica giustizia penale continentale si riscontrava in Inghilterra non solo nell'applicazione della pena capitale, ma anche nelle prime fasi del processo penale. Si consideri che fino al XVIII secolo il rifiuto da parte dell'imputato di dichiararsi colpevole o innocente impediva lo svolgimento del processo, e che venne

<sup>55</sup> Cfr. J. LANGBEIN, *The Privilege and Common Law Procedure: the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, in R.H. Helmholz et al. (eds.), *The Privilege against Self-Incrimination*, cit., nt. 15, p. 90.

<sup>56</sup> Cfr. J.H. LANGBEIN, *History of The Common Law*, New York, 2009, pp. 690-692.

<sup>57</sup> Cfr. J.H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof*, Chicago, IL, 1976, pp. 81-134. Più recentemente, v. anche J. HEATH, *Torture and English Law*, Westport, CT, 1982, pp. 58-160.

ideata una crudele forma di tortura al fine di costringerlo a rispondere all'accusa. Essa consisteva nel porre pietre via via più pesanti sul corpo dell'imputato fino a quando questi non era disposto a dichiararsi colpevole o innocente. Nonostante questi tormenti, alcuni degli imputati sceglievano di essere schiacciati a morte, poiché potevano evitare la confisca del loro patrimonio e alcune altre conseguenze collaterali della condanna restando "muti"<sup>58</sup>.

Si pensi poi che la giuria inglese era vincolata ad uno standard di sufficienza della prova rigoroso quanto quello di molti suoi corrispondenti continentali, cosicché le condanne per i crimini più gravi non potevano essere ottenute senza la testimonianza di due testimoni oculari irreprensibili o la confessione dell'imputato. Bramosi di prove giuridicamente adeguate tanto quanto i giudici continentali, non è probabile che, dato lo spirito dei tempi, anche i giudici inglesi facessero propri i metodi coercitivi al fine di estorcere ammissioni di colpevolezza da imputati riluttanti? Dato il minor dettaglio della disciplina legislativa nell'antica procedura penale inglese, e soprattutto data la sua maggiore dipendenza da funzionari non professionali, non è inoltre probabile che questi metodi siano stati utilizzati in modo più arbitrario rispetto all'Europa continentale? Un accenno a questa possibilità può essere ricavato dai rilievi compiuti da un osservatore del XVII secolo in relazione alla tortura per come essa veniva amministrata dalle autorità reali inglesi nel corso della sua vita. "In altri Paesi", ha scritto, "[la tortura] è utilizzata nell'esercizio della giurisdizione in presenza di una *semi-plena probatio*. Ma qui in Inghilterra, prendono un uomo e lo torturano non so perché, né quando, non nell'esercizio della giurisdizione, ma quando qualcuno la dispone"<sup>59</sup>.

Sia come sia, resta il fatto che la macchia della tortura giudiziaria come sistematico istituto processuale imbratta solo la giustizia penale continentale. Si osservi, tuttavia, la sottile ironia. Responsabile di questa macchia è stato in parte uno standard di sufficienza probatoria spintosi troppo in là nell'inibire l'allora esistente *cupiditas puniendi*. In altre parole, parte della colpa per la macchia si fonda su di una tutela procedurale eccessivamente esigente.

<sup>58</sup> Su questa "*peine forte et dure*", v. J. BRADLEY THAYER, *A preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, vol. 1, Boston, 1898, pp. 297-300. Forme di violenza consimili alla tortura possono essere state utilizzate sporadicamente anche nelle "investigazioni private" allo scopo di ottenere prove incriminanti – soprattutto se chi era sospettato di avere commesso il reato apparteneva alle classi inferiori. Il Tom Jones di Fielding ci ricorda questa possibilità. V. H. FIELDING, *The History of Tom Jones, a Foundling* (1749), New York, 1940, pp. 79-80. In sede di *pretrial* (fase predibattimentale) il giudice chiedeva all'imputato se intendeva dichiararsi colpevole (*to plead guilty*) o non colpevole (*to plead not guilty*) (N.d.T.).

<sup>59</sup> J. SELDEN, *Table Talk*, London, 1927, p. 133.

#### D. L'impatto dei requisiti del giusto processo

Se le più risalenti disposizioni continentali in materia di garanzie procedurali meritano un trattamento maggiormente benevolo, si pone la questione se esse fossero rilevanti nella pratica quotidiana del diritto. Nel contesto autoritario degli apparati giudiziari continentali, tali garanzie avrebbero potuto facilmente rimanere un impegno meramente retorico o una garanzia esistente solo su pergamena. Sarebbe abbastanza sorprendente, tuttavia, se l'osservanza di queste disposizioni non fosse variata da giurisdizione a giurisdizione e nel corso del tempo. Non solo si sono verificati numerosi cambiamenti nelle credenze condivise e nelle istituzioni politiche tra la fine del Medioevo e il periodo in cui sono calate le tenebre sull'*ancien régime*, ma tra le giurisdizioni continentali sussistevano differenze significative anche rispetto alla loro deferenza all'autorità dottrinale e ad altre fonti del diritto<sup>60</sup>. Senza studi archivistici idonei, poco può essere detto su questo argomento con certezza assoluta. Ciò nonostante, dissertando in assenza di prove chiare, appare probabile che il grado di rispetto delle garanzie difensive fosse ovunque sensibile sia alla percepita gravità del reato che alla posizione nella gerarchia sociale dell'imputato.

Laddove il reato non era visto come una grave minaccia per l'ordine costituito e l'imputato era una persona con una buona posizione sociale, le disposizioni dedicate alla *defensio* dovevano produrre più di un semplice effetto platonico, almeno in alcuni tribunali. È anche in questo contesto che i giudici avevano ragione di preoccuparsi di possibili responsabilità per aver trascurato le regole strutturate per tutelare gli interessi della difesa<sup>61</sup>. Ed è sempre in questo scenario che anche le reazioni popolari ostili ad un eccessivo ricorso alla tortura non potevano essere trascurate. Secondo l'importante aneddoto riferito da una storica, Bartolo da

<sup>60</sup> Si osservi, per inciso, che anche i meccanismi per il riesame delle decisioni variavano. Anche se si è spesso detto fosse richiesto dal diritto naturale, un grado di appello non era presente in tutte le giurisdizioni continentali. Esso era stabilmente previsto in modo particolare in Francia. Nelle città-stato italiane, dove non erano presenti corti d'appello, il compito di stabilire se i giudici avessero correttamente esercitato le loro funzioni era attribuito a speciali organismi giudiziari. La loro competenza comprendeva i casi relativi alla responsabilità connessa all'indebita inflizione della tortura. V. W. ENGELMANN, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien Durch Die Wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938, pp. 514-583.

<sup>61</sup> Il trattato di Farinacci contiene una lunga discussione circa la possibilità di imporre la pena capitale nei confronti dei giudici che violano deliberatamente le norme che regolano l'inflizione della tortura. V. P. FARINACCI, *Praxis et Theorica Criminalis*, Pars I, Tomus II, Tit. V, nn. 112-123 (Cardon, Lungduni 1634). Per un'interessante decisione del XVII secolo resa dalla Suprema Corte della Sassonia sulla responsabilità dei giudici per l'inflizione della tortura, cfr. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 127, n. 18. Anche la procedura "*in syndicatu*" attuata da speciali corti nelle città-stato italiane ci fornisce esempi rivelatori in materia di responsabilità dei giudici: v. W. ENGELMANN, *op. loc. cit.* Uno storico del diritto ha recentemente contestato l'opinione diffusa secondo cui le disposizioni che regolavano la tortura non erano generalmente osservate nella prassi: cfr. K. PENNINGTON, *Torture and Fear: Enemies of Justice*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 2008, pp. 227-29.

Sassoferrato – il santo patrono degli avvocati romano-canonici per almeno due secoli – dovette saltare fuori da una finestra per sfuggire a una folla infuriata dal suo ordine di tortura che aveva provocato la morte dell'imputato<sup>62</sup>.

Nel perseguimento dei reati che più minacciavano l'ordine costituito, tuttavia, il paesaggio del diritto si oscurava. Persino l'osservanza delle regole che si credeva discendessero da una legge superiore divenne incerta quando forti istanze di controllo del crimine fecero drammatiche irruzioni sul terreno delle garanzie difensive. Fin dal XIII secolo la dottrina si è evoluta nel senso di ritenere che l'ordine processuale stabilito dalla legge potesse essere violato in ragione dell'estrema gravità del reato (*propter enormitatem delicti licitum est iura transgredi*)<sup>63</sup>. Originariamente, questa esenzione dal regime ordinario era applicata solo al tradimento (*crimen laesae maiestatis*) e all'eresia (*crimen laesae maiestatis divinæ*), ma ben presto arrivò a comprendere la simonia e la stregoneria, estendendosi infine a tutti i reati per i quali era prevista la pena di morte aggravata da altri tormenti nella sua esecuzione (*crimina atrocissima*)<sup>64</sup>. Le corti che seguivano tale dottrina ammettevano, ad esempio, che la tortura fosse disposta sulla base di elementi inferiori rispetto ad "indicazioni indubitabili", o che i tormenti fossero resi più severi e la loro ripetizione più facile rispetto a quanto avveniva nei processi ordinari. Scrivendo nel XVI secolo, Jean Bodin ha affermato che la stregoneria era così grave e così difficile da scoprire utilizzando i normali metodi di prova "che una voce corrente tra il pubblico poteva di per sé essere quasi infallibile" e sufficiente per far sottoporre una persona alla tortura<sup>65</sup>.

Questa perniciosa dottrina non rimase incontestata, specialmente con riferimento a forme di giustizia che si riteneva avessero la loro origine nel diritto naturale<sup>66</sup>. Ora illustreremo il dibattito conseguente e le disposizioni normative rilevanti analizzando un parere redatto in un processo italiano del XVI secolo dal celebre Prospero Farinacci.

<sup>62</sup> Cfr. S. LEPSIUS, *Von Zweifeln zur Überzeugung*, Frankfurt am Main, 2003, pp. 13-14.

<sup>63</sup> Questa dottrina ha continuato a essere invocata nell'Europa continentale fino alla fine del XVIII secolo. Per riferimenti storici a questa dottrina elaborata sulla base di un testo di Papa Innocenzo IV, v. M. SCHMOECKEL, *Humanität und Staatsraison*, cit., nt. 40, pp. 276-277.

<sup>64</sup> Sulla distinzione riscontrata nelle fonti del diritto italiane e tedesche tra reati per cui era prevista la pena di morte inflitta con modalità particolarmente efferate e dolorose (*crimina atrocissima*) e quelli per i quali era prevista la medesima pena ma non aggravata da altri supplizi ("*crimina atrocità*"), v. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 102, nn. 62 ae 63. Per l'ulteriore distinzione tra "*crimina atrocità*" e "*crimina atrociora*", v. JULIUS CLARUS, *Sententiarum receptorum liber quintus*, par. primus, vers. Sunt Etiam (Venetiis 1568).

<sup>65</sup> J. BODIN, *De la démonomanie des sorciers*, Paris, 1580, p. 198.

<sup>66</sup> Per la critica di tale dottrina da parte di Ippolito Marsili da Bologna (1450-1529), cfr. G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena*, Napoli, 1979, p. 76. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 102, n. 68) fa riferimento alla controversia sviluppatasi con riferimento a tale teoria. La posizione di Farinacci sul punto sarà descritta a breve.



### III. *Il consilium di Farinacci*<sup>67</sup>

#### A. *I fatti del caso*

Un certo Biffio, un vagabondo di Milano, viene arrestato a Torino con il sospetto di mantenersi con lo svolgimento di attività criminose. A malapena sottoposto al grado più mite di tortura, egli rivela che un plebeo chiamato Curtes gli aveva chiesto di uccidere un nobile di nome Luigi Valpergi per conto di un nobiluomo milanese, Guido di San Giorgio, ma che egli, Biffio, aveva rifiutato di farlo. La sua testimonianza porta all'arresto di Curtes, un uomo dalla cattiva reputazione che era stato bandito da Milano e ora risiedeva a Torino, vivendo nel lusso pur senza apparenti mezzi di sostentamento. Curtes ammette di appartenere alla cerchia di Guido a Milano, ma nega ogni suo coinvolgimento nel piano omicidiario. Dopo essere stato sottoposto al grado più intenso di tortura, egli continua a protestare la propria innocenza. Tuttavia, torturato nuovamente dopo due giorni e sottoposto a confronto con Biffio, Curtes confessa infine di aver ricevuto denaro da Guido per organizzare l'omicidio di Luigi e di aver invano cercato di persuadere Biffio a perpetrare il crimine.

Sulla base di questa confessione, un giudice locale apre un'inchiesta penale contro Guido. Convocato a Torino, egli si presenta in tribunale e nega il piano dell'assassinio. Egli ammette solo di aver dato a Curtes una considerevole somma di denaro, sostenendo che fosse un regalo per servizi resi in passato. Il giudice allora rinnova l'interrogatorio di Biffio e Curtes alla presenza di Guido<sup>68</sup>. Dopo che essi hanno nuovamente reso le rispettive confessioni, il giudice porta a termine la "parte offensiva" dell'inchiesta, imputando a Guido il reato capitale di assassinio<sup>69</sup>.

Nella "parte difensiva" dell'indagine, sorge la questione relativa alla sufficienza delle prove raccolte per giustificare l'ordine da parte del giudice di sottoporre Guido alla tortura. Gli elementi a suo carico sono notevoli. Egli è chiamato in causa non solo dalla confessione di Curtes, corroborata da quella di Biffio, ma anche da prove circostanziali relative al movente. Diversi testimoni hanno infatti testimoniato in merito a voci circolate durante una recente campagna militare in base alle quali Guido aveva elaborato un piano per uccidere Luigi. Inoltre, il governatore di

<sup>67</sup> Il testo di questo *consilium* è riportato in P. FARINACCI, *Consilia sive responsa*, cit., nt. 22, *consilium* 99, pp. 483-491. Da qui in avanti faremo riferimento al testo del *consilium* solo attraverso la sua numerazione.

<sup>68</sup> Sulla disciplina riguardante il riesame dei testimoni a carico alla presenza dell'imputato, v. *supra* nt. 22.

<sup>69</sup> L'assassinio era all'epoca definito come un omicidio commesso dietro al pagamento di una somma di denaro. La definizione comprendeva sia la condotta di colui che materialmente commetteva l'omicidio sia la condotta del mandante, ma quest'ultima era considerata più grave. Dal testo edito del *consilium* oggetto della nostra analisi non emerge con chiarezza chi abbia materialmente ucciso Luigi.

Torino aveva comunicato al giudice di aver ricevuto lettere da “persone affidabili” che lo informavano dei piani omicidiari orditi da Guido. C’era anche la prova del trasferimento di denaro da Guido a Curtes. Eppure, non importa quanto gravoso questo quadro probatorio potesse essere, il giudice lo riteneva ancora insufficiente per una condanna. Disporre la tortura nel tentativo di ottenere una confessione gli appariva l’unico modo per condannare Guido per reato capitale.

A propria difesa, Guido sostiene che le confessioni di Biffio e Curtes non potevano giustificare un ordine di tortura in quanto derivate da interrogatori coercitivi condotti senza gli *indicia* legalmente richiesti. Il funzionario che rappresentava l’interesse pubblico – che da qui in avanti chiameremo *Fiscus* – non contesta l’assenza degli indizi normalmente richiesti, ma sostiene che essi in questo caso non fossero necessari. Tra i vari argomenti che egli adduce, quelli che seguono meritano la nostra attenzione. Il primo argomento poggia sul fatto che il reato contestato sia “atroce” e che in questa ipotesi non sia necessario applicare le disposizioni procedurali ordinarie. Abbiamo visto come questa regola fosse spesso invocata nei tribunali di *ancien régime*. Il suo secondo argomento concerne il fatto che il crimine sia difficile da provare e che dunque la tortura possa essere disposta sulla base di indizi altrimenti insufficienti. Sorta nell’ambito dei processi per eresia, questa regola era parimenti frequentemente utilizzata nei tribunali dell’Europa continentale a quel tempo. Il terzo argomento del *Fiscus* si fonda sul fatto che Biffio e Curtes siano persone dalla cattiva reputazione, banditi dalle comunità in cui avevano vissuto, e che individui di questo genere possono essere legalmente torturati senza la necessità delle prove normalmente richieste. Il suo ultimo argomento si riferisce al fatto che il governatore di Torino abbia chiesto che Biffio e Curtes fossero sottoposti alla tortura. Essendo la massima autorità della città, argomenta il *Fiscus*, il governatore ha il potere di decidere i casi “secondo coscienza” piuttosto che secondo le normali regole procedurali. E richiedendo che Biffio e Curtes fossero torturati, il governatore delegava questo potere al giudice, al quale, a sua volta, era consentito emettere ordini di tortura senza le prove altrimenti necessarie. Tutto ciò considerato, conclude il *Fiscus*, le due confessioni unite alle prove indiziarie forniscono un sostegno sufficiente per la sottoposizione di Guido all’interrogatorio sotto tortura.

Entra a questo punto in scena Farinacci, al quale viene chiesto di presentare un *consilium iudiciale* sulla questione del se la tortura disposta sulla base delle prove raccolte nel corso dell’inchiesta sia o meno legittima.

### B. *L’invalidità della confessione di Biffio*

Farinacci esamina in primo luogo la validità della confessione ottenuta da Biffio. Il *Fiscus* è in errore, scrive, quando sostiene che nel caso di crimini atroci un mero sospetto sarebbe sufficiente per l’emanazione di un ordine di tortura legitti-

mo: anche in un simile caso i giudici non sono autorizzati a sottoporre a tormenti gli imputati senza aver previamente raccolto indizi “indubitabili”. Gli indizi sono indubitabili, prosegue, se sono così convincenti da rendere “un caso così chiaro agli occhi del giudice che egli non può credere il contrario”<sup>70</sup>. Nel menzionare la “credenza”, Farinacci sembra aderire all’interpretazione secondo cui giudici devono essere convinti della colpevolezza degli imputati prima di ordinare che essi siano sottoposti all’interrogatorio doloroso<sup>71</sup>. Questo standard, scrive, deve essere osservato anche dai magistrati che dispongono di una discrezionalità piena (*arbitrium absolutum*): anche ad essi è vietato ordinare la tortura senza prima aver raccolto le prove a carico richieste dalla legge<sup>72</sup>. Il *Fiscus* è altresì in errore, prosegue Farinacci, nel sostenere che la tortura possa essere ordinata sulla base di un mero sospetto quando si tratti di crimini difficili da dimostrare (*crimina occulta*). Nei processi per tali reati lo standard di sufficienza probatoria è sì in qualche modo attenuato, ma le prove devono comunque essere così evidenti che “si possa a malapena negare il crimine”<sup>73</sup>. Anche questo standard attenuato, egli sostiene, non è stato raggiunto nel caso di Biffio. Nè il fatto che Biffio sia un vagabondo bandito da Milano giustifica un ordine di tortura basato su di un mero sospetto. Anche se la sua cattiva reputazione e la sua propensione al crimine fossero state pienamente dimostrate – *quid non* – torturarlo senza sufficienti indizi rappresenterebbe comunque una violazione della legge<sup>74</sup>.

Nell’affrontare il problema delle interferenze governative nel processo in cor-

<sup>70</sup> “*Nec dicitur indubitatum indicia nisi fuerit tale ex quo ita res apud oculos iudicis clara reddatur, ut contrarium credi non possit*”, n. 30. V. anche P. FARINACCI, *Praxis et Theorica Criminalis*, cit., Pars I, Liber II, tit. V, qu. 36, n. 36.

<sup>71</sup> L’insistenza sull’interpretazione “soggettivista” degli *indicia indubitata* è percepibile anche nella definizione di Carpzov. Secondo lui, indubitabili sono gli indizi in grado di “persuadere completamente, ma non di provare completamente” (*apta ad plene persuadendum, licet non plene probandum*). V. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 120, n. 13. Una componente soggettiva fu introdotta già nel XIV secolo da Baldo degli Ubaldi. A suo parere, un indizio era indubitabile (o “pieno”) se era in grado di indurre una tranquillità nell’organo chiamato ad accertare il fatto tale che questi non avvertisse alcuna necessità di indagare ulteriormente in merito alla questione (*Indicium indubitatum est demonstratio rei per signa differentia, per quae animus in aliquot tanquam existente quiescit et plus investigare non curat*), cit. in J. MENOCHIO, *De praesumptionibus*, cit., nt. 32, Liber I, qu. 7, n. 15. Per una rinnovata attenzione in chiave moderna alla “tranquillità” quale elemento cruciale del processo decisionale in sede processuale, v. R. WEIMAR, *Psychologische Strukturen Richterlicher Entscheidung*, Bern, 1969, pp. 46-47.

<sup>72</sup> N. 27. V. anche *infra* nt. 74.

<sup>73</sup> “*Indicia debent esse certa et talia ut vix possit denegari delictu*”, n. 31.

<sup>74</sup> Nn. 35-37. In un altro *consilium*, Farinacci scrive che le persone appartenenti a classi sociali inferiori e con una cattiva reputazione possono essere sottoposte a tortura senza gli indizi normalmente richiesti, ma solo se si tratta di delinquenti bollati dalla “*publica fama*”, oppure in situazioni eccezionali, come ad esempio quella in cui vi sia il timore di un “*populi tumultus*”. V. P. FARINACCI, *Responsorum criminalium*, cit., nt. 25, *consilium* 103, nn. 5-8.

so, Farinacci sceglie di non contestare direttamente l'ordine del Governatore. La formulazione dell'ordine non è chiara, scrive invece, ed esistono buone ragioni per dubitare che il Governatore intendesse violare la legge autorizzando la tortura in assenza degli indizi necessari. Il suo ordine dovrebbe essere inteso come se contenesse solo l'autorizzazione a privare Biffio delle garanzie difensive "non sostanziali" previste dal diritto positivo (continentale), piuttosto che nel senso di privarlo anche di importanti garanzie difensive imposte dal diritto naturale – a cui appartiene il requisito degli indizi sufficienti per la sottoposizione alla tortura<sup>75</sup>. Le garanzie difensive basate sul diritto naturale non possono essere negare agli imputati, afferma, neppure dalle più alte autorità terrene<sup>76</sup>.

Egli contesta inoltre la tesi del *Fiscus* secondo cui le lettere scritte da rispettabili cittadini possono essere utilizzato come sostegno probatorio per l'ordine di tortura. Le lettere non erano formalmente inserite nel fascicolo e costituivano informazioni extragiudiziali. Questo precludeva il loro utilizzo come materiale probatorio all'interno del processo. Secondo una massima secolare, i giudici possono decidere solo sulla base di quanto viene dedotto e dimostrato in tribunale. Anche se le lettere in questione fossero state incorporate nel fascicolo del processo, esse continuerebbero a non poter essere considerate come prova valida: chi le ha scritte, infatti, non ha prestato giuramento, ed ha fornito informazioni incriminanti prima che l'imputato fosse convocato in tribunale e nella posizione di presentare le proprie difese. Questo viola il requisito in base al quale gli imputati debbono essere convocati ("citati") in tribunale prima che i testimoni possano (formalmente) testimoniare contro di loro<sup>77</sup>.

### C. L'invalidità della confessione di Curtes

Dopo aver concluso che la confessione di Biffio è stata ottenuta in violazione della legge, Farinacci rivolge la sua attenzione alle questioni sollevate dalla tortura di Curtes. Visto che la confessione di Biffio è stata ottenuta illegalmente, egli sostiene, essa dovrebbe essere ritenuta nulla e non può essere utilizzata quale indizio a sostegno della tortura di Curtes<sup>78</sup>. L'argomentazione da lui proposta in base alla

<sup>75</sup> "Eius [i.e., del Governatore] *mandatum intelligendum est de defensione civili, non autem de naturali, item de levi et frivola defensiones, non autem de substantiali*", n. 38.

<sup>76</sup> Nn. 40-41. In un altro *consilium* Farinacci insiste sul fatto che perfino il Papa e l'Imperatore siano vincolati all'osservanza delle garanzie difensive fondate sul diritto naturale. V. P. FARINACCI, *Responsorum criminalium*, cit., nt. 25, *consilium* 85, nn. 19 e 25.

<sup>77</sup> Nn. 42-43.

<sup>78</sup> "*Dato etiam quod ex depositione Biffij contra Curtem oriretur indicium ad torturam: hoc tamen intelligi debet, quando ipse Biffius fuisset legitime et praecedentibus indicibus tortus: sed cum, ut supra late demonstram, appareat non legitime et sine praecedentibus indicibus tortum fuisse, sequitur quod talis confessio, nec sibi nec Curti per ipsum nominato nocere potest*", n. 46.

quale le prove ottenute illegalmente sono invalide, era avanzata sporadicamente vista la giovane età del processo inquisitorio, e rappresentava all'epoca quasi una novità<sup>79</sup>. Si osservi, tuttavia, che egli insiste non solo sul rifiuto di prove fondamentali illegalmente ottenute (la confessione di Biffio), ma anche sul rifiuto delle prove da queste derivate (la confessione di Curtes). Anche questo più ampio effetto preclusivo rispetto all'utilizzo di tali prove non era un mero "scherzo di fantasia" di questo ingegnoso avvocato: vi erano testi molto influenti a sostegno di tale tesi estensiva, tra cui la sempre autorevole *Pastoralis Cura* del XIV secolo. In un altro *consilium*, Farinacci aveva esplicitamente fatto riferimento a questa costituzione papale nel sostenere che tutti i passaggi procedurali adottati a seguito della negazione delle garanzie difensive fossero nulli<sup>80</sup>. Da esperto difensore qual era, egli era certamente a conoscenza di quali argomentazioni potevano essere avanzate con sicurezza in tribunale con almeno qualche possibilità di accoglimento.

Pur nella stranezza della cosa, dunque, le nostre disposizioni contemporanee che impongono il rifiuto delle prove illegali hanno un insospettato precursore nel processo inquisitorio di *ancien régime*. Ma la cosa più sorprendente di questa disciplina legislativa sta nel fatto che essa contemplava il divieto di utilizzo delle prove derivate da quelle ottenute illegalmente. Al fine di cogliere quanto fosse rilevante tale disposizione, si consideri che il divieto di utilizzo dei "frutti dell'albero velenoso" ad oggi non è ancora stato sancito in modo netto nel diritto processuale penale di tutti gli Stati liberal-democratici. Naturalmente, sarebbe ingenuo pensare che tale rigoroso approccio rispetto alle confessioni illecitamente ottenute fosse attuato con regolarità nei tribunali di *ancien régime*, specialmente nei casi riguardanti imputati appartenenti alle classi inferiori come Biffio e Curtes, o nei processi per crimini che minacciavano seriamente l'ordine costituito. Tuttavia il parere di Farinacci dimostra come gli argomenti che sostenevano il rifiuto delle prove derivanti da confessioni illegalmente ottenute, almeno in alcuni tribunali del vecchio ordine, non fossero oltre il limite – e neppure agli estremi confini – delle tesi difensive accettabili, e in alcuni casi essi potrebbero aver fatto la differenza.

Ma torniamo alla confessione di Curtes. Farinacci elenca numerose ragioni

<sup>79</sup> Alberto da Gandino sosteneva questa interpretazione fin dal XIII secolo. V. H.U. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., nt. 5, vol. 2, p. 167.

<sup>80</sup> "*Omnia gesta post denegatas defensiones sunt ipso facto nulla ad tex. Expressum in Clem. Pastoralis in fine et ibi Gloss. et communiter omnes Canonistae desent.*" P. FARINACCI, *Responsorum criminalium*, cit., nt. 25, *consilium* 161, n. 24. Nel secolo successivo, Carpov sostenne con la sua grande autorevolezza questo ampio effetto preclusivo anche per quanto riguarda i reati più gravi ("*Nullitas ex defectu indiciorum promanans, omnia acta post facta pariter inficiat, nullaque reddat, etiamsi de crimine excepto ageretur*"): v. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 108, n. 45. Per alcuni esempi di approcci meno restrittivi in tema di prove impropriamente ottenute, ma con una chiara enfasi sui processi civili, v. S. VANTIUS, *Tractatus de nullitatibus processuum ac sententiarum*, Venetiis, 1554, n. 38.

per sostenerne l'invalidità, diverse rispetto a quelle che abbiamo appena discusso. Prominente fra esse è l'obiezione concernente la modalità con cui Curtes è stato torturato. La tortura era consistita nel sollevarlo ripetutamente in aria con le mani legate dietro la schiena, per poi improvvisamente farlo cadere parzialmente verso il suolo, in modo che fosse dilaniato dall'improvviso strattone. Questo livello finale di tortura ("*tortura cum pluribus squassis*"), sottolinea Farinacci, è stato raramente utilizzato in Italia anche nelle indagini relative ai crimini più gravi, e l'eccezionale severità del tormento è aggravata dalla ripetizione della medesima modalità di tortura dopo due giorni.

La ripetizione della tortura, prosegue, ha reso la confessione che ne è seguita equivalente a una confessione ottenuta mediante minacce illegali. Effettuare questo parallelo con le minacce illegali era importante per lui, perché faceva riferimento all'autorità dottrinale diffusa con lo specifico scopo di sostenere che una confessione ottenuta mediante minacce illegali non poteva "danneggiare né colui che confessava, né chiunque altro"<sup>81</sup>. Questo può sembrare strano a coloro che hanno familiarità con la regola standard del processo inquisitorio in base a cui gli imputati *devono* essere minacciati di essere sottoposti a tortura prima che questa venga effettivamente messa in pratica. Il fondamento di questa regola ("*territio*") sta nel fatto che le minacce dei tormenti imminenti sono in grado di indurre gli imputati a confessare senza il bisogno di doverli poi effettivamente torturare. Ma queste minacce ammissibili presupponevano che il giudice avesse raccolto indizi sufficienti per poter poi emanare un legittimo ordine di tortura. Poiché Farinacci sosteneva che questo requisito non fosse stato soddisfatto, egli poteva sostenere in modo credibile che la semplice prospettazione della rinnovazione della tortura costituisca una minaccia illecita. Farinacci contesta inoltre l'affermazione del *Fiscus* in base alla quale la ripetizione della tortura fosse legittima, dal momento che la decisione di rinnovarla era questione concernente la discrezionalità del giudice. La discrezionalità non è assoluta, protesta Farinacci: la legge richiede che gli indizi a sostegno della rinnovazione della tortura siano i "più urgenti" e consistano in nuove prove volte a sostituire quelle "espiate" attraverso i tormenti precedenti<sup>82</sup>. Nessun di questi requisiti, sostiene Farinacci, è stato soddisfatto nel caso di Curtes.

#### D. La legittimità della sottoposizione di Guido alla tortura

Dopo aver concluso la valutazione delle confessioni di Biffio e Curtes, Farinacci giunge a trattare la questione a cui il suo *consilium* intende rispondere: può essere

<sup>81</sup> "*Communiter receptum est a Doctoribus quod confessio metu tormentorum extorta, etiam millis ratificata et geminata, nec confitenti, nec aliis nocet*", n. 56.

<sup>82</sup> Nn. 58-59.



disposto nei confronti di Guido un legittimo ordine di tortura? Farinacci esordisce ammettendo che se i dolorosi interrogatori di Biffio e Curtes fossero stati effettuati in base alla corretta procedura, e se non sussistesse alcuna obiezione alla loro credibilità, allora le loro confessioni – unite a prove corroborative<sup>83</sup> – sarebbero state sufficienti per disporre un legittimo ordine di tortura. A suo parere, tuttavia, nessuna di queste condizioni è stata soddisfatta. In primo luogo, egli affronta il tema della legalità delle confessioni, concentrandosi su quella ottenuta da Curtes che, come abbiamo appena visto, ritiene equivalere ad una confessione estorta per mezzo di minacce illecite. E nel ribadire che le confessioni ottenute in questo modo non possano “danneggiare né il colui che confessa, né altre persone”, Farinacci aggiunge che il divieto di conseguenze pregiudizievoli si applica anche laddove queste confessioni siano “altrove pienamente verificate”<sup>84</sup>.

Questo ulteriore rilievo può essere a pieno titolo considerato come il passaggio più importante del *consilium*. Esso, infatti, contraddice completamente la diffusa convinzione secondo cui il processo inquisitorio di *ancien régime* si caratterizzava per la ricerca della verità senza alcun ostacolo. In forza di questa convinzione, la ragione sottostante alla nullità delle prove ottenute in violazione del modello processuale inquisitorio (*ordo iudiciarius*) si riteneva risiedesse nella preoccupazione per cui le informazioni contaminate da un'impropria modalità di acquisizione vedevano compromessa la loro affidabilità. Ma se questa fosse la logica sottostante, allora confessioni ottenute illegalmente potevano essere utilizzate liberamente per giungere al giudizio finale qualora ne fosse stata provata l'accuratezza in un momento successivo al loro ottenimento. Nell'argomentare la necessità di rigettarle in quanto invalide anche nei casi in cui diano conto dei fatti in modo veritiero, Farinacci si dimostra perciò sensibile a valori chiaramente in contrasto con una ricerca di verità priva di vincoli e da ottenersi a qualunque costo. La violazione delle garanzie difensive fondate sul diritto naturale era a quanto sembra da lui – e dai giuristi che condividevano il suo pensiero – considerata così grave da giustificare anche il rifiuto di informazioni palesemente corrispondenti al vero. E considerando che la confessione giudiziale dell'imputato era all'epoca esaltata quale “la regina delle prove”, questo passaggio argomentativo di Farinacci suggerisce una disponibilità davvero sorprendente a sacrificare gli interessi connessi al controllo della criminalità, persino in un ripugnante caso di omicidio.

Tale argomento è solo un esercizio retorico senza alcun supporto o riscontro nella prassi giudiziaria? Per quanto riguarda alcuni Paesi e per alcuni periodi sto-

<sup>83</sup> Questi elementi di prova supplementare (*adminiculi*) erano necessari, perché la legge richiedeva che le confessioni dei complici fossero corroborate.

<sup>84</sup> “*Confessio metu tormentorum extorta, nihil operatur, confitentique aut tertio non nocet, etiam quod aliuque in totum verificetur per inspectiones oculorum, nedum alia verisimilia seu adminicula*”, n. 62.

rici, sono disponibili informazioni che dimostrano come gli ordini di tortura illegittimi fossero effettivamente annullati dai giudici<sup>85</sup>. Non è naturalmente dato sapere quante di esse fossero confessioni affidabili. Ma in considerazione della forte inclinazione delle autorità giudiziarie di *ancien régime* a evitare l'impunità (*ne crimina remaneant impunita*), è difficile credere che l'esclusione delle confessioni affidabili ma ottenute illegalmente costituisse per loro una pratica consueta. Anche oggi, dobbiamo ricordarlo, i tribunali di molti Paesi sono riluttanti nel respingere tali prove nei casi relativi a reati molto gravi<sup>86</sup>. Eppure, anche se le osservazioni di Farinacci si distaccavano grandemente dalla prassi giudiziaria all'epoca vigente, il fatto che egli abbia incluso tale argomentazione in un documento destinato a essere presentato alla corte suggerisce che le sue idee circa la rilevanza delle garanzie difensive erano entro i limiti delle argomentazioni giuridiche accettabili. Considerando la sua reputazione come "principe degli avvocati penalisti", le sue osservazioni possono ben aver avuto un certo peso nel processo di omicidio che vedeva imputato Guido.

Per sommo scrupolo, tuttavia, Farinacci non si limita a invocare solo la nullità delle confessioni di Biffio e Curtes; egli presenta anche alcune obiezioni indipendenti rispetto alla prima. Le prove che confermano le confessioni sono inutili, sostiene, perché "non si può aggiungere alcunchè a un qualcosa di nullo"<sup>87</sup>. E anche se tutte le sue argomentazioni relative all'invalidità delle confessioni fossero respinte, aggiunge, l'utilizzo delle confessioni medesime sarebbe erroneo a causa della loro discutibile accuratezza. Curtes è un "*criminosus ultra vilitatem*" e quanto ha detto non merita alcun credito, mentre la nobiltà di Guido milita contro il fatto che si sospetti di lui per la commissione del gravissimo reato del quale è accusato<sup>88</sup>. Dopo aver fatto queste valutazioni concernenti la credibilità personale, che rispecchiavano i pregiudizi sociali della sua epoca, Farinacci assicura la corte di aver dato conto della legge come meglio poteva e conclude il suo *consilium*.

<sup>85</sup> Vi è la prova che alcuni docenti di diritto chiamati a svolgere una funzione giudicante in alcuni territori tedeschi abbiano annullato delle decisioni dei giudici inquirenti. V. A. KOCH, *Denunciatio. Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstitut*, Frankfurt am Main, 2006, pp. 125-126. Queste decisioni comprendevano ordini di tortura provvisori.

<sup>86</sup> Questo è chiaramente visibile nei sistemi nei quali la decisione se rifiutare prove illegali dipende, *inter alia*, dal bilanciamento tra il grado dell'acquisizione illegale e la gravità del caso. V. M. DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven, CT, 1997, pp. 23-24.

<sup>87</sup> "*Quod nullum est adminiculari et adiudari non potest*", n. 61.

<sup>88</sup> Nn. 67-71. Va ricordato a questo proposito che la confessione ottenuta con la tortura doveva essere verificata quanto alla sua veridicità nella maggior parte delle giurisdizioni tedesche e italiane. V. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 126, nn. 12-16, con riferimento agli autorevoli giureconsulti italiani e alla *Constitutio Criminalis Carolina*.

IV. *Il peccato capitale delle antiche garanzie difensive*

Osservato dalla nostra visuale privilegiata, questo documento del XVI secolo ci colpisce per il suo essere allo stesso tempo attraente e spaventoso. Da un lato, esso dimostra come le garanzie difensive dell'antico processo inquisitorio non fossero una mera proposizione teorica, ma fossero invece talvolta invocate nelle aule giudiziarie. Considerata la tendenza fortemente repressiva dei tempi, il documento rivela altresì che alcune di queste garanzie sono state in grado di ostacolare il facile soddisfacimento delle richieste punitive. Si consideri che a Guido sono state notificate tutte le accuse, è stato messo a conoscenza di tutte le prove a carico, e gli è persino stato consentito di confrontarsi con i due principali testimoni contro di lui. La questione di vitale importanza del se dovesse essere sottoposto a tortura fu seriamente contestata. Un famoso avvocato ha sostenuto che un ordine di tortura sarebbe stato legittimo solo se le prove a carico avessero persuaso il giudice della responsabilità penale di Guido, in modo che – dalla prospettiva del giudice – il suo doloroso interrogatorio avrebbe rappresentato una punizione meritata. E l'avvocato ha anche ulteriormente sostenuto che gli elementi maggiormente convincenti delle prove a carico dovevano essere respinti in quanto ottenuti in violazione delle norme procedurali. È vero che, secondo il diritto allora vigente, Guido era obbligato a rispondere alle domande che gli venivano poste, e che un suo ostinato silenzio gli avrebbe fatto meritare una pena disciplinare<sup>89</sup>. Ma si deve tener presente che il dovere di parlare dell'imputato era ampiamente considerato alla stregua di un obbligo morale, e che alcune regole procedurali giustificate da questo dovere sono sopravvissute in numerose giurisdizioni continentali per larga parte del XX secolo<sup>90</sup>.

Dall'altro, il *consilium* procura anche una sensazione di spiacevole discriminazione nell'attuazione delle garanzie processuali. Per essere chiari, le garanzie processuali non erano l'unico aspetto della giustizia penale di *ancien régime* pervaso dal pregiudizio sociale. Questo si riscontrava apertamente, ad esempio, nell'esecuzione delle pene che riguardavano persone di elevato rango sociale, che erano sottoposte a sanzioni diverse rispetto a quelle sofferte dai soggetti di rango inferiore<sup>91</sup>. Tale pregiudizio permeava anche molti aspetti del diritto delle prove<sup>92</sup>. Ma sul ter-

<sup>89</sup> V. *supra*, nt. 16.

<sup>90</sup> Questo era quanto accadeva in alcuni cantoni svizzeri e in Austria. Non è molto noto il fatto che anche Beccaria, uno dei più noti critici della tortura impiegata per ottenere le confessioni, era favorevole all'inflizione di punizioni severe per il rifiuto da parte degli imputati di rispondere a domande poste loro dal giudice: v. C. BECCARIA, *Essay on Crimes and Punishments*. Cesare Beccaria (1764), London, 1801, p. 150.

<sup>91</sup> Cfr. J.Q. WHITMAN, *Harsh Justice*, Oxford-New York, 2003, pp. 101-107.

<sup>92</sup> Un esempio è la valutazione comparativa della credibilità di Guido e Curtes compiuta da Farinacci con cui egli conclude il suo *consilium*.

reno procedurale si rifletteva nel modo più drammatico nelle differenti protezioni accordate agli imputati rispetto agli orrori della tortura. Si osservi che quando un nobile, Guido, affrontava la prospettiva di essere “dolorosamente interrogato”, venivano sollevati argomenti molto energici contro la sufficienza delle prove a sostegno di questo brutale metodo investigativo. Questi argomenti potrebbero ben averlo aiutato a sfuggire ai tormenti. Ma anche se egli fosse stato sottoposto alla tortura, la legge lo proteggeva dalla sottoposizione alla sua forma più dolorosa<sup>93</sup>. Al contrario, un plebeo dalla cattiva reputazione, Biffio, è stato torturato in base al semplice sospetto di aver commesso un qualche crimine (indeterminato), e Curtes, altra persona dalla condizione spregevole, è stato esposto ai tormenti più intensi senza alcuna apparente preoccupazione per la sufficienza del materiale probatorio necessario per giustificare il loro ripetuto utilizzo<sup>94</sup>.

Al fine di valutare adeguatamente il carattere discriminatorio delle antiche garanzie difensive è necessario esaminare le regole che disciplinavano le immunità dalla tortura. In generale, il loro effetto era tale per cui le *élite* sociali erano raramente sottoposte ad interrogatorio doloroso. Così, non importa quanto ruvido e brutale fosse il sistema di giustizia penale, la sensibilità alla sofferenza umana non era completamente assente. Quel che mancava, tuttavia, era un’empatia umana che attraversasse l’intero spettro sociale. È vero, alcune esenzioni dalla tortura – la maggior parte delle quali fondate sull’etica cristiana – afferivano a questa tipologia: le donne incinte, i minori, gli anziani e i folli venivano risparmiati dai tormenti a prescindere dalla loro posizione sociale. Ma gli individui appartenenti alle classi inferiori che non rientravano in una di queste ristrette categorie correvano il pericolo di essere torturati in tutti i processi penali che riguardavano reati di una certa gravità.

Contrariamente a quello che spesso si pensa, anche il concetto di dignità umana non era assente nella giustizia penale di *ancien régime*. Le giustificazioni date dai giureconsulti alle immunità dalla tortura portano questo fatto chiaramente alla luce. Interrogare dolorosamente un imputato aristocratico, erano soliti affermare i giureconsulti maggiormente autorevoli, viola la sua dignità (*dignitas rei*). Come

<sup>93</sup> Quando i nobili non godevano dell’immunità dalla tortura – si dirà di più su questo in un attimo – essi erano esentati dal suo massimo grado di severità. Il massimo livello di severità, ha scritto Farinacci, poteva essere utilizzato solo su “persone vili e resistenti, ma non su quelle di nobile discendenza”. V. P. FARINACCI, *Responsorum criminalium*, cit., nt. 25, *consilium* 175, n. 22. È degno di nota il fatto che per qualche tempo ai nobili tedeschi fu permesso di “chiamarsi fuori” dal processo inquisitorio, chiedendo di essere processati secondo le regole più miti del rito accusatorio.

<sup>94</sup> Anche se Alberto da Gandino invocava garanzie significative contro il facile ricorso alla tortura, egli scrisse che gli individui di basso status sociale non ne avevano diritto, poiché avevano mostrato disprezzato per la legge “per mezzo del modo con cui hanno condotto la loro vita”. V. H. U. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., nt. 5, vol. 2, *Rubrica: A quo vel a quibus posit fama incipere ex quo tempore*, para. 5.

la compassione, dunque, anche la dignità umana era riconosciuta, ma solo con riguardo alle persone appartenenti agli strati superiori della piramide sociale. In altre parole, la dignità non era ancora concepita quale attributo universale del genere umano.

Nei regni del tardo Medioevo, le esenzioni dignitarie rispetto alla tortura furono elaborate primariamente per la nobiltà ereditaria. A partire dal XV secolo, tuttavia, la nobiltà della discendenza perse la sua centralità rispetto alle esenzioni dagli interrogatori dolorosi<sup>95</sup>. Un secolo più tardi, un famoso avvocato italiano lamentava che “il fiore della nobiltà è stato corrotto da matrimoni vili e indegni, e quasi da nessuna parte si può dire se una persona sia veramente nobile”<sup>96</sup>. Da lì in poi l'immunità dalla tortura era concessa, oltre agli appartenenti alla “vera” nobiltà, alle persone che occupavano posizioni elevate nel potere esecutivo e nell'esercito, o praticavano professioni rispettate<sup>97</sup>. Questi dignitari (*personae in dignitate constitutae*) comprendevano medici e anche avvocati (“*advocates*”) in forza del fatto che essi “difendevano le vite degli altri”<sup>98</sup>. Eppure, come abbiamo già osservato, queste immunità non erano assolute. Esse cessavano di essere applicate quando un dignitario era sospettato di aver commesso un reato venato dal carattere politico, oppure crimini considerati incontrovertibilmente pericolosi per gli organi di governo. In alcune terre esse erano altresì inapplicabili, solitamente su permesso speciale di un'alta autorità, quando un dignitario era sospettato, come nel caso di Guido, di aver commesso alcuni “indicibili misfatti” specificamente enumerati (*crimina infanda*) appartenenti alla criminalità ordinaria<sup>99</sup>.

In Francia, le esenzioni dalla tortura legalmente garantite caddero in disgrazia già nel XVI secolo, di pari passo con la diffusione delle teorie politiche in base alle quali tutti i membri della società erano soggetti in modo giuridicamente indifferenziato al potere del sovrano in qualità di sudditi (*subditi*)<sup>100</sup>. Ciò nonostante il privilegio sociale ha continuato a giocare un ruolo, con la conseguenza che la sottoposizione alla tortura di soggetti appartenenti agli strati sociali superiori rimase

<sup>95</sup> Nei Paesi dove la nobiltà continuò ad essere molto potente, l'enfasi sulla discendenza nobiliare è perdurata ben oltre l'inizio dell'epoca moderna. In relazione alla Polonia, “la democrazia dei nobili”, v. Z. KACZMARCZYK - B. LEŚNODORSKI, *Historia państwa i prawa Polski*, vol. 2, Warsaw, 1957, pp. 195, 207. Con riferimento all'Ungheria cfr. M. BODO, *infra* nt. 102.

<sup>96</sup> Cfr. IULII CLARI OPERA OMNIA, Liber 5, Practica Criminalis, qu. 64, n. 17 (Bailly, Lungduni 1672).

<sup>97</sup> Per un'ampia trattazione del tema delle esenzioni fondate sulla dignità individuale, v. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 118, nn. 65-105. V. anche P. FARINACCI, *Praxis et Theorica Criminalis*, cit., Pars I, Tomus II, tit. V, qu. 40.

<sup>98</sup> B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 118, nn. 87-92.

<sup>99</sup> B. CARPZOV, *Id.*, nn. 87-92.

<sup>100</sup> V. W.F. CHURCH, *Constitutional Thought in Sixteenth-Century France*, Cambridge, MA, 1941, p. 242.

comunque un evento raro nel corso dell'*ancien régime*. Quando tale evento si verificava, il reato per cui si procedeva era solitamente talmente grave che le immunità dalla tortura non sarebbero state applicate nemmeno sotto il precedente regime di esenzioni esplicite. Ugualmente importante è il fatto che le persone appartenenti alle classi elevate erano sottoposte a tortura solo dopo che la corte stessa si fosse persuasa della loro colpevolezza, con la conseguenza che gli interrogatori dolorosi si erano trasformati in una sorta di pena preliminare<sup>101</sup>. Nel frattempo, gli individui di bassa condizione sociale erano sottoposti alla tortura più frequentemente e sulla base di elementi probatori di gran lunga inferiori.

Con l'ulteriore offuscamento delle distinzioni sociali avvenuto nel XVIII secolo, emerge con grande forza la critica illuminista contro la tortura. Molto meno noto è il contemporaneo attacco proveniente dagli esponenti della professione legale rispetto alle esenzioni dalla tortura accordate agli appartenenti alle classi sociali più elevate. Molti avvocati consideravano la tortura come un deplorabile ma necessario strumento di scoperta della verità, e criticavano aspramente il suo uso pressoché esclusivo nei confronti dei "plebei". Lo status nobiliare di un individuo, sostenevano, non dovrebbe rappresentare una copertura in grado di assicurargli un'immeritata impunità<sup>102</sup>. La possibilità che la tortura – se mantenuta – diventasse un istituto processuale di carattere realmente generale cessò di essere remota, e gli strati sociali superiori potevano ora più facilmente riconoscersi nella figura dell'imputato sottoposto a tortura. E come spesso è accaduto nel corso della storia del processo, quando le *élite* avvertono il pericolo di essere esposte a brutali istituti procedurali ideati principalmente per le classi sociali inferiori, i giorni di questi istituti sono contati. Nessuna meraviglia, quindi, che la richiesta degli illuministi di vietare la tortura quale mezzo legittimo di raccolta delle prove riecheggiasse in ampi segmenti delle classi sociali superiori, trasformandole in un catalizzatore del rifiuto di questo odioso istituto processuale prima ancora che suonasse il campanello d'allarme della rivoluzione francese.

<sup>101</sup> V., ad es., la descrizione del processo al Marchese di Cinq-Mars, in J. Imbert (ed.), *Quelques Procès Criminels des XVIIe et XVIIIe Siècles*. Paris, 1964, pp. 77-100. V. anche il caso della Marchesa De Brinvilliers, accusata di parricidio e fratricidio mediante avvelenamento: F. GAYOT DE PITAVAL, *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugemens qui les ont décidés*, (J. Neualme ed., The Hague 1765), p. 203.

<sup>102</sup> "Nobilitas non debet esse pallium iniquitatis". V. M. BODO, *Jurisprudentia criminalis secundum praxim et constitutiones Hungaricas*, art. 29, n. 10 (J. M. Landerer, Posenii 1751).



## V. Conclusione

Cosa emerge dalle pagine che precedono? Sebbene alcuni lettori saranno tentati di pensarla in questo modo, non intendevano essere un'apologia del processo penale di *ancien régime*. Tale modello processuale merita di essere aspramente criticato per molte ragioni, al di là dall'odiosa aura di crudeltà che ruota intorno al suo accoglimento della tortura giudiziaria. Quello che ha stimolato la nostra trattazione è stato invece il desiderio di fare chiarezza tra i documenti storici, e dimostrare che anche questo odioso modello processuale non era privo di significative garanzie difensive. Le regole derivanti dal requisito della "*citatio-defensio*" evidenziano con chiarezza che la pubblica autorità non poteva imporre sanzioni penali senza che al soggetto accusato fosse data la possibilità di difendersi. Considerando che queste regole sono comparse nel tardo Medioevo, in opposizione agli interessi di chi deteneva il potere e aspirava ad un'applicazione del diritto priva di vincoli, esse meritano di essere riconosciute come un'importante conquista del pensiero giuridico pre-moderno, piuttosto che essere denigrate in ragione del *milieu* processuale la cui brutalità erano state concepite per alleviare. Con la loro elaborazione, i giuristi medievali e quelli agli albori dell'epoca moderna speravano di imbrigliare i regnanti e i loro funzionari in una ragnatela di norme giuridiche; e sostenendo che esse derivassero da fonti superiori a tutti i poteri terreni, essi erano in grado di affermare, a volte molto coraggiosamente, che tali norme vincolassero non solo i giudici penali ordinari, ma anche i governanti di livello più elevato. L'affinità tra i loro sforzi per fondare le garanzie difensive nel diritto naturale o divino e i nostri sforzi attuali per individuare la loro origine in diritti umani trascendenti difficilmente può essere negata.

Certamente la ragnatela realizzata dai giuristi di quell'epoca non era sufficientemente robusta da limitare i detentori del potere e i soggetti da loro deputati all'applicazione della legge quando la posta in gioco era elevata. Abbiamo notato l'erosione delle protezioni legali ordinarie nel perseguimento dei reati che l'ordine costituito considerava più minacciosi. Ma non dobbiamo essere troppo severi nel condannare le deviazioni dalle normali forme di giustizia. La tentazione di abbandonarle o di svuotarle di contenuto può riscontrarsi anche al giorno d'oggi, pur in un contesto politico e morale molto diverso, quando alcune tipologie di attività criminali appaiono univocamente pericolose per l'ordine costituito. Laddove una volta la grande paura causata dalla stregoneria ha indotto questa tentazione, lo stesso accade oggi rispetto alla minaccia del terrorismo. Nei processi penali ordinari, tuttavia, soprattutto se l'imputato apparteneva allo strato sociale superiore, le regole derivate dalla "*citatio-defensio*" non erano prive di influenza rispetto all'applicazione della legge.

Ma supponiamo che un giorno studi archivistici stabiliscano che tali regole fos-

sero niente più che sterili orpelli della speculazione giuridica confinati ai testi. Anche in quel caso esse non meriterebbero l'oblio. Rimarrebbero utili quale rettifica alla narrativa dominante circa lo sviluppo della concezione del giusto processo nel mondo occidentale<sup>103</sup>. In questa narrativa, l'Inghilterra è rappresentata come una culla dei principî del giusto processo fin dai tempi della Magna Carta. Come abbiamo visto, tuttavia, essenziali garanzie difensive furono vistosamente assenti dalla procedura penale inglese per la maggior parte della durata dell'*ancien régime*. Idee sofisticate, come l'esclusione delle prove illegali, erano o sconosciute o rifiutate dalle corti di *common law*. Nell'Europa continentale, al contrario, molte di queste idee appartenevano al bagaglio culturale degli avvocati penalisti istruiti. Il principale merito della procedura penale inglese dal XIII al XVIII secolo è quello di aver preservato e trasformato le prime forme medievali di partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia sia nella fase di incriminazione che nella fase decisoria finale, dimostrando il potenziale latente del suo restare ostinatamente antiquata. E fu l'attrattiva politica di questa componente popolare – anziché dettagli non sufficientemente noti circa l'effettivo funzionamento della procedura penale inglese – che spinse i rivoluzionari francesi a trapiantare la *grand e petty jury* sul suolo continentale sul finire del XVIII secolo.

L'Inghilterra ha assunto un ruolo di guida nello sviluppo di meccanismi processuali attenti agli interessi dell'imputato solo nel clima liberale del XIX secolo. Fu solo allora che l'espressione "giusto processo" ha cominciato a essere utilizzata in modo diffuso<sup>104</sup>. Furono dunque accese delle scintille che sono poi divampate nella nostra concezione attuale di giusto processo e di correttezza procedurale. Ed è stato solo nel XX secolo che questa concezione, proveniente ora anche da altri Paesi di tradizione giuridica inglese, ha cominciato a brillare come un faro per i riformatori del processo penale dell'Europa continentale.

<sup>103</sup> Per alcune voci che contestano la narrativa dominante, cfr., ad es., G. GORLA, *Iura naturalia sunt immutabilia*, cit., nt. 1, p. 676, e K. PENNINGTON, *Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of Ordo Iudiciarius*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 1998, p. 46.

<sup>104</sup> Cfr. I. LANGFORD, *Fair Trial: The History of an Idea*, in 8 *Human Rights Journal*, 2009, p. 46.