

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI
 Rettore Università
 "Lumsa"

MARIO CARAVALE
 Prof. Em. Università
 di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
 Pres. Em.
 Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
 Prof. Em. Università
 di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

JAVIER FRANCISCO
 FERRER ORTIZ
 Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI
 Ord. Università di
 Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
 Prof. Em. Università
 di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
 Ord. Università della
 "Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
 Ord. Università
 di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
 Prof. Em. Università
 di Firenze

PAOLO MENGOSZI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID
 Cat. Universitat
 de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO
 Cat. Universidad
 de Huelva

ALBERTO ROMANO
 Prof. Em. Università
 di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da
GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione
GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI
 Rettore Università
 “Lumsa”

MARIO CARVALE
 Prof. Em. Università
 di Roma “La Sapienza”

FRANCESCO P. CASAVOLA
 Pres. Em.
 Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
 Prof. Em. Università
 di Roma “TorVergata”

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

JAVIER FRANCISCO
 FERRER ORTIZ
 Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI
 Ord. Università di
 Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
 Prof. Em. Università
 di Napoli “Federico II”

PASQUALE LILLO
 Ord. Università della
 “Tuscia” di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
 Ord. Università
 di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
 Prof. Em. Università
 di Firenze

PAOLO MENGOZZI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID
 Cat. Universitat
 de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO
 Cat. Universidad
 de Huelva

ALBERTO ROMANO
 Prof. Em. Università
 di Roma “La Sapienza”

Anno CLIII - Fascicolo 4 2021



STEM Mucchi editore

Archivio giuridico Filippo Serafini - ISSN 0391 5646

Amministrazione: Stem Mucchi editore S.r.l.

Direzione, Redazione:

Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma

Via Zamboni, 27/29 - 40126 Bologna

Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957

Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia..... € 114,00

Formato cartaceo estero 164,00

Formato digitale (con login)..... 98,00

Formato digitale (con ip) 107,00

Formato cartaceo Italia + digitale (con login)..... 136,00

Formato cartaceo estero + digitale (con login) 185,00

Formato cartaceo Italia + digitale (con ip) 145,00

Formato cartaceo estero + digitale (con ip)..... 194,00

Fascicolo singolo cartaceo* 30,00

Fascicolo singolo digitale 25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore S.r.l. - 2021

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94

e-mail: info@mucchieditore.it - info@pec.mucchieditore.it

indirizzi web: www.mucchieditore.it

facebook - twitter - instagram

Tipografia, impaginazione, web: Stem Mucchi Editore (MO). Stampa: Geca (MI).

Finito di stampare nel mese di dicembre del 2021.

Direzione

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Prof. Em. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier Francisco Ferrer Ortiz – Cat. Universidad de Zaragoza; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna
Salvatore Amato – Università di Catania
Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma
Christian Baldus – Università di Heidelberg
Michele Belletti – Università di Bologna
Michele Caianiello – Università di Bologna
Marco Cavina – Università di Bologna
Olivier Echappé – Université de Lyon 3
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore
Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano
Herbert Kronke – Università di Heidelberg
Francesco Morandi – Università di Sassari
Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid
Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”
Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne
Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma
Giuseppe Rivetti – Università di Macerata
Gianni Santucci – Università di Trento
Nicoletta Sarti – Università di Bologna
Carmelo Elio Tavilla – Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum – Avvocato del Foro di Roma
Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma
Dott. Matteo Carnì – “Lumsa” di Roma
Dott. Francesco Galluzzo – Univ. Cattolica di Milano
Prof. Manuel Ganarin – Università di Bologna
Prof.ssa Alessia Legnani Annichini – Università di Bologna
Dott. Alessandro Perego – Università di Padova

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. GELLIO); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva delle pagine l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"); "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

Francesco Godano

**LE PRATICHE CRIMINALI E LA
LORO ‘SISTEMATICITÀ’. *DEFENSIO
ANTE TORTURAM E DEFENSIO
ANTE CONDEMNATIONEM* NELLA
CRIMINALISTICA ITALIANA FRA
XIII E XVI SECOLO***

SOMMARIO: 1. Le *pratiche criminali* e la loro ‘architettura pragmatica’. – 2. Processo inquisitorio e difesa processuale nel diritto comune. – 3. *Defensio ante torturam e defensio ante condemnationem*: la lenta costruzione di un istituto giuridico. – 3.1. Una *quaestio* emerge dalla prassi giudiziaria: Alberto da Gandino. – 3.2. Definizione di una normativa processuale: Angelo Gambiglioni. – 3.3. Collocare un istituto nell’*iter* del processo: Ippolito Marsili. – 3.4. Una sequenza processuale unitaria: Giulio Claro. – 3.5. Una precisazione importante: Prospero Farinacci. – 4. Alcune considerazioni conclusive: la ricerca dell’ordine prima del ‘sistema’.

1. *Le pratiche criminali e la loro ‘architettura pragmatica’*

In queste pagine vorrei presentare alcuni risultati delle ricerche che ho svolto sul metodo e sulla struttura delle c.d. *pratiche criminali*, le opere più caratteristiche della scienza penalistica italiana di diritto comune fra il tardo medioevo e l’età moderna. Tratterò in particolare del contributo che tali opere offrono alla costruzione della dogmatica penalistica, esponendo alcuni tratti evolutivi della fase difensiva del processo, per come vengono sviluppati in alcune *pratiche* italiane ricomprese fra XIV e XVI secolo.

La letteratura intermedia dedicata all’esposizione complessiva della normativa penalistica presenta un carattere composito, differenziandosi per la struttura, per le fonti utilizzate, per l’ispirazione globale. Pur nella loro varietà, le ope-

* Contributo sottoposto a valutazione.

re oggetto di questa riflessione si caratterizzano per la comune funzione essenziale, quella di illustrare le regole del diritto e del processo penale nell'ottica della loro applicazione concreta, seguendo lo svolgimento effettivo del processo nei suoi tratti essenziali. Per tale motivo, sono oggi generalmente considerate un genere letterario unitario, denominato appunto *'pratiche criminali'*¹.

Solo in tempi recenti, sull'onda di una rinnovata attenzione per il fenomeno penale, questi prodotti letterari sono stati oggetto di indagine specifica da parte della storiografia²; i

¹ L. GARLATI, *Per una storia del processo penale: le Pratiche criminali*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 2016, LXXXIX, pp. 61-109, spec. pp. 73-74; M.N. MILETTI, *Le pratiche criminali di Pietro Follero. Giustizia e poteri nel Mezzogiorno italiano del Cinquecento*, in *Burocrazia, poder político y justicia. Libro-homenaje de amigos del profesor José María García Marín*, eds. M. TORRES AGUILAR, M. PINO ABAD, Madrid, 2015, pp. 496-98. Occorre precisare che tale considerazione unitaria, se non vedo male, è per lo più 'pensata' dalla storiografia in relazione alle pratiche di età moderna, oggetto di maggiore attenzione negli ultimi anni, tenendo come 'modello', come metro di misura, le opere della fase matura, cinquecentesca di questo genere (L. GARLATI, *Per una storia*, cit., p. 77; M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. FIORAVANTI, Roma-Bari, 2002, p. 173, nt. 4). Per quanto riguarda i 'precedenti' medievali (fine XIII-XV sec.), più spesso denominati *tractatus*, gli storici ne rilevano sovente le differenze rispetto al genere maturo (Id., «Lex delictum facit». *Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Atti del convegno (Udine, 12-13 aprile 2002), a cura di M. CAVINA, Udine, 2004, p. 106, nt. 30); tuttavia, nello svolgimento delle ricerche queste fonti medievali sono di norma utilizzate in maniera omogenea rispetto alle fonti mature (al 'modello'), senza che se ne proponga una classificazione letteraria distinta.

² L. GARLATI, *Per una storia*, cit., p. 75. Sulla letteratura storiografica relativa alle *pratiche criminali* si vedano: G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura criminale nel Tractatus de maleficiis di Angelo Gambiglioni*, Padova, 1976; G.P. MASSETTO, *La prassi giuridica lombarda nell'opera di Giulio Claro (1525-1575)*, in *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques. Actes du Colloque de Montpellier, 12-14 décembre 1977*, Milano, 1979, pp. 491-546; Id., *I reati nell'opera di Giulio Claro*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 45, 1979, pp. 328-503 (entrambi ora in Id., *Saggi di storia del diritto penale lombardo (Secc. XVI-XVIII)*, Milano, 1994); G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, 1979; M. SBRICCOLI, «Vidi communiter observari». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 27, 1998, pp. 231-268; Id., *Giustizia criminale*, cit.,

corposi risultati di tale impegno consentono oggi di avanzare il problema dello statuto scientifico delle *pratiche*. Si tratta di opere innervate sulle esigenze della realtà del processo *in criminalibus*, volte a fornire strumenti concettuali e soluzioni operative per i professionisti del foro: di qui la loro 'doppia natura', in bilico «fra gli intenti scientifico-speculativi e pratico-professionali»³, mirata ad 'orientare' la pratica giudiziaria secondo gli strumenti della *scientia iuris*. Una doppia natura che non si lascia però cogliere con facilità: i caratteri, le forme ed i limiti della 'scientificità' di tali opere, infatti, appaio-

pp. 173-78; ID., «Lex delictum facit», cit.; M.G. DI RENZO VILLATA, *Egidio Bossi, un grande criminalista milanese quasi dimenticato, in Ius mediolanum. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, 1996, pp. 365-616; ID., *Egidio Bossi e il giudice: una 'finta' terza parte?*, in *Acta Histriae*, 2013, 21, pp. 153-72; G. CHIODI, *Le relazioni pericolose. Lorenzo Priori, il senatore invisibile e gli eccelsi Consigli veneziani*, in *L'amministrazione della giustizia penale nella Repubblica di Venezia (secoli XVI-XVIII)*, I: *Lorenzo Priori e la sua Pratica Criminale*, a cura di G. CHIODI, C. POVOLO, Verona, 2004, pp. VII-CI; ID., *Nel labirinto delle prove legali: la testimonianza del complice nel processo penale d'età moderna*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 2013, 24, pp. 113-179; ID., *Crimini enormi e tortura ex processo informativo. Una violazione del diritto di difesa dell'imputato?*, in *Glossae*, 2016, pp. 71-107; M.N. MILETTI, *Il nemico capitale. La repulsa del testimone nelle pratiche d'età moderna*, in *Acta Histriae*, 2011, 19, 1-2, pp. 105-126; ID., *Le pratiche criminali*, cit.; ID., *Diritto e processo penale: storia di una dialettica tra antico e nuovo regime*, in *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di F. DANОВI, Torino, 2015, pp. 9-53; L. GARLATI, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel Ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano, 1999; ID., *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2006), a cura di M.N. MILETTI, Milano, 2006, pp. 265-359; ID., *Il "grande assurdo": la tortura del testimone nelle Pratiche di età moderna*, in *Acta Histriae*, 2011, 19, 1-2, pp. 81-104; ID., *La voce, il volto, la colpa. Il comportamento dell'imputato durante l'interrogatorio: conseguenze ed effetti giuridici secondo le pratiche criminali d'età moderna*, in *La Corte d'Assise. Rivista quadrimestrale di scienze penaltistiche integrate*, 2013, 1, pp. 25-45; ID., *Per una storia, cit.*; ID., *Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 4, pp. 13-27.

³ D. QUAGLIONI, *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, 29, 1, p. 55. Cfr. E. CORTESE, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, 1996², p. 77.

no sempre un po' annebbiati dalla finalità ultima di servire la 'realtà' delle aule di tribunale.

Uno degli elementi di non facile definizione è il carattere 'sistematizzante', 'ordinante' delle *pratiche criminali*: la capacità di conferire un ordine razionale alle varie parti della disciplina, alle sue norme e ai suoi principi. Trattando in generale della scienza penalistica di diritto comune, non di rado la storiografia evidenzia la sua capacità di "sistemazione"⁴; tuttavia, pur con accenti diversi e con alcuni distinguo⁵, i contributi che riguardano specificamente le *pratiche* non di rado descrivono questa letteratura come 'scarsamente sistematica'. Secondo questa impostazione, le *pratiche criminali*, organizzate secondo una trama largamente casistica, e mirando principalmente alla definizione di regole di condotta per gli operatori forensi, non sono volte ad «[identificare] schemi astratti, tipi formali, concetti generali»⁶; il criminalista pratico «gioca un ruolo non ordinante ma descrittivo, riportando [nei testi]

⁴ V. ad es. M. MECCARELLI, *Le categorie dottrinali della procedura e l'effettività della giustizia penale nel tardo medioevo*, in *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, Rome, 2007, p. 575, che parla in termini generali dell'«operazione di sistemazione» condotta dai criminalisti.

⁵ M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, 2009, p. 9 affermava laconicamente che le *pratiche* avevano realizzato «un intricato ma ingegnoso sistema, utile per i giudici e produttivo, nel tempo, di un diritto penale nuovo»; il giudizio, tuttavia, è riferito soprattutto al versante del penale sostanziale, giacché sul piano della procedura, secondo l'autore, «le *Practicae* sono in realtà – e paradossalmente – povere» (*ivi*, p. 16). Riprendendo questo insegnamento, L. GARLATI, *Per una storia*, cit., p. 80, afferma, prudentemente, che «forse in questo senso è possibile sostenere» la sistematicità delle *pratiche*; specificando poi che «i criminalisti producono così cultura giuridica, elaborano categorie» (*ivi*, p. 81).

⁶ M. PIFFERI, *La criminalistica*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Ottava appendice. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012, p. 142. E. DEZZA, *Sistematica processuale e recupero del principio accusatorio nel Tractatus criminalis di Tiberio Deciani*, in *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Atti del convegno (Udine, 12-13 aprile 2002), a cura di M. CAVINA, Udine, 2004, p. 167, si riferisce alla «pragmatica e asistematica struttura espositiva» della *pratica* di Giulio Claro, il campione della criminalistica pratica italiana. F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1985, p. 310, parla di «vacuum sistematico» di tali opere.

la frammentazione che osserva nella prassi»⁷; le sue riflessioni teoriche, pur non infrequenti e sovente di notevole valore, sono tuttavia elaborate «non per fissare categorie, bensì per suggerire al giudice» come comportarsi⁸.

Lo studio condotto su alcune delle principali *pratiche* ha sollecitato una più approfondita considerazione di questo argomento. È certamente vero che, nel complesso, le *pratiche* non si distinguono per l'elaborazione di architetture concettuali armoniche, volte a 'comporre la materia in sistema'. Costruite sullo scheletro del procedimento giudiziario, il loro interesse è quello di fornire ai giuristi una guida teorico-pratica allo svolgimento del processo e alle sue principali problematiche, e non certo quello di proporre rielaborazioni teoriche di ampio respiro sulla procedura penale. La loro potrebbe definirsi una 'architettura pragmatica'⁹.

Questo carattere generale, tuttavia, non impedisce che al suo interno si annidino sviluppi scientifici ulteriori. Osservando il modo in cui evolve, nel tempo, l'esposizione di alcune parti della normativa processuale, si nota in questi autori una progressiva – seppur contenuta – tensione teorico-sistematica. Sotto la coltre spessa dell'incedere casistico, delle prescrizioni pratiche e di uno stile non sempre chiaro e conciso, si scorgono le linee di una 'evoluzione dogmatica' della normativa, il progressivo costruirsi di categorie e principi nuovi, i quali hanno *anche* la finalità o comunque l'effetto di ordinare, di classificare, di sistemare la materia; effetto che si affianca, senza soffocarla, alla pur sempre predominante ricerca di soluzioni applicative.

Per esemplificare questo itinerario dottrinale, descriverò un tratto della sequenza processuale relativo alla dife-

⁷ M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la parte generale di diritto penale*, Milano, 2006, p. 96.

⁸ M.N. MILETTI, *Diritto e processo penale*, cit., p. 16. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, p. 259, ancora riguardo all'opera di Claro, sostiene che essa «era certo il frutto di una riflessione ma non si può dire 'costruita'; l'intervento dell'autore era tutto interno alla materia, senza alcuna sovrapposizione teorica».

⁹ Parafrasando E. DEZZA, *Sistematica processuale*, cit., p. 167 (cfr. la citazione alla nt. 6).

sa dell'imputato per come si svolge nelle principali *practicae criminales* italiane che vanno dai 'prototipi' medievali fino al Cinquecento, il 'secolo d'oro' di questa letteratura¹⁰. Mi soffermerò, nello specifico, sull'emersione della cd. *defensio ante torturam* accanto alla difesa 'ordinaria' del processo romano-canónico – detta sovente *defensio ante condemnationem* – collocata invece dopo l'*inquisitio* e dunque anche dopo un'eventuale tortura.

2. *Processo inquisitorio e difesa processuale nel diritto comune*

Come è noto, a partire dall'epoca del 'rinascimento medievale' si afferma, in Italia come in larga parte dell'Europa continentale, un processo penale pubblico di stampo inquisitorio, che va progressivamente ad affiancare e poi a sovrastare (o forse meglio ad 'inglobare') il modello accusatorio, di carattere privatistico, risalente alla tradizione altomedievale¹¹.

La procedura di *inquisitio* si caratterizza per lo squilibrio di posizioni fra il giudice e le altre parti del processo: egli gode di ampi poteri di iniziativa *ex officio*, conduce la sua istruttoria segretamente ed in forma scritta, con strumenti assai in-

¹⁰ Così L. GARLATI, *Per una storia*, cit., p. 77.

¹¹ Sul rapporto fra accusa e inquisizione si vedano l'ancora fondamentale E. DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici*, Milano, 1989, con ampia bibliografia; i diversi saggi raccolti in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, I, cit., spec. pp. 3-207; G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, 2001, spec. pp. 3-64; M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005. Il nuovo procedimento costituirà il pilastro della giustizia cd. d'apparato o egemonica, contrapposta alle forme di giustizia cd. comunitaria o negoziale: M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata*, cit.; *L'infrajudiciaire du moyen-âge à l'époque contemporaine. Actes du colloque de Dijon, 5-6 octobre 1995*, cur. B. GARNOT (cur.), Dijon, 1996; *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. LACCHÈ, C. LATINI, P. MARCHETTI, M. MECCARELLI, Macerata, 2007, spec. i contributi alle pp. 109-243; *Duelli, faide e rappacificazioni. Elaborazioni concettuali, esperienze storiche*. Atti del seminario di studi storici e giuridici, Modena, 14 gennaio 2001, a cura di M. CAVINA, con la collaborazione di A. LEGNANI, Milano, 2001.

vasivi come la tortura, e dispone di una rilevante facoltà di *arbitrium* nel percorso processuale e nella decisione¹². Questi caratteri comportano una notevole compressione degli spazi di garanzia per il reo, ed *in primis* della sua capacità di difendersi in giudizio. La ricerca di un equilibrio fra esigenze repressive e guarentigie processuali costituisce pertanto un compito centrale per la dottrina criminalistica, chiamata a costruire l'edificio penale sulla base delle prassi giudiziarie, di alcuni fondamentali interventi normativi della Chiesa, e delle frammentarie disposizioni penali del *Corpus iuris* giustiniano¹³.

La difesa processuale rappresenta senza dubbio uno dei punti più problematici del processo penale intermedio. Che si tratti di un diritto inderogabile (almeno in via di principio) viene affermato già dalle prime riflessioni dalla dottrina del diritto comune¹⁴. Tuttavia, i caratteri ed il funzionamento dell'*inquisitio* ostacolano in modo significativo l'articolazione effettiva di questo diritto.

Quando e come si può esercitare la difesa? Osservando lo sviluppo del processo dall'angolo visuale delle nostre *pratiche*, si ha in effetti l'impressione che al reo siano concessi mezzi e tempi per difendersi che noi oggi consideriamo inadeguati¹⁵;

¹² M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, I, cit., *passim*, ad es. p. 117; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, spec. p. 574; F. CORDERO, *Criminalia*, cit., *passim*.

¹³ M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, I, cit., pp. 73-110; M. VALLERANI, *La giustizia pubblica*, cit.; G. ALESSI, *Il processo penale*, cit., spec. pp. 33-39. V. anche A. MARONGIU, *Tiberio Deciani (1509-1582). Lettore di diritto, consulente, criminalista*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 1934, VII, II, pp. 312-315; P. FIORELLI, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enciclopedia del diritto*, I, 1958, pp. 330-334. Sulla normativa ecclesiastica v. *infra* nel testo.

¹⁴ Per tutti K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley-Los Angeles-Oxford, 1993, p. 145 ss.; cfr. M.N. MILETTI, *Diritto e processo penale*, cit., p. 10. I riferimenti sono reperiti sia nelle fonti bibliche sia nel diritto romano: v. ad es. D.1.1.3, tit. *De iustitia et de iure*, l. *Ut vim*, che esprime un generale principio di difesa della propria integrità corporea: «nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur».

¹⁵ Una tradizione ormai consolidata di studi mostra come, nello svolgimento effettivo dell'*ordo* inquisitorio le possibilità per il reo di difendersi siano in realtà molto ridotte, esercitabili solo con strumenti limitati in una fase avanzata del procedimento. Cfr. G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e*

l'impressione è amplificata dalla struttura pragmatica e casistica delle opere, che rende spesso disagiata collocare le attività difensive in un tracciato preciso, in un *ordo iudicii* definito e riconoscibile. Il corso del tempo, tuttavia, rivela anche un impegno collettivo per districare un simile *ordo* dal magma delle prassi giudiziarie; un lungo lavoro intellettuale che lega queste opere le une con le altre nella costruzione di un quadro teorico della difesa processuale. Cercherò di seguirne il percorso in relazione ad un altro istituto nevralgico del processo penale, e che in un certo senso si pone come antagonista della difesa: la tortura giudiziaria.

Prima di iniziare, è essenziale delimitare bene il perimetro dell'analisi. Mirando ad evidenziare l'aspetto 'costruttivo' delle *pratiche criminali*, mi limiterò a considerare queste fonti, tralasciando quindi le norme statutarie e legislative, la prassi forense e le altre opere di diritto comune in materia penale (commentari, *consilia*), dando per assodato il fatto che esse possano aver rappresentato una diversa realtà giudiziaria o aver contribuito a fornire materiale per le *pratiche*. Inoltre, mi soffermerò solo su alcune opere significative della fase medievale e matura, scelte *non per l'originalità (o meno)* del loro contributo, ma perché rappresentano un *livello di evoluzione* del quadro teorico-dogmatico, uno stato di avanzamento lavori, per così dire. Infine, l'analisi verterà su una parte della sequenza difensiva che emerge come 'ordinaria' in queste opere (appunto come *ordo*), tralasciando da un lato altre forme di difesa nel processo (come le impugnazioni), dall'altro le diverse forme procedurali 'speciali' e 'sommarie'¹⁶.

criminale, parte seconda, in *Storia del diritto italiano*, III, pubblicata sotto la direzione di P. DEL GIUDICE, Milano, 1927, p. 362; G. ALESSI, voce *Processo penale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Roma, 1987, p. 376; G. CHIODI, *Crimini enormi*, cit., pp. 73-74, e *ivi*, nt. 3; L. GARLATI, *Inseguendo la verità*, cit., p. 181 ss. e spec. pp. 204-205. Tuttavia, il quadro delle fonti è piuttosto articolato e presenta diverse sfumature.

¹⁶ Cfr. M. MECCARELLI, *Le categorie dottrinali*, cit., pp. 577-578. Queste forme di procedimenti speciali sono numerose e tutt'altro che trascurabili: v. ad es. i casi di tortura inflitta senza difese (G. CHIODI, *Crimini enormi*, cit.).

3. Defensio ante torturam e defensio ante condemnationem:
la lenta costruzione di un istituto giuridico

Dagli studi storiografici sulla criminalistica intermedia si può ricostruire un quadro sommario della difesa nel processo inquisitorio 'ordinario', così come viene descritto nelle *pratiche criminali*¹⁷. Citato il reo in giudizio all'esito delle indagini, quando questi compare lo si interroga, si acquisiscono i testimoni a carico, si pubblicano le risultanze processuali (fino ad allora rimaste segrete) e se ne fornisce copia al reo, il quale può così approntare le proprie difese. Dopodiché, se ne sussistono i presupposti, lo si può torturare: se confessa sotto tortura, o se risulta comunque la sua colpevolezza dal quadro indiziario, il reo può essere condannato, potendo usufruire prima di un'ulteriore possibilità di difesa; altrimenti va assolto.

Questo schema, tuttavia, è ricostruito per lo più con riferimento al modello maturo delle pratiche, mentre la sua formazione precedente non è stata studiata nel dettaglio; così come il rapporto fra le due principali fasi difensive, e fra queste e la tortura.

È nel canone *Qualiter et quando* del IV Concilio Lateranense (1215, confluito poi nel *Liber Extra*) che si stabiliscono i punti cardinali del procedimento per inquisizione¹⁸. Concepì-

¹⁷ Si tratta appunto di un quadro di massima, che non si adatta a tutte le variazioni presenti nelle singole opere. Cfr. G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura*, cit., pp. 303-361, per l'opera di Angelo Gambigioni; G.P. MASSETTO, *Un magistrato e una città nella Lombardia spagnola. Giulio Claro pretore a Cremona*, Milano, 1985, pp. 265-277, per quella di Giulio Claro; M.G. DI RENZO VILLATA, *Egidio Bossi, un grande criminalista*, cit., in part. pp. 393-472, per i *Tractatus varii* di Egidio Bossi; L. GARLATI, *Inseguendo la verità*, cit., pp. 140-215, per l'anonimo *Ristretto di pratica criminale*; G. CHIODI, *Le relazioni pericolose*, cit., pp. XLVI-LXXXV, per la *Prattica* di Lorenzo Priori, e pp. XXI-XXIX per l'*Isagoge* di Pietro Zamboni; M.N. MILETTI, *Le pratiche criminali*, cit., pp. 516-526, per quelle di Pietro Follerio.

¹⁸ Sulla *Qualiter et quando* e sul rafforzamento degli strumenti inquisitori della Chiesa v. almeno R. FRAHER, *IV Lateran's Revolution in Criminal Procedure. The Birth of Inquisitio, the End of Ordeals, and Innocent III's Vision of Ecclesiastical Politics*, in *Studia in honorem eminentissimi cardinalis Alphonsi M. Stickler*, cur. R.I. CASTILLO LARA, Roma, 1992, pp. 96-111; P.V. AIMONE BRAIDA, *Il processo inquisitorio: inizi e sviluppi secondo i primi decreta-*

to per le infrazioni degli ecclesiastici, la norma di Innocenzo III diventerà il pilastro dell'*ordo* inquisitorio anche per le corti laiche. Essa stabilisce che:

Debet igitur esse praesens is, contra quem facienda est inquisitio, nisi se per contumaciam absentaverit, et exponenda sunt ei illa capitula, de quibus fuerit inquirendum, ut facultatem habeat defendendi se ipsum. Et non solum dicta, sed etiam nomina ipsa testium sunt ei, ut quid et a quo sit dictum appareat, publicanda, nec non exceptiones et replicationes legitimae admittendae, ne per suppressionem nominum infamandi, per exceptionum vero exclusionem deponendi falsum audacia praebeatur¹⁹.

Il testo contiene una serie di atti fondamentali dell'*inquisitio*. Il reo presente in giudizio deve essere reso edotto dei *capitula* – ossia dei capi di imputazione – che lo riguardano, «ut facultatem habeat defendendi se ipsum»; devono inoltre essergli comunicati i nomi e i *dicta* di chi ha testimoniato contro di lui, affinché possa difendersi proponendo le *exceptiones et replicationes* opportune. Si tratta però di riferimenti sintetici, che sarà compito dei *doctores* del diritto comune sviluppare in una sequenza procedimentale dettagliata – e adeguata alla realtà del processo secolare.

listi, in *Apollinaris*, 1994, LXVII, pp. 591-634; G. MINNUCCI, *Istituti di diritto processuale nella "Summa de poenitentia et de matrimonio" di san Raimondo di Penyafort*, in *Magister Raimundus*. Atti del Convegno per il IV centenario della canonizzazione di san Raimondo de Penyafort (1601-2001), Romae, 2002, pp. 87-109; G. CHIODI, *La costituzione Qualiter et quando (c. 8) e l'ordo inquisitionis nella canonistica medievale*, in *The Fourth Lateran Council and the Development of Canon Law and the Ius Commune*, eds. A. LARSON, A. MASIRONI, Turnhout, Brepols, 2018, pp. 281-305, e bibliografia ivi citata.

¹⁹ X.5.1.24, tit. *De accusationibus*, c. *Qualiter et quando*.

3.1. *Una quaestio emerge dalla prassi giudiziaria: Alberto da Gandino*

Dopo le prime riflessioni dottrinali risalenti già al XII secolo, Il *Tractatus de maleficiis*²⁰ di Alberto da Gandino²¹, scritto fra la fine del XIII e l'inizio del XIV secolo, è generalmente considerato il punto di avvio della criminalistica italiana²². L'opera del giudice cremasco per prima ricostruisce con una certa organicità l'architettura complessiva del processo penale, descrivendone le linee 'comuni' alle variegate realtà giudiziarie di cui l'autore fa esperienza, e inserendole per quanto

²⁰ Mi servirò qui dell'edizione critica del *Tractatus* contenuta in H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, 2. *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de Maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlin-Leipzig, 1926.

²¹ Alberto Gandino (Crema, metà XIII sec. – 1310...) fu giudice di notevole cultura e rinomanza. Ricordato come *magnus practicus*, occupò diverse podesterie fra Bologna, Perugia, Firenze e altre città, donde trasse l'esperienza rifiuta poi nel suo *Tractatus*. Sul personaggio e la sua opera si v. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, 1. *Die Praxis. Ausgewählte Strafprozessakten des Dreizehnten Jahrhunderts nebst Diplomatisher Einleitung*, Berlin, 1907; ID., *Albertus Gandinus*, 2. *Die Theorie*, cit.; D. QUAGLIONI, *Alberto Gandino*, cit.; ID., voce *Gandino, Alberto*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna, 2013, pp. 942-944; L. KÉRY, *Albertus Gandinus und das kirchliche Strafrecht*, in *Inquirens subtilia diversa. Dietrich Lohrmann zum 65. Geburtstag*, hg. H. KRANZ, L. FALKENSTEIN, Aachen, 2002, pp. 183-200; M. VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, in *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 2009, 14, pp. 40-61; ID., *La giustizia pubblica*, cit., *passim*.

²² Un punto di avvio in quanto propone un primo quadro scientifico dotato di certa organicità, ma frutto di un processo di riflessione ed elaborazione di cui Gandino raccoglie i risultati. Sul punto v. I. BIROCCI, *La giustizia*, cit., p. 183. Sui primi *ordines iudicarii* o *iudiciorum* v. almeno L. FOWLER-MAGERL, *Ordo iudiciorum vel Ordo iudicarius. Begriff und Literaturgattung*, Frankfurt a.M., 1984; ID., *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum. From the Middle of the Twelfth to the End of the Fifteenth Century*, Turnhout, 1994; G. MINNUCCI, *Accusatio e divisio criminum. La riflessione della penalistica delle origini e il pensiero di Alberto Gandino una comparazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2000, 30/2, pp. 291-303; ID., *Diritto e processo penale nella prima trattatistica del XII secolo: qualche riflessione*, in *"Ins Wasser geworfen und Ozeane durcquert". Festschrift für K.W. Nörr*, hrsg. M. Ascheri et alii, Köln, Weimar, Wien, 2003, pp. 590-596.

possibile nella cornice legale del diritto romano-canonico. Nel *Tractatus* il 'nuovo' procedimento inquisitorio emerge con decisione, inquadrato però entro categorie concettuali largamente accusatorie.

Un'architettura complessiva del processo, dunque: non sempre chiara però nella sua *scansione procedimentale*. Concentrando lo sguardo sulla fase difensiva, i suoi contorni si mostrano piuttosto incerti. Trattando del processo *per inquisitionem*, viene innanzitutto descritta la fase delle indagini conseguenti alla notizia di un reato (*l'inquisitio* in senso stretto)²³; se viene individuato un sospetto, questi viene citato o catturato, a meno che non si renda contumace²⁴. Dopodiché compare una rubrica intitolata *Quid sit agendum reo presente et non contumace*²⁵, la quale introduce – potremmo dire utilizzando categorie moderne – la fase del 'giudizio'²⁶, il confronto in aula fra il reo e il giudice-inquisitore nel quale i risultati delle indagini vengono formalizzati ed integrati con le dichiarazioni del reo.

L'ordine di questo procedimento è piuttosto scarno: si afferma che il reo viene reso edotto dei *capitula* di imputazione e sottoposto ad interrogatorio; e in questa sede può opporre le proprie *exceptiones*, intese essenzialmente come eccezioni cd. processuali²⁷ (ad esempio per questioni di incompeten-

²³ Tecnicamente 'inquisitio' indica una modalità di avviare l'azione penale e soprattutto di raccogliere indizi, che si contrappone ad 'accusatio': G.P. MASSETTO, *Un magistrato e una città*, cit., pp. 248-249; per estensione, i due termini sono usati per descrivere i due rispettivi modelli processuali: M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, I, cit., pp. 7-8.

²⁴ H. KANTOROWICZ, Albertus Gandinus, 2. *Die Theorie*, cit., pp. 105-150.

²⁵ *Ivi*, p. 151 ss.

²⁶ 'Giudizi' sono chiamate oggi, in Italia, le fasi di cognizione (dibattimentale o speciale) del procedimento penale successive alle indagini: cfr. l'attuale C.p.p. (1988), libro VII 'Giudizio', art. 465 ss.; libro VI 'Procedimenti speciali', art. 438 ss.

²⁷ Il termine 'exceptio' può indicare ogni atto con cui il reo (o un'altra parte) si oppone alle risultanze processuali (ad es. ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *Tractatus de maleficiis...*, Venetiis 1557, § *Inchoata, facta et formata*, f. 197v, sulla contestazione della veridicità dei testi portati dall'accusatore/promotore); per quel che vedo, però, soprattutto in queste opere più risalenti viene usato in prevalenza per le opposizioni sul rito.

za territoriale²⁸). Si passa poi a trattare della tortura, della quale però *non si dà una collocazione* nella sequenza degli atti. Si arriva così al paragrafo *De defensionibus a reis faciendis*²⁹, il quale si occupa in realtà solo della legittima difesa, esponendone le diverse tipologie. Alla fine del paragrafo, quasi a mo' di postilla, Gandino precisa «unum nota dignum», ossia che «ante omnem condemnationem [...] semper debet dari terminus ad defensionem faciendis accusatis et his, contra quos inquiritur»³⁰. L'affermazione, che apre ad un concetto più ampio e generale di *defensio*, è sostenuta da alcuni passi giustinianeî, ed in particolare dalla l. *Unius facinoris*, § *Cogniturum* del Digesto, secondo la quale «defensionem quocumque tempore postulante reo negari non oportet»³¹. Sono riferimenti di grande importanza, naturalmente; ma anche questi generici sul piano del rito. Il quale continua e si conclude con una rubrica sulle transazioni fra reo e offeso, aprendosi poi la seconda parte dell'opera dedicata al 'penale sostanziale'³².

Non sembrano comparire, nel *Tractatus*, indicazioni più precise sull'*ordo* del 'giudizio'. Considerando che l'ordine espositivo di queste *pratiche* segue di norma l'ordine del procedimento, dallo schema qui sintetizzato si può ipotizzare che – oltre alle *exceptiones* sul rito, collocate al principio della sequen-

²⁸ Ma può anche trattarsi di eccezioni contro l'accusatore, ad es. riguardo l'incapacità di quest'ultimo di agire in giudizio: H. KANTOROWICZ, Albertus Gandinus, 2. *Die Theorie*, cit., § *Quid sit agendum reo presente et non contumace*, nn. 1-2, pp. 151-152. Il processo descritto da Gandino vede ancora una presenza significativa del modello accusatorio: E. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., pp. 14-16.

²⁹ H. KANTOROWICZ, Albertus Gandinus, 2. *Die Theorie*, cit., § *De defensionibus a reis faciendis*, p. 177 ss.

³⁰ *Ivi*, n. 16, pp. 184-185. La norma è ripetuta più avanti, al § *De homicidiariis et eorum pena*, n. 4, p. 280.

³¹ D.48.18.18.9, tit. *De quaestionibus*, l. *Unius facinoris*, § *Cogniturum*: «Cogniturum de criminibus praesidem oportet ante diem palam facere custodias se auditurum, ne hi, qui defendendi sunt, subitis accusatorum criminibus obrimantur: quamvis defensionem quocumque tempore postulante reo negari non oportet, adeo ut propterea et differantur et proferantur custodiae» (corsivo mio).

³² H. KANTOROWICZ, Albertus Gandinus, 2. *Die Theorie*, cit., § *De transactione et pace in maleficiis faciendis*, p. 185 ss. e p. 209 ss. per la parte sostanziale, che inizia con il § *De penis reorum in genere et de percussione et insultu*.

za – le ulteriori difese del reo, quelle sul merito degli addebiti, siano pensate dall'autore come esercitabili solo alla fine: 'ante condemnationem', come scrive Gandino, prima cioè dell'emissione della sentenza.

Che le cose stiano così (e non solo nella penna del giudice cremasco, ma anche in una prassi diffusa) pare confermarlo una *quaestio*, circolata nel corso del XIII secolo fra i primi *doctores* che si dedicano all'emergente procedura *per inquisitionem*, e recepita dal Gandino³³. Non sarà sfuggito al lettore che fra le attività che precedono questa difesa 'ante condemnationem' può rientrare anche la tortura giudiziaria³⁴. Strumento di prova meramente eventuale e sussidiario³⁵, in teoria, ma in realtà utilizzato con frequenza, nel corso di tutta l'età intermedia, *ad eruendam veritatem*, per sollecitare la confessione dell'imputato e rendere così la condanna pressoché incontrovertibile³⁶. Evidentemente, la possibilità di effettuare un'operazione tanto invasiva e pericolosa senza che il reo avesse potuto esprimersi aveva da subito sollevato perplessità fra i giurisperiti. Che fare se un reo, contro cui sussistessero indizi sufficienti per la tortura, chiedesse di difendersi prima dei tormenti? Leggiamo la *quaestio* nella versione proposta dal *Tractatus*:

³³ Sulla celebre *quaestio* v. E. CORTESE, *Nicolaus de Ursone de Salerno. Un'opera ignota sulle lettere arbitrarie angioine nella tradizione dei trattati sulla tortura*, in *Per Francesco Calasso. Studi degli allievi*, Roma, 1978, pp. 191-283; G. CHIODI, *Crimini enormi*, cit., pp. 74-76.

³⁴ Sulla tortura giudiziaria è ancora fondamentale P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, 2 voll., Milano, 1953-1954. V. anche *La Torture judiciaire. Approches historiques et juridiques*, 2 voll., cur. B. DURAND, avec la collaboration de L. OTIS-COUR, Lille, 2002; G. CHIODI, *Crimini enormi*, cit., e bibliografia a p. 74, nt. 4.

³⁵ La tortura è considerata un mezzo di ricerca della verità valido ma pericoloso, e pertanto da impiegare con cautela. Di conseguenza, è ammessa solo «in subsidium probationis», ossia nei casi in cui «verisimiliter veritas alias haberi non potest». Il principio è affermato costantemente nella giurisprudenza medievale e moderna: v. ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, § *Quod fama*, n. 94, f. 92r. Cfr. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, II, cit., p. 5.

³⁶ Com'è noto, la confessione impediva al reo di fare appello contro la sentenza di condanna.

Dicit iste Titius: Domine, antequam me ad tormenta ponatis, placeat vobis prius mihi dare terminum defensionis, intra quem possum probare de innocentia mea, quia in continenti sum paratus tollere per testes idoneos omnia indicia, si que habetis contra me³⁷.

L'autore espone in primo luogo le ragioni *contra* una simile concessione, compendiate nella *regula* per cui «actor primo probat et fundata intentione actoris reus opponit et probat exceptiones suas et defensiones»³⁸. Di evidente ascendenza accusatoria, la massima ribadisce l'influenza delle *forme* dell'accusa privata nella costruzione dello spazio inquisitorio pubblicistico³⁹: ponendo una netta suddivisione cronologica fra prova di un'accusa e sua contestazione in difesa, la *regula* sembra riecheggiare la suddivisione fra la fase dell'istruzione 'offensiva' e la fase difensiva del 'giudizio'; fra le attività di acquisizione delle prove del giudice⁴⁰, scalfibili solo da eccezioni sul rito, da un lato; e le successive attività probatorie a scarico, dall'altro⁴¹.

³⁷ H. KANTOROWICZ, Albertus Gandinus, 2. *Die Theorie*, cit., § *De questionibus et tormentis*, n. 22, p. 165. La *quaestio* è ricordata ancora da Agostino Bonfranceschi nelle sue *additiones* a ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, § *Quod fama*, f. 79v, trattando della consegna della *copia indiciorum*, di cui diremo.

³⁸ H. KANTOROWICZ, Albertus Gandinus, 2. *Die Theorie*, cit., § *De questionibus et tormentis*, n. 22, p. 165. La *regula* è ricavata da diversi passi giustinianeï. V. ad es. C.4.19.19, tit. *De probationibus*, l. *Exceptionem*: «Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit quod adseverat, oportet»

³⁹ Si veda la minuziosa e penetrante analisi di M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, I, cit., pp. 73-110.

⁴⁰ Il quale viene progressivamente assumendo il ruolo di 'accusatore pubblico': *ibidem*.

⁴¹ Una suddivisione concettuale che permarrà nella criminalistica seguente, anche se rinnovata nei principi e nell'articolazione. In età moderna si troverà di norma l'opposizione fra 'processo informativo' o 'offensivo' e 'processo difensivo': v. ad es. M.N. MILETTI, *Le pratiche criminali*, cit., p. 516, per Pietro Follerio (XVI secolo). 'Informativo' e 'offensivo' sono spesso usati come sinonimi per indicare insieme le attività di indagine e di acquisizione formale delle prove, ma a volte le due fasi vengono separate: ad es. L. GARLATI, *Inseguendo la verità*, cit., pp. 94-95.

Le forme accusatorie subiscono però una torsione nel contatto con l'inquisitorio. E a questa regola, nella *quaestio* in esame, si oppone (fra altre) una considerazione squisitamente procedurale, che l'autore riprende da un *consilium* da lui stesso richiesto, in qualità di podestà a Bologna, al *doctor iuris* Lambertino Ramponi. La tortura è sì un mezzo di prova, ma non è un mezzo di prova come gli altri. Essa comporta un *pra-iudicium irreparabile* per il reo: un danno di gravità tale da rendere ingiusta la sua sopportazione da parte di chi potrebbe evitarlo con un'adeguata difesa, «quia si post torturam differetur defensio, numquam [...] posset recuperare detrimentum membrorum»⁴². Pertanto, bisogna concludere per la concessione della difesa prima dei tormenti, contro il disposto del *ius commune*.

La possibilità difensiva che si schiude nella *quaestio* si delinea – per come è collocata nel *Tractatus* – come un passaggio difensivo 'straordinario', che potremmo chiamare '*defensio ante torturam*', anteriore ad una fase 'ordinaria' di difesa, che potremmo chiamare '*defensio ante condemnationem*', prevista invece dopo l'acquisizione di tutte le prove a carico, eventualmente anche per mezzo di una tortura. La forma procedimentale di questo doppio binario è però solo abbozzata. La *quaestio* esaminata si trova nel paragrafo dedicato ai tormenti, ed è slegata dalla successiva materia difensiva; non viene inserita in una sequenza chiara di atti processuali e non se ne precisano i rapporti con la difesa 'ordinaria'. Analogamente, non si fa cenno al legame con altri passaggi processuali cruciali, e in particolare con la pubblicazione del 'processo' (ossia la trascrizione dell'istruttoria, completa delle risultanze probatorie) e della consegna di una sua copia al reo (la cd. *copia indiciorum*), determinanti per poter predisporre un'adeguata linea difensiva⁴³.

⁴² H. KANTOROWICZ, Albertus Gandinus, 2. *Die Theorie*, cit., § *De questionibus et tormentis*, n. 22, pp. 165-166. L'argomentazione è ricavata per analogia dalle norme sull'appello.

⁴³ Pubblicazione e consegna della copia del processo inquisitorio sono affrontate assai sinteticamente in H. KANTOROWICZ, Albertus Gandinus, 2. *Die Theorie*, cit., § *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, n. 13, p.

3.2. Definizione di una normativa processuale: Angelo Gambiglioni

La questione è però posta. Un secolo dopo, il giudice e professore Angelo Gambiglioni⁴⁴ conferisce una fisionomia più definita a tale difesa *ante torturam*. Scritta intorno alla metà del Quattrocento, la sua opera – intitolata anch'essa *Tractatus de maleficiis*⁴⁵ – incorpora le riflessioni penalistiche dei grandi commentatori trecenteschi, ed è considerata la più importante *pratica criminale* del secolo.

Il lavoro dell'Aretino è costruito sulla falsariga di un processo immaginario seguito passo per passo nel suo tragitto, e riflesso nella struttura dei paragrafi⁴⁶: ne risulta così un *ordo* decisamente più chiaro e dettagliato rispetto a Gandino. Nella rubrica dedicata a fama e indizi, posta come di norma all'inizio della *pratica*, trattando dei presupposti indiziari *per la tortura* Gambiglioni precisa che è necessario, per poter procedere ai tormenti, non solo disporre di indizi sufficienti contro il reo, ma anche consegnargli una copia di tali risultanze indiziarie:

Advertas quod non sufficit quod indicia praecedant et nota sint iudici, nisi detur copia reo quod contra dicat, alias ad torturam poni non potest, et etiam detur copia advocato suo⁴⁷.

44; soprattutto, esse non vengono presentate chiaramente come un presupposto per la tortura, né se ne precisa la finalità di consentire la difesa al reo, come invece avverrà nella criminalistica seguente (*infra* nel testo).

⁴⁴ Sulla figura di Angelo Gambiglioni di Arezzo, professore e giudice attivo nella prima metà del XV secolo, si vedano: P. MAFFEI, voce *Gambiglioni Angelo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 52, Roma, 1999, pp. 115-118; D. MAFFEI, P. MAFFEI, *Angelo Gambiglioni giureconsulto aretino del Quattrocento. La vita, i libri, le opere*, Roma, 1994 e bibliografia ivi citata; G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura*, cit., pp. 9-13.

⁴⁵ Il *Tractatus* è oggetto dello studio dettagliato di G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura*, cit. Ho consultato l'opera nell'edizione citata *supra*, nt. 27.

⁴⁶ La struttura del processo immaginario – e dunque del *Tractatus* – è sintetizzata nel proemio dell'opera: ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, *Proemium*, ff. 1v-2v. I diversi paragrafi dell'esposizione seguono l'ordine degli argomenti così presentati.

⁴⁷ ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, § *Quod fama*, n. 37, f. 79r.

Come si vede, quella che abbiamo chiamato *defensio ante torturam* è presentata qui – pur indirettamente – come un *requisito* della tortura stessa, insieme alla (pubblicazione e⁴⁸) consegna al reo di una copia delle risultanze probatorie, che a quella difesa sono strumentali: se insomma il giudice vuole procedere a tortura, deve prima far conoscere al reo gli indizi che lo riguardano e dargli la possibilità di difendersi. La soluzione della *quaestio* vista in precedenza sta dunque prendendo la forma di una regola processuale: che il diritto ‘naturale’ di difesa, in una dimensione inquisitoria, debba potersi esercitare anche prima della tortura, appare come un dato acquisito; e perciò occorre che il reo (ed il suo avvocato) abbiano conoscenza degli elementi a carico⁴⁹.

Si precisa, inoltre, che la consegna della *copia indiciorum* è sì obbligatoria, ma solo «reo postulante», e non è dunque un dovere d’ufficio del giudice⁵⁰. In proposito, Gambiglioni riporta le limitazioni elaborate in materia da Angelo Ubaldi nella sua celebre *repetitio* alla l. *Si vacantia* del Codice⁵¹, le quali con-

⁴⁸ L’autore non specifica il requisito della pubblicazione; tuttavia, il contesto del passo (ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, § *Quod fama*, post n. 38, f. 79v) fa pensare ad una semplice omissione testuale, anche perché in questa letteratura la consegna della copia degli indizi è di norma legata ad una loro precedente pubblicazione.

⁴⁹ Il che consente, peraltro, non solo di produrre elementi a discarico, ma anche di verificare la stessa sufficienza degli indizi necessari per la tortura, e dunque eventualmente rilevare l’invalidità dell’*inquisitio*. ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, § *Quod fama*, n. 7, ff. 74r-v specifica che l’insussistenza del requisito degli *indicia ad torturam* dev’essere rilevato dalla parte, altrimenti viene sanato; e per questo motivo «danda est copia indiciorum reo».

⁵⁰ *Ivi*, n. 37, f. 79r.

⁵¹ ANGELUS DE UBALDIS, *Repetitio in l.si vacantia.C.de bonis vacantibus. Lib.x.*, in *Tractatus criminalis...*, Venetiis 1563, f. 20r ss. La legge commentata fa parte del titolo *De bonis vacantibus* (C. 10.10.5). Nella *repetitio* il giurista mostra di valorizzare le disposizioni statutarie tese a dilatare l’*arbitrium* dei giudici nella repressione dei reati. Cfr. M. SBRICCOLI, *L’interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell’età comunale*, Milano, 1969; M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998.

sentono al giudice di non esaudire la richiesta del reo in diversi casi di inquisizione sorta *ex necessitate officii*⁵².

Il passaggio difensivo *ante torturam* viene insomma acquisendo una certa fisionomia; tuttavia, esso non trova una collocazione definita nell'*iter* processuale. La regola è affermata nella parte iniziale del *Tractatus*, nel paragrafo dedicato ai presupposti indiziari. L'autore passa poi a trattare del carcere, della tortura in generale⁵³ e di questioni sostanziali⁵⁴. Si giunge così a quello che abbiamo chiamato 'giudizio', che qui presenta una struttura molto articolata (decisamente più di quella delineata da Gandino) e chiaramente improntata a schemi accusatori, rimodellati per il procedimento inquisitorio. Il confronto dialettico disegnato dall'Aretino individua una scansione di varie produzioni probatorie sia del giudice sia a difesa, che si snodano nel corso di ben quattro udienze⁵⁵:

⁵² A ben vedere, però, tali limitazioni sembrano riguardare la *fama* del crimine, e non altri tipi di indizi. La *repetitio* si occupa in effetti dei casi in cui è possibile procedere penalmente *sine fama precedente*, e senza fornire la *copia diffamationis*: ANGELUS DE UBALDIS, *Repetitio in l.si vacantia*, cit., n. 164 ss., f. 53v ss. La questione sconta, fra le altre cose, l'ambiguità nell'uso dei termini 'fama' e 'indicium' nella dottrina del diritto comune: v. ad es. l'opera di Marsili cit. alla nt. 65, § *Diligentier, passim*; cfr. sul tema I. ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. Teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, 1995, *passim* e in part. p. 97 ss.

⁵³ Anche in questo caso, non se ne discute il posizionamento nell'*iter* processuale. La trattazione dell'Aretino è concepita come un ideale prolungamento della materia indiziaria, trovandosi all'interno del lungo § *Quod fama* di ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, nn. 93-121, ff. 91v-98r; affronta alcuni principi generali in materia, la capacità soggettiva passiva dei tormenti, le modalità della tortura, la ratifica ed eventuale *repetitio* della stessa, la responsabilità del giudice.

⁵⁴ Essenzialmente di teoria del reato e di singoli delitti: *tempus* e *locus commissi delicti*, colpa e *materia armorum*; ingiuria, falso, incendio, gioco d'azzardo, *percussio*, furto; *auxilium* e favoreggiamento (*ivi*, ff. 99r-192v).

⁵⁵ Sintetizzo qui la struttura essenziale del confronto 'dibattimentale' disegnato dall'Aretino. Dopo aver trattato della contumacia, nel § *Comparuerunt dicti inquisiti...et negaverunt* (ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, f. 216r ss.) inizia il 'giudizio': al reo che si presenta in aula vengono contestati gli addebiti emersi nel corso delle indagini (1^a udienza, 14 dicembre). Il reo può dichiararsi innocente (*negativo*) o confessare, oppure dirsi solo parzialmente colpevole. Nel primo caso, si può pervenire a tortura, se sussistono i presupposti; nel frangente, si discutono alcune norme sulla testimonianza. I due pa-

- 1^a udienza (fissata, nel processo immaginario, al 14 dicembre). Contestazione del reato all'imputato; dichiarazione del reo (colpevole, innocente o parzialmente colpevole); fissazione di un termine a difesa.
- 2^a udienza (15 dicembre). Prima fase difensiva del reo, ricomprendente *inter alia*: revoca della confessione, testimoni a difesa, legittima difesa, altre cause di giustificazione, 'instrumentum pacis'.
- 3^a udienza (2 gennaio). Produzioni probatorie del giudice: 'ripetizione' formale dei testimoni a carico (già sentiti nell'istruttoria); controdeduzioni alle difese del reo (ad es. contestazione della validità del bando che avrebbe garantito l'impunità all'*interfactor*); pubblicazione delle risultanze processuali e fissazione di un nuovo termine a difesa 'ad opponendum contra dictum processum'.
- 4^a udienza (8 gennaio). Seconda fase difensiva per l'imputato, incentrata sulla ripulsa dei testimoni a carico e sulla contestazione delle loro dichiarazioni.

ragrafi successivi si occupano del caso in cui il reo si dichiara colpevole (*ivi*, § *Comparuerunt dicti inquisiti et confitentur totum*, f. 220r ss., che contiene alcune norme sulla confessione), e del caso di confessione parziale (§ *Comparent inquisiti, et partim negant, et partim confitentur...*, f. 223r ss.). Dopo una parentesi su *relaxatio fideiussoribus* e carcere, si torna in aula: in qualsiasi modo il reo abbia risposto agli addebiti, alla fine della prima udienza gli viene concesso un termine (qui è di dieci giorni) per presentare una prima serie di difese (§ *Qui iudex...statuit terminum*, f. 230v ss.). Si arriva così alla seconda udienza, la quale si svolge però solo il giorno dopo, il 15 dicembre (§ *Comparent dicti inquisiti...et pro eorum defensione produxerunt*, f. 232r ss.): qui il reo può revocare la confessione, presentare un 'instrumentum pacis', negare la propria colpevolezza, presentare eccezioni sul rito, invocare la legittima difesa o altre cause di giustificazione. Dopo la pausa natalizia, si passa alla terza udienza (il 2 gennaio: § *Qui iudex...produxit infrascriptos testes*, f. 238r ss.), in cui il giudice presenta formalmente le sue prove, facendo 'ripetere' ufficialmente i testimoni a carico già sentiti nell'istruttoria, e presentando le controdeduzioni alle difese del reo (ad es. contestando la validità del bando che avrebbe garantito l'impunità all'*interfactor*); a questo punto si pubblicano le risultanze processuali e si concede un ulteriore rinvio, di quattro giorni, per una seconda fase difensiva, «ad opponendum contra dictum processum» (§ *Qui iudex dictum processum publicavit*, f. 239v ss.). Si arriva così all'8 gennaio, quarta ed ultima udienza, in cui ci si concentra sulla ripulsa dei testimoni (§ *Qui iudex statuit terminum...ad opponendum contra dictum processum*, f. 240v ss.).

Esauriti questi passaggi, la trattazione si rivolge alla fase di emissione della sentenza. Si delinea in tale schema un vero e proprio 'botta e risposta' fra *iudex* e imputato, che si allontana dall'immagine tradizionale dell'inquisitorio come processo governato interamente dal giudice e pressoché privo di spazi di manovra per il reo⁵⁶. Si tratta, per quel che posso vedere, di una struttura 'dibattimentale' (in senso lato, naturalmente) assai peculiare nel panorama della criminalistica, e senz'altro meritevole di un maggiore approfondimento⁵⁷.

Torniamo al nostro problema. Come si inserisce il rapporto fra difesa e tormenti in questa prospettiva? Se ad un primo sguardo la struttura del 'giudizio' di Gambiglioni risulta ben definita, diversi sono però gli aspetti dubbi. Non ad ogni punto del percorso corrisponde una descrizione effettiva degli atti da compiere⁵⁸; soprattutto, manca all'appello un protagonista cruciale: la *quaestio per tormenta*. Solo nelle battute iniziali si menziona la tortura, come possibile strumento per sollecitare il reo che si mantiene *negativo* (ossia si dichiara innocente⁵⁹). In tal caso, se sussistono indizi sufficientemente pregnan-

⁵⁶ Pur sfumato in relazione a singole problematiche, il giudizio è piuttosto comune nella storiografia giuridica. Ad es. M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, I, cit., p. 124, trattando della tortura, parla di un processo inquisitorio «interamente assorbito, compresso e appiattito sul suo momento istruttorio»; v. anche L. GARLATI, *Inseguendo la verità*, cit., *inter alia*, pp. 188-207.

⁵⁷ G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura*, cit., p. 329 ss., illustra dettagliatamente questa sequenza, ma non sembra rilevarne la peculiarità strutturale.

⁵⁸ Ad esempio, le due rubriche dedicate al caso in cui il reo si dichiara colpevole (1^a udienza) non trattano del modo di procedere, ma solo di norme 'so-stanziali' su confessione e *qualitates delicti*: v. *retro*, nt. 55.

⁵⁹ Si noti che, nel frangente, l'Aretino fa riferimento alla possibilità che il reo sia *già stato torturato* nella fase delle indagini: trattandosi di una parte del procedimento ancora coperta dal segreto, e non fornendo l'autore un chiarimento in merito, ciò parrebbe vanificare nei fatti il presidio della *defensio ante torturam*, che pure l'autore aveva distintamente configurato in precedenza. In realtà, qui l'autore sembra dare per scontato che nella fase di indagini si sia arrivati ad una confessione stragiudiziale del reo, spontanea o sotto tortura. ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, § *Comparuerunt dicti inquisiti... negaverunt*, f. 216v, dice infatti che quando nega gli addebiti (e si tratta di reato per cui è possibile torturare) il reo «iterum de novo subijciendus [est] torturae, ut perseveret in eadem sua confessione». Ma l'intero passo è di non facile lettura, e meriterebbe un diverso approfondimento.

ti⁶⁰ il giudice può ordinare la tortura. L'autore non ci dice però *quando* questa tortura avrà luogo; così come non ci rammenta la necessità, di cui aveva parlato in precedenza, di pubblicare e consegnare copia degli indizi al reo in vista dei tormenti. Nella scansione del 'giudizio', così plasticamente descritta dall'autore, la tortura è semplicemente omessa; quasi si volesse sottrarla alla concretezza del rito, evitando di darle una posizione. Sono previste – si riguardi lo schema sopra riportato – due udienze difensive per il reo, la seconda delle quali è preceduta dalla 'publicatio processus': ma nessuno di questi atti viene coordinato alla tortura. Se ragionassimo sulla base dell'ordine espositivo (come avevamo fatto per Gandino) dovremmo posizionare la tortura all'inizio di questo 'dibattimento', prima di entrambe le udienze di difesa: ma ciò si porrebbe in contraddizione con la regola enunciata nelle pagine precedenti del *Tractatus*, che garantiva la difesa prima della tortura.

D'altronde, l'intera sequenza 'dibattimentale' appare ancora inquadrata negli schemi concettuali della difesa di matrice accusatoria, prevista per rispondere alle risultanze probatorie già complete e così evitare o rintuzzare la condanna. «Nemo enim debet damnari, nisi prius dato termino ad faciendam suam defensionem»: questo stesso principio, affermato in apertura del 'giudizio' (e medesimi sono i riferimenti normativi di *ius commune*⁶¹) sembra informare di sé tutto l'*ordo defensionis*.

Come si è visto, vengono enucleate con nettezza *due fasi difensive* per il reo. La biforcazione, tuttavia, non si direbbe motivata dalla necessità di far posto alla difesa *ante tortu-*

⁶⁰ Insieme agli altri presupposti sostanziali, Gambiglioni ricorda che il reato contestato dev'essere ricompreso fra le ipotesi delittuose che consentono la tortura.

⁶¹ ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, § *Qui iudex...statuit terminum*, n. 1, f. 230v. Il sostegno normativo chiave rimane sempre la l. *Unius facinoris*, § *Cogniturum* (D.48.18.18.9), cui si aggiungono due riferimenti abbastanza generici a D. 49.16.3, tit. *De re militari*, l. *Desertorum auditum*, § *Si ad diem*, sul reato di diserzione; D.47.17.1, tit. *De furiis balneariis*, l. *Fures nocturni*, che stabilisce: «fures nocturni extra ordinem audiendi sunt et causa cognita puniendi». Si citano poi i commenti di Bartolo, di Alessandro Tartagni e di Bartolomeo da Saliceto.

ram. Guardando alla struttura testuale del 'giudizio'⁶² sembra proprio che l'autore abbia voluto riprendere e riordinare quelle che in Gandino, come s'è visto, erano sinteticamente e frammentariamente indicate come (1) la presentazione delle *exceptiones* processuali da parte del reo (da farsi alla comparizione in aula) e appunto (2) la difesa 'ordinaria' sul merito della controversia (prevista *ante condemnationem*). Tali previsioni vengono ristrutturare ed ampliate – inserendole in un confronto dialettico fra reo e giudice – in due fasi/udienze difensive più chiaramente definite: (1') la prima incentrata sulle difese 'di rito' e su altri motivi che, in linea di massima, non si rivolgono all'impianto probatorio del giudice⁶³; (2') la seconda invece incentrata proprio su quest'ultimo (in particolare sulla contestazione dei testimoni a carico) e collocata all'esito della produzione e pubblicazione delle prove a carico dell'imputato. In questo quadro, il momento riservato alla difesa *ante torturam* rimane un punto interrogativo.

3.3. Collocare un istituto nell'iter del processo: Ippolito Marsili

Approriamo ora al Cinquecento, secolo che vedrà lo sviluppo più avanzato della criminalistica pratica. Intorno al 1515 il giurista bolognese Ippolito Marsili⁶⁴ scrive la sua *Practica*

⁶² E in particolare all'accostamento fra fasi difensive e motivi di difesa: cfr. *supra*, lo schema delle udienze e nt. 55. Si noti che si tratta di un accostamento meramente testuale: Gambiglioni non afferma espressamente che in una certa udienza possano essere portate certe difese e non altre; si limita a *descrivere* alcuni motivi di difesa in corrispondenza della seconda udienza (ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, § *Comparent dicti inquisiti...et pro eorum defensione produxerunt*, f. 232r ss.), e altri motivi di difesa in corrispondenza della quarta (*ivi*, § *Qui iudex statuit terminum...ad opponendum contra dictum processum*, f. 240v ss.). La conclusione che ne traiamo, ossia che i diversi motivi di difesa siano assegnati alle diverse udienze, è pertanto solo presuntiva.

⁶³ Fra cui altri motivi di difesa che possono influire sul rito (come l'*instrumentum pacis*, ma anche il *ne bis in idem*), oppure cause di giustificazione (come l'uccisione legittima del *bannitus*): ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, § *Comparent dicti inquisiti...et pro eorum defensione produxerunt*, ff. 232r-238r.

⁶⁴ Sul giurista bolognese v. L. PALLOTTI, voce *Marsili, Ippolito*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 70, Roma, 2008, pp. 764-767; M. CAVINA, voce

causarum criminalium, detta *Averolda*⁶⁵, un altro importante punto di riferimento nel genere. In quest'opera, alla difesa pre-tormenti si conferisce una collocazione più chiara nella sequenza processuale.

L'architettura complessiva del processo descritta da Marsili, anche se orientata in senso più marcatamente inquisitorio⁶⁶, non si distanzia molto da quella delle opere già esaminate. Ma l'ordine delle attività processuali risulta più intelligibile. L'opera nel suo complesso si divide in tre parti: la prima descrive lo scheletro del procedimento *in criminalibus*, la seconda e la terza si occupano rispettivamente di alcune *questiones* e di quattro *materiae* specifiche che integrano la tela del giudizio⁶⁷. Nella prima parte sono dunque condensati gli atti della procedura, i quali vengono composti in una trama testuale meno dispersiva rispetto a quelle di Gandino e dell'Areano, ma anche 'spiegati' più chiaramente nella loro consequenzialità.

La prima parte dell'opera inizia descrivendo i presupposti per instaurare l'inquisizione (fama e indizi di colpevolezza, ma anche la constatazione materiale del reato⁶⁸). Si pas-

Marsili, Ippolito, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna, 2013, pp. 1286-1287. Cfr. anche F. CORDERO, *Criminalia*, cit., pp. 290-296. Da ultimo, mi permetto di rinviare a F. GODANO, *L'enigmatica biografia di Ippolito Marsili. Prime note: la sfera personale e la formazione*, in *Historia et Ius*, 2018, 13, 4, pp. 1-29.

⁶⁵ Ho consultato l'opera nella seguente edizione: HIPPOLYTUS DE MARSILIIIS, *Practica criminalis Averolda nuncupata...*, Venetiis, 1574.

⁶⁶ Marsili non offre una presentazione dei diversi modi di procedere, ma inizia subito trattando del giudice che instaura un'*inquisitio*: HIPPOLYTUS DE MARSILIIIS, *op. cit.*, § *Principium*, f. 2v. Tutti gli elementi processuali di matrice accusatoria sono sempre indicati come variazioni dell'*ordo inquisitionis*, ed alcuni, anche importanti, sono omessi: ad es. la citazione del reo è considerata solamente nella sua modalità *re*, ovvero come *captura* (HIPPOLYTUS DE MARSILIIIS, *op. cit.*, § *Constante*, f.11r).

⁶⁷ Non si ritrova, invece, una parte specificamente dedicata ai reati, come invece accade nelle *pratiche* descritte in precedenza, e in quelle che vedremo nel prosieguo.

⁶⁸ È il cd. *constare de delicto*, che qui (a differenza delle opere viste *supra*) ha una trattazione autonoma, nel primo paragrafo: HIPPOLYTUS DE MARSILIIIS, *op. cit.*, § *Principium*, f. 3r ss. Nel secondo paragrafo (*ivi*, § *Constante*, f. 11r ss.) si tratta di fama e indizi *ad inquisitionem formandam* (diversi da quelli

sa quindi subito alla fase del 'giudizio', che Marsili chiama semplicemente *sequentia* (*fienda per iudicem*): qui l'esposizione acquista notevole plasticità, precisando con minuzia di dettagli le figure coinvolte (compresi notai e avvocati), le loro interazioni, le loro parole; restituendo vividamente la scansione 'materiale' degli atti del processo. In apertura della *sequentia*, l'autore descrive nitidamente due diversi percorsi processuali che possono aprirsi per il reo condotto *ad banchum iuris* e reso edotto degli addebiti nei suoi confronti⁶⁹. Disposti su due rubriche, i percorsi si differenziano in base alla dichiarazione del reo:

- A. Il reo risponde con una *confessione spontanea* (terza rubrica, *Postquam*). In questo caso, se la confessione non è viziata, e viene reiterata dopo 2/3 giorni, si concede un termine (di 8/10 giorni) per la difesa *ante condemnationem*: «iudex dicit reo. Ego do tibi dies octo, vel decem [...] ad faciendum tuas defensiones alias elapso dicto termino, procedam ad sententiam et ad executionem contra te»⁷⁰;
- B. Il reo *nega* di aver commesso il reato (quarta rubrica, *Nunc videndum*). In questo caso, se sussistono gli estremi per la tortura, il giudice, dopo aver fatto acquisire formalmente i testi a cari-

ad torturam: in tema cfr. I. ROSONI, *Quae singula non prosunt*, cit., p. 164 ss.). Sul *constare*, antesignano del concetto moderno di 'fatto tipico' di reato, v. A. GARGANI, *Dal corpus delicti al tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997; M. PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., pp. 169-194.

⁶⁹ HIPPOLYTUS DE MARSILIIS, *op. cit.*, § *Postquam*, pr., f. 33r.

⁷⁰ *Ivi*, n. 5, ff. 34r-v. Marsili descrive con minuzia di dettagli il susseguirsi degli atti processuali: «Modo prosequendo in responsione rei facta inquisitioni. Scias quod aut sponte confitetur sine tormentis, et sine minis et sine aliquo actu violentiae contenta in inquisitione, et tunc notarius scribit talem spontaneam confessionem. Postea interveniente termino duorum, vel trium dierum, iudex ipse vadit denuo ad banchum iuris cum notario maleficiorum, et facit coram eis ducere reum [...]. Tunc si ipse reus iterum dicit [confessio] esse vera, et affirmat eius confessionem: tunc, quia dicitur ratificasse et perseverasse in confessione sua, iudex dicit reo. Ego do tibi dies octo, vel decem [...] ad faciendum tuas defensiones alias elapso dicto termino, procedam ad sententiam et ad executionem contra te secundum formam iuris et statutorum. Quibus peractis reus reponitur ad carceres inferiors, ubi potest cum procuratoribus, at advocatis ordinare suas defensiones, si quas habet, et facere vult».

co, deve consegnare al reo copia degli indizi e fornirgli un termine per difendersi e ‘purgare’ gli indizi, «cum comminatione, quod si [indicia] in illo termino non purgaverit, quod illa purgabit cum tortura»⁷¹.

I due percorsi potranno intrecciarsi variamente, a seconda dei casi⁷², riunendosi poi nella fase di decisione. In particolare, se all’esito della tortura prevista nel caso (B) il reo confessa, si produrrà l’ulteriore situazione:

C. Il reo *confessa sotto tortura* (settima rubrica, *Quoniam*). In questo caso, si ritorna nella situazione del caso (A): se la confessione viene ratificata, si concede un termine (qui si dice di 10 giorni) per difendersi *ante condemnationem*⁷³.

Troviamo dunque, nella struttura dell’*Averolda*, un quadro più organico del funzionamento del ‘giudizio’. Vi si delineano con chiarezza due diverse possibilità difensive, legate a due diversi itinerari del processo, e *configurate entrambe come modalità ‘ordinarie’ di difesa*: quella *ante torturam* (B) e quella *ante condemnationem* (A e C). L’opera mostra dunque ‘finalmente’ una collocazione *procedurale* per la difesa che precede i tormenti, insinuatasi nella scienza pratica dell’*inquisitio* quasi tre secoli prima, *sub specie quaestionis*.

L’operazione dogmatica rivela un’ulteriore rimodulazione dell’assetto difensivo, ancora orientato nel *Tractatus* di Gambiglioni alla distinzione fra eccezioni sul rito e sul merito della contesa. Da un lato, l’opera di Marsili allenta la struttura dialettica del ‘confronto in aula’: non troviamo più una scansione specifica di deduzioni e controdeduzioni fra reo e giudice; d’altro lato, i passaggi difensivi appaiono riordinati e trasfigurati in un binomio che è ormai lontano dal principio ‘actor probat, reus respondit’ ed è organizzato invece *in ragione delle speci-*

⁷¹ *Ivi*, § *Nunc videndum*, pr., f. 45v.

⁷² Ad esempio, se il reo non conferma la confessione spontanea (caso A), la precedente confessione costituirà un forte indizio di colpevolezza che potrà giustificare la tortura, ricadendosi così nel caso (B): *ivi*, § *Postquam*, n. 5, f. 34v.

⁷³ *Ivi*, ff. 120v-121r, § *Quoniam*, nn. 1-2.

fiche esigenze difensive del processo inquisitorio: in base cioè al momento in cui le difese tecniche (siano esse sul rito o sul merito⁷⁴) si rendono opportune a fronte dell'esercizio di poteri giurisdizionali che incidono sulla sfera del reo.

Tutto ciò comporta una migliore definizione non solo della difesa *ante torturam*, ma della stessa fase difensiva *ante condemnationem*, la quale si precisa nei suoi tempi e modi (A e C) anche attraverso l'interazione con la difesa pre-tormenti (B). Iniziano così ad emergere i *rapporti reciproci* fra i due snodi difensivi: se è espressamente prevista una difesa successiva alla confessione sotto tortura (C), a sua volta espressamente preceduta da una difesa (B), le due forme di difesa dovrebbero essere compatibili, e dunque *cumulabili*. Marsili sul punto non si esprime⁷⁵, ma la letteratura successiva fornirà qualche precisazione.

Difesa *ante torturam* e difesa *ante condemnationem* vengono insomma composte su una *tela iudicii* piuttosto definita e coerente. Non tutto però è bene allineato: ad esempio, mentre è prevista la consegna al reo della copia degli *indicia* per la difesa *ante torturam*, la pubblicazione del processo non è menzionata come presupposto per la difesa *ante condemnationem*, come invece aveva previsto l'Aretino⁷⁶ (con il che si ripropone il problema: come ci si difende senza conoscere gli atti?).

⁷⁴ Mentre l'Aretino tratta ancora dei termini di proponibilità di alcune *exceptiones* (v. ad es. ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, § *Et ad querelam Titii infrascripti*, n. 54, f. 31v), Marsili non si occupa di questo tipo di decadenze processuali – confermando l'assorbimento ormai completo delle forme dell'accusa in quelle della *querela* (E. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., pp. 26, 41 ss.) – e più in generale non assegna spazi processuali diversi a diversi motivi di difesa.

⁷⁵ Nei paragrafi dedicati ai diversi percorsi difensivi non si fa menzione specifica del problema. Nel paragrafo *Examinanda*, dedicato alla rinuncia alla difesa, l'autore afferma di trattare della difesa del reo convinto o confessore, e non si accenna alla difesa *ante torturam* (HIPPOLYTUS DE MARSILII, *op. cit.*, f. 197r ss.).

⁷⁶ V. *retro*, nt. 55. Ed anzi: il concetto stesso di 'publicatio', come atto separato da quello della consegna della copia degli atti, è sostanzialmente assente nell'*Averolda*. L'unico punto (se non vedo male) in cui compare è un momento successivo alle difese pre-condanna: si tratta di una delle *quaestiones* della seconda parte dell'opera, dedicata al *conclusum in causa*: HIPPOLYTUS DE

Per quanto riguarda la consegna della *copia indiciorum* al reo negativo, in vista della difesa *ante torturam* (ipotesi B), nell'*Averolda* non si trova traccia delle limitazioni poste da Angelo Ubaldi. Gli indizi di reato sono ormai una categoria processuale autonoma da quella della *diffamatio* («indicia sunt loco diffamationis»): non residuano allora più dubbi sul fatto che il giudice non possa di norma⁷⁷ essere sollevato dal rispetto dei requisiti indiziari per *inquirere*, e dunque dal fornirne copia a chi si deve difendere⁷⁸.

Inoltre, il criminalista pone il problema – per primo, dice Fiorelli⁷⁹ – se la consegna della copia, con relativa fissazione del termine a difesa, sia atto *a richiesta di parte* (come aveva specificato l'Aretino, e come si deduceva già in Gandino), oppure sia *dovuta anche d'ufficio*. Il dubbio prende la forma di una *quaestio* di una certa organicità. Il maggiore fondamento romanistico del diritto di difesa (il summenzionato frammento *Cogniturum* del Digesto) impone che non si neghi la difesa «reo postulante»⁸⁰: pertanto, si può affermare che al caso si applichi la *regula* (confermata da diversi altri *similia*) per cui «super non petitus iudex non dicitur sedere», concludendo quindi che l'atto sia a richiesta di parte⁸¹. *E contra*, valoriz-

MARSILIIS, *op. cit.*, § *Sequens quaestio*, nn. 2, 6, ff. 208r-v. La *quaestio* riguarda la possibilità di presentare ulteriori prove *post conclusum*, ovvero «publicatis attestationibus»: la risposta è positiva (come già aveva detto BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In II partem Digesti Novi Commentaria...*, Basileae, 1588, ad D. 48.19.27, tit. *De poenis*, l. *Divi fratres*, p. 563), ma si tratta comunque di una possibilità 'straordinaria', successiva alla presentazione della difesa *ante condemnationem* 'ordinaria'.

⁷⁷ Anche questa norma è interessata da numerose eccezioni, nei casi in cui si può agire *iuris ordine non servato*, come nel caso di *crimen enorme*: G. CHIODI, *Crimini enormi*, cit., *passim*.

⁷⁸ Difatti, dopo aver discusso le limitazioni di Angelo Ubaldi nella rubrica su fama e indizi (HIPPOLYTUS DE MARSILIIS, *op. cit.*, § *Constante*, nn. 20-32, f. 15v ss., in part. n. 19, da cui è presa la citazione del paragrafo), il giurista felsineo non accenna minimamente alla possibilità che il giudice possa obliterare la consegna della *copia indiciorum* (che può includere anche la *copia diffamationis*); *ivi*, § *Nunc videndum*, f. 45v ss.

⁷⁹ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, II, cit., p. 59.

⁸⁰ D.48.18.18.9. V. *supra*, nt. 31.

⁸¹ HIPPOLYTUS DE MARSILIIS, *op. cit.*, § *Nunc videndum*, nn. 3-6, ff. 46r-47v. (la citazione nel testo è al n. 6, f. 47r).

zando il carattere strumentale della consegna della copia degli indizi rispetto ad una difesa efficace, e considerando dunque che la consegna sia configurabile *essa stessa* come atto di difesa, («datio copiae indiciorum est defensio!»), si può invece sostenere il principio, ricavato parimenti dal Digesto, per cui «iudex ex officio etiam nemine petente debet quaerere defensiones rei», e concludere che si tratti di un atto d'ufficio⁸². *Pro concordia*, Marsili chiude la *quaestio* optando per una interessante *distinctio*, fra il caso che il reo sia *idiota*, e dunque «verisimiliter nesciens facere suas defensiones», e il caso contrario di un reo *prudens*: nel primo caso l'atto dovrà compiersi d'ufficio, nel secondo sarà a richiesta di parte⁸³.

Al di là della soluzione (peraltro controversa per tutto l'*Ancien Régime*⁸⁴), l'articolazione del problema mostra vividamente la difficile costruzione di un garantismo teso verso una concessione 'sistematica' della possibilità di difendersi, e tuttavia mediato in modo ambiguo dall'*arbitrium* giudiziale (come si fa a sapere chi è sufficientemente *prudens*? Lo decide lo stesso giudice istruttore?). Si noti l'argomentazione di Marsili: «nec obstat – dice il giurista, contestando la tesi per cui il giudice decide *super petitis* – si diceretur quod [...] in his quae sunt iuris ignorantia non succurritur»; l'obiezione contrasta con la realtà del processo penale, in cui spesso, «ut docet experientia»:

iudices tenent reos in carceribus secretis, et non permittuntur, quod ipsi possunt alloqui nec procuratores nec advocatos, nec aliquem aliam personam [...] ne ab aliquo instruantur ad occultandum delictum⁸⁵.

⁸² *Ivi*, nn. 7-13, ff. 47v-48r (la citazione nel testo è al n. 7, f. 47v). La legge romana che sorregge l'argomentazione è D.48.19.19, tit. *De poenis*, l. *Si non defendantur*: «Si non defendantur servi a dominis, non utique statim ad supplicium deducuntur, sed permittetur eis defendi vel ab alio, et qui cognoscit, debebit de innocentia eorum quaerere».

⁸³ HIPPOLYTUS DE MARSILIIS, *op. cit.*, § *Nunc videndum*, n. 13, ff. 48r-v.

⁸⁴ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, II, cit., p. 58.

⁸⁵ HIPPOLYTUS DE MARSILIIS, *op. cit.*, § *Nunc videndum*, n. 15, f. 49r.

In questi casi, dunque, i rei *idiotae* sono di fatto posti nelle condizioni di non poter esercitare il proprio diritto di difesa, «cum non sit in potestate eorum consulere peritiores»⁸⁶. Come spesso accade in queste opere, di colpo ci troviamo di fronte alla realtà della prassi, che in molti casi stride violentemente con le costruzioni teoriche – pur costituendone, allo stesso tempo, la necessaria e costante alimentazione.

3.4. Una sequenza processuale unitaria: Giulio Claro

Ci avviciniamo alla fine del nostro *excursus*. Nel pieno del XVI secolo si assiste ad una vera e propria fioritura del genere delle *pratiche* criminali. Sollecitata anche dalle incipienti formazioni statuali e dai loro apparati giudiziari⁸⁷, nonché dal rinnovamento dell'inquisizione antiereticale⁸⁸, la materia penalistica ha ormai raggiunto un grado di elaborazione teorica e un'autonomia disciplinare⁸⁹ che si riflettono nella ma-

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Di particolare importanza è lo sviluppo di un'organizzazione amministrativa e giurisdizionale accentrata e gerarchica, che culmina nei cd. "Tribunali centrali", o "Grandi tribunali": v. almeno G. GORLA, *I tribunali supremi degli stati italiani, fra i secc. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello stato e della sua uniformazione fra stati (Disegno storico-comparativo)*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto, I, Firenze, 1977, pp. 447-532; M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna, 1995²; M.N. MILETTI, *Stylus iudicandi. Le raccolte di «decisiones» del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli, 1998.

⁸⁸ Il tema è di particolare importanza, anche se in questa sede non può essere approfondito. Vedi almeno A. ERRERA, *Processus in causa fidei. L'evoluzione dei manuali inquisitoriali nei secoli XVI-XVIII e il manuale inedito di un inquisitore perugino*, Bologna, 2000; A. SANTANGELO CORDANI, *«La pura verità». Processi antiereticali e Inquisizione romana tra Cinque e Seicento*, Milano, 2017.

⁸⁹ Nel 1509 Marsili era stato chiamato sulla prima cattedra di *ius criminale* di cui si abbia notizia. Sulle origini di questo insegnamento v. M. CAVINA, *La bilancia e la spada: Ippolito Marsili e le origini bolognesi dell'insegnamento criminalistico*, in *Ai confini del problema criminale. Saggi storico-giuridici*, a cura di M. CAVINA, Bologna, 2015, pp. 9-15.

turità scientifica della sua letteratura⁹⁰. L'alessandrino Giulio Claro⁹¹, giurista e uomo politico di gran fama, autorevole componente del Senato di Milano⁹², rappresenta uno dei punti più alti di questa evoluzione: nel suo *Liber V receptarum sententiarum* (1568⁹³) si compendiano e si affinano i risultati della plurisecolare riflessione inaugurata da Gandino, conferendo loro una limpidezza dogmatica ed espositiva che rimarrà di esempio nei secoli successivi.

L'architettura del processo disegnata da Giulio Claro presenta un notevole livello di organicità⁹⁴. Ormai pressoché scevra di forme accusatorie⁹⁵, la fase del 'giudizio' di questa *Practica criminalis* mantiene la struttura che veniva delineandosi nell'opera di Marsili⁹⁶, ma si mostra decisamente più com-

⁹⁰ Tale maturità si sostanzia in una serie di caratteri che distinguono notevolmente le pratiche di età moderna dai loro antecedenti medievali: in particolare, l'assetto delle fonti, che si incentrano su decisioni e *styli* giudiziari più che sulle opinioni dottorali; la corrispondente caratterizzazione territoriale, che indebolisce notevolmente l'aspirazione universalistica medievale (L. GARLATI, *Per una storia*, cit., p. 83 ss.; G.P. MASSETTO, *Saggi di storia*, cit., p. 43 ss.); il metodo ermeneutico, che si allontana della dialettica scolastica per sperimentare forme espositive più libere, con una forte valorizzazione dello *stare decisis* rispetto all'apprezzamento discrezionale delle opinioni.

⁹¹ Sulla figura di Giulio Claro (Alessandria 1525 - Cartagena 1575) v. A. MAZZACANE, voce *Claro, Giulio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 26, Roma, 1982, pp. 141-146; G.P. MASSETTO, *Un magistrato e una città*, cit.; G.P. MASSETTO, S. PARINI, voce *Claro, Giulio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna, 2013, pp. 552-555.

⁹² Massimo organo giudiziario del Ducato lombardo, e fra i più autorevoli dei Tribunali centrali di età moderna: A. MONTI, *Iudicare tamquam Deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano fra Cinque e Settecento*, Milano, 2003.

⁹³ Si tratta, appunto, del quinto libro – quello dedicato alla materia penale – di un'opera più ampia, le cd. *Receptae sententiae. La Practica criminalis* è, a sua volta, la parte del *Liber V* dedicata alla procedura. L'edizione utilizzata è IULIUS CLARUS, *Liber quintus receptarum sententiarum...*, Francofurti ad Moenum, 1576.

⁹⁴ Lo svolgimento del processo è descritto dettagliatamente da G.P. MASSETTO, *Un magistrato e una città*, cit., pp. 239-301; v. in part. *ivi*, pp. 265-277 per le fasi difensive.

⁹⁵ E. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., p. 40 ss.

⁹⁶ L'architettura complessiva dell'opera riflette l'esteso impianto teorico, rendendola più simile al lavoro di Gambiglioni che non a quello di Marsili, più snello e pragmatico. L'*iter* del giudizio si snoda fra la q. 45 (comparizio-

pleta, ordinata e precisa anche nella forma logico-testuale, in particolare nella suddivisione degli argomenti in porzioni di testo (rubriche e versi numerati) e nella loro coerente concatenazione.

Anche sul terreno più specifico della nostra indagine il contributo del *Liber V* è incisivo. I due percorsi difensivi *ante torturam* e *ante condemnationem* – l’abbiamo visto – sono ormai definiti nelle loro linee fondamentali: impiegando le sue doti di sintesi, Claro può riunirli in una *sequenza processuale di ispirazione unitaria*, e variabile nel suo svolgimento.

Siamo alla rubrica (*quaestio*, secondo la dizione di Claro) numero 45 dell’opera. Conclusa l’istruttoria, «qualiter reo personaliter comparent procedatur»? Come di consueto, al reo viene contestata l’imputazione, e su di essa si forma l’interrogatorio, al quale il reo potrà rispondere confessando oppure negando. È qui che prende avvio l’*iter* difensivo unitariamente considerato: esso si svolge sul tronco della seconda alternativa (l’ipotesi B nella *practica* di Marsili), che è quella maggiormente articolata; ma è costruito per adattarsi anche all’ipotesi della confessione spontanea (ipotesi A di Marsili).

Nel caso in cui il reo nega gli addebiti, il primo atto da compiere è la ‘repetitio’ dei testi già sentiti in fase istruttoria, la loro acquisizione formale in giudizio, *reo citato*. Il passaggio compare qui (ma già lo era in Marsili) slegato dalla struttura accusatoria in cui si trovava nel *Tractatus* di Gambiglioni, anticipato e più chiaramente formulato secondo l’ordine logico imposto dalla forma inquisitoria⁹⁷. Si tratta di un atto di cruciale importanza, in quanto determina (ieri come oggi) quale sarà il materiale probatorio su cui il reo poi sarà chiamato a

ne del reo in aula, IULIUS CLARUS, *op. cit.*, § *finalis*, p. 235 ss.) e la q. 66 (regole per la sentenza, *ivi*, p. 325 ss.). Con la q. 67 inizia la trattazione delle tipologie di pena.

⁹⁷ Nell’*Averolda* di Marsili la *repetitio*, pur presentata in sé con tratti definiti, viene formulata in una sequenza un po’ disorganica, inclusa in un passaggio testuale isolato e ripetitivo che lascia una certa ambiguità riguardo ai rapporti con le fasi contigue del procedimento (HIPPOLYTUS DE MARSILII, *op. cit.*, § *Nunc videndum*, n. 29, p. 51v).

difendersi e ad essere giudicato (nel sistema italiano odierno si direbbe ciò che va a formare il 'fascicolo del dibattimento'⁹⁸).

Le problematiche poste da questo istituto⁹⁹ – che riecheggiano nel cuore pulsante del processo penale contemporaneo: la formazione della prova in contraddittorio¹⁰⁰ – sono senza dubbio di grande interesse, ma su di esse non possiamo soffermarci. Possiamo invece osservare che, in merito, Claro effettua una precisazione significativa. La presenza del reo a questa 'repetitio' è piuttosto nebulosa nella letteratura delle *pratiche*: si afferma comunemente, infatti, che il reo viene sì citato per la 'repetitio', ma viene citato «ad videndum iurare testes contra eum»; residuando così un velo di incertezza sul fatto che egli possa anche *partecipare alla deposizione* dei testimoni¹⁰¹. Nemmeno il *Liber V* chiarisce questa circostanza: d'altra parte, però, fa espresso riferimento alla possibilità di una *confrontatio*

⁹⁸ C.p.p. it. 1988, art. 431.

⁹⁹ Oltre ai dubbi sull'effettiva presenza del reo alle deposizioni (*infra* nel testo), si pone il dubbio che tale 'ripetizione' dei testimoni possa ridursi, nei fatti, ad una mera conferma di ciò che essi hanno dichiarato in sede di istruttoria. E su questo le *pratiche* danno spesso indicazioni vaghe: cfr. l'analisi di L. GARLATI, *Inseguendo la verità*, cit., pp. 189-202.

¹⁰⁰ Si pensi alla questione capitale delle dichiarazioni che 'scivolano' dal fascicolo delle indagini preliminari a quello del dibattimento, in particolare attraverso le ipotesi delle letture degli atti di indagine (C.p.p. it. 1988, artt. 511-515) e della procedura di contestazione (art. 500).

¹⁰¹ Ad es. HIPPOLYTUS DE MARSILIIS, *op. cit.*, § *Nunc videndum*, n. 29, f. 51v. Una più generale previsione di contraddittorio fra il reo, o meglio il suo difensore, e il teste (oggi si direbbe di 'controesame' dei testimoni, C.p.p. it. 1988, art. 498), indipendente quindi da discrasie fra le dichiarazioni o da necessità di riconoscimenti (v. nt. successiva) si ritrova in Bartolomeo da Saliceto, il quale afferma esplicitamente che i giudici debbano 'ripetere' i testi «reo citato, et in iudicio veniente ut testes videat iurare, et potest ipse vel eius advocati interrogatoria facere» (BARTOLOMAEUS A SALYCETO, *Pars quarta Commentarium. In VII, VIII et IX Codicis Libros. Cum summaris et repertoriis auctoribus...*, Francofurti, 1615, ad C.9.41.18, tit. *De quaestionibus*, l. *De tormentis*, n. 11, p. 1139). La regola è ricordata anche dall'Aretino, ma non nella trattazione del 'giudizio', bensì nella materia indiziaria (ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *op. cit.*, § *Quod fama*, nn. 10-11); così come lo sarà, ma più laconicamente, in PROSPERUS FARINACIUS, *Praxis*, cit., q. 39, n. 119, p. 634. Tuttavia, la regola era spesso disattesa nella prassi: G. CHIODI, *Crimini enormi*, cit., p. 73. Il senatore Claro, dal canto suo, cita il passo di Saliceto per esteso, ma taglia la citazione proprio su questo particolare (IULIUS CLARUS, *op. cit.*, § *finalis*, q. 45, n. 13).

dei testi con il reo nel caso specifico di dichiarazioni contraddittorie o di necessità di effettuare riconoscimenti¹⁰².

Esaminati i testimoni, si perfeziona il cd. 'processo informativo' (l'insieme degli atti istruttori formalizzati in giudizio), e si apre la fase difensiva vera e propria. Siamo alla *quaestio* 49, e qui riappare una tessera del mosaico processuale che rimaneva in ombra nella *tela iudicii* di Marsili: la pubblicazione del processo. Sono prescritte in realtà due diverse pubblicazioni: quella del 'processo informativo' e quella del successivo 'processo difensivo'. Ma andiamo con ordine.

Per prima cosa viene pubblicato il 'processo informativo': e di esso il giudice darà copia (la *copia indiciorum*) al reo, con fissazione del termine a difesa¹⁰³. Questa serie di atti (pubblicazione, consegna copia indizi, termine a difesa) viene ormai condensandosi come un 'blocco' procedurale. L'autore sta descrivendo l'itinerario previsto per chi si è dichiarato innocente, ed è gravato da un quadro indiziario che legittima la tortura (l'ipotesi B di Marsili). Tuttavia, Claro aggiunge subito che il requisito si estende alle altre possibili varianti dell'*ordo iudicii*. Difatti, il 'blocco' di atti va eseguito anche nei casi in cui il reo abbia confessato, ed abbia dunque diritto a difendersi *ante condemnationem*: con una serie di rinvii interni del testo si precisa che ciò riguarda *tutti i casi* di confessione, e dunque sia il caso in cui l'imputato ha confessato *sponte* (ipotesi A), sia quello in cui la confessione sia avvenuta all'esito dei tormenti (l'ipotesi C¹⁰⁴).

¹⁰² IULIUS CLARUS, *op. cit.*, § *finalis*, q. 45, n. 14. Le due ipotesi corrispondono a quelle che oggi sono chiamate 'confronti' (C.p.p. it. 1988, artt. 211-12) e 'ricognizioni' (*ivi*, artt. 213-17).

¹⁰³ IULIUS CLARUS, *op. cit.*, § *finalis*, q. 49, n. 1, p. 249.

¹⁰⁴ Nel frangente Claro è meno lineare del solito. La regola è prevista al n. 4 della q. 49: pubblicazione e copia del processo con termine a difesa sono necessari, oltre che per il reo *negativo*, anche nei casi in cui egli «sive sit convictus, sive etiam confessus, ut dixi infra ver. Est igitur» (IULIUS CLARUS, *op. cit.*, § *finalis*, p. 250). Il rinvio è al n. 13 della stessa *quaestio*, in cui si ricorda il principio *nemo condemnandus sine defensione*, in particolare per il reo confesso: a sua volta, questo passo rinvia alla q. 65, che ribadisce il principio per il confesso spontaneo (*ivi*, n. 1, p. 325), e per via indiretta alla q. 64, che chiude il cerchio prescrivendo il diritto di difendersi a chi ha confessato sotto tortura e ratificato la propria confessione (*ivi*, n. 44, p. 323).

Infine, si aggiunge un altro tassello, che nelle *pratiche* analizzate più sopra era disperso nelle pieghe dell'esposizione: l'eventualità che il reo, all'esito della 'repetitio' dei testi, risulti *convinto*, ossia 'vinto' da elementi che facciano già *piena prova* contro di lui e legittimino la piena condanna senza necessità di confessione (e quindi di tortura), secondo il cd. sistema di prova legale¹⁰⁵. Anche questo reo *convinto* (chiamiamola ipotesi D) ha diritto a difendersi *ante condemnationem*; nel suo caso, pertanto, il giudice deve dar luogo alla medesima serie di atti, pubblicazione-copia-termina a difesa¹⁰⁶. Si rafforza ulteriormente, in questo passo, il tentativo di fornire un quadro dogmatico unitario per i diversi, complicati itinerari della difesa nel processo.

La consegna della copia degli indizi al reo è un atto d'ufficio o a richiesta di parte? Anche Claro si pone il problema che abbiamo visto in Marsili, e lo risolve anch'egli con una *distinctio*, ma di ordine diverso: più laconicamente, si afferma che nei casi di difesa *ante torturam* (B) la copia «non est danda, nisi petatur», mentre in quelli di difesa *ante condemnationem* (A, C e anche D) «debet omnino dari, etiamsi non petatur»¹⁰⁷. «Et ita servatur in hac provincia», conclude il senatore a sug-

¹⁰⁵ Il sistema di prova legale è cardine fondamentale del processo intermedio: in tema v. G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena*, cit.; I. ROSONI, *Quae singula non prosunt*, cit., pp. 73-96. Oltre alla confessione, la quale ha però un'efficacia diversa, nel regime di prova legale costituiscono piena prova due testimonianze *de visu* concordanti, oltre che una serie di riscontri documentali del reato. Proprio in virtù del diverso regime giuridico, in questi due ultimi casi il reo si dice *convinctus*, mentre nel primo si dice *confessus*. Come si è già detto, nella prassi spesso la tortura veniva inflitta anche a chi era già *convinto*, così che non potesse fare appello.

¹⁰⁶ IULIUS CLARUS, *op. cit.*, § *finalis*, q. 49, n. 4, p. 250. Cfr. *supra*, nt. 104.

¹⁰⁷ *Ibidem*. Il passo costituisce un buon esempio delle differenze fra le *pratiche* mature e quelle medievali (v. *retro*, nt. 90). La differenza fra l'argomentazione succinta proposta da Claro e l'ampia *quaestio* che aveva sviluppato Marsili mostra in modo evidente la progressiva riduzione dell'uso della dialettica: in questo, come in altri casi, l'esposizione delle ragioni *pro* e *contra* e delle soluzioni di una determinata questione vengono sempre più sintetizzate ed il loro svolgimento lasciato sempre più alle citazioni. Inoltre, i protagonisti di questi dibattiti tendono in misura sempre maggiore a diventare le corti, piuttosto che i professori; e pur non dismettendosi la prospettiva di una normativa 'comune' (L. GARLATI, *Per una storia*, cit., p. 102), gli *styli iudican-*

gello del discorso, legittimando la *distinctio* sulla base della prassi avallata dal 'suo' Tribunale centrale (il Senato lombardo), piuttosto che sull'opinione di qualche dottore, e mostrando così la caratteristica 'cifra' statutale e territoriale delle *pratiche* di epoca moderna.

Inquisitio, citazione, comparizione (e non contumacia), interrogatorio, confessione o *negativa*, ripetizione, pubblicazione, *copia indiciorum*, termine a difesa. A meno a mano, con fatica, vediamo tutti questi elementi comporsi pazientemente in una *scansione ordinata* sempre più intelligibile.

A questo punto il reo può esercitare le proprie difese. Nelle successive 11 *quaestiones*, dalla q. 50 alla q. 60, l'opera riunisce e descrive i possibili motivi di difesa¹⁰⁸. Il modo in cui Claro organizza siffatti elementi normativi costituisce un ulteriore affinamento di quel processo, ancora incipiente nell'Aretino, di ricomposizione dogmatica delle attività difensive sulla base delle esigenze della forma inquisitoria. Le diverse tipologie di *exceptiones/defensiones* sono presentate in un contesto unitario, raggruppando insieme quelle sul rito e quelle sul merito; la loro opponibilità in giudizio non viene limitata a questa o quella fase difensiva¹⁰⁹. D'altro canto, questa sezione dell'opera offre un catalogo ordinato di *species defensionis*, che negli autori precedenti risultavano un po' disperse della trattazione¹¹⁰.

di che emergono nelle corti tendono progressivamente ad essere considerati vincolanti *nel loro territorio*.

¹⁰⁸ IULIUS CLARUS, *op. cit.*, § *finalis*, qq. 50-60, p. 252 ss. Si noti che, al di là della descrizione dei motivi, lo svolgimento concreto delle udienze difensive non viene illustrato dall'alessandrino (come del resto non lo era nelle opere precedenti).

¹⁰⁹ Si veda l'esempio paradigmatico delle invalidità processuali, alle quali Claro non assegna nessun 'termine di decadenza' (IULIUS CLARUS, *op. cit.*, § *finalis*, q. 50, pp. 252-254); molto tempo prima, in un ambiente processuale strutturato in senso ancora accusatorio, Gandino si era affrettato a sancire come queste invalidità, «tam dilatorias quam perentorias [...] sicut in causis pecuniariis tales debent opponi in initio, id est ante litis contestationem» (H. KANTOROWICZ, Albertus Gandinus, 2. *Die Theorie*, cit., § *Quid sit agendum reo presente et non contumace*, n. 1, p. 151).

¹¹⁰ Ad es. nell'*Averolda*, la quale non contiene una parte specificamente dedicata alle possibili ragioni di discolta: le *causae quae excusant a poena* sono presentate in calce all'iter procedimentale, dopo la ripetizione della tor-

Esaurita la sessione difensiva (sia essa quindi, si badi, *ante torturam* o *ante condemnationem*), la q. 61 prescrive al giudice il secondo atto di pubblicazione, cui si era accennato più sopra: quella del 'processo difensivo', il verbale degli atti compiuti e dei testi presentati a discarico¹¹¹.

Siamo così giunti alla conclusione della nostra *sequentia*, del 'confronto in aula' fra le parti. In apertura della successiva q. 62, il giudice si trova davanti al suo fascicolo, a dover «diligenter considerare processum tam offensivum quam defensivum, et recta trutina perpendere, quod ex ipso processu resultet»¹¹². A questo punto, Claro riprende le fila delle diverse strade che l'*ordo*, unitariamente descritto, può aver battuto in concreto, e ne sintetizza efficacemente gli esiti possibili¹¹³:

- 1) il reo risulta «plene convictus, vel confessus»: e allora si deve procedere a condanna. Ciò vale in prima battuta per il reo *sponte* confesso (caso A) o *convinto* (caso D), il quale ha usufruito quindi di una *defensio ante condemnationem* ma non ha presentato prove sufficienti per intaccare l'impianto inquisitorio; ma la stessa situazione può riguardare anche la posteriore ipotesi del reo *negativo* che abbia poi confessato sotto tortura (caso C), e dunque si sia trovato in precedenza nella situazione (2) qui sotto¹¹⁴;
- 2) «semiplena tantum resultat contra eum probatio»: residua dagli atti compiuti un quadro indiziario forte, anche se non pieno (di prova semipiena, appunto). È innanzitutto il caso del reo *negativo* (caso B) che non ha svolto difese efficaci *ante torturam*: ciò legittimo pertanto – ma solo ora – la sottoposizione a tortura, la quale potrà poi condurre alle situazioni (1) o (3). Ma questa stessa con-

tura (HIPPOLYTUS DE MARSILIIS, *op. cit.*, § *Quoniam*, n. 62 ss., f. 132r ss.), ma poi viene trattata solo la provocazione; l'offesa legittima al bandito è discussa nella parte finale dell'opera, esaurendo quasi da sola la *materia bannitorum* (§ *Aggredior*, ff. 238 ss.); l'*instrumentum pacis* è completamente assente; altre forme di difesa sono sparse nell'opera.

¹¹¹ Con l'occasione, l'autore discute anche di integrazioni probatorie e del *conclusum in causa*: IULIUS CLARUS, *op. cit.*, § *finalis*, q. 61, pp. 303-305.

¹¹² *Ivi*, q. 62, n. 1, p. 305: «et quae et qualia contra reum extent indicia seu probationes, quae per eius defensiones elisae non fuerint».

¹¹³ *Ivi*, q. 62, n. 1, p. 305.

¹¹⁴ Ciò si ricava dal combinato disposto di questo passo con le norme, viste più sopra, relative al 'blocco' pubblicazione-copia indizi-termini a difesa.

dizione si pone anche nei casi A e D, quando la difesa abbia solo attenuato il quadro probatorio, giustificando allora la sottoposizione a tortura per confermare o smentire le accuse¹¹⁵;

- 3) non residuano elementi probatori a carico, «nec semiplene»: in tal caso, deve procedersi ad assoluzione. Anche questa eventualità può prodursi in tutte le situazioni esaminate, quando il reo abbia svolto una difesa convincente.

La trattazione passa quindi, nei paragrafi che seguono, all'esame delle singole situazioni (con ulteriori varianti, che qui abbiamo ommesso per semplificare il discorso¹¹⁶), avviandosi alla conclusione del 'giudizio'.

L'analisi di questa *Practica criminalis* mostra in maniera lampante lo sforzo, sempre irto di ostacoli, di catturare e ordinare i complessi e mutevoli elementi normativi della *tela* difensiva e di comporli in un quadro teorico-dogmatico intelligibile. Costruendo sui risultati della scienza che lo ha preceduto (e agevolata dalla riduzione degli spazi dedicati alle problematiche interpretative¹¹⁷), l'opera conferisce alla difesa processuale *in criminalibus* un'intelaiatura formale dotata ormai di notevole definizione e coerenza – che costituirà difatti un punto di riferimento ineludibile per la penalistica successiva.

3.5. Una precisazione importante: Prospero Farinacci

Quanto visto finora può considerarsi soddisfacente per i nostri scopi. Fermiamo brevemente l'attenzione, per concludere, su quello che è forse il punto finale del 'secolo d'oro' della criminalistica pratica italiana: la *Praxis et theorica crimina-*

¹¹⁵ Anche il reo confesso può opporre simili motivi difensivi: ad es. potrebbe contestare la *qualitas delicti*, spingendo il giudice ad ottenere con la tortura una confessione inclusiva della *qualitas* contestata.

¹¹⁶ Si pensi al caso in cui vi siano più imputati nello stesso processo, e qualcuno sia comparso mentre altri sono contumaci, creando possibili interferenze fra percorsi processuali diversi (IULIUS CLARUS, *op. cit.*, § *finalis*, q. 49, n. 7, p. 250).

¹¹⁷ *Supra*, nt. 107.

lis¹¹⁸ di Prospero Farinacci¹¹⁹. Pubblicata fra la fine del XVI e l'inizio del XVII secolo, l'opera del rinomato e controverso giurista romano costituisce una sorta di repertorio enciclopedico della scienza criminalistica, una monumentale (e piuttosto macchinosa) ricapitolazione del dibattito teorico e delle tendenze giurisdizionali più aggiornate.

Senza addentrarci nella sua trattazione labirintica, osserviamo che la difesa processuale descritta da Farinacci non si allontana granché, concettualmente, da quella della *pratica* di Claro, anche se la struttura del 'giudizio' non si delinea con altrettanta organicità¹²⁰. Nella *quaestio* 39 della *Praxis*, principale *sedes materiae* difensiva, ritroviamo comunque gli elementi teorici affinati dalla scienza criminale: *defensio ante torturam* e *defensio ante condemnationem*, i loro atti strumentali, le diverse varianti del percorso processuale. Di tale percorso il giurista romano precisa un aspetto sottile ma importante, che fino ad ora era rimasto sfuggente anche nel lavoro del senatore lombardo. I due snodi difensivi principali, ormai consolidati, sono compatibili fra loro? Possono quindi *cumularsi* nello stesso processo? Abbiamo visto che questa possibilità poteva desumersi ragionevolmente dal quadro sistematico che si veniva formando: e tuttavia, non si trovava una menzione esplicita (residuando qualche dubbio, pertanto, su un

¹¹⁸ Si tratta di un lavoro vastissimo, pubblicato a cavaliere del Seicento in diversi volumi organizzati in maniera composita. Ho utilizzato qui il primo volume di un'edizione francofortese: PROSPERUS FARINACIUS, *Praxis et theoricæ criminalis...*, Francofurti, 1597.

¹¹⁹ Prospero Farinacci (Roma 1544 - Roma 1618) fu avvocato e magistrato illustre, gravato però dalla fama di una moralità discutibile e di una condotta forense spregiudicata, che lo videro coinvolto in alcuni incresciosi episodi giudiziari. Sue notizie in A. MAZZACANE, voce *Farinacci, Prospero*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 45, Roma, 1995, pp. 1-5; Id., voce *Farinacci, Prospero*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna, 2013, pp. 822-825; N. DEL RE, *Prospero Farinacci giureconsulto romano (1544-1618)*, Roma, 1999.

¹²⁰ L'esposizione delle fasi difensive si trova nella q. 39, all'interno del titolo quinto dell'opera, relativo a indizi e tortura: PROSPERUS FARINACIUS, *Praxis*, cit., q. 39, p. 617 ss. La problematica difensiva è dunque sviluppata a partire dai requisiti indiziari necessari per *inquirere*, per torturare, ecc., e non all'interno della descrizione organica su *qualiter procedatur reo comparente*.

possibile divieto di cumulo¹²¹). Farinacci scrive invece chiaramente:

ut non solum sint dandae reo defensiones, antequam torqueatur, sed etiam antequam condemnetur, ideo si reus post torturam confessus sit, vel etiam sine tortura praetendatur convictus: non potest iudex contra ipsum ad condemnationem devenire, nisi prius eidem concesso termino ad dicendum, et opponendum quicquid vult¹²².

Si configura così, con la possibilità di ‘saldare’ le due difese, un ulteriore tassello nel percorso di definizione teorica della difesa processuale come garanzia ‘generalizzata’ del processo penale inquisitorio.

4. *Alcune considerazioni conclusive: la ricerca dell'ordine prima del 'sistema'*

Nelle pagine precedenti abbiamo seguito l'elaborazione, nella letteratura giuridica, di alcuni meccanismi difensivi essenziali del processo penale inquisitorio sviluppatosi nell'Europa continentale fra tardo medioevo e prima età moderna. A partire dal XIII secolo le *pratiche criminali* italiane recepiscono una nuova forma di difesa, la *defensio ante torturam*, che emerge nella prassi giudiziaria di *inquisitio*. Utilizzando e al tempo stesso modificando il quadro teorico romanistico di stampo accusatorio, i giuristi esaminati conferiscono progressivamente a questa difesa una veste formale, definendone i contorni normativi, fornendole una collocazione razionale nella sequenza del processo e chiarendone i rapporti con la più tradizionale *defensio ante condemnationem*; arrivando nel

¹²¹ Magari in relazione a certi motivi di difesa: ad es. potrebbe affermarsi che, se si è già usufruito di una difesa *ante torturam*, non si possano portare *ante condemnationem* prove a discarico già presentabili, ma non presentate, nella prima istanza difensiva (riprendendo così vigore, in forma diversa, la relazione ‘normativa’ di matrice accusatoria fra motivi di difesa e atti difensivi).

¹²² PROSPERUS FARINACIUS, *Praxis*, cit., q. 39, n. 32, p. 623.

XVI secolo a definire un quadro teorico-dogmatico rinnovato che integra le due fasi di difesa entro una serie di possibili percorsi processuali adeguati alla struttura, ormai consolidata, del processo criminale di marca inquisitoria.

L'analisi non vuole certo porsi come una ricostruzione organica della difesa nella scienza penalistica intermedia. Né ho inteso dipingere (come potrebbe sembrare) un quadro idealizzato di questa dottrina, quasi essa si sia svolta in maniera armoniosa, 'progressiva' e senza attriti sulla materia del processo penale: al contrario, le incongruenze, i limiti e talora le ipocrisie della criminalistica intermedia sono qui date per accertate e vanno sempre tenute presenti nel giudizio complessivo su questi temi. Ma l'obiettivo di questa ricerca è più limitato: selezionando alcuni dati 'portanti' dell'evoluzione dell'ambito difensivo, ho solo tentato di evidenziare come il carattere 'ordinante', 'costruttivo' di tali opere, nel quadro della loro fisiologia complessiva, sia tutt'altro che trascurabile. Come si è visto, il lavoro svolto dai criminalisti nel laboratorio caotico dei tribunali, volto ad offrire un prontuario teorico-pratico per gli operatori del foro, affinando una *practica ratione regulata*¹²³, rivela chiaramente una 'valenza sistematica', impressa alle loro configurazioni difensive attraverso un impegno collettivo che coinvolge diverse generazioni di studiosi.

Non entriamo qui nelle complesse problematiche che coinvolgono le idee di 'sistema e di 'sistematica'¹²⁴. Mi pare però

¹²³ Traggo l'espressione, molto efficace, da D. SEGOLONI, "Practica", "Practicus", "Practicare" in Bartolo e Baldo, in *L'educazione giuridica*, diretta da A. GIULIANI, N. PICARDI, tomo II, *L'educazione giuridica da Giustiniano a Mao. Profili storici e comparativi*, a cura di N. PICARDI, R. MARTINO, Bari, 2008² (1^a ed. 1979), p. 68. Nel saggio, l'autore tratta del concetto e del ruolo della *practica*, intesa in generale come applicazione giudiziaria del diritto, con particolare riferimento al pensiero di Bartolo e Baldo; mi sembra però che le sue considerazioni si possano estendere anche al nostro argomento.

¹²⁴ Su cui v. almeno N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, in part. p. 201 ss.; M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, 3 voll., Milano, 2002; G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008. Per un inquadramento storico, incentrato sulla scienza giuridica tedesca ottocentesca, v. P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, 2 voll., Milano, 1985. Se si considera la concezione 'moderna' dell'idea di sistema, intesa come insieme completo e coerente di conoscenze organizzate deduttivamente o per classificazione

che sull'immagine di cospicuo disordine, sul giudizio di 'asistematicità' delle *pratiche criminali* influisca in modo significativo la preponderante accezione 'moderna' di queste idee: la quale induce spesso a ricondurre ai concetti di 'ordine', di 'costruzione', di 'sistemazione' solo quelle forme di elaborazione teorica *integrali*, onnicomprensive, concepite in maniera unitaria nella mente del giurista, ordinate secondo catene di inferenza o classificazione rigorose, realizzate in un impianto espositivo organico e completo¹²⁵. Una simile tendenza comporta il rischio, credo, di ridimensionare eccessivamente gli sforzi costruttivi parziali della scienza giuridica, che costituiscono il «presupposto» dei 'sistemi' modernamente intesi¹²⁶.

I criminalisti pratici non sono insensibili alla «ricerca dell'ordine»¹²⁷: proprio studiando le soluzioni ermeneutiche e operative per giudici e avvocati, essi sono mossi *anche* ad esplorare *le connessioni sistematiche fra le diverse parti della disciplina*. Le regole e le *figurae* giuridiche qui analizzate non si mostrano disperse nel *mare magnum* dell'ordine dei libri le-

intorno ad una serie di principi (N. BOBBIO, *Teoria generale*, cit., in part. pp. 201-209), allora le *pratiche* non si possono certamente definire 'sistematiche'. Tuttavia, l'uso di questi termini presenta diverse ambiguità (M.G. LOSANO, *Sistema e struttura*, I, cit., p. 214 ss.).

¹²⁵ Cfr. il breve ma denso commento di N. BOBBIO, *Teoria generale*, cit., p. 207: «è assai frequente tra i giuristi l'opinione che la scienza giuridica moderna sia nata nel passaggio dalla giurisprudenza esegetica alla *giurisprudenza sistematica*, o, in altre parole, che la giurisprudenza si sia elevata al rango di scienza diventando "sistematica"; e ancora, «sembra quasi si voglia dire che la giurisprudenza, sino a che non giunga al sistema, non meriti il nome di scienza, ma sia soltanto arte ermeneutica, tecnica, commento ai testi legislativi».

¹²⁶ Con riguardo all'opera dei commentatori (i cui metodi sono analoghi a quelli delle *pratiche* medievali), v. V. PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, 1976, p. 71: «se l'idea moderna del sistema giuridico come unità delle varie parti intorno a un unico principio formatore ed animatore [fu] affacciata per la prima volta dai giuristi culti; in realtà tutto ciò mosse da un presupposto: il fondamento razionale della *scientia iuris*, un presupposto che non potrebbe spiegarsi senza richiamarsi agli ideali della cultura umanistica e rinascimentali presenti come si è detto anche nei commentatori».

¹²⁷ Mi riferisco all'incisivo titolo del libro di I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit.

gali, né disseminate qua e là in un percorso processuale riprodotto in modo meccanico sulla base del suo pragmatico svolgimento (in un «vacuum sistematico», come è stato detto¹²⁸): al contrario, abbiamo osservato i diversi istituti prendere corpo nell'alveo di un determinato contesto teorico e normativo (quello del processo accusatorio di stampo privatistico), definire i propri lineamenti legandosi gli uni con gli altri, andando a formare costrutti sempre più ampi e complessi, finendo per trasfigurare il contesto di partenza e disegnare un nuovo 'ordine' (quello della difesa nel processo pubblico inquisitorio). Si tratta di costruzioni 'parziali', certamente: ma di costruzioni che – sollecitate già dai metodi dialettici medievali, sia detto qui per inciso¹²⁹ – riflettono ed esprimono i mutamenti del quadro complessivo del processo penale, da cui non potrebbero tenersi separate; che racchiudono insomma, in maniera più o meno esplicita, nuove 'direzioni sistematiche', principi e categorie che costituiranno materiale imprescindibile per la composizione dei 'sistemi' penali modernamente intesi¹³⁰.

Ciò è tanto più significativo, credo, in quanto ci troviamo nel campo del diritto penale *processuale*. Sovente considerato, fino a tempi non troppo risalenti, come un settore subalterno alle logiche del potere, scientificamente modesto e dipendente

¹²⁸ Erano le parole, ricordate all'inizio della presente ricerca, di F. CORDE-RO, *Criminalia*, cit., p. 310.

¹²⁹ P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, 1962, p. 156; V. PIANO MORTARI, *op. cit.*, *passim*. La circostanza qui non è stata affrontata specificamente; tuttavia, nell'analisi proposta emerge piuttosto chiaramente la potenzialità sistematica di questi strumenti ermeneutici, in particolare attraverso l'impiego della *quaestio* (ne abbiamo viste due, una in Gandino e una in Marsili), che consente ai giuristi di ricercare *rationes* su base analogica e di rintracciare *distinctiones* normative, in tal modo sollecitando «la costruzione di nuove figure dogmatiche»: A. PADOVANI, *Modernità degli antichi. Breviario di argomentazione forense*, Bologna, 2006, p. 77. Cfr. D. QUAGLIONI, *Alber- to Gandino*, cit., p. 55.

¹³⁰ M. PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., pp. 54-56. Trattando dei contributi di Bartolo alla scienza criminalistica, assorbiti nelle *pratiche criminali*, M.G. DI RENZO VILLATA, *Bartolo consulente nel 'penale': un'auctoritas indiscussa?*, in *Bartolo da Sassoferrato nella cultura europea tra Medioevo e Rinascimento*, a cura di V. CRESCENZI, G. ROSSI, Sassoferrato, 2015, p. 43, li considera antecedenti di quelli che vengono definiti «embrioni di sistemazione del diritto e della procedura penale cinquecentesca».

dal penale *sostanziale*¹³¹, anche nelle *pratiche criminali* il penale processuale risulta spesso appannato dai tecnicismi, dalla familiarità con cui si tratta di torture e supplizi e dalla non infrequente vischiosità di regole e discrezionalità giudiziale; ed in merito, la storiografia ha autorevolmente sostenuto che nel diritto procedurale le *pratiche* sarebbero «povere» dal punto di vista teorico, a differenza del campo sostanziale, in cui sarebbero invece feconde di principi e dogmatica¹³².

Si ha un po' l'impressione che questo giudizio, e forse l'intera problematica qui discussa, dipendano anche dal fatto che la scienza sistematica di età moderna sarà in primo luogo una 'sistematica del penale sostanziale', volta all'enucleazione dei *generalia delictorum* e ai fondamenti del diritto di punire¹³³;

¹³¹ M.N. MILETTI, *Diritto e processo penale*, cit., *passim*. Anche negli studi storici sull'età intermedia si trovano spesso simili giudizi, pur circoscritti: oltre alla nt. successiva v. M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, I, cit., pp. 117-123; G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura*, cit., pp. 17-18. A volte si incontrano invece giudizi di ampio raggio e apertamente denigratori, che arrivano a qualificare l'intero ambito del diritto processuale penale di età intermedia come un settore di nobili origini ma poi "atrofizzatosi", e che avrebbe per lungo tempo, appunto fra fine del medioevo ed età moderna, addirittura «[abolito], de facto, ogni regola», cadendo «al grado giuridico zero»: F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, p. 8.

¹³² M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 176, afferma che, mentre «incubano principi e dogmatica nel campo del penale sostanziale», «dal punto di vista strettamente processuale le *practicae* sono in realtà – paradossalmente – povere. Partono dal presupposto che il giudice 'ha poteri', ovvero dove-ri, e agganciano a questa sola preconditione la costruzione della *figura iudicii*»; concludendo che, «poco curandosi dei diritti degli accusati, quei giuristi non potevano far altro che costruire una dottrina processuale 'ridotta', quasi interamente assorbita nella questione dei *limiti*», ed anche nelle opere di più ampio respiro, quelle di Claro e Farinacci, «l'individuazione del *mussen* e del *sollen* che principalmente li impegna sovrasta ogni reale approfondimento teorico». Il giudizio è fatto proprio da I. BROCCHI, *La giustizia*, cit., p. 198; L. GARLATI, *Per una storia*, cit., p. 72, nt. 4, invece se ne discosta: «in realtà, una disamina approfondita di quelle fonti rivela una ricchezza di informazioni, forse difficili da dipanare, ma miniera preziosa per lo studioso della storia del processo penale».

¹³³ Si pensi alle trattazioni di un Tiberio Deciani: *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Atti del convegno, Udine 12-13 aprile 2002, a cura di M. CAVINA, Udine, 2004; o di un Anton Matthes (S. POLLORSI, *Recta ratione ductus. I Prolegomena al De criminibus di Anton Matthaeus*, Pavia, 2015).

mentre una sistematica penale processualistica si affaccerà solo con ritardo, e con andamento oscillante¹³⁴. Tutto questo però non intacca la ricchezza del patrimonio accumulato nelle *pratiche*: l'emersione della *defensio ante torturam* accanto a quella *ante condemnationem*, la definizione degli atti del giudizio che le circondano (pubblicazione, 'ripetizione' dei testi, ecc.), il loro posizionamento su di una composita sequenza procedimentale, rivelano una 'evoluzione dogmatica' tutt'altro che povera.

Il successivo sviluppo teorico della difesa processuale implicherà un distacco netto dall'ispirazione delle *pratiche criminali*, un forte recupero del modello accusatorio¹³⁵ e una complessiva riconfigurazione dei principi difensivi¹³⁶. Tuttavia, gli intricati meccanismi dell'*ordo iudicii* partecipano anch'essi, come si è visto, della progressiva elaborazione di un'*idea* di difesa come strumento di *garanzia dall'invasione dei poteri pubblici*, cui si forniscono un *impianto teorico* e una *struttura tecnico-procedurale*, riordinando le attività difensive sulla base delle esigenze sottese a quell'*idea*.

Quanto e come specificamente questa 'griglia' difensiva verrà utilizzata nelle successive elaborazioni del processo penale nello Stato di diritto, è questione che occorrerà approfondire in altra sede. Ma essa può comunque ben considerarsi *parte integrante* del percorso degli ordinamenti europei – non certo lineare, né privo di incoerenze – verso la costruzione della difesa come presidio irrinunciabile di legalità; un tratto di percorso che giunge fino ad oggi, riflesso e trasfigurato in quel-

¹³⁴ M.N. MILETTI, *Diritto e processo penale*, cit. Lamentando lo scarso interesse per questo «campo ricchissimo, ed in molti dei suoi angoli ancora inesplorato», ancora a metà del XIX secolo Francesco Carrara affermava che «il programma della procedura penale secondo i dogmi della suprema ragione non è ancora fatto», aggiungendo che «la civiltà cristiana ne ha bisogno urgentissimo» (*ivi*, p. 48).

¹³⁵ E. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., p. 92 ss.; Id., *Sistematica processuale*, cit.; M.N. MILETTI, *Diritto e processo penale*, cit.

¹³⁶ *Inter alia* attraverso i principi di oralità e pubblicità del processo, la motivazione dei provvedimenti, l'onere della prova per l'accusatore, il diritto al silenzio: M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, I, cit., p. 29. Sull'evoluzione del silenzio processuale del reo v. L. GARLATI, *Silenio colpevole*, cit.

la che chiamiamo la ‘difesa in ogni stato e grado del procedimento’¹³⁷.

Senza dimenticare le forti criticità che caratterizzano le *pratiche criminali*, e lungi dal voler celebrare antichi fasti o evocare anacronistici primati nell’innovazione giuridica, credo che nel lavoro ‘sistematico’ dei criminalisti in tema di difesa si possa insomma rinvenire ciò che Mario Sbriccoli, trattando delle dottrine sulla tortura, aveva definito un «contributo di metodo» allo sviluppo della civiltà giuridica: e cioè lo sforzo mostrato dai giuristi pratici di individuare e marcare – proprio sul difficile terreno delle inquisizioni, e pur subendone limiti e contraddizioni – i confini ‘legittimi’ dell’esercizio del potere; coltivando, nella quotidiana opera di ‘ordinamento’ delle caotiche prassi giudiziarie, l’abitudine scientifica a distinguere ciò che è *praticato* da ciò che è *regolato*. Un impegno faticoso e lontano dalle declamazioni di ampio respiro, ma che consente l’«incubazione di alcuni aspetti del moderno garantismo», una serie di principi, figure e ‘direttrici sistematiche’ che conferiscono un *ordo* al processo inquisitorio, e che acquisiranno poi nuova veste e nuovi significati con l’avvento di una nuova sensibilità giuridica¹³⁸.

¹³⁷ Cost. It. 1948, art. 24, comma 2: «La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento». Cfr. CEDU 1950, artt. 5 e 6.

¹³⁸ Sono le considerazioni assai pregnanti di M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, I, cit., pp. 126-128.

FRANCESCO GODANO, Le pratiche criminali e la loro ‘sistematicità’. *Defensio ante torturam e defensio ante condemnationem* nella criminalistica italiana fra XIII e XVI secolo

L'articolo esamina il carattere ‘sistematico’ della dottrina criminalistica di *ius commune* alla luce della normativa difensiva esposta nelle principali *pratiche criminali* italiane fra XIII e XVI secolo. Nelle pieghe dello svolgimento casistico e pragmatico, si mostra la progressiva costruzione, in tali opere, degli istituti della *defensio ante torturam* e della *defensio ante condemnationem* nel processo inquisitorio: la loro elaborazione concettuale e normativa, la loro collocazione in un *ordo iudicii* coerente e definito nella struttura espositiva. In conclusione, si propone un confronto fra la ‘ricerca dell’ordine’ che emerge nelle fonti illustrate e l’idea moderna di ‘sistematica’, evidenziando il contributo delle *pratiche criminali* alla costruzione della difesa come strumento procedurale di garanzia.

Parole chiave: pratiche criminali, sistematica, difesa *ante torturam*, difesa *ante condemnationem*, *ordo iudicii*.

FRANCESCO GODANO, The System-oriented Features of the *practicae criminales*. *Defensio ante torturam* and *defensio ante condemnationem* in Italian Criminal Law Scholarship (13th-16th Century)

The article examines the ‘system-oriented’ features of the *ius commune* criminal law scholarship, in the light of judicial defense rules found in the main Italian *practicae criminales* between 13th and 16th century. In the creases of a case-based and pragmatic doctrinal technique, I describe the progressive shaping of *defensio ante torturam* and *defensio ante condemnationem* in these works, their conceptual and normative definition, their placement in a well-defined *ordo iudicii* and a clear literary structure. Lastly, I propose a comparison between the ‘quest for legal order’ emerging from these sources and the modern-age idea of ‘systemic approach’, highlighting the contribution of the *practicae criminales* to the building of judicial defense as a procedural tool of legal guarantee.

Key words: criminal law scholarship, *practicae criminales*, systemic approach, judicial defense, *ordo iudicii*.

INDICE DEL FASCICOLO 4 2021

Miscellanea

- Nicoletta Sarti*, Una finestra, un cortile, una monaca.
Un famoso passo manzoniano «*sub speculo iuris*»..... 925
- Elvio Ancona*, Dante politico nel Novecento.
Dalla teologia politica all'umanesimo politico..... 971
- Lea Querzola*, Prova testimoniale e profili psicologici
della memoria..... 995
- Francesco Godano*, Le pratiche criminali e la loro
'sistematicità'. *Defensio ante torturam* e *defensio ante
condemnationem* nell'evoluzione della criminalistica italiana
fra XIII e XVI secolo..... 1011
- Francesca Mollo*, La responsabilità in ambito sanitario in
tempo di pandemia da Covid-19..... 1059
- Claudio Gentile*, La ratifica e l'adeguamento delle Intese tra
Italia e Santa Sede in materia di assistenza spirituale alle
Forze armate, di comunicazione all'autorità ecclesiastica dei
procedimenti penali e di assunzione delle testimonianze dei
cardinali. Prime considerazioni..... 1093
- Enrico Giarnieri*, Specificità del principio di legalità negli
ordinamenti canonico e vaticano..... 1117
- Paolo Mammola*, Assegno non trasferibile e contatto sociale
qualificato: una rassegna di dottrina e giurisprudenza
(Parte I) 1151
- Paolo Costa*, Un *constitutum* o un'*expromissio* nell'*Epistula
ad Philemonem*? Una nota esegetica tra *Rechtsgeschichte* e
Wirkungsgeschichte..... 1179
- Recensioni** 1217

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-blind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: **info@mucchieditore.it**.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'*Archivio giuridico Filippo Serafini*. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Direzione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.