

ISTITUTO ITALIANO PER GLI STUDI FILOSOFICI

POLITICA E GIURISDIZIONE  
NEL PENSIERO  
DI FRANCESCO MARIO PAGANO

CON UNA SCELTA DI SUOI SCRITTI



PAOLO DE ANGELIS

POLITICA E GIURISDIZIONE  
NEL PENSIERO  
DI FRANCESCO MARIO PAGANO

CON UNA SCELTA DI SUOI SCRITTI

Prefazione di  
GIOVANNI PUGLIESE CARRATELLI



ISTITUTO ITALIANO PER GLI STUDI FILOSOFICI

© 2006 Istituto Italiano per gli Studi Filosofici  
Palazzo Serra di Cassano  
Napoli - Via Monte di Dio, 14

*a Nelli*



## PREFAZIONE

Dei 'giacobini' fondatori della Repubblica Napoletana del 1799 il nome che viene primo alla mente è quello di Francesco Mario Pagano, studiosissimo di Vico, discepolo di Antonio Genovesi, amico di Gaetano Filangieri. Per la sua autorità di giurista, universalmente riconosciuta, i suoi compagni gli affidarono il compito di redigere un progetto di costituzione per la nascente Repubblica. Altamente elogiato da Vincenzo Cuoco fin dalla prima stesura (1801) del *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli* («I suoi saggi politici sono la miglior cosa che si possa leggere dopo le opere di Vico»), nei *Frammenti di lettere a Vincenzio Russo* aggiunti al *Saggio* ricompare come principale destinatario delle critiche che il Cuoco moveva alla visione politica dei giacobini napoletani, la cui rivoluzione egli definì 'passiva' perché ispirata, a suo avviso, dall'ideologia rivoluzionaria francese. Si legge infatti nel prologo al *Progetto di costituzione* che «ha esso adottato la Costituzione della Madre Repubblica Francese»; ma, ovviamente, «con alcune modificazioni» per «la diversità del carattere morale, le politiche circostanze, e ben anche la fisica situazione delle nazioni». Difficile sarebbe d'altronde immaginare che il governo repubblicano di Napoli, costituito d'improvviso per evitar l'anarchia dopo la fuga dei sovrani, e formato da esponenti della nobiltà e della borghesia, di cultura prevalentemente illuministica, potesse proporre «idee tratte dal fondo della Nazione» a sudditi di assai varia condizione e cultura, e tutti avviliti dall'avvicinarsi di monarchie assolute poco disposte a riforme non superficiali. Ma il Cuoco era *naturaliter* un 'moderato', al pari del Galanti, e difatti la sua partecipazione all'attività politica dei suoi amici repubblicani era stata assai lieve. Egli ha soltanto dichiarato d'aver comunicato le sue obiezioni a più punti del *Progetto* di Pagano non a questo stesso, ma al comune amico Vincenzio Russo; e può darsi che abbia voluto separare i *Frammenti* dal *Saggio* per non velare di un politico dissenso la commossa rievocazione del martirio di tanti patrioti.

I 'moderati', fortemente influenzati dall'ammirazione per il Machiavelli, riponevano ogni virtù riformatrice nel 'popolo', o meglio in quella parte del popolo che per superiorità di *status* sociale ed economico aveva capacità di suscitare moti e di governare. Non è questo il luogo per discutere questioni più volte dibattute, delle quali dà una chiara informazione un libro di Vincenzo Ferrone (*La società giusta ed equa*, Bari, 2003); e giova piuttosto rammentare, tanto a chi dichiara 'passiva' la rivoluzione napoletana quanto a chi la riconosce 'attiva', la pagina dettata da una sapiente equanimità a Croce nella *Storia del Regno di Napoli* (p. 227 dell'ed. settima, 1965): «Pure altra via, in verità, non si offriva alla classe intellettuale di Napoli, di fronte alla rivoluzione di Francia, se non quella che essa effettivamente seguì. Gli 'illuministi' del monarcato assoluto dovevano rinnovarsi, come nel fatto si rinnovarono, in 'giacobini'». Non senza ragione Croce ha salvato dall'oblio la pagina di un giacobino del quale ha ammirato, nell'*Albo della Rivoluzione* (p. 70), la forza d'animo: Gregorio Mattei. Questi in un suo periodico, «Il Veditore Repubblicano», del germile (21 marzo - 20 aprile) 1799, ha scritto (v. Croce, *La rivoluzione del 1799*, 7. ed., 1961, p. 234): «I giacobini di Napoli furono i primi che diedero il grido all'Italia sonnacchiosa: quando altri appena ardiva pensare, quando pareva ancor dubbia la sorte della Francia medesima, essi, giovani, inesperti, privi di mezzi, ma pieni di entusiasmo per la libertà, d'odio per la tirannia, tentarono un'impresa difficile, vasta, pericolosa, che, se non fosse andata a vuoto, gli avrebbe resi immortali, e felice l'Italia»; e nel medesimo foglio, in una lettera datata 30 germile e diretta a Vincenzo Russo: «Puoi tu figurarti che tre mesi d'immatura e inaspettata rivoluzione bastino per rendere virtuosi come gli Spartani della prima guerra persiana e i Romani della prima guerra punica? [...] attualmente da tre punti di gran dettaglio pende la salute di questa nascente Repubblica: la formazione di un'armata, la restituzione del valore rappresentativo delle carte, l'abolizione intera del feudalesimo». È evidente che i giacobini di Napoli erano consapevoli dei problemi che avrebbero dovuto risolvere e dell'assoluta impreparazione della maggior parte della popolazione del Regno. E ancora Croce, richiamando questa lettera, indica il positivo risultato di quel coraggioso tentativo di rivoluzione (*Storia del Regno di Napoli*, p. 229): «Quei giacobini napoletani, uniti coi loro fratelli di tutta Italia, trapiantarono in Italia l'ideale della libertà secondo i tempi nuovi, come governo della classe colta e capace, intellettualmente ed economicamente operosa, per



mezzo delle assemblee legislative, uscenti da più o meno larghe elezioni popolari; e, nell'atto stesso, abbattono le barriere che tenevano separate le varie regioni d'Italia, specialmente la meridionale dalla settentrionale, e formarono il comune sentimento della nazionalità italiana, fondandolo non più, come prima, sulla comune lingua e letteratura e sulle comuni memorie di Roma, ma sopra un sentimento politico comune».

Il fatto è che in quegli studiosi del Vico fattisi giacobini era viva un'idea che ha sempre animato quanti – probabilmente già da Pitagora, certamente da Platone in poi – han volto la mente, prima di ogni calcolo di possibilità d'attuazione, al *parádeigma* di una *polis* retta da leggi elaborate da *philósophoi*: un ideale che era nato da profonda esperienza storica ed era illuminato da un sentimento di umana solidarietà: «Nel cielo, in verità, v'è un modello per chi voglia contemplarlo e, contemplandolo, riformare se stesso» (Platone, *Repubblica* IX 592 B). 'Celeste' perché disegnato dalla divina *Dikaiosyne*, esso è sicura guida a quella che Platone chiama «costituzione giusta ed equa» (*Epistola* VII 326 D). Attraverso secoli questo *parádeigma* si è ripresentato alla mente di Paolo Mattia Doria e di Giovambattista Vico; e quest'ultimo ha scritto nell'autobiografia: «da' ragionamenti del Doria egli (Vico) vi osservava una mente che spesso balenava lumi sfolgoranti di platonica divinità onde da quel tempo restaron congiunti in una fida e signorile amicizia. Fino a questi tempi il Vico ammirava due soli sopra tutti gli altri dotti, che furono Platone e Tacito; perché con una mente fisica incomparabile Tacito contempla l'uomo qual è, Platone qual dee essere». Con altri ammiratori del Machiavelli Galanti e Cuoco si erano sottratti alla suggestione platonica; non meno consapevoli del valore dell'indagine storica del Machiavelli, i lettori di Doria e di Vico divenuti giacobini coltivavano però con particolare impegno la scienza della legislazione e seguivano con attenzione tutte le esperienze politiche del loro tempo. Rivolgendosi ai 'cittadini rappresentanti', Pagano ha scritto all'inizio del *Progetto*: «Gran passi aveva già dati l'America in questa, diremo, *nuova scienza*, formando le Costituzioni de' suoi liberi Stati». Filangieri, che morì nel 1788, e i suoi amici erano ben informati in proposito, grazie agli assidui contatti con esponenti di logge massoniche anglo-americane, e sapevano quanto dal 1787 discutessero delle dottrine politiche dell'antichità classica i Costituenti americani. (Ne tratta una lezione di un autorevole studioso belga del pitagorismo, Armand Delatte, edita nel 1948: *La constitution des États-Unis et les Pythagoriciens*).

I saggi di un eminente storico, Gioele Solari, hanno aperto la via ad una corretta intelligenza del pensiero politico e dell'azione del Pagano, nel quale erano giustamente riposte le maggiori speranze dei fondatori della Repubblica Napoletana. Ora un dotto giurista, particolarmente versato nel diritto pubblico, e inoltre fervido cultore delle *humanae litterae*, ripropone con questo libro la lettura dei *Saggi politici* e del *Progetto di Costituzione*, e premette ai testi paganiani un ampio saggio su *Politica e giurisdizione nel pensiero di F. M. Pagano*. A chi ne leggerà le pagine non potrà sfuggire l'importanza delle sue ricerche e conclusioni, che non solo portano nuovi contributi alla conoscenza della cultura storica e giuridica del Pagano – dalle non mai dimenticate lezioni di Vico all'esperienza rivoluzionaria – ma invitano ad approfondire lo studio dei suoi scritti e dell'influenza che essi hanno esercitato nel processo di formazione della dottrina liberale europea.

GIOVANNI PUGLIESE CARRATELLI

## PREMESSA

*Spiegare il conoscere è dunque vedere  
come sia possibile il giudicare.*

B. Spaventa

Il pensiero filosofico di Francesco Mario Pagano si svolge prevalentemente intorno all'elaborazione della sua opera fondamentale, i *Saggi Politici*, che ebbe due distinte edizioni tra il 1783 e il 1792<sup>1</sup> e in cui si trova il nucleo del programma di riforma del diritto pubblico. Il tema ricorrente della ricerca storico-filosofica consiste nella analisi del corso di costituzione della sovranità e del superamento delle condizioni politiche del feudalesimo: *l'istoria dei progressivi avanzamenti della potestà sovrana*, "dallo stabilimento delle prime società" ai "principj e progressi delle società colte e compiute". L'ultima parte dell'opera, che verrà completamente ritrascritta nella seconda edizione fino a formare un saggio autonomo rispetto alla prima stesura, è riservata alla "Decadenza delle nazioni" e alle cause della corruzione dello Stato.

In questa ampia traccia di ricerca sono studiati i fondamenti e l'origine del potere politico-religioso, quando "la città era divenuta un tempio e un campo insieme", il complesso delle condizioni di vita delle società più remote e del ricorso storico di queste condizioni, quando "la licenza armava la privata forza"<sup>2</sup>, l'origine della civiltà e delle prime magistrature, infine la riflessione etica sui diritti e i doveri e il processo di costituzione dello Stato moderno.

Nella formazione della istoria dei progressivi avanzamenti della sovranità e dei ricorsi del feudalesimo, cioè nell'argomento proprio dell'opera che tiene più degli altri unita la struttura della ricerca, anche i *Saggi* come la *Scienza Nuova* di Vico, costituita "d'intorno a innumerabili materie"<sup>3</sup>, a una prima analisi mettono in evidenza una complessa sovrapposizione di temi, una fitta rete di citazioni di diritto, filosofia, con particolare riferi-

mento alla forma del metodo scientifico, filologia, poetica, storia<sup>4</sup>. L'edizione critica di Luigi Firpo della seconda edizione dei *Saggi Politici* costituisce oggi un riferimento imprescindibile per l'analisi delle fonti dirette e indirette dell'opera politica e giuridica paganiana<sup>5</sup>. Il piano di ricerca, fin dalla sua prima stesura, tende a stabilire, attraverso la storia filosofica delle costituzioni, i principi di una nuova teoria della codificazione. La ricerca sulla conoscenza della natura dell'uomo e della forma naturale del diritto, per *recare*, come poi scrisse Pagano, *la filosofia nella storia*, diventa la condizione degli studi storico-normativi sulla giurisdizione e la genesi dello Stato<sup>6</sup>.

Conclusa nel 1785 l'analisi dei *Saggi* e la storia delle costituzioni, Pagano ne estende i principi alla storia politica della procedura e prepara il terreno a una cruciale riforma del diritto pubblico.

Le opere di riforma processuale, che costituiscono il parametro dell'analisi paganiana sulla teoria generale della legislazione, rappresentano un importante tentativo, che produsse rilevanti effetti sulla riforma del diritto penale alla fine del Settecento in Europa, di applicare la filosofia della storia e la filologia al metodo della legislazione.

Le *Considerazioni sul processo criminale* sintetizzano e perfezionano in molti punti la "istoria" politica dei sistemi giurisdizionali svolta nei *Saggi* e realizzano un programma di riforma degli ordinamenti penali, su basi storico-filosofiche. Al centro di questa analisi nelle *Considerazioni* si pone la critica dei sistemi processuali di tipo inquisitorio, una analisi sulla forma premoderna di costituzione a cui l'inquisizione corrisponde secondo l'analogia tra forma di governo e forma della giurisdizione penale.

Nel sistema paganiano la storia dell'evoluzione della giurisdizione e la critica dell'inquisizione diviene uno degli elementi ricorrenti dell'indagine politica. L'interpretazione delle teorie vichiane introduce un'analisi sui principi della giustizia che si concretizza, sotto il profilo giuridico positivo, in riferimento a ordinamenti costituzionali democratici ed evoluti, in intuizioni illuminanti di riforma, che hanno determinato i maggiori scrittori di diritto moderni, in una proiezione feconda che non appare esaurita. La "vera e filosofica storia delle nazioni" si conclude nella "politica istoria del processo [...] secondo le varie vicende civili".

Anche gli scritti teorici sulla parte generale del sistema penale e sulle *Teorie delle prove* (i *Principj del codice penale* e la *Logica de'*

*probabili*), pubblicati postumi sulle trascrizioni dei corsi universitari<sup>7</sup>, dipendono in diversi punti dalla teoria generale dei *Saggi* e delle *Considerazioni sul processo criminale* per i ricorrenti riferimenti ai principi della filosofia politica e all'insieme delle definizioni sul metodo scientifico che Pagano utilizza per formare una sperimentale teoria dell'argomentazione probatoria e dell'interpretazione normativa.

La definizione di *scienza* del diritto processuale nell'opera paganiana assume dunque il duplice significato di storia politica della giurisdizione e di metodo logico-formale del diritto.

Sotto il profilo logico-formale Pagano compose un programma di trasposizione dei contenuti della sua teoria politico-costituzionale in un organico e autonomo sistema normativo di diritto pubblico, ordinandone gradualmente le regole in due Codici distinti e progressivi (Cons., cap. XXXII e XXXIII); quanto invece alla storia politica della giurisdizione Pagano, sulle orme di Gravina, di Vico e di Filangieri, introdusse nelle opere una essenziale connessione tra la forma degli ordinamenti e la natura dei governi. È evidente che, nella ricostruzione storica delle forme di evoluzione del sistema penale, più che all'analisi determinata di singoli istituti e di particolari forme di costituzione, ci si riferisce, secondo il metodo dichiarato in apertura dei *Saggi*, a periodi storici molto ampi, cercandosi analogicamente attraverso "innumerabili" corrispondenze, di definire un principio giuridico costante: la forma del feudalesimo (inteso come frammentazione disorganica dello Stato a causa della decadenza della civiltà) e le condizioni del suo superamento. In particolare la relazione di corrispondenza tra il sistema processuale penale accusatorio e le istituzioni democratiche venne ad assumere un rilievo essenziale nella ricerca, dato che la pubblicità dei giudizi, secondo il pensiero paganiano esposto nei *Saggi*, rappresenta un predicato della forma democratica di organizzazione dello Stato e quindi uno strumento di tutela delle libertà politiche<sup>8</sup>.

Attraverso una lettura e una analisi consecutiva delle principali parti dei *Saggi Politici* relative al corso di formazione della giurisdizione e dei principi politici delle *Considerazioni sul processo criminale*, è possibile seguire in un unico contesto il processo di formazione del sistema normativo paganiano, definire il metodo che interpreta e attualizza, allo scopo di una fondazione su basi scientifiche dell'ordinamento positivo, e in particolare del diritto pubblico, la filosofia vichiana. Nella prima parte del-

l'introduzione all'opera paganiana sono dunque studiati i capitoli dei *Saggi* relativi alla filosofia politica sulla giurisdizione, mentre, nella seconda parte [III-IV], sono trattati più analiticamente i principi costituzionali della riforma penale<sup>9</sup>.

## PARTE PRIMA

### L'“istoria dei progressivi avanzamenti della potestà sovrana”

Gaetano Filangieri nella parte seconda del Libro III, nel capitolo XXXV della *Scienza della legislazione*, aveva rilevato che l'“esordio della società civile”, il lento superamento della “naturale indipendenza” e delle violenze private che caratterizzano l'organizzazione politica delle civiltà più arcaiche, tema decisivo del pensiero paganiano relativo al superamento delle sovranità antisociali dei sistemi feudali, “si manifesta, e deve manifestarsi, in tutta la sua estensione nel sistema penale”. La connessione tra l'analisi politica e la storia delle legislazioni penali svolta nelle *Considerazioni sul processo criminale* dipende dal metodo di ricerca già introdotto nella *Scienza della legislazione* e nei *Saggi*. È un tema che più generalmente contribuisce a interpretare in modo pieno la ragione dell'interesse degli scrittori politici del '700, che posero al centro delle loro opere gli studi sulla natura del sistema penale e sulla necessità della sua riforma, in cui videro una delle condizioni indispensabili per la costituzione dello Stato moderno.

Lo Stato nel pensiero paganiano ha origine quando è iniziato il processo di formazione della giurisdizione pubblica in grado di contrastare la violenza delle società “feudali” e di assicurare al cittadino l'esercizio dei diritti politici fondamentali. Questo corso storico si basa sulla formazione di valori culturali e politici moderni sostanziali e formali, che confliggono con l'anarchia delle società arcaiche, cioè con l'*indipendenza privata* originaria delle società appena uscite dallo stato di natura. Si pensi in questo senso alla definizione, data in modo negativo nel sistema processuale paganiano, di “giustizia naturale” e di “prova naturale”: cioè di una giustizia e di un sistema probatorio, in quanto *naturale*, basato ancora sull'autotutela e la violenza privata, inidoneo a regolare le società più evolute. L'argomento filosofico della prevalenza della sovranità (cioè della ragione e della cultura sulla violenza e la barbarie che accompagna il feudalesimo e l'inquisizione<sup>10</sup>) diventa, fino al quarto dei *Saggi Politici*, dominante.

Il nucleo della prima parte dell'opera di Pagano fino al quarto dei *Saggi Politici* è costituito intorno allo studio della formazione del potere legislativo e giurisdizionale, con particolare riferimento alle leggi processuali penali che possono essere considerate il parametro dei suoi studi sulla teoria generale della legislazione e sul corso storico delle costituzioni. Il diritto penale, infatti, venne a formarsi, secondo il piano storico dei *Saggi* relativo allo studio dell'evoluzione delle società arcaiche, dopo il diritto civile e conserva, per questa ragione, minori tracce delle remote origini della storia politica delle nazioni<sup>11</sup>.

Nei *Principj del codice penale*, nel capo XIX in cui Pagano studia l'istituto della transazione, che assume una rilevante centralità nel sistema politico e al quale si trovano dedicati ancora il capitolo II e III del quarto *Saggio*, trova un evidente, essenziale riscontro questa interpretazione data della struttura dei primi quattro *Saggi* come istoria dei progressivi avanzamenti della sovranità sulle violenze private e come storia politica dei giudizi, cioè della nascita di un sistema legale di tutela dei diritti dell'uomo, avendo scritto Pagano nel capitolo XIX della citata opera in riferimento alla parte prima dei *Saggi* (dove in particolare è studiato il conflitto tra l'emergente forma dello Stato e le resistenze dei poteri periferici alle magistrature statali): "Nel II, III, IV de' nostri *Saggi Politici* osservare si può il reciproco progresso [cioè alternativo, con diversi gradi di prevalenza, secondo il grado di civiltà e di cultura raggiunto dalle nazioni] del Giudiziario potere e delle private guerre [...]"<sup>12</sup>. Questo tema nei *Saggi Politici* era stato definito come progresso del giudiziario potere *sulle* private guerre, cioè il progresso della ragione filosofica e del diritto sul mero stato di violenza. Il progresso della sovranità e della ragione sulla ferocia dei costumi dello stato di natura e sullo spirito feudale di indipendenza viene a più riprese dichiarato da Pagano come l'analisi propria dell'intera opera politica; corrispettivamente nel primo capitolo delle *Considerazioni* viene analizzata la complessa connessione tra la "forma dei pubblici giudizi" e la tutela della libertà civile<sup>13</sup>.

Alla definizione di "progresso del giudiziario potere" data nel *Codice* in riferimento ai principi di formazione della giurisdizione e del superamento del feudalesimo, corrisponde nei *Saggi Politici*, dal *Saggio* II al *Saggio* IV, una estesa trattazione relativa alla storia politica. In particolare Pagano, alla fine del terzo *Saggio* sintetizza l'oggetto dello studio sino a quel punto svolto: "[...] abbiamo di già ne' precedenti *Saggi* posto sotto gli occhi un quadro [...] del governo



del primo e secondo periodo della società, della tutela e difesa dei personali dritti al proprio braccio di ciascuno affidata, dell'indipendenza [...] quindi della privata guerra civile, effetto dell'indipendenza suddetta [...]”<sup>14</sup>.

L’*“Appendice al terzo Saggio”* riprende questi temi, chiarendo che i successivi capitoli sono ancora riservati alla storia dell’evoluzione dei sistemi giurisdizionali e della connessione con l’ordinamento religioso delle prime, arcaiche costituzioni politiche. “Concludiamo dunque che sì presso i Romani come presso l’altre nazioni nella seconda era della barbarie la pubblica assemblea non si mischiava nelle private contese, e il solo ferro decideva le controversie de’ nobili, mentre i plebei erano da prenci e capi de’ vichi giudicati nel modo che si esporrà nel saggio seguente sul progresso delle barbare società”, cioè nel quarto dei *Saggi Politici* [S.P.<sup>1</sup> III, XXV]<sup>15</sup>.

In uno stato politico ancora “troppo vicino a quello della naturale indipendenza” osserva Filangieri, “il corpo sociale non prende[va] parte alcuna nella sopraffazione e negli attentati tra individui, ed individui”, cioè non riusciva a impedire del tutto che la socialità fosse ancora condizionata da uno stato “naturale” di violenza [S.L. III, II, XXXV]. Un debole senato, rappresentante di un “debole consiglio pubblico”, non aveva ancora acquistato l’esercizio di un potere necessario alle società politiche evolute e carente nelle società precivili, costituite sugli imperi familiari, un potere necessario per impedire le violenze sociali e la prassi dell’autotutela dei propri diritti, causa inesauribile di guerre (*“perpetua bellorum ratio”*<sup>16</sup>).

Ancora all’inizio del quarto *Saggio*, introducendosi una nuova sintesi degli argomenti precedentemente trattati, viene posto di nuovo al centro dell’analisi lo studio delle condizioni del progresso delle società verso lo stato di perfezione politica: “Nel precedente *Saggio* [cioè nel terzo *Saggio*] – scrisse Pagano – la città di già stabilita considerata abbiamo, e siamo ancora trascorsi a contemplarne il suo secondo periodo. Un parlamento, ossia un’assemblea de’ padri di famiglia, la quale prendeasi cura de’ pubblici affari, cioè della guerra, della religione e de’ pubblici delitti, che alla religione si appartenevano tutti, era il solo ligame del corpo sociale, l’unico imperfetto governo civile”. Da questo capitolo inizia una parte determinante dell’opera politica paganiana, dedicata interamente alle “vicende dei giudizi”, cioè interamente dedicata alla analisi storico-politica della formazione della giurisdizione, come si rileva dai titoli dei capitoli successivi dello stesso *Saggio* dove vengono poste le

basi della critica storiografica delle opere penalistiche: Capitolo II e III, “Dell’origine delle pene pecuniarie” e sua “Continuazione”; Capitolo IV, “Dei progressivi avanzamenti della sovranità per mezzo de’ giudizi”; Capitolo V, “Del maggiore stabilimento de’ giudizi”; che si completa, secondo la disposizione delle parti della prima edizione in un’intera sezione dedicata alle “Prove storiche”, relative all’analisi delle antiche forme di processo quando progressivamente, nella prima genesi delle repubbliche, “la sovranità a sé ritrasse la giudicatura ancora della plebe” con particolare attenzione alla questione dell’inizio delle “appellazioni” pubbliche. Queste diverse parti si trovano poi riprese nei capitoli storico-filosofici del quinto *Saggio* che introducono la riforma positiva delle *Considerazioni sul processo criminale* e che stabiliscono la continuità costruttiva delle opere politiche con i programmi giuridici di riforma del diritto penale<sup>17</sup>.

La storia politica della giurisdizione svolta nei *Saggi* I-IV, venne concepita come un’analisi della ricorrenza delle condizioni politiche del feudalesimo (per cui Vico aveva scritto di un’“*eterna sorgiva*” dei feudi) e delle cause culturali e politiche che possano prevenire la decadenza delle nazioni.

*“Periodo e corso” degli ordinamenti giuridici*  
[*L’analogia nel metodo storico di ricerca*]

Come nell’opera di Vico, lo studio del corso di formazione dello Stato è studiato nei *Saggi* in riferimento alla filosofia dei ricorsi storici delle nazioni secondo quel “costante e non mai interrotto ordine di cagioni e d’effetti, sempre andante nelle nazioni” dal *cominciamento delle società politiche*, cioè dalla descrizione delle più antiche società politiche, fino allo stato colto e compiuto della nazione.

Nel capo VI delle *Considerazioni sul processo criminale*, che riprende i principi sul “ricorso che fanno le cose umane”, capo intitolato “Periodo e corso del processo criminale secondo le diverse civili vicende”, è applicata, in una originale sintesi, la teoria vichiana della storia della giurisdizione al sistema della legislazione processuale positiva. In particolare dal capitolo VI al capitolo XVI delle *Considerazioni sul processo criminale* è svolta una storia dei sistemi giudiziari e delle cause sociali e politiche da cui ne dipende la forma: “il processo fa quel corso medesimo, che compiono le nazioni tutte ne’ diversi loro ma stabili periodi”, se-

condo un ricorso che dalle prime forme “naturali”, arcaiche, di processo perviene alle giurisdizioni moderne più complesse e normativamente evolute<sup>18</sup>. Con questo principio Pagano concorse a dimostrare che le leggi sulla procedura, che rappresentano il maggiore parametro di ogni sua analisi sulla teoria legislativa, avrebbero potuto essere realmente riformate come disciplina giuridica solo in riferimento a una contestuale analisi politico-costituzionale, in riferimento cioè al “rapporto del sistema penale colla natura del governo”. Attraverso la legislazione si sarebbe venuta a “convertire – come aveva scritto Filangieri – la *violenza privata* in *violenza pubblica*; per istrappare dalle mani de’ privati l’esercizio del dritto di punire, e conferirlo ad una magistratura analoga alle circostanze politiche, nelle quali si ritrova la Nazione”<sup>19</sup>. Questo è l’inizio, la prima fase della formazione dello Stato di diritto. Filangieri traduce come “violenza” l’espressione vichiana *vis publica*, cioè, secondo l’interpretazione dei giuristi riformatori, il potere dello Stato moderno in grado di contrastare le sovranità antisociali feudali e l’inquisizione, tema a cui è riservata l’Appendice al capitolo XXXV del Libro III della *Scienza della legislazione* intitolato “Delle leggi criminali”.

A dimostrazione della centralità di questi argomenti politici e della continuità, sotto questo profilo, della prima parte dei *Saggi* con le opere processuali, va ancora qui rilevato che la prima edizione dei *Saggi Politici* si conclude, nel *Generale prospetto della storia del regno*, sulla analisi delle cause storico-politiche della decadenza delle forme legali del processo, corrispondenti alle costituzioni più evolute, cioè delle forme del processo penale accusatorio.

In riferimento alla dominazione degli Angioini, i “sovrani chiamati dal Pontefice” in Italia, nel capitolo VIII della “Decadenza delle nazioni” della prima edizione dei *Saggi Politici*, si osserva come il processo accusatorio venne cancellato dalle costituzioni del regno: il “processo accusatorio sotto questi principi affatto spirò: i rimedj legali, le necessarie forme dei giudizj, le barriere della libertà, gli scudi dell’innocenza, furono distrutti. [...] Il processo inquisitorio [...] in cotesti tempi fu stabilito appieno, e nel punto istesso la pubblica sicurezza ebbe l’ultimo crollo”. In uno stato di totale decadenza politica gli istituti processuali avrebbero seguito le sorti della nazione, e la decadenza delle istituzioni politiche sarebbe passata nella forma dei giudizi. Ancora nel capitolo sesto delle *Considerazioni sul processo criminale*, viene ana-

lizzato il rapporto tra *dispotismo* e sistema penale, un tema che aveva profondamente influenzato la dottrina politica settecentesca: “Una nazione corrotta [...] per l’ordinario corso delle civili vicende ne’ nostri politici *Saggi* ampiamente esposte, cade sotto il pesante giogo del dispotismo. Cotesta è l’epoca della fine del processo. Tacciono e vanno in oblio le leggi. [...] In tale stato la libertà civile è spenta. Il processo più non esiste. [...] Le nazioni sotto il dispotismo son quasi lo stesso, che furono nella di loro prima barbarie; e quindi ritornano i giudizj nello stato medesimo”. La decadenza politica a sua volta diventa la causa degli arbitrari giudizi, terribili processi di tipo militare, quando la giustizia viene amministrata *de plano*, secondo l’equità sommaria e la giustizia naturale, cioè priva di cultura e di metodo giuridico.

“La pubblica forza, risultato delle private forze di ciascuno, è convertita [– scrive Pagano nel capitolo IV del sesto dei *Saggi Politici* intitolato “Della decadenza delle nazioni”, riferendosi alle condizioni allora presenti nel Regno di Napoli e quasi nell’intera Europa –] nelle forze del despota: ciò che Tacito esprime con quelle brevi e sublimi parole: “*Nulla iam publica arma*” (nessuna giustizia e nessuna forza pubblica). In questo senso va interpretato il pensiero filosofico conclusivo dell’Introduzione alle *Considerazioni sul processo*, dove Pagano scrisse che la “libertà civile vien custodita dalla criminale legislazione, e da’ *pubblici* giudizj”. Dunque il tema storico della costituzione del potere pubblico comune, attraverso la riunione delle forze private, si converte in un’analisi direttamente riferibile alla società politica della fine del Settecento e diviene una critica dell’“universale criminal sistema di Europa”, del dispotismo monarchico.

Già nei sistemi di riforma della legislazione che hanno preceduto l’opera paganiana, particolarmente in Vico, Montesquieu e Filangieri, come si è visto, si riscontravano diffuse tracce del metodo storico comparativo con il quale erano state poste le radici del superamento della teoria meramente formalistica del diritto, metodo secondo cui le leggi penali sono corrispondenti, in un rapporto di *analogia*, con la natura del governo<sup>20</sup>. Ma per la prima volta nel sistema paganiano si trova studiato analiticamente, in questa direzione, attraverso una profonda esegesi della filosofia classica greca, l’insieme delle condizioni politiche di efficacia delle riforme giuridiche: la relazione di corrispondenza, ricavata dall’esperienza storica, tra la costituzione e la forma degli ordinamenti settoriali, diventa un innovativo criterio di studio dei principi di efficacia delle leggi.

*Religione e Stato nelle società politiche arcaiche*

La riforma del diritto pubblico viene preparata attraverso un analitico approfondimento delle “origini” delle società colte e compiute. In particolare il terzo dei *Saggi Politici* intitolato “Dell’origine e stabilimento delle prime società” si pone al centro della dinamica filosofica dell’intera opera. Nel terzo *Saggio* è svolta la storia della formazione delle magistrature pubbliche, del corso politico nel quale, attraverso la progressiva riduzione delle autonomie arcaiche feudali – come nell’analisi vichiana relativa allo sviluppo degli istituti dello *Jus majorum gentium* – si vennero a determinare le condizioni dell’*eguaglianza* politica tra i cittadini.

La competenza dei pubblici consigli, secondo la ricostruzione paganiana delle prime strutture di aggregazione politica nelle società feudali arcaiche, come si è detto, era limitata alla comune difesa, con una possibilità ancora ridotta di intervento a tutela dei diritti soggettivi.

Nel capitolo XVIII del III dei *Saggi Politici* si trovano ricostruite le prime competenze delle pubbliche assemblee in mediato riferimento alla storia vichiana sull’origine delle leggi penali: “I Pubblici affari erano soltanto la materia de’ pubblici consigli. E quegli raggiravansi solo intorno alla comune difesa, cioè a dire intorno alla guerra, che agli esterni nemici dello stato ovvero agli interni doveasi fare.”<sup>21</sup>.

La facoltà delle magistrature pubbliche di interpersi nelle private contese e di esercitare completamente quel diritto, che è l’unico dei diritti naturali fondamentali a cui il cittadino, secondo la teoria politica paganiana, rinuncia per effetto della sua vita all’interno del corpo sociale, cioè il diritto all’autotutela e alla vendetta, segna, nel sistema dei *Saggi Politici*, l’inizio della transizione dalle società barbare alle costituzioni colte e compiute.

La competenza di magistrature sempre più numerose col tempo, e con la maggiore civiltà, si sarebbe estesa fino a comprendere ipotesi di violazione dell’ordinamento diverse dai delitti di natura religiosa in quanto l’intervento dello Stato nelle società arcaiche poteva avvenire, secondo questa interpretazione, ancora solo per quelle forme di violazione dell’ordine pubblico che si traducevano in una violazione del sacro. Nel XX capitolo del terzo *Saggio*, intitolato *De’ giudizi nel secondo periodo della barbarie*, si trova compiutamente sintetizzato il corso storico che precede l’estensione e il consolidamento della sovranità statale.

Nel corso storico di progressivo esaurimento dei poteri delle corti «feudali», con la correlativa estensione delle competenze e il perfezionamento del potere statale, le magistrature competenti non perseguirono soltanto quelle forme di “delitto sacro e religioso” di cui consisteva il delitto pubblico, cioè il delitto contro lo Stato ma, prevalendo degli imperi *domestici*, costituiti sul *sovrano dritto dell'indipendenza, e della vendetta* (cioè il diritto che ancora sostiene la sovranità negativa dei feudi) acquistarono giurisdizione nelle controversie private, cioè vennero ad esercitare del tutto la giurisdizione ordinaria.

Intorno a questo esame, relativo al superamento dello stato di anarchia delle società precivili, si riconnettono gli studi sociali sulla religione nei sistemi arcaici e in particolare sulla coincidenza completa, negativa, nelle società premoderne di religione e Stato. Filangieri nella parte storica del libro III aveva esplicitato in una razionale sintesi il pensiero vichiano sull'origine delle leggi penali: “I soli delitti, pe' quali si esercita l'*Ius minorum gentium*, o sia il *dritto della violenza pubblica*, sono i delitti di Stato; e i delitti di Stato in questa società sono i delitti *Religiosi*”. Nel primo e secondo dei *Saggi Politici* è estesamente trattata la connessione tra potere temporale e religioso di nuovo sintetizzata da Pagano nel capitolo X del III *Saggio*, in riferimento agli *uomini barbari ripieni di religione* di cui scrisse: “Né altro dritto conoscevano, che quello della forza e della religione, che sono lo stesso [...]. Nella mezza età, quando fu rimenata in Europa la barbarie, si vide eziandio questo strano innesto della religione e della guerra. [...] La religione adunque ne' barbari tempi si mescolò sempre nelle pubbliche e private cose”. Con l'eliminazione politica di questa antica connessione veniva a porsi una delle principali condizioni politiche delle future riforme.

Al conseguimento della legalità e totalità del potere giurisdizionale dello Stato, quando la competenza delle magistrature pubbliche si estese dal mero controllo del sacro, quando “ogni pubblico reato era delitto sacro e religioso” [S.P.<sup>1</sup>, III, IX], alla tutela dei diritti politici fondamentali della persona, corrisponde, secondo il pensiero paganiiano, l'*origine* delle società civili. Non è tanto il fatto, considerato in sé, della formazione della giurisdizione che viene messo in evidenza nel sistema paganiiano, quanto il grado corrispondente di cultura e di progresso civile che occorre per trasferire alla sovranità il potere della mediazione e della risoluzione dei contrasti politici ed economici, per quelle cause che riguarda-

no i diritti fondamentali dell'uomo, nel superamento di una innaturale e indebita neutralità dello Stato, portatore legittimo di funzioni di tutela delle classi sociali più deboli, di un potere che indica rispetto alla giurisdizione privata feudale il percorso compiuto verso la modernità.

### *Il principio di eguaglianza nella legge penale*

L'esercizio della giurisdizione in forma privata nelle corti baronali dipendeva dall'ordine feudale di governo, infatti la definizione di baronia era identificata nell'esercizio della giurisdizione, con cui si annullava, in un arcaico diritto assoluto sulla persona dei sudditi, qualunque effettività del potere amministrativo centrale. Nei *Saggi Politici* e nelle *Considerazioni* sono diffusamente analizzati il potere di dare asilo, di transigere economicamente sull'accusa, di arresto dei sudditi, poteri che trasformavano in una pallida copia, dinanzi all'effettività e all'immediatezza del potere baronale, il potere centrale di governo<sup>22</sup>. “Nel governo feudale – amaramente osserva Pagano a conclusione dei *Saggi Politici* – [...] gli uomini si credono proprietà e patrimonio degli altri uomini [e] i doveri dell'uomo e del cittadino vengono da superstiziose pratiche ed opinioni compensati” [S.P.<sup>II</sup> VI, II]. In questo senso, cioè in questo contesto filologico e politico, dunque può compiutamente leggersi la definizione, data nei *Saggi*, di perfezione del governo, come “onnipotenza per abbattere l'indipendenza privata”, l'indipendenza cioè dello “stato di isolamento” feudale e l'autonomia dei poteri periferici. Il terribile concetto antiggiuridico di “proprietà” sulla persona contrastava con qualunque diritto fondamentale dell'uomo.

Uno dei temi che più immediatamente si pongono all'attenzione in questo settore è il riflesso nel sistema politico paganiano del principio di eguaglianza. Il superamento della distinzione delle classi dinanzi alla legge penale venne studiata già nel *De Constantia Iurisprudensis* in Vico, nel capo II-XXVII dedicato alla storia del diritto penale, quale origine dell'equità politica: “fons equitatis civilis”. Da qui ancora un altro motivo della centralità degli studi paganiani per il sistema penalistico.

Vico svolse l'analisi sull'origine delle leggi penali come una ricerca delle cause storiche per le quali gli ordini degli ottimati vennero modificati o si estinsero. Tra i plebei e i patrizi, secondo il paragrafo 2 del capitolo intitolato *De legum poenaliium origine* [De

Const. Iuris., II-XXVII] non vi era inizialmente *contentio*, cioè nessuna contesa giuridica, dal momento che “ogni diritto sacro, pubblico e privato, apparteneva solo ai patrizi”. La plebe richiedeva lo *ius equum*, l’equità “*adversus vim et iniuriam*”: molto forte e incisiva risulta l’espressione vichiana *vis et iniuria erat adimenda*, dove è espressa la necessità e l’imminenza del corso storico della nazione verso la libertà politica e l’equità civile. I generi delle pene vennero stabiliti inizialmente in riferimento ai diversi generi di danno, nel senso che la corrispondenza, meramente quantitativa, tra offesa e vendetta aveva determinato l’inizio del concetto giuridico di pena: Filangieri, nella *Scienza della legislazione*, delinea in modo molto preciso questi principi, commentando la lezione vichiana svolta nel capitolo del *Diritto universale* sulla storia delle leggi penali, dove scrisse che proprio da queste tracce si era formata “la prima sebbene imperfetta idea della proporzione della pena col delitto”. È noto come nel ’700 una monotona, crudele uniformità di sanzioni ancora si applicasse alle più diverse categorie di delitto. Pagano si riferisce a questa complessa tematica nei riferimenti alla giurisdizione contenuti nel capitolo XI del II *Saggio*, scrivendo delle società ciclopiche, del “sentimento di proporzione, la ragione, che col progresso del tempo incominciava a manifestarsi [e che] fece intender che le offese non erano tutte pari [...]” e che alla diversità dei reati dovevano corrispondere pene commisurate diversamente alla gravità dell’offesa e alla natura del bene giuridico protetto. Anche dalla classificazione giuridica dei generi delle offese sarebbe nata la prima rudimentale forma dei sistemi penali arcaici. La predeterminazione dell’entità della pena e l’eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge costituiscono due principi fondamentali del successivo sviluppo normativo. Dall’*aequalitas* meramente oggettiva, che riguarda la pena, “l’altrettanto” cioè che si deve in riparazione (“*tantumdem poenae*” o in duplice proporzione) si era aggiunto, secondo Vico, nella polis il diverso criterio di giudizio sull’equità, di natura soggettiva, basato sulla eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge penale, essendo da allora tenuti i patrizi e i plebei alla stessa pena per il delitto, e ciascuno senza differenze tenuto alla pena stabilita dalla legge e, inizialmente, dalla consuetudine<sup>23</sup>.

La grave severità delle leggi penali propria dello *Jus majorum gentium*, con cui secondo Vico erano state superate nelle civiltà più arcaiche le vendette e violenze private, conteneva, sebbene ancora in forma oggettiva e oscura, delle concause che avrebbero portato materialmente nel corso storico delle nazioni alla equità e alla libertà



della plebe “*adversus iniuriam*” attraverso il nuovo principio dell’eguaglianza dinanzi alla legge penale. Filangieri, nella parte della *Scienza della legislazione* dedicata alla storia del diritto penale e alla sua evoluzione, a questo proposito scrisse commentando la teoria vi-chiana: “Se noi paragoniamo quest’ultimo periodo di barbarie col primo; quale immenso spazio si troverà essersi percorso! La vendetta personale più non esiste; la pena non è più indeterminata; la composizione non è più arbitraria; [...] esiste un giudice ed una legge; vi è un Codice scritto, ed un magistrato, che lo applica ai diversi casi” [S.L. III, II, XXXV]. Dunque da questa originaria, arcaica, struttura delle leggi penali erano state poste le condizioni iniziali, sebbene ancora in modo materiale e oscuro, dell’autorità dell’ordine giuridico e, a favore della plebe, i fondamenti dell’equità giuridica contro le offese. Perciò – osserva Vico – la somma severità delle leggi penali in vigore nelle repubbliche degli ottimati fondò due cose naturalmente congiunte: l’autorità dell’ordine giuridico e a favore della plebe la libertà dell’equità giuridica contro le offese. Le prime leggi, infatti, non facevano ancora distinzione tra offese recate da un patrizio e da un plebeo: “[...] *non distinguebant patricius ne an plebeius fecisset iniuriam*”<sup>24</sup>, per lo stato di completa soggezione della plebe, contro cui soltanto veniva esercitata la violenza.

Continui sono nei *Saggi* i riferimenti analogici alle diverse forme di feudalesimo nella storia. Nel XV capitolo del quarto dei *Saggi Politici* ancora sono descritti lo stato del pieno stabilimento del governo (*vera respublica*) e la diffusione dei lumi come condizioni della “cultura di un popolo”, quando le leggi a carattere universale prevalgono del feudalesimo e della aristocrazia ereditaria: solo in questo stato “*tutti egualmente*” sono sottoposti alla disciplina civile, e nello svolgimento di questo corso storico ancora Pagano considera fondamentale il potere giurisdizionale dello Stato, contrapposto al potere baronale, come uno degli strumenti di attuazione della eguaglianza politica<sup>25</sup>.

De Hillerin, nella sua introduzione all’edizione francese pubblicata a Strasburgo nel 1789, mise in particolare evidenza la critica storica al sistema aristocratico-feudale che caratterizza l’intero piano dell’opera giuridica di Pagano, che risulta a sua volta corrispondente al pensiero di Filangieri sul feudalesimo, svolto nella *Scienza della legislazione* in riferimento alla storia dei sistemi penali<sup>26</sup>. De Hillerin, dimostrando una adeguata conoscenza delle fonti del sistema processuale del Regno di Napoli, denuncia il potere incondizionato di “semi-tiranni” che controllavano le provincie con la possibilità di arresto “per motivi solo a loro noti”: situazione, del resto, non molto

differente da quella francese, tanto che potrebbe pensarsi ad una critica diretta di De Hillerin alla legislazione della Francia, che aveva determinato la pubblicazione di uno dei testi europei fondamentali della riforma del sistema penitenziario processuale nell'Europa continentale: “*Des lettres de cachet et des prisons d'état*”<sup>27</sup>.

Il tema fondamentale della prima parte dei *Saggi Politici*, in particolare del terzo e del quarto, dunque, proprio in riferimento alla storia delle origini del processo penale, può essere denominato, come si è visto, con un'espressione propria di Pagano, “*storia dei progressivi avanzamenti della potestà sovrana sulle violenze private*”, cioè storia degli avanzamenti dalle guerre private civili e dalla disumanità dello stato di “isolazione” alla composizione civile e razionale dei conflitti, nel passaggio, come scrisse Gravina nell'*Oratio pro romanis legibus*, dalla violenza alle prime formule giudiziarie (“*arixis ad judicia*”<sup>28</sup>) e quindi istoria dei progressivi avanzamenti della sovranità per mezzo dei giudizi (del giudizio) e della ragione: ed è questo il tema decisivo nell'intera opera fino al quarto *Saggio*, pensata come una storia delle condizioni del superamento del governo feudale e del lento processo di costituzione dello stato moderno nel quale finalmente un costume civile, prodotto dall'educazione e dall'organizzazione politica dello Stato, rende poi residuale l'intervento penale, in una nazione, dove la regola della convivenza è basata sull'abito, indotto attraverso la cultura, dell'integrazione e della socialità.

*“Le antiche formole del tempo della violenza”*

La coesistenza di un doppio potere giurisdizionale, privato e pubblico, aveva caratterizzato, secondo il sistema dei *Saggi Politici*, la fase intermedia del progresso delle costituzioni, dai governi feudali alle società “colte e polite”. Si tratta di un processo evolutivo caratterizzato da funzioni costituzionali e giurisdizionali miste, come anche Vico, argomentando dagli istituti arcaici del diritto romano, aveva rilevato nel Libro quarto della *Scienza Nuova* dove scrisse di *repubbliche aristocratiche, naturalmente mescolate d'imperii famigliari sovrani* [S.N. IV, XIII, I]. Andava dunque formandosi la “potestà sovrana civile”, mentre ancora i padri conservavano, come scrisse Vico, “autorità di dominio dentro gli ordini loro regnanti”. Il processo di formazione di una forza politica comune (il “dominio alto superiore pubblico d'essi senati”) fu, secondo i *Principj di una scien-*

za nuova, lento e graduale: “nel formarsi le prime repubbliche aristocratiche, restaron intieri gl'imperii sovrani privati a' padri delle famiglie, quali gli avevano essi avuto nello stato già di natura; [...] il dominio alto privato di ciascun padre di famiglia andò a comporre il dominio alto superiore pubblico d'essi senati, siccome delle potestà sovrane private, ch'avevano sopra le loro famiglie, essi compose-ro la potestà sovrana civile de' loro medesimi ordini. [...] le città [...] perciò, ne dovettero nascere repubbliche aristocratiche, naturalmente mescolate d'imperii famigliari sovrani”<sup>29</sup>.

Della forma privata della giurisdizione e dello stato politico iniziale di incondizionato, violento conflitto sociale manterrà residue tracce formali (secondo il pensiero di Gravina, Vico, Pagano) ancora la giurisdizione romana classica di epoca repubblicana<sup>30</sup>.

Nel capitolo VII delle *Considerazioni sul processo criminale* Pagano riprende questo tema essenziale, descrivendo le tracce che il diritto romano, in epoca classica, conservava ancora della originaria indipendenza “feudale”, considerata nei *Saggi* l'ostacolo principale alla formazione dello Stato moderno. Ancora nel capitolo VII delle *Considerazioni*, in cui è svolta una storia delle “vicende de' giudizi”, sono analizzate le condizioni storiche che hanno stabilito la forma originaria delle procedure attraverso la ritualizzazione della antica originaria violenza e indipendenza privata. Le forme della procedura divennero rappresentazioni ritualizzate dell'originaria autotutela dei diritti. Come scrisse Vico, “con le leggi giudiziarie [...] proibirsi le violenze private” [S.N., IV, XIV, II]. I diritti privati, quindi, non poterono, di regola, più essere esercitati con la forza quando vennero introdotte le solennità della procedura e la ritualizzazione formale delle azioni. Con l'estinzione delle private desolatrici guerre, si delinea la funzione pubblica dello Stato attraverso la disciplina giuridica e la composizione vincolante dei conflitti sociali. La definizione del processo romano, contenuta nel VII capitolo delle *Considerazioni sul processo criminale*, come “l'immagine di una guerra”, è terminologicamente corrispondente a imitazioni e immagini della violenza (*violentiae imitamenta* e *violentiae imagines*)<sup>31</sup> di cui aveva scritto Vico nel *De constantia iurisprudientis*, per evidenziare il riferimento simbolico, che la ritualizzazione processuale aveva operato di una remota realtà sociale, e anche nei *Saggi Politici* la definizione è posta in relazione alla successione di diverse fasi storiche, dove al dominio della violenza succede una organizzazione sociale che di quella violenza conservava ancora visibili, e in alcuni casi permanenti, le tracce [Cons., VII]<sup>32</sup>.

A riprova della mediata corrispondenza, su questi temi, del sistema storico del diritto penale di Pagano, con il sistema vichiano, va ancora osservato che per esprimere il simbolismo processuale costituito sulla mimesi, e pertanto il superamento della originaria violenza, Vico usa il termine “fabula”: “*juris antiqui fabulas*” che, in riferimento analogico a ordinamenti evoluti, sta a indicare l’aspetto imitativo della procedura civile, secondo la terminologia aristotelica della poetica, appunto la mimesi: quella finta “violenza” o la ritualità della violenza sulle cui forme il diritto pubblico aveva simbolicamente costituito nel tempo la nuova legalità e l’equità oggettiva delle procedure.

“Nei primi tempi della romana Repubblica – scrisse Pagano, in un’indipendente evoluzione di questi principi filosofici – secondo che ne’ nostri *Saggi Politici* si è dimostrato appieno, la forza e l’armi decidevano d’ogni controversia. Le antiche formole del tempo della violenza, le quali ne’ giorni della più splendida romana cultura conservaronsi ne’ giudizj, ne sono ben troppo evidente pruova” [Cons., VII]. Filangieri, anche su questo argomento, nella seconda parte del libro III della *Scienza della legislazione*, nel capo XXXV, intitolato *Del rapporto delle pene co’ diversi oggetti, che compongono lo stato di una nazione*, aveva realizzato una aggiornata e razionale interpretazione delle osservazioni vichiane sull’origine del diritto penale e in particolare delle analisi vichiane sulle fonti giustiniane: “L’*Jus majorum gentium*, o sia il dritto della *violenza privata* – scrive Filangieri – è l’unico dritto, che regna tra’ capi di queste famiglie in questa primitiva società. La forza occupa i terreni; ne fissa i limiti; ne difende il possesso. La tutela de’ beni, della persona, e de’ naturali dritti è a questa affidata. La giurisprudenza *formolaria* introdotta nelle società civili non è che il simbolo, [– ecco un termine che ricorrerà, come si è visto, nelle *Considerazioni sul processo criminale* paganiane –] che l’*immagine*<sup>33</sup>, di ciò che in questo stato di cose si praticava, e si pratica, da’ popoli che si trovano ancora nelle medesime circostanze. Ciò che oggi sono nomi, sono formole, sono segni, erano allora atti reali”<sup>34</sup>. Corrispettivamente lo schema arcaico, violento del processo viene ribadito nel capitolo VII delle *Considerazioni*: il processo “avea principio dalla dichiarazione dell’attacco, dall’intimazione del giudizio, la quale faceasi, citandosi il reo.” Lo stesso Gravina, nell’*Oratio pro romanis legibus*, orazione conosciuta da Pagano che ne aveva quasi trascritti alcuni brevi passi, citandoli nella orazione *Ad Comitum Alexium Orlov* – aveva descritto in modo analogo questo corso storico che si concluse poi nella ri-

tualizzazione giudiziaria delle violenze private e infine nel loro superamento attraverso l'intervento pubblico dello Stato: "ac verum praelium in imaginarium aliud festucarum conflictu imitatum converteretur." Vico riferisce questa trasformazione della violenza, e il processo di ritualizzazione, prevalentemente alla "natura", nel senso che questo corso politico si ebbe quasi come un riflesso della naturale evoluzione delle società, assecondato facilmente (*facile factu*) nelle nuove istituzioni: "non tam consilium, quam natura fuit"<sup>35</sup>: in quanto gli uomini in questa fase della storia sarebbero stati portati naturalmente all'imitazione della realtà sociale remota mentre gli ordinamenti nella maggiore cultura si andavano evolvendo<sup>36</sup>. Anche in Gravina e in Pagano l'analisi delle cause è prevalentemente storico-politica e in particolare in Pagano che scrive nelle *Considerazioni* di un'inerzia morale nella conservazione di "spenti costumi": "Quando gli antichi riti si aboliscono, quando il tempo muta le vecchie usanze, la posterità attaccata a' primieri costumi, il popolo nel quale la morale inerzia più grave si scorge, serba i nomi almeno de' spenti costumi, e delle abolite usanze."<sup>37</sup>. Una pesante inerzia nelle nazioni meno progredite conserva quasi perennemente le oscure risonanze e gli usi dei più tristi tempi di barbarie. Del resto in Gravina la teoria dell'interpretazione è modernamente attentissima alla necessità di una continua attualizzazione del significato dei termini legali, quando questi, per il passaggio del tempo, si riferiscano a idee divenute ormai inattuali. Filangieri, nella magistratura dei Censori, probabilmente riferendosi alla critica graviniana della teoria dell'interpretazione, trasfonde il pensiero filosofico in un progetto di modifica costituzionale.

I *Saggi* svolgono un esame capillare, attualizzante, delle condizioni politiche che determinano il superamento della feudalità. La fase intermedia tra lo stato di privata guerra e la formazione delle magistrature pubbliche e la diffusione dei lumi è studiata da Pagano in relazione alle origini storiche delle pene pecuniarie. L'ipofonia, la multa data per il delitto, costituisce uno dei capitoli più rilevanti della parte del quarto *Saggio*, dedicata alle "prove storiche" dei progressivi avanzamenti della sovranità per mezzo dei giudizi. Tra il superamento della barbarie, caratterizzato nei sistemi feudali ancora dalla vendetta privata, e l'introduzione effettiva dell'egualianza dinanzi alla legge e del processo penale pubblico, con le pene pecuniarie iniziò a plasmarsi una forma embrionale di giudizi, con i primi rudimenti di un processo legale che conservava in gran

parte l'aspetto privatistico e arcaico della giustizia. Si trattava ancora di evoluzioni insufficienti, che facevano prevalere il principio del risarcimento e dell'accordo privato sul principio giuridico oggettivo. Nelle tesi politiche paganiane sulle transazioni pecuniarie svolte in riferimento alla teoria filosofica vichiana del "ricorso delle cose umane", è evidente l'applicazione di un metodo analogico nella ricerca sugli istituti giudiziari di composizione dei conflitti sociali in diverse epoche storiche.

Nel capitolo III del *Saggio* IV Pagano scrisse: "come la sovranità andava a poco a poco sorgendo sull'abbassamento dell'aristocrazia feudale, come i lumi della ragione si diffondevano per lo corpo sociale, così pian piano (i sovrani) hanno tentato di abolire sì fatti abusi, che portano il nome de' diritti" e che perpetuavano la consuetudine di evitare il processo con il pagamento di una somma di denaro. Quest'uso, secondo Pagano, corrispondeva a una forma remota di mediazione che veniva garantita dalla forza dei potenti sotto la cui protezione il reo aveva cercato scampo. Lo schema della pena era ancora ripreso dallo schema della vendita: "si comprano, scrive criticamente Pagano, coi doni la sicurezza e la pace"<sup>38</sup>. Nel capitolo II del *Saggio* quarto si presenta la "scoperta" della "origine delle multe, le quali son le sole pene che riempiono i codici de' barbari", cioè le transazioni private tra accusa e difesa con le quali ancora in epoca moderna si escludeva la procedibilità, transazioni contro le quali Pagano scrisse pagine celebri dell'opera politica e penalistica<sup>39</sup>. Finalmente, come si legge nel capitolo IV del IV *Saggio*, con la costituzione di un potere pubblico prevalente per potenza sugli imperi domestici, "[...] non più a' privati i fuggiaschi avean ricorso, ma al sovrano, ed al regnante senato [...] per far la pace e stabilire le transazioni"; e a questo proposito viene citata la costituzione federiciana che aboliva le raccomandazioni dei Baroni, stabilendo il ricorso esclusivo all'autorità sovrana.

È utile dunque richiamare il quadro della realtà politica e giurisdizionale a cui Pagano mediatamente riferisce nel suo complesso questa analisi storica, simbolizzando i contrasti tra giurisdizioni pubbliche e private in Europa alla fine del Settecento.

Per *privato regno* (feudalesimo, prevalenza incondizionata della forza e degli interessi privati, isolamento e frammentazione della realtà politica) termine mutuato dall'analisi vichiana sulle forme arcaiche del diritto pubblico romano<sup>40</sup> e a cui corrisponde il termine, usato con eguale frequenza nei *Saggi*, di *domestico impero*, Pagano evidentemente non intende solo una realtà storica remota. Ma in-

tende, riferendosi anche alla dottrina vichiana esposta nel quinto Libro della *Scienza Nuova* intitolato del “ricorso che fanno le nazioni”, dove si legge della eterna sorgiva dei feudi, qualcosa di *analogo*<sup>41</sup>, (secondo lo studio svolto da Filangieri sulla necessaria relazione di analogia tra ordinamento penale e forma del governo) alla realtà politica del Regno delle Due Sicilie alla fine del Settecento. Nel capitolo XVI del terzo *Saggio* la complessa indagine storico-filologica fino ad allora svolta, viene riferita direttamente alla realtà della società politica del suo tempo. Lo stesso Vico, nel Libro quinto della *Scienza Nuova* intitolato “Del ricorso delle cose umane nel risurgere che fanno le nazioni”, scrivendo dei suoi tempi (esattamente scrive: “*infino alla mia età*”) rileva la persistente mancanza o la insufficienza della giurisdizione statale, nella risoluzione dei conflitti tra i feudatari: “nel nostro Reame di Napoli [...] i baroni, non co i giudizi civili ma co’ duelli vendicavano gli attentati fatti da altri baroni dentro i territori de’ loro feudi” [S.N., V, 2].

Il problema della mancata costituzione di una giurisdizione unitaria era del resto comune alla maggioranza degli Stati europei.

Nelle prime forme di codificazione pubblicate alla fine del ’700, allora che le unità nazionali si andavano consolidando sulla dissoluzione dei poteri feudali, si registrava in Europa, sia pure in forma embrionale, progressivamente, il tentativo di limitare l’esercizio dei poteri giurisdizionali feudali, in un contrasto diretto a delimitare definitivamente le strutture politiche feudali contrapposte a quelle dello Stato. La *Constitutio Theresiana*, pubblicata in edizione italiana a Venezia nel 1763, rappresenta sotto questo profilo un documento molto significativo della legislazione penale moderna codificatoria nella parte in cui disciplinava, sia pure ancora in forma casistica e rudimentale, la difficile ricerca di un nuovo equilibrio tra i residui poteri periferici feudali e la spinta politica verso la compiuta sovranità nazionale degli Stati europei moderni<sup>42</sup>.

Dal testo della *Constitutio* risulta ancora evidente, in modo molto chiaro rispetto agli altri testi normativi dell’epoca, proprio in quanto si tratta di un testo processuale tendente alla codificazione anche se non del tutto riformato filosoficamente, l’opposizione che i proprietari potevano esercitare verso l’azione dei magistrati per effetto dei riflessi pubblicistici che erano connessi al diritto di proprietà sui latifondi. I proprietari, di solito feudatari, secondo l’articolo 19 della *Constitutio*, come potenti forme residuali dell’impero domestico, potevano contrastare per un certo tempo l’accesso ai magistrati nei fondi, nelle ville privilegiate e nei castelli e chiedere

di esaminare le prove raccolte dai magistrati pubblici nei confronti dei loro clienti. Ancora nell'articolo 19 della *Constitutio criminalis* era fatto "divieto ai giudici di introdursi prepotentemente in suolo, e fondo alieno, principalmente in un castello, monastero, villa privilegiata, né in casa de' sudditi, o di altri posti in aliena giurisdizione [...] senza il previo avviso, e consentimento del padrone del fondo".

Si trattava dunque di un istituto di diritto pubblico riferibile all'antico diritto di asilo<sup>43</sup>, in cui Vico, come nel sistema delle clientele, indicava uno dei fattori più evidenti della organizzazione politica dei feudi. Anche su questo punto è evidente la connessione tra i *Saggi Politici* e la *Scienza Nuova*. Filangieri, nelle sue note alla storia del diritto penale [S.L., III, II, XXXV], analizza direttamente la forma del rapporto tra gli asili sacri e le origini del diritto penale e su questo argomento scrisse: "Noi troviamo presso tutt'i popoli barbari l'istituzione degli asili anteriore all'istituzione delle leggi penali, vale a dire ne' tempi, ne' quali l'esercizio del diritto di punire era ancora interamente tra le mani degli individui. [...] Il timore d'incorrere nella pena del sacrilegio, che in questo stato della società doveva essere, come poc'anzi osservammo, un delitto pubblico perché delitto contro gli dei, doveva distogliere l'offeso da qualunque intrapresa contro il suo offensore, finché questi reggeva nell'asilo [...]". Nell'approfondimento della lezione vichiana, questi riferimenti alla analogia tra sistemi feudali arcaici e il diritto vigente nelle province d'Europa possono considerarsi del tutto non casuali, in Pagano e Filangieri, ma direttamente riferiti allo studio della persistenza delle cause del feudalesimo, ossia ai principi dell'eterna sorgiva dei feudi, studio introdotto nella *Scienza Nuova* da Vico, ed espressamente richiamato da Filangieri nella storia del diritto penale.

Sulla base dell'analisi della Const. Ther. alla proprietà fondiaria era connesso un immediato riflesso pubblicistico, prova della permanenza nell'organizzazione politica dell'Europa alla fine del '700 di arcaiche potestà sovrane private, corrispondenti alla titolarità di diritti reali sui latifondi, ancora efficacemente contrapposte al potere sovrano statale. Insomma si registrava un doppio controllo sul territorio per l'azione contro i crimini: il proprietario del fondo entro tre giorni poteva o meno provvedere alla consegna del reo e nel caso che fosse stato di avviso contrario all'*estradizione*, termine che rivela la sovrapposizione di giurisdizioni diverse, private e pubbliche, poteva ricorrere a



una autorità giurisdizionale sovraordinata. Complesse procedure incidentali, che documentano i residui conflitti costituzionali irrisolti, si svolgevano nel caso di contrasto tra il proprietario del fondo e il giudice. La *Constitutio* all'art. 19 dà soluzioni tormentate e di difficile esecuzione, fonte di moltiplicazione dei giudizi incidentali, definendo come interlocutoria la sentenza giurisdizionale preventivamente risolutiva dei contrasti tra feudatari e magistrati per le questioni giuridiche concernenti le regole di accesso nei fondi privati e nelle ville privilegiate e l'esercizio in quei luoghi dell'azione pubblica. La procedura incidentale di arresto, decorsi tre giorni dall'intimazione, esibite le prove e ottenuta finalmente l'extradizione, proseguiva attraverso la previsione di un gravame in cui il proprietario del fondo poteva ancora opporsi all'esecuzione: "[...] avrebbe dovuto ogni volta seguire prima di tutto la provvisoria interlocutoria sentenza del Tribunale Superiore sopra le misure da prendersi [...] e questa essere osservata senza contraddizione: dove in seguito solamente starà in libertà di tutte e due le parti di trattare l'insorta differenza in via ordinaria di giustizia". Come si vede, pur attraverso notevoli evoluzioni normative, non si era ancora costituita, come Pagano ricorrentemente rileva nei *Saggi*, definendo le cause principali del declino del Regno, una vera sovranità prevalente sugli interessi privati feudali e prevalente sui diritti dei baroni verso le clientele e i sudditi.

Per alcuni aspetti, in particolare per lo scopo normativo della riduzione dei privilegi connessi alla cd. immunità personale e immunità locale, e particolarmente per la regolamentazione normativa del cd. diritto di asilo, analoga è la legislazione napoletana del 1741, dove sono ridotti tendenzialmente i privilegi delle giurisdizioni ecclesiastiche e sono riformate le procedure connesse alla "licenza di trarre dal Sagro Asilo qualcuno de' delinquenti laici, supposto reo [...] a richiesta del laico magistrato" [Capo II, "Immunità locale"]. La riduzione dell'immunità locale, stabilita nel capo II del Trattato del 1741, si accompagnava alla formazione, attraverso complicate previsioni normative di nuovi organi giudiziari con competenze procedurali specifiche, di solito regolate con irrisolvibili sovrapposizioni e moltiplicazioni di giurisdizione, come nel caso della formazione del *Tribunale Misto*, addetto proprio alle questioni delle immunità, costituito nel capitolo IX del Trattato di Accomodamento, in un contesto processuale ancora premoderno<sup>44</sup>.

Il quadro complessivo che risulta da questa prima analisi presenta un sistema giurisdizionale incompiuto e arcaico, nel quale i diritti sovrani feudali ed ecclesiastici perennemente contrastano con il potere pubblico secondo quello stato continuo di opposizione tra “vera respublica” e vis privata sul quale si fonda la filosofia politica paganiana. La teoria vichiana dei ricorsi aveva profondamente contribuito a stabilizzare il metodo storico-comparativo della ricerca sulle giurisdizioni penali arcaiche.

L’analisi filologica dei testi omerici rappresenta uno dei riferimenti comuni, nei trattati di Filangieri e Pagano, per lo studio delle forme politiche degli antichi sistemi feudali. La inerenza alla proprietà dei latifondi di un complesso di diritti idonei all’esercizio della giurisdizione trasformava, come aveva rilevato Filangieri, i feudi in *satrapie*. E, come Filangieri, in particolare Pagano riprende le osservazioni sulla organizzazione politica dei “Feacesi” e sul sistema penale delle antiche società feudali greche.

Nel *Saggio* III, nel capitolo XVI della prima edizione, dove Pagano commenta il canto VII dell’*Odissea*, si trova una delle più importanti attualizzazioni della complessa trama di citazioni storiche di cui sono composti i *Saggi* e da cui si può meglio ricavare la definizione di potestà sovrane private e di stato feudale, caratterizzato, secondo Pagano, dalla insufficiente distinzione tra privato impero e potere pubblico: “[...] vi sono cittadini, che imbrandiscono il terribil gladio della giustizia [e] emuli del trono l’annoverano tra l’eredità de’ loro maggiori: ove si esige ubbidienza e fedeltà alla privata persona [...] ivi non v’ha civile libertà, non regno, ma una feroce aristocrazia oltraggiosa al sovrano, e al popolo; ivi regna la barbarie, e son pur lontani i sereni e felici giorni della cultura e dell’umanità”. Il collegamento con la filosofia storica delle *Considerazioni sul processo criminale* è immediato. Il capo V delle *Considerazioni*, si conclude riprendendo i temi fondamentali della teoria politica dei *Saggi*: “[...] dove regnavi una forza, che non sia già quella della legge, la qual privata forza o ci tolga di fatti, o almeno possa impedire il libero esercizio della nostra volontà, ivi la pubblica sicurezza è perduta [...]”.

Pagano riprende dunque l’analisi storica riferendosi direttamente agli ordinamenti feudali del ’700: in una mera apparenza di Stato le funzioni pubbliche primarie venivano privatizzate e, in particolare, la giustizia veniva esercitata attraverso rigide, antiquate procedure inquisitorie.

*I fondamenti politici del diritto penale*

## I

Secondo il pensiero paganiano, venendo meno la civiltà, risultato dei progressivi avanzamenti del giudizio sulla violenza privata, resta il mero “simulacro di una repubblica”, *simulacrum* come “non-governo”, “*non vera respublica*”.

L'interesse privato, coltivato come esclusiva direzione della cura, è il riflesso immediato della assenza o della decadenza dello Stato<sup>45</sup>.

L'analisi sulla “rovina del bene pubblico” [S.P.<sup>II</sup>, VI, II] è svolta nei *Saggi* principalmente in riferimento alla mancanza di cultura filosofica e civile.

La “diffidenza” e “l'interesse” determinavano l'isolamento dei cittadini aggravato dagli effetti dei sistemi inquisitori<sup>46</sup>. Pagano osserva che l'inquisizione, predicato della decadenza politica del governo, aveva contribuito a fermare qualunque evoluta relazione civile (“l'inquisizione impedisce il commercio di parlare e di udire”) e, come aveva rilevato ancora prima Nicolò Caravita nei suoi scritti processuali, influenzava direttamente il progresso delle ricerche filosofico-scientifiche. Sarpi, nella Storia dell'inquisizione, aveva rilevato come meri interessi privati venissero protetti attraverso i cerimoniali giudiziari canonici, intimidatori e apparentemente sacri<sup>47</sup>. Nel capitolo XII delle *Considerazioni*, intitolato “Origine del segreto, e misterioso procedimento”, si denuncia l'evidente corrispondenza tra ciò che è segreto, particolare, e il “privato luogo de' giudizj”, nel quale, con la decadenza delle istituzioni repubblicane e di ogni autentica forma di vita pubblica, anche i processi venivano celebrati secondo “l'esempio della dispotica corte”<sup>48</sup>.

La citazione, all'interno delle *Considerazioni*, dell'opera di “Thomasius”, (sembra trattarsi in realtà del saggio di Joachimus Saltzsieder intitolato *Dissertatio Juridica Inauguralis, De Origine Processus Inquisitorii*, saggio ispirato dallo stesso Thomasius<sup>49</sup>) sembra dimostrare ancora come l'opera processualistica paganiana si riferisca in modo mediato alla complessa tradizione anti-inquisitoria europea e quindi anche alle tesi politiche che furono esposte da Sarpi nella sua *Historia*, citata da Saltzsieder.

La critica del sistema feudale coincideva politicamente con la critica giuridica dell'inquisizione e dei sistemi inquisitori, e della violenza del *secretum*. Gran parte delle *Considerazioni sul processo criminale* costituisce infatti una critica della storia poli-

tica dell'inquisizione e si basa diffusamente sulla comparazione giuridica tra metodi inquisitori seguiti nella giurisdizione di Stato e metodi dell'inquisizione ecclesiastica. L'analisi di questa relazione si riferiva al problema costituzionale di fondo dei rapporti tra il Regno di Napoli e la curia e del conseguente controllo del potere giurisdizionale che la curia romana, come aveva rilevato Nicolò Caravita, rivendicava su materie civili sempre più numerose<sup>50</sup>. Il tema politico nella sua complessità storico-costituzionale, era stato attualizzato ancora da Eleonora de Fonseca Pimentel che nel 1790 aveva tradotto e commentato l'opera di Nicolò Caravita, "*Niun diritto compete al Pontefice sul Regno di Napoli*"<sup>51</sup>.

Contro i principi sostanziali e formali del diritto feudale dell'inquisizione Pagano ha il merito di delineare su nuove basi il diritto penale moderno, in riferimento ai principi, stabiliti nei *Saggi Politici*, di legalità, di eguaglianza e di reciproca limitazione dell'azione individuale in funzione dell'interesse pubblico.

Il punto filosofico di intersezione tra delimitazione dell'azione individuale e libertà civile, ricercato nelle teorie filosofiche dei *Saggi*, viene svolto e applicato nella dottrina penalistica. In senso processuale, le forme più evolute di esercizio dell'azione sono, secondo il pensiero paganiano, quelle che ineriscono alle costituzioni democratiche, disciplinate intorno al principio della pubblicità e del contraddittorio.

La regolarità del governo, scrive Pagano, dipende dal grado di sicurezza di esercizio nello Stato dei diritti politici fondamentali, cioè dal grado nel quale è assicurata "la conservazione e difesa de' dritti naturali degli uomini ridotti in società".

È "regolare" il governo che garantisce la libertà civile, intesa come condizione di esercizio effettivo dei diritti politici fondamentali, e che protegge nello stesso tempo l'*opinione*, la certezza morale, della libertà politica. Nel primo capitolo delle *Considerazioni* su questo argomento, è scritto in riferimento al valore dell'opinione: "Il timore attacca la libertà nella sua sorgente istessa – cioè nella volontà –. Là dove l'esterna forza impedisce soltanto l'esercizio della libertà"<sup>52</sup>. In generale lo studio dei processi di formazione della volontà pubblica rappresenta uno dei temi centrali delle opere politiche e giuridiche di Pagano. La regolarità, cioè la legittimità della forma costituzionale, è assicurata dalla tutela delle libertà politiche fondamentali. E la *vis publica* è una forza che accorda la tutela nella giustizia e resiste alla violenza.

L'ordine morale, secondo l'esposizione del quinto *Saggio*, come l'ordine politico, è più o meno perfetto secondo il grado di cultura nello Stato, secondo che "più o meno la violenza v'ha parte, che più o meno v'è libera la pubblica volontà." Così la libertà nel pensiero dei *Saggi Politici* è la capacità di autodeterminarsi in base alla conoscenza: "La libertà è la potenza e facoltà di [...] determinare se stessi secondo il fine naturale e a proporzione delle conoscenze.". La legge è l'"intelligenza degli oggetti, a' quali il corpo sociale dee guidare. L'intelligenza forma la legge".

Lo studio delle cause che influiscono sulla volontà diventa nell'opera pagana uno studio sul controllo dell'opinione. Nei *Saggi Politici*, all'interno dell'analisi sulla teoria del piacere e del dolore viene introdotto lo studio della corruzione e dei metodi repressivi nello stato feudale. Poter violentare o violentare è la stessa cosa. "[...] Né solo col fatto, ma colla potenza eziandio di poterlo fare, anche se non si arrechi violenza alcuna, offendosi la libertà" [Cons., I]. La pressione politica dell'inquisizione e dei processi di tipo inquisitorio determinava, negli Stati in cui era presente, un incombente, diffuso, sistema di controllo del pensiero.

In particolare, con una evidente corrispondenza tra le opere giuridiche e le opere politiche, Pagano rileva la maggiore capacità di suggestione di questa "forza" negativa del potere nei periodi di decadenza quando gli uomini finiscono per credersi "proprietà e patrimonio degli altri", condizione primaria della società feudale. A conclusione del capitolo XII del V *Saggio* si evidenzia la corrispondenza tra la dottrina costituzionale e giuridico-penale, sugli effetti del condizionamento della ragione, dove è scritto che i "canoni" con cui si studia la società si possono applicare all'intelletto dell'uomo. Ricorrono categorie tipicamente penalistiche nello studio della decadenza della società politica, cioè le categorie di valutazione del dolo: "L'ignoranza, l'illusione, l'errore, l'ebrietà, il sonno, i morbi tanto tolgono di libertà, quanto scemano di ragione. [...] Violenza fisica sul corpo; timori e seduzioni in rapporto alla volontà; ignoranza, illusione [...] sono quelle cose, che pongono freno ed ostacolo all'uso delle nostre potenze morali."<sup>53</sup>. Nelle società colte e progredite esiste ovviamente una maggiore capacità di valutazione e di resistenza, cioè una maggiore virtù [S.P.<sup>2</sup> V, XII]: "sì fatti estrinseci motivi *non sempre spengono dell'intutto l'umana libertà*"<sup>54</sup>. [Nei *Principj del codice*, a conferma di questa corrispondenza tra opere politiche e opere penalistiche, quanto all'esame della volontà, Pagano aveva scritto: "l'empito dell'affetto *non sempre rovescia dell'intutto la ragione*".]

## II

Inoltre la teoria penalistica si intreccia con l'analisi economica. L'eliminazione delle cause dei delitti, come aspetto più rilevante del sistema penale preventivo, si intreccia con i principi di una economia politicamente controllata in funzione sociale, senza la quale, come aveva scritto già Beccaria, le leggi penali diventano meri *pretesti della forza*<sup>55</sup>.

Al sistema penale di prevenzione dei delitti, cui Giovanni Carmignani dedicherà un'intera opera, la *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* [Pisa, 1831-32], Pagano riserva fondamentali osservazioni, relative allo studio della divisione in "classi" della società e alla forma del sistema feudale che, distruggendo l'eguaglianza tra gli uomini, e ostacolando la diffusione della cultura, contribuisce a determinare le condizioni della violenza.

Il rapporto tra eticità nell'uso delle risorse economiche e sistema penale si trovava, in forma embrionale, svolto nel pensiero giuridico di Vico in riferimento agli istituti dello stato di necessità e dell'innocua utilità, cioè della possibile irrilevanza per il sistema penale della appropriazione di beni di sopravvivenza in caso di necessità e, come ulteriore, autonoma previsione, quando l'uso non arrechi pregiudizio<sup>56</sup>, ma si tratta dei primi tracciati giusnaturalistici di un sistema che, quanto agli ordinamenti penali, avrebbe trovato solo nel pensiero illuministico rivoluzionario la sua completa esposizione, particolarmente in Marat e Pagano.

Sulle orme di Beccaria, J.P. Marat aveva scritto pagine di grande interesse politico nel suo *Disegno di legislazione criminale* criticando, in riferimento alle cause del delitto, la società nella quale l'individuo ricada in un nuovo stato d'"isolazione". «Su una terra – scrisse Marat nel *Disegno di legislazione criminale* – ovunque ricoperta di proprietà altrui ed ove non hanno la possibilità di appropriarsi di nulla [...]» i cittadini vengono di nuovo respinti nello stato di natura, cioè nello stato di violenza. Si tratta di nozioni che si trovano egualmente svolte in Pagano, nello studio politico delle cause della incriminazione di azioni indifferenti [S.P.<sup>II</sup>, V, XVI]. «Quando la legge in favor di una parte de' cittadini restringa i dritti dell'altra, quando ella presti la mano e la pubblica forza all'oppressione di una classe dello Stato, come avviene nel governo feudale, direttamente eziandio rovescia le fondamenta della libertà civile. / Se ella poi trascuri di opporre i necessari ostacoli alla violenza privata, se non pensi a render sicuro il cittadino, se, per difetto di buon or-

dine, gli esecutori delle leggi, abusando della pubblica autorità, impunemente opprimano il cittadino, indirettamente allor la legge favorisce la servitù civile”. Il rapporto tra eguaglianza reale dei cittadini e le “cagioni de’ delitti” costituisce uno dei temi ricorrenti dei *Saggi Politici* e delle opere penalistiche. Il sistema penale secondo Pagano non deve poter violare la libertà civile per essere mero strumento, come l’inquisizione feudale, di potere.

Nella “Introduzione” delle *Considerazioni*, subito dopo la dedica al cavaliere Luigi de’ Medici, sono esposte osservazioni a carattere generale sui principi politici del diritto immediatamente riferibili alla teoria filosofica dei *Saggi*: “La civile coltura e grandezza è una sublime, e vasta pianta, di cui la radice è la libertà civile [...]. E cotesta libertà civile vien costodita dalla criminale legislazione, e da’ pubblici giudizj, l’oggetto più principale e più interessante di quella”. La procedura penale, cioè la scienza della “forma dei giudizj”, rappresentava dunque il principale oggetto del sistema penale, nella prossima riforma delle costituzioni europee.

Il tema filosofico posto nell’Introduzione delle *Considerazioni* relativo alla funzione propria di tutela esercitata con i pubblici giudizi a favore della libertà civile è trattato nel capo primo dell’opera, intitolato “Della libertà civile” in cui il riferimento ai *Saggi Politici* è ancora una volta immediato. Già in apertura dei *Saggi Politici*, come si è detto, Pagano aveva osservato che l’uomo “nella percezione e negli appetiti partecipa dell’infinito”: cioè per il desiderio e la capacità di conoscenza partecipa dell’infinito, ma anche – come riflesso materiale di questa disposizione – nel desiderio frenetico di beni e di “insignificanti onori”, condizioni concorrenti della “dissociazione” politica e del “distruggimento”. E si riferisce ancora allo “stato della guerra privata, della distruzione [...] in cui ciascuno esercita le sue native potenze per quanto l’appetito lo sprona”. “Gli illimitati desideri” producono, senza un moderno razionale controllo del patrimonio naturale, la violenza privata e la guerra. La legge, come ragione e civiltà diffusa nello Stato, deve poter riportare la misura e l’ordine e condizionare “l’illimitato esercizio delle naturali facultà”. La legge, secondo il pensiero paganiano, deve disciplinare e se necessario superare gli interessi particolari. Per fare questo occorre un governo illuminato più forte delle sue componenti private. [S.P.<sup>I</sup>, I, XV].

Nel capitolo XIV del quinto *Saggio* erano stati introdotti, nella loro forma essenziale, i principi politici di limitazione all’esercizio delle *naturali facultà* e, in rapporto di genere a specie, di limitazione

del diritto all'autotutela, istituto la cui disciplina, nello studio dei limiti della legittima difesa, si troverà poi dettata, con innovative intuizioni sistematiche sul rapporto tra dolo e "scusanti", nei *Principi del codice penale*. "Nello stato d'isolazione [...] la fisica forza di ciascuno difende o vendica i suoi dritti, resiste alla violenza o attacca il violatore. [...] Ma cotesto diritto di vendetta, quando siamo in società uniti, alla società si appartiene: ciò comportando l'associazione delle private forze per formarne la pubblica, che in luogo della privata deve i diritti di ciascuno garantire" [S.P.<sup>II</sup>, V, XIV]. Nel capitolo dedicato alla libertà civile, può osservarsi come Pagano riprenda ancora gli stessi principi del capitolo XIV del quinto *Saggio*: "Non è l'unione degli uomini che forma la città, ma la legge, la quale le azioni de' cittadini dirige ad uno scopo comune, e pone freno alla violenza privata, e nel tempo stesso protegge la libertà dei cittadini. [...]". L'analisi dunque si sposta di nuovo sul tema del fondamento politico della reazione alla violenza e, quindi, della natura del sistema penale: "Qual sicurezza adunque al cittadino promette la legge? In qual maniera garantisce la sua libertà?".

Le risposte pagane si intrecciano con l'analisi politica sulle cause dei delitti: "La legge civile, mentre la tutela de' suoi dritti lascia intatta a ciascuno nel caso che da una istantanea violenza venga assaltato, [cioè quando si produce una regressione nello stato precivile di isolamento dell'individuo per effetto di una violenza] si addossa il peso di premunire il cittadino contro le offese che gli son mosse, togliendo le cagioni de' delitti, e mettendo gli uomini nello stato di non ritrovare il di loro interesse nel misfatto, ma per contrario nell'ubbidienza alla legge. Finalmente la cura ella si prende della vendetta, donde il dritto delle pene ha la sua vera sorgente".

I fondamentali testi politici di diritto criminale (Beccaria, Filangieri, Pagano, Marat) hanno, tra gli altri, il merito di aver messo in evidenza, superata la teoria formalistica costituita sul principio della mera violazione del precetto, che i delitti sono in grande misura l'effetto della macroscopica disuguaglianza sociale, dell'indifferenza o dell'impotenza per questa disuguaglianza, e soprattutto, per un certo tipo di delitti, del declino della moralità pubblica nella nazione. "Molti bisogni, molti delitti" aveva osservato sinteticamente Genovesi, nella *Diceosina* [I, XIX, XXVIII] commentando Beccaria e stabilendo i principi di un piano politico di prevenzione per cui "bisogna studiarsi di minorare i bisogni e i capricci della natura umana [...] il che significa applicare l'uomo utilmente". La teoria penalistica in Pagano riflette la teoria politica.



*Rerumpublicarum genesis*

L'inizio della civiltà e la genesi dello Stato (*rerum publicarum genesis*) nel sistema filosofico dei *Saggi Politici*, profondamente connesso in questi elementi con il pensiero graviniano [*Originum*, II, XVI, XX] deriva dalla unione in un unico potere, al fine del progresso civile, degli imperi privati. *Ex cunctis patrum potestatibus summum imperium*<sup>57</sup>. Una forte corrente simbolica di analisi attraversa su questo punto l'opera paganiana, che riveste di moderni segni interpretativi le definizioni finora studiate dell'istoria degli avanzamenti della sovranità e dell'istoria dei giudizi. “La legge dunque fondamentale delle società tutte – scrisse Pagano – comprende due principali capi. Primo, l'unione delle volontà e delle forze tutte, per conservare i dritti naturali di ciascuno; secondo, il modo di riunire coteste volontà e forze, e di esercitarle” [S.P.<sup>II</sup>, V, XXII]. La legge, secondo questa cultura politica, non è la volontà di un individuo o di una fazione, ma è l'espressione di uno Stato. L'unione politica viene resa possibile dal perfezionamento dell'abito civile quando si avverte criticamente che la “utilità propria” è legata alla “salvezza” di classi sempre più numerose di persone, alla “salvezza di tutto il gener umano” come aveva scritto Vico [S.N., I, IV]. Nel *Saggio* intitolato “Della decadenza delle nazioni” Pagano osserva [S.P.<sup>II</sup>, VI-II]: “l privato interesse non si può mai dal pubblico separare”. Nella lettura dei *Saggi* questa linea di analisi è filologicamente prevalente, e non se ne può prescindere se si voglia interpretare, nella difficile, non unilaterale complessità, l'insieme delle opere sulla giurisdizione.

Pagano riceve una complessa tradizione nella ricerca filosofica sulla funzione del giudizio. Lo studio dei riflessi penalistici della progressiva concentrazione delle funzioni politiche e della creazione delle magistrature era stato già introdotto da Vico nel *De constantia iurisprudentis*, nel capitolo, più volte citato, relativo all'origine della giurisdizione penale, che trova, tra gli altri, ancora un essenziale riferimento storico-costituzionale nel *De uno universi iuris principio et fine uno*, nel capo CVIII. Nel capo CLV, intitolato “De Rerumpublicarum recursu”, viene svolta un'analisi comparata sulle origini della repubblica degli ottimati (“*ex pluribus summis imperiis familiaribus compositis* [...]”)<sup>58</sup>. In Vico viene analizzato sia il superamento del feudalesimo attraverso l'avanzamento della sovranità, sia il processo politico di coesione di Stati minori liberi in repubbliche più estese e potenti. Il passaggio da una premoderna, feudale, molteplicità di forze private familiari in perenne conflitto, che caratterizzava i poteri privati costi-

tuiti sui riflessi pubblicistici dei diritti reali, in una superiore, efficiente organizzazione di governo è forse il tema politico che riporta più degli altri ad unità le diverse tematiche dei primi quattro *Saggi* che compongono l'istoria dei progressivi avanzamenti della sovranità sulle violenze private e che infine confluiscono nella sintesi costruttiva del quinto *Saggio* riservato alla teoria costituzionale delle nazioni "colte e polite".

Per effetto del riconoscimento definitivo della natura pubblica dei poteri di governo e di giurisdizione si sarebbero introdotti finalmente rigorosi divieti costituzionali all'alienazione delle cariche pubbliche dei magistrati, con cui si inquinava il tessuto sociale delle province del Regno. Nicolò Caravita, prima ancora di Filangieri e di Pagano, aveva dato particolare evidenza alla natura pubblica della funzione giudiziaria negli scritti processualistici e nel volume *Niun diritto compete al Sommo Pontefice sul Regno di Napoli*, tradotto e pubblicato da Eleonora de Fonseca Pimentel nel 1790, sottolineando i guasti delle transazioni giudiziarie e del potere venale di liberare ad arbitrio gli accusati: "tutto ciò, che è di diritto divino, o pubblico – scrisse Caravita – esser non può di privato diritto di niuno [...]. Or di diritto pubblico è l'alto dominio; dunque essere non può un bene privato, o vogliam dire un patrimonio di alcuno; e per conseguenza non può venir né trattato, né separato ad arbitrio del dominante". Nel capo XVIII l'Autore si chiede polemicamente "Se i Regni, come i campi, e i bestiami siano in commercio...". La cessione onerosa delle cariche e le transazioni sull'accusa erano i residui di una concezione privatistica dello Stato e della giustizia. Il riferimento analogico di queste critiche a epoche temporalmente diverse, dimostra la volontà di denunciare come antimoderna la forma politica del Regno nel '700: "il Barone – osserverà polemicamente Filangieri – può transigersi col reo". Secondo le *Considerazioni* la pubblica vendetta si convertiva in una delle rendite feudali [III, I, XVII]. La genesi della Repubblica avrebbe dovuto coincidere con il superamento della concezione privatistica dello Stato e della giurisdizione e della mancanza di sviluppo civile che caratterizzava il feudalesimo.

Il "Generale prospetto della storia del Regno" con cui Pagano conclude nel 1785 la prima edizione dei *Saggi Politici* e che eserciterà notevole influenza sulla storiografia meridionale non si trova ristampato, come è noto, nell'edizione del 1792. Tuttavia per entrambe le edizioni in questa materia può farsi comune riferimento al capo relativo al "Civile corso delle Nazioni di Europa" del *Saggio* intitolato "Della decadenza delle nazioni" che conteneva in sintesi i

principi filosofici delle cause politiche del feudalesimo. Il capo VII del *Saggio* “Della decadenza delle nazioni” introduce una definizione *universale* di feudalesimo, secondo quel nuovo principio, “*animadversus a nemine*”, della ricorrenza delle forme costituzionali che Vico aveva introdotto nel *Diritto Universale*, nel capo intitolato “*De rerum publicarum recursu*” [De Uno, CLV-CLVI] e quindi nella *Scienza Nuova*, dove scrisse dell’eterna sorgiva dei feudi<sup>59</sup>.

La definizione vichiana di eterna sorgiva dei feudi e la definizione paganiana di universalità delle “circostanze” che producono il feudalesimo sono in parte corrispondenti. Il governo feudale “non dipende da’ costumi di particolari nazioni del Settentrione, come per gran tempo da’ dotti stessi si è falsamente creduto; ma bene è a tutti i popoli universale – scrisse Pagano – quando nelle circostanze medesime si ritrovano essi: cioè a dire, quando il governo è debole e languente, quando la pubblica forza ed autorità è disciolta, quando i sociali legami sono infranti [...]”. Il capo VII del sesto *Saggio*, intitolato “Del civile corso delle nazioni d’Europa”, si traduce nello stabilimento di un contrasto tra il non-stato (“non vera respublica”) e lo Stato nel quale il pensiero umano riesce a concepire, superando la natura, le condizioni politiche di una maggiore civiltà e dell’umanesimo.

Pagano, risalendo alle dottrine di Vico e di Filangieri, svolge nei *Saggi* e nelle *Considerazioni sul processo criminale* ricorrenti osservazioni sulla funzione della concordia civile. Il capitolo del *Diritto Universale* più volte citato, sull’origine delle leggi penali, svolta la prima parte relativa all’origine del sistema penale si conclude nella analisi della funzione dello Stato: “E la struttura della repubblica – scrisse Vico – si avvicinò tanto più al genere delle cose divine, quanto più in alto si elevava: così la potestà civile, nata dallo scontro dei corpi nei primi disordini con la plebe, diventa consenso di animi. Tale è la legge che Papiniano descrive elegantemente come “impegno comune nello Stato” (*communem reipublicae sponsionem*); e Aristotele “volontà priva di affezioni [particolari]” (*mentem affectionibus vacuum*). Nei *Principj di scienza nuova* ricorrono termini sostanzialmente corrispondenti: “le menti degli uomini-scrisse Vico, in un passo della *Scienza Nuova* dedicato al commento della filosofia platonica – si conformavano in un’idea spassionata di comune utilità”, di una “volontà scevera di passioni” [IV, XIV, 2]<sup>60</sup>. Il termine *affezione*, che nel capitolo intitolato “Della decadenza delle nazioni” sembra evolversi in senso linguistico verso la rappresentazione metaforica di una patologia (di una “debolezza” [S.P.<sup>II</sup>, VI, III]), in genere nel sistema dei

*Saggi* si trova usato anche nel senso di condizionamento violento dell'opinione. "L'Uomo", osserverà polemicamente Pagano in apertura dei *Saggi* senza una adeguata formazione civile, "[...] tutto a sé riduce, e le sue *affezioni* attribuisce al tutto [...] gli altri procura di spogliare d'ogni vantaggio e d'ogni dritto." Le nuove leggi del "commercio" e della "vessazione" determinavano un'indifferenza per il valore della cittadinanza e dello spirito sociale.

Le osservazioni svolte nelle *Considerazioni sul processo criminale* sulla funzione pubblica, riprese sinteticamente dalle ricorrenti osservazioni dei *Saggi Politici* sul rapporto tra individuo e Stato e tra interessi privati e giustizia, sono corrispondenti ai contenuti filosofici dei capitoli dei *Principj di scienza nuova* nei quali Vico tratta del corso di formazione della Legge: la città si sviluppa inizialmente da assemblee in perenne conflitto, nelle quali, per difetto di formazione, le menti degli uomini non riescono originariamente a stabilire una sintesi delle ragioni che determinano irrisolvibili conflitti sociali e regna una perenne violenza. Le stesse parole legge e giustizia, secondo l'esame filologico di Pagano, tendono a dimostrare l'origine dall'idea di *conservazione* comune attraverso "la direzione al comune ed universale fine della natura" [S.P.<sup>II</sup>, V, XIII]: "Lex de' latini vale raccolta ed unione: derivando da lego, raccolgo, onde spicilegium, aquilex, raccolte di spighe e di acqua [...] Fu dunque la primiera idea di legge quella dell'unione di varie cose [...] ed in tal senso legge è il comune interesse, che lega gli uomini in società. E la greca voce nomos vale distribuzione, cioè limitazione delle operazioni. Jus vale forza, e iustitia valse da prima quanto iustitium, cioè iuris statio, termine, limitazione delle forze. Onde iustus si disse anche l'eguale". Se l'interpretazione di un simbolo dello Stato romano e dell'unione presenta in Vico, nell'esegesi del termine *aquilex* alcune divergenze<sup>61</sup>, evidenti analogie, invece riguardano la definizione di legge. Per il lettore moderno, l'articolata, evocativa scrittura pagana sulla concordia, testimonia, in primo luogo, la percezione filosofica della complessità di una filosofia politica nuova, e l'uso del termine "eroe" conferma la prova di questa percezione. Il processo di formazione delle leggi si trova descritto nella *Scienza Nuova* ancora in riferimento alla filosofia platonica: "Socrate – scrisse Vico – dall'osservare ch' i cittadini ateniesi nel comandare le leggi si andavan ad unire in un'idea conforme d'un ugual utilità partitamene comune a tutti, cominciò ad abbozzare i generi intellegibili, ovvero gli universali astratti con l'induzione, ch'è una raccolta di uniformi particolari, che vanno a comporre un genere di ciò nello che quei par-

particolari sono uniformi tra loro. Platone, dal riflettere che 'n tali ragunanze pubbliche, si conformavano in un'idea spassionata di comune utilità (ch'è quello che dicono: "gli uomini partitamente sono portati da' loro interessi privati, ma in comune vogliono giustizia") s'alzò a meditare le idee intelligibili[...] e s'innalzò a formare l'eroe filosofico, che comandi con piacere alle passioni. / Onde Aristotile poscia divinamente ci lasciò diffinita la buona legge: che sia una la quale siede nell'animo d'eroe etc...".

Il risultato politico della legge ("comporre un genere di ciò nello che quei particolari sono uniformi tra loro") è posto da Vico come principio di una forma esistenziale superiore alla forma di conoscenza naturale in cui "le menti degli uomini particolari [...] son appassionate ciascuna del proprio utile". "Nel pubblico di noi, e degli altri – scrisse Pagano [Cons., XXIV] – pensiamo in una maniera più grande, e sublime, né prestiam credenza alle picciolezze dell'uomo, ed il proprio orgoglio sparge un denso velo su delle cose che ci umiliano [...]". È un pensiero politico profondamente indicativo della psicologia della Rivoluzione. Nella definizione pagana ("l'aspetto del pubblico... in eroi ci trasforma tutti e fa scomparire l'uomo privato"), non sembrano infine estranee tracce della analisi retorica antica, e in particolare dell'Istituzione oratoria di Quintiliano, sulla diversa natura del discorso concepito per il pubblico, secondo la pedagogia romana classica<sup>62</sup>.

Infine può dirsi che Pagano, sulle orme di Filangieri, abbia modernamente intuito che il superamento della corruzione non poteva che avvenire attraverso la radicale riforma della Costituzione e l'educazione filosofica al governo. E sotto questo aspetto va evidenziato l'essenziale collegamento, già rilevato da Solari, tra la filosofia politica dei *Saggi* e la filosofia politica classica.

### *L'Oratio ad comitem Alexium Orlow*

Nel "corso, che han fatto nel viver civile le più celebri nazioni di Europa", all'interno dei *Saggi*, si trova analizzato, nel contesto della critica al feudalesimo, il modello politico della democrazia greca ateniese e delle poleis della Magna Grecia "all'apice della coltura". Sulla presenza del modello politico classico in clima rivoluzionario hanno scritto di recente autorevoli filosofi e filologi<sup>63</sup> tra cui, in particolare, Giovanni Pugliese Carratelli in *Cultura antica e problemi moderni del Mezzogiorno d'Italia*<sup>64</sup>.

Lo studio delle opere classiche di Pagano, tra cui gli *Esuli Tebani*, dimostra come il modello politico greco, del resto evidentemente presente nei *Saggi* attraverso le ricorrenti citazioni di Omero, Platone e delle opere retoriche di Demostene, abbia influito profondamente nella sua formazione politica. La complessità dei problemi costituzionali dibattuti, nella fase prerivoluzionaria, implicava il riferimento a un'idea di democrazia sostanzialmente nuova rispetto alla tradizione letteraria greca. Come le arti plastiche, durante il classicismo settecentesco, avevano ricreato un modello figurativo riferibile al mondo greco, ma evidentemente ricostruito e interpretato in rapporto a un mondo nuovo, così la riforma politica, nelle sue esegesi filologiche orientate sull'Ellenismo, adottando un modello formale derivato da una antichità esemplare, presentava il mondo politico nuovo, costituito su una nuova filosofia del ruolo del cittadino nello Stato. Ma forse la prova più diretta dell'influsso dell'Ellenismo, e del Neoclassicismo, sull'opera di Pagano è nella orazione "*Ad comitem Alexium Orlow*".

La forma e i contenuti della oratio paganiana, per le ricorrenti corrispondenze lessicali e concettuali, deriva in parte dall'*Oratio pro romanis legibus* di Gravina, di cui Pagano cita quasi letteralmente alcuni pensieri<sup>65</sup>. Nella "Orazione" la ripresa, voluta da Caterina II, dell'iniziativa militare contro la Turchia, diviene l'occasione della celebrazione della filosofia e dell'arte della Grecia classica e dell'Italia antica. Pagano riferisce a Caterina le lodi "divine" che Gravina aveva, all'inizio della sua orazione, rivolto a Pietro il Grande<sup>65</sup>. Si tratta, come aveva rilevato Franco Venturi, dell'espressione di un grande movimento neoclassico, documentato anche nelle raccolte di componimenti poetici che furono pubblicate a Napoli, movimento che ebbe nel giovane Pagano il suo maggiore interprete<sup>66</sup>. Pagano nella *Orazione*, riprende non solo genericamente lo spirito dell'*oratio* graviniana ma, talvolta, anche particolari citazioni letterarie. La liberazione della Grecia avrebbe riportato la rinascita del sapere e delle arti in Grecia e in Europa grazie all'azione militare della Russia: "Graeci autem servitute liberati ad pristinam gloriam revocarentur" aveva scritto Gravina, espressione ripresa nella successiva orazione paganiana: "nobilesque Graeciae gentes ad pristinam gloriam revocetis [*Oratio*, pag. XXVI]"; come è anche corrispondente, nella affine ispirazione letteraria e politica, tra l'altro, la dedica dell'orazione graviniana "ad Magnum Moschorum Imperatorem", sull'attribuzione degli onori riservati agli eroi nella classi-

cità, “*si religio sineret*”, e la dedica dell’orazione paganiana “*si religio sineret, inter deas retulissent populi*” [Oratio, IX] all’imperatrice Caterina II.

In particolare va qui rilevata la corrispondenza con il pensiero storico graviniano svolto nell’*Oratio pro romanis legibus*, relativo al passaggio dalle indiscriminate violenze sociali all’ordine pubblico e da realtà territoriali frammentarie allo Stato unitario. Gravina scriveva, in riferimento all’oriente, dello stato di dissoluzione della forza pubblica nelle province dell’impero (“*varios discordesque mores; dilaceratas provincias, et membra divulsa*”) e le conseguenze nella vita civile della possibile rinascita dell’unità politica, che si sarebbe rafforzata attraverso la diffusione della cultura giuridica e filosofica classica, e lo studio delle leggi romane.

Il processo di formazione dello Stato moderno, sorto dall’esaurimento dei poteri feudali, nell’ordine dei *Saggi Politici*, segue sempre, dunque, la stessa linea di ricerca, della progressiva civilizzazione con l’evolversi della cultura e quindi della concentrazione nelle magistrature repubblicane dei poteri di composizione dei conflitti sociali, nei limiti necessari alla tutela della libertà civile. Il principio è dominante nella teoria dei *Saggi*: “la città viene dal governo formata. Poiché [...] dove non havvi governo, cioè una centrale forza, la quale nasce dall’unione delle forze private, ivi non trovasi società di sorte alcuna [...]”. Disunione e feudalità sono espressioni corrispondenti nella teoria dei *Saggi*: “Gli esseri divisi [...] sono deboli [...]”. E la dissoluzione della forza comune, lo stato di “decadenza delle nazioni”, sia nei tempi barbari primi, sia nei tempi barbari ritornati, produce, nella teoria paganiana, in senso *universale* il governo feudale: “[...] quando i sociali legami sono infranti, quando l’anarchia e l’indipendenza regna [...] per i principj medesimi sorge il governo feudale”, secondo il “concetto universale, tipologico di feudalesimo” che era stato fondato da Vico, e di cui di recente ha di nuovo scritto Vittorio Hösle nella “Introduzione a Vico”<sup>67</sup>. La descrizione vichiana del feudalesimo e degli effetti dello smembramento della sovranità (*disjecti artus*), nel *De rebus gestibus Antonj Caraphaei*, riflette ancora sulla storia dell’oriente le analisi delle conseguenze politiche della decadenza e in particolare (con riferimenti analogici alla teoria dell’impero e alla sua dissoluzione) il senso della frammentazione e della decadenza politico-militare dello Stato<sup>68</sup>.

Il quinto *Saggio* dedicato alle società colte e compiute conclude l’istoria dei progressivi avanzamenti della sovranità svolta

nei *Saggi* I-IV. Il primo capitolo del quinto *Saggio*, intitolato “*L’estinzione della indipendenza privata, la libertà civile, la moderazione del governo formano l’essenziale cultura delle nazioni*”, costituisce un evidente raccordo tra l’istoria dei progressivi avanzamenti della sovranità, ossia la materia della prima parte dei *Saggi*, con il tema proprio della nuova analisi cioè la “regolare forma del governo” e quindi la regolare, civile forma della giurisdizione: si tratta forse del saggio più complesso, sotto il profilo dell’organizzazione della materia, in cui si trovano raccolte le principali osservazioni sull’economia, la definizione della sovranità e i fondamenti politici del diritto penale. Il piano intero dell’opera è ormai delineato: dopo un nuovo riferimento all’istoria dei progressivi avanzamenti della sovranità sulle violenze private (I-IV), è definito nel capitolo XXII l’oggetto del quinto *Saggio*, relativo alla *vera e regolare forma del governo e la perfezione della società*; e ne viene anticipata la fine, concludendosi i *Saggi Politici* con uno studio intitolato “Della decadenza delle nazioni”: “Con una distinta analisi abbiamo sin qui dimostrato per quali progressivi gradi e per quali mezzi l’anarchia s’estinse e ‘l governo acquistò il necessario potere per distruggere l’indipendenza privata [cioè l’anarchia feudale]; abbiamo divisata ben anche la vera e regolare forma del governo e la perfezione della società. Nel *Saggio* seguente ne vedremo la corruzione e la decadenza”.

Le rifrazioni di questo metodo ritornano nel sistema pagano con maggiore evidenza nel *Saggio* conclusivo, intitolato “Della decadenza delle nazioni”, dove il tema dominante ormai riguarda l’assenza di ogni “idea spassionata di pubblica utilità”: saggio strutturato, come è noto, sul contrasto tra la “rovina del bene pubblico” e la “privata fortuna”<sup>69</sup> [S.P.<sup>II</sup>, VI, II, 382]. È in questo ambito, evidentemente, che si inserisce l’analisi sul sistema penale.

### *Progresso e “natura”*

Si è interpretato finora, in riferimento sintetico alle opere viciane, il tema fondamentale della ricerca del sistema filosofico dei *Saggi Politici* che consistono, come si è detto, di una “istoria [filosofica] dei progressivi avanzamenti della potestà sovrana sulle violenze private” cioè sul feudalesimo e si è rilevato come uno dei ca-



pitoli essenziali di questa ricerca sia la storia politica della giurisdizione. Si è ancora evidenziato che il governo feudale rappresenta nel sistema paganiano una categoria ciclica, “a tutti i popoli universale [...]” in determinate condizioni storiche.

Nel disegno delle *Considerazioni*, Pagano delinea progetti progressivi di riforma del sistema giudiziario, dai primi schemi semi-inquisitori fino al disegno compiuto di un nuovo sistema penale di tipo accusatorio, mentre nella parte storico-politica, generale, dell’opera processualistica sono inseriti molti principi che troveranno compiuta applicazione soltanto negli articoli sulla giurisdizione del Progetto di Costituzione repubblicana del 1799. Si tratta di forme diverse di ordinamenti riferibili a tipi di costituzione politica considerati sempre più evoluti, verso l’*apice* dell’istoria dei progressivi avanzamenti della civiltà: deve tuttavia ancora osservarsi che è proprio la nozione di progresso una delle più tormentate del sistema filosofico che stiamo analizzando, sistema che è attraversato dall’idea ricorrente della decadenza, fisica e morale e, correlativamente, dallo studio dei rimedi, dei correttivi del corso di decadenza delle nazioni.

Le pagine dei *Saggi Politici* sulla durata breve della storia delle repubbliche, riflettono una luce morale particolare anche sull’azione rivoluzionaria del 1799: “le repubbliche – scrisse Pagano – sono passaggiera sulla superficie della Terra. Son elle di stagione solo nel tempo che gli uomini non sono adescati ancora dall’amore de’ sì diversi e tanti piaceri del lusso e della mollezza. Quando vengono animati dalla divina espansione dello spirito, dalle nobili passioni della compassione, dall’amore degli uomini, dalla beneficenza, dal sentimento dell’ordine morale della giustizia”<sup>70</sup>.

La istoria dei progressivi avanzamenti della sovranità sulle violenze private è collegata in modo ricorrente alla descrizione della instabilità di ogni stato di cultura e di compiutezza, in particolare delle repubbliche, per il grado di competenza e di capacità che richiedono<sup>71</sup>.

Il corso naturale dei periodi storici, secondo il pensiero paganiano, non sempre può completarsi regolarmente secondo lo schema esposto nei *Saggi* dalla prima all’ultima fase, cioè dalla prima origine delle società politiche fino allo stato colto e compiuto, dato che l’evoluzione politica può venire condizionata, come si è visto, da cause *esterne* naturali o civili<sup>72</sup>: “[...] forse mai accade, che possano le nazioni compiere il naturale lor corso, ed ordinariamente soffrire tutte le periodiche necessarie rivoluzioni, secon-

do che porta la natura delle cose civili. L'esterne cagioni turbano un tal corso, e ne sconvolgono l'ordine. E queste sono o fisiche o morali<sup>73</sup>. Ne aveva scritto Vico, come è noto, ad esempio, a proposito delle monarchie settentrionali [S.N., V, XIV] "ne' loro costumi umanissime", che "se 'l natural corso delle cose umane civili non è loro da straordinarie cagioni impedito, perverranno a perfettissime monarchie"<sup>74</sup>. Queste cause sono "esterne" nel senso che sono contrarie al *naturale* corso delle nazioni, a quell'ordine che "porta la natura delle cose civili". Dunque straordinario nel senso di esterno, privo di analogia con le leggi proprie dei ricorsi storici.

Nel sistema pagano dei *Saggi* la trattazione della possibile regressione della ragione, cioè delle cause di arresto del progresso delle nazioni verso la civiltà, assume un significato particolarmente rilevante. Sia i fenomeni naturali, "come se qualche cometa venga ad urtare e rompere la catena de' corpi in un planetario sistema compresi", sia gli interventi dell'uomo, connessi nello schema filosofico dei *Saggi* secondo l'usuale relazione stabilita nella fisica classica tra natura e tecne, incidono in diversi modi, secondo le osservazioni introduttive dei *Saggi* I e II, sulla "ordinaria" evoluzione politica delle nazioni. Se la fonte direttamente citata da Pagano risulta essere l'opera di Robertson e di Boulanger, tuttavia sembrano rilevanti anche dei riflessi dell'analisi politica classica, come negli scritti di Machiavelli su Tito Livio<sup>75</sup>.

A eccezione della nota "prefazione" della prima edizione dei *Saggi Politici*, aggiunta durante la stampa del primo volume, dedicata agli effetti sociali del terremoto delle Calabrie e ai fenomeni di involuzione che erano seguiti alla distruzione dei centri abitati, l'analisi delle cause che alterano l'ordine dei periodi storici è di natura essenzialmente politica. Ne scrive Pagano nei *Saggi*: "Le fisiche vicende, e le mutazioni prodotte nella terra e nel cielo, non sono l'oggetto delle nostre ricerche: ma soltanto le morali rivoluzioni delle umane società" [S.P.<sup>I</sup>, I, III]. Tuttavia allo studio delle cause naturali che hanno interrotto il corso della storia, cioè delle *esterne* "straordinarie cagioni" da cui il natural corso delle cose umane è impedito, studio presente, con importanti riferimenti, come si è detto, nella *Scienza Nuova*, corrisponde una traccia non secondaria anche nella ricerca dei *Saggi Politici*. Si tratta di un tema carico di rinvii letterari, sulla precarietà dei luoghi e della materia su cui iniziano e si concludono i corsi delle nazioni. A questa forma di analisi è riservata espressamente la celebre Dedic

dell'edizione del 1783, che non si trova riprodotta, come è noto, nell'edizione del 1791.

Pagano compose rapidamente e introdusse, a stampa quasi ultimata dei *Saggi*, i nuovi scritti sugli effetti sociali del terremoto del 1783. Il terremoto delle Calabrie aveva annullato nei centri abitati distrutti le differenze sociali all'interno di una organizzazione politica premoderna, determinando (era questo l'aspetto che più interessava il filosofo) una forma apparente, transitoria, di eguaglianza sociale.

Gli eventi distruttivi della natura, dopo il terremoto, avevano riportato i paesi nella condizione *originaria* delle relazioni civili: "[...] annullati i civili rapporti venne ben anche meno l'ineguaglianza politica [...]". L'argomento più rilevante di questa prefazione alla prima edizione dei *Saggi Politici* è costituito dall'analisi della apparente, transitoria, eguaglianza prodotta dalla distruzione fisica dei centri abitati a cui era seguita la regressione, anche etica, verso condizioni *naturali*, pre-civili di vita, dato che con il crollo delle città era venuto meno qualunque ordine civile.

Non essendovi, secondo l'analisi dei *Saggi*, alcuna possibilità di ritorno, se non imprevedibile e traumatico, dell'uomo nello stato di natura, una vera evoluzione sociale secondo Pagano poteva avvenire solo attraverso la ragione e la filosofia e in riferimento a questo pensiero si legge nel quinto dei *Saggi Politici*, chiarendo che nella sua opera lo stato di natura è evidentemente una condizione razionale, che deve essere costruita dall'uomo: "La filosofia ci ripone in quel piano stesso della natura, donde siamo stati per vari accidenti respinti." Non si tratta di uno stato reale, originario della storia, cui Pagano si riferisce quando scrisse del "piano della natura" quanto di una condizione culturale e pertanto "superiore alla natura collocata"<sup>76</sup>. A questo proposito va ancora osservato che Pagano definisce in alcuni punti dei *Saggi* la forma dello stato di natura come *legge intellettuale*, accogliendosi la teoria secondo cui solo la conoscenza razionale, *a posteriori*, può definire completamente i contenuti e i limiti della legge di natura. L'eguaglianza civile, come si è osservato studiando il capitolo vichiano del diritto universale sull'origine dei sistemi penali, non è nella natura delle cose, ma è il risultato del progresso filosofico.

Come si è detto, lo stato originario di natura risultava secondo Pagano da nient'altro che da una mera trasposizione let-

terario-arcadica dell'utopia di una società "colta e compiuta" alle origini della storia umana. Il governo delle prime società nella realtà appariva ovviamente "difettoso, come son per l'appunto le cose tutte della natura in sul nascer loro. Elle si vanno sempre più perfezionando col tempo se qualch'esterna violenza non ne turbì il naturale progresso." Questo principio è utile ancora per osservare come la storia dei progressivi avanzamenti della sovranità sia condizionata nel sistema pagano da varianti limitatamente pre-conoscibili e come la funzione dello Stato moderno consista anche nella predisposizione di mezzi contro questa componente oscura del *progresso* della storia. Allo stesso modo delle leggi fisiche, pure esistenti e potenzialmente applicabili al miglioramento delle condizioni di vita, le leggi "naturali" vanno ricercate e "conosciute"<sup>77</sup>. Si tratta di una riflessione direttamente formata sugli studi platonici e che probabilmente ha una sua radice remota nella filosofia di Locke e nei *Principes du Droit Politique* di Burlamaqui, secondo cui la legge naturale può essere conosciuta solo dove gli uomini usino già in modo adeguato la ragione<sup>78</sup>. E occorre aver presenti anche queste fonti, per l'interpretazione della apertura dei corsi universitari di diritto penale dove Pagano scrisse del rapporto di conformità tra le leggi promulgate dagli uomini e quelle "dettate dalla natura"<sup>79</sup>. Alla complessità dell'indagine sulle condizioni dell'origine e delle crisi più remote della storia, corrisponde un'indagine egualmente complessa sulla ricerca della forma della *natura razionale*, dovendosi ricercare quello che è universale, che come tale "dalla natura medesima nasca" [App. I, IV]: " Si studiò l'uomo – scrisse a questo proposito Pagano – *si conobbe la natura*, e i diritti dell'Uomo vennero rispettati" [S.P.<sup>I</sup>, V, XXVI].

L'esperienza della vera giustizia (*l'idea della giustizia*) quindi può venire vissuta presso quelle nazioni nelle quali è già molto evoluta la ragione. In Pagano la legge di natura diviene in senso proprio, come si è detto, *legge intellettuale*, che si manifesta nei progressivi avanzamenti della sovranità. Il vero governo è opera della ragione: il governo è regolamento e direzione. Il dirigere è opera della ragione.

Il riflesso normativo di quest'ordine di principi è evidente, nel senso che in modo ricorrente Pagano, ad esempio nel capitolo sesto delle *Considerazioni sul processo criminale*, definisce la giustizia *naturale*, nel senso di giustizia delle società arcaiche appena uscite dallo stato reale di natura, come la forma deteriore di

giustizia, cioè per i processi privi di qualunque ordine e formalità. Nelle *Considerazioni sul processo criminale* la giustizia naturale e la prova naturale sono considerate come la giustizia e la prova di grado infimo, quella cioè sprovvista di ogni elemento razionale e di ogni studio dei *remoti* rapporti logico analitici su cui il giudizio deve costituirsi.

Francesco Antonio Grimaldi, criticando ogni possibilità di costruzione dei sistemi giuridici in riferimento allo stato di natura aveva osservato che è natura all'uomo il presente: “[...] lo stato di natura è *quello stato, in cui l'uomo si ritrova*”<sup>80</sup>; mentre, con una osservazione non dissimile come piano di analisi, è alla legge della ragione che dovrebbe farsi riferimento, secondo F.A. Grimaldi, per trovare un possibile fondamento comune alla legislazione positiva. Sono, aggiunge, “le massime della retta ragione, che noi chiamiamo legge di natura”<sup>81</sup>, così ribadendo che lo Stato retto secondo la verità logica e scientifica è natura all'uomo<sup>82</sup>.

Il metodo paganiano, rispetto alla tradizione filosofica precedente, è sensibile in modo nuovo allo studio teorico delle condizioni che interferiscono con i corsi della storia modificandone i meccanismi o correggendoli attraverso la legislazione e la filosofia: queste osservazioni costituiscono il tema di fondo del metodo normativo. Nel primo capitolo del quarto *Saggio*, quindi al culmine del suo ragionamento sull'avanzamento della sovranità, Pagano introduce un importante ordine di osservazioni sulle cause della feudalità, dove l'accento è ancora posto sull'idea della separazione politica degli uomini causata dall'ignoranza e dall'“isolazione”.

In uno Stato moderno le riforme possiedono la capacità di perfezionare la cultura politica della nazione e di favorirne il progresso complessivo, ma in un sistema politico arcaico, resistente a qualunque programma illuminato di correzione, prevalgono meccanismi oggettivi che Pagano, rilevandone l'aspetto materiale e ingovernabile, definisce “concause”, come le guerre, occasioni oscure di trasformazione della realtà, concause cioè non prodotte attraverso un progetto razionale di evoluzione civile<sup>83</sup>.

All'interno dello Stato la legge di natura diviene legge civile, assume cioè forma logico-normativa e i doveri dell'uomo sono dati nella costituzione che stabilisce in modo vincolante le forme politiche dell'integrazione.

Nelle *Considerazioni sul processo criminale* Pagano confronta immediatamente le teorie sul progresso politico esposte nei *Saggi*

con un progetto graduale di riforma del diritto processuale. Oltre lo studio formale degli istituti si completano le considerazioni politiche sulla tragica probabilità di interruzione di ogni pensiero umanistico, sugli effetti simmetrici dell'evoluzione culturale con gli ordini giuridici, sul valore dell'educazione filosofica della nazione. Il sistema penale è ancora costituito sulla osservazione dei corsi della storia.

## PARTE SECONDA

### *Dai Saggi Politici alle Considerazioni sul processo criminale*

A distanza di due anni dal secondo volume dei *Saggi Politici*, nel 1787, Pagano pubblica le *Considerazioni sul processo criminale*. In quest'opera, fondamentale per l'evoluzione della procedura penale moderna, le teorie politiche si trovano strettamente connesse con i progetti logico-formali delle riforme positive.

Le *Considerazioni sul processo criminale* sono ancora, rispetto ai *Saggi*, un'opera di storia politica, le cui soluzioni normative concludono la secolare critica filosofica all'inquisizione. L'istoria dei progressivi avanzamenti della sovranità sulle violenze private, che costituisce uno degli argomenti essenziali della prima parte dei *Saggi* (I-IV) era stata del resto concepita in prevalente riferimento alla storia politica della giurisdizione, e in particolare all'evoluzione storica dei sistemi penali, attraverso un commento e un'attualizzazione delle opere di Vico.

Le procedure segrete dell'inquisizione, con le quali veniva assicurata la prevalenza incondizionata del potere feudale-ecclesiastico erano divenute sistemi di controllo sempre più gravi dello sviluppo della società civile sostenendo il dispotismo con l'apparenza della giustizia: "*sub specie Justitiae imperium in laicos*". Molti capitoli delle *Considerazioni sul processo criminale* completano e talvolta, con efficacia, sintetizzano la complessa storia della giurisdizione penale composta da Pagano nel terzo e quarto dei suoi *Saggi Politici* (mentre i principi sui fondamenti del diritto penale, come si è osservato, vennero svolti nel *Saggio* quinto, in particolare nell'edizione riformata del 1792). L'opera è strutturata sulla corrispondenza dell'analisi filosofico-politica con quella processuale penale e sulla trasposizione in termini normativi dei principi della storia delle costituzioni.

La dedica delle *Considerazioni sul processo criminale* al cavaliere Luigi de Medici si ricollega direttamente ai contenuti della *Lettera apologetica* pubblicata nel 1785 [o 1786], con la quale

aveva dovuto Pagano difendersi da diverse proposizioni di censura, in particolare da accuse, evidentemente gravi per il sistema penale del tempo, di ateismo e di lesa maestà. Nella dedica viene ricordato “l’amaro frutto” *ricolto* dalla pubblicazione dei *Saggi Politici* e le critiche, con le quali si era inteso colpire la fama dell’autore: “[...] benché i dotti uomini dell’Italia, e altresì di oltremonti abbiano di distinti elogi onorata la mia opera, che non ha oprato in Napoli la calunnia per turbar la mia pace, e recare una mortal ferita alla mia intera fama?”. Anche dopo il rigetto delle proposizioni di censura e l’accoglimento, nel complesso favorevole, delle difese delle tesi sostenute nella *Lettera* apologetica, Pagano avverte l’incertezza perdurante della propria posizione politica: “Un autore, il quale non ha sposato, che il partito della verità, che altro interesse non ha, fuor che il pubblico bene, offender deve sovente gli interessi privati di molti, de’ quali si attira addosso l’inimicizia, e la maldicenza”. La rottura dei rapporti con il partito dei conservatori avrebbe ora potuto accentuarsi, dopo la pubblicazione dei *Saggi*, con una nuova opera di critica sulla giurisdizione privata feudale. Ma non deve ritenersi per questo moderata o esaurita la spinta rivoluzionaria dell’analisi paganiana tra il 1785 e il 1787, che anzi, sfidando consapevolmente delle opposizioni sempre più vigili, si precisa in un programma di riforma della giurisdizione dichiaratamente rivolto contro i poteri baronali ed ecclesiastici.

Il piano normativo delle *Considerazioni* diretto a “tentare le profonde piaghe, che infermo e guasto rendono l’universale criminal sistema di Europa [...]” era formato principalmente sulla filosofia della storia e l’analisi comparata delle Costituzioni: “Oso – scrisse – [...] colla fiaccola della filosofia correr per entro le tenebre del Foro”, cioè contro gli scrittori e i giuristi che usavano “la memoria per ragione, e l’autorità per evidenza”. Gli stessi termini ricorreranno poi nella conclusione della dedica, dove si contrappone di nuovo “la luce della cultura” alle tenebre del foro.

Anche nelle pagine introduttive delle *Considerazioni* il riferimento all’istoria dei progressivi avanzamenti della sovranità sulle violenze private può considerarsi immediato, ed è ripreso in particolare nella distinzione tra mera autotutela e forza pubblica dello Stato: “Il dritto che garentito non vien dalla forza, è nullo e vano. Nello stato selvaggio e barbaro la forza privata sostiene il dritto di ciascuno. Nella città la pubblica forza del sommo impero protegger dee i dritti del cittadino” [Cons., I]. Segue quindi



l'esposizione e la sintesi dei principi politici del diritto penale che si trovavano, come si è evidenziato, in parte svolti nei capitoli XIII-XVII del quinto dei *Saggi Politici*, secondo l'edizione del 1785, poi profondamente rivista nell'edizione del 1792.

La connessione tra la storia costituzionale e i principi normativi della riforma processuale risulta evidente dalla conclusione della prima edizione dei *Saggi* e in particolare dalla conclusione del *Generale prospetto della storia del regno* dove, in riferimento al processo inquisitorio, si legge: "Il processo inquisitorio, della prepotenza strumento fatale, nato col romano dispotismo, e non già, come si crede, dal diritto canonico, ma da questo adottato ed accreditato, in cotesti tempi [cioè dalla dominazione angioina] fu stabilito appieno, e nel punto stesso la pubblica sicurezza ebbe l'ultimo crollo".

L'avanzamento della sovranità – *a rixis ad iudicia*, come già si era espresso Gravina nell'*Oratio pro romanis legibus* – si sarebbe prodotto anche attraverso la giurisdizione togliendo ai feudatari quel potere che consideravano, come aveva scritto Filangieri, "la pupilla dei loro occhi".

Sulla base delle definizioni politiche costituite nei *Saggi*, nell'opera pagania viene formulata compiutamente con metodo scientifico e moderno, nel solco della tradizione giuridica classica, la distinzione tra le diverse azioni processuali, inquisitorie e accusatorie, che si trovavano ancora, nei sistemi continentali di diritto positivo alla fine del '700, concettualmente indistinte o praticamente sovrapposte. La distinzione tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio venne studiata da Pagano come predicato della opposizione tra sistemi costituzionali diversi, cioè tra i governi feudali e il governo regolare delle *società colte e compiute*.

Nella parte storica delle *Considerazioni sul processo criminale* questa contrapposizione viene distintamente colta in forma scientifica e soprattutto studiata nelle sue conseguenze sul diritto positivo moderno, superandosi in questo modo le opere scolastiche che affiancavano e rendevano alternative dinanzi agli stessi tribunali le diverse forme di azione processuale<sup>84</sup>.

Come regola generale il processo vedeva in modo assoluto prevalente il sistema premoderno del segreto, della tortura e della esecuzione pubblica<sup>85</sup>; tuttavia, nonostante l'assoluta prevalenza del metodo inquisitorio, come si è detto, alla fine del '700, l'azione accusatoria rappresentava una forma residua (prevalentemente applicata agli istituti che disciplinavano il potere di azione e il diritto di intervento probatorio delle parti private), residua, ma teoricamente

ancora attiva nell'ordinamento settecentesco<sup>86</sup>. Le diverse forme concorrenti di procedura sono documentate nei maggiori trattati del tempo. Cremani nel capitolo VI della sua opera processualistica, *De jure criminali*, dove è contenuta l'analisi delle diverse forme processuali dell'inquisizione e dell'accusa, è uno dei maggiori testimoni di questa coesistenza di diverse prassi negli ordinamenti premoderni e sulla forma dei sistemi processuali misti derivanti dalla irrisolta sovrapposizione normativa<sup>87</sup>.

In conclusione può dirsi che prima della pubblicazione delle *Considerazioni sul processo criminale* si registrasse la contrastante coesistenza, la latente sovrapposizione funzionale di procedure diverse, con opposte norme probatorie, anche attraverso l'innesto di parti di ordinamenti diversi<sup>88</sup>.

Molti dei sistemi più evoluti e che costituivano una pietra miliare nell'evoluzione del diritto penale moderno, come il sistema penale leopoldino, o anche, tra gli studi teorici, il *Disegno di legislazione criminale* di J.P. Marat, non presentavano ancora una precisa, scientifica disciplina, adeguata alla modernità, delle due diverse forme di procedura, inquisitoria e accusatoria e in particolare degli istituti della ripetizione testimoniale e del valore degli atti preliminari di indagine. Né il nodo cruciale della sovrapposizione formale dei riti accusatorio e inquisitorio era sempre stato distintamente rilevato, in senso processuale giuridico, nelle opere teoriche e positive di riforma. Nel sistema leopoldino, cioè uno dei sistemi più evoluti della legislazione settecentesca, non sembra ancora chiaramente avvertito, ad esempio, il problema dell'innesto di norme concorrenti per cui, non tenendosi sempre differenziate le diverse verbalizzazioni secondo la diversa autorità, inquirente o giudiziaria, che le aveva formate, si lasciava irrisolto il tema della efficacia della prova in rapporto alle diverse fasi del giudizio, rendendo così oscuro l'"ordine" degli atti.

La contrapposizione formale tra rito accusatorio e inquisitorio stabilita in modo scientifico da Pagano resterà decisiva nel passaggio verso le legislazioni moderne: caratterizzerà i dibattiti del processo codificatorio francese, filtrerà capillarmente nella giurisprudenza post-codificatoria, divenendo uno dei riferimenti centrali delle legislazioni processuali moderne.

La riforma delle procedure straordinarie dipendeva da una secolare critica politica agli influssi medievali della curia. La riforma in senso accusatorio avrebbe contrastato la incriminazione per i delitti di opinione, cioè i delitti di fede religiosa e di opinione politica che venivano accertati attraverso procedimenti straordinari e inquisitori.

Tra le fonti cui Pagano si riferisce, di cui solo alcune si trovano dichiarate espressamente nel testo, può ritenersi che siano state utilizzate nelle *Considerazioni sul processo criminale*, almeno per il perdurante, diffuso riflesso che si rileva nelle più aggiornate scuole napoletane processualistiche del Settecento, le opere di celebri filosofi e giuristi, tra i quali in particolare l'opera di Giuseppe Valletta e di Nicolò Caravita che negli scritti dedicati alla critica delle procedure del Sant'Ufficio aveva difeso la supremazia dello Stato sulla curia romana, sostenendo la inefficacia giuridica degli editti romani inquisitori, con i quali si intendeva introdurre nel regno le procedure segrete, e sostenendo modernamente la tesi della necessità del contraddittorio e della pubblicità nella giurisdizione<sup>89</sup>. Caravita aveva introdotto principi penalistici molto affini ai principi fondamentali delle teorie paganiane, in alcuni punti anticipando le teorie giuridiche processuali moderne<sup>90</sup>. Nell'opera di Caravita si trova denunziato il condizionamento che il potere ecclesiastico determinava attraverso l'inquisizione sulla ricerca filosofica e scientifica<sup>91</sup>. La questione, formalmente processualistica ma propriamente politica aveva attraversato, nelle fasi cruciali di transizione, interamente la storia del Regno di Napoli. La distinzione delle giurisdizioni, civili ed ecclesiastiche, aveva trovato uno dei suoi essenziali fondamenti filosofici e filologici nell'opera processualistica vallettiana, la lettera *Al Nostro S.<sup>mo</sup> Padre Innocenzo XII, intorno al procedimento ordinario e canonico nelle cause, che si trattano nel Tribunale del Santo Ufficio nella Città, e Regno di Napoli*, opera in cui sono evidenziati i diversi "fini" della società ecclesiastica e civile: "[...] non vi è comparazione veruna tra la Monarchia, e la Jerarchia, tra il Principe, et il Pontefice, tra la politica, e la Chiesa, tra il Profano e lo Spirituale, altro essendo la ragione di Stato, altro quella della Religione, altro l'Impero, altro il Sacerdozio, altro le leggi de' supplicj, che sono l'Imperiali, altre quelle del Corrigimento, che sono l'Ecclesiastiche, altre quelle del rigore, altre quelle della pietà, che sono della Chiesa"<sup>92</sup>. Si tratta, come è evidente, del nucleo del pensiero filosofico e giuridico che condurrà all'abolizione della sovrapposizione indistinta di due ordini diversi di giurisdizione nello Stato, riflesso di forme premoderne di organizzazione costituzionale.

La libertà sociale e lo sviluppo della cultura sarebbero stati impensabili senza il superamento dei sistemi polizieschi e repressivi dello stato feudale<sup>93</sup>.

Le *Considerazioni sul processo criminale* vennero pubblicate nel 1787 nella Stamperia Raimondiana. Due anni dopo, nel 1789, le

*Considerazioni* vennero tradotte e pubblicate in Francia da De Hillerin e il traduttore premise al volume una vasta introduzione, che si è ritenuto opportuno aggiungere in estratto, e che viene ora per la prima volta pubblicata in lingua italiana, in nota, nella parte direttamente riferibile all'opera processualistica (alcuni paragrafi infatti consistono di riflessioni autobiografiche del traduttore, sull'organizzazione dei ruoli nei ministeri in Francia e presentano minore interesse per questa ricerca). L'introduzione di De Hillerin costituisce una guida primaria per conoscere in che modo i filosofi del diritto in Europa valutarono, nell'imminenza della Rivoluzione francese, l'opera giuridica di Pagano e, quindi, per conoscere in quale grado le teorie sulla forma del processo svolte nelle "*Considerazioni*" concorsero alla riforma che si concluse con la codificazione penale. Goldoni, nel suo ultimo soggiorno francese, partecipò alla stesura definitiva della traduzione delle *Considerazioni sul processo criminale* di Pagano, chiarendo a De Hillerin il significato di alcuni contenuti del testo. Nel saggio introduttivo sono citate in modo non superficiale le fonti normative dei sistemi processuali vigenti nel Regno di Napoli e sulla base della critica antifeudale del testo delle *Considerazioni* sono raccolte alcune pagine di grande interesse: si tratta di uno dei migliori commenti coevi dell'opera paganiana: "Un dispotismo aristocratico, – scrisse De Hillerin – retaggio fatale dell'antica istituzione feudale, regna in mezzo all'attività di una monarchia fiorente. Dei mezzi tiranni, chiamati "Baroni", che godono ancora del potere di fare imprigionare i loro vassalli "per cause a loro note", vi sono investiti del pieno esercizio della giurisdizione criminale: io infatti non guardo come a dei magistrati, ma come a dei meri funzionari sottoposti al potere baronale, quei giudici che si inviano ogni anno all'istruzione delle istanze, per il giudizio sui crimini che sono avvenuti nei feudi e che si ha cura di rimuovere continuamente secondo il capriccio personale e valutando solo la promessa della loro devozione. Questi giudici ai quali lo spirito, che anche sotto un governo dispotico si permette talora delle acutezze e degli slanci, e che ha creato un soprannome molto espressivo e molto adatto a dare una giusta idea della loro potenza (al nome di giudici viene infatti unito quello di governatori dei feudi) presentano nella loro persona i due estremi della grandezza e della bassezza. La loro autorità, più reale e più estesa sui popoli di quanto non lo fosse quella dei pretori dell'antica Roma, si umilia sotto il giogo della schiavitù di cui essi fanno professione nei confronti dei loro padroni. Vendere l'impunità, transigere sulle forme, vessare coloro

che devono essere giudicati, mettere sullo stesso piano il cittadino onesto e l'uomo vizioso, non ci sono orrori che da simili magistrati non si debbano temere. La stessa mano che li nomina è lì per sostenerli contro l'indignazione che vorrebbe estrinsecarsi, per rafforzarli contro il timore o la fragilità che potrebbe farli vacillare, per frenarli di fronte al rimorso che vorrebbe ricondurli ai principi dell'onore”.

Le pagine introduttive di De Hillerin contengono un compendio sintetico dei mali della giustizia europea, e napoletana in particolare, così a lungo analizzata nella storia politica della giurisdizione dei *Saggi*: De Hillerin evidenzia come il nucleo dell'opera di Pagano e di Filangieri, di cui cita particolarmente il capitolo della *Scienza della legislazione* sulla giurisdizione e sul sistema feudale, sia composto intorno all'analisi della costituzione del Regno.

Le *Considerazioni sul processo criminale*, prima dei *Saggi Politici*, come rilevò Gioele Solari, procurano all'Autore celebrità filosofica in tutta Europa: “A quest'opera, più ancora che ai *Saggi* è legata la fama e la notorietà europea del Pagano [...]”<sup>94</sup>.

Nella dedica delle *Considerazioni* “A Monsieur, Frere du Roi”, De Hillerin rileva il successo politico che l'opera di Pagano aveva riscosso già prima della edizione francese<sup>95</sup>. Il metodo, introdotto da Pagano sulla base della filosofia politica dei *Saggi*, che interpretano e attualizzano sotto il profilo della tecnica legislativa i principi politici della *Scienza Nuova*, sul ricorso periodico di determinate forme giurisdizionali, unito alla classica sinteticità della costruzione giuridica, aveva portato nel dibattito costituzionale-penalistico, come vedremo, elementi di assoluta originalità.

### *Le legislazioni europee riformate*

Per valutare ora compiutamente il progresso tecnico-scientifico nel quadro della filosofia del diritto in Europa nella seconda metà del Settecento, della riforma del diritto penale compiuta da Pagano, occorre per linee essenziali stabilire in che misura l'Autore abbia approfondito, per i principi del diritto positivo, nella sua opera il materiale filosofico che si era formato già nelle scuole costituzionali classiche del '700 e in che misura ancora dalla sua opera di riforma sia sorto un progetto filosofico ulteriore, condizionante il processo di codificazione in Europa. Con questa esposizione, evidentemente contenuta nei riferimenti di immediata ri-

levanza rispetto alle questioni finora esaminate, dunque sarà possibile meglio definire quale sia stato il grado di influenza dell'opera di Pagano nel processo storico di formazione della legislazione positiva moderna, nel secolo XVIII, in un processo che fu essenzialmente sovranazionale, e che assimilò le correnti cosmopolitiche di pensiero, dirette a superare negli Stati l'ordinamento feudale inquisitorio.

In Europa, alla fine del '700, correlativamente al declino del sistema feudale, sorgevano ovunque nuovi centri di ricerca e nuove scuole tra cui è evidenziabile una notevole affinità e corrispondenza di indirizzi filosofici<sup>96</sup>. Le più importanti opere, non appena pubblicate, erano state immediatamente tradotte in diverse lingue europee e avevano trovato, talvolta, corrispondenti, contestuali, applicazioni in diversi testi legislativi.

Per avere un primo quadro delle pubblicazioni di diritto penale che nel periodo dell'Illuminismo vennero diffuse in Europa, e approfondire quindi questa premessa comparativa, possono essere consultate con notevole utilità le bibliografie nelle quali si trovano descritte sia le edizioni delle opere tradizionali di diritto penale (su cui si reggeva il vecchio ordine pre-codificatorio) sia le edizioni delle opere delle scuole moderne del Giusnaturalismo e dell'Illuminismo, venendosi a comporre in questo modo un primo prospetto autentico delle intersezioni della tradizione classica con i principi della riforma e quindi dello stato del dibattito settecentesco sul diritto penale<sup>97</sup>.

Tra le principali riforme legislative di quel tempo ci si deve riferire in particolare a quelle nuove legislazioni o a quei progetti normativi di cui è provato che Pagano, attraverso espresse citazioni, ebbe diretta conoscenza, e tra queste principalmente il piano della riforma toscana di Pietro Leopoldo, Granduca di Toscana, e il piano di legislazione pubblicato da Caterina II, celebre allora nell'intera Europa dei lumi e nella scuola giuridica meridionale. Per le riforme normative citate si registrano importanti riscontri nell'opera paganiana. In particolare con la riforma penalistica di Caterina II di Russia che ebbe l'intuizione di aprire le corti feudali dello Stato alle dottrine criminalistiche italiane e francesi, i nuovi metodi della legislazione penale avrebbero dovuto diffondersi fino ai confini delle estreme province<sup>98</sup>.

All'articolo primo del "Codice di Istruzioni alla Commissione Legislativa", promulgato da Caterina II, in cui si trovano disposti per articoli i principi filosofici *De' delitti e delle pene*, alla cui ope-

ra legislativa Pagano dedica pagine piene di ammirazione nella orazione *Ad comitem Alexium Orlow* [*Invictissimae Catharinae II, quam, si religio sineret, inter Deas retulissent Populi.*] in riferimento alla costituzione di un campo di programmi filosofici comuni, e alla adesione a questo campo di valori comune, venne proclamata in forma solenne la gravitazione della Russia verso la politica europea. È uno dei maggiori risultati della filosofia politica settecentesca, e rappresenta una delle maggiori intuizioni storiche relative alla legislazione moderna: “L’Empire Russe”, si legge proprio all’articolo 1 del Libro di Istruzioni, a sottolineare che il superamento del sistema giuridico feudale avrebbe prodotto una nuova area politica comune, “est une des Puissances Européennes”<sup>99</sup>. La vocazione europea della Russia (nell’ambito del più esteso processo di formazione di una filosofia politica internazionale) viene affermata in apertura di un programma di riforme penali dedicato allo spirito della nuova cultura giuridica. I risultati del processo di codificazione erano attesi dai più attenti filosofi europei e lo stesso Diderot, ospite di Caterina a S. Pietroburgo, annotava nelle Memorie: “Quando il codice sarà fatto e promulgato dalla commissione, inviterei tutte le persone idonee dell’Europa a inviarmi le loro osservazioni. / Che meravigliosa sanzione avrebbe! / Il russo dirà: “Mi sottometto alle leggi che mi sono dato io stesso; e queste leggi sono state ratificate dal tribunale del mondo intero.” Si tratta di un’osservazione che corrisponde in pieno allo spirito culturale del primo Illuminismo<sup>100</sup>.

Il “Libro di istruzioni” di Caterina II, rappresenta per molti aspetti uno degli archetipi dei codici moderni, ed è rilevante per la storia della legislazione in quanto costituisce uno dei principali tentativi di costituire un programma di legislazione penale su basi filosofiche. Infatti il codice è strutturato in molti punti come una trasposizione per articoli dei principi del volume *De’ delitti e delle pene* di Beccaria. Il merito fondamentale del sistema cateriniano fu di ispirarsi alle dottrine politiche degli illuministi italiani e francesi, essendo costituito il suo programma di riforme su un moderno spirito politico, tendente alla ricerca dell’accordo tra le diverse confessioni e ideologie. Voltaire nel capitolo VIII del suo libro, *Prix de la Justice et de l’humanité*, segnalava espressamente la cultura illuministica e intelligentemente tollerante della politica di Caterina: “[...] l’impératrice de toutes les Russies, [...] a écrit de sa main à la tête de ses loix, en présence des députés de trente nations & de trente religions, la faute la plus nuisible serait l’intolérance

ce”<sup>101</sup>. Trattando dei “Delitti contro il Sovrano”, nella *Scienza della legislazione* Filangieri ricorda Caterina e il nuovo piano illuminato di codificazioni: “Nel nuovo Codice, che si prepara, questi orrori saranno sicuramente aboliti [gli orrori nella forma della procedura e nella repressione dei delitti politici], e Caterina ha bastantemente manifestate le sue idee su quest’oggetto. Essa darà alle parole quella libertà, che ha cercato di dare alle persone, e nel mentre che quelle esprimeranno le lodi delle sue virtù, queste lo sosterranno sopra un trono intriso tante volte di sangue” [S.L. III, XLVI]. L’influsso diretto della filosofia politica sulla codificazione aveva portato in Europa una rivoluzione culturale senza precedenti, che fissava i nuovi valori delle società democratiche moderne. Per altri aspetti, soprattutto tecnico-formali (ma lo stesso campo ideologico della riforma cateriniana dimostrava inevitabili lacune strutturali) si era solo, come aveva rilevato Filangieri, ai primi passi di un lungo cammino del quale molti problemi, politici e formali, restavano appena indicati nelle prime legislazioni.

La preminente filosoficità delle prime, sperimentali soluzioni normative, come del programma cateriniano, e la insufficiente distinzione del metodo processuale penale dalla tradizionale metodologia civilistica, tendeva a ridurre il grado immediato di efficacia dei principi generali delle legislazioni riformate. La filosofia del diritto degli illuministi aveva fondato una teoria sociale della legislazione penalistica ma occorreva ancora fondare un metodo giuridico che fosse in senso positivo lo strumento moderno e autonomo di applicazione del pensiero filosofico, e da questo distinto, occorreva cioè fondare, progetto a cui dedicarono la propria ricerca Filangieri e Pagano, una scienza della legislazione penale. Nel *Libro di Istruzioni*, come in genere nei trattati legislativi del primo Illuminismo, pur tra intuizioni giuridiche rilevanti non si era provveduto ancora a formare una tecnica processuale compiuta, e soprattutto idonea a rendere operativi i principi filosofici sottraendoli alla latente inefficacia della normativa costituzionale programmatica, caratterizzata da profonde matrici utopistiche<sup>102</sup>.

Decisamente più completa ed evoluta dal punto di vista tecnico-normativo, risultò la riforma penale promulgata nel Granducato di Toscana, i cui elementi si trovano profondamente intrecciati con gli elementi delle opere pagane. Confrontando la riforma leopoldina con lo stato precedente della legislazione toscana, in particolare con i contenuti dell’Ordinanza del 1745 per la procedura “nelle cause criminali” (analisi di grande interesse che può ritenersi



si esemplare per il corso di rinnovamento che stava per attraversare l'Europa) si registra il passaggio dalla forma medievale della giurisdizione, retta da una metodologia corrispondente a mere finalità di sostegno dell'ordine ecclesiastico-feudale, alla filosofia moderna del diritto processuale, basata sul riconoscimento dei diritti pubblici soggettivi al fine di "trattare, in una parola, l'accusato da cittadino" come perfettamente aveva scritto Filangieri<sup>103</sup>.

La legislazione toscana precedente la Riforma veniva abrogata da Pietro Leopoldo nel 1786 e proprio dal confronto con le vecchie leggi premoderne e violente può essere meglio espresso un giudizio sul processo giuridico e politico che si compie nelle dottrine penalistiche positive negli ultimi decenni del secolo<sup>104</sup>.

La riforma del Granduca Pietro Leopoldo, pubblicata a Pisa nella sua forma definitiva nel 1786, venne realizzata attraverso una serie di provvedimenti normativi parziali, cioè gli "Ordini", gli "Editti", le "Istruzioni", rivolti ai Tribunali toscani<sup>105</sup> che ne avevano introdotto progressivamente i primi elementi in via sperimentale e segna un punto elevato della ricerca normativa moderna. Si tratta della seconda grande riforma codificatoria citata da Pagano (e forse può parlarsi per la riforma leopoldina, per la complessità giuridico-formale, del primo codice europeo moderno) il cui corso progressivo di formazione, compiuto attraverso successivi e sovrapposti provvedimenti di riforma, era certamente conosciuto negli ambienti filosofici e giuridici napoletani. Si vuole qui sottolineare il percorso per diversi aspetti comune dei programmi normativi di Pietro Leopoldo e di Pagano, che iniziarono, nei diversi settori, una ricerca che si rivelerà carica di potenzialità innovative per la dottrina giuridica e la legislazione positiva penalistica in Europa: due diverse esperienze che sembrarono compiersi per strade fino a un certo punto coincidenti. La moderna legislazione penalistica *positiva* in Italia, è indubbiamente costruita sulle leggi di Leopoldo e sui trattati di Pagano.

Pagano nel 1768 dedica l'*Examen*, opera giovanile sui principi della legislazione e della morale, a Pietro Leopoldo e nella *Dedica* ricorda appunto le leggi penali provvisorie emanate nel Granducato. Tra queste cita espressamente nella *Dedica* i provvedimenti sulla revisione dello stato detentivo per obbligazioni civili. Scrive che il Granduca aveva "liberato da uno stato di prigionia, più adatto ai malfattori, i poveri oberati dai debiti e legati in catene [...]" e infine, nella forma diretta in cui è composta la *Dedica* del *Politicum Examen*, conclude: "[...] sembra aver preso non il

dominio, ma la tutela e la cura [dei tuoi sudditi] che non allontani dai delitti col terrore delle punizioni [...]. Giacché Tu lo sai bene: *il terrore è un maestro di giustizia di cui non si può aver fiducia, l'esempio è invece ottimo.* [...] Tu hai estirpato le cattive usanze, che neanche le leggi più severe sarebbero riuscite ad estirpare [...]”<sup>106</sup>.

La direttiva sul carcere per debiti citata nella dedica all'*Examen Nomothesia* paganiano si riferiva al complesso di ordinanze sul fallimento e sulle esecuzioni concorsuali che poi furono pubblicate tra il 1777 e il 1782.

L'abrogazione della esecuzione personale sui debitori rappresentò un'innovazione enorme nella legislazione europea e avvenne in Toscana per gradi, attraverso due distinti provvedimenti, entrambi del 1782. Proprio in quegli anni, nei *Saggi Politici*, Pagano dedicava il fondamentale capitolo XXIV del terzo dei *Saggi* alla questione “Del carcere privato e della servitù de' debitori”, analizzando filologicamente le leggi romane sul carcere privato per debiti, e le origini del sistema processuale che consentiva l'esecuzione personale per le obbligazioni civili, le cui tracce, in un sistema politico caratterizzato dall'esercizio in forma privata del potere pubblico, dimostravano la persistenza alla fine del Settecento di condizioni feudali nell'esercizio della giurisdizione<sup>107</sup>. Anche Filangieri nella *Scienza della legislazione* [III, II, LIV] aveva rilevato la necessità della abrogazione delle sanzioni penali contro “il negoziante onesto ma infelice”: un solo errore di legislazione – osserva – produce infiniti mali. Beccaria ne aveva scritto nel capitolo XXXII *Dei delitti e delle pene* introducendo la distinzione tra responsabilità penale e inadempimento civile in riferimento al dolo.

La prima legge toscana sul fallimento (legge XXVII del 1782) ancora prevedeva, sebbene con notevoli temperamenti e limitazioni, la carcerazione per debiti e stabiliva: “Se il fallito avrà potuto legittimamente giustificare la sua decozione non essere preceduta da dolo, ma da infortunio, ed avrà senza frode alcuna reso conto di sé, e de' suoi assegnamenti in guisa che abbia ottenuto una assoluzione dalla Criminalità [...] sarà reputato come debitore civile... e i suoi creditori dovranno soggettarsi alle Deliberazioni, che a forma degli Ordini saranno fatte da chi presiede alla cura, e protezione dei carcerati per *causa civile*; [...]”. Questa limitazione del potere dei creditori sulla persona del debitore in riferimento agli “Ordini” dei magistrati addetti alla

“protezione dei carcerati per causa civile” aveva sottolineato (e si trattava quindi già di un notevole progresso teorico) il rilievo pubblicistico della causa della detenzione, rispetto alla precedente concezione normativa privatistica del carcere per debiti, profondamente criticata da Pagano, di quel “carcere privato”, che rappresentava appunto la dimostrazione della persistenza di procedure esecutive feudali.

Finalmente, nel 1782, si registrava in Toscana la definitiva abrogazione dell'istituto della esecuzione personale per debiti: con la legge C del 1782 Pietro Leopoldo elimina, con eccezioni relative ai titoli cambiari e di credito, l'istituto della responsabilità penale per le obbligazioni civili non adempiute<sup>108</sup>.

Trascorsero dalla pubblicazione dell'*Examen* paganiano (Napoli, 1768) e dalle prime ordinanze di Pietro Leopoldo, ancora venti anni di ricerca per giungere alla pubblicazione quasi contemporanea in Italia di due dei maggiori volumi di diritto penale del '700, nella loro forma definitiva che avvenne quando le tesi costituzionali degli Autori si erano ormai definite: le *Considerazioni sul processo criminale* furono pubblicate nel 1787 e la *Riforma della legislazione penale* fu pubblicata a Pisa nel dicembre del 1786<sup>109</sup>. Nel giro dunque di pochi mesi vennero stampate in Italia le prime grandi riforme positive del sistema processuale penale moderno.

Se confrontata con le precedenti legislazioni criminali toscane, l'opera giuridica di Leopoldo risulta l'espressione di un mondo prossimo a un radicale rinnovamento e di un ordine logico-morale incomparabilmente evoluto sul quale si fondò in Europa il corso di revisione della forma del processo penale. L'abolizione della tortura (articolo XXIII), l'abolizione dell'istituto della confisca dei beni del condannato (articolo XLV), l'abolizione delle transazioni economiche col Fisco (articolo XLVII), l'abolizione infine della pena di morte (articolo LVI), rendono questa Riforma un esempio luminoso del nuovo spirito filosofico in Italia. Si tratta del primo coerente sistema giuridico di trasposizione in un codice penale di un moderno sistema filosofico, cioè del sistema illuministico che si era costituito in riferimento alla celebre opera di diritto penale di Beccaria.

Con la riforma di Pisa la tradizione illuministica italiana aveva raggiunto la sua prima e più alta realizzazione. Tuttavia, per l'analisi direttamente rilevante per l'evoluzione della scienza processualistica in Europa, può rilevarsi che restavano irrisolti (per meglio dire, non ancora individuati) alcuni fondamentali problemi filosofico-

formali che Pagano solleverà da lì a un anno, nel 1787, nella parte generale delle *Considerazioni sul processo criminale*, mettendo le basi scientifiche del diritto processuale moderno.

In taluni istituti persistono, nella riforma di Pisa del 1786, alcune regole dei sistemi inquisitori, e la persistenza si spiega con dati oggettivi, non essendo ancora state compiutamente trasferite in un sistema normativo le nuove categorie tecnico-giuridiche (il cui fondamento, è da ricercarsi in buona parte nella *Scienza della legislazione* e nei *Saggi Politici*) categorie dalle quali poteva procedere, sulla base di una innovativa analisi filosofica, una concezione ulteriore nel metodo di riforma della procedura. In particolare, in un quadro classicamente liberale, restavano ancora in parte riferibili agli schemi inquisitori l'incerta ratio relativa alla fondamentale abrogazione dell'istituto del giuramento, le norme sulle prove privilegiate, sulle pene arbitrarie, cioè non disciplinate dalla legge, e la discrezionalità del giudice in materia di arresto preventivo. Inoltre non sembra sottoposta a precisa regola, nella Riforma del 1786, la questione giuridica del diverso valore dei verbali probatori formati nell'istruzione e dei verbali pubblici dibattimentali formati in contraddittorio. Ed è proprio la critica del valore della scrittura che rappresenta il centro della ricerca paganiana, in riferimento ai principi politici naturali della pubblicità dell'attività giudiziaria e del contraddittorio.

Rispetto alla riforma normativa promulgata in Toscana, nella quale a ogni diritto soggettivo pubblico veniva staticamente a fissarsi, quasi in una forma ideale, un corrispettivo diritto processuale (di libertà, di conoscenza, di tutela pubblica, di intervento e di azione) la riforma delle *Considerazioni sul processo criminale* delineò in modo scientifico il processo penale, studiando con criteri moderni le relazioni dinamiche tra le diverse fasi del giudizio, per cui il contenuto dei diritti soggettivi pubblici, analizzati nelle precedenti trattazioni illuministiche con tracce di perdurante utopia, veniva ora trasferito, in riferimento alla teoria filosofica dei *Saggi*, in un ambito strettamente processuale, ponendosi così l'origine delle problematiche contemporanee del sistema penale. Nelle *Considerazioni* paganiane si era formata una compiuta storia politica del processo penale, sul fondamento della lezione filosofica vichiana ed erano state teoricamente delineate le vere condizioni di efficacia delle leggi penali. In particolare l'intero piano delle *Considerazioni sul processo criminale*, attraverso una studiata congiunzione di piani storici e di piani propriamente tecnico-formali di ricerca, si svolge come una trattazione comparata del sistema penale accusatorio

e del sistema inquisitorio, compiuta anche attraverso lo studio dei sistemi costituzionali che storicamente si erano trovati in rapporto di *analogia* con quelle forme procedurali e vi si trova ancora definita la forma degli istituti nelle diverse forme costituzionali.

### I “*pubblici giudizi*”

Il centro del sistema giurisdizionale pagano è rivolto alla analisi della relazione, con evidenti derivazioni platoniche, tra oralità e scrittura, tra *secretum* e pubblicità della vita politica e giudiziaria nelle nazioni. (Si pensi all’analisi sul valore della scrittura nel processo penale, che costituisce una delle linee più originali su cui Pagano baserà, come vedremo, la distinzione tra le diverse forme di azione inquisitoria e accusatoria, distinzione riferita ai diversi generi di costituzione, genialmente anticipando le difficoltà e i tormenti della evoluzione legislativa più recente). Correlativamente, si riscontrano ricorrenti analisi, nel testo delle *Considerazioni*, sulle condizioni sociali che consentono, fuori di utopie meramente letterarie, in concreto, di introdurre forme pubbliche e accusatorie di giurisdizione. Queste forme sono descritte da Pagano in riferimento alla storia della Repubblica romana di cui sono contenute nelle *Considerazioni* ricorrenti sintesi.

Superato il “tempo della violenza”, scrisse Pagano nel VII capo delle *Considerazioni*, la legge repubblicana “fissò [...] l’indispensabile ordine, e le certe formalità dei giudizi”. E pubblici giudizi quelli furono detti, “de’ quali l’ordine, e la forma, la qualità e quantità della pruova dalle leggi stabilita venne, ne’ quali conoscevasi de’ pubblici delitti, che offendono direttamente lo Stato, e più debole ed infermo rendono il corpo morale”. Il processo che fu *adoperato* “ne’ tempi migliori e nel florido stato della romana repubblica” era caratterizzato dalla pubblicità e dal contraddittorio. Il cittadino diveniva magistrato per effetto della proposizione dell’accusa nell’interesse dello Stato: (“l’accusatore veniva considerato come pubblica persona, cioè come magistrato della patria”; *divinatio* era nominata la contesa legale per assegnare a uno tra più cittadini, che lo chiedessero, la funzione di magistrato per quella accusa) e una volta stabiliti i termini e individuati i giudici che potevano essere ruscitati qualora fossero sospetti di parzialità, si compiva una doppia inquisizione cioè un doppio ordine di indagini autonome. “Davasi subito il termine all’accusatore ed al

reo per far l'uno, e altro l'inquisizione, cioè per cercare [...] quella pruova che dovea nel giudizio produrre". Terminata la duplice *inquisizione*, si veniva al giudizio. "Ciascuno producea i suoi testimonj [...] interrogava e confutava i testimonj della parte contraria". Terminata l'acquisizione in pubblico delle prove "più giorni erano destinati alla discussione della causa. [...] Nell'ultima azione proferivasi la sentenza", che doveva essere emessa a pena di improcedibilità, entro brevi termini legalmente prestabiliti [Cons., VII]. Pagano nelle *Considerazioni*, procedendo nell'analisi dei *Saggi*, studia le proiezioni giuridiche del sistema processuale romanistico di epoca repubblicana e svolge complesse osservazioni sulle condizioni sociali ed economiche necessarie per l'innesto, nella costituzione del Regno, del diritto processuale antico, giudicando il sistema giurisdizionale pubblico, riformato in senso accusatorio, un complemento di un nuovo sistema costituzionale riformato in senso democratico. Le analisi della riforma penalistica del capo XXXII delle *Considerazioni* già in parte presentano alcune soluzioni del piano di riforma costituzionale del 1799. I capitoli delle *Considerazioni sul processo criminale* relativi alla educazione della persona e allo studio del principio democratico di partecipazione alla vita politica, forse ancora più ricorrenti nelle opere processualistiche che nei *Saggi*, si intrecciano con le analisi storiche e logico-formali destinate alla riforma dei diversi istituti giuridici. Inoltre il declino nelle costituzioni occidentali dei sistemi accusatori viene studiato nelle *Considerazioni* sotto il profilo della decadenza morale e della decadenza delle costituzioni repubblicane. È in questa direzione che Pagano analizza la storia e la forma dell'inquisizione segreta.

### *Il superamento normativo degli istituti inquisitori*

Uno dei meriti non secondari dell'opera paganiana è di avere sintetizzato in una forma precisa il sistema giurisdizionale feudale e di avere individuato, ai fini della sua correzione, le linee essenziali, evidenziandone le contraddizioni e le irregolarità, scegliendone i punti che ne rappresentavano meglio la natura e i limiti: attività che si presentava già in sé piena di difficoltà, dato che una irrisolta stratificazione di numerose leggi e di infinite interpretazioni e deroghe rendeva oscuro e contraddittorio il processo penale antico, mentre le precedenti opere giuridiche di riforma, relative alla distinzione

tra processo accusatorio e inquisitorio, pure conosciute e per alcuni aspetti utilizzate da Pagano, restavano ancora alla soglia di una analisi filosofica veramente moderna.

La sintesi delle forme procedurali del sistema inquisitorio feudale è contenuta prevalentemente nei capitoli XVII-XIX delle *Considerazioni sul processo criminale*.

Saranno introdotte ora le principali questioni normative delle *Considerazioni*, per poter poi valutare il tema dominante di quest'opera processuale che, come i *Saggi Politici*, è un'opera di teoria costituzionale, relativa alla comparazione tra gli ordinamenti monarchici e repubblicani nella storia, con particolare attenzione all'evoluzione delle categorie giuridiche del diritto romano processuale fino al Settecento. Nell'opera di Pagano si completa, nella storia filosofica dei giudizi, una sintesi giuridica dei sistemi di diritto positivo inquisitori europei, così ponendosi le basi teoriche della riforma.

Il magistrato addetto all'inquisizione era irrecusabile prima dell'ammonimento e della conclusione delle indagini e possedeva di regola diritto privilegiato di voto nel giudizio pubblico [Cons., XXV]<sup>110</sup>: “[...] si vieta di potersi ricusare il giudice inquisitore pria che fosse compito l'informo fiscale”). L'istruttoria segreta del magistrato si concludeva, con la compilazione e con la notifica all'accusato dell'informazione fiscale. Questo complesso di istituti, dopo una lunga premessa di natura politica, è studiato all'inizio del capo XXIII delle *Considerazioni sul processo criminale*: “A tenore del sistema fiscale s'interroga il reo, cioè su que' fatti si domanda, che formano gl'indizj fiscali. Se negativo egli sia, se gli dà l'ammonimento, che la barbarie forense dice *monitus*. Poiché viene egli ammonito sotto pena di spergiu-ro a confessare il delitto, e questo, per valermi dell'espressione de' dottori, è il cominciamento della guerra forense, questo è il primo attacco tra il reo, il fisco, e l'accusatore, de' quali ultimi si consolidano le ragioni”. Si trattava, più che di una citazione in giudizio, di un avvertimento della pendenza del processo, di un *ammonimento*, a cui era unito quindi l'invito a confessare. Per le procedure inquisitorie feudali si riteneva “bastante, che il reo vedesse soltanto giurare i suoi testimoni” su deposizioni che potevano anche non essergli state comunicate.

L'accusato sentiva talora rileggersi le deposizioni che un magistrato minore aveva raccolte dai testimoni e verbalizzate nelle relazioni inquisitorie e non era sempre previsto che ne potesse chiedere l'effettiva lettura integrale né che potesse interrogare il teste che le aveva rese, in modo particolare nei delitti di eresia e di lesa maestà umana.

Secondo le procedure feudali del regno l'imputazione, formata subito dopo le relazioni inquisitorie, di regola, era imm modificabile quanto alla responsabilità soggettiva, ai fatti addebitati e alle circostanze<sup>111</sup>. Si trattava, secondo il giudizio paganiano, della conseguenza della diffusione nel regno dei sistemi inquisitori ecclesiastici, formati in riferimento alle costituzioni di Federico II "*Hi qui per inquisitiones*".

Nessuna variante era di regola prevista rispetto alle verbalizzazioni delle prime relazioni inquisitorie. Con grave ironia Pagano annota: "[...] si crede che ogni testimonianza ammessa dal fisco sia un evangelista." In un sistema in cui, per la mancanza di qualunque evoluta tecnica di indagine, nel senso moderno del termine, le imputazioni, particolarmente per i reati di eresia e di lesa maestà, erano costituite sulla base di delazioni segrete che nella grande maggioranza dei casi non venivano rese nel dibattimento pubbliche, se non parzialmente e attraverso delle conferme per rinvio ai verbali dei fascicoli inquisitori, la attendibilità e la stessa tenuta dell'imputazione dipendeva dalla concordanza e dalla pre-determinata, convenzionale stabilità delle testimonianze, ottenuta attraverso regole ferree sulla irretrattabilità delle prime deposizioni, regole sulle quali, dopo numerose sollecitazioni del partito dei riformatori, intervenne episodicamente il legislatore napoletano del '700. Quindi nella contestazione di accusa – secondo l'esemplare critica paganiana – il giudice era tenuto a procedere in modo che non potesse "essere altrimenti condannato il reo, che secondo la forma dell'ammonimento" [Cons., capo XXIII]. L'impegno legale dell'accusatore di sostenere, secondo il processo inquisitorio, ogni circostanza del fatto oggetto di imputazione comportava l'obbligo giuridico indiretto per i testi di uniformarsi al contenuto dell'ammonimento inquisitorio, in quanto ogni variazione, attraverso le testimonianze, del piano originario formale della contestazione, avrebbe determinato insanabili nullità. Spesso, osserva Pagano, poteva verificarsi, nel caso di un contrasto non decisivo, meramente formale, tra prima e seconda deposizione, l'annullamento della sentenza di condanna per gravi delitti. In altro modo, per contrasti di senso meramente accessori venivano considerate irricevibili le seconde deposizioni favorevoli alla difesa. La critica di questa sorgente continua di nullità e di inutilizzabilità costituisce uno dei centri della storia politica dell'inquisizione delle *Considerazioni sul processo criminale*. Pagano ne tratta estesamente nei capi XVIII, XIX, XXIII.

La dottrina dell'"individuità", su cui era costituito il sistema inquisitorio feudale, imponeva che tutte le componenti probatorie



del processo dovessero materialmente “collineare”, e tutte essere quindi dello stesso segno, in un unico composto privo di proposizioni discordanti<sup>112</sup>. Nel capo XXIII Pagano osserva che, per effetto della dottrina inquisitoria dell'*individuità*, l'introduzione di elementi divergenti dai presupposti delle relazioni inquisitorie avrebbe determinato per legge la nullità dell'intero sistema: “ritrovandosi falso in parte quel racconto fiscale, crolla l'intero sistema”, crollo del tutto irragionevole in linea teorica in quanto di un'ipotesi potranno essere contraddittorie alcune parti e vero l'insieme. Questo metodo, si legge dunque nelle *Considerazioni*, “fa la verità rimaner sepolta; potendo ben esser false parecchie circostanze, e intanto vero il fatto principale”, rilevante per l'accusa o la difesa.

Pagano, con una fredda satira, osserva che ancora alla fine del '700 erano considerati ottimi gli accusatori fiscali che sapessero costruire, se necessario dal nulla, un piano probatorio convincente, come nelle regole di poetica sul verisimile. Si tendeva, quindi, ad accusare di “inverisimiglianza” le tesi difensive dell'inquisito e dei suoi testimoni (“*inverisimile*: terribile parola!” osserverà ancora Manzoni nella *Appendice storica sulla colonna infame*<sup>113</sup> riferendosi alle disumane conseguenze che l'inverisimiglianza determinava nel giudizio dell'inquisizione) per poi produrre una dimostrazione in base alle mere presunzioni dialettiche: “Il più diligente inquisitore – scrisse Pagano – vien reputato colui che meglio sa tessere siffatto sistema”<sup>114</sup>. E ancora osserva nel capo XIX delle *Considerazioni*, con un'importante osservazione sulla natura del metodo scientifico riprendendo la critica antiaristotelica della scuola vallettiana: “[...] è a ciascun noto quanto alle scienze nocque un tempo lo spirito di sistema”.

Secondo la dottrina di formazione canonica l'inquisitore sarebbe stato tenuto a un contratto di natura processuale con il reo, per cui il magistrato avrebbe avuto l'obbligo di mantenere immutate fino alla conclusione del giudizio le tesi dell'accusa, in ogni dettaglio, per quanto irrilevante o marginale, con la conseguenza che l'inquisitore aveva necessità che i testimoni nelle successive fasi del giudizio, non cambiassero alcun termine essenziale, rispetto a quanto era stato trascritto nelle prime deposizioni. Con questo metodo – osserva Pagano – è più facile che si danneggi lo Stato con l'impunità “[...] che per la creduta oppressione dell'innocenza” [Cons., XVI].

Di conseguenza andava riformato l'istituto dell'ammonimento e doveva trasformarsi quest'atto in un avviso di pendenza del processo o in una regolare citazione.

Pagano riferendosi alla necessità della abrogazione della disordinata sovrapposizione di riti e di eccezioni tipiche della procedura inquisitoria feudale con una analisi innovativa, corrispondente alle riflessioni di Filangieri, ritenne che l'istituto processuale dell'efficacia dell'ammonimento del magistrato fiscale dovesse costituire uno dei centri dell'intera riforma. Senza la possibilità giuridica di modificare, nelle debite forme, l'imputazione in dipendenza delle nuove informazioni probatorie acquisite dopo la comunicazione al reo dell'accusa in un libero contraddittorio si ponevano, infatti, per assicurare la meccanica corrispondenza di ogni singola proposizione alla tesi inquisitoria, nella legislazione feudale, le condizioni oggettive della tortura.

Da questa rete premoderna di progressive condizioni, nelle quali un'iniziale deviazione dalla ragione giuridica conduceva alla sovrapposizione di principi erronei, derivava in ultimo "l'insuperabile necessità [...] di tenersi per falsi i testimoni, i quali contro del fisco depongano, di non dar luogo tra le fiscali carte a' detti loro, di conciliarli, di persuaderli, e di forzarli ancora a deporre a tenor del vero, cioè a tenor di quella tale idea, che ha per vera l'inquisitore stabilita." Manzoni, nella *Appendice storica sulla colonna infame*, con un'espressione sostanzialmente analoga sull'"idea" pregiudiziale dell'inquisitore, scrisse della necessità di "far quadrare le parole", estorte all'inquisito, con le tesi di accusa. Si tratta dell'analisi delle sorgenti strettamente processualistiche della tortura, fino a quel momento studiata prevalentemente nelle sue cause politiche.

La previsione normativa, stabilita nelle *Considerazioni sul processo criminale*, dell'istituto processuale della comunicazione della pendenza del processo, da collocarsi tra gli atti introduttivi della procedura, come nei sistemi accusatorii classici e nei sistemi anglosassoni<sup>115</sup>, e l'istituto della possibilità di modifica legale dell'imputazione costituisce un elemento di notevole rilevanza nella costruzione processualistica moderna e dell'evoluzione del diritto penale nel Settecento in Europa.

Predicato della teoria dell'ammonimento nel sistema pagano è l'istituto, nuovamente disciplinato, della ripetizione testimoniale. In questo campo Pagano ha il merito di avere evidenziato, come nessun giurista prima di allora in una forma così compiuta, che il superamento dei sistemi di tipo inquisitorio e l'effettivo avanzamento della legalità sulle violenze segrete dell'inquisizione feudale (sulle "incredibili oppressioni e violenze a' testimonj [...] usate"<sup>116</sup>) sarebbe anche dipeso dalla compiuta introduzione, attraverso la

riforma della fase delle indagini, del principio di oralità e contraddittorio nei processi penali.

La polemica giuridica sulla ripetizione testimoniale attraverso, con i suoi termini costituzionali, interamente la storia dell'inquisizione<sup>117</sup>. Alessandro Manzoni nella *Appendice storica sulla colonna infame* ne dà la più nota descrizione: “[...] l’Uditore trionfante dell’aver così bene saputo scavare una tanta confessione, interpellò il Piazza a *ripetere in giudizio* ciò che aveva già detto a lui [...]”<sup>118</sup>. Andava dunque riformato, se non del tutto abolito, il cd. processo ripetitivo, che seguiva l’informativo, nel quale, con inutili formalità, prive di reali incidenze sui contenuti probatori, si riascoltavano i testimoni e si rinnovavano vuotamente le prove: “[...] i testimonj – si legge nelle *Considerazioni* – comeché nelle diligenze [ossia nell’istruzione preliminare] esaminati furono, s’interrogheranno *ex integro* alla presenza del reo”. In questo modo “facendosi quel dibattimento e confronto, che adopravasi negli antichi giudizi, potranno con pieno rassicuramento i giudici raccogliere la verità del fatto”. “Quando i testimonj – osserva Pagano – vengono interrogati nella presenza di coloro, che debbono giudicare, tutte le contraddizioni, che nascono o da errori di memoria, o da impropria maniera di esprimersi, si possono conciliare insieme, senza che si faccia alcun torto al vero, richiamandosi alla memoria dei testimonj, la precisa e distinta serie dei fatti, onde possan essi adoperar poi più propria espressione”.

Le regole dettate da Pagano per disciplinare normativamente le relazioni di valore tra le prime deposizioni inquisitorie e le seconde deposizioni dibattimentali dei testimoni, costituiscono la base delle riforme contemporanee sui principi dell’accusatorietà. La grandezza di pensiero giuridico di Pagano, anche sul piano tecnico-normativo, risulta evidente perché i sistemi di riforma codificatori, fino a quel tempo pubblicati, non avevano definito ordinamenti univoci, né forse avevano avvertito questo complesso di problemi processuali in tutta la sua vera estensione predisponendo su di un piano normativo l’analisi logico-dialettica del valore delle prove. Era evidente, come già era stato rilevato da Giuseppe Valletta e da Nicolò Caravita, che i nomi degli accusatori e dei testimoni dovessero essere resi pubblici e dovessero essere i testimoni riascoltati pubblicamente in presenza dell’accusato e tuttavia doveva decidersi del valore giuridico delle deposizioni rese ai magistrati nella fase dell’inquisizione. Mancava, prima della pubblicazione delle *Considerazioni*, una disciplina scientifica del raccordo tra la fase dell’inquisizione (della doppia in-

quisizione, effettuata in concorso da accusa e difesa) e la fase del dibattimento pubblico. Prima di Pagano si registrano isolate, ma anche insufficienti soluzioni di tale questione normativa, relativa al rapporto tra indagini inquisitorie e procedimento ripetitivo. A uno studio comparato dei sistemi processuali italiani del Settecento sembrerebbe che una diretta corrispondenza, e quasi una anticipatrice formulazione rispetto alle tesi paganiane, possa rilevarsi per la distinzione giuridica del sistema delle prove inartificiali nell'opera di Filippo Mario Renazzi, professore ordinario di giurisprudenza nell'Università di Roma, autore di un ampio trattato in lingua latina di diritto penale. [Philippi Mariae Renazzi, *Elementa Juris Criminalis*, Liber I-IV, Romae, Ex Typographia Salomoniana, 1773-1786.] Ma superate delle apparenti similitudini formali, sia pure frutto di intuizioni normative rilevanti, ne risulta, con l'opera paganiana, anche evidente la differenza strutturale e l'asimmetria di fondo. F.M. Renazzi, nella sua teoria degli indizi, pur abolendo teoricamente ogni divisione delle prove in artificiali e inartificiali, cioè abolendo la distinzione che privilegiava un genere di prova di solito ottenuto con la violenza inquisitoria, e abolendo la categoria delle prove *semiple-nae* [III, XI, VIII-XI] si mantiene tuttavia ancora nell'ambito dei sistemi canonico-inquisitori, conservando il valore privilegiato della confessione [III-X-I] e svalutando il sistema di prova dibattimentale, logico-argomentativo, sul quale Pagano costruisce il proprio sistema, sostenendo Renazzi la necessità delle "questioni", e della tortura, dato che secondo la dottrina inquisitoria degli *Elementi di diritto criminale* si riteneva ancora che gli indizi difficilmente realizzassero una prova completa: "indicia vero atque argumenta rarissime ita in unum velut omnia consentiunt atque conspirant, ut luce meridiana clarior probatio ex eis proficiscatur" [III-XV-IV/III-XV-VII]. Come si vede, dunque, si trattava di sistemi logico-processuali premoderni. Inoltre le soluzioni maturate nell'ambito illuministico, prerivoluzionario, pur reggendosi su solide, innovative basi politiche, non risultavano sempre soddisfacenti in senso normativo. Nel *Disegno di legislazione criminale* di J.P. Marat, la questione della relazione scrittura/oralità si trova ricorrentemente studiata (come del resto nelle opere dei maggiori scrittori di procedura, da Valletta a Filangieri, e se ne trovano in vario modo i riflessi normativi durante la prima parte del '700 per regolare il valore delle varianti nelle diverse deposizioni testimoniali<sup>119</sup>). J.P. Marat aveva scritto con particolare forza: "ogni reo sia dunque giudicato avendo a testimoni il cielo e la terra!" per sottolineare l'importanza della pubblicità nel giu-

dizio penale. Tuttavia le soluzioni del rapporto di valore tra deposizioni inquisitorie e deposizioni pubbliche, anche dove le tematiche risultano precisamente commentate in riferimento ai testi politici dei giuristi riformatori, sono, nell'opera di Marat, risultato di complicati e talvolta inapplicabili compromessi o risultano ancora inadeguate in senso giuridico.

Pagano introduce, in questo complesso dibattito, tre questioni essenziali: 1) l'autore delle *Considerazioni sul processo criminale* si chiede quali siano, in senso propriamente filosofico, le regole sul rapporto oralità-scrittura; 2) si chiede ancora in che limiti nelle forme pure, o miste, di applicazione del sistema accusatorio, i verbali inquisitori debbano essere posti a fondamento della sentenza; 3) e infine quali connessioni vi siano tra l'efficacia della deposizione resa sotto giuramento e gli atti del processo ripetitivo.

In generale il merito filosofico di Pagano è di aver posto come tema fondamentale della procedura, in una sorprendente attualizzazione della filosofia politica platonica, la critica alle verbalizzazioni giudiziarie nel diritto processuale penale. In questo contesto si analizza il valore probatorio, nel giudizio pubblico, dei verbali inquisitori divenuti mera scrittura: “La scrittura, come ben dice Socrate presso Platone – osserva Pagano – è morta, né ci parla che per una parte sola, cioè per mezzo di quelle idee, che con suoi segni nello spirito ci desta.”<sup>120</sup>. Il pensiero, secondo la teoria semiotica esposta nelle *Considerazioni sul processo criminale*, riceve inoltre tante modificazioni quanti sono i mezzi per i quali viene successivamente riprodotta: “Supponendosi l'attuario che scrive le deposizioni de' testimonj incorrotto ed intero, la probabilità della pruova nascente dalla fede de' testimonj viene ad essere di gran lunga diminuita. [...] decresce quanto più sono i mezzi, per i quali passa [...]”. E si costituisce in questo modo, secondo Pagano, “una probabilità di probabilità, un'ombra di prova” [Cons., XXI]. È ancora questo termine “ombra” che rivela un mediato riferimento alla teoria platonica relativa al progressivo decadimento dell'idea originaria nei successivi gradi di sintesi o di mimesi. È possibile cogliere ancora dei riflessi mediati dal libro VII della Repubblica, nel quale il “sovrano dei filosofi” descrive la tragica difesa “dalle ombre della giustizia e dalle immagini che proiettano quelle ombre”: τοῦ δικαίου [...] ὀ σκιῶν<sup>121</sup> e ancora più direttamente dalla consolidata tradizione interpretativa del procedimento penale attico che era stata tramandata da Valletta sino a Filangieri, commentando il testo dell'*Apologia di Socrate*, sull'impossi-

bilità della difesa, quando non siano comunicati all'accusato i nomi dei testi e degli accusatori e il giudizio si svolga appunto su progressive ritrascrizioni e ripetizioni dei verbali dell'accusa<sup>122</sup>. Nel complesso, in questa analisi si riflette la immediata corrispondenza tra le tesi politiche generali, di ispirazione platonica, e le soluzioni tecnico-giuridiche.

Il principio del contraddittorio, che si realizza nella oralità e nella pubblicità del giudizio, nel sistema pagano, costituito sull'idea politica di democrazia, è anche una forma essenziale di preparazione alla politica. L'intero piano di riforma delle *Considerazioni* riprende questo principio dalla teoria dei *Saggi* (forte è evidentemente anche l'influsso graviniano): “ il teatro ed il foro – scrisse Pagano – sono la scuola di un popolo, il quale conviene che sia erudito e colto, siccome quello, che ha da governare se stesso” [App. al primo *Saggio*, Cap. XXII]. La pubblicità e il contraddittorio (la possibilità “di parlare e di udire”) secondo Pagano sono in sé la democrazia: la pubblicità dibattimentale è solo un predicato del sistema costituzionale democratico. La giustizia da lontana meta sociale – “nobilissima ingenuità” lascia dire Platone a Trasimaco per confutarne le teorie utilitaristiche<sup>123</sup> – attraverso la scienza moderna del processo avrebbe potuto realizzarsi nello Stato ponendo le condizioni di una maggiore eguaglianza dinanzi alla legge e avrebbe frenato la violazione dei diritti politici della persona. Da un lato, dunque, secondo Pagano ogni trascrizione, quanti più sono i mezzi per i quali viene documentata, interferisce con il senso (“la probabilità della prova [...] decresce quanto più sono i mezzi, per i quali passa”) dall'altro ancora la mancanza di “scuola” e in genere il difetto di partecipazione e di allenamento al contraddittorio, compromette l'effettività del giudizio.

La critica filosofica di Pagano alla scrittura è rilevante oggi per la limpida razionalità delle soluzioni con cui vengono applicate al giudizio penale delle regole nuove, di cui difficilmente si cercherebbero esempi nei sistemi giuridici continentali di quel tempo. Dalla contestualità e dal contraddittorio nasceva la possibilità di interpretare i contrasti tra successive deposizioni che avrebbero altrimenti determinato, come arcaica e inutile reazione nei sistemi inquisitori feudali, il totale annullamento degli atti compiuti o il ricorso alla tortura dei testimoni, con un alto rischio di impunità e nello stesso tempo di violenza contro i diritti civili. Il termine “impunità”, inteso come venale tolleranza e mancanza di strumenti razionali di riparazione dell'illecito (quando il delitto diviene vigente nello Stato) è uno dei termini più costantemente

ricorrenti delle *Considerazioni sul processo criminale*. L'ammonimento a confessare, come atto introduttivo del giudizio, del quale, come si è detto, Pagano come anche Filangieri nella *Scienza della legislazione*, aveva proposto l'abrogazione, era dato congiuntamente al deferimento del giuramento, così verificandosi il rischio per l'accusato che si aggiungesse alla prima contestazione inquisitoria, una seconda, per aver, spergiurando, affermata la propria innocenza.

Per quanto possa sembrare che una più dettagliata analisi possa allontanare questa ricerca dalle sue essenziali tematiche, è tuttavia necessario fornire elementi sufficienti e ulteriori sulla teoria processuale paganiana, in cui per la prima volta il segreto dell'inquisizione non solo viene criticato politicamente, come già era avvenuto nelle opere di Sarpi e di Caravita, ma viene superato attraverso la predisposizione di istituti giuridici positivi, la cui disciplina fonda i principi della teoria processuale contemporanea. Va dunque ripreso il filo, attraverso una breve ricostruzione storica, della secolarizzazione del sistema penale, che coincide quasi totalmente con l'espunzione di ogni elemento sovranaturale dalla giurisdizione, riflesso di un secolare conflitto politico tra Stato e Curia.

### *L'abrogazione delle formalità del giuramento nei giudizi penali*

Si è visto, attraverso i riferimenti all'opera di Giuseppe Valletta e di Nicolò Caravita, come fosse contrastata nel '700 dai giuristi del Mezzogiorno d'Italia l'ingerenza del potere ecclesiastico negli affari costituzionali del Regno. L'istituto del giuramento, predicato dell'ammonimento a confessare che, una volta conclusa l'inquisizione segreta, nei delitti più gravi veniva rivolto al reo, ristabiliva in modo evidente il richiamo della persona nel giudizio a un impegno sovranaturale che trasferiva la questione giuridica e sociale in ambiti confessionali normativamente imprecisabili<sup>124</sup>. La teoria dei *Saggi Politici* sulla religione e sulla arcaica connessione nei sistemi feudali di religione e di Stato, viene richiamata da Pagano nei punti del programma di riforma delle *Considerazioni sul processo criminale* relativi all'istituto del giuramento.

L'abrogazione di ogni procedura sacra all'interno di un programma giuridico ispirato a una rigorosa logica dimostrativa rappresentava un ulteriore passo nella delimitazione del potere eccle-

siastico nei confronti del potere giurisdizionale pubblico. L'abrogazione dell'istituto del giuramento venne proposta all'interno del più generale principio della abrogazione della tortura e si trova introdotta, nella filosofia giuridica delle *Considerazioni*, da una nuova dichiarata equiparazione della violenza fisica (tortura) con la violenza morale (giuramento), ritenendosi quindi una tortura la violenza suggestiva dei sistemi canonici e dei cerimoniali di convinzione ai quali ricorrevano i magistrati del tempo.

La risoluzione dei giuristi riformatori era ormai acquisita alla fine del Settecento alla teoria moderna della legislazione. Il sistema delle *Considerazioni sul processo criminale*, abolendo ogni piano sovranaturale di percezione e di giudizio, rappresenta una radicale evoluzione dei precedenti termini normativi di analisi di diritto positivo e in particolare segna il superamento delle tesi miste della Riforma di Pietro Leopoldo che, a conclusione di una lunga elaborazione dottrinarica, aveva dettato su questo istituto una disciplina innovativa ma ancora in parte ispirata nelle motivazioni ai principi inquisitori. Può essere dunque utile riprendere sinteticamente la storia comparata dell'istituto del giuramento che costituisce quasi un simbolo della evoluzione del diritto processuale moderno, in quanto si registrarono legislazioni che, già alla fine del Seicento, allo scopo di aumentare il controllo dell'ordine ecclesiastico feudale, e non di diminuirlo, togliendo ogni residua forma di relazione dei magistrati con l'accusato, tolsero, senza introdurre una nuova procedura legale, questo ultimo atto di appello, sia pure arcaico, con il quale il condannato poteva protestare la sua innocenza.

La legislazione secentesca toscana, con il provvedimento del 21 aprile 1679, per evitare ogni presunta violazione del sacro, aveva privato l'inquisito del diritto di potersi appellare alla risorsa difensiva estrema che rappresentava il giuramento. Non si era trattato nella legislazione secentesca di un'abrogazione dettata da una ragione umanistica, ma di un'ulteriore esasperazione canonica della procedura inquisitoria nella quale l'accusato non poteva in alcun modo sottrarsi all'esecuzione, neanche con il ricorso alla propria coscienza religiosa: difesa residua e spesso inutile, e tuttavia rifugio estremo talvolta, dato che non esisteva modo di preparare, nei sistemi inquisitori feudali, una effettiva difesa contro le delazioni segrete (si pensi ai delitti di cospirazione e di eresia) nel caso che i magistrati del tempo, prima della riforma leopoldina, avessero avuto ragioni segrete, "oscuere", per crederci. L'abrogazione nel *Bando sopra il non darsi il Giuramento nelle cause Criminali, o Miste, a' Rei delinquenti* pubblicato a Firenze nel 1679, che potrebbe quindi apparire, se analizzata solo superficialmente, un progresso,



non faceva in realtà che aggravare le formalità del sistema inquisitorio e ribadire la commistione di principi religiosi e normativi nel giudizio penale, infatti l'abrogazione era stabilita solo in funzione dei suoi effetti canonici, "riflettendo alla poca stima che si fa ne' presenti tempi di giurare il falso". Le ragioni abrogative, quindi, riflettevano in pieno la superstizione religiosa del tempo e non tralasciavano osservazioni indicative della mancanza di ogni forma di pietà e di rispetto civile: "massime nelle solennità delle Pasque sono i carcerati ridotti in angustie per salvar la vita, e redimere il proprio sangue, di perseverare impenitenti nella loro insordescenza". Termini premoderni e oscuramente canonici attraversavano le motivazioni delle riforme involutive. Per cui nel sistema toscano del 1679, poi confermato nelle ordinanze del 1744, si riteneva efficace la prima confessione dell'imputato, e si poteva procedere all'esecuzione capitale, senza che il deferimento del giuramento ostacolasse in alcun modo le procedure inquisitorie, ed è noto che il valore della confessione reso sotto tortura nei sistemi inquisitori era assoluto, dato che la ritrattazione avrebbe riaperto le camere di dolore.

Negli *Ordini diversi da osservarsi nelle cause criminali*, pubblicati a Firenze nel 1744, nel solito piano immaturo e crudele di prevenzione, venne stabilito all'art. II che non solo non si riteneva più necessario il giuramento, per evitare profanazioni del culto, ma neanche la stessa confessione era ritenuta più necessaria e quindi, mancando del tutto ai sistemi penali, prima della riforma, qualunque sufficiente definizione sul principio di prova che non fosse ricavata attraverso le prove "naturali" e la tortura, abrogando l'istituto del giuramento e della confessione, veniva ad abrogarsi del tutto qualunque elemento di difesa, pure poco significativo e dolorosamente arbitrario per le condizioni in cui era reso, per procedere alla esecuzione della sentenza, ritenendosi sufficienti le delazioni. Era necessario in altri termini ora abrogare gli istituti medievali relativi agli effetti probatori privilegiati del giuramento e della confessione ma occorreva contestualmente introdurre, come farà attraverso potenti innovazioni logico-formali Pagano, una disciplina del modo di formazione della prova e una logica moderna della dimostrazione che mancavano del tutto ai sistemi continentali europei e negli stessi sistemi anglosassoni era appena formata, per la natura stessa di quel processo, una teoria degli atti. L'avanzamento della sovranità sulle violenze private attraverso il giudizio poteva avvenire solo dove il giudizio fosse la garanzia di un ordine civile elevato, la difesa di un ordine politico nel quale i diritti fondamentali della persona fossero difesi da ogni violazione ed effettivamente esercitati.

Il bando fiorentino del 1679 è storicamente importante in quanto vi fa riferimento ancora Leopoldo all'articolo VI della riforma di Pisa del 1786. Leopoldo ebbe il merito, in riferimento all'opera di Beccaria, della abrogazione dell'istituto del deferimento del giuramento e, soprattutto, dell'abrogazione del giuramento dato al reo per il fatto di altri, cioè dei correi, merito insigne nella storia del diritto, e tuttavia le radici del provvedimento derivavano in parte ancora dai principi canonici: "sfuggire il pericolo – si legge nella Riforma di Pisa – di dare altrui occasione di spergiurare, estendendo la disposizione della legge del 21 Aprile 1679, da cui era solo vietato di obbligare il Reo a giurare quanto a sé". La legge del 1679, estesa da Leopoldo alle dichiarazioni contro i complici, tutelava prevalentemente, secondo una antica *ratio* canonica, l'ordinamento giudiziario dalla frequenza della falsità delle dichiarazioni rese sotto vincolo sacro di verità. "Sia proibito il giuramento [...] – si legge all'articolo VI della Riforma – ancorché il Reo medesimo per sua discolpa domandasse di essere ammesso al Giuramento" (che, dunque, era considerato anche un estremo mezzo di difesa). Sembra di avvertire ancora nel testo della legge la tragica debolezza della posizione dell'accusato per reati nei quali era difficilmente concepibile una qualsiasi prova della realtà: troppo di frequente i crimini nella legislazione europea erano tali solo agli occhi della superstizione o dell'interesse quando la scienza medica e la medicina legale, in particolare, versava nei fori penali in condizioni di indicibile arretratezza (basti su questo tema la lettura del Tomo III delle *Istituzioni criminali* di Filippo Miroglio, [1764] Fiscale Generale a Roma, come esempio delle regole inquisitorie medievali relative all'esame del corpo del reato, basate su esperimenti senza capo né coda, spesso mutuati dalle stesse arti *magiche*). Identiche riflessioni, per la incertezza della dottrina teologica applicata al giudizio, possono svolgersi per i presunti delitti di empietà. Non poteva chiedersi razionalità nelle difese dinanzi a contestazioni soprannaturali. Pietro Leopoldo, all'avanguardia delle riforme in Europa, sulla base della lezione di Beccaria, aveva, in riferimento ai delitti di eresia, con illuminate disposizioni ordinato che potesse essere incriminato solo l'*insegnamento pubblico* di "massime contrarie" alla Religione (art. LX) così venendo sottratta al giudizio penale la perseguibilità di mere opinioni interne o di opinioni privatamente comunicate, che di solito venivano riferite dai delatori in modo incongruo e infedele (la questione era stata già profondamente trattata con ampiezza di vedute filologiche in Grozio, Valletta e Caravita). Tuttavia restavano nell'Europa intera gravi lacune, per la opinabilità del contenuto del giudizio teologico sulle dottrine e quindi per

la conseguente incertezza delle fattispecie del reato di “empietà” o di reati contestati su mere presunzioni, con metodologie prescientifiche. Attraverso un potere discrezionale ancora eccezionalmente ampio, restava dunque ancora in parte attiva la antica egemonia culturale del potere ecclesiastico nei fori. Come si è detto, l’abrogazione del giuramento, istituto che rappresentava anche un estremo mezzo di difesa, o di conforto, della dignità della persona contro incriminazioni generiche e interpretazioni prescientifiche della realtà naturale, doveva essere accompagnata da una nuova metodologia capace di innestare i principi delle scienze sperimentali moderne nel giudizio e di rifondare completamente il metodo della prova. Occorre necessariamente, per porre i fondamenti del giudizio moderno, promuovere la ricerca scientifica e sostenere l’evoluzione del diritto su basi interdisciplinari, formare la capacità di analisi logico-argomentativa e infine superare le sterili divisioni tra cultura forense e cultura filosofico-scientifica, che ancora in gran parte pesava sui giudizi. La condizione era la separazione del potere politico dal potere religioso. La lezione dei *Saggi Politici* contiene il nucleo di questo metodo, il tentativo del superamento delle oscure ragioni forensi, di ispirazione canonica, in un nuovo diritto delle prove. Grandi passi si erano dunque realizzati con la legge LXXVI del 1784 del Granducato di Toscana che all’art. V prevedeva la sottoposizione degli ecclesiastici per le cause criminali ai Tribunali Secolari e con la riforma di Pisa del 1786, segno di un rinnovato umanesimo, e ulteriori elementi stavano per essere aggiunti alle discipline giuridiche.

L’abolizione radicale in qualunque sua applicazione, come conseguenza del più ampio e articolato programma di riforma processuale, venne confermata nell’opera di F.M. Pagano. Nelle *Considerazioni* scrisse che il giuramento dell’accusato procurava, secondo il diritto del tempo, una tortura di natura morale all’uomo e come tale andava abrogato, non perché causa di commissione di ulteriori, spesso fantastici peccati, ma perché contrario alla dignità stessa della persona umana. Pagano nel capo XXXIII delle *Considerazioni*, intitolato “Correzione del presente processo” evidenzia le conseguenze rilevanti che l’abrogazione del giuramento avrebbe determinato sull’istituto feudale dell’ammonimento: “Esaminandosi senza giuramento il reo, l’inutile atto dell’ammonimento, che dal giuramento nacque, si proscriva [...]”.

Attraverso la sovrapposizione di piani confessionali e di piani laici nella struttura del giudizio penale (sovrapposizione dipendente dalla mancanza di una adeguata tecnica costruttiva degli istituti

del processo), secondo il piano delle *Considerazioni*, si ribadiva la forma medievale, feudale e inquisitoria del giudizio, riflesso di secolari compromessi tra Stato e Curia. All'interno del processo, si andavano delineando, dunque, in conflitto due mondi, due ordini contrastanti di sapere, due sistemi morali e giuridici opposti. Il disegno precisamente laico di Pagano riprende, dandovi compiuta attuazione giuridica, il pensiero anti-inquisitorio di Sarpi e di Caravita. Nel procedimento penale non può ricorrersi a espedienti disumani, o invocare piani diversi dall'esperienza razionale per provare con certezza il delitto: l'evoluzione delle tecniche, e prima tra queste della logica analitica, era l'unico vero mezzo per assicurare sempre maggiori cognizioni contro l'ignoto che copre il delitto.

Già nell'opera di Cesare Beccaria e nella *Scienza della legislazione* di Filangieri si erano registrate evolute considerazioni su questa materia che infine, a conclusione di un lungo percorso di ricerca, daranno occasione a Vigilio Barbacovi, nel 1817, di pubblicare un importante studio. Nei suoi *Discorsi intorno ad alcune parti della Scienza della legislazione*, pubblicati nel 1824, il Discorso nono, con cui si apre il secondo volume, (in approfondimento del precedente "opuscolo" del 1817) è intitolato "*Dell'uso de' giuramenti ne' giudizi civili [...]*"<sup>125</sup>.

Non si trattava solo di tutelare la coscienza religiosa, tutela pure essenziale, come ancora aveva scritto Beccaria nel § XI *Dei delitti e delle pene* ("Il giuramento a poco a poco diviene una semplice formalità, distruggendosi in questa maniera la forza dei sentimenti di Religione, unico pegno dell'onestà della maggior parte degli Uomini"). Con la nuova teoria processualistica anti-inquisitoria elaborata da Pagano e il complesso di studi tecnico-formali contenuti nelle *Considerazioni sul processo criminale*, particolarmente gli studi innovativi sulla fase dell'istruzione e degli atti preliminari al dibattimento, si delinea compiutamente una scienza nuova dell'argomentazione a cui saranno riferibili in epoca moderna, lungo il corso della codificazione, controversi problemi costituzionali non ancora spenti nelle legislazioni contemporanee.

### *Le teorie della prova*

L'analisi giuridica sull'abrogazione dell'istituto dell'ammonimento e delle regole processuali inquisitorie che vi erano collegate rappresenta in maniera esemplare, come si è visto, la parte critica del

progetto di riforma delle *Considerazioni sul processo criminale* e l'ordine filosofico di ragioni su cui l'intero programma penale si sostiene. Nei sistemi giuridici riformati, l'abolizione dell'istituto premoderno con il quale si deferiva il giuramento all'accusato non era che il primo passo, di natura meramente abrogativa, per la fondazione di un diritto della prova costituito sulle teorie della nuova filosofia logica formatasi tra la fine del Seicento e l'inizio del Settecento nelle opere di Leibniz e di Locke, diffusa a Napoli attraverso l'insegnamento di Genovesi. Non si abrogava il vuoto cerimoniale canonico per sostituirlo con il nulla, né lo si abrogava solo in nome di un principio, pure politicamente essenziale, come il principio di indipendenza della magistratura statale dalle consuetudini e dagli ordini canonici, ma con un insieme di norme immediatamente cogenti con le quali, per la prima volta in Europa, Pagano costituì in modo scientifico il diritto moderno della prova nella giurisdizione penale. Le sue opere logico giuridiche vennero pubblicate tra il 1803 e il 1806, in edizioni postume, sulla base delle trascrizioni degli allievi, di cui una copia è conservata presso la Biblioteca Nazionale di Napoli con la segnatura Ms. XIX 74. La nuova teoria delle prove, lentamente formata attraverso una sedimentazione secolare, non determinò l'introduzione del mero principio del libero convincimento, come è stato di recente sostenuto<sup>126</sup>, ma al contrario determinò la formazione di uno dei più complessi, vincolanti, ordinamenti probatori del pensiero moderno: le leggi "contente elle non sono della sola convinzione del giudice" [Cons., III]. Il processo penale nell'opera pagana viene definito come "quell'ordine di giudiziarie azioni, e quel metodo, secondo il quale il giudice si dee condurre nella ricerca del delitto e del reo, e quindi nella di lui condanna [...]"; e le leggi penali, in questo piano di codificazione, "non solo determinano la pena di ciascheduno delitto, ma benanche *la quantità e la qualità della pruova*, l'ordine ed il metodo di acquistarla, di accordare le difese all'accusato, e di profferire tutti i decreti infino alla sentenza finale". Non si lasciava, dunque al mero arbitrio dei giudici, soprattutto dei giudici popolari, la definizione delle formalità e l'esame degli elementi di fatto, la cui valutazione probatoria deve risultare, secondo Pagano, stabilita per legge nell'ordinamento processuale. Né deve indistintamente sovrapporsi l'analisi delle risoluzioni di emergenza del periodo repubblicano con le opere scientifiche universitarie. Il sistema logico-probatorio formato da Pagano nelle opere tecniche di teoria della prova rientra direttamente nel sistema dei codici e quindi è il riflesso del sistema costituzionale.

Nel capo XIX delle *Considerazioni* scrisse sulle funzioni giudiziarie: “Non dee dunque nel giudice oprare che la fredda ragione” e, sconsigliando la selezione di giudici non preparati in filosofia e in particolare nella logica dimostrativa, nel capo XXVI si legge: “Né creda taluno, che agevole cosa sia giudicar della verità di un fatto. [...] ché il prendere le vere tracce di un occulto delitto, il bilanciare il valore degli indizj sia cosa più difficile assai di ciò, che comporta la volgare intelligenza degl'idioti”<sup>127</sup>.

Il sistema logico-probatorio stabilito nelle opere giuridiche rientra direttamente, come si vede, nel sistema dei codici. Pagano sostenne la tesi della necessità della formazione di un diritto codificato della prova contro la corrente prevalente degli illuministi che, influenzati dal giusnaturalismo e sulle orme del progetto di Beccaria, ritennero sufficienti le morali doti di probità del comune cittadino per il giudizio penale di fatto. La teoria giuridica dell'argomentazione indiziaria rappresenta una delle grandi evoluzioni del pensiero giuridico moderno. Anche nei *Saggi Politici*, si riscontrano alcuni significativi riferimenti alla teoria del giudizio: “L'ignoranza – scrisse Pagano – genera i sospetti. Chi non sa stimare il valore degli indizj, si abbandona tosto alla credenza”<sup>128</sup>. I principi basilari di logica giudiziaria inseriti nei *Saggi* in riferimento alle diverse epoche civili, si trovano, in una chiara corrispondenza terminologica, ripresi nelle opere sulla teoria delle prove, ed è questa una ulteriore ragione che ne raccomanda una lettura comparata.

L'analisi paganiana non tendeva alla eliminazione del sistema logico-probatorio a favore di un mero convincimento empirico: è vero evidentemente il contrario. Interamente la storia degli avanzamenti della sovranità è la storia della prevalenza della legalità sull'arbitrio e sull'opinione, soprattutto nell'epoca in cui le corti feudali disfacevano gli ordinamenti a proprio piacimento. La teoria dell'interpretazione esposta nei *Saggi Politici* e la teoria delle prove, compiuta nei *Principi del codice penale*, unitariamente introdussero nel sistema penale delle prove il metodo giuridico della legalità.

La riforma proposta da Pagano riguardava l'abrogazione delle presunzioni assolute che i giudici dovevano trarre, anche in contrasto con il proprio convincimento morale, dalle prove testimoniali e dalla confessione<sup>129</sup>. Pagano di frequente sostenne questo principio esercitando la funzione di accusa, come avvocato di parte civile, ma questo naturalmente non contrasta con le tesi generali, anzi le conferma e le precisa come metodo costante.

La filosofia logica e dell'argomentazione nel sistema paganiano si svolge principalmente intorno agli studi sugli effetti delle prove "naturali": né è possibile conoscere della profondità della riforma paganiana, senza almeno accennare a questa decisiva innovazione sistematica, alle sue fonti, ai progressi determinati sul piano del diritto comparato.

Il sistema inquisitorio-canonico considerava prova compiuta la cd. "prova naturale", espressione giuridica ricorrente nel '700, dove il termine "naturale" sta per *materiale*, cioè direttamente *percepibile con i sensi*. Quindi la prova naturale era privilegiata, nel sistema inquisitorio, rispetto ad altre prove considerate di minore grado, quali le prove logico-argomentative. Anche per questi motivi il sistema processuale in Europa, dall'ordinanza carolina fino ai sistemi precodificatori era ordinato, come è noto, intorno all'istituto della confessione del reo<sup>130</sup>. Il sospetto consentiva di mettere alla prova con crudeltà la resistenza fisica e psicologica della persona: il delitto e la sua prova potevano venire costruiti in un disumano, oscuro, laboratorio le cui prassi trovano una terribile efficace descrizione nell'opera di Alessandro Manzoni. Attribuendo alla confessione e alla testimonianza un valore probatorio privilegiato rispetto alla prova logico-argomentativa, cioè alla prova indiziaria, la giurisprudenza feudale di formazione canonica manteneva ancora indistinta la relazione tra prova e reo, senza una vera analisi degli elementi del delitto su cui verteva l'accertamento: la confessione, secondo la regola inquisitoria feudale, risultava insomma il reato stesso, nella sua materialità, a risuonare nella voce dell'accusato.

Pagano esprime nei *Saggi Politici* una profonda critica contro il sistema delle prove naturali, attraverso cui le società feudali risolvevano i giudizi penali<sup>131</sup>.

A causa della insufficiente capacità argomentativa e di astrazione della legislazione penale feudale e della scadente qualità dei sistemi dialettici di riferimento, la deposizione dell'accusato veniva giudicata come la principale condizione attraverso cui il reato poteva esteriorizzarsi ed essere provato dalla magistratura dell'inquisizione<sup>132</sup>. La insufficiente distinzione tra il delitto e il reo, tra la prova e il delitto, costituiva insomma la base del processo feudale. Ma nel libro *Teorie delle prove* si determina una trasformazione radicale della metodologia feudale. Al capitolo XI si legge: "[...] la prova del delitto convien, che sia separata e distinta da quella dell'autore del delitto [...]"<sup>133</sup>. Si tratta di un principio sul quale si fon-

da la procedura penale moderna, che viene così a formarsi sul metodo logico di analisi degli indizi<sup>134</sup>. Predicato di questo principio era ovviamente la sostituzione dei superati sistemi giudiziari basati sulla logica scolastica dei sillogismi e delle presunzioni formali, con nuovi sistemi di analisi che tenessero conto, come per primo farà Pagano nei *Principj del codice penale* e nella *Logica*, delle profonde innovazioni avutesi con Leibniz e Locke, le cui opere erano state divulgate nelle università napoletane da Antonio Genovesi. I *Principj* e la *Logica* paganiana costituiscono il tentativo di formare un saggio sull'intelletto umano applicato al sistema penale.

Dal momento in cui la confessione termina di costituire, con la filosofia del processo di Pagano, una prova sovraordinata, si completa anche la rotazione verso il dibattimento pubblico dell'intero piano inquisitorio, perdendo di consistenza la fase preliminare costruita sulle violenze dell'inquisizione: "La confessione – scrive Pagano rovesciando, per il metodo seguito, una tradizione secolare – dev'essere sostenuta dalla prova del delitto". La regola, secondo cui la confessione doveva considerarsi solo un "argomento", cioè un elemento della decisione, produsse l'emancipazione della procedura penale dalle figure fisiche (testimone e accusato) e dalle presunzioni assolute, costituite sulle prove naturali, che quasi forzavano il magistrato a una decisione, anche in contrasto con il proprio convincimento morale [così già Vico, *De uno*, CCII, XI, (3)]. La stessa confessione poteva essere da quel momento liberamente valutata dalla magistratura.

Il progetto giuridico di Valletta e di Caravita, attraverso il quale con una sorprendente visione anticipatrice si poneva il processo penale pubblico come un vero sostegno della libertà di opinione e con il quale, di conseguenza, poteva veramente garantirsi il principio di libertà nel metodo della ricerca filosofica e scientifica, si trovava per la prima volta realizzato in uno strumento normativo innovativo, nel quale il giudizio, dalla funzione impropria e aggiunta di controllo delle coscienze individuali e delle *opinioni* filosofico-religiose, viene proposto come metodo logico-giuridico autonomo di accertamento e di riparazione delle conseguenze del delitto.

Pagano, con un ordine di valutazione innovativo, svolgerà la trattazione della prova testimoniale e scritturale, nel capitolo VI del suo volume intitolato *Teorie delle prove*: confessione e testimonianza da ora in avanti per la procedura moderna in Europa saranno incluse sistematicamente nella teoria degli indizi, o argomenti<sup>135</sup>, cadendo quindi ogni residua distinzione tra prove "perfette", cioè basate sulla narrazione diretta o *naturale*, e prove puramente logi-



che<sup>136</sup>. Si tratta del pensiero che conclude l'esperienza inquisitoria feudale.

La riforma paganiana, con la quale, sulla base di potenti e innovative categorie logico-formali viene del tutto annullata la presunzione di superiorità delle prove naturali con il sistema di vessazione che su questa presunzione tramutava le segrete dei Tribunali in camere di sofferenza senza appello, apre la stagione del processo moderno e civile. Molte delle opere successive di diritto penale, e tra queste si segnala il commento sui principi della legislazione di Vigilio Barbacovi, citato da De Hillerin nella prefazione alla traduzione francese delle *Considerazioni sul processo criminale* e gli scritti processualistici di Bentham, si trovano corrispondenti al metodo introdotto nelle opere giuridiche paganiane. La sintesi di Barbacovi, un autore ben conosciuto in Europa, costituisce, pur con rilevanti differenze – in modo particolare nelle osservazioni sulla pena di morte – un chiaro commento del pensiero filosofico che si conclude nelle opere di Filangieri e di Pagano sulla procedura, che va pertanto, come uno dei primi documenti di analisi della sua opera, richiamato nella parte più rilevante: “I nostri antichi criminalisti – scrisse Barbacovi – dividono la prova in artificiale, ed in non artificiale. Essi chiamano prova artificiale quella che traesi dagli indizi e dagli argomenti, e non artificiale quella che risulta dalle deposizioni di testimoni, o da autentici documenti. Essi chiamano questa prova perfetta, e chiamano imperfetta quella che solo sopra indizi o argomenti è fondata, la quale può solo, dicon essi, autorizzare il giudice a sottoporre l'accusato alla tortura onde costringere alla confessione del delitto, ovvero a condannarlo soltanto in una pena straordinaria e più mite. Questa dottrina era pur quella che veniva seguita generalmente in tutti i tribunali, sebbene non fosse che falsa ed erronea, derivata da una mala intelligenza delle romane leggi, dottrina non solo contraria a ciò che la sapienza degli antichi romani legislatori ha stabilito, come han dimostrato i più dotti ed eruditi giureconsulti, ma contraria pure a' dettami della sana e retta ragione; poiché gli argomenti e gl'indizi esser posson sovente [...] tali e di tanta forza, che producano un pieno ed intero convincimento, ed una morale certezza, non punto inferiore a quella che risulta dalla deposizione di testimoni o da autentici documenti. Secondo dunque l'antica dottrina de' nostri criminalisti, quando contro il reo non militavano che argomenti ed indizi, per quanto forti e gravi essi fossero, egli non veniva mai condannato nella pena dovuta al delitto, che aveva commesso, ma solo in una pena straordinaria;

“[...] conciossiacosaché se non si osava condannarlo nella pena ordinaria, credendo che gli argomenti e gl’indizi non formino che una prova imperfetta, né bastar possano a rendere pienamente certa la reità d’un accusato, egli era egualmente ingiusto il condannarlo alla pena della galera o dell’ergastolo; perché ingiusto egli è sempre il condannare in virtù di prove credute imperfette in qualsiasi pena un uomo, la cui reità non è certa. Il saggio legislatore pertanto, quando v’ha un concorso d’argomenti o d’indizi che per loro vicendevole appoggio formano una certezza morale, dee dar loro la forza d’una prova perfetta, ed ordinare che il reo sia condannato interamente nella pena al suo delitto dovuta”<sup>137</sup>. (Salva l’analisi giuridica, legalmente ordinata, delle circostanze del delitto, secondo il pensiero paganiano, la pena, cioè la multa, l’esilio, la reclusione o la pena capitale, nei casi previsti, poteva essere applicata solo per effetto di una assoluta dimostrazione, ottenuta in base alle rigorose leggi dimostrative della nuova logica giudiziaria, mentre non avrebbe potuto in caso di prove non del tutto sufficienti applicarsi una qualsiasi sanzione minore che veniva al contrario inflitta, per l’argomento di diritto feudale secondo cui con una prova minore sarebbe dato stabilire non l’assoluzione, ma una pena meno grave. Ed era su questo argomento che si applicavano nei sistemi feudali le pene arbitrarie, e tra queste veniva ricompreso, senza alcun criterio formale, anche un mezzo di prova, come la tortura). Nel Capo XV dei *Principj del codice penale* su questo argomento è scritto: “Presso di noi, le pene più arbitrarie divennero, dappoiché si proporzionarono non solo al delitto, ma benanche alle pruove; commutandosi la tortura in pena straordinaria [...]”. È stato dunque utile trascrivere la sintesi di Barbacovi che interpreta il pensiero di Filangieri, e in genere della tradizione giuridica illuministica, con cui veniva abrogato nelle legislazioni settecentesche il potere di creare, in riferimento allo stato della prova, pene diverse dalle pene legali. Tuttavia, nella tarda lezione di Barbacovi, già in parte manca la moderna tensione innovativa del pensiero logico-filosofico paganiano, che tese alla costruzione di una nuova scienza della dimostrazione e mancano inoltre le precise definizioni sulla “certezza morale” costituite sulla critica delle “proposizioni” erronee e di ogni soggettività di analisi, per scongiurare l’errore giudiziario. Il suo commento alla scienza della legislazione si arresta, in questo punto, privo di originali intuizioni, dinanzi all’eventualità dell’errore giudiziario, considerata in certi limiti quasi come inevitabile, così perdendosi il senso della fondazione paganiana di una nuova, scientifica, teoria

della prova. Tuttavia è storicamente rilevante il valore della sua sintesi sulla distinzione tra prove naturali e artificiali.

Barbacovi inoltre, fa espresso riferimento all'opera di giuristi precedenti nei quali potevano intravedersi i primi segni delle innovazioni della scuola giuridica moderna.

### *L'abrogazione delle pene arbitrarie*

Nel corso della progressiva evoluzione delle categorie giuridiche sulla relazione tra prova naturale e indiretta un posto non secondario deve essere assegnato al giureconsulto Antonio Mattei, autore dell'opera *De Criminibus*, citata da Filangieri nella *Scienza della legislazione* e da Pagano nelle *Considerazioni sul processo criminale*. Un breve riferimento storico consente di approfondire ulteriormente le radici remote delle riforme settecentesche del diritto processuale.

Il principale capitolo nel quale Mattei tratta del valore delle prove logico-indiziarie si trova nel titolo XV del suo trattato, il commento alle leggi sulla prova<sup>138</sup>.

Mattei critica nel primo capitolo del titolo XV la linea tradizionale inquisitoria per cui la confessione doveva essere considerata prova "naturale" e la prova per argomenti una prova minore, "artificiale", cioè non così perfetta, come si riteneva la prova naturale e affermò (dato da cui possono trarsi ulteriori argomenti analitici sulla citazione paganiana) che, quale che fosse il genere della prova, una volta raggiunto il grado logico di dimostrazione richiesto dalla legge, non potessero applicarsi prove diverse da quelle legali<sup>139</sup>. Quindi ancora condivide l'antica distinzione tra prove artificiali e naturali ma contrasta la tesi del diverso grado probatorio delle diverse forme di prova<sup>140</sup>. Mattei accoglieva in parte la antica sistemazione, basata sulla distinzione, in base al genere, delle diverse prove, ma la sua critica, rivolta contro la differenza di efficacia dei risultati inquisitori in riferimento alla presunta differenza di qualità delle prove stesse, anticipa in qualche modo la scienza moderna.

Da questa equiparazione tra prove dirette e indirette derivarono conseguenze di grande valore sistematico anche sulla teoria della pena, dato che una tradizione processualistica molto diffusa aveva introdotto il principio sanzionatorio, di formazione canonica, secondo cui nei processi dove la sentenza si fosse formata in riferimento a prove di grado minore, cioè quelle che la tradizione inquisitoria chiamava, come si è visto, prove indirette o artificiali, non dovesse essere

applicata la sanzione legale prevista in via ordinaria per quel tipo di delitto, ma una pena minore o diversa, anche non codificata.

Per valutare quanto sia decisivo l'intervento paganiano in questa materia va osservato che anche nel sistema legislativo più evoluto di Europa di quel tempo, prima della legislazione paganiana, tra i sistemi continentali precodificatori, la riforma criminale leopoldina, ancora all'art. CXVI si prevedeva che il giudice potesse stabilire nel giudizio, di regola, delle pene diverse da quelle legali in riferimento al grado della prova raggiunta, grado che era valutato in riferimento a dei parametri non ancora normativamente definiti: sebbene le prove privilegiate nel sistema leopoldino fossero state abrogate, tuttavia il sistema di argomentazione risentiva ancora fortemente del modo inquisitorio, nel rapporto tra la forma della sanzione e le categorie della prova<sup>141</sup>. Sotto questo profilo può dirsi che si trattava di un ordinamento processuale in via di evoluzione e che esprimeva un evidente progresso rispetto alle legislazioni italiane precedenti. L'articolo CXVI della Riforma toscana contiene infatti alcuni principi che erano ormai stati acquisiti alla più evoluta dottrina processualistica, ossia l'eliminazione della discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge, la necessità della predeterminazione della pena, e la necessità che la pena stessa venisse regolata in riferimento alle circostanze del delitto, e tuttavia ancora pesavano sul sistema processuale toscano degli istituti non riformati, non essendosi trovato un sistema logico-formale idoneo a stabilizzare normativamente questi concetti, restando dunque ancora irrisolto il problema costituzionale della autonomia dei giudici rispetto al potere legislativo nello stabilimento delle pene<sup>142</sup>. Anche il principio, peraltro affine al sistema anglosassone, di stabilire le pene arbitrarie sulla base dei precedenti giudiziari, non poteva apparire affidabile quando l'intera scuola dei filosofi europei, e primo tra questi Filangieri, denunciava la necessità di stabilire pene legalmente predeterminate (essendo il principio di legalità fondamentale per lo Stato di diritto) e si richiedeva, problema difficile da risolversi normativamente, che fossero prestabilite le pene anche per i delitti diversamente circostanziati. All'articolo CXVI della Riforma toscana si trova avvertita la necessità di regolare la pena in riferimento alle diverse circostanze del delitto, ma di queste varianti non si era formata ancora una regola giuridica.

Pagano tratta la questione delle pene straordinarie nel capitolo XXX delle *Considerazioni sul processo criminale*, aggiungendo essenziali innovazioni ai principi contenuti nel libro *Dei delitti e delle pene*, e alla riforma penale leopoldina, che ai principi *Dei delitti*

*e delle pene* aveva dato attuazione normativa. Con l'usuale attitudine alla sintesi nel capitolo XXX riassunse le regole inquisitorie sulle pene straordinarie intorno ad alcuni elementi essenziali. La deroga al principio di tipicità delle sanzioni, nel processo inquisitorio, veniva lasciata all'arbitrio del giudice, secondo Pagano, per due ordini diversi di cause, di cui uno di natura sostanziale ed uno di natura processuale. Esaminiamoli progressivamente.

## I

Sotto il profilo sostanziale i giudici avevano il potere di scegliere la pena da infliggere all'accusato in base alle "qualità scusanti" [Cons. XXX], in base cioè alle circostanze che diminuiscono o escludono la responsabilità penale dell'autore del delitto. *L'imperfetta legislazione* del regno, che dava ai magistrati la libertà di formare la legge in occasione del giudizio concreto e di stabilire episodicamente la sanzione, secondo le *circostanze* per ogni reato, dipendeva, secondo Pagano, da un grave vuoto dell'ordinamento penale del tempo che non aveva formato ancora "una successiva serie dei delitti della specie stessa"<sup>143</sup>.

Questo pensiero è decisivo nel sistema costituzionale penalistico moderno.

Il sistema delle circostanze attenuanti o aggravanti avrebbe dovuto costituire l'oggetto di una apposita sezione del codice penale, e le regole sull'aggravamento delle pene e sull'effetto delle circostanze attenuanti andavano disciplinate legislativamente.

La elaborazione analitica del sistema delle circostanze penali è uno dei meriti fondamentali dell'opera giuridica paganiana. La codificazione delle attenuanti e delle aggravanti, codificazione di estrema complessità teorica in quanto doveva ridursi a categorie essenziali la varietà di motivi che influivano sulla natura del reato, avrebbe introdotto in modo definitivo ed efficace il principio di legalità della pena nei giudizi. Per questa via si sarebbe superato l'uso delle pene straordinarie, introdotto nel tempo per rimediare alla mancata definizione normativa delle circostanze, lasciandosi irrisolta, in violazione del principio di legalità, la relazione tra potere legislativo e giudiziario. A conclusione del capitolo XXX delle *Considerazioni* Pagano delinea il progetto normativo che sarà approfondito nelle *Istituzioni Criminali*: "[...] le pene straordinarie, le quali si proporzionano sempre alla diversa intensità del delitto stesso, da varj gradi di dolo nascente, do-

vrebbero essere dalle leggi fissate”. Sembra non secondaria la differenza programmatica con il sistema leopoldino che, all’art. CXVI, ancora riservava “in gran parte [...] all’arbitrio del Giudice” la misura della pena “così richiedendo la varietà delle circostanze”.

Nei *Principj del codice penale*, opera che può considerarsi un breve trattato sull’intelletto umano applicato allo studio dell’illecito, Pagano tenta la prima fondamentale codificazione del sistema delle condizioni del delitto e delle cause giustificative, all’interno di un piano di formazione di una nuova teoria della prova. Lo studio sistematico della parte sostanziale del diritto penale viene nei *Principj* prevalentemente svolto intorno alla nozione di volontà e nello stesso modo i principi delle attenuanti, in polemica con le tesi di Beccaria, più che al dato oggettivo del danno vengono riferiti, secondo l’impianto sistematico complessivo dei *Principj*, al diverso grado di volontà dell’illecito. Si tratta di un riflesso del metodo sociale, orientato sulla valutazione del dolo e delle cause dell’azione, con cui Pagano disciplina l’ordinamento penale e delinea una nuova teoria della pena.

Con i *Principj del codice*, studiando, come tema proprio, la varia intensità del delitto, e codificando le diverse attenuanti secondo i diversi gradi della volontà in riferimento alle diverse circostanze, si vennero a porre in epoca moderna le basi del diritto sostanziale. Si tratta forse del più importante progresso compiuto in riferimento alla distinzione dei poteri, sul tema dell’interpretazione della legge e della forma dell’ordinamento, nella codificazione degli elementi essenziali e degli *accidentalìa delicti*.

## II

Inoltre, come aveva rilevato Pagano, l’applicazione delle pene straordinarie dipendeva anche da questioni di natura strettamente processuale. Riprendiamo, dunque, per approfondirle, alcune tesi generali, riferendole al principio di legalità.

Il giudice nel sistema feudale inquisitorio aveva il potere di ricorrere all’applicazione di pene non codificate nel caso che non fosse stata raggiunta, secondo i parametri inquisitori di valutazione, una prova sufficiente. Sia quindi nel caso di circostanze che influissero sulla struttura del reato, modificandola, sia nel caso di inidoneità e insufficienza degli indizi, si riteneva, secondo alcuni scrittori, che il giudice avesse facoltà, come si è visto, di modificare la pena.

Il motivo per cui da una parte della dottrina si riteneva legittimo, come rimedio possibile ai difetti del sistema inquisitorio, applicare una pena straordinaria nel caso di prova *difettosa*, dipendeva evidentemente dal rischio che si potesse giudicare erroneamente colpevole il cittadino sottoposto al processo, per cui, in considerazione della eventualità più o meno remota di errore, secondo il grado maggiore o minore di difesa che era stato riconosciuto, la stessa sanzione veniva proporzionalmente modificata.

Il principio, in funzione di tutela delle posizioni dell'accusato dinanzi alla giurisdizione feudale, era stato criticato da autorevoli giuristi. Nicolò Caravita, all'interno di una complessa critica normativa che per molti aspetti anticipa i contenuti dell'Illuminismo, nell'ambito di una valutazione della dottrina canonica secondo cui gli indizi insufficienti dovrebbero determinare non il proscioglimento dell'accusato, ma l'applicazione di una pena meno grave di quella ordinaria scrive: "[...] comune sentenza de' savj Canonisti si è, che allorché si procede contro altrui per modo disusato, non si dee contro i rei usar la pena usitata, ma altra minor di quella, per cagion della dubbietà delle pruove [...]". [*Ragioni*, II, pag. 126 ss.; Ms. XV B 2, pag. 120 ss.]. Pagano, anche in questo caso, dissente dalla tradizione procedurale canonica.

Nelle *Considerazioni* paganiane le pene straordinarie applicate in dipendenza di cause processuali, cioè per la *qualità della difettosa prova* [Cons. XXX], vengono con efficacia sistematica trattate in riferimento alla critica dei sistemi probatori basati sulla tortura.

Quando, concluse le indagini, il reo veniva ammonito a confessare sotto giuramento, secondo lo schema inquisitorio feudale dovevano già essere stati raccolti elementi sufficienti per procedere alla tortura, ossia un complesso di indizi sufficiente a ritenere la responsabilità dell'accusato. È evidente, osserva Pagano, che la tortura non era solo un mezzo per accertare la verità o per ratificare le prime deposizioni ottenendo la confessione dell'indagato attraverso "il dolore". Le funzioni di un mezzo di prova così violento, che poteva essere ordinato solo in caso che l'inquisizione avesse già raccolto rilevanti indizi, ma non ancora sufficienti alla sentenza, secondo le presunzioni collegate alle prove privilegiate, finivano per coincidere con la funzione di una pena preventiva. "Quegli argomenti, che non son da tanto, che bastano alla condanna del reo, ma ben sospetto lo rendono all'animo del giudice, quelli che non formano la morale certezza, la pruova legale, ma sol una tal probabilità contro dell'accusato, una *semipruova*" come si diceva a quei

tempi nel foro, consentivano dunque che si procedesse anche con sistemi violenti di accertamento<sup>144</sup>.

Nel progresso dei costumi, tenendo quindi conto della natura preventiva e afflittiva della tortura, sempre più denunciata dai giuristi riformatori, erano state introdotte con una correzione, tuttavia ancora insufficiente, le pene straordinarie: “la legge, mi concede, dice il giudice al reo, la facoltà di torturarti, quando si fatti indizi ti accusino. In vece adunque della tortura – osserva criticamente Pagano – ti condanno alla straordinaria pena, la quale alla tortura equivalga. E poiché l’intensità della tortura misurasi dalla maggiore o minore quantità della prova, le straordinarie pene alle prove vengono altresì proporzionate” [Cons. XXX].

La possibilità di applicare delle misure violente agli inquisiti, ritenute – quali la tortura – più che mezzi di prova, pene straordinarie, evidentemente fermava ogni processo di modernizzazione dello Stato, attraverso dei controlli preventivi, del tutto avulsi da metodi propriamente giurisdizionali, condizionando con modi repressivi le opinioni politiche e il sentimento di libertà civile della nazione.

Vittorio Alfieri, scrivendo della derivazione canonica dei sistemi inquisitori, e dell’effetto del potere temporale e giurisdizionale sulla nazione, scrisse che il popolo “dée necessariamente, per via [...] dell’inquisizione, divenire ignorantissimo, servissimo e stupidissimo”<sup>145</sup>.

La completa equiparazione sistematica compiuta da Pagano tra prove fisiche e prove logiche determina dunque la conseguenza ulteriore della abrogazione dell’uso delle pene straordinarie e di una nuova ulteriore riduzione della autonomia delle corti penali feudali. J.P. Marat nel suo *Disegno di legislazione criminale* già scrisse del diritto politico alla riparazione e al totale risarcimento, per l’ingiusta detenzione. [Cfr. anche M. Lacrosette, *Lettre sur la réparation*, Paris, 1784].

Nella complessa evoluzione dottrinarie, che si concluse con le *Considerazioni sul processo criminale* e la *Logica de’ probabili*, con il superamento della teoria dei diversi gradi della prova viene anche ad abolirsi l’istituto delle pene straordinarie, cioè di pene ‘minori’ che potevano emettersi in riferimento a una minore qualità della prova, considerata la stessa tortura non solo come strumento di acquisizione probatoria, ma come pena “minore”, arbitraria. Il diritto moderno (purtroppo non ancora definitivamente diffuso) cancellava le prassi mortuarie delle corti “asiatiche”.



## PARTE TERZA

### *La storia dell'inquisizione e i fondamenti della riforma*

I capitoli XXXII e XXXIII con i quali si concludono, in due importanti distinti progetti normativi, le *Considerazioni sul processo criminale*, sono il riflesso, come si è finora analizzato, della interpretazione storico-politica degli ordinamenti inquisitori. Nel capitolo XXXII è delineato un procedimento penale di tipo accusatorio, accordato con la tradizione interpretativa settecentesca dei principi processuali dell'ordinamento romano repubblicano; mentre nel capitolo conclusivo è previsto un ordinamento transitorio, "curativo", per introdurre gradualmente, attraverso riforme progressive (e complessive) il nuovo ordine giudiziario.

La storia delle origini dell'inquisizione svolta nelle *Considerazioni sul processo criminale* è dunque compiuta con un fine giuridico immediato ed è funzionale a stabilire i fondamenti della codificazione moderna del diritto penale.

La critica del sistema penalistico supera le inutili sottigliezze meramente didattiche proprie dei volumi di casistica giudiziaria del Settecento. In Pagano viene sottoposto a critica il principio essenziale, che condizionava in senso inquisitorio-feudale l'intera procedura e sono talora volutamente tralasciate le classificazioni scolastiche che, con un sistema di deroghe meramente simbolico e sostanzialmente disapplicato, nei trattati di giuristi oggi dimenticati tendevano a fare apparire ben diverso da quello che era nella prassi l'arcaico ordinamento processuale.

Con la superiore capacità di sintesi che gli è propria Pagano individua due linee possibili di definizione del sistema inquisitorio e in particolare distingue il modello "inquisitorio" del diritto romano classico dalla "più rigida inquisizione" del Medioevo, nella quale si trovavano i semi della giurisdizione feudale della fine del Settecento. Il modello romanistico (sintetizzato in funzione di uno schema normativo applicabile alla società europea della fine del '700) è utilizzato per costruire la forma prima di una nuova legi-

slazione transitoria, per il superamento dei procedimenti inquisitori feudali.

L'analisi della storia politica dell'inquisizione medievale è svolta nei capitoli XI e XII delle *Considerazioni* attraverso la citazione delle costituzioni di Federico II che "rivolse l'animo a promulgare una compiuta legislazione, dando ai giudizi forma novella". In questa analisi sono sottoposti a critica politica essenzialmente due principi normativi, cioè: 1) l'insieme delle regole del processo "ripetitivo" nel quale le prove venivano ripetute, cioè rinnovate nei tribunali dopo essere state verbalizzate una prima volta dagli inquisitori; e 2) la costituzione di un ordine di magistrati delegati funzionalmente all'esercizio dell'accusa.

"Federico II – scrisse Pagano – [...] comeché per i più leggieri delitti avesse richiamato alla vita l'accusatorio antico processo, per i gravi misfatti stabilì la più rigida inquisizione. Ma cotesta inquisizione quella non fu, la quale si adoperò sotto i Romani Imperadori. La prima altro oggetto non ebbe, che di supplire alla mancanza degli accusatori. [...] Non alterò l'ordine dei giudizi. Dopo l'informo degli inquisitori cominciava da capo avanti a' Presidi il giudizio, e trattavasi coll'antica regolarità". Secondo la sintesi paganiana, quindi, svolta nelle *Considerazioni sul processo criminale*, rispetto al procedimento romano accusatorio dei tempi della Repubblica la principale riforma in senso inquisitorio, introdotta con il diritto romano successivo, avrebbe riguardato, nella prima fase, la creazione di un ordine di magistrati delegati di ufficio all'inquisizione nelle province, riforma con la quale si veniva sostanzialmente a sostituire il complesso dei principi procedurali repubblicani sull'azione penale, che era esercitata in origine dai cittadini nell'interesse pubblico dello Stato. Le relazioni raccolte dagli inquisitori (gli irenarchi) secondo il diritto romano, non avevano altra efficacia in giudizio che di preconstituire gli elementi per l'eventuale arresto del reo nei casi legalmente consentiti, salvo il principio proprio del diritto accusatorio repubblicano secondo cui, nell'interpretazione paganiana, la prova si sarebbe dovuta formare "da capo" nel giudizio, davanti alle parti, pubblicamente. "Nel rimanente – osserva Pagano – [il giudizio] trattavasi nella maniera istessa, che ne' tempi della Repubblica; e da questo punto [cioè dal deposito delle *relazioni* degli irenarchi] il processo inquisitorio andava con ugual passo dell'accusatorio. Dopo l'interrogazione fatta dal Preside e la contestazione della lite, la quale dalla negativa del reo nasceva, si udivano i testimoni prodotti dall'accusatore e dal reo in presenza d'entrambe le parti. Non erasi

introdotto ancora in questi deplorabili tempi l'abuso all'innocenza ed alla verità fatale di sentirsi i testimoni nell'assenza del reo" [Cons. IX]. Questa deformazione, le cui prime condizioni sorgono nella tarda legislazione romana, si stabilizza secondo Pagano attraverso il diritto canonico e le costituzioni di Federico II<sup>146</sup>.

Tanto premesso, la critica mossa da Pagano all'inquisizione classica romana, più che una critica strettamente giuridica e formale, riguarda la decadenza dei costumi pubblici avvenuta tra la repubblica e l'impero, cioè tra una fase storica in cui i cittadini partecipavano ancora attivamente alla vita sociale, con un coinvolgimento rilevato dagli studiosi dei sistemi penali delle repubbliche classiche, fino al completo svuotamento dei poteri della cittadinanza, nella decadenza dell'antica costituzione. La critica al sistema inquisitorio romano classico non riguarda tanto la forma dei giudizi, almeno nella parte storico-politica delle *Considerazioni*, quanto le condizioni sociali che la produssero. Il punto centrale dell'analisi è dato nelle *Considerazioni* dalla "perdita della libertà" politica e dalle conseguenze che questo evento produsse sulla forma della amministrazione della giustizia: "Né dalla diffidenza solo degl'Imperadori, che [...] paventavano le occulte congiure, ebbe la sorgente l'inquisitorio processo, ma eziandio dalla perdita del pubblico zelo e dell'amore del ben comune colla perdita della libertà"<sup>147</sup>. Tuttavia dal punto di vista giuridico il diritto di epoca imperiale, secondo l'analisi paganiana, nella prima fase, avrebbe introdotto un modello ancora astrattamente compatibile con i processi ispirati a principi di legalità formale. Acquisite le informazioni inquisitorie, "il giudizio trattavasi coll'antica regolarità". Ottenute le *relazioni* dagli inquisitori "il Preside sentiva di nuovo i testimonj ed i rei" e i magistrati dell'inquisizione comparivano nel dibattimento pubblico per sostenere l'accusa [Cons., IX]. Dunque il modello processuale settecentesco, ormai degenerato in senso inquisitorio, non si era costituito tanto in riferimento alla procedura romanistica nella quale, tuttavia, già si registrarono, con la fine della Repubblica, gravi involuzioni, quanto agli ordinamenti canonici medievali. La involuzione canonica dei sistemi romanistici avrebbe formato i modelli del diritto penale del Settecento. Il sistema paganiano è dunque costituito sulla comparazione tra la storia politica del processo nella estrema decadenza dell'Impero e la storia del diritto canonico, nelle cui forme si sarebbe definitivamente conclusa la degenerazione inquisitoria. "[...] sotto i più crudeli Imperadori – scrive Pagano nel capo IX delle *Considerazioni* – come crebbe il sospetto delle con-

giure, così un nuovo vigore prese il sistema dell'inquisizione. La storia augusta ne fornisce di ciò molti esempj ed evidenti pruove. Un vulgato errore [...] fe' credere a molti che nel dritto Canonico si dovesse rintracciare l'origine del processo inquisitorio. Ma benché dal dritto Canonico un tal sistema fosse stato molto ampliato e promosso, tanto la sua introduzione precedé l'anzidetto dritto, quanto la tirannica sospettosa politica de' Romani Imperadori quella degli Ecclesiastici".

Nelle *Considerazioni sul processo criminale* il tema centrale dell'analisi è dato dalle costituzioni penali di Federico II e dall'interpretazione e rinnovazione che di queste costituzioni era stata praticata dai tribunali ecclesiastici a partire dal secolo XIII e che quindi si era diffusa in epoca moderna nella giurisdizione del Regno. Le fonti di questa Istoria, studiate criticamente in funzione di un innovativo programma di codificazione, sono da ricercarsi essenzialmente nella tradizione secentesca napoletana anti-inquisitoria. L'analisi paganiana tiene particolarmente conto infatti, in questo punto, della fondamentale tradizione storico-processuale diffusa con l'opera di Caravita e di Valletta e della critica di Filangieri al pensiero di "Thomasius" (Pagano sotto il nome di Thomasius si riferisce anche all'opera di J. Saltzsieder<sup>148</sup>) che nella *Dissertatio juridica inauguralis* aveva osservato come la riattualizzazione e l'oscuramento dei moduli inquisitori fosse avvenuta nel secolo XIII, rilevando la matrice canonica della decadenza delle forme processuali<sup>149</sup>.

Il sistema processuale introdotto da Federico II con le costituzioni sulla giurisdizione avrebbe drasticamente ridotto le fasi del processo penale alla sola prima parte del giudizio inquisitorio romano, cioè senza la rinnovazione degli atti di istruzione dinanzi al Preside nel giudizio pubblico, facendo quasi coincidere per i delitti più gravi la relazione preliminare degli inquisitori con la prova delle tesi di accusa, aprendosi in questo modo la strada alla dottrina processualistica dell'*individuità*, per cui le ipotesi inquisitorie formulate dai magistrati fiscali, non venivano considerate, di regola, suscettibili di modifiche né di contraddizioni<sup>150</sup>.

La critica paganiana alle giurisdizioni ecclesiastiche e alle funzioni dei "vescovi" è precisa e grave: "Federigo II adottò da' Romani l'antico sistema dell'inquisizione colla costituzione *Inquisitiones generales*, ma non col metodo degli antichi se ne valse, ma bensì con quel terribile e feroce introdotto dagli Ecclesiastici. Quel paterno zelo, ch'ispirò la nostra santa religione a' ministri suoi [...] degenerò col tempo [...]. I ministri della religione furo-

no chiamati Vescovi, cioè ispettori, inquisitori, i quali quando fecero acquisto della temporale potenza, la pastorale vigilanza nella inquisitoria oppressione cangiarono.” [Cons., XII]. I capitoli successivi delle *Considerazioni* sono dedicati ai *momentanei rimedi*, cioè ai prudenti, spesso insignificanti interventi legislativi con i quali si era tentato nel '700 di rimediare ai remoti difetti dell'ordinamento penale.

La distinzione tra le forme dell'inquisizione, romanistica e medievale, è essenziale per comprendere i fondamenti storici e politici della riforma paganiana, svolta nel capo XXXIII delle *Considerazioni* e che introduce i presupposti necessari per la riforma in senso accusatorio del giudizio svolta nel capo XXXII.

Più precisamente nella prima definizione (che possiamo individuare come inquisizione “romanistica”: definizione A), Pagano aveva analizzato un modello di tipo inquisitorio politicamente ancora compatibile con una società evoluta e con la astratta regolarità dei giudizi penali, sulla quale è formato il progetto di riforma “curativo”, minore, del capo XXXIII delle *Considerazioni*, cioè destinato progressivamente a favorire l'introduzione di norme più evolute, anche attraverso l'esempio e l'educazione prodotta da nuovi modelli normativi [il foro – aveva scritto nei *Saggi* – è “la scuola di un popolo”]; nella definizione processualistica B), invece, si analizza il modello inquisitorio rigido, proprio, come si è appena visto, dei governi feudali. Il modello canonico, corrispondeva ai processi dell'inquisizione a iniziativa di ufficio caratterizzati da segretezza, divieto di pubblicazione del nome dei testi, mancanza di contraddittorio, efficacia incondizionata delle prove raccolte dall'inquisitore fiscale, mancanza di eguali potenzialità di azione delle diverse parti nel giudizio.

L'interpretazione che di questo complesso di dati storico-giuridici fornisce Pagano, più che all'analisi filologica degli ordinamenti del passato (infatti i modelli inquisitori presentano una molteplicità di moduli e di giurisdizioni, diversi per natura e per ambito di applicazione: basti pensare ai processi di lesa maestà, per le fattispecie di violenza a danno di pubbliche istituzioni, ai crimini annuari e, per un aspetto diverso, ai processi di religione), tendeva alla sintesi e alla esemplificazione dei diversi generi di azione penale, in modo da costituire la base dottrina per le riforme delle costituzioni moderne. La sintesi storica delinea due modelli fondamentali, esposti nelle loro formule essenziali. Analizziamoli ulteriormente in riferimento ai principi procedurali sulla libertà personale.

Nel modello dell'inquisizione di derivazione romanistica le prove raccolte da un magistrato dello Stato addetto all'istruzione non avrebbero posseduto di regola valore probatorio nel giudizio di merito: se le prove fiscali fossero state utilizzate per il giudizio incidentale relativo alla verifica della sussistenza delle condizioni legali e degli indizi per l'arresto dell'accusato, non sarebbero poi state ritenute interferenti con il giudizio cognitivo e andavano formate o rinnovate pubblicamente nel contraddittorio assicurando all'accusato, secondo i principi della pubblicità e del contraddittorio, una reale difesa. Questo principio è svolto ancora in due capitoli delle *Considerazioni*: nel Capo IX, intitolato "Processo romano sotto gli imperatori" ("L'elogio adunque o siano le diligenze da' curiosi, e dagli irenarchi compilate non aveano altro valore che quello di fare arrestare il reo: ma il giudizio ordinavasi da capo avanti al Preside, e gli irenarchi [...] facevan da accusatori") ed è concluso poi nel Capo XXXII intitolato "Riforma del processo criminale" secondo la forma delle procedure romanistiche: "l'ordinate diligenze – nei casi legalmente stabiliti – non avran altro valore [tranne nel giudizio incidentale sull'arresto] che di fornire all'avvocato fiscale, che alle parti di pubblico accusatore adempie, l'intero materiale dell'accusa". Pagano, con questa breve sintesi storica, introduce delle nozioni essenziali per la giurisdizione moderna e risolve la questione del valore probatorio dei verbali inquisitori nel giudizio pubblico, costituendo il processo per l'arresto preventivo come un giudizio incidentale, privo di efficacia quanto all'aspetto probatorio nel giudizio principale di cognizione. In altri termini, le indagini svolte dai magistrati prima che la cognizione fosse portata dinanzi ai giudici che in un pubblico contesto avrebbero provveduto nel contraddittorio alla formazione della prova (le diligenze), avrebbero potuto solo costituire le prove per legittimare lo stato provvisorio di arresto, nei casi previsti dalla legge in attesa della immediata apertura del dibattimento, nel quale l'istruzione si sarebbe poi [ri]compiuta davanti ai Presidi.

Nella lettura delle *Considerazioni* è dunque essenziale il confronto tra il capo XI, relativo alla storia dell'evoluzione dei sistemi inquisitori, e il capo XXXIII, dedicato alle riforme del processo, che avrebbe preparato la riforma conclusiva del capo XXXII e soprattutto la riforma penalistica costituzionale, nel progetto costituzionale del 1799.

In questo contesto è problematico ed essenziale lo studio compiuto da Pagano sulle deroghe ai principi accusatori, previste nelle

costituzioni romane o comunque documentate nella storia romana dei giudizi penali.

*Le procedure per i delitti di religione e di lesa maestà  
(l'interpretazione storica delle fonti romanistiche  
e i progetti di riforma)*

In riferimento alla teoria generale dei *Saggi Politici*, Pagano nelle *Considerazioni sul processo criminale*, studiando storicamente le cause della variazione della “forma degli antichi giudizi” rileva che per i “delitti di Stato” si erano registrati *esempi* dell’inquisitorio procedimento anche nella legislazione dei “più felici tempi della Repubblica” [Cons., IX].

Le analisi delle procedure per i delitti di Stato si trovano svolte, nell’opera paganiana, all’interno di una complessa ricerca di storia politica. Per lo studio della procedura nel diritto romano di epoca repubblicana, in particolare riferimento alle procedure per i delitti contro lo Stato, il modello storico di analisi utilizzato da Pagano riflette gli eventi politici e il tipo di procedura delineato principalmente nelle orazioni *Catilinarie*, opera citata sia nelle *Considerazioni sul processo criminale* che nei *Saggi politici*. In particolare nei *Saggi* si rilevano diffuse analisi del *mos majorum*, gli usi giuridici arcaici a difesa dell’ordine pubblico [Cat. II, 2, 3] e al sistema repressivo proprio delle remote origini del diritto penale, sistema che era stato svolto, come si è visto, in riferimento all’opera storica di Gravina e di Vico. Egualmente rilevante è il riferimento critico alla teoria della difesa dello Stato per i delitti che, secondo la terminologia politica dei *Saggi*, “tendono a disciogliere la società e dare immediatamente al corpo sociale la morte”<sup>151</sup>. L’analisi di questi passi dell’opera paganiana che si svolgono, in riferimento alla teoria giuridica della prova, in un intero capitolo della *Logica de’ probabili* [Capo XVI, “Delle pruove privilegiate”] è opportuno che sia preceduta, per essere sufficientemente analizzata, da una esposizione sintetica dei diversi indirizzi storici di interpretazione del diritto romano antico.

Il principio giuridico relativo alla necessità dell’osservanza delle forme ordinarie da seguirsi nelle procedure per i delitti più gravi, in particolare nei delitti di maestà umana e nei delitti contro la religione, aveva radici filosofiche remote e si trova sviluppato con una significativa unità tematica nelle opere dei giuristi riformatori napoletani già alla fine del Seicento, essendosi formata, in riferimento al-

la esegesi delle fonti classiche sui sistemi procedurali antichi, una ricerca innovativa dei principi naturali dell'azione giudiziaria.

Le direttive dei fondatori di questa ricerca (si pensi alle grandi costruzioni filologiche e giuridiche di Giuseppe Valletta e di Nicolò Caravita) sono rivolte alla costruzione di un sistema dei diritti dell'uomo e quindi di un ordinamento della difesa per i cittadini accusati di delitti di maestà umana e di eresia, contro l'oppressione del potere feudale-ecclesiastico. Nell'opera di Pagano, che in molti sensi conclude questo corso filosofico di studi, confluisce quindi un insieme di tematiche innovative, e la ricerca sui principi naturali dei sistemi normativi si innesta nella problematica di fondo della sua opera, cioè l'istoria dei progressivi avanzamenti della sovranità sulle violenze private: l'ordinamento normativo che si trova introdotto nella *Logica de' probabili* e nelle *Considerazioni sul processo criminale* è il risultato di un duplice ordine di osservazioni, sulla libertà dell'uomo e sulla tutela dell'ordine civile.

Per lo studio delle procedure romanistiche di epoca repubblicana possono dunque distinguersi nella filosofia del Mezzogiorno d'Italia due principali indirizzi, cioè l'indirizzo giusnaturalistico, che tese a far prevalere il principio di un ordine giuridico-processuale corrispondente alla tutela dei diritti naturali inalienabili della persona, un ordine che di regola non sarebbe mai stato, nelle legislazioni classiche, manomesso secondo le mutevoli emergenze delle ragioni di governo; ed una seconda scuola che, sia pure attraverso essenziali varianti, tendeva a interpretare gli esempi dell'inquisitorio procedimento nei delitti politici più gravi, come eccezioni, che il diritto romano effettivamente aveva introdotto a tutela dell'ordine politico-costituzionale, ai principi naturali del contraddittorio e dell'oralità. Il problema normativo della comparazione tra il sistema romanistico, come ricostruito nel corso delle scuole giuridiche napoletane nel secolo XVIII, e le riforme sui principi della procedura secondo il diritto naturale, eserciterà durevoli riflessi nel sistema della codificazione, attraverso Filangieri e Pagano.

## I

Lo studio della riforma delle procedure per i delitti di Stato a Napoli venne svolto, secondo la dottrina giusnaturalistica, aggiornata in un profondo quadro di osservazioni filologiche, da un grande filosofo la cui opera si intreccia con la personalità di Vico, Giuseppe



Valletta che, nella sua *Lettera al Nostro Santissimo Padre Innocenzo XII, intorno al procedimento ordinario e canonico* [...], nella interpretazione delle fonti romanistiche, tese a dimostrare che nelle procedure romane classiche, anche nei delitti politici e nei delitti religiosi, spesso perseguiti come delitti politici, di “maestà umana”, di regola si sarebbe proceduto, quanto alla pubblicità e al contraddittorio, nella forma ordinaria e legale, cioè in un modo corrispondente ai principi del diritto naturale tranne, forse, nei casi di totale disordine e di sovvertimento dell’ordine costituzionale. Pertanto la costante applicazione delle leggi sulla forma pubblica del giudizio, avrebbe confermato la dimostrazione, secondo la filosofia di Valletta, di un ordine naturale della giustizia da contrapporre alla violenza irrazionale delle prassi inquisitorie seguita ancora nel secolo XVII e XVIII.

Uno scopo, dunque, non secondario nell’opera dei giusnaturalisti fu di provare secondo il diritto delle genti, a cui neanche l’autorità del Papa o dello Stato avrebbe potuto derogare, che non poteva concedersi nel giudizio che i testi di accusa fossero protetti dall’anonimato e che gli atti del giudizio non fossero formati in contraddittorio e pubblicati. In senso filologico la ricerca vallettiana, una ricerca sui caratteri ideali del giudizio, è profondamente documentata.

Nella *Lettera al Papa Innocenzo XII* Valletta, per ricondurre nel solco del diritto ordinario le varianti documentate storicamente nei processi di Stato e in particolare per la sedizione armata catilinaria, introduce, seguendo Gruchio, una importante distinzione tra le regole circa l’assegnazione della giurisdizione e le regole sulla procedura cognitiva<sup>152</sup>.

Secondo Valletta, nella Roma repubblicana, per i delitti di Stato, si sarebbe instaurata una procedura straordinaria *solo* per le regole sulla assegnazione della giurisdizione, nel senso che l’autorità giudiziaria procedente nella fase cognitiva sarebbe stata diversa da quella ordinaria, ma non si sarebbe per questo determinata la violazione dei principi processuali sulla forma pubblica del giudizio, cioè dei principi naturali della pubblicità e del contraddittorio. Anche in riferimento alla procedura seguita nella repressione dei Baccanali, l’Autore osserva che mentre la giurisdizione sarebbe stata assegnata in via straordinaria, come *quaestionem extra ordinem* [T. Livio, *Ab Urbe Condita*, XXXIX, 16, 12], la forma strutturale del giudizio sarebbe rimasta quella ordinaria e dunque, anche in un processo politico ritenuto gravissimo dagli accusatori per l’ordine di governo, mai sarebbe stata introdotta, durante la repubblica, alcuna rilevante violazione nell’ordine naturale di assunzione della pro-

va, né si sarebbe limitato altrimenti il diritto degli accusati alla conoscenza degli atti del giudizio e quindi alla duplice inquisizione accusatoria e difensiva<sup>153</sup>.

Il fondamento dell'analisi vallettiana sulla deroga alla competenza da non confondere, come si è visto, con la deroga alle norme relative alla forma della procedura, potrebbe oggi trovare una relativa corrispondenza in alcuni passi della terza Catilinaria (citati da Pagano) in cui il console ricordava di non aver aperto segretamente le lettere protette da sigilli che avrebbero potuto contenere, in astratto, anche scritti contrari alle tesi di accusa, ma ordinò che fossero aperte dinanzi al Senato e che gli accusati fossero interrogati pubblicamente, sottolineando nell'orazione il ricorso a questa procedura pubblica, che riguardava tuttavia solo la fase conclusiva del giudizio. Effettivamente la procedura esposta nella terza Catilinaria indica, per la seconda parte del giudizio, una residua procedura pubblica, o comunque l'intenzione del magistrato di ordinare il controllo pubblico nella fase finale di verifica dei documenti: il console rileva l'opportunità di proporre al Senato la questione probatoria *integra*, non manomessa da interventi di acquisizione e di esame: per cui volle deferire impregiudicato il complesso probatorio ("*rem integram*") alla cognizione. Si tratta di un'espressione propria del rito accusatorio: Pagano nelle *Considerazioni* scrisse della necessità dell'interrogatorio "ex integro" dell'accusato nel giudizio: di un atto, cioè, completo, né condizionato da precedenti valutazioni o verbalizzazioni. Le lettere sono dunque presentate sigillate e furono aperte e discusse in presenza del Senato e delle parti. Dinanzi al senato il console offre la possibilità di chiarirsi: "Si quid de his rebus dicere vellet, feci potestatem." Nel caso esaminato sembra tuttavia trattarsi di una conclusione rituale, solo formalmente pubblica, a giudizio concluso; mentre in Livio, altra fonte essenziale dell'analisi vallettiana, sotto questo aspetto, sembra rilevante il riferimento alla "citazione" a giudizio degli accusati, che tuttavia se non si fossero costituiti, per il solo fatto della contumacia sarebbero stati condannati alla pena capitale [T. Livio, *Ab Urbe Condita*, XXXIX, 17, 1] secondo le forme del giudizio cd. di forgiudica, criticato da Pagano nel capo XXXI delle *Considerazioni*, dove ancora l'Autore si riferisce a queste tematiche, scrivendo dei delitti di Stato: "I rei di Stato assenti si condannavano alla morte. Venivano dichiarati pubblici nemici [...]"<sup>154</sup>.

Senza potere qui entrare nell'analisi di un tema giuridico così ampio, ci si limiterà ad approfondire i possibili immediati riferimenti alle opere citate.

Le osservazioni di Valletta più che direttamente rilevanti per l'interpretazione giuridica degli antichi giudizi, nei quali, come rileverà Pagano numerosi e concordanti elementi sembrano provare la natura straordinaria dei provvedimenti adottati, restano essenziali e profondamente innovative per l'evoluzione storica degli studi sui principi naturali della procedura. Nessuna opera infatti, come l'opera di Valletta, fino a quel momento, aveva con maggiore autorità e sistematicità filosofica, approfondito la natura giuridica del giudizio penale, stabilendo, attraverso la storia politica degli istituti, dalle fonti greco-romane al Medioevo, ma soprattutto attraverso una esposizione giuridica astratta, i principi teorici di diritto naturale relativi all'esercizio dell'azione penale. Certo, si tratta di principi che definiscono principalmente le regole sul dibattimento (più che le regole sulla attribuzione di valore degli atti compiuti nelle diverse fasi dei giudizi) con alcune inevitabili lacune sulla questione dell'inquisizione predibattimentale, che tuttavia venne trattata con previdente sistematicità dallo stesso Valletta in riferimento alla abolizione della tortura e in riferimento all'istituto della pubblicazione delle fonti di accusa. Del resto, come si è precedentemente chiarito, l'analisi strutturale delle forme del giudizio in senso moderno, ossia l'esatta distinzione in fasi del giudizio e la esatta distinzione, sotto il profilo probatorio, tra atti inquisitori e atti dibattimentali (e quindi la complessa disciplina degli istituti della ripetizione testimoniale e la introduzione nel giudizio penale di forme incidentali di cognizione) viene introdotta compiutamente in modo affine alla modernità solo nelle grandi innovazioni sistematiche dovute alla filosofia di Pagano.

## II

La seconda scuola a cui ci si è riferiti, cioè la scuola codificatoria di Filangieri e di Pagano, pur richiamandosi ancora, in modo mediato o diretto, alle stesse fonti di Valletta (Cicerone, Livio, Sallustio) e forse utilizzando in alcuni passi delle opere gli scritti dei giuristi precedenti (non secondarie corrispondenze sembrano potersi rilevare nell'esposizione, per il corso di evoluzione delle dottrine normative, tra F.M. Pagano e Giuseppe Valletta, in riferimento alla tradizione del diritto romano nel Medioevo) procede evidentemente verso definizioni ulteriori, che possono essere qui sinteticamente segnalate e che contribuirono a ridisegnare la struttura normativa del giudizio penale.

Filangieri tratta delle questioni giuridiche relative al processo delle *Catilinarie* nel capo IV del Libro III, intitolato “Nuovo sistema da tenersi riguardo all’accusa giudiziaria”.

In questo capo della *Scienza della legislazione*, Gaetano Filangieri intende in primo luogo, e in modo rigoroso, il termine di inquisizione come il complesso delle leggi romane che consentivano autonomamente ai magistrati di procedere all’accertamento dei reati, anche in mancanza di un’accusa privata e dunque il processo contro Catilina, in questo senso, avrebbe avuto natura inquisitoria.

Nella *Scienza della legislazione* Filangieri osserva che la titolarità dell’azione di accusa dei *cives* romani concorreva *regolarmente* con un ordine di magistrati addetti all’inquisizione.

Il cittadino, osserva Filangieri, è certamente titolare della funzione di accusa, tuttavia le magistrature dello Stato devono subentrare (tranne per quei delitti che non potrebbero essere accusati che da coloro, contro i quali si erano commessi) ogni volta che l’inattività del privato impedisca di procedere: “Quando il delitto è dunque sicuro, e l’autore del delitto ignoto; quando esiste un delitto, ma manca l’accusatore; quando la parte offesa si querela, ma non accusa; allora dovrebbe esser cura del governo di [...] chiamare in giudizio il delinquente”. “Così – osserva Filangieri – nelle provincie, come nella capitale, ci fu bisogno di ricorrere a questa straordinaria maniera di perseguire quei delitti, de’ quali non vi era un accusatore”. È dunque in questo contesto, nella dimostrazione della procedibilità di ufficio, in una forma di giudizio definita inquisitoria in riferimento alla forma dell’esercizio dell’azione, e *straordinaria* nel senso, non del tutto difforme da quello vallettiano, della procedibilità, che Filangieri introduce delle essenziali osservazioni filologiche:

“[...] varie leggi ci offrono vestigj non equivoci di queste inquisitorie procedure. Ciò che avvenne nella occasione della sedizione di Catilina ci è noto; ci sono note le misure prese da Cicerone per convincere, e punire i complici di un delitto, del quale non vi era alcun privato accusatore; noi sappiamo, che questa procedura inquisitoria fu bastevole a far condannare alla morte molti cittadini, che si trovarono mescolati in questo delitto: noi sappiamo finalmente, che Cesare, che si trovava in quel tempo Pretore, e ch’era nel tempo stesso l’amico di Catilina, volendo salvare la vita a’ suoi convinti complici, perorò nel Senato contro il decreto che li condannava alla morte: ricordò ai senatori che per legittimare un atto simile contro la vita di un cittadino Romano, vi era bisogno dell’autorità del popolo; che ’l Senato non aveva questo spaventevole dritto; ch’era cosa pericolosa di metterlo nel possesso

di una prerogativa, della quale avrebbe potuto facilmente abusare; e che la spada, impugnata una volta con un decreto del Senato contro un cittadino Romano, prima di essere rimessa nel suo fodero, avrebbe cagionata più di una strage nella patria: egli espone, io dico, tutte queste ragioni contro al decreto di morte, ma non ardì mai di condannare come illegittima la procedura *inquisitoria* che, per mancanza di accusatore, si tenne in quell'occasione dal Console.”

E in nota rileva: “si vede chiaramente che la procedura, che si tenne in quest'occasione dal Console, fu interamente inquisitoria.”(sotto il profilo dell'esercizio dell'azione).

Nel sistema di Filangieri dunque era rilevabile una eccezione al principio di giurisdizione e la procedura era stata costituita in modo inquisitorio quanto all'esercizio dell'azione, ma anche Filangieri in queste pagine sembra riferirsi indirettamente alla violazione dei principi relativi al contraddittorio e alla pubblicità nell'acquisizione della prova (essendo certo che l'iniziativa di ufficio di regola fosse un'iniziativa anche probatoria). Non vi è comunque alcun dubbio che Filangieri abbia elaborato in genere, per la riforma, un procedimento di tipo pubblico, “naturale”, come si rileva chiaramente, tra l'altro, dai principi dettati nel capo VII del Libro IV, sull'intimazione<sup>155</sup>.

Ancora Pagano pose al centro dell'analisi espressamente, commentando le *Catilinarie*, nelle sue opere giuridiche, il dato della violazione dei principi di pubblicità nell'istruzione nei processi per i delitti di Stato nella Roma repubblicana<sup>156</sup>. Questa è la sintesi della forma della procedura, per i delitti di Stato, contenuta nel capitolo IX delle *Considerazioni*:

“Sin da' più felici tempi della Repubblica eransi veduti esempj dell'inquisitorio procedimento. Ma ciò ne' soli delitti di Stato, ne' quali per necessità conviene di procedere in una privata e secreta forma, senza accusatore, e senza che i rei ne abbiano notizia alcuna; avvegnaché il pericolo, il quale minaccia lo Stato, non soffra che altrimenti si adoperi. Nella congiura di Catilina il Console Cicerone, inquisitoriamente procedé contro a' congiurati. Ebbe la secreta denuncia; cominciò ad inquirere contro i sospetti; [...] acquistò la pruova; nelle mani ebbe le lettere, chiaro documento della congiura; raccolse gl'indizj, e procedé alla carcerazione de' rei”.

Nell'esame di questo passo delle *Considerazioni* deve distinguersi evidentemente l'analisi filologica e politica del testo ciceroniano, dalle osservazioni che sembrano introdurre degli argomenti sui principi della riforma del diritto positivo moderno. E a questo tema si trova dedicato il testo del capo XVI della *Logica de' probabili*,

sulla abolizione delle prove privilegiate, ed è necessariamente a questo capitolo della *Logica*, più che alle *Considerazioni* stesse, che deve farsi riferimento per i princìpi di una nuova codificazione positiva sul punto. Va qui però rilevato, preliminarmente, che si seguirebbe un metodo parziale nel restringere la teoria filosofica di Pagano relativa alla difesa dello Stato nei limiti di una mera teoria processuale: questa riduzione porterebbe forse a un fraintendimento dell'intero sistema, data la complessità e la varietà di elementi che si ritrovano nella sua opera politica nel rapporto tra individuo e Stato.

La difesa dello Stato non è solo affidata alle magistrature e il collegamento tra giurisdizione, forma di governo e stato reale della società è in Pagano ricorrente, probabilmente avvertito in una continuità che ha pochi eguali nella filosofia del diritto del secolo XVIII.

La difesa, come vedremo, del grado politico di civiltà appartiene, in modi diversi, alle magistrature e alla nazione. La difesa dello Stato, non si circoscrive quindi, nel suo sistema, dentro un mero dato normativo, ma esprime dei diritti ampi e naturali che, per effetto della loro coesistente inalienabilità, non si esauriscono nel fatto istituzionale della delega delle funzioni, comunque assegnata. La previsione della legittimità della difesa della repubblica e della legittimità della resistenza politica, anche armata, nei casi di restaurazione di un ordine feudale-aristocratico, prevista nel proemio della Costituzione repubblicana del 1799, è una applicazione della teoria politica dei *Saggi*, e delle sue fonti filosofiche, dalla quale può tentarsi di meglio definire quali valori siano in discussione nelle parti dell'opera politica e giuridica paganiana nelle quali sono regolati i princìpi procedurali per i delitti contro lo Stato.

### *L'abrogazione delle prove privilegiate*

Pagano, aderendo alla ricostruzione politica dell'origine e della natura della congiura, data da Cicerone nelle orazioni Catilinarie, modella un parametro normativo del delitto contro la sovranità, trascendendo l'episodio storico concreto della sedizione armata e finalizzando direttamente le sue osservazioni al problema della nuova codificazione per i delitti politici. (Più che la cronaca storica di Sallustio i riferimenti essenziali riguardano le categorie giuridiche processuali, in modo più frequente delineate nelle orazioni consolari di Cicerone). Si tratta di un punto complesso della filosofia

paganiana, nel quale l'autore della dottrina dei *Saggi*, come teorico dello Stato, cerca le regole di una difficile mediazione tra esigenze costituzionali e politiche diverse in latente contrasto, mediazione non ancora del tutto risolta nelle legislazioni contemporanee e alla quale del resto è dedicata l'intera apertura delle *Considerazioni sul processo criminale*, dove scrisse della difficoltà di "riunire insieme due contrarij estremi": efficacia del giudizio e libertà civile.

In questo settore dell'ordinamento si evidenziano alcune differenze tra i sistemi processuali giusnaturalistici e il programma di riforma paganiano. Valletta, nella sua *Lettera* sull'inquisizione aveva come scopo giuridico principale di introdurre reali possibilità di difesa dalle indebite ingerenze che, anche attraverso i giudizi, esercitava il potere ecclesiastico temporale nell'insegnamento e nella ricerca filosofica, tendendo dunque al superamento del monopolio della cultura e del diritto che aveva caratterizzato nelle province il tardo mondo medievale. In Pagano, la cui opera per molti lati è direttamente erede delle costruzioni processuali giusnaturalistiche, i fini politici, per effetto dei tempi e della lezione vichiana intermedia, erano per certi aspetti ulteriori. Nella coscienza di un'imminente evoluzione politica, l'analisi è rivolta anche al problema della tutela dello Stato moderno che sarebbe sorto nelle società occidentali dal superamento del feudalesimo.

La tensione verso la difesa dello Stato dalla corruzione e dalla violenza attraversa le opere politiche paganiane, come chiaramente si ricava dalla lettura del proemio del Progetto di Costituzione del 1799 e delle opere penalistiche, con rilevanti riferimenti alla filosofia platonica e, come si è rilevato, alla tradizione della retorica classica.

Come si avvertono in Beccaria e in Filangieri dei dubbi per alcune difficili soluzioni di diritto in cui siano in conflitto valori processuali non perfettamente omogenei (ad es., *De' delitti e delle pene*, § XIV), le analisi paganiane relative alla disciplina dei delitti contro lo Stato, esprimono, all'origine dei codici, complessi dubbi sistematici che si risolvono in un complesso confronto tra la dottrina dei *Saggi* e i principi del nuovo ordinamento penalistico e dei quali è necessaria un'analisi per una visione unitaria del programma di riforma.

La soluzione liberale, sostanzialmente conforme al piano generale di riforma del diritto pubblico, nasce attraverso la critica dei diversi fattori che Pagano valuta comparativamente: cioè da un lato la difesa dello Stato, da un altro la difesa, egualmente essenziale per l'ordine pubblico, dei diritti naturali dei cittadini. Da un lato quin-

di la difesa dello Stato e dell'ordine civile (un bene particolarmente vulnerabile, secondo il pensiero paganiano, che si regge sulla cultura, un valore da proteggere dalla corruzione e dalla violenza, riflettendo alla quantità di tempo necessaria per ogni progresso scientifico e filosofico, e la relativa facilità della vanificazione di un processo culturale così lento: “quale corso di secoli” deve trascorrere “[...] per appigliarsi all'osservazione, regolatrice ed emendatrice de' sensi, ministra della ragione, e veicolo della scienza” [S.P.<sup>II</sup>, I, X]); dall'altro la difesa dell'individuo dalla violenza delle magistrature e dei sistemi totalitari. In questo punto della *Logica de' probabili* si introduce un ordine di osservazioni politiche sulla difesa dei diritti civili che va certamente richiamato: dato che “la società stabilita fu per la più sicura conservazione de' dritti, quando la società li viola e distrugge” [cioè quando il sommo impero è rivolto all'oppressione e alla violenza] lo stato naturale è da anteporsi al civile [*Logica*, XVI]. Analoghe osservazioni sono svolte nel capo I delle *Considerazioni sul processo criminale*.

Non avendo completato Pagano il suo disegno delle *Istituzioni criminali*, nel quale era prevista la composizione di un sistema dei delitti e delle pene, non si può oggi che ricostruire per linee generali i principi della definizione di delitto contro lo Stato, richiamando la dottrina politica dell'autore che intese introdurre un'analisi particolare per i “delitti, che tendono a disciogliere la società, a dare immediatamente al corpo sociale la morte.” Pur avendo Pagano, in riferimento alla dottrina dei *Saggi Politici*, assegnato ai magistrati il compito di tutela della *sovranità* (per cui deve intendersi governo, umanesimo e ragione) è da escludere che abbia formato una procedura eccezionale per i delitti contro lo Stato, pur rilevando la complessità della disciplina della fattispecie penale.

Oltre l'effettiva ricostruzione storica, quindi è rilevante l'interpretazione politica svolta nei *Saggi*, in quanto la disciplina delle procedure per i delitti politici (per i quali i giuristi europei nel Settecento, come vedremo, avevano denunziato la violazione continua dei principi di legalità e di tassatività) viene ricondotta da Pagano, all'interno di un sistema costituzionale di codificazione basato sulla legalità: “i delitti – scrisse – debbon esser veramente tali, e fissati dalla legge.” Se delle varianti accessorie possano mai caratterizzare la procedura in riferimento alla natura del reato, per prima cosa la fattispecie che agisce come causa delle varianti, secondo il pensiero paganiano, deve essere legalmente predeterminata.



Nel capo IX delle *Considerazioni* il riferimento diretto è ai “delitti di Stato” mentre nel capo XVI della *Logica*, più in generale ai “delitti che minacciano la sicurezza della società” o che “tendono a disciogliere la società”.

Nella terza delle *Catilinarie* (opera a cui, come si è visto, per una lunga autorevole tradizione, da Gruchius e Sigonio fino allo stesso Pagano, ci si riferiva per la definizione secondo il diritto romano in questa materia) viene definito il delitto per il quale si era proceduto: la congiura violenta in funzione dell’interesse privato, del maggiore potere personale a cui i congiurati tendevano. I congiurati (secondo la tesi di accusa) volevano essere privilegiati nella città, che non intendevano apparentemente sovvertire nella sua reale forma costituzionale; questo il loro interesse, da conseguirsi a qualunque prezzo, secondo l’accusa ciceroniana: *in hac urbe florere voluerunt*. Il delitto contro lo Stato si trova designato da Pagano come violento condizionamento dell’interesse comune secondo l’interesse privato.

Lungo due direttive si svolge l’analisi paganiana relativa alle forme processuali da seguire per i delitti politici nei programmi di codificazione, di cui il primo riguarda l’ordine e la qualità delle prove, l’altro, la procedura in senso stretto e il rapporto di valore tra i verbali probatori raccolti nelle diverse, successive fasi del giudizio.

Le regole processuali relative al rapporto politica-giurisdizione si trovano dettate in parte nelle *Considerazioni* e in parte nella *Logica*: gli istituti probatori in particolare sono contenuti nella *Logica de’ probabili*.

Una antica, premoderna, tradizione inquisitoria assegnava, in riferimento alla maggiore gravità del delitto, una diversa efficacia alle prove raccolte, finendosi per ritenere sufficienti per i delitti politici meri indizi, normalmente ritenuti inidonei alla condanna nei giudizi ordinari. Ancora una volta i riferimenti alla teoria politica dei *Saggi* sono immediati. In particolare sono riprese le tesi dell’ultimo capitolo, sesto *Saggio*, della prima edizione dei *Saggi Politici*. Pagano si riferisce di nuovo alle “infelici condizioni, nelle quali ritrovaronsi un tempo le Province durante il regno degli Angioini e degli Aragonesi quando l’anarchia, e l’oppressione feudale combinata insieme promovevano l’impunità, moltiplicavano i delitti; quando la corruzione della pubblica morale estingueva il zelo della civica denuncia de’ delitti; la restazione de’ giudizi, la violenza de’ potenti, i pregiudizj di un falso onore facevano scomparire i testi-

monj, e gli allontanavano dal tempio della giustizia; allora si fu che si venne a promulgare la legge, che va tra' Capitoli del Regno *vulgaris famae proloquium*, colla quale vien detto, che gli occulti delitti non possono avere una chiara pruova; onde a pruovar quelli si legittima la pruova men evidente”.

Sulla base di questo riferimento politico, alla fine del capo XVI della *Logica* Pagano introduce un'osservazione essenziale nel progresso delle discipline procedurali, criticando le legislazioni nelle quali si confonde, cioè si *sublima*, nella totale alterazione della forma del giudizio, il ruolo di accusatore con il ruolo di testimone, anche trasformando, senza filtri processuali, i coimputati in testimoni: “dichiarando testimonj i correi stessi” o accontentandosi per la condanna di testimoni singolari<sup>157</sup>.

Pagano introduce la questione giuridica con una sintesi provocatoria: “Come un argomento – si chiede – divien più convincente di quello, ch'è per natura?”: in altri termini nessuna operazione giuridica potrebbe trasformare, in riferimento alla natura del delitto, cioè per categorie di reati per cui sembra più difficile la “convinzione” dell'accusato, un semplice indizio di responsabilità in una prova completa.

Se era ordinato, secondo la legge *vulgaris famae proloquium*, che i delitti occulti (soprattutto i delitti di congiura politica) “non possano avere una chiara prova; onde a provar quelli si legittima la prova meno evidente” è tuttavia da rilevarsi, secondo Pagano, che l'assenso dell'animo non può comunque “seguire una proposizione, che non abbia la piena evidenza”: anche per i delitti di difficile prova devono cercarsi argomenti di cui ogni uomo ragionevole possa essere convinto.

Pagano, nel capitolo intitolato “Delle pruove privilegiate” ha il merito di avere rilevato da un lato la necessità di tutelare lo Stato “colto” e moderno, costituito sul principio di eguaglianza e di legalità, contro i delitti che tendono a dare al corpo sociale la morte, presentando la gravità dei crimini contro la società civile, contro il *corpo sociale* e insieme di mantenere nell'alveo della legalità costituzionale le procedure giudiziarie per i delitti politici.

In ogni caso, oltre le conclusioni normative, si avverte già la profonda inquietudine del legislatore: certo per ogni delitto vi può essere una prova maggiore o minore, ma dentro queste inevitabili oscillazioni di grado, anche una prova detta minore, come potrebbe essere quella per i delitti di più difficile dimostrazione, deve es-

sere esistente e oggettivamente sufficiente per il giudizio. In definitiva la legislazione programmatica nell'opera paganiana tende a stabilire i seguenti principi: non può bastare un teste singolare all'accusa; non può essere sublimato il ruolo di accusatore con quello di testimone; non può essere condannato il cittadino per un sospetto e devono essere raccolti elementi che sarebbero sufficienti in materie ordinarie; deve trattarsi di delitti definiti secondo il principio di legalità. Devono insomma essere rispettati, nonostante alcune predeterminate varianti, i principi naturali del diritto: "La legge, opera degli uomini, non può cangiar la natura, opera di Dio". [*Logica*, XVI]. Questo richiamo ai principi del diritto naturale conclude, nel sistema penale precodificatorio moderno, un imponente corso filosofico di studi che nell'Europa aveva avuto il suo centro nell'opera dei giusnaturalisti; "[...] se talvolta viene in qualche pericolo la Repubblica ogni modo può farsi legittimo per conservarla – scrisse Valletta – purché alla legge Divina, e naturale non repugni" [Lettera, f. 128].

L'unica vera, ma rilevante eccezione, dunque, sembra riferirsi al differimento della contestazione agli imputati del delitto e quindi alla diversa forma dell'istruzione preliminare, secondo le osservazioni filologiche svolte nel capo IX delle *Considerazioni* e per alcuni aspetti conformi all'analisi di Filangieri, in quanto la pubblicità nell'istruzione potrebbe vanificare l'acquisizione della prova.

Per il resto la definizione sostanziale di delitto politico nella *Scienza della legislazione* e nei *Saggi Politici* viene innovativamente sottratta alla arcaica concezione di un delitto di opinione rivolto contro la persona del sovrano. Le legislazioni europee attiravano nell'ampia categoria dei delitti di maestà umana, infatti, i più diversi comportamenti che, in palese violazione di ogni principio di legalità, si ritenessero contenere qualsiasi pregiudizio contro il sovrano e venivano perseguiti come delitti di opinione e di mera relazione, anche attraverso ordini segreti di arresto. Gli storici romani trasmettono su questa tradizione giuridica illiberale esempi significativi. Tacito negli *Annali*, nel libro terzo [III, 24], osserva, come è noto, che Augusto aveva perseguito semplici relazioni sentimentali, discostandosi dalle più antiche legislazioni, come criminali di lesa maestà: "gravi nomina laesarum religionum ac violatae maiestatis".

Finalmente iniziava in questa materia l'epoca della codificazione. Il sovrano nelle trattazioni di Filangieri e di Pagano perde

la maschera, senechianamente infelice, di persona costretta in modo perenne al male, e si manifesta invece il valore della sovranità e dello Stato come strumento di progresso nella vita civile: “[...] il primo dovere del cittadino, il patto più prezioso è quello, che l’obbliga a non attentare contro la sovranità. Ho detto *Sovranità* e non *Sovrano*, – scrisse acutamente e modernamente Filangieri – perché colui che si scagliasse contro l’uomo [...] senza cercar d’usurpare questa sovranità, è meno reo di colui, che facesse l’istesso male con questo peggiore disegno”. La preoccupazione di Pagano sulla forma della procedura rifletteva la particolare sensibilità del Filosofo per la tutela della civiltà rappresentata dallo Stato. Ma diversa era la questione della difesa dell’aura della persona del principe, della sua mera immagine, del tutto estranea, come tale, nell’opera di Pagano, secondo le problematiche processuali appena esposte. I delitti a cui si rivolge Pagano nel capitolo XVI della *Logica*, intitolato “*delle prove privilegiate*”, erano sostanzialmente estranei a ogni tutela per gli interessi personali, privati, della dinastia, mentre la legislazione europea, attraverso procedure informali, perseguiva, come si è visto, nel più insensato e barbaro rigore la tutela di una classe politica che la storia stava per superare definitivamente.

Infine nell’art. 145 del *Progetto di Costituzione* del 1799 il problema normativo, posto prima nei *Saggi* e definito programmaticamente nelle opere processuali penalistiche, troverà una ulteriore integrazione, rilevante per la storia dei rapporti tra i diversi poteri dello Stato, nella previsione, nel caso di delitti di cospirazione, a favore dell’Arcontato (cioè dei delegati del potere esecutivo cui era affidato ai sensi dell’art. 144 anche il compito della “sicurezza della Repubblica”) di emettere ordini o decreti provvisori di arresto, efficaci per un tempo brevissimo (due giorni), potere in linea di massima corrispondente ai “provvedimenti provvisori” delle costituzioni vigenti, entro il quale i presunti autori o complici, dopo l’eventuale interrogatorio, dovevano essere consegnati alla forza pubblica, dovendosi procedere, a pena delle gravi sanzioni previste nel caso di detenzione arbitraria, nelle forme giudiziarie ordinarie.

Il diritto penale moderno sembra essere dunque debitore alle opere teoriche di Pagano sia della critica della natura dei delitti di Stato, sia della prima risoluzione sistematica dei riflessi processuali sulla prova e sulla forma della procedura, che questo genere di delitti nella storia delle istituzioni aveva richiamato.

*Libertà di opinione e sistema penale*

Come un'ombra sulla vita politica del Settecento, nei sistemi inquisitori feudali gravano i processi per i reati di opinione e di lesa maestà umana, con i quali si limita "il commercio di parlare e di udire" e si aprono, senza precise contestazioni, le segrete più oscure. Filangieri, nella *Scienza della legislazione* difese con argomenti innovativi la libertà delle persone di riunirsi in associazioni anche chiuse all'esterno, quando la forma delle riunioni e le qualità personali dei membri facesse da garanzia degli scopi sociali [S.L. III, II, XLVII, Tit. II].

Nel vasto dibattito che si riferì alla fine del Settecento alle procedure per i reati di lesa maestà, oltre il piano di riforma toscano del 1786, un'opera in particolare va segnalata per la sua natura propriamente politica, quindi affine, almeno come campo generale di interesse, al sistema processuale paganiano: si tratta del volume di Mirabeau sulle lettere di arresto con le quali, senza motivazione (come era proprio del rito inquisitorio feudale) poteva essere ordinata la privazione della libertà attraverso ordini di cattura insindacabili. Le procedure segrete di arresto erano strettamente connesse ai delitti politici. Su queste basi, come testualmente scrisse Mirabeau, si era costituito il codice penale del dispotismo: *le code complet du plus terrible despotisme*. Mirabeau aveva scritto della violenza e della corruzione dei subalterni (X), dello strazio delle prigioni di Vincennes (XI) esempio dell'orrore del sistema carcerario settecentesco.

La mancanza di una precisa formulazione della contestazione nelle leggi aveva moltiplicato in maniera indefinita le ipotesi di crimini politici. Mirabeau aveva criticato fortemente la mancanza di una definizione giuridica dei delitti di lesa maestà nei sistemi penali inquisitori del Settecento e in genere era intervenuto sulla questione della procedura dei delitti politici. Pagano sul principio di legalità, da osservarsi anche nei delitti contro lo Stato, era intervenuto, come si è visto, con ricorrenti analisi. Trattandosi di delitti che riguardano la sicurezza pubblica, avrebbero dovuto essere legalmente definiti nella loro struttura formale, cioè ne avrebbe dovuto essere perfettamente definita la fattispecie, mentre per ragioni politiche, proprio queste fattispecie incriminatrici più gravi restavano ancora mal delineate<sup>158</sup>. Alla genericità della fattispecie astratta corrispondeva una prassi procedurale eccezionale, rispetto al titolo di detenzione. Sulle orme di Beccaria, Mirabeau a questo proposito osserva che la pena carceraria preventiva è in assoluto la più rigo-

rosa nel senso che è l'unica a precedere la dichiarazione giudiziaria del delitto: “La prison est la plus rigoureuse de toutes les peines en un sens, puisqu'elle précède nécessairement la déclaration juridique du délit”. L'osservazione di Beccaria sul male intrinseco dell'incertezza della pena viene svolta in riferimento alle leggi processuali sull'arresto, sulla natura preventiva di una sanzione di terribile gravità che precede la condanna (“*Le supplice de la solitude, de l'incertitude profonde de l'avenir & même du présent*”). In questo tipo di processo l'arrestato non riceveva informazioni sul motivo dell'accusa: “Une lettre de cachet plonge un citoyen dans une prison d'état; on ne lui confronte pas son accusateur [...]”<sup>159</sup>.

Ne scrive ancora Voltaire nel suo *Prix de la justice*: per l'impossibilità di deferire pubblicamente Fontenelle a una corte giudiziaria, i gesuiti avevano sollecitato, come era costume negli affari politici, un imprigionamento segreto: “*se contentèrent de solliciter contre l'auteur une lettre de cachet [...]*”<sup>160</sup>.

Nel sistema di Pagano e di Filangieri con un progresso decisivo per la modernità, vengono abrogati gli istituti sull'arbitrio negli arresti preventivi, stabilendosi una precisa riserva di legge nella individuazione delle condizioni di legittimità.

Anche in questo campo il pensiero paganiano è connesso alle regole generali dell'analisi politica. In primo luogo la questione dell'arresto preventivo viene posta in connessione con l'altra della velocità e semplicità dei processi. L'arresto preventivo, quello cioè che *précède nécessairement la déclaration juridique du délit*<sup>161</sup>, è ammesso solo per talune categorie di reati, dopo che sia stata compiuta una istruzione preliminare, priva di effetti probatori sulla sentenza di merito e limitata, quanto all'efficacia, alla deliberazione sulla legittimità della misura preventiva. Per i delitti che prevedono la pena della reclusione superiore a dieci anni sarebbe stata ordinata, in base ai risultati dell'istruzione preliminare incidentale, se si fossero acquisiti indizi sufficienti, la custodia dell'accusato prima della sentenza di condanna. La libertà in attesa del processo è stabilita anche in funzione dell'effettività dell'istruzione difensiva: per i reati la cui pena è inferiore a dieci anni l'accusato potrà “fuori delle carceri difendere la sua causa”.

Nel caso di un delitto la cui pena edittale sia superiore nel massimo a dieci anni occorrerà dunque compiere, nella procedura paganiana, una inquisizione incidentale, per decidere dell'arresto dell'accusato in corso di giudizio. A questo fine è prevista una attività di indagine preliminare effettuata da speciali magistrati.

Ancora due condizioni processuali sono dettate per questa attività probatoria “straordinaria”. La qualità della prova sufficiente ai fini del procedimento incidentale di arresto deve essere stabilita per legge e la custodia degli accusati deve avvenire in luoghi diversi da quelli riservati all’espiazione delle pene definitive.

La mancanza di una sufficiente definizione dei delitti di lesa maestà, la mancanza di procedure regolari e principalmente della legittima contestazione delle fonti di accusa e dell’addebito rendevano i processi inquisitori la leva più efficace del potere feudale nelle province. Il potere di arresto prima del giudizio, in queste condizioni, era incompatibile con la natura inalienabile dei diritti fondamentali della persona, in quanto la legge della libertà ha natura quasi soprannaturale: “nous ne pouvons subsister qu’en satisfaisant aux besoins que l’Auteur de notre être nous a donnés”.

Pagano nei *Saggi Politici* aveva chiaramente rilevato che le procedure straordinarie di accertamento non sono tanto l’effetto di singole leggi, quanto la conseguenza difficilmente eliminabile delle costituzioni di tipo feudale.

Uno dei temi più ricorrenti dei *Saggi Politici* e delle *Considerazioni sul processo criminale* riguarda la violenza sull’opinione. Non è solo la violenza effettiva, fisica, che compromette la vita civile: la stessa certezza di poter soffrire una violenza, e di conseguenza il timore di esprimersi e di esercitare i propri diritti, condiziona la libertà politica: “[...] L’opinione sola di potere impunemente essere oppresso ci dispoglia della libera facoltà di valerci de’ nostri dritti” [Cons., I]<sup>163</sup>. Inoltre le incriminazioni per i delitti politici, storicamente privi, come si è visto, di precise definizioni normative, consentivano di procedere per mere opinioni, non dichiarate né esteriorizzate in comportamenti rilevanti, secondo i principi fondamentali dell’ordinamento penale. Un’autorevole critica, sostenuta dai principi del diritto naturale, contro la possibilità di procedere per le convinzioni politiche o religiose della persona umana era stata formata da Grozio, nella sua fondamentale opera “*De Iure Belli ac Pacis*” [II, XX, XVIII] in cui aveva contrastato filosoficamente la legittimità dell’incriminazione di “atti meramente interni”, cioè di opinione politica e religiosa, con un principio essenziale nello sviluppo delle tesi anti-inquisitorie moderne: “Primum enim actus mere interni, etiamsi casu aliquo puta per confessionem subsequam, ad notitiam aliorum perveniant, puniri ab hominibus non possunt, quia [...] naturae humanae congruum non est ut ex actibus mere internis Jus aut obligatio inter homines nascantur”<sup>162</sup>.

Il tema della violazione della libertà di opinione e della libertà di manifestazione del pensiero (“il commercio di parlare e di udire”, scriverà Pagano) assumerà grande rilievo nei *Saggi Politici* e nelle *Considerazioni sul processo criminale*, nei capitoli dedicati al controllo dell’opinione pubblica.

Il progresso dei sistemi penali, evolvendosi dalle precorritrici dottrine giusnaturalistiche, avrebbe rapidamente formato codici giuridici moderni: Caterina II, sulle orme di Montesquieu e di Beccaria, volle che l’oltraggio al culto, del tutto svincolato nei suoi elementi dai reati di maestà umana, fosse punito con sanzioni sensatamente corrispondenti alla violazione, precludendo come pena per il reo l’accesso ai luoghi sacri e alla liturgia. Filangieri conclude il corso filosofico di esame dei delitti di eresia con essenziali innovazioni normative nel capo XLIV intitolato “De’ delitti contro la Divinità” criticando “la legge [penale], che confonde le opinioni colle azioni, gli errori co’ delitti”. Filangieri in particolare, distinguendo precisamente il piano religioso da quello politico, scrisse, riferendosi espressamente all’elemento della esteriorizzazione: “I delitti contro la Divinità non debbono soggiacere alla sanzione delle leggi, se non quando divengono delitti civili”. I delitti contro il pubblico culto vengono finalmente equiparati ai delitti di istigazione al fanatismo, stabilendosi come reato l’attività di falso insegnamento e di corruzione dei principi di educazione del cittadino, per “colui, che accende l’immaginazione de’ credenti, e fa loro vedere de’ doveri, e delle colpe che non esistono; colui, che insegna delle pratiche, che sono contrarie alla morale o perniciose allo Stato; [...]”.

La decadenza dei sistemi normativi, la violazione dei principi sia positivi sia naturali del diritto penale si era prodotta nel tempo attraverso la interpretazione restrittiva degli antichi canoni. Un altro capitolo venne dunque posto al centro delle critiche filosofiche dei sistemi feudali e riguardava l’autonomia del potere giurisdizionale dal potere legislativo e i complessi rapporti tra i due ordini. La riforma delle leggi dell’Europa moderna poneva ai filosofi il problema della corretta, letterale applicazione delle leggi e quindi delle relazioni funzionali, all’interno delle nuove costituzioni, tra potere legislativo e giudiziario.



## PARTE QUARTA

### *Costituzione e giurisdizione*

Nella analisi del sistema costituzionale penalistico paganiano assume particolare significato l'ordine di relazione tra potere legislativo e potere giurisdizionale.

Non sussiste alcun dubbio in linea teorica che Pagano, richiamando nei *Saggi Politici*, in riferimento alla filosofia politica greca, la dottrina costituzionale della "distinzione" dei poteri<sup>164</sup> e della loro *reciproca* subordinazione, abbia ritenuto la prevalenza all'interno dello Stato moderno della funzione legislativa, definendo la legge un fattore razionale di progresso ("l'intelligenza forma la legge")<sup>165</sup>, che supera lo stato d'isolamento dei cittadini, evitando "che gli uni dagli altri vengono divelti": la legge viene cioè intesa quale fattore originario di razionalità che ha come fine di contrastare la violenza e l'"isolazione": "le buone leggi – aveva scritto Genovesi nella *Diceosina* – sono in ragione diretta del lume scientifico, del lume di verità della nazione (I-XIX-XXVII). La vera legge (logos e giudizio prima che ordinamento) è il disegno della società e ne è la ragione. La vera legge è dunque l'intelligenza nel senso che "le azioni de' cittadini dirige ad uno scopo comune, pone freno alla violenza privata, e nel tempo stesso protegge la libertà dei cittadini". Il *Saggio* sulla decadenza delle nazioni nell'edizione del 1791-2 è essenzialmente un saggio sul rapporto tra cultura ed evoluzione politica. Rispetto alla prima edizione, nella seconda edizione dei *Saggi* Pagano inserisce un nuovo scritto, il capitolo II, nel quale la causa della "rovina del bene pubblico" viene studiata all'interno di un'analisi del diverso grado di sviluppo culturale e legislativo della nazione<sup>166</sup>.

Nel capitolo XXII del quinto *Saggio*, "Delle varie funzioni della sovranità e delle varie forme degli Stati", dopo la definizione della costituzione e della legge, seguono le definizioni sui principi politici della giurisdizione.

I diversi poteri dello Stato, osserva Pagano, sono “per natura diversi, ma non indipendenti; distinti, ma l’uno subordinato all’altro, sono inerenti al medesimo soggetto”. Nella introduzione “ai cittadini” e nel testo della Costituzione si trova ripresa l’analisi dei *Saggi* che quasi precodifica la diversa forma delle attribuzioni dei poteri dello Stato; analisi essenziale in cui Pagano pone le basi teoriche delle attribuzioni della magistratura costituzionale degli Efori, “un corpo che abbia la custodia della Costituzione” [S.P.<sup>II</sup>, V, XXII]. Deve dunque ricercarsi nel sistema paganiano, anche attraverso nuove magistrature, un equilibrio tra programmazione normativa, potere giudiziario e amministrazione pubblica.

Nel capitolo XXII del *Saggio* quinto, intitolato “Delle varie funzioni della sovranità e delle varie forme degli Stati” Pagano, sulla base dell’analisi dell’organizzazione dei poteri dello Stato, considera due diverse conseguenze politiche che possono derivare dal difetto di architettura costituzionale, cioè il rischio dell’*inattività* (nel caso che siano previste forme costituzionali di *veto* verso il potere legislativo o esecutivo, poteri “di cui [il veto] arresta le necessarie funzioni”)<sup>167</sup> o della smisurata prevalenza di un ordine quando, invece, per mancanza di controlli politici e di tutela delle finalità pubbliche, il potere legislativo prevalga in modo anticostituzionale degli altri (“distrugga dell’intutto il potere esecutivo e giudiziario, lo richiami a sé; onde, concentrandosi nel corpo stesso le tre facultà sovrane” determini la fine della libertà nazionale a vantaggio di una “fatale aristocrazia”). Da un lato quindi viene studiato il rischio dell’“inazione” per un innaturale equilibrio tra i poteri costituzionali, in un altro senso, il rischio della “corruzione della costituzione”, per effetto dell’accentramento delle funzioni.

Il sistema delle relazioni tra i poteri viene studiato essenzialmente come analisi dei limiti legali, costituzionali, della autonomia del potere giudiziario nell’esercizio delle sue funzioni, sotto il profilo del divieto di interpretazione innovativa e analogica della norma. Ogni significativa variazione e difformità di lettura della legge nelle diverse sedi giurisdizionali avrebbe compromesso, secondo il sistema illuministico, il principio della divisione dei poteri, assegnando al giudice, attraverso interpretazioni difformi, un potere indiretto di intervento sulla legislazione<sup>168</sup>.

Si tratta, come è noto, di una questione centrale nella filosofia del diritto nel Settecento. Il riflesso filosofico delle relazioni costituzionali tra i diversi poteri può venire per questa ragione colto nell’opera paganiana in uno dei suoi tratti più rilevanti, attraverso l’a-

nalisi delle teorie storiche e logico-formali sulla funzione della giurisprudenza. Equità e letteralità erano i termini antitetici dell'analisi sulla teoria dell'interpretazione nel giudizio.

Come è noto, Vico aveva distinto tra *iurisditio* (cioè il processo di formazione di categorie logico-normative che trasferiscono le soluzioni politiche dal piano della ideazione al piano dell'obbligatorietà legale astratta: "*mens iuris*") e *iurisdiction*, cioè l'esterinsecazione e l'esteriorizzazione della legge<sup>169</sup>. Secondo la tradizione filosofica vichiana stabilita nel *De uno universi iuris principio et fine uno*, in ordine alla relazione di prevalenza della legislazione, attraverso la *iurisditio*, cioè la prima delle due parti dell'autorità civile, si ha la formazione del diritto; mentre la seconda parte dell'autorità civile, indicata come *iurisdiction*, realizza nella comunicazione pubblica il diritto già formato e lo esteriorizza<sup>170</sup>. Gli antichi "legislatori", secondo il pensiero vichiano, sono i portatori della legge (*Legumlatores*) coloro che la comunicano<sup>171</sup>. I re avevano il compito della comunicazione; l'ordine, il compito della creazione del diritto.

Pagano, nelle *Considerazioni sul processo criminale*, aveva studiato, come si è visto, il grado di rifrazione di significato che si produce nel giudizio attraverso l'espressione e l'interpretazione logica delle proposizioni (sia normative sia probatorie) affermando che ogni comunicazione (ogni trascrizione) determina una variazione del senso: e in questo si presentava uno dei nodi della teoria moderna dell'interpretazione, nel rapporto tra *iurisditio* e giurisprudenza.

La scuola giuridica del primo Illuminismo, seguendo il progetto della semplificazione formale del sistema normativo, tendeva, per evitare il degrado del principio astratto nella sua esecuzione, a creare un sistema generale così semplice nella sua struttura da non lasciare ai giudici altro compito che quello della mera applicazione. Le tesi di Beccaria, Verri, Filangieri, Mirabeau sono complessivamente concordanti in questo senso. L'espressione "the letter of the Law" era stata usata dai giureconsulti anglosassoni in riferimento a questioni essenziali del processo penale accusatorio, ad esempio in materia di arresto e di definizione del grado dell'offesa<sup>172</sup>.

La scuola giuridica illuministica che tendeva a una legislazione esauriente e semplice, grazie alla quale ogni cittadino avrebbe potuto facilmente pre-conoscere i propri diritti e doveri, caratterizzò la prima fase della riforma in Europa, lasciando evidenti tracce nei tentativi sperimentali di codificazione durante la seconda metà del

Settecento. Ragione e semplicità strutturale erano i termini, corrispondenti ai principi del diritto naturale delle genti, sui quali si articolava la ricerca dei principi filosofici della riforma degli ordinamenti europei.

Come, in senso sostanziale, i principi normativi erano stati cercati nella legge di *natura*, una legge cioè razionale ed essenziale, teoricamente comune ad ogni contesto politico, così la scrittura e la rappresentazione di quei principi sarebbe stata il riflesso di una “naturale” semplicità dell’ordinamento<sup>173</sup>. Dunque la semplificazione formale e l’aderenza immediata, priva di trascendenze, alla realtà avrebbero stabilito delle categorie giuridiche razionali e comuni<sup>174</sup>.

Del resto è evidente che dinanzi ai sistemi legislativi feudali, macchinosi e irti di eccezioni, la prima cosa da fare era abrogarli e tendere a un sistema normativo anche elementare nelle sue proposizioni. Ma è anche evidente che la filosofia del diritto avrebbe rapidamente arricchito questi contenuti, quando si fosse rilevata la insufficienza del metodo di produzione normativa basato solo o prevalentemente sulla ricerca della chiarezza linguistica<sup>175</sup> e della essenzialità dell’ordinamento, intesa come riflesso di un sistema naturale, tenendo conto delle analisi filosofiche che nel Settecento illuministico venivano avanzate in riferimento ai principi di univocità del senso della legge.

Per quanto Pagano, nel generale piano di studi relativo alle riforme penali abbia ricevuto, anche attraverso l’insegnamento di Genovesi, i fondamenti della dottrina illuministica, particolarmente sulla forma del metodo scientifico, richiamandosi al valore dell’esperienza rispetto alle costruzioni astratte, il suo sistema filosofico presentava però delle peculiarità essenziali. Infatti Pagano richiama costantemente i valori filosofici dei sistemi legali contro ogni possibile semplificazione di metodo.

Nel capitolo XXXII delle *Considerazioni*, nell’introdurre uno dei più importanti piani di riforma del tempo dell’Illuminismo, in una attenta critica verso l’insieme di queste tematiche, scrisse: la “semplicità, della quale nelle sue grandi produzioni la natura si vale [...] è l’infalibile caratteristica, la quale distinguere deve le grandi e felici politiche operazioni [...]: le utili e sode verità sono quelle, che nel fondo del cuore di ognuno ha la natura scolpite, che facili ad essere conosciute, sono nondimeno dal solo pensatore rilevate”. La filosofia del diritto riconduce, attraverso la ricerca e l’invenzione delle categorie, a una semplicità “naturale” un complesso di principi che prima dell’analisi potevano essere solo genericamente avvertiti. Si tratta di una ulteriore conferma dell’interpretazione che dà Paga-

no di legge naturale come legge filosofica. La semplicità degli ordinamenti sarebbe stata conseguita attraverso la riflessione intorno ai problemi più impegnativi della filosofia della codificazione, che ogni sintesi richiama. Sarà, tra gli altri, Pagano a rilevare la difficoltà della individuazione e dello stabilimento filosofico nelle nazioni civili dei principi cd. di natura, ai quali pure si riferisce ricorrentemente nei *Saggi* (osservando che le leggi giuridiche “*naturali*” vanno ricercate e quindi “stabilite”) e ad avvertire la difficoltà dell’interpretazione della legge e della partecipazione al giudizio di fatto, per il quale, contrariamente alle tesi prevalenti sostenute da Cesare Beccaria e dagli Illuministi, osservò che non sarebbero bastate mere, comuni, doti naturali di intuito e di probità ma una specifica preparazione logico-filosofica. La più radicale critica alla libertà di interpretazione è riferibile alla *Scienza della legislazione* in cui Filangieri, nel capo intitolato: “Quinta parte della criminale procedura: la Difesa”, scrisse in relazione al vincolo della letteralità: “Il giudice non porta nel Tribunale un’anima libera: egli non è che l’organo della legge. [...] Applicare il fatto alla legge è l’unico oggetto del suo ministero”. Vedremo le ragioni politiche di questa rigida direttiva, formata prevalentemente sulla necessità di controllare il giudizio di corti corrotte e condizionabili.

Il principio della letteralità normativa, che sostenne la metodologia della riforma durante l’Illuminismo italiano e francese, trovava già nel sistema processuale anglosassone riscontri nei testi processualistici, in corrispondenza di un linguaggio giurisdizionale tradizionalmente basato sul giudizio accusatorio. Il tema attraversa le opere accusatorie di cultura anglosassone<sup>176</sup>.

Nei *Saggi Politici* restano tracce dei dibattiti relativi alla teoria del linguaggio applicata alla giurisdizione che si compivano in Europa: ad esempio, nell’appendice al primo *Saggio*, al capo VIII, Pagano forma delle osservazioni critiche sulle moderne teorie del linguaggio, rilevando: “[...] l’ampia fonte de’ travimenti dell’umana ragione [e] la poca precisione delle voci”, da cui ebbe origine “[...] il gran pensiero ma forse che impossibile di progettare una lingua filosofica, in cui corrispondesse ad ogni idea una determinata voce, e così venissero banditi dalla lingua tropi, sinonimi, frasi”. Tuttavia il giudizio di Pagano sulla possibilità di costituire una lingua filosofica, assolutamente immune da differenze di interpretazioni, una lingua in cui i termini morali e giuridici assumessero un significato di tipo matematico, è evidentemente negativo, ma non privo di interesse per lo scopo filosofico da cui è sostenuta: “Riconosciamo, che

la natura ci ha dimostrato l'ottimo per farcelo desiderare, ma ci ha negato i mezzi per poterlo conseguire". Un linguaggio di tipo matematico nelle scienze giuridiche (per quanto Pagano stesso abbia agito da riformatore in quest'ambito, precisando e rendendo strettamente scientifici nella *Logica de' probabili* il piano linguistico-sostanziale e il contesto dei diversi ordinamenti) restava ancora un programma lontano dall'essere definibile<sup>177</sup>.

Il problema della effettività e della efficacia concorde delle leggi all'interno dello Stato venne posto da Pagano, secondo la scuola giuridica classica del Mezzogiorno d'Italia, già nelle opere giovanili come problema storico-politico. In questa analisi si distinguono tre gradi: 1) il primo, nell'*Examen*, in cui, con riferimenti critici all'opera di Montesquieu si analizza il rapporto tra costituzione, letteralità ed eguaglianza; 2) nei *Saggi Politici* la questione dell'interpretazione viene ripresa secondo l'ordine di relazione stabilito dal diritto pubblico tra i diversi poteri; 3) e, infine, nelle *Considerazioni sul processo criminale* venne svolta una nuova trattazione, applicata all'istituto della difesa e della testimonianza, dai contenuti immediatamente storico-politici.

Nel capitolo III della seconda parte del *Politicum Examen*, pubblicato da Pagano nel 1768, la questione filosofica dell'interpretazione si trova collegata all'analisi dell'involuzione (della decadenza) della costituzione repubblicana verso la legislazione del principato e quindi verso la legislazione imperiale con particolare riferimento alla degenerazione delle leggi repubblicane per mezzo di pareri innovativi e di responsi funzionali alla instaurazione di un ordine politico nuovo e sempre più accentrato<sup>178</sup>.

Nella teoria dell'interpretazione, la storia romana dalla Repubblica al Principato diviene esemplare nel sistema paganiano. Non potendosi apertamente demolire l'ordine repubblicano, secondo la ricostruzione storica dell'*Examen*, attraverso l'adattamento e la manipolazione delle antiche leggi, lentamente era sorta a Roma in modo progressivo la costituzione autoritaria del principato e quindi l'impero.

Secondo la dottrina fondamentale dell'*Examen*, non ogni forma di interpretazione legale è compatibile con ogni forma di sistema politico<sup>179</sup>.

Scrisse Pagano che solo in uno Stato democratico, ma non in uno Stato aristocratico ereditario, può essere data l'interpretazione letterale delle leggi. Infatti la letteralità è un predicato del principio politico di uguaglianza<sup>180</sup>: dove la costituzione stabilisce in se stes-

sa diversi effetti per le differenze sociali di nascita, in che senso potrebbe parlarsi, infatti, di interpretazione letterale e di *Ius aequalis*? “Haec vero interpretatio (literalis) – osserva Pagano – in Monarchico Regni Statu, in quo poenarum inaequalitas statuta est, aegre a nobilibus viris fertur. Ipsi enim praeclaram illam juris aequalitatem execrantur, odioque habent”. Nello Stato dove l’eguaglianza politica non è realizzata diventerebbe mera arcadia sostenere il principio dell’interpretazione letterale nei giudizi penali che è invece una delle conseguenze della modifica in senso democratico della costituzione<sup>181</sup>. Solo la modificazione della forma del governo avrebbe consentito un’evoluzione normativa adeguata, sotto il profilo della certezza e della legalità. Infatti, dove la classe politica dominante considera apertamente esecrabile l’eguaglianza, prima di un’ampia rivoluzionaria riforma civile, ogni principio di letteralità resterebbe eluso nell’applicazione di una legge a carattere apparentemente universale ed egualitario.

Nei *Saggi Politici* i frammenti sulla teoria dell’interpretazione delle leggi, nello studio di relazione tra ordine legislativo e giurisprudenza, sono anche estremamente significativi e se ne trovano le maggiori tracce nel capitolo XXII del *Saggio* quinto.

Nella edizione del 1791-92 dei *Saggi Politici*, rispetto alla stampa del 1783/5, si registra l’inserimento di testi teorici riformati, di notevole rilevanza nell’economia del sistema storico-costituzionale: in particolare venne inserito il capitolo XXI intitolato “*Leggi ed usi distruttivi della proprietà*” (capitolo che ancora riprende gli argomenti dell’istoria delle private contese, sul corso storico di cessione dei “privati imperi” per la costituzione della *vis* pubblica comune e di una economia comune) e il capitolo XXII, intitolato “*Delle varie funzioni della sovranità e delle varie forme degli stati*” nel quale si trovano importanti osservazioni sulla funzione giudiziaria.

In questo contesto Pagano attribuisce al potere giudiziario, anche in riferimento alla lezione vichiana, il compito di creazione dell’ordinamento “nei particolari casi”: “Il potere giudiziario – scrive [...] – è medio tra il legislativo e l’esecutivo, e dell’uno e dell’altro è partecipe. È legislatore ne’ particolari casi, ed esegue le norme generali”. Non c’è dubbio che questa funzione legislativa nei casi particolari renda meno rigida la lettura paganiana dell’interpretazione del diritto rispetto alla prevalente teoria illuministica, che tendeva a escludere una qualsiasi correzione del sistema normativo formale.

Come si è visto, Filangieri, nelle *Riflessioni politiche su l’ultima legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell’amministrazione*

della giustizia e nella *Scienza della legislazione*, aveva trattato a lungo del rapporto tra equità e interpretazione, ricordando come in nome di una astratta equità i giudizi, riconoscendosi ai magistrati la possibilità di temperare la lettera della legge, fossero divenuti, in una società classista e feudale, un fattore di iniquità, violenze e favore: meglio, dunque, impedire del tutto qualunque correzione del senso *certo* della legge, procurando di perfezionare, aggiungeva Filangieri, le fonti normative attraverso la costituzione di una magistratura speciale con il compito della verifica, decorso un determinato periodo di tempo, della validità e dell'attualità della legge. Nel *Saggio* quinto, con termini non dissimili nella sostanza, Pagano osserva che la concentrazione dei diversi poteri dello Stato determinava il dispotismo, e in questo stato di cose la "legge è capriccio, il giudizio favore, l'escuzione è violenza" [S.P.<sup>II</sup>, V, XXII]<sup>182</sup>. Pertanto è opportuno che si predetermini un ordinamento che lasci il minore spazio possibile alle varianti e in cui il giudice sia la "voce della legge", nei limiti dell'inevitabile adattamento che, secondo i principi della logica formale, ogni giudizio concreto produce del senso della legge. Anche in questo campo la lettura delle opere giuridiche va integrata con la dottrina politica dei *Saggi*.

L'abrogazione delle pene arbitrarie e dei giudizi abbreviati, la semplificazione dell'ordinamento giudiziario definita nei progetti normativi paganianiani e la costituzione di un vincolante diritto processuale penale della prova, i cui lineamenti si trovano introdotti nei corsi accademici, aveva sistemato in un ambito decisamente nuovo la teoria legale dell'interpretazione, che diveniva ora interpretazione di un sistema penale compiuto, scientificamente regolato. L'ordinamento civile non può fare a meno, come aveva del resto sostenuto Vico, dell'equità<sup>183</sup> in una società evoluta.

In complesso i dibattiti filosofici sulle regole dell'interpretazione non restarono solo nel campo teorico, ma produssero effettivi piani di riforma all'interno dei sistemi costituzionali nel '700. Se ne rilevano significative tracce nelle costituzioni francesi post-rivoluzionarie e nel Progetto di Costituzione della Repubblica napoletana del 1799. La teoria dei limiti dell'interpretazione del precepto normativo, dedotta dal principio di divisione dei poteri, introdusse nei sistemi post-rivoluzionari, per assicurare uniformità di applicazione della legge, profonde riforme del sistema costituzionale. Robespierre fu autore di una proposta tendente a decretare l'inserimento della Corte Suprema di legittimità all'interno del-



l'Assemblea legislativa (proposta che proprio in nome della autonomia dei poteri venne parzialmente respinta)<sup>184</sup>. Analogo l'articolo 251 del Progetto di Costituzione scritto da Pagano nel 1799, con cui si rese obbligatorio l'intervento legislativo dopo ricorrenti annullamenti della sentenza per ragioni di legittimità.

Tanto premesso, va rilevato che nel capo IX delle *Considerazioni*, che segue l'esposizione strettamente teorica del *Politicum Examen* e dei *Saggi*, Pagano analizza, in un settore centrale del sistema penale, in riferimento alle leggi che regolano il diritto di difesa e il valore della difesa nel processo penale, le ragioni storico-politiche della decadenza degli istituti accusatori. Si tratta di una delle più profonde trattazioni svolte nel periodo dell'Illuminismo sulle cause politiche di condizionamento del giudizio. Infine le parti dedicate allo studio della testimonianza nelle *Considerazioni sul processo criminale* sono tra le più politiche dell'intera opera: sono infatti pagine dedicate ancora una volta alla critica storica dei giudizi e alla analisi delle ragioni per le quali "i testimonj a difesa non fanno piena fede". Si tratta dello studio essenziale di Pagano sulle cause della disattivazione di interi capitoli dell'ordinamento penale nelle società feudali, in cui è svolta un'indagine sulla natura costituzionale del principio di difesa, predicato dei diritti politici fondamentali della persona. Proprio in questo settore, ossia in riferimento alla validità effettiva delle leggi relative ai poteri di intervento della difesa in giudizio, e alla loro interpretazione, si registrava dunque una palese frattura tra l'ordinamento formale e la tipicità concreta delle procedure. Era in questo settore che il sistema penale subiva, secondo F.M. Pagano, le più gravi pressioni e in cui le norme penali processuali venivano ripetutamente violate e assumevano una funzione meramente simbolica.

Allo studio della minore forza dell'inquisizione difensiva è dedicato il capitolo XXIX delle *Considerazioni*, dal titolo "Del consegnare il reo, del liberarlo *in provisionem*, e del suo difensivo". Si tratta forse della parte dell'opera processuale più immediatamente collegata alla parte conclusiva dei *Saggi Politici*, in cui viene svolta una comparazione tra il fenomeno della violazione degli istituti relativi alla tutela dei diritti politici fondamentali nel giudizio e lo stato politico della decadenza delle nazioni.

Secondo Pagano la violazione dei diritti politici era stata causata nel Regno da ragioni sociali remote, sedimentate in una società politica "provinciale". "Molti – osserva Pagano – hanno *declamato* [si noti che l'Autore accentua nel verbo la natura scolastica delle osserva-

zioni degli scrittori] contro un sì pernizioso errore. Ma niuno ne ha finora additata la sorgente, e con posatezza esaminata la verità”.

La violazione dei princìpi normativi sulla effettività della assistenza dell'accusato in giudizio dipendeva in gran parte dalla storia politica del regno e dall'effetto della *prescrizione* (come sostenevano i baroni) dei diritti civili. La “condizione [...] di provincia” aveva ostacolato la diffusione di una “pubblica educazione”. L'*avvilimento* causato dalla dominazione straniera aveva radicato il “cortigianismo” e l'esaltazione esclusiva dell'“interesse personale”. In queste condizioni, osserva Pagano riferendosi alla dottrina dei *Saggi* e in modo particolare alla istoria dei progressivi avanzamenti della sovranità sulle violenze private, “tutto è isolato nella società”.

La mancanza di Stato determinava l'abuso nell'esercizio delle funzioni giudiziarie. Venalità, corruzione, l'impreparazione giuridica delle magistrature determinavano un assoluto degrado dei giudizi. Corrispettivamente senza una adeguata diffusione della cultura non si poteva contare in pieno sulla responsabile partecipazione dei cittadini al giudizio, premessa di ogni rito accusatorio. La giurisdizione baronale si presentava come un potere indeterminato che generava un'emulazione negativa. Il potere e le ricchezze dei feudatari erano desiderate dal popolo “per farne l'abuso istesso”.

Interamente l'opera di Pagano rappresenta un piano organico di tutela dell'uomo dalla violenza privata e dalla violenza dei giudizi illegali. Albert Camus, nelle *Riflessioni sulla pena di morte*, osservava, riferendosi ai totalitarismi del Novecento, che “non è dall'individuo ma dallo Stato che oggi la società deve difendersi”<sup>185</sup>. La terminologia di Pagano, riferita ad una analisi politica che studia il corso civile delle nazioni, e cioè l'evoluzione o l'involuzione dell'organizzazione politica, era diversa: è dal “non-stato” che il cittadino deve difendersi quando la nazione cada nella decadenza e per effetto della corruzione e del feudalesimo diventi una “provincia”. Secondo il sistema politico paganiano il vero Stato (vera *respublica*, secondo l'espressione vichiana, “dove veramente si vive”) è costituito sul principio moderno di sensibilità civile e di ragione. È dunque il simulacro della virtù, secondo la tradizione politica platonico-rinascimentale, la sua timorosa apparenza (*imitatio*), che realizza, come il simulacro dello Stato nella filosofia vichiana, la “decadenza” (*reipublicae simulacrum*)<sup>186</sup>.

Il capo XXIX delle *Considerazioni sul processo criminale* è forse uno dei capitoli più affini, per ispirazione, al capitolo “Della decadenza delle nazioni” secondo la stesura del 1792. In un clima di

decadenza politica, dominato dagli “interessi degli Ecclesiastici e dei Baroni”, senza rinnovare il sistema costituzionale, senza promuovere contestualmente il progresso politico e culturale superando l’indifferenza causata dalla “condizione di provincia” è impossibile promuovere le riforme come mero pensiero normativo. Da qui l’importanza dell’educazione e della cultura nel *Saggio*, secondo l’edizione del 1792, della “Decadenza delle nazioni”.

L’emulazione verso il comportamento dei feudatari che avvalendosi di eccezioni territoriali proteggevano i rifugiati e i clienti, faceva apparire talvolta quasi un “dovere” per i testimoni difendere gli accusati (difesa provocata, del resto, da un potere pubblico premoderno e dispotico). La pressione verso la necessità del cambiamento della costituzione era incontenibile; i rimedi episodici non potevano modificare il quadro complessivo dei giudizi: “Se del difensivo si tiene sì poco conto, a che in favore dell’accusatore accordare un termine per abbattere quei testimoni, su de’ quali il giudice o poco o nulla conta? [...]”. In Pagano la teoria della giurisdizione, oltre il dato normativo, prelude, proprio per le connessioni con la ricerca costituzionale, alle soluzioni normative del Progetto di Costituzione repubblicana: un piano di cambiamento della nazione, dove per le condizioni feudali, il magistrato può adoperare ogni forma di violenza e il testimone, di riflesso, “giudica [...] atto di pietà il deporre il falso [...]”.

La questione non era solo processuale. Concludendo questa analisi Pagano scrisse che la violazione dei principi processuali non dipendeva tanto da *massime erronee*, quanto dalla realtà sociale: “Non è l’erronea massima; è la poca pubblica buona fede, che debilita le forze del difensivo de’ rei”. Il rispetto del significato della *massima* nel giudizio dipendeva dal grado politico di sviluppo della nazione.

Il punto è effettivamente centrale nel sistema delle *Considerazioni* in quanto viene introdotto un ordine di valutazioni politico nell’analisi del rito accusatorio, di cui resteranno profonde tracce dottrinarie nei sistemi successivi più accreditati nella storia del pensiero penalistico. Nel *Programma di diritto criminale*, dove sono studiati i caratteri del processo accusatorio, Carrara ancora si riferirà, seguendo la tradizione del pensiero delle *Considerazioni*, in senso giuridico-formale, ai principi esposti da Pagano, rilevando le “virtù cittadine” (razionalità, senso dello Stato) che richiede il processo penale pubblico<sup>187</sup>.

Attraverso il “paragone” e il “contrasto” di opposte tesi davanti ai giudici, cioè nella forma pubblica, accusatoria dei giudizi, sarebbe certamente più facile – osserva Pagano – rilevare la verità. Ma sugli ordinamenti feudali gravavano remoti condizionamenti:

“la necessaria catena di tanti mali – osserva Pagano – dipende dal primo anello, il quale, se non venga disfatto, inutile ogni tentativo riesce”. L’analisi e la forma del pensiero anche in questo caso sono corrispondenti a Filangieri [S.L. III, XVII]: “L’amministrazione della giustizia è fra noi divisa tra i feudatarj, e i magistrati. Un avanzo dell’antico governo feudale lascia ancora a’ Baroni la criminale giurisdizione. Questa prerogativa, della quale essi sono estremamente gelosi, forma il primo anello di quella lunga catena di disordini, che interamente distruggono la nostra civile libertà”.

Alla riforma del sistema penale veniva, come si vede chiaramente, accostato un tema storico-costituzionale, non inquadrabile esclusivamente in un contesto formale e astratto.

Le *Considerazioni sul processo criminale* rappresentano uno studio decisivo, un interrogativo sul “primo anello” del sistema feudale e l’indagine sulla efficacia delle leggi naturalmente veniva formata come una ricerca storica.

*Repubblica e monarchia nel piano di riforma  
delle Considerazioni sul processo criminale*

I

Come già era stato rilevato nella teoria sull’interpretazione delle leggi svolta nell’*Examen*, secondo la filosofia politica paganiana, fondata nelle sue linee generali tra il 1783 e il 1787, anni durante i quali vengono pubblicati i *Saggi Politici* e le *Considerazioni sul processo criminale*, le condizioni politiche del Regno delle Due Sicilie nella seconda metà del ’700 non avrebbero potuto compiutamente evolversi se non attraverso un piano di riforme diretto alla radicale revisione della costituzione feudale dello Stato<sup>188</sup>.

Le riforme settoriali, secondo la filosofia paganiana della legislazione, dovevano essere elaborate in funzione preparatoria della modifica progressiva del “Codice nazionale”, tenendo quindi conto del grado di compatibilità con la realtà politico-amministrativa dei nuovi progetti che dovevano infine risultare costruiti come ordinamenti omogenei, cioè, per usare l’espressione dei *Saggi*, come “sviluppo e diramazioni” della Costituzione.

Il raccordo che Pagano riesce a formare tra il piano generale di riforma dello Stato e il metodo della legislazione, soprattutto il complesso degli studi politici sull’efficacia normativa, costituisce

una delle ragioni maggiori della attualità del suo pensiero giuridico. La compiuta proporzione e interdipendenza tra gli studi storico-costituzionali e i modelli giuridici di codificazione rendono l'opera di Pagano essenziale nel corso di formazione della moderna filosofia politica. Ma rispetto a questo elevato indirizzo di studi normativo e filosofico, introdotto negli scritti di Filangieri e di Pagano, i tentativi di riforma erano stati attuati nel Regno delle Due Sicilie, anche se talvolta attraverso intuizioni normative rilevanti, in modo discontinuo, non essendosi potuto del resto tenere conto, nella promulgazione delle norme, delle infinite varianti di uno Stato frammentario e disunito, come il Regno delle Due Sicilie, delle diverse condizioni ambientali, dei differenti gradi di autonomia delle province costituitisi in secoli di governi difformi.

Le riforme si erano succedute come correttivi contraddittori e alterni, liberandosi indirettamente sempre di più le mani dei magistrati feudali con l'elevato numero, la continua reiterazione, e infine – per questi stessi motivi – la scadente qualità delle leggi e la conseguente inefficacia dei giudizi, dovendosi ricorrere, infine, all'introduzione di procedimenti penali straordinari per salvare la mera apparenza di un ordine politico. Gli isolati provvedimenti di riforma introdotti nel regno, frazionato politicamente per effetto della struttura feudale, non avevano raggiunto le vene della nazione e non appena le leggi promulgate per la pressione culturale dei maggiori interpreti delle correnti filosofiche illuministiche presentarono i primi inconvenienti di applicazione, del resto inevitabili in quelle gravi situazioni politiche, furono abrogate o interpretate in maniera simbolica e restrittiva. Alcuni esempi possono essere qui citati restando nell'ambito della legislazione costituzionale penalistica.

Tra le leggi che promuovevano il rinnovamento lungo il corso del Settecento della giurisdizione penale va ricordato il complesso delle leggi del ministro Tanucci con cui si intendeva provvedere alla rapidità e all'efficacia dei processi. Gli argomenti con cui le ordinanze vennero presentate, argomenti che compongono nel loro insieme una prima denuncia contro le insuperabili lunghezze dei giudizi penali e contro il sistema vessatorio delle transazioni e delle competenze baronali, trovano talora ricorrenti corrispondenze, data la cronicità e la permanenza di quei problemi nel regno durante il '700, in numerosi passi delle *Considerazioni sul processo criminale* di Pagano. Al successivo processo riformistico è diretta ancora la celebre opera di Filangieri, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia* (Napoli, 1784), molto studiata dagli storici

moderni e in cui è svolta un'innovativa analisi sull'obbligo della motivazione delle sentenze. Egualmente rilevante sul piano sistematico e programmatico, per i principi introduttivi che vi sono esposti, è, forse, la successiva legge del 1789, con cui veniva codificata in un ampio testo normativo (rilevante soprattutto per la struttura formale, nella divisione in tre parti distinte, cioè una premessa teorica, un codice e un settore di leggi transitorie: quindi in un vero organismo codificatorio) la procedura militare penale del regno<sup>189</sup>. Il prologo che introduce gli articoli risulta di particolare valore storico costituendo un documento nel quale la monarchia napoletana, a testimonianza di una direzione riformistica non ancora interrotta fino al 1789, dichiarava di assumere i progetti legislativi della nuova cultura filosofico-giuridica, “i lumi del secolo”, e di voler modernizzare e razionalizzare la legislazione del Regno delle Due Sicilie. Mentre le parti di questa ordinanza relative alla procedura sommaria in tempo di guerra non introducevano alcuna innovazione significativa rispetto ai cruenti, arcaici procedimenti sommarî denunziati da Pagano nelle *Considerazioni sul processo criminale*, invece per la procedura ordinaria si registravano notevoli modifiche, in gran parte delineate in riferimento agli studi processualistici dello stesso Pagano, modifiche relative ad esempio alla disciplina delle testimonianze e soprattutto alla tempestiva abrogazione della tortura nel procedimento penale militare all'articolo XXXV del capitolo XIII dove era stabilito: “Vietiamo espressamente che pe' rei, e testimonj possa farsi uso di dimande equivoche, e suggestive, della Tortura, e di ogni altro atto, che da questa dipenda”; dato normativo storico, sia pure non isolato negli ordinamenti militari del tempo, che per la teoria costituzionale a cui corrispondeva poteva preludere a un diverso, illuminato corso delle riforme. Ma per l'evolversi della situazione politica, questi principi giurisdizionali programmatici non ebbero un significativo sviluppo e la situazione legislativa nel suo complesso versava alla fine del '700 ancora in uno stato di abbandono, senza che le isolate leggi riformistiche, in mancanza di un radicale intervento costituzionale, potessero realmente iniziare a modificare il quadro politico. La continuità sistematica del pensiero paganiano su questo dato introduce un progetto costituzionale unitario, che si trova alla base stessa delle opere successive, tutte eccezionalmente unite nei principi fondanti, secondo cui l'efficacia delle riforme settoriali e dei diversi ordinamenti sarebbe dipesa dal processo complessivo di razionalizzazione dell'amministrazione del Regno.

Come si è visto, il raccordo che Pagano introduce tra il piano generale di riforma dello Stato e il metodo della legislazione, soprattutto

to il complesso degli studi politici sull'efficacia normativa, costituiscono una delle ragioni maggiori della attualità del suo pensiero giuridico. Le analisi formali e politiche dei diversi istituti, attraverso illuminanti scomposizioni e ricerche sulla remota finalità di ogni legge e gli studi sul contesto storico in cui fu introdotta, svolsero un ruolo decisivo anche nella teoria dell'interpretazione. Si veda ad esempio l'analisi delle *Considerazioni sul processo criminale*<sup>190</sup> sui difetti del sistema inquisitorio (una delle linee ricorrenti dell'analisi dei *Saggi Politici*), dove è scritto in riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento penale: “[...] le leggi che riformano i mali speciali, e non già la viziosa costituzione [anche in senso di “metodo”, cioè di principi generali dell'ordinamento], ben tosto obliate rimangono. Poiché alla di loro particolare forza quella si oppone dell'universale costituzione.” E ancora: “Le riforme delle parti nell'universal corruzione senza quella del tutto non si possono mai esattamente eseguire”<sup>191</sup>. In altri termini le riforme episodiche e i correttivi saltuari<sup>192</sup>, non omogenei con i fondamenti dell'ordinamento né con questo compatibili, in particolare nel sistema monarchico-feudale, sarebbero rimasti in breve tempo, lettera morta o nel caso migliore avrebbero prodotto riforme simboliche dell'ordinamento penale<sup>193</sup>.

I giuristi europei colsero l'originalità del pensiero paganiano nella relazione, che era stata introdotta nelle opere politiche e giuridiche, tra inquisizione e feudalesimo.

Il sistema inquisitorio, secondo i principi politici generali dei *Saggi* ripresi nelle *Considerazioni sul processo criminale*, ineriva secondo Pagano, come si è visto nei principi dell'istoria dei progressivi avanzamenti della sovranità, a un regime politico autoritario e oppressivo tanto che De Hillerin, nella introduzione alla edizione francese delle *Considerazioni sul processo criminale*, pubblicata nel 1789 a Strasburgo, ritenne di temperare questa analisi, evidentemente risultandogli chiaro il latente riflesso antimonarchico del pensiero giuridico paganiano nel punto dell'opera dove scrisse: “Il vero processo accusatorio non può nella monarchia aver mai luogo; l'inquisizione è quivi necessaria”<sup>194</sup>. Questa è la traduzione di De Hillerin del pensiero paganiano: “La véritable procédure *accusatoire* ne peut jamais avoir lieu dans une monarchie: c'est la procédure *inquisitoire* qui y est nécessaire”. In riferimento a questo punto della traduzione De Hillerin aggiunse in nota: “Cette opinion mérite, à mon avis, l'examen le plus mûr et le plus approfondi. [...] M. Pagano me pardonnera de différer quelquefois de sentiment avec lui, et de ne pas me rendre en dernier ressort,

sans discussion préleable, aux idées que le plan qu'il s'est prescrit ne lui a pas permis de développer complètement, ou d'étayer suffisamment des principes"<sup>195</sup>.

È evidente che uno scrittore favorevole, come De Hillerin, alle riforme sociali, ma legato alla politica della monarchia francese, pur condividendo evidentemente il contenuto antifeudale delle *Considerazioni*, non poteva espressamente fare propri i principi pagani secondo cui i sistemi inquisitori premoderni non fosse che un predicato dell'assolutismo feudale monarchico in un'opera dedicata alla corona né, quindi, che potesse essere sradicata la "radice" di quel male, cioè quella forma di organizzazione dello Stato ["il primo anello"], per poter realizzare le riforme del sistema processuale.

L'esercizio delle funzioni sovrane statali, nel complesso, veniva sottratto alla monarchia, come era stato chiarito da Pagano nei *Saggi Politici*, principalmente in conseguenza dell'esercizio della potestà giurisdizionale, la cui enorme forza simbolica e coercitiva funzionava da guida nelle province per il controllo di molte delle funzioni amministrative primarie. La resistenza dei feudatari alle riforme non era solo dettata da pregiudizi nascenti da un'antica tradizione, quanto da interessi economici e politici forti. La possibilità quasi incondizionata di confisca dei beni, la scadente elaborazione teorica sul principio di personalità della responsabilità e la prassi delle transazioni assicurava ai baroni, che non vi avrebbero rinunciato volontariamente, un potere di gran lunga più efficace del potere legislativo, dato che "la facoltà legislativa non dà sugli uomini – come scrive Pagano – quell'autorità assoluta, che conferisce la facoltà di giudicare"<sup>196</sup>. La condizione politica della efficacia della riforma procedurale, e analoga osservazione, naturalmente, valeva per la riforma degli antiquati ordinamenti amministrativi ed economici, era, secondo il pensiero politico dei *Saggi*, il superamento della costituzione monarchico-feudale e l'evoluzione del Regno verso forme civili e razionali di governo: l'avanzamento insomma della sovranità civile, anche attraverso la nuova forma dei giudizi. La *Logica de' probabili*, cioè la teoria delle prove, è un aspetto della ragione politica e formale della moderna giurisprudenza.

Attraverso la statalizzazione e la riforma logico-funzionale del potere giurisdizionale Pagano giudicò di poter concludere la partita forse più difficile con i poteri periferici feudali. La proposta di riforma del Tribunale Supremo competente per l'appello al quale avrebbero dovuto essere devolute immediatamente le impugnazio-



ni avverso le sentenze, intendeva introdurre un elemento di correzione indiretta della giurisdizione periferica feudale secondo il corso di “stabilimento de’ giudizj” che Pagano aveva studiato nei *Saggi*<sup>197</sup>.

La questione giuridica delle impugnazioni costituisce un nodo essenziale della sua filosofia politica. Piegando i detentori del potere giurisdizionale periferico a una concessione in apparenza secondaria, cioè stabilendo inizialmente una esclusiva competenza dello Stato per le sole impugnazioni e non per i processi di cognizione di primo grado, sarebbe stato possibile privare del tutto i feudatari delle residue attribuzioni giudiziarie. Nei *Saggi* troviamo la radice di questo piano di riforma, a riprova della unità della ricerca politica con quella giuridica: [S.P.<sup>I</sup>, IV, V] “Aprendosi [...] il varco col’ introdurre prima a sé le appellazioni dalle corti baronali, e di poi richiamandosi certe tali cause come proprie; [...] interamente, ma ciò ben tardi, cotesto principal ramo de’ giudizj [si] innestò al gran tronco della sovranità [...]”. Si trattava, ancora una volta, come era avvenuto in epoche remote, stante la corrispondenza e l’analogia di rilevanti circostanze storiche e politiche, analogia dipendente – come si legge nel capitolo “Della decadenza delle nazioni” – dalla natura “universale” e ricorrente del feudalesimo, di aprirsi il varco nei feudi, togliendo ai feudatari la cognizione delle “seconde e terze cause” cioè degli infiniti, superflui gravami che rendevano lenta e ingovernabile la giurisdizione feudale e che condizionavano la tutela dei diritti politici pubblici fondamentali.

Come Filangieri che nella *Scienza della legislazione* aveva assegnato grande valore alla preparazione graduale dell’opinione pubblica alle riforme, nei *Saggi* si trovano ricorrenti analisi sugli effetti a catena delle riforme. “[...] l’esempio dato per una volta – scrisse Pagano nel capitolo III del quarto dei *Saggi Politici* – spiana il sentiero a mille simili imprese. Una volta che l’uomo ardisca, più non s’arresta, e va sempre oltre per quel cammino, su di cui ha di già le prime orme impresse”. Quando lo Stato impone le prime correzioni al metodo dell’amministrazione, se queste correzioni siano studiate in modo efficace come mezzo per una revisione ulteriore dello stato politico, diviene relativamente più semplice, grazie all’abito che si produce a favore dell’autorità dello Stato, e a una nuova cultura, proseguire nel sistema di rinnovamento purché vi sia continuità nel processo di revisione. Questo è in sintesi il principio delle due diverse proposte di riforma, studiate in riferimento alla forma della giurisdizione romana classica tra la fine della Repubblica e l’inizio del Principato.

In genere nei *Saggi Politici* si trova descritto il lento processo di acquisizione allo Stato del potere giurisdizionale pieno. “La conzione regnante avea – scrisse Pagano – non che cominciato a terminare da arbitra le private contese, ma di più aveasi il diritto di giudicare attribuito. Gli animi s’erano già preparati a questa augusta funzione della sovrana potestà: l’opinioni del suo potere eransi stabilite; la novità, che urta ed irrita gli spiriti, era ormai cessata: l’assemblea ardì di sottomettere al suo giudizio i più restii potenti e rimirò come una violazione del suo diritto la resistenza. Ma per gradi eziandio in ciò si procedé. [...]”. Si programmava quindi la statalizzazione dei giudizi anche attraverso dei gradi successivi, meditati, di riforma: Pagano, nel capitolo finale delle *Considerazioni*, cerca di dissimulare la funzione della privazione politica da imporre ai baroni, facendola apparire quasi come accessoria e di persuadere cioè il partito dei conservatori che il mantenimento del privilegio delle seconde e terze cause non avrebbe limitato il loro potere: “Dalle corti locali o regie, o baronali si appellerà immediatamente all’Udienza provinciale. Il privilegio delle seconde e terze cause de’ baroni – scrisse – non accresce la di loro giurisdizione”.

Era chiaro, in realtà che, perdendo del tutto il controllo delle impugnazioni, i poteri periferici avrebbero probabilmente finito col dover rinunciare presto o tardi alla *pupilla dei loro occhi*, cioè allo stesso potere di giurisdizione e alle rendite che produceva. Infatti il controllo statale sulla forma di applicazione del diritto penale e civile nelle province avrebbe finito col tempo con lo svuotare del tutto, dove fosse stata la loro pronuncia contraria alla legge dello Stato, il potere residuo giurisdizionale baronale<sup>198</sup>. Ma quando questo risultato, di enorme forza simbolica e politica, si sarebbe prodotto? Pagano di frequente si interroga sui tempi necessari alle riforme e l’analisi è rilevante per il tema fondamentale della sua opera relativo alla comparazione tra monarchia e repubblica.

L’analisi paganiana, sebbene temperata da una apparente maggiore fiducia circa il processo riformistico moderato nelle *Considerazioni sul processo criminale* sui possibili risultati delle riforme parziali, complessivamente è molto prudente. Lentamente, forse “*ben tardi*”, come era provato dai corsi della storia, le riforme minori, episodiche, avrebbero ottenuto l’effetto di sconfiggere il potere “feudale” e di formare una nuova cultura della nazione senza il concorso simultaneo di una azione politica graduale, ma nello stesso tempo complessiva, sui privilegi feudali, che avrebbe dovuto essere intrapresa, secondo la prima fase delle sue analisi, proprio

dal sovrano (“il compimento della totale riforma del Codice nazionale”). La lentezza e il rischio dell’irrelevanza finale delle sole riforme episodiche più urgenti potevano rendere difficile, se non, in certi casi, solo teorico il percorso provvisorio di riforme intrapreso. Per quanto Pagano si attendesse una incidenza *indiretta* delle riforme proposte sul sistema politico generale della nazione, cioè un qualche “rimedio”, che “*in parte*”<sup>199</sup> influisse sulla situazione politica del regno, risulta complessivamente evidente che il nucleo della prima edizione dei *Saggi* e della parte politica delle *Considerazioni* conteneva già molti degli elementi della critica al sistema feudale – monarchico che costituì poi il sostrato ideologico della rivoluzione del ’99.

I frequenti riferimenti al principio di gradualità delle riforme non eliminano certo la percezione, che di continuo si trova esteriorizzata nei *Saggi*, di una complessa emergenza politica e la previsione di possibili rivolgimenti rivoluzionari in Europa [ad es.: S.P.<sup>I</sup>, III, Appendice, III]. La formazione in via sperimentale di un programma graduale di riforma della giurisdizione si sovrappone all’analisi della manifesta rovina dei fondamenti dello Stato feudale. La forma scientifica e apollinea delle opere giuridiche si innesta negli scritti sulla decadenza delle nazioni, quasi un’apocalisse laica del feudalesimo.

Il piano di costringere i feudatari (attraverso riforme progressive tra cui la centralizzazione dei gravami e la riforma delle magistrature provinciali) alla perdita del potere giurisdizionale, e particolarmente del potere di arresto e di cognizione probatoria caduto il quale non avrebbe avuto più insuperabili sostegni il potere politico-amministrativo locale, conteneva un progetto costituzionale prevalente rispetto a quello dichiarato, la cui effettività dipendeva però dal tempo. Pagano ne scrive espressamente nel primo capitolo del quarto *Saggio*, commentando il processo di “unione” politica, la base di qualunque forma di Stato: “I primi passi all’unione son pur tardi e lenti: ma se ’l corso civile sia cominciato una volta, son rapidi e veloci: se non si oppongano degli esterni ostacoli, o dalla cieca superstizione, che agli occhi degli uomini con una mano distende una fatale benda e coll’altra gli arresta e trattiene in sul cammino della coltura, o dal feroce dispotismo, che proteggendo l’ignoranza, la quale all’uomo fa sconoscere se stesso, generando la diffidenza, divide e separa le città, le famiglie, e gl’individui medesimi, e in tal guisa deboli, e impotenti li rende, e sulla debolezza altrui innalza la base del suo vacillante potere, se, io dico, sì fatti ostacoli non vengano frapposti, le già

incominciate società rapidamente ed a gran passi volano alla di loro perfezione”. In uno Stato moderno le riforme possiedono la capacità di perfezionare la cultura politica della nazione e di favorirne il progresso complessivo, ma in un sistema politico resistente a qualunque flessibile dinamica correttiva, prevalgono meccanismi oggettivi che Pagano – accentuandone l’aspetto materiale e ingovernabile – definisce “concause”, come le guerre, occasioni oscure di trasformazione della realtà, concause cioè non prodotte attraverso un progetto illuminato di evoluzione civile<sup>200</sup>. È la gradualità nel sistema paganiaco il metodo sul quale più razionalmente deve farsi affidamento verso l’evoluzione democratica, sempre che questo corso progressivo possa realmente prendere forma nella nazione, di cui il governo abbia la cura, favorendo lo sviluppo dell’educazione e della cultura filosofica.

Le riforme avrebbero dunque potuto essere produttive dei cambiamenti di forma della costituzione dello Stato, se si fosse accelerato il “corso civile” della nazione, se fossero caduti gli ostacoli, denunciati nel *Saggio* intitolato “Della decadenza delle nazioni”, dovuti alle scarse conoscenze e alla superstizione che frenava il sistema politico economico. Allora i “passi” sarebbero divenuti rapidi e veloci<sup>201</sup>.

L’inserimento delle leggi sull’educazione pubblica (che la tradizione filosofica nel corso del ’700 contrappone alla semplice istruzione) nel progetto costituzionale del 1799 corrisponde a questa originaria analisi. Il tema filosofico dell’educazione e della formazione politica, uno dei nodi del pensiero politico dei *Saggi*, coincide con la questione della forma costituzionale, almeno sotto due profili. In primo luogo il capitolo quinto del quinto *Saggio* intitolato “Dell’educazione” contiene un collegamento essenziale tra la forma del governo e del “pubblico costume” dove si legge: “Il costume adunque potendo tanto nello stabilimento della costituzione dello Stato, l’educazione, si può dire, che sia la potissima cagione de’ varj governi”<sup>202</sup>. Inoltre è proprio la cultura e l’educazione che possono condizionare l’evoluzione della civiltà: “le cognizioni morali e politiche hanno tanta influenza sullo stato politico delle nazioni”.

Sul requisito della maggiore preparazione che richiede la repubblica è dedicato inoltre un intero capitolo, il XXVI delle *Considerazioni sul processo criminale*, e può definirsi quindi una ricorrente fondamentale dell’opera paganiaca il tema della preparazione politica e della cultura che si richiede negli Stati democratici<sup>203</sup>. Co-

me già aveva rilevato Filangieri nel suo programma di formazione dell'opinione pubblica, la sensibilità civile, secondo Pagano, deve riflettersi nella legge: "Il pubblico costume è venuto al suo punto quando è interamente alle leggi conformato"<sup>204</sup>.

## II

La repressione della libertà di pensiero (che venne attuata nel Regno attraverso processi penali che terminarono con esecuzioni tragicamente indicative della realtà politica), l'accentuazione del dispotismo monarchico, la interruzione della fase delle riforme, di cui è un esempio rilevante l'interruzione del programma stabilito nella legge del 1789 nella cui premessa si faceva riferimento alla formazione dei Tribunali generali e alla abrogazione delle esenzioni, i mali della censura, i limiti onerosi imposti al sistema della produzione e del commercio che caratterizzarono la fine del Settecento, finirono per dimostrare la irrilevanza di riforme parziali in una società feudale. Era necessario anche, come aveva rilevato Galanti nel suo *Testamento fiorense*, un intervento diretto nelle province dove il potere sovrano non riusciva ad aprirsi un varco reale per le riforme, né si programava metodicamente questo risultato. L'oppressione feudale era entrata talmente nelle fibre della nazione, che, quando dopo il terremoto delle Calabrie, alla cui terribile notizia Pagano scrisse l'introduzione della prima edizione dei *Saggi Politici*, Ferdinando IV chiese ai baroni di alleggerire la pressione contro le province devastate dal terremoto, alcune città, piegate dalla costrizione secolare, rifiutarono l'intervento sovrano, confermando, ancora negli anni successivi al 1783, la propria condizione politica di dipendenza dai poteri baronali periferici: "la voce del re non fu efficace per iscuotere gli infelici abitatori dei feudi" – scrisse Muscari – "Comunità con scandalo non curanza si tacquero, ed altre si prestarono all'opposto ad istabilire le usurpazioni antiche, e la loro oppressione". [*Della prescrizione de' diritti feudali*, Napoli, 1792, pag. 100]. Si tratta di un punto della storia del Mezzogiorno d'Italia che contribuisce a chiarire, attraverso le note di un alto magistrato, le condizioni psicologiche ed economiche della popolazione del regno. Il vero potere, l'opinione del potere, era strutturalmente legata alla organizzazione feudale. Da questa nota si trae un senso illuminante sulle diffuse relazioni stabilite da Filangieri e da Pagano tra il piano di riforme costituzionali e il piano di rinnovamento della cultura e dell'educazione.

La distinzione tra i diversi generi di governo e in particolare tra monarchia, *mera* monarchia e repubblica, fondata nelle analisi storico-costituzionali dei *Saggi Politici*, si riflette con particolare profondità nelle *Considerazioni sul processo criminale* e quindi sui principi generali di riforma del diritto e della giurisdizione.

Può dirsi che l'intera dialettica delle *Considerazioni sul processo criminale*, che rappresenta il parametro del metodo di riforma del diritto pubblico nel sistema paganiano, sia l'espressione di una ricerca sulla forma della costituzione.

Gli studi sulla necessità di organizzare le riforme muovendo dalla revisione del "codice della nazione" rinviavano alla questione dell'individuazione della guida o della forza politica, che avrebbe potuto condurre in porto i progetti di rinnovamento, tema a cui corrispondeva ancora l'analisi politica sul ruolo della monarchia. Le *Considerazioni sul processo criminale* si occupano estesamente del rapporto monarchia / riforme di governo. La questione politica non è estranea, come finora si è visto, alla questione della riforma processuale: può anzi rilevarsi che, nonostante le censure ricevute e le accuse latenti di lesa maestà e di ateismo, Pagano pubblici dopo i *Saggi* un'opera giuridica, le *Considerazioni sul processo criminale*, ancora più fortemente critica verso il sistema monarchico feudale.

Pagano, nella seconda stesura dei *Saggi Politici*, riserva una lunga analisi al pensiero politico di Montesquieu sulla monarchia e sulla funzione moderatrice delle *intermedie potenze*, cioè della aristocrazia feudale interposta tra il monarca e la nazione, funzione che viene fortemente criticata nell'analisi politica paganiana in quanto la tesi, nell'interpretazione da lui data dell'opera di Montesquieu, gli sembrava ancora legittimare, in senso antimoderno, i privilegi di pochi contro il modello di una monarchia costituzionale moderata nella quale le funzioni della sovranità venissero limitate e definite per legge. Si trascrive, quindi, per la sua rilevanza, parte del capitolo XI del terzo *Saggio*, nella stesura del 1792, una delle più significative varianti della seconda edizione:

[...] Montesquieu non ravvisa monarchia, dove non siavi un ordine di nobiltà, dove l'intermedie potenze de' nobili non reprimano gli estremi del dispotismo e della libertà popolare. Così fatto sistema della monarchia ei sviluppò dal germe, che dal Macchiavelli tolse, il quale dice: «Colui che dove è assai equalità vuol fare un regno o un principato, non lo potrà mai fare, se non trae di quella equalità molti d'animo ambizioso ed inquieti, e quelli fa gentiluomini in fatto, e non in nome, donando loro castella e possessioni, e dando loro favore di sostanze e di uomini; ac-

ciocché, posto in mezzo di loro, mediante quelli mantenga la sua potenza, ed essi, mediante quello, la loro ambizione; e gli altri sieno costretti a sopportare quel giogo, che la forza e non altro mai può far supportar loro. Ed essendo per questa via proporzione da chi sforza a chi è sforzato, stanno gli uomini ciascun nell'ordine loro».

Ma il Secretario fiorentino qui parla della monarchia feudale. Perciocché questa solo a' suoi tempi fioriva, e questa conoscevasi allora. Parla di un governo violento, e non legittimo e volontario, come si conosce dalle medesime parole che adopera; laddove il Montesquieu tratta della legittima e legale monarchia. Né le costui ragioni fan peso veruno. Coteste potenze intermedie non giovano a moderare l'arbitrario potere, quando questo sul popolo voglia gravitare: i piccioli e subalterni despoti, potenti ad opprimere la plebe, sono inefficaci a resistere al potere arbitrario. Perciocché non hanno, per legge, funzione alcuna come corpo, né immediato interesse per lo bene del popolo.

Per l'opposto, quando voglia il sovrano procurare il vantaggio del popolo, che nel tempo stesso è il suo vantaggio vero, queste intermedie potenze del Montesquieu oppongono un validissimo ostacolo, mettendo avanti le di loro oppressive prerogative, che le leggi favoriscono. In somma le braccia di così fatta aristocrazia formano le catene del popolo, e scavano sovente la tomba al despota medesimo.

Si tratta, come è evidente, di una delle più importanti analisi paganiane sulla costituzione monarchica, in particolare di una critica centrale nel sistema dei *Saggi Politici* alla monarchia feudale, all'aristocrazia ereditaria e perpetua<sup>205</sup>. La maggiore fortuna e i maggiori onori che possono distinguere alcune famiglie "più luminose" della nazione non deve riflettersi sull'eguaglianza, poter determinare "sul popolo impero di sorte alcuna": non vi deve essere, in altri termini, una proiezione pubblica dello stato patrimoniale privato. Altro è il governo della nazione, altro il patrimonio privato dell'aristocrazia, in una costituzione regolare dove i diritti dei cittadini sono "fissati dalle leggi".

Inoltre, importanti osservazioni filologiche e filosofiche sulla costituzione monarchica si trovavano già stabilite nella prima edizione dei *Saggi Politici*.

Nell'esame delle antiche civiltà orientali, con cui si apre il primo dei *Saggi Politici* nella edizione del 1783, sul tema di derivazione vichiana della periodicità dei corsi della storia, assume un particolare interesse il capitolo decimo intitolato "De' Caldei" che contiene osservazioni essenziali che Pagano poi porrà a fondamento dei capitoli riformati del quinto dei *Saggi Politici*, nell'edizione del 1792, relativi allo studio della forma dei governi. Il capitolo ha grande valore nello studio dell'opera paganiana in quanto contiene

il primo giudizio completo sulla forma delle costituzioni monarchiche. Lo studio del pensiero politico-giuridico paganiano, svolto in corrispondenza dell'analisi vichiana con la quale presenta evidenti analogie, dimostra la formazione di significative varianti.

La monarchia, nel pensiero di Pagano, secondo la stesura del 1783, conclude il corso storico-politico delle nazioni: "Le nazioni – scrive – non riposano sotto la monarchia, che dopo di aver passate per tutti gli altri governi. L'ultimo stato delle nazioni è il regno". Dunque questa analisi sembrerebbe, a un primo giudizio, in sé fortemente critica, per la latente corrispondenza tra costituzione monarchica e decadenza delle società, o almeno "ultimo" loro stadio di evoluzione. Tuttavia devono preliminarmente essere analizzate a confronto le due diverse stesure dei *Saggi Politici*, in quanto nella seconda stesura del 1791-92 questo primo giudizio negativo si precisa, articolandosi più compiutamente il complesso di definizioni sulla costituzione monarchica. Va infatti messo in evidenza il valore di una variante significativa che si riscontra tra la prima edizione e la seconda dei *Saggi Politici*. Nella prima stesura Pagano a proposito della monarchia, come si è rilevato, aveva scritto: "Le nazioni non riposano sotto la monarchia, che dopo di avere passate per tutti gli altri governi. L'ultimo stato delle nazioni è il regno" [S.P. I, X, 35]. Nella seconda stesura Pagano invece ritrascrive questo pensiero, rendendo il giudizio più armonico rispetto al contenuto generale delle tesi sulla monarchia costituzionale svolte nell'intero piano dei *Saggi Politici*. Non è più la monarchia, nella seconda edizione dei *Saggi*, come tale, a segnare la conclusione e l'esaurimento del corso politico delle nazioni e ad aprire quindi la strada della decadenza, ma è l'assolutismo e il feudalesimo. Questa è la nuova stesura paganiana secondo la variante riscontrabile nella seconda edizione: "Le nazioni non riposano sotto l'*assoluta* monarchia, che dopo di esser passate per tutti gli altri governi". Pagano dunque sembra usare il termine "assoluta monarchia" in un significato affine alla distinzione vichiana tra regolare monarchia e *mera* monarchia, "mera" nel senso di *non limitata* dalle leggi. La modifica testuale è particolarmente rilevante in quanto tra la prima e la seconda edizione dei *Saggi Politici* vennero pubblicate, come è noto, le *Considerazioni sul processo criminale*, opera nella quale, come si è chiarito, la distinzione monarchia-repubblica costituisce il perno di molte distinzioni giuridiche e di molte soluzioni tecnico-normative. Ed è proprio nel riflesso normativo che il sistema storico-costituzionale trova la sua più evidente sintesi.



L'istituto, fondamentale per il sistema di tipo accusatorio, della collegialità nella giurisdizione penale (e quindi la disciplina dell'intervento della giuria popolare introdotto nel progetto di Costituzione del 1799), l'istituto della riconsunzione e della testimonianza sono analizzati nelle *Considerazioni sul processo criminale* in riferimento congiunto all'analisi della forma costituzionale e in modo particolare in riferimento al principio di fondo del sistema processualistico pagano, secondo cui il contraddittorio pieno e la pubblicità nell'esercizio della giurisdizione costituiscono il predicato della forma democratica di governo. Sarebbe stato infatti impossibile innestare compiutamente gli istituti della giuria o della riconsunzione nell'ordinamento di una nazione ancora feudale, priva di libertà politica. L'esercizio affidato ai cittadini della giurisdizione richiede, infatti, una tradizione di equilibrio e di cultura e pertanto, di regola, non "si possono nella [mera] monarchia a' magistrati aggiungere i giudici di fatto", per mancanza di sufficienti requisiti che più facilmente si trovano "ove il popolo è a parte del governo" [Cons., XXVI]. E infatti, come riflesso di questa dottrina, l'istituto della giuria si trova disciplinato teoricamente nelle opere giuridiche edite prima della riforma rivoluzionaria, ma venne introdotto solo nel progetto repubblicano della Costituzione del 1799 con particolari e significative innovazioni rispetto al sistema giudiziario francese, che limitava alle categorie più gravi di delitti l'intervento della giuria, limitazione contro cui si espresse Pagano nel proemio: "[...] la pena di due anni di carcere imposta senza l'intervento dei Giurati può non leggermente offender la libertà civile [...]".

Per il sistema delle riconsunzioni (argomento cui sono riservati ben tre capitoli delle *Considerazioni sul processo criminale*: XXIV-XXVI) Pagano cita la costituzione del 1775 [D. Gatta, *Regali Dispacci*, III, I, III, pag. 275] e le soluzioni incerte della legislazione del tempo, che riuniva insieme "i disparati mali" di diversi ordinamenti e tradizioni normative succedutesi nel tempo. Quindi essenziale su questa traccia è il capo XXVI intitolato: "*Se la libera riconsunzione può al regno appartenere*" (capo che presenta per diversi motivi un contenuto parallelo al capo XVI, "*Della necessità dell'inquisizione nel Regno*") e in cui l'istituto, che costituisce la maggiore espressione concreta del diritto dell'accusato all'imparzialità della giurisdizione, l'"asilo contro le oppressioni" [Cons., XXIV], viene riferito di regola alla tradizione storica delle costituzioni repubblicane: "nelle repubbliche la riconsunzione può e deve essere interamente libera". Si tratta del capitolo dell'opera processuale in cui sono contenute le

maggiori critiche sulla poca diffusione della cultura in un regno controllato da un'aristocrazia feudale, un genere di costituzione che non poteva offrire mezzi per la preparazione di una affidabile classe di giudici per l'assise. Nel progetto minimo compatibile con la realtà politica del Regno, nel 1787 [Cons., XXXIII, pag. 177], in tema di ricusazione, viene introdotto un limitato, ma non secondario, progetto di riforma, il nucleo di un potere di controllo sul collegio, a carattere prevalentemente formale. Maggiori garanzie si trovano nella riforma più ampia del precedente capo XXXII, destinato alla ulteriore revisione del piano costituzionale. Ma in particolare lunghe e significative ricerche storico-giuridiche nelle *Considerazioni* sono svolte sul principio dell'accusa privata e della magistratura inquirente, essendo considerato nella tradizione giuridica napoletana, in riferimento agli istituti processuali romanistici di epoca repubblicana, un contenuto essenziale dei poteri inerenti alla cittadinanza, la pronuncia dell'accusa e la partecipazione al giudizio.

Nelle *Considerazioni sul processo criminale* Pagano osserva che la "perdita della libertà" [Cons., IX] aveva determinato nel diritto romano la progressiva limitazione dei poteri giurisdizionali connessi alla cittadinanza. Ulteriori analisi su questo tema sono contenute nel capo XX dei *Principj del codice penale*, intitolato "Del diritto di accusare". Il fondamento di queste analisi paganiane può ricercarsi anche nel capo III del libro III della *Scienza della legislazione* in cui sinteticamente Filangieri osserva:

"Una volta [...] l'accusa entrava nella somma de' dritti della cittadinanza. Oggi questa prerogativa si è tolta al cittadino: egli non può accusare che le proprie offese, o quelle de' suoi stretti parenti; egli non può in molti paesi altro cercare che la riparazione del danno. Una persona pubblica vien destinata dalla legge a perseguire i delitti, e far le parti del Fisco, per ottenere la punizione de' rei; e il giudice, che deve giudicare, è quello che deve spiare e scoprire il vero autore del delitto, indagare le circostanze che l'hanno accompagnato, ed ordire la tela giudiziaria del processo. / Questa operazione *inquisitoria*, dalla quale dipende l'esito del giudizio, si fa col massimo segreto, e si affida in gran parte alle mani venali de' subalterni ministri del giudice, il quale non potrebbe senza il loro ministero riuscire nella sua commissione".

E, diffondendosi nuovamente su argomenti che erano stati trattati, come si è visto, con ampiezza di argomentazioni filologiche dai giuristi napoletani alla fine del Seicento, Filangieri riprende il tema della relazione tra il mondo classico, in particolare gli ordinamenti greco-romani [repubblicani], e il principio giuridico-politico della pubblicità:

“Una volta tutto era pubblico. Nella Grecia, in Roma [...] l'accusatore alla presenza dell'accusato intentava la sua accusa; [e] i testimoni alla sua presenza deponevano...”: una tradizione civile in contrasto con la nuova decadenza istituzionale che gravava sull'Europa alla fine del Settecento: “L'opposto avviene ai nostri giorni [...] l'inquisizione è sempre segreta”. Era necessario dunque ricostruire, nei progetti di riforma, i diritti propri della cittadinanza, ma nello stesso tempo assicurare, attraverso l'ordine giudiziario, la effettiva tutela dei diritti in quanto, come osserva Pagano nelle *Considerazioni sul processo criminale*, solo rare condizioni politiche possono assicurare efficacia e imparzialità all'azione privata. Nel capo XVII delle *Considerazioni* intitolato “Analisi dei difetti del presente inquisitorio sistema” sull'analisi costituzionale viene svolto il tema del “Diritto di accusare” ricercando le condizioni sociali della giustizia: “nella libera repubblica il zelo del pubblico bene, la gloria, che da una celebre accusa derivava, produceva al giorno ogni delitto per occulto che fosse. Sotto gl'Imperatori gl'Irenarchi, pubblici magistrati denunciavano ogni misfatto. Presso gl'Inglesi accusa il consiglio del Re. Cittadini avviati per lo sentiero degli onori hanno interesse di adempiere alla commessa carica. Tra noi un ceto di persone, che non alletta né grande, né poco soldo, che non anima l'onore, non deve dedurre che i famosi delitti, quelli soltanto, che la pubblica fama non lascia nascondere nel bujo”. E segue una celebre accusa sulla debolezza dei diritti delle classi più povere dinanzi alla giurisdizione: “Quando manchi la parte querelante, quando sia per la sua estrema povertà di niuno valore, o rimane occulta la pruova, o in parte soltanto viene alla luce, o del delitto si prendono fallaci tracce, onde dalle vere deviasi [...] il magistrato”.

Pagano pur conservando, secondo la tradizione ciceroniana, delle riserve contro l'esercizio continuativo dell'accusa, e quindi mantenendo a favore del cittadino il potere di impulso e di intervento nel giudizio, si risolve tuttavia, in nome dell'effettività della giurisdizione, per la formazione di un ruolo stabile di magistrati inquirenti. Le ragioni della sua risoluzione, della sua mediazione, vanno comparate con le diffuse osservazioni svolte da Filangieri su questo argomento nella *Scienza della legislazione* [III, I, III-V]. Filangieri, come precedentemente si è rilevato, aveva osservato nel capitolo intitolato “Nuovo sistema da tenersi riguardo all'accusa giudiziaria” che in caso di inerzia dei cittadini, nella Roma repubblicana era previsto un ruolo ordinario di magistrati addetti all'inquisizione, con il compito di perseguire i delitti che, altrimenti, per

l'inerzia dei cittadini nell'esercizio dell'azione, avrebbero potuto restare impuniti. Pagano, in un relativo contrasto di interpretazione rispetto a Filangieri, già rilevato in riferimento all'interpretazione sulle procedure relative ai delitti politici, osserva nei *Principj del codice penale* che la formazione di un magistrato fiscale si sarebbe compiutamente introdotta nell'ordinamento penale solo con Adriano ("l'Avvocato del Fisco da Adriano [fu] la prima volta stabilito", [Cons., IX]). Tuttavia il principio comune di fondo è evidente: la funzione della magistratura fiscale, unita all'[eventuale] impulso giudiziario privato, può garantire nello Stato moderno l'efficace esercizio della giurisdizione, salvo, anche nel caso di inquisizione di ufficio, il principio naturale, proprio del giudizio delle costituzioni evolute, della pubblicità e del contraddittorio. In questo modo si veniva anche a superare il problema annoso delle cd. eccezioni dilatorie, che erano costituite proprio sulla *deficienza* dell'azione di accusare: "Se dunque legittima non sia l'accusa, né l'accusatore abbia dritto di accusare, si annulla il giudizio" [Principj, XX]. La caotica legislazione feudale, costituita su una serie di infinite deroghe ed inconoscibili eccezioni relative alla titolarità dell'accusa, veniva finalmente abrogata nei due fondamentali programmi di riforma del diritto processuale penale moderno. In modo conforme alla teoria penalistica di Beccaria e di Filangieri l'articolo III della Riforma di Pietro Leopoldo, risolvendo ogni contrasto, aveva eliminato la secolare stratificazione di norme sulla legittimazione alla denuncia (uno dei nodi irrisolti della legislazione feudale intorno al quale si erano formate irrisolvibili eccezioni dilatorie e di legittimazione) introducendosi quindi il principio assoluto della procedibilità di ufficio, salve le eccezioni corrispondenti all'ordine dei sistemi penali moderni.

### III

Nell'opera processualistica paganiana sono svolte inoltre, in riferimento all'analisi delle diverse forme di costituzione, delle osservazioni che integrano i principi sulla libertà di iniziativa economica svolti nei *Saggi*. Nelle *Considerazioni sul processo criminale*, nel capo intitolato "Della necessità dell'inquisizione nel Regno", vi è una importante analisi sui riflessi del sistema economico moderno, della "vessazione", e sul venir meno dell'interesse comune che avrebbe progressivamente determinato la nuova forma dell'econo-

mia dei cambi. Si tratta di uno dei più importanti rilievi della comparazione tra il sistema costituzionale repubblicano e monarchico svolto, in riferimento al tema penalistico dell'esilio, tradizionale terreno di analisi della relazione tra la persona e la polis: "E dopo – scrive Pagano – che per mezzo del cambio, effetto del commercio, e della vessazione, s'introdusse la facilità di trasmettere l'ingenti ricchezze da [un] regno nel più remoto regno con un semplice squarcio di carta, l'indifferenza della cittadinanza divenne maggiore". Come è evidente, Pagano non si riferisce, scrivendo di questa nuova indifferenza e del distacco dalle proprie radici, a un nuovo cosmopolitismo, ma al segno di una grave, possibile involuzione, il cui risultato è l'"indifferenza" per le relazioni politiche e umane e per la responsabilità sociale. Diversa, secondo questa analisi, la sensibilità politica nelle repubbliche e nella monarchia (ma deve intendersi, come si è detto, la *mera* monarchia feudale). "Nel regno il dritto di cittadinanza equivale soltanto a quello della proprietà di que' beni che ivi possiede. E potendo facilmente il cittadino altrove trasportare i suoi averi, può trasferire ove più gli aggrada la patria". E da qui la critica all'"indifferenza" per lo Stato in cui la persona non è più un elemento della sovranità, per uno Stato in cui il cittadino è solo quello che possiede, dove cittadinanza e proprietà coincidono. Lo Stato è diventato il luogo da dove si possono togliere o trasferire ricchezze, cioè non è più, per effetto della logica speculativa, anche luogo di una comune civiltà dell'umanesimo. Non vi è più tempo, nella generalizzata corruzione o indifferenza, per la forma filosofica del dissenso o della concordia: lo Stato diviene un mero fondale senza dimensioni delle transazioni. La logica del cambio annulla la forma del pensiero che è unita a un luogo, per conseguire utili. Il cittadino, nello stato politico di decadenza, diviene, secondo il pensiero paganiano, spettatore di questa indifferenza o ne tenta l'emulazione. In riferimento alle diverse realtà costituzionali si trova analizzata la pena dell'esilio, in riferimento ai diversi effetti dell'esilio secondo il tipo di Stato, nel capo XVI delle *Considerazioni sul processo criminale*.

Nelle *Considerazioni*, Pagano, forte della confusione dei suoi avversari, le cui accuse erano state archiviate grazie alla efficacia del disegno autodifensivo della *Lettera* apologetica, opera che può a buon diritto collocarsi tra gli scritti giuridici penali più efficaci del Settecento, stese alcune teorie di eccezionale forza letteraria e filosofica sulla responsabilità dei governi monarchici nel regresso delle condizioni politiche nell'Europa prerivoluzionaria. Basti osservare

che nel capo XXVI delle *Considerazioni sul processo criminale*, con una analisi senza appello, Pagano scrisse con un riferimento mediato alla situazione politica del Regno delle Due Sicilie, nel capitolo dedicato alla ricusazione: “nel regno l’interesse personale non è il pubblico, [...] ogni carica domanda soldo, ed onori [...] l’ineguaglianza de’ beni è sempre grande, e quindi il fasto e il lusso è necessario, i Magistrati han di mestieri di pingui salarj”. Al contrario, con una osservazione critica in tema di pene, rileva come “il proletario” non abbia alcun “vantaggio o dritto alla patria” [Cons., XXXIII]. Non può non rilevarsi la continuità filosofica delle opere dello Scrittore, pur in un contesto politico difficile – come Pagano stesso rileva nella dedica a Luigi de’ Medici – quando, avendo appena superato un processo censorio per aver sostenuto tesi politiche antimonarchiche, per le pene che questo tipo di reato prevedeva (la censura testuale e religiosa poteva divenire e difatti divenne, dopo i processi ai rei di Stato nei quali Pagano fu difensore, la prima fase del processo penale) ebbe la forza di riprendere senza alcuna flessione le tesi più radicali dei *Saggi*. Come si è visto anche in Francia era risultata chiara la critica paganiana al feudalesimo monarchico, come si ricava dalla interpretazione che De Hillerin diede nell’Introduzione alla traduzione francese delle *Considerazioni*. Ma è il passo appena citato che sintetizza con efficacia questa progressiva maturazione, che si manifesterà forse con più immediata evidenza nelle opere penalistiche cioè nei luoghi dove Pagano organizzando direttamente i principi della riforma, fissa i presupposti politici degli ordinamenti moderni.

Le *Considerazioni sul processo criminale*, sviluppate intorno alla teoria dei *Saggi*, rappresentano una delle più complesse critiche filosofiche, nella seconda metà del Settecento in Europa, all’assolutismo monarchico.

La “respublica regia” in un processo storico di assolutizzazione aveva finito per concentrare nel sovrano e nei suoi satelliti tutti i poteri e causato nella nazione l’*incuria* e quindi era seguita la perdita di esperienza diretta al governo (*inscitia*). Nel capitolo XI del III *Saggio*, introdotto nell’edizione del 1792, scrivendo “Dell’idee degli antichi intorno alla monarchia” Pagano sottolinea ancora la contrapposizione tra “regno legale” e il regno secondo arbitrio, la “mera monarchia”: “i cittadini – aveva scritto Vico – diventano [...] stranieri delle loro nazioni”. L’esilio inizia già dentro lo Stato.

Vico, a proposito di questo corso di assolutizzazione della monarchia scrisse dell’ oblio della nozione di Repubblica: “ignorantia

reipublicae tanquam alienae”: ond’essendo i cittadini divenuti quasi stranieri delle loro nazioni, è necessario che i monarchi nelle loro persone reggano e rappresentino” [S.N., IV, XIII, 2].

Pagano su questo argomento, con una significativa affinità formale, ma anche in una evidente autonomia di pensiero, scrisse: le scienze che vengono nel dispotismo proscritte più che l’altre, sono le politiche e le morali. L’ignoranza del pubblico stato, “inscitia reipublicae, ut alienae” per valermi delle parole di Tacito forma l’appoggio maggiore del dispotismo. Non vi era più nessuno, trascorso ormai tanto tempo, che potesse ricordare alla nazione di una forma civile di Stato, cioè che potesse raccontare per esperienza diretta.

Il pensiero giuridico e politico paganiano si diffuse in Europa, secondo due direttive: in Francia, come si è detto, si affermò dal 1789 la teoria processualistico-costituzionale, attraverso la traduzione francese di De Hillerin a cui collaborò, per il chiarimento di alcuni termini delle *Considerazioni sul processo criminale*, ormai anziano, Goldoni, della cui persona nella prefazione lo stesso De Hillerin lascia un toccante ricordo, mentre in Germania nel 1796 venne pubblicata la traduzione tedesca della prima edizione dei *Saggi Politici*. Questo il titolo dell’opera: *Francesco Mario Pagano, Versuche ueber den buergerlichen Lauf der Nationen, oder ueber den Ursprung, Fortgang und Verfall der buergerlichen Gesellschaften. Aus dem Italienischen uebersetzt von D. Johann Gottfried Mueller. Zweiter Theil. Leipzig (Pottische Buchhandlung)*.

Al principio di *unità degli scopi*, e di *unità delle azioni* dei cittadini come condizione di potenza dello Stato (termini che Müller traduce dai *Saggi Einheit des Ziels* e *Einheit der Handlungen*<sup>206</sup>) corrisponderà il piano del Progetto costituzionale. Il rapporto tra libertà (*Freyheit*, come traduce Müller dai *Saggi Politici*<sup>207</sup>), facoltà naturali dell’uomo (*das Vermoegen*) e uso di queste facoltà naturali (*natuerliche Faehigkeiten*), secondo la legge, nello Stato (*dem Gesetze gemaess*), cioè l’idea dello sviluppo armonico della personalità attraverso le relazioni sociali (civili, politiche) rappresenta una delle leve dei *Saggi*, e dell’interpretazione del sistema politico e giuridico paganiano.

Sarà proprio Müller a trovare nella lingua tedesca termini che per noi ancora oggi possiedono una precisa risonanza, adatta appunto alla reinterpretazione del pensiero paganiano, ad esempio dove, traducendo il capitolo sui Caldei, in cui si legge della spossatezza e dell’esaurimento della forza dei popoli nel feudalesimo, traduce pace e sterile riposo con il termine: *Die Stille*, il silenzio, per

indicare quel vuoto incolmabile della vita nelle province, chiuse da tempo infinito (immemorabile abito) ad ogni progresso civile. È la descrizione dell'oblio, come era avvenuto nella Grecia, della grandezza antica, secondo la lezione della celebre orazione all'ammiraglio russo Orlov. I *Saggi Politici* si chiudono ancora sulla visione della rovina della Grecia.

Il silenzio, un riposo sordo, *die Stille, friedliche Ruhe* [I, 58]: la decadenza.

La "Sposatezza" diventa *Entkraeftigung*, cronica mancanza di forza, e di azione che nel sistema pagano, è il rovescio della consapevolezza e della civiltà.

L'istoria filosofica pagana dei progressivi avanzamenti della sovranità sulle violenze private feudali si conclude in un progetto reale di costituzione, uno dei più evoluti dell'Europa del '700.

#### IV

Nella dedica ai cittadini rappresentanti, con cui Pagano presenta il proemio del *Progetto di Costituzione* della Repubblica napoletana sono contenuti elementi essenziali di interpretazione del suo pensiero filosofico-politico. Pagano richiama nel proemio la dottrina dei *Saggi Politici*, l'opera che rappresenta una elevata sintesi del pensiero politico europeo e in cui si realizza l'innesto della filosofia platonico-vichiana nel solco delle nuove dottrine del razionalismo giuridico, e svolge particolari osservazioni sulle questioni portanti della codificazione del diritto pubblico: ed è nel proemio alla Costituzione repubblicana del 1799 che si rileva con chiarezza la progressiva evoluzione del piano filosofico dei *Saggi* in un'opera normativa a carattere costituzionale. I *Saggi* e le *Considerazioni sul processo criminale* avevano contribuito a preformare i valori politici della codificazione costituzionale. Le principali direttive storico-filosofiche del "Progetto" contengono importanti dichiarazioni sulla funzione del diritto pubblico, sulla definizione di legge di natura e sul diritto politico di resistenza, sui rapporti con le altre costituzioni, in modo particolare con la costituzione francese, e infine sugli istituti costituzionali relativi all'educazione pubblica e sull'organizzazione della giurisdizione.

In apertura del proemio al progetto costituzionale, Pagano si riferisce direttamente alla funzione che aveva attribuito, nelle opere filosofiche e nelle opere di riforma, alla legislazione: le *Conside-*



*razioni sul processo criminale* avevano preparato la riforma della procedura per fasi e, nella parte centrale dell'opera procedurale, come si è visto, era stata affermata l'incompatibilità di ogni forma di giudizio di tipo accusatorio, inteso come predicato di libere e nuove costituzioni, con l'assolutismo monarchico. La critica radicale al governo monarchico si percepisce più direttamente nelle *Considerazioni*, forse, che nei *Saggi* in quanto le *Considerazioni* costituiscono un progetto di riforma del diritto pubblico e la definizione scientifica delle condizioni costituzionali di efficacia di nuove leggi aveva richiesto, rispetto ai *Saggi*, delle dichiarazioni politiche di principio ancora più dirette, come nel capitolo sulla ricusazione e nelle osservazioni sulla testimonianza.

La legge deve svilupparsi dallo studio scientifico della società, osserva Pagano, (la scienza costituzionale è la "nuova scienza" umana) e non può ridursi a fonte di marginali correzioni o trasformarsi del tutto in un fragile, perenne, esperimento normativo. Occorre pensare nella scienza costituzionale – scrive Pagano nel proemio – a individuare e spegnere "i germi della corruzione" per prevenire la decadenza.

Non è dal caso che potrebbe mai sorgere una società illuminata: il caso tende a costituire una regola sui lati naturali del temperamento umano.

Nei *Saggi Politici*, un'estesa analisi di questi termini è svolta nel capo V del *Saggio* quinto, intitolato appunto "Dell'educazione", in cui è stabilita una stretta relazione tra lo stato delle cognizioni e la forma del governo. Altrimenti l'idea della libertà, osserva Pagano nel capo V del *Saggio* V, una volta persa l'"indipendenza nativa" (che è un'indipendenza negativa) non potrebbe più essere pensata.

Pagano nel proemio della Costituzione scrisse che "i principj delle Leggi tutte, e particolarmente di quelle, che riguardano l'educazione conviene che formino parte integrante della Costituzione". Pagano dopo aver precisato che "L'educazione è fisica, morale, ed intellettuale" [Cost., X, Art. 292], riprende dai *Saggi* le osservazioni sull'importanza della cultura nella formazione civile della persona scrivendo nella Costituzione delle scuole pubbliche e dei Teatri politici Repubblicani [Art. 290, Prog., pag. 39], in mediato riferimento, per la definizione delle virtù civili, alla filosofia di Gravina. Ma il pensiero del grande filosofo non è citato solo in forma mediata nel corso dell'opera paganianiana, né solo per argomenti indiretti è possibile valutarne l'influenza nei principj di riforma del diritto pubblico. Al centro del proemio del progetto

costituzionale, a folio VI-VII, Pagano, riprendendo i temi di fondo sui quali aveva sviluppato la dottrina dei *Saggi*, in modo particolare sull'unione politica e il principio di ragione civile, richiama questa fonte primaria: "Dal principio istesso dell'uguaglianza degli Uomini – scrisse Pagano – sviluppasi un secondo luminoso principio, base del diritto politico, il quale scorto prima da [...] Gravina, adottato poi da' celebri giurpubblicisti Francesi Montesquieu e Rousseau è la feconda sorgente de' diritti, e doveri del Cittadino [...]". Il principio del diritto pubblico al quale si fa riferimento nel proemio riguarda l'origine dello Stato: "Di queste volontà e forze raccolte in uno – aveva scritto Gravina – sorge la pubblica volontà e il più alto potere, di cui la prima parte è detta legge, cioè la ragione comune, civile sapienza e pubblica filosofia; l'altra l'impero cioè la forza e la potestà universale". Ed è proprio la sapienza, originariamente ininfluyente, che diviene il fondamento dello Stato moderno, fornita di potere effettivo e realtà politica. *Ex placida et inermi, armata prodiit, et imperiosa sapientia*. [Originum, II, XVII]. Gravina, per la severa analisi dei principi della libertà repubblicana nella storia del diritto romano, analisi in cui si innestano acute osservazioni sui corsi della storia e sulle cause della decadenza, costituiva, con la sua opera, una delle fonti politiche dirette nella stesura della Costituzione del 1799. La tutela della libertà civile rappresentava un tema centrale del progetto di riforma. Sul fondamento delle dottrine filosofiche si procede verso l'applicazione di essenziali intuizioni normative. Ancora si trovano disciplinati unitariamente progetti pedagogici culturali e studi sulla forma dello Stato. Il piano della riforma delle magistrature contiene essenziali innovazioni. Il progetto sulla magistratura dell'Eforato<sup>208</sup> per il controllo costituzionale dell'esercizio del potere esecutivo e legislativo, rappresenta una delle più alte realizzazioni del pensiero pubblicistico moderno: "un corpo – scrisse Pagano – [spogliato d'ogni altra funzione legislativa, esecutiva, e giudiziaria] che abbia la custodia della Costituzione, e della Libertà. Esso farà rientrare il Potere Esecutivo nella sua linea, se mai l'abbia oltrepassata. Esso opporrà un veto al Corpo Legislativo, se in qualche caso usurpi l'esecuzione; e nel tempo stesso ecciterà l'uno, e l'altro corpo, quando faccia di mestieri, all'adempimento de' suoi doveri, riparando insieme gli eccessi di commissione, e gli eccessi di omissione". Nella disciplina costituzionale della giurisdizione, infine, Pagano introduce i principi processuali che aveva studiato nelle *Considerazioni* in riferimento alla forma costituzionale re-

pubblicana, affinché nel domani fosse tutelata la libertà politica conquistata dalla nazione.

Sulla base delle osservazioni sulla forma della costituzione e la forma degli ordinamenti, può sostenersi che l'azione politica del 1799 completi e definisca, per le integrazioni normative del progetto costituzionale, l'opera di Pagano in cui si esprime il piano assoluto di formare la codificazione su basi filosofiche.

L'eredità del pensiero giuridico classico, filtrato attraverso la lezione di Pagano, aveva introdotto nel corso della codificazione europea modelli normativi carichi di una grande potenzialità innovativa, in un disegno politico originariamente pensato in modo unitario, la cui progressione può essere rilevata attraverso l'analisi dell'evoluzione delle dottrine dei *Saggi Politici* nelle tesi normative di riforma del diritto pubblico.

## NOTE

<sup>1</sup> *De Saggi Politici / Di / Francesco Mario / Pagano / Volume I. / Del Civile Corso Delle Nazioni / O Sia / De Principi, Progressi, E Decadenza / Delle Società. / In Napoli MDCCLXXXIII. / Presso Gennaro Verriento. / Con Licenza de' Superiori.; De' Saggi Politici / Di / Francesco Mario Pagano / Volume II. / Del Civile Corso Delle Nazioni. / In Napoli MDCCLXXXV. / Presso Vincenzo Flauto. / Con Licenza de' Superiori. - Per la seconda edizione: Saggi Politici / De' Principii, Progressi, E Decadenza / Delle Società. / Di Francesco Mario Pagano / Volume I. / Edizione seconda corretta, ed accresciuta. / In Napoli MDCCXCI. / A spese di Filippo Raimondi. / Con licenza de' Superiori. - De' Saggi/ Politici / Di / Francesco Mario Pagano / Volume II, [III] / In Napoli MDCCXCII. / A spese di Filippo Raimondi. / Con licenza de' Superiori. Per le edizioni delle opere paganiane si rinvia alle essenziali "ricerche bibliografiche" di G. SOLARI: *Studi su Francesco Mario Pagano*, a cura di Luigi Firpo, 1963, Edizioni Giappichelli Torino, [Parte terza, *Le Opere di Mario Pagano, Ricerche Bibliografiche*].*

<sup>2</sup> S.P.<sup>I</sup>, III, VI; S.P.<sup>I</sup>, II, XIV. La "Parte prima" dell'Introduzione è riservata alle analisi delle citazioni, tratte dai *Saggi Politici*, relative all'*istoria dei progressivi avanzamenti della potestà sovrana* e alla storia politica dei giudizi. Nel corso dei testi politici, per "sovranità" Pagano intende prevalentemente il potere di realizzazione nello Stato dei principi della ragione e della *publica philosophia* e di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

<sup>3</sup> Per la *S.N.* è stata seguita l'edizione a cura di F. Flora: GIAMBATTISTA VICO, *La scienza nuova secondo l'edizione del MDCCXLIV*, a cura di Francesco Flora, Milano, 1957. Il riferimento di Vico alle "innumerabili materie" intorno alle quali è dimostrata nella *S.N.* la corrispondenza tra "i tempi barbari primi e i tempi barbari ritornati" è in apertura del Libro quinto: gli "[...] innumerabili luoghi, che, per tutta quest'opera, d'intorno a innumerabili materie si sono finora sparsamente osservati [...]". Per i riferimenti testuali al *De uno universi iuris principio et fine uno* e *De constantia iurisprudentis* è stata seguita l'edizione a cura di P. Cristofolini: GIAMBATTISTA VICO, *Opere Giuridiche*, Introduzione di Nicola Badaloni, a cura di Paolo Cristofolini, Firenze, 1974. Per gli studi sulla comparazione tra la filosofia vichiana e la filosofia politica di Pagano, con particolare riferimento alle fonti platoniche comuni, è essenziale il saggio di GIOELE SOLARI, *Vico e Pagano, Per la storia della tradizione vichiana in Napoli nel secolo XVIII*, Roma, 1925, in cui è sostenuta la tesi della autonomia e originalità del sistema filosofico paganiano. M. AGRIMI, *Paragrafi sul "Platonismo" di Vico*, in «Studi filosofici», V-VI (1982-1983).

<sup>4</sup> Nella struttura dei *Saggi Politici* è determinante l'analisi filologica. Frammenti delle opere più remote, secondo il pensiero paganiano, avrebbero potuto consentire di formare i principi di una nuova filosofia delle origini della storia. Pagano delinea nel quarto dei *Saggi Politici* il metodo di ricerca seguito: "Un sacro e venerando deposito – scrisse – delle più gravi interessanti verità politiche mora-

li cosmologiche, delle quali la perdita sarebbe all'umanità fatale, per una non intermessa tradizione è passato da mano a mano, da nazione a nazione sotto le nubi de' misteri, che con diversi nomi hanno l'allegorie medesime infino a' nostri giorni conservate." [S.P.<sup>I</sup>, IV, cap. ultimo]. In un altro senso lo studio della poesia antica, in particolare lo studio dei testi omerici, diventa uno dei parametri di analisi della più remota storia politica e giudiziaria, una ricerca filosofica delle origini della civiltà e delle leggi storiche dei ricorsi. Su questo argomento Pagano ancora scrisse nel capo XIX del primo *Saggio*: "[...] apriremo, per dir così, il corpo delle favole, per ritrovarvi dentro l'ascosa istorica verità" [S.P.<sup>I</sup>, I, XIX].

Per una prima ricerca sui giudizi penali nella Grecia arcaica v., anche per l'ampia bibliografia, PAOLO BUTTI DE LIMA, *L'inchiesta e la prova, Immagine storiografica, pratica giuridica e retorica nella Grecia classica*, Torino, 1996; EVA CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano, 1991; TREVOR J. SANDERS, *Plato's penal code, Tradition, controversy, and reform in Greek Penology*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

<sup>5</sup> FRANCESCO MARIO PAGANO, *Saggi Politici, De' Principii, Progressi E Decadenza Delle Società, Edizione seconda corretta ed accresciuta*, a cura di Luigi Firpo e Laura Salvetti Firpo, Napoli Vivarium, 1993 [Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, "Opere Complete di Francesco Mario Pagano", Edizione critica diretta da Luigi Firpo, Volume I]. Per la prima edizione dei *Saggi* e l'analisi delle varianti testuali tra I e II ed.: FRANCESCO MARIO PAGANO, *Saggi Politici, Luoghi e varianti della prima edizione (1783-1785) rispetto alla seconda (1791-1792) e altri scritti etico-politici*, a cura di L. Salvetti Firpo, Napoli, Vivarium, 2004; *De' Saggi Politici*, Ristampa anastatica della prima edizione (1783/1785), cura [e Introduzione] di Fabrizio Lomonaco, Presentazione di Fulvio Tessitore. Un'ampia raccolta di studi, dopo le fondamentali ricerche di G. Solari, si registra sull'opera politica paganiana. Si segnalano alcuni testi per l'introduzione essenziale ai principii e alla bibliografia. In particolare: F. VENTURI, *Nota introduttiva a Francesco Mario Pagano*, in *Illuministi Italiani*, T. V, Riformatori Napoletani, Milano-Napoli, Ricciardi, 1962; *Il Pensiero Politico, Rivista di Storia delle Idee Politiche e Sociali*, 1995, Anno XXVIII, n. 1, [I *Saggi Politici* di Mario Pagano e la cultura politica europea nella seconda metà del Settecento] che contiene il fondamentale inquadramento dell'opera paganiana nella cultura settecentesca europea nel saggio di RAFFAELE AJELLO intitolato *I Saggi politici di Mario Pagano e il loro tempo*; per la filosofia napoletana è essenziale l'opera di GIUSEPPE GALASSO, *La filosofia in soccorso de' governi: la cultura napoletana del Settecento*, Napoli 1989. NUNZIO CAMPAGNA, *Potere legalità libertà*, presentazione di Antimo Negri, Rionero in Vulture, 1992, con una ampia bibliografia che conclude l'interpretazione analitica dei *Saggi*; *L'attualità del pensiero politico di F.M. Pagano*, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Atti del Convegno, Brienza, 25-27 ottobre 1999. Ancora sul generale inquadramento storico, è utile, per l'approfondimento delle fonti, il volume di VINCENZO FERRONE, in cui, in riferimento all'opera di Filangieri, è diffusamente studiata anche l'opera di Pagano: *La società giusta ed equa, Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Bari, 2003). Sul periodo rivoluzionario, cfr. *Napoli 1799, fra storia e storiografia*, a cura di Anna Maria Rao, Napoli, Vivarium, 2002. Cfr. Antonio Rossomando, *Mario Pagano e la cultura giuridica napoletana alla fine del Settecento*, in AA.VV., *1799-1999, Geografia e storia dell'idea di libertà*, 2000, Falzea editore, Reggio Calabria. Per il pensiero politico costituzionale: MARIO BATTAGLINI, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, Arch. Guido Izzi, 1994; VINCENZO CAIANIELLO, *Mario Pagano e la riforma delle istituzioni nella Repubblica napoletana del 1799*, Brienza 1999.

<sup>6</sup> S.P.<sup>I</sup>, I, I, pag. 11; S.P.<sup>I</sup>, III, *Appendice*, Cap. ultimo: “Sia ormai la storia una filosofia, cioè la scienza della natura [...] e la filosofia una storia, cioè la considerazione dell’anzidette varie fasi dell’umanità”.

<sup>7</sup> Mentre le *Considerazioni sul processo criminale* presentano un unico testo con limitate varianti tipografiche, riferibili a diverse tirature della prima edizione, le opere penalistiche postume vennero edite muovendo da diversi manoscritti. Si sono seguite nel testo le seguenti edizioni: *Considerazioni di Francesco Mario Pagano sul processo criminale*, in Napoli MDCCLXXXVII, nella Stamperia Raimondiana [tra le diverse copie catalogate, si è seguita l’edizione conservata presso la Biblioteca Nazionale di Napoli, coll. LII, 1, 36]; *Principj del codice penale [Teorie delle prove]*, opera postuma di Francesco M. Pagano, Milano, 1803. Presso Agnello Nobile libraio-stampatore; *Principj del codice penale e Logica de’ probabili, Per servire di teoria alle pruove nei Giudizj Criminali, di Francesco Mario Pagano*, Opera Postuma [...] Napoli 1806, presso Domenico Sangiacomo, a cui si riferiscono le citazioni testuali; *Della Ragon Criminale, Libri Due, di Francesco Mario Pagano, Dettati nell’Università degli Studj di Napoli dal dì 5 novembre 1794 sino a 3 giugno 1795* [copia manoscritta conservata nella Biblioteca Nazionale di Napoli, Ms. XIX 74]. Per le edizioni moderne delle opere penalistiche, infra, nota 9.

<sup>8</sup> La storia politica della giurisdizione in Pagano, nei *Saggi Politici* e quindi nelle *Considerazioni sul processo criminale*, riprende e per molti versi attualizza gli scritti vichiani sull’origine delle leggi penali, in particolare il capitolo intitolato *De legum poenaliū origine* contenuto nel *De Constantia iurisprudētis*, cit., [II, XX-VII] le cui tesi erano già in parte state sintetizzate nella *Scienza della legislazione* di Filangieri. Per una analisi introduttiva alla filosofia del processo in Vico si rinvia anche a: ALESSANDRO GIULIANI, *Il binomio Retorica-Procedura giudiziaria nella filosofia retorica di Giambattista Vico*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*. Milano, Giuffrè, I, 1993, pag. 69-87; e *La filosofia del processo in Vico ed il suo influsso in Germania*, in «Bollettino del Centro Studi Vichiani», Napoli, XXII- XXIII, (1992-1993) 345-367. Nel saggio di Giuliani sono evidenziate in sintesi le riflessioni vichiane sulla forma del processo e le corrispondenze con l’opera politica di MONTESQUIEU, sulla relazione tra governo e leggi processuali.

<sup>9</sup> Nel rinnovato interesse scientifico per lo studio dei sistemi normativi codificatori formati alla fine del Settecento in Europa e delle fonti su cui si è costituita la procedura penale moderna, si è determinata di recente una vasta produzione di studi sulle opere giuridiche di F. M. Pagano: in particolare si sono registrate in questi ultimi anni nuove edizioni dei suoi testi giuridici fondamentali tra i quali si segnalano: ELIO PALOMBI, *Mario Pagano e la scienza penalistica del XIX secolo*, Seconda edizione riveduta ed ampliata; in *Appendice: Allegazione contro Sabato Totaro [...] in grado di nullità*, Napoli, 1989. - *Considerazioni di Francesco Mario Pagano sul processo criminale*, in Napoli, MDCCLXXXVII, Nella Stamperia Raimondiana. (Edizione anastatica, con Prefazione di Emilio Nicola Buccico e una Nota di Aldo Casalnuovo, Matera, 1995). - F.M. PAGANO, *Principj del codice penale e Logica de’ probabili*, Ristampa anastatica dell’edizione napoletana del 1819, [Unione delle Camere Penali Italiane], Cedam, 1997. - *Considerazioni sul processo criminale / Principj del codice penale / Teoria delle prove (Logica de’ probabili) di Francesco Mario Pagano*, Introduzione di Elio Palombi, Presentazione di Giovanni Conso, 1998 - *Principj del codice penale - Logica de’ probabili per servire di teoria alle pruove nei Giudizj Criminali* (“Il testo pubblicato segue quello ap-

parso a Napoli nel 1815”), in *Francesco Mario Pagano, Giustizia criminale e libertà civile*, Introduzione e cura di Roberto Racinaro, Roma, 2000; rilevante, anche per l’analisi comparata dei principi logico-analitici in Pagano, all’interno di una sistematica interpretazione dei principi dei *Saggi*, è il volume di NUNZIO CAMPAGNA, *Potere legalità libertà*, cit., pag. 119 ss. Per un approfondimento bibliografico sulla dottrina processuale contemporanea relativa all’applicazione della teoria dei probabili al sistema delle prove, cfr. *La teoria del valore probatorio*, a cura di Särdenfors, Hansson, Sahlin, Milano, 1997.

<sup>10</sup> Nei *Saggi* si trova frequentemente analizzata la legislazione romana arcaica in quanto Pagano, in mediato riferimento alla lezione vichiana, trae sistematici elementi di analogia dalla osservazione dei principi della storia. In particolare, secondo la definizione “universale” di feudalesimo data nel capitolo VII del *Saggio* VI, scrisse: “Il governo feudale [...] è a tutti i popoli universale [...] quando il governo è debole e languente, quando la pubblica forza ed autorità è disciolta, quando i sociali legami sono infranti, quando l’anarchia e l’indipendenza regna, quando la nazione o dallo stato selvaggio è frescamente uscita, ovvero è nella decadenza sua.”; gli stessi termini “violenza privata” e “giustizia privata” assumono, rispetto alla storia del diritto romano un significato giuridico, costituito in riferimento alla filosofia di Vico e di Filangieri, funzionale alla critica immediata del feudalesimo e dell’assolutismo monarchico nel ’700.

<sup>11</sup> S.P.<sup>I</sup> III, XXI. Secondo Pagano i feudatari avevano acconsentito prima a riservare alle magistrature pubbliche le controversie private sui beni patrimoniali, che a riconoscere la legittimità del giudizio penale. Nel programma politico, diretto a contrastare la legittimità della giurisdizione statale, programma in cui si esprime in modo mediato la violenza e il sentimento arcaico di onore del mondo medievale, si delineano anche alcuni degli elementi di organizzazione sociale che risulteranno propri della *mafia* nello Stato unitario. Nella *Sicilia dai Borboni ai Sabaudi*, di NAPOLEONE COLAJANNI, si legge un’analisi essenziale: “La *mafia*”, che è un’organizzazione che tende a promuovere solo il reciproco interesse, “astrazione fatta da qualunque considerazione di legge, di giustizia, di ordine pubblico, è un sentimento medievale di colui che crede di poter provvedere alla tutela ed alla incolumità della sua persona e dei suoi averi con il suo valore e la sua influenza personale, indipendentemente dalla azione e dalla autorità delle leggi.” [ed. a cura di Giovanni Conti, pag. 25] Sulla definizione relativa alle circostanze universali sulle quali si fonda il feudalesimo, cfr. S.P.<sup>II</sup>, VI, VII.

<sup>12</sup> Il Capo XIX dei *Principj* contiene un essenziale riferimento ai *Saggi Politici*: “La transazione o sospende, o estingue l’accusa. Ella si è una *convenzione tra il reo, e l’accusatore nell’incertezza dell’esito del giudizio, per cui si obbliga il reo di fare, e l’accusatore di rimmettergli qualche cosa*. L’origine di siffatte transazioni ripeter si deve dall’epoca della barbarie delle Nazioni. Quando non erasi interamente ancor formata la pubblica forza, e ricorrevasi alla privata, l’intestina guerra decideva delle private controversie: l’offesa veniva seguita dalla vendetta, e quindi questa era sospesa o dalla tregua, o dalla pace. La pace non si formava, che per mezzo delle transazioni tra l’offeso, e l’offensore. Il primo incarico de’ nascenti Governi si fu o di presedere alle transazioni, o di costringere le parti a convenirsi: e finalmente forzare l’offeso a rinunziare alla vendetta, e costringere il reo ad accettare la pena”.

<sup>13</sup> Vico, come è noto, aveva svolto ricorrenti analisi filosofiche su questo tema, analisi che qui possono essere solo sinteticamente richiamate e a cui Pagano fa rife-

rimiento in modo mediato per delineare i principi della storia degli avanzamenti della sovranità. Nel libro IV [XIV-2] dei *Principj di scienza nuova* in particolare si legge: «Ancora in quelle repubbliche eroiche d'Aristotile che non avean leggi da ammendar i torti privati, vedemmo, sopra, le revindicazioni esercitarsi con vera forza (che furono i primi duelli o private guerre del mondo), e le condiczioni essere state le ripresaglie private, che dalla barbarie ricorsa duraron fin a' tempi di Bartolo. / Imperciocché, essendosi incominciata ad addimesticare la ferocia de' tempi, e, con le leggi giudiziarie, incominciata a proibirsi le violenze private, tutte le private forze andandosi ad unire nella forza pubblica, che si dice "imperio civile", i primi popoli, [...] dovettero naturalmente imitare quelle forze vere, ch'avevan innanzi usate per conservarsi i loro diritti e ragioni [...]». Nel capitolo CXVIII del *De uno* Vico osserva che la potestà civile ha come proprio fine la rimozione della violenza. Si corrispondono in modo alternativo l'analisi sulla educazione e la repressione, *persuasio et impulsio*, secondo la lezione ficiniana del testo politico platonico (*Respublica*, VII, 519-E; *Omnia Platonis Opera*, pag. 357, Venezia, MDLXXI). Per un recente commento all'esercizio della forza nello Stato in riferimento alla filosofia platonica, cfr. EMANUELE SEVERINO, *Lezioni sulla politica, I Greci e la tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, 2002, pag. 52-53; sulla analisi storico-filosofica della relazione tra violenza e ordine giuridico, si rinvia al fondamentale saggio di J. DERRIDA, *Forza di legge*, Boringhieri, 2003 [1994]; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Boringhieri, 2003.

<sup>14</sup> Vico, nel *De const. iur.*, nella storia dei sistemi penali [II, XXVII - 26], per definire lo stato sociale privo di tutela pubblica, aveva scritto che nelle più arcaiche società ciascuno individualmente tutelava i beni e la persona resistendo fisicamente alla violenza: "[...] *suas res quisque manu tuebatur*". L'espressione *indipendenza privata*, che è riferita alla prassi dell'autotutela, come forma esclusiva di difesa, viene usata nei *Saggi*, per intendere la condizione politica in cui ancora manchi la distinzione tra *pubblica e privata ragione* e dove la "tutela e difesa de' personali diritti" è affidata ancora, quasi esclusivamente, all'iniziativa individuale. Nel *Saggio III* al Capitolo XX questo principio si trova ulteriormente precisato: "[...] le cose private, la personale difesa [...] veniva peranche ai privati affidata. L'impero domestico era nel suo vigore [...]".

<sup>15</sup> Vico, nel Libro quinto della *Scienza Nuova* [I, 2] intitolato *Del ricorso delle cose umane* (dove, riferendosi al proprio tempo, scrisse: "*infino alla mia età*") rileva la persistente mancanza o la insufficienza della giurisdizione statale, nei conflitti tra i feudatari: "nel nostro Reame di Napoli [...] i baroni, non co' i giudizi civili ma co' duelli vendicavano gli attentati fatti da altri baroni dentro i territori dei loro feudi". *S.N.*, cit., pag. 536.

<sup>16</sup> G. VICO, *De uno*, cap. CLVI. Nella decadenza delle nazioni, con il degrado delle relazioni sociali, secondo la filosofia paganiana, si determina un potenziale ritorno allo stato originario di violenza.

<sup>17</sup> I capitoli VI-XVI delle *Considerazioni sul processo criminale* sono interamente dedicati alla storia politica dei sistemi giudiziari.

<sup>18</sup> G. VICO, *Principj di scienza nuova*, cit., *Del corso che fanno le nazioni*, Libro quarto, pag. 447; Libro IV, Cap. X. *De uno*, CLXXXVII-VIII-IX-//CC-I ss.; MONTESQUIEU, *Esprit de Lois*, Lib. VI. Sul sistema penale nell'opera di Montesquieu: MARIO A. CATTANEO, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.



<sup>19</sup> *La Scienza della legislazione di Gaetano Filangieri*, [Filadelfia, Nella Stamperia delle provincie unite] Tomo Terzo, Libro III, Delle leggi criminali, Parte seconda, Capo XXXV, *Del rapporto delle pene coi diversi oggetti, che compongono lo stato di una Nazione*, pag. 88.

<sup>20</sup> Il principio viene formato anche attraverso una attualizzazione e un commento delle tesi della filosofia politica greca [*Aristotele*, Pol., III, 11, 21; 1282 a]. A. Giuliani, nel citato saggio sulla filosofia del processo, ha analiticamente trattato del rapporto tra forma della costituzione e forma dell'ordinamento processuale in Vico e Montesquieu (cfr. nota 8).

<sup>21</sup> Vico nel *De uno* [cap. CVIII], aveva distinto nell'analisi della sovranità, in due forme lo *jus cogendi*: “[...] *in noxios cives, domi, iudiciis; in exteris iniurios, foris, bello*”. Sul delitto religioso nelle società antiche: *Le délit religieux dans la cité antique*, Collection de l'Ecole française de Rome (48) 1981.

<sup>22</sup> I trattati giuridici del tempo definiscono il potere giurisdizionale come uno dei contenuti essenziali del potere baronale. Si ricorda, ad esempio, la definizione di B. Manerio: “Baro est persona, in dignitate constituta, ex iurisdictione, et potestate, quam obtinet in subditos” [*Tractatus de numeratione personarum, auctore Ioanne Bernardino Manerio, Neapoli M.DC.XCVII*, Tit. XII, pag. 164.]. BENEDETTO CROCE, nella *Storia del Regno di Napoli* [III-V], come è noto, osserva che nell'amministrazione feudale dello Stato, si ebbe modo di rilevare, quale eccezione, che alcuni feudatari svolgevano talvolta con attenzione e imparzialità le funzioni pubbliche della amministrazione e della giustizia: “Anche il Filangieri sentiva necessità di una simile protesta, dopo aver descritto i vizi dei Tribunali baronali”.

<sup>23</sup> Le analisi vichiane contenute nel *De legum poenaliium origine* [De Const. Iuris., II, Caput XXVII, 3] si riferiscono alla distinzione tra “damnum et malum”, rilevante, in particolare, per l'analisi dell'origine dei giudizi pubblici. (“*Omnis iniuria ad haec duo genera revocatur, damnum et malum: damnum rebus, malum hominibus datur.*”). “Il danno – osserva Vico – riguarda le cose, mentre il male gli uomini. Dato che ogni violazione dell'ordinamento può produrre o un danno o un male, da queste distinzioni derivarono le prime forme di pena, “*duo prima poenarum genera*” cioè pene patrimoniali e fisiche. Le prime, di regola, nella misura del doppio; ma, secondo il principio “pitagorico” della *aequalitas*, nella stessa misura del danno: “chiunque avesse inferito un danno – scrisse Vico – doveva incorrere nella pena di un pagamento in beni stimato per il valore eguale al danno stesso” (*tantundem poenae*); mentre nel caso del male, cioè del delitto che avesse causato un danno fisico, valeva la regola della stessa offesa: “*iniurians idem pati*” [II, XXVII, 5]. Filangieri, in riferimento alla legislazione “pitagorica” riprende questi essenziali temi vichiani [S.L., III, II, XXXV, nota 3]: “Aristotele nella sua Etica chiama il taglione il giusto pitagorico, perché Pitagora si stabilì nella Magna Grecia da lui trovata precisamente in quello stato di barbarie, di cui qui si parla.” Sul principio della pena e “della stessa offesa”, TREVOR J. SANDERS, in *Plato's penal code, Tradition, controversy, and reform in Greek Penology*, Clarendon Press, cit., pag. 77 ss.: “The essential feature of a talionic punishment is like for like [...] the offender suffers exactly and literally what he has inflicted”. L'autore approfondisce le fonti, prevalentemente letterarie, della tradizione giuridica su questo genere di sanzioni.

<sup>24</sup> L'importante riferimento al superamento di ogni forma di disegualianza nella qualificazione del delitto o forma della pena, secondo la diversa classe sociale dell'accusato, venne svolta sinteticamente da Vico nel *De constantia iuri-*

*sprudentis* [II, Cap. XXVII, 13], in particolare dove scrisse: “Exinde etiam plebei caedes, tanquam equalis, perduellio dicta est”.

<sup>25</sup> Per un ulteriore commento coevo sull’origine dei sistemi penali: FRANCE-SCANTONIO GRIMALDI, *Riflessioni sopra l’ineguaglianza tra gli uomini*, In Napoli, MDCCLXXIX, Presso Vincenzo Mazzola-Vocola, Impressore di Sua Maestà, Parte III, VI. L’opera di Grimaldi è stata di recente, accuratamente, ripubblicata in: *Sistema Bibliotecario Vibonese*, Vibo Valentia, 2000 a cura di Franco Crispini. Sulle relazioni tra Pagano e Grimaldi ha di recente scritto Fabrizio Lomonaco, nella Introduzione alla “Ristampa anastatica della prima edizione” dei *Saggi Politici*, op. cit., pag. XLVI ss.

<sup>26</sup> *Considérations Sur La Procédure Criminelle, Par M. Pagano, professeur royal de droit criminel en l’ université de Naples. Ouvrage Traduit De L’Italien, et Dédié a Monsieur, Frère du Roi: Par M. De Hillerin [...]* A Strasbourg, De L’Imprimerie Ordinaire Du Roi, M.DCC.L XXXIX. Per le prime recensioni dell’edizione italiana in Francia, *L’Esprit des Journaux*, Décembre 1787, pag. 157 [e *Journal d’octobre*, 1787, pag. 381].

<sup>27</sup> *Des lettres de cachet et des prisons d’état, première [seconde] partie, Ouvrage posthume, composé en 1778*, A Hambourg, M.CCC. LXXXII. L’opera è generalmente attribuita, sia pure con alcune attribuzioni concorrenti, a G.H. De Mirabeau. Il trattato sulle lettere di arresto, fortemente critico contro il “dispotismo” inquisitorio, contiene il nucleo della scienza penitenziaria moderna ed è essenziale nella storia dei sistemi penali per l’analisi delle condizioni legali dello stato di detenzione. Sulle *Lettres de cachet* nell’*Ancien Régime* e il controllo che producevano sulla vita sociale si rinvia alla documentata analisi di BRIAN E. STRAYER in cui si trova studiata anche l’opera di Mirabeau: *Lettres de cachet and Social Control in the Ancien Régime, 1659-1789*, American University Studies, Peter Lang, New York, 1992. Strayer conclude per l’attribuzione dell’opera a Honoré Riquetti comte de Mirabeau: «Mirabeau’s *Essai (Essai sur le despotisme)*, however, constituted merely the prologue to a much larger work, his *Lettres de cachet et prisons d’état* (written in 1778). Fittingly, he wrote it at chateau of Vincennes where his father, the Marquis de Mirabeau, had sent him by *lettre de cachet*, for his debts and indiscretions... In this book, Mirabeau vigorously attacks *lettres de cachet* as opposed to reason, positive law, justice, and natural law as well as moral law, the social contract, and conscience. The so-called “divine right rule” which justified their use he calls “the divine right of tyranny”, despotisme and brigandage».

<sup>28</sup> G. GRAVINA, *Oratio pro romanis legibus*: “[...] ab impetu deducuntur ad rationem, atque a rixis ad Judicia transferentur, quae majores nostri praeliorum loco substituerunt, ut res, quae antea non sine frequenti caede, publicoque cum periculo per vim repetebantur, in posterum non in acie, sed in Jure manu conserata reposcerentur, ac verum praelium in imaginarium aliud festucarum conflictu imitatum converteretur [...]”. In *Orationes*, Neap., 1723, VII. Su questo tema anche la S.N. di Vico [IV, X, 2]: “[...] i duelli contenevano giudizi reali, che peroché si facevano *in re praesenti*, non avevano bisogno della dinonzia; onde restarono le *vindiciae*, le quali, tolte all’ingiusto possessore con una finta forza, che Aulo Gellio chiama *festucaria*, “di paglia” (le quali dalla forza vera, che si era fatta prima, dovettero dirsi *vindiciae*) si dovevano portare al giudice [...]”.

<sup>29</sup> G. VICO, *Principj di scienza nuova*, cit., IV, XIII, I, pag. 498. Si tratta di uno dei punti di maggiore rilievo in cui Vico, scrisse del “mescolamento” di “for-

me seconde”, per la inclinazione naturale degli uomini a conservare “per qualche tempo l’impressione” di usi arcaici.

<sup>30</sup> Nel capitolo XVII del secondo *Saggio*, Pagano, in una delle frequenti sintesi che accompagnano, come si è rilevato, la costruzione dell’opera, introduce l’analisi della permanenza di antiche forme di aggregazione nelle costituzioni meno evolute: “La società fiaccò le forze del domestico impero. Verrà dimostrato in appresso che quanto maggior perfezione la società ricevette, quanto più crebbero le forze della pubblica potestà, altrettanto il familiare impero s’indebolì. Ma per gran tempo serbò il suo potere nelle stesse barbare società.”

<sup>31</sup> “Il processo romano antico ci presenta l’immagine di una guerra con ogni solennità eseguita”. L’espressione paganiana relativa allo stato di una antica violenza politica ritualizzata nelle forme processuali, sembra in particolare rilevata dall’insegnamento vichiano, dal *De Constantia Iurisprudentis* [II, XXII-XXVII] dove Vico scrisse di copie, di imitazioni delle forme arcaiche di autotutela: “Inde postremo cessare inter gentes vi exerceri privata iura, et succedere illa *violentiae imitamenta* [...]”.

<sup>32</sup> *De uno*, CXXIV [CLXXXII], *Ius Quiritium Romanorum - Fabula Iuris Gentium* [2]: “Et sic, per haec violentiae imitamenta, ius quiritium romanorum quandam iuris gentium fabulam agere videbatur [...]”. *De const. iuris* II, XXII [27]; Pagano, nell’Appendice al primo *Saggio*, al cap. XVI, dà una ulteriore definizione filologica del termine *fabula*: “Così fatte eroiche narrazioni furon dette *fabulae*, da’ latini, e *mythoi* da’ Greci. E *fabula* val quanto discorso, essendo originata da *fari*, discorrere. Ed è la medesima la nozione di *mythos*, che vale parola, detto.” Per il termine *violentiae imitamenta*, cfr. ancora la nota 31 e la nota 34.

<sup>33</sup> *Considerazioni*, cit., VII, 36.

<sup>34</sup> Gaetano Filangieri aggiungeva degli elementi essenziali per l’interpretazione della filosofia vichiana (S.L., III, II, XXXV, pag. 81, nota 2: “Giustiniano forse per questa ragione le chiamava *Juris antiqui fabulas*; ed in fatti l’*Jus Quiritium* de’ Romani, come lo dimostra il celebre Vico, non conteneva che i simboli di quello che si praticava nell’antico stato della naturale indipendenza [...]”).

<sup>35</sup> G. VICO, *De const. iuris.*, cit., II, cap. XXVII- 22. Come si è rilevato, è fondamentale in questa pagina vichiana l’analisi costituita sull’imitazione normativa [fabulam] e la poesia: *iuris maiorum gentium poema*. S.N., IV, XIV, 2: “i primi popoli, per natura poeti, dovettero naturalmente imitare quelle forze vere ch’avevan innanzi usate per conservarsi i loro diritti e ragioni [...]”.

<sup>36</sup> La categoria aristotelica della mimesi si trova in genere diffusamente studiata nell’opera paganiana, anche in riferimento alla analisi dell’origine delle arti, secondo la tradizione rinascimentale mediata attraverso la lezione filosofica vichiana, come risulta dall’Appendice al primo *Saggio*, negli studi di Poetica.

<sup>37</sup> *Considerazioni sul processo criminale*, cit., capo VII, pag. 35. Pagano, rispetto alla tradizione filosofica precedente, introduce un giudizio fortemente negativo nella analisi delle cause della perpetuazione di “spenti costumi” nelle società arcaiche, come nelle società in stato di decadenza. Quando, nello stato di decadenza politica, si esercita un *assoluto potere*, rileva Pagano nel capitolo VI del *Saggio* VII, “nuove nozioni” s’accordano al significato di leggi superate, che restano apparentemente in vigore mentre lo stato sociale è profondamente mutato.

<sup>38</sup> Ancora scrisse Pagano su questo stesso argomento: “Non potendo adunque gli offesi vendicarsi de’ nemici loro [...] e volendo i rifuggiti acquistar la li-

bertà, si convennero insieme gli uni e gli altri, e gli offensori si comprarono con doni e pace, [la] libertà. / L'esilio adunque della patria, che intiepidendo col corso del tempo il furor della vendetta, diè luogo alle transazioni, la mediazione di un potente e soprattutto del Re, o capo della nazione, l'autorità della dominante assemblea, che difendeva per i principj del pubblico diritto la ragion degli asili, furon le tre sorgenti delle transazioni e delle pecuniarie pene, colle quali i più gravi delitti veggonsi puniti nel codice delle barbare genti". Nei *Saggi Politici* le origini dell'asilo sono studiate in riferimento alla legislazione vigente durante la prima metà del '700, in particolare sull'immunità reale, residuo di arcaici titoli feudali o ecclesiastici. Sul tentativo di riforma dell'immunità reale si registrano diversi interventi normativi, nel Settecento, con l'introduzione di procedure e giurisdizioni particolari, tra cui il *Trattato [...] tra la S. Sede, e la Corte di Napoli* del 1741, Capo II. Cfr. su questi temi la nota 42 ss.

<sup>39</sup> Gli elementi politici svolti nei *Saggi* sulle cause delle transazioni, si trovano sviluppati, come si è rilevato, nel capitolo XVII dei *Principj del codice penale*. "L'origine di siffatte transazioni ripeter si dee dall'epoca della barbarie delle Nazioni. Quando non erasi pienamente ancora stabilita la pubblica forza, ricorrevasi alla privata, e l'intestina guerra decideva delle controversie tutte [...]". Ancora nei *Saggi Politici* viene criticato l'istituto della transazione nel diritto europeo alla fine del '700: "Questi barbari diritti, questa facoltà di transigere con certa quantità di denaro [...]; diritti e facoltà, che per vergogna del secolo colto e illuminato, in cui viviamo, sussistono ancora, che mettono in mano del suddito la suprema potenza legislativa, a cui solo si appartiene stabilire le pene e fissarne la qualità [...] pongono il suddito al di sopra del sovrano stesso...".

<sup>40</sup> Per l'analisi, corredata di un'ampia bibliografia, del superamento della giustizia privata (il "ben noto processo di progressiva limitazione del sistema della vendetta privata nella Roma arcaica") si rinvia anche al saggio di LORENZO GAGLIARDI, "Iure caesus esto", in *Labeo* [45, 1999, 3, pag. 421-439]; per l'interpretazione della "universale pecuniarizzazione" della sanzione dell'illecito privato e della progressiva eliminazione di ogni riflesso penale nell'ambito del diritto privato: BERNARDO ALBANESE, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato*, in *Synteletia*, Arancio-Ruiz, a cura di Antonio Guarino e Luigi Labruna, 1964, II, pag. 104 ss. Per il superamento nel diritto romano "dell'autodifesa violenta dei privati" e lo studio delle opere filosofiche moderne sulla concordia, cfr. ancora il recente autorevole saggio di FRANCESCO P. CASAVOLA, *Il diritto come strumento di pace*, Quaderni, Lumsa, Roma, 1999, n. 15, pp. 47-60.

<sup>41</sup> Sul metodo analogico nell'opera paganiiana cfr., tra l'altro, il capo I del primo Saggio "In cui si ragiona dell'idea dell'opra", pag. 11: "La maniera di dimostrare così fatte materie, come son queste che io tratto, è l'analogia, la connessione e rapporto de' fatti [...]".

<sup>42</sup> *Constitutio Criminalis Theresiana, ovvero Costituzione Criminale di Sua Sacra Cesarea Regia Apostolica Maestà D'Ungheria, e Boemia [...]*. M. Theresa Arciduchessa d'Austria, a Vienna, stampato presso Giovanni Tomaso Nobile di Trattnern, 1769.

<sup>43</sup> G. FILANGIERI, *S.L.*, III, II, XXXV, note; Appendice. In Pagano, nel capitolo sesto del secondo *Saggio* viene introdotto, in riferimento alle origini del diritto di asilo, lo studio delle cause di contrasto politico tra i poteri feudali e la forza pubblica della magistratura. "La Greca voce *asylon* vien da *syle* preda rapita ne' boschi. *L'a* è intensivo, come dicono i gramatici, ed aggiunge forza,

come in *abios* pieno di vita. Onde *asylon* è luogo pieno di preda. Le case de' Romani conservarono sempre questo diritto di asilo. Il giureconsulto Cajo alle leggi delle 12 tavole attesta ciò. Nelle sue proprie case era ciascuno eziandio sicuro dalla forza del magistrato”.

<sup>44</sup> Per l'accordo istitutivo del Tribunale Misto venne pubblicato il *Tratatto di Accomodamento Tra la S. Sede, e la Corte di Napoli, Conchiuso in Roma tra li Plenipotenziarij della Santità di Nostro Signore Papa Benedetto XIV e della Maestà di Carlo Infante di Spagna, Re Delle Due Sicilie*. [Capo Nono. Tribunal Misto, pag. 37]. In Napoli, M.DCC.XLI., Per Francesco Ricciardo Stampatore del Real Palazzo. Inoltre, sulla definizione delle funzioni del Tribunale Misto, scrisse F. AMIRATI, in: *Il Puro Gius Pubblico Napoletano, Esposto dal Dottor Filippo Ammirati* [...] Napoli, MDCCLXXXII, Nella Stamperia Pergeriana, Libro I, Tit. VI, 9, pag. 83: “Dopo lunghi contrasti tra la Corte di Napoli, e quella di Roma, toccanti articoli giurisdizionali, finalmente l'anno 1741 vennero ad un accomodamento il nostro Re Carlo, e Papa Benedetto XIV. Tral convenuto, vi fu, che in certi articoli, [...] ambe le Podestà congiuntamente proceder dovessero. Quindi al capo nono del Trattato di accomodamento fu convenuto, doversi formare (come fu formato) un Tribunale, nel qual seder dovessero ed Ecclesiastici per parte del Sacerdozio, e Laici per parte dell' Impero. Il quale magistrato per esser i Laici, ed Ecclesiastici ministri composto, meritamente *Tribunal Misto* fu detto”.

<sup>45</sup> Il secondo capitolo “Della decadenza delle nazioni” nella edizione del 1792, venne intitolato da Pagano “Stato delle cognizioni nelle nazioni corrotte”. VICO, nei *Principj di scienza nuova*, in riferimento al tema politico della decadenza delle nazioni, aveva scritto, con espressioni la cui forma sembra riflettersi nei *Saggi*, come nella “Conchiusione” della *Scienza Nuova*, della relazione tra “particolari proprie utilità”, e la regressione nello stato di *isolazione*: “tai popoli [...] si erano accostumati di non ad altro pensare ch'alle particolari proprie utilità di ciascuno ed avevano dato nell'ultimo della delicatezza [...]”.

<sup>46</sup> G. VICO, *Principj di scienza nuova*, cit., Libro I, IV, pag. 132-133, sul tema dell’“amor proprio” introduce forme di analisi, che si riveleranno essenziali nella pedagogia di Filangieri.

<sup>47</sup> PAOLO SARPI, *Discorso dell'origine, forma, ed uso dell'Ufficio dell'Inquisizione nella città, e dominio di Venezia* [è seguita nel testo l'edizione – s.l. – del 1638, pp. (5) 158. Per un'introduzione bibliografica agli scritti di Sarpi sull'inquisizione v. P. SARPI, *Scritti giurisdizionalistici*, a cura di G. Gambarin, Bari, 1958, nota III, pag. 312-314.

<sup>48</sup> “[...] *secretum* e *secretarium* – scrisse Pagano nel capo XII delle *Considerazioni* – è il privato luogo de' giudizj. Egli è noto a ciascuno, che in tempo della libera repubblica della sorte, della vita, e della libertà de' cittadini giudicavasi nell'ampio foro, nel mezzo di un numeroso popolo spettatore, e sotto gl'Imperatori nell'anguste mura di remoti palagi col intervento dei soli litiganti, e di pochi curiosi stabilivasi la morte o la vita del'accusata gente”. “Nelle costituzioni del IV e del V secolo – come si rileva, con ampi riferimenti bibliografici, nell'opera di BERNARDO SANTALUCIA in *Diritto e processo penale nell'antica Roma* (VII, 139) – l'accusa è ricordata solo di rado. Ormai i reati sono perseguiti di ufficio [...]. Il principio della pubblicità dei processi subisce notevoli restrizioni, e le *cognitiones* sono spesso tenute nei *secretaria* dei funzionari”. Per il diritto processuale romano, cfr. anche V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1968, cap. IV, pag. 107 ss.

<sup>49</sup> *Dissertatio Juridica Inauguralis / De/ Origine Processus/ Inquisitorii / Quam / Rectore Magnificentissimo, /Serenissimo Principe Ac Domino, DN. Philippo Wilhelmo, [...] Sub Moderamine DN. Christiani Thomasi [...] Universitatis Directoris [...] in Auditorio Majori / Die XV. Maji A. MDCCXXIV. [...] Joachimus Salzsieder [...], Halae et Lipsiae, Apud Ioannem Christophorum Krebsium, MDCCXXIV.* [V. nota 148].

<sup>50</sup> N. CARAVITA, *Ragioni*, cit., III, pag. 147. Per la limitazione della giurisdizione ecclesiastica nel *Discorso [...] dell'Ufficio dell'Inquis.*, cfr. cap. XVIII-XXXI della cit. ed. dell'opera di Sarpi [V. nota 47].

<sup>51</sup> Per una prima, generale, introduzione alle ragioni storiche dei conflitti relativi all'inquisizione e alla cultura filosofica nel Regno di Napoli in quel tempo, vedasi la recente sintesi pubblicata da Fabiana Cacciapuoti: *Il processo agli ateisti: dalle discussioni teologiche al giusnaturalismo [3: Il processo agli ateisti (1688-1697) la logica del potere]*, in *Dalla scienza mirabile alla Scienza nuova, Napoli e Cartesio*, Biblioteca Nazionale di Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli, nella Sede dell'Istituto, MCMXCVII. Sui principi della filosofia giusnaturalistica a Napoli nel secolo XVII, sono state pubblicate essenziali opere filologiche e storiche, di seguito citate in diretto riferimento all'analisi della dottrina penalistica giuridico-processuale di Giuseppe Valletta e di Nicolò Caravita (nota 92, 152-3).

<sup>52</sup> Conforme la sostanza del XII capitolo del quinto *Saggio*: "Ma nel fonte istesso alla libertà si arreca violenza, quando si assaltino la volontà o la ragione".

<sup>53</sup> L'identico tema del condizionamento della volontà viene trattato in riferimento alla teoria della libertà politica della persona [S.P.<sup>II</sup>, V, XII] e quindi applicato alla teoria del governo [S.P.<sup>II</sup>, VI, IV].

<sup>54</sup> Nei *Principj del codice penale*, al capitolo IX, con una evidente corrispondenza rispetto ai termini di analisi dei *Saggi* si legge che "diversa è la forza dell'effetto che sospende o all'intutto o in parte la ragione".

<sup>55</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVI.

<sup>56</sup> Vico, anche seguendo i principi normativi di Giuseppe Valletta, aveva sinteticamente introdotto le principali nozioni dello stato di necessità, scrivendo dei due *diritti* della somma necessità e dell'innocua utilità: "[...] Illa duo Jura, alterum de apice necessitatis, quo licet mihi, te invito, de tuo vititare, si nulla mihi aliunde exhibendae et sustentandae vitae copia suppetat: alterum de innocua utilitate, quo licet mihi, te invito, tua re uti, sive adeo abuti, qui usus abusuve mihi sit utilis, tibi nullum afferat detrimentum". [*De uno*, cit., cap. XLVIII; LI]. Per la traduzione delle opere di J.P. Marat successivamente citate: J.P. MARAT, *Disegno di legislazione criminale*, traduzione e introduzione di Marco Antonio Aimo, Prefazione di Mario A. Cattaneo, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano-Varese, 1971, pag. 72 (sulla critica dei limiti del diritto di proprietà).

<sup>57</sup> G. VICO, *De uno*, cit., cap. CVIII.

<sup>58</sup> G. Vico scrisse di *alte potenze* [*De uno*, cit., cap. CLV] in riferimento alla costituzione olandese, per il corso di riunione politica e la forma di governo stabilita in modo unitario: "plura summa imperia in unum corpus composita".

<sup>59</sup> G. VICO, *S.N.*, V, 2: fondamentale per il futuro metodo comparato di riforma dei sistemi penalistici è la parte del V Libro sul "ricorso del diritto romano antico fatto col diritto feudale". Per il "legame della vita privata con la pubblica", anche in riferimento all'opera di Vico, cfr. B. CROCE, *Intorno all'idea dello Stato*, in "Orientamenti", Milano, 1934,

<sup>60</sup> In Gravina si rileva un uso affine del concetto di *affectio*, per la critica all'interesse privato nella gestione dello Stato e nell'interpretazione della legge. Nell'*Oratio pro romanis legibus*, Gravina scrisse della necessità della mancanza di affezioni private, appunto, *affectionibus*, nei giureconsulti. L'analisi teorica sul controllo dei conflitti di giurisprudenza, va riferita anche all'orazione sulla dottrina dell'interpretazione della legge: J. VINCENTII GRAVINAE, *De recta in jure disputandi ratione*, Oratio habita in Romano Archigymnasio, XVI Kal., Dec. MDCCI.; *Or. pro rom. leg.*, cit., VII, pag. 217. Cfr. anche, per un uso filologico concorrente del termine *affectio*, uso dipendente dal diverso contesto formale: VICO, *De const. iuris.*, II, II.

<sup>61</sup> Vico aveva dato, del termine *aquilex*, una lettura filologica in parte diversa, nel *De uno universi iuris principio et fine uno*: "Certamente la prima cura comune ai mortali fu, come osservano gli eruditi, il ritrovamento delle fonti [...]: dunque prima di tutte si nominò la legge dell'acqua, donde per avventura tutti gli uccelli maggiori furono detti dai latini aquile, quasi aquilege (cercatrici, raccogliatrici di acqua); la quale congettura viene confermata da ciò, che gli antichi dicevano aquulas; perchè i primi fondatori delle genti, volendo come sopra vedemmo, appartarsi di dall'empia e scellerata moltitudine, osservato che gli uccelli nidificano presso le fonti, affine di scegliersi dimore, dove avessero copia di acque [...] imitarono le aquile, che poscia i Romani tennero nel novero dei numi Romani; [...]". (Lo stesso termine dunque viene interpretato in Vico anche come separazione eroica dalla moltitudine; per la trad. seguita: COSTANZO GIANI, *Dell' unico principio e dell'unico fine dell'universo diritto*, Milano, 1855, pag. 567). V. anche *De const. iuris.*, II, XXIII.

<sup>62</sup> QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, I, 2, 17-31: "Non esset in rebus humanis eloquentia si tantum cum singulis loqueremur."

<sup>63</sup> Su questi temi si rinvia essenzialmente a: PIERRE VIDAL NACQUET, *La democrazia greca nell'immaginario dei moderni*, Milano, 1996; ROSARIO ASSUNTO, *L'antichità come futuro, Studio sull'estetica del neoclassicismo europeo*, Milano, 1973, capitolo III, in cui, in particolare R. Assunto scrisse: "Possiamo ora registrare una spartizione dell'eredità di Winckelmann, tra l'idealismo estetico ellenizzante, di cui Schiller e Hölderlin dovevano essere i primi assertori, e la trascrizione quiritario spartana che gli ideali neoclassici dovevano trovare nella cultura e nel gusto della Francia rivoluzionaria e dell'Europa conquistata alle speranze della Rivoluzione.[...] Sparta, o una Roma ancora rudemente virtuosa, (assai vicina all'immagine tradizionale di Sparta) e Atene: sono i due volti dell'ideale neoclassico in quanto ideale estetico che non si esaurisce nell'arte, ma anzi fa dell'arte l'esponente di una forma che è apparizione della virtù [...]". Cfr. da ultimo LUCIANO CANFORA, *La democrazia, storia di un'ideologia*, Bari, 2004, cap. I ss.

<sup>64</sup> GIOVANNI PUGLIESE CARRATELLI, *Cultura antica e problemi moderni del Mezzogiorno d'Italia*, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli, MDCCCCXCVII.

<sup>65</sup> La *Orazione all'ammiraglio A. Orlow*, scritta da Pagano in occasione dell'intervento militare di Caterina II contro l'Impero Ottomano, riprende, come si è rilevato, alcuni temi dell'*Oratio pro romanis legibus* di Gravina, opera che costituisce, uno dei più eleganti scritti classici sulle possibilità della rinascita della cultura greca, allora del tutto oscurata nei luoghi di origine: "Graeciam, doctrinarum nutricem, non sine frequenti profusione lacrymarum hodie omni luce literarum orbatam, et immortalibus ab se partis opibus jamdiu spoliata, atque in tenebras, unde alios extraxerat, alte demersam intuentur." [G. Gravina, *Orationes*, Neap. 1723, cit., *Oratio*

*pro romanis legibus*, ad Magnum Moschorum Imperatorem, pag. 202]. Nella *Orazione all'ammiraglio Orlow*, [“*Francisci Marii Pagani, Oratio ad comitem Alexium Orlow virum immortalē, victricis Moschorum classi in expeditione in Mediterraneum Mare Summo cum Imperio Praefectum*”] Pagano riprende, nella forma letteraria propria del pieno classicismo, le pagine di Gravina: [...] ipsa artium pulcherrimam, doctrinarumque nova veluti parens, atque perfectrix, Graecia totius Orbis ocellus, quae quondam universonum oculos in se convertit, nunc heu quam indigno rerum fato Thracia feritate oppressa, barbariae horrore circumfusa et penitus obumbrata est!” [Oratio ad comitem Alexium Orlow, cit., pag. VII]. Il tema della decadenza della Grecia, e dello spettacolo di desolazione delle città che avevano dato la cultura all'Europa si era già, naturalmente, formato durante il Rinascimento. Si rinvia, in modo particolare, alle Orazioni di Pietro Vettori: “[...] cum viderent has ipsas artes in Graecia, ubi ortae erant, extinctum iri: (quod regio illa ab immanissimo, et importunissimo hoste oppressa est) huc eas traduxerunt, et in hac nostra terra, ex qua multis antea saeculis exularant habitare voluerunt”. (*Petri Victorii Epistolarum Libri X, Orationes XIII*). [...] Florentiae, Apud Iunctas, 1586, pag. 17).

<sup>66</sup> Sulla questione politica greca nell'età dei Lumi, si rinvia al saggio di FRANCO VENTURI, *La rivolta greca del 1770 e il patriottismo dell'età dei Lumi*, con un'introduzione di Otto Kresten, Roma, 1986; sulla relazione tra Pietro Leopoldo e l'ammiraglio Orlow: HADAM WANDRUSZKA, *Pietro Leopoldo, un grande riformatore*, Vallecchi Editore, Firenze, 1968, pag. 303 ss.

<sup>67</sup> VITTORIO HÖSLE, *Introduzione a Vico*, Milano, Guerini e Associati [Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli] 1997, pag. 210. Il tema del “progresso della feudalità” e dei “ricorsi dei feudi” introdotto nella filosofia vichiana non è solo legato alla filosofia politica classica, ma ha sostenuto, in varie direzioni, le analisi economiche e politiche, fino alla contemporaneità; per l'indipendente, critica, analisi del fenomeno della decadenza dello Stato, in riferimento a Vico, per la prevalenza di interessi settoriali e sindacali, cfr. VILFREDO PARETO, “*Sgretolamento della sovranità centrale*”, in *Trasformazione della democrazia*, Milano, 1921, II, pag. 29 ss.

<sup>68</sup> JOH. BAPTISTAE VICI, *De Rebus Gestis Antonj Caraphaei, Libri Quatuor, Excellentissimo Domino Hadriano Caraphaeo [...] Inscripti*, Excudebat Neapoli Felix Musca, 1726, caput VII, pag. 57. “Initia autem ab Hungaris usque facta per Procerum factiones: quibus Hungaria, antiquitus *Domina gentium* dicta, miseris modis dilaniata, ac discerpta; et provinciae, tanquam disjecti artus, primum in minuta imperia sunt suis quaeque Regulis, quos *Despotas* dicunt, abiire [...]”.

<sup>69</sup> S.P.<sup>II</sup>, VI, II, pag. 382.

<sup>70</sup> S.P.<sup>II</sup>, V, V. Pagano, anche in questa analisi, si discosta dalla tradizione vichiana, pure terminologicamente affine, avendo scritto Vico nel *Diritto Universale* [De Uno, CXLIII] che le repubbliche “merae liberae” sono di breve durata: aevi brevis, per le violente turbolenze che le attraversano e le estinguono; in Pagano, come si è visto, l'accento è invece messo sulle non comuni qualità personali e capacità tecniche che richiede la Repubblica, risultato di una particolare formazione della persona.

<sup>71</sup> Le osservazioni sulla perfezione umana, nell'opera paganiana, sono cariche di potenza retorica: “Quando lo spirito ha conseguito il suo fine, cioè è giunto alla sua perfezione [...] non ha più motivo di operare. Quindi languisce la sua azione [...]. E questo tale stato si può dire la morte dello spirito. [...] La natura



adunque ci ha formato sempre un bisogno di continui bisogni. [...] Gli uomini non possono pensare senza aver bisogni. Non possono gioire senza dolori. Tale è la condizione umana” [S.P.<sup>I</sup>, II, IX].

<sup>72</sup> Già in Vico si rileva una concezione filosofica affine, e in particolare nel Libro quinto dei *Principj di scienza nuova* [V, 3].

<sup>73</sup> La scrittura paganiana sembra riprendere in modo evidente la prosa vichiana (come nel punto analizzato nel testo): “tutto perisce e si rinnovella per mezzo delle diverse catastrofi, che corrompono gli ordini antichi delle cose, e producono nuove forme [...] e così ricorrono i tempi medesimi”.

<sup>74</sup> L’attenzione verso l’evoluzione politica delle monarchie settentrionali resterà viva nel corso della filosofia politica del Settecento italiano, e lo stesso Beccaria nel 1764, pubblicando *De’ delitti e delle pene*, nel Capo XII, rileverà che nel regno di Svezia, nel quadro di un’ampia civilizzazione, era stata abrogata la tortura. Sull’inizio della riforma delle leggi svedesi nel ’700 cfr. *Codex Legum Svecicarum*, 1734, ex svetico sermone in latinum versus, Holmiae, 1743 [rist. 1996, Milano, a cura di N. Picardi e A. Giuliani] XVII, 37.

<sup>75</sup> NICCOLÒ MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, [Libro II, V] in: *Tutte le opere di N.M.*, a cura di Francesco Flora e di Carlo Cordié, Milano, Mondadori, 1968, Vol. I, pag. 247: “Quanto alle cause che vengono dal cielo, sono quelle che spengono la umana generazione e riducano a pochi gli abitatori di parte del mondo. [...]”. Dopo gli eventi distruttivi causati dal terremoto delle Calabrie nel 1783 venne pubblicato a Napoli uno studio di grande importanza sulle conseguenze devastanti del sisma nelle province del Regno, nel quale si trovano raccolte diffuse osservazioni sullo stato sociale ed economico dei paesi colpiti. Il volume venne stampato nel 1784, quindi negli stessi anni della prima edizione dei *Saggi Politici*, che, iniziata nel 1783 si conclude, con il secondo volume, nel 1785: *Istoria de’ fenomeni del Tremoto, avvenuto nelle Calabrie, e nel Valdemone nell’anno 1783, posta in luce dalla Reale Accademia delle Scienze e delle Belle Lettere di Napoli*, in Napoli MDCCCLXXXIV, Presso Giuseppe Campo, Impressore della reale Accademia. [Osservazioni fatte nelle Calabrie, e nella frontiera del Valdemone su i fenomeni del Tremoto del 1783, e sulla geografia fisica di quelle regioni, da Michele Sarconi, Segretario della R.A. delle S., e delle B.L. di Napoli]. Alcuni tratti delle descrizioni del sisma, si trovano corrispondenti nella relazione di M. Sarconi e nella introduzione paganiana alla prima edizione dei *Saggi*. Sul “sovvertimento delle leggi sostenitrici del buon ordine sociale” per effetto delle “grandi rivoluzioni fisiche” vedasi *Istoria.*, cit., (1138) pag. 411. Per lo studio delle riforme delle leggi feudali per effetto del terremoto del 1783: GIUSEPPE MUSCARI, *Della Prescrizione de’ diritti feudali*, in Napoli, MDCCXCII, presso Gaetano Raimondi. Tra le opere moderne va segnalato il saggio, completo di un’ampia bibliografia, di AUGUSTO PLACANICA, *Il filosofo e la catastrofe. Un terremoto del Settecento*, Torino, 1985.

<sup>76</sup> Rilevante per l’interpretazione del termine *natura* nell’opera paganiana e per un’analisi sul metodo della ricerca è ancora il complesso delle osservazioni contenute nel capitolo VIII del quinto *Saggio*: “[...] non hanno finora gli uomini, siccome nelle cose fisiche venne eseguito, fatte delle sperienze morali, per tutti i secoli reiterate [...] e, formandone delle serie, non hanno indi composta una morale [...] sulle sperienze fondata. Ma noi siam fanciulli ancora, e nell’immenso paese del sapere appena abbiamo impressi i primi tremanti passi. Non abbiamo di là cominciato, donde pur si conveniva [...] non abbiamo fatto che poco e lento cam-

mino. Stimando diverse le leggi del mondo fisico e del morale, separate abbiamo le scienze e le cognizioni che doveansi insieme trattare, e così entrambe aride ed imperfette sono rimaste, e le più interessanti sono state coltivate meno. / [...] nelle viscere del pianeta osservate i metalli e le varie sue produzioni; fissate le leggi del corso degli astri [...] ma siete al buio di ciò che dentro di voi si fa: sì varie e diverse cognizioni dell'universo intero, quando rapportate non sieno a conoscer l'uomo, che vi goveranno mai? Quando l'uomo conoscerà se stesso? Allora [...] la razza umana potrà essere [...] in un piano superiore della *natura* collocata". Per un essenziale studio sul differente metodo nel pensiero matematico, fisico ed etico nel XVII e XVIII secolo, cfr. ANIELLO MONTANO, *Storia e convenzione, Vico contra Hobbes*, La città del sole, 1996, cap. V.

<sup>77</sup> Nel *Saggio* quinto Pagano precisa ulteriormente il principio: "l'unione delle volontà, ossia la volontà pubblica, è la società: l'oggetto di questa comune volontà è la conservazione de' *naturali* dritti di ciascuno. Per conservarli bisogna stabilirli e difenderli. Cotesti stabilimenti sono appunto le leggi." I diritti naturali costituiscono, in questo senso, il risultato di una ricerca attraverso cui possono essere *stabiliti* giuridicamente. Più in generale, sull'osservazione e imitazione della natura, cfr. il cap. XXIII del primo *Saggio*: "Invano la natura palesa i suoi [...] fenomeni, quando manchi un ingegno osservatore ed imitatore[...]" ; cfr. anche l'"Introduzione" alle *Considerazioni sul processo criminale*, nella parte relativa allo studio e osservazione della natura.

<sup>78</sup> Per la conoscenza razionale, *a posteriori*, delle leggi di natura, cfr. TITO MARGI, Introduzione al *Secondo trattato sul governo* di John Locke, Milano, 2002, pag. 38 ss.; *Principes du Droit Politique, Ouvrage Posthume de Mr. Burlamaqui*, Tome second [...] A Genève et a Copenague, Chez Cl. & Ant. Philibert, M.DCC.LXIV, III, V: "Les Lois Naturelles ne peuvent être connues des hommes qu'autant qu'ils font un bon usage de leur raison". In Pagano, secondo gli studi classici di retorica e di poetica, si trovano criticati i luoghi comuni relativi alla corrispondenza tra verità "naturale" e facilità di percezione e di rappresentazione. È la società "colta e compiuta" che forma dell'uomo "lo stato suo naturale". Nel capitolo nono del secondo *Saggio* ancora si rileva che lo stato di natura è uno stato conclusivo dell'evoluzione, uno stato a cui l'uomo, nel suo vivere sociale è *destinato*: "Se adunque l'uomo perché sussista nel piano, in cui è destinato ad essere dalla natura, ha bisogno di quasi infiniti bisogni, lo stato suo naturale è la società, ove solo ai suoi bisogni può soddisfare [...]. La società soddisfa a que' bisogni che nascono nell'uomo dallo sviluppo maggiore della sua sensibilità [...]. E infine a una analisi superficiale può non riconoscersi più la natura negli ultimi effetti delle sue stesse produzioni (l'analisi in particolare si trova compiuta intorno agli studi sull'origine delle diverse lingue); nel "Discorso sull'origine e natura della poesia" [*Appendice* al primo *Saggio*] Pagano scrisse: "Non può la moltitudine convenire mai intorno ad un sol punto, se a ciò non venga da un comune motivo sospinta. E qual altro motivo esser può così universale e operar con pari direzione, che quello che dalla natura medesima nasca? [...] Col tempo però mutansi così e vengon alterate coteste usanze, effetti e produzioni della natura che non più si ravvisa in esse [...]". [S.P.<sup>1</sup>, App. I, IV, cit., pag. 15]. Ma è proprio nel *Saggio* II, al capitolo IX, che Pagano compie la più interessante comparazione tra artificio e natura, in riferimento alla nozione di bisogno: l'uomo – si legge nei *Saggi* – "origine e fonte della società [...] è per natura cangiabile. [...] Essendo adunque [...] a tal segno modificabile [...] si genera quegli abiti della modifi-

cazione” e dunque i bisogni, “che il volgo de’ filosofi appella fattizj” invece nelle società colte, divengono naturali all’uomo in quanto [II, IX, pag. 30] “sono proporzionati a [...] continue mutazioni”, fonte di possibili evoluzioni politiche.

<sup>79</sup> Pagano, dopo aver affermata l’esistenza di categorie filosofiche universali sulle quali doveva fondarsi il diritto penale, nei programmi normativi di riforma definì l’illecito come violazione di una norma positiva codificata, contribuendo alla formazione del moderno principio di legalità. Alla fine del Settecento, come è noto, il dibattito sul fondamento “naturale” e sulla universalità dei principi del diritto penale, ebbe riflessi nella teoria giuridica e nella dottrina canonica, non di rado, quest’ultima, ferma su posizioni premoderne o tradizionali [ad esempio: “*Dissertationes binae de intima ac naturali humanarum actionum ante omnem legem necnon de inhonestarum actionum merito et imputabilitate ad poenam. Adversus Samuel Pufendorfium, et Christianum Wolffium*” A. Josepho Pons, Bononiae, 1780].

<sup>80</sup> “[...] in questo senso, che mi sembra il più ragionevole, le ipotesi filosofiche, colle quali si è preteso di determinare le qualità di un uomo primitivo, e le proprietà di uno stato originale, che ad essi piacque di adornare con lo specioso nome di *Natura*, come se gli uomini com’essi sono, e lo stato in cui vivono, fossero fuori del piano della medesima; non potrebbero condurci, che all’errore, ed alla confusione nella morale di fatto.” Grimaldi osserva ancora che “Da qualche anno a questa parte par che la mania filosofica di cercar l’uomo naturale, e lo stato di *Natura*, vada a cessare” (FRANCESCO ANTONIO GRIMALDI, *Riflessioni sopra l’ineguaglianza degli uomini*, a cura di Franco Crispini, Sistema Bibliotecario Vibonese, Vibo Valentia, parte II, cap. II, pag. 270).

<sup>81</sup> F.A. GRIMALDI, *Riflessioni*, op. cit., III, VI, pag. 509.

<sup>82</sup> Il capitolo VI della parte III delle *Riflessioni sopra l’ineguaglianza degli uomini* presenta alcuni essenziali riferimenti alla interpretazione dello *Jus majorum gentium*: “[...] i principi della legislazione di tutte le Nazioni barbare, che formano quel diritto, che i latini chiamavano *ius maiorum gentium*” [III, 510-511].

<sup>83</sup> Vari sono i passi dei *Saggi* in cui si rilevano applicazioni di questo importante principio. Ad esempio in riferimento allo spirito di tolleranza, che può rafforzarsi nelle nazioni progredite attraverso un programma di educazione, Pagano osserva, nel III capitolo del III *Saggio*, che in organizzazioni sociali premoderne può derivare invece come conseguenza accessoria, materiale, dell’adattamento per ragioni di difesa, e quindi di integrazione tra differenti componenti etniche. S.P.<sup>II</sup>, III, III, 210: “La guerra esterna produsse in prima la necessità della tolleranza de’ costumi e delle religioni, base e sostegno d’ogni società”.

<sup>84</sup> I criteri differenziali stabiliti nelle legislazioni continentali tardo settecentesche tra forma inquisitoria e accusatoria erano di regola riferiti riduttivamente agli istituti relativi alla legittimazione all’accusa per le diverse fattispecie di reato. [Per la legislazione relativa alle regole sulla pronuncia dell’accusa e il relativo, frammentario, sistema di eccezioni v. in particolare, TOMMASO BRIGANTI, *Pratica Criminale, Delle Corti Regie e Baronali*, Napoli, 1770, Tit. II.] Per i delitti per i quali doveva procedersi di ufficio, risultavano applicabili regole probatorie diverse da quelle applicabili per i reati per i quali si procedeva a impulso di parte. Ciò per alcuni delitti (ma la definizione di questa categoria era del tutto controversa) era consentito che intervenisse una parte privata con funzioni relativamente autonome nell’istruzione, (funzione che di solito aveva un valore irrilevante nelle prassi giudiziarie) dandosi così origine a una forma impropria, o solo teorica, di giu-

dizio di tipo accusatorio. Anche se altre differenze erano stabilite in riferimento allo stato della natura della prova, la distinzione nella dottrina settecentesca continentale era per molti lati ancora insufficiente.

<sup>85</sup> ALOISIO CREMANI, nel trattato *De jure criminali*, osserva che il processo penale alla fine del Settecento era ordinato nel più assoluto segreto inquisitorio: “Verum, cum apud nos – scrive Cremani [III-V] – secus apud antiquos Romanos, probationes inscio reo quaerantur, occulta manet, et quasi tenebris involuta jacet inquisitorii processus forma, donec in probationibus illis simul colligendis industria judicis occupatur.” [È stata seguita l’edizione ottocentesca di Firenze: ALOYSII CREMANI, E.P. *De jure criminali, Libri tres, Volumen Unicum, Florentiam, Apud Cajetanum Casoni, 1855*; il volume era stato pubblicato nel 1791 e aveva ricevuto diverse ristampe: A. CREMANI, senensis, In R.C. Archigymnas. Ticinensi, *De jure criminali, Libri tres, Ad Leopoldum II Augustum, Ticini, MDCCXCI.*].

<sup>86</sup> Anche su questo punto può considerarsi indicativo il trattato “*De jure criminali*” di Aloisio Cremani, nel quale [III-VI-530], dopo le regole sulla competenza, sono definite le diverse forme di processo teoricamente attive nei sistemi penali del tempo: “Invento iudice competente [...] proximum est, ut varia genera criminalis processus, *variosque modos criminum persequendorum* proponamus”.

<sup>87</sup> Il diverso genere di procedura dipendeva da fattori diversi e ancora male definiti nei presupposti: dipendeva ad esempio dalla natura del delitto o dallo stato della prova. In linea teorica la natura del delitto, determinando la legittimazione ad agire del magistrato o della parte lesa privata, incideva sulla forma della procedura, con effetti che si riflettevano anche sull’iniziativa della acquisizione della prova. Per i delitti flagranti, ad esempio, si ricorreva in modo alternativo all’accusatorio o all’inquisitorio processo. “Communis vero scientia criminis, quod quis publice, et multis videntibus vel audientibus commisit, sive criminis notorietas, *tam ad accusatorium, quam ad inquisitorium processum* referri potest.” Qualche volta, per completare questo quadro disastroso, si vede che la procedura segreta, secondo il diritto feudale canonico, potesse precedere la accusatoria: “*moribus hodiernis non solet accusatio, sive processus criminalis contra aliquem... institui, nisi praevia inquisitione*” [A. CREMANI, *De jure*, cit., pag. 531]. Ma anche nei trattati di diritto penale più diffusi e autorevoli, ai quali Pagano fa espresso riferimento nelle opere, era documentata ancora la possibilità di un rito alternativo, nel caso in cui, mancando un accusatore, si fosse proceduto per inquisizione. ANTONIO MATTEI, nella sua opera *De Criminibus [Coloniae, 1715]* analizzò la questione del rapporto tra la forma della prova e la natura della sanzione, con espresso riferimento alla possibilità di concedere o meno al giudice il potere di mitigare la pena ordinaria in riferimento al diverso genere di procedura, ritenendo che l’inquisizione desse minori garanzie di verità nel giudizio e che pertanto la pena dovesse essere minore rispetto a quella che poteva infliggersi sulla base di un delitto accertato con la procedura ordinaria. Questi interrogativi dottrinari dimostrano ancora l’irrisolta coesistenza delle diverse forme di rito, contro la quale Pagano costituisce il progetto di riforma processuale.

<sup>88</sup> Pagano ne aveva scritto a lungo nelle *Considerazioni sul processo criminale*, definendo con un termine oraziano, e vichiano, dei *mostri* [– dei composti di parti difformi –] gli ordinamenti misti, inquisitori e accusatori: “Si volle a tenor delle Romane leggi interrogare il reo: si formò un mostruoso miscuglio di inquisitorio e di accusatorio processo” [*Considerazioni*, cit., Capo XXIII].

<sup>89</sup> L'opera principale sul processo di Caravita, è conservata in manoscritto nella Biblioteca Nazionale di Napoli [segnatura XV B 2]. Per l'edizione a stampa di una parte del testo, in una diversa formulazione, edizione senza il nome dell'autore, pubblicata con dedica di G. Acampora ai "signori deputati della [...] Città e Regno di Napoli" e che presenta profonde varianti e sostanziali rifacimenti rispetto all'opera originale, cui tuttavia occorre fare riferimento anche per la sua grande diffusione agli inizi del sec. XVIII, cfr. "*Ragioni a pro della Fedelissima Città di Napoli e Regno di Napoli contr' al procedimento straordinario nelle cause del Sant'Officio, Divisate in tre capi. Nel I. Si ragiona del grave pregiudicio della Real Giurisdizione, introducendosi nel Regno Editto, o altro Statuto di Roma senza l'exequatur; Nel II. Si tratta dell'ordinaria maniera di giudicio, che tener si dee nel Regno nelle cose pertinenti alla Religione; E nel III. Si dimostra il pregiudicio, che fa alla Real Giurisdizione, ed al Regno un Editto, in cui si stabilisce il Tribunal della Inquisizione, tentato di pubblicare senza l'exequatur, intorno agli anni 1692*".

Essenziale, inoltre, per la diffusione del pensiero di Caravita nei circoli illuministici napoletani alla fine del secolo XVIII la traduzione di E. DE FONSECA PIMENTEL del suo celebre testo politico: *Niun diritto compete al Sommo Pontefice sul Regno di Napoli, Dissertazione istorica-legale del consigliere Nicolò Caravita, tradotta dal latino, ed illustrata con varie note. Aletopoli, 1790, Discorso Preliminare di Eleonora de Fonseca Pimentel*. Anche in quest'opera sono essenziali le osservazioni sulla relazione politica tra governo e forma dei sistemi penali come in tema di privilegi e prerogative feudali, in particolare sul potere arbitrario di grazia: "[...] tutto ciò, ch'è di diritto divino, o pubblico – scrisse Caravita – esser non può di privato diritto di niuno [...]. Or di diritto pubblico è l'alto dominio; dunque esser non può un bene privato, o vogliam dire un patrimonio di alcuno; e per conseguenza non può venir né barattato, né separato ad arbitrio del dominante. Da simil ragione tratto il Bodino lasciò scritto, che se il Principe concedesse ad alcuno la prerogativa di liberare un condannato, o di assolverlo dalla pena, non debba quel privilegio godere di alcun vigore, poiché è quello un atto di autorità proprio soltanto della Maestà di chi regge [...]". La distinzione tra la pubblica sovranità e il dominio di diritto privato, attraversa profondamente, per un intero secolo, la teoria politica settecentesca; KANT, *Per la pace perpetua*, Sezione prima, 2.

<sup>90</sup> Secondo le *Ragioni* del Caravita il processo penale non può che svolgersi attraverso l'aperta contestazione del delitto da parte dell'accusatore, anche per i delitti di fede religiosa; nel capitolo intitolato, "Nel Regno la ragion naturale, e divina, e l'antichissima, né mai variata usanza, vuol, che nelle cose pertinenti alla Religione non si tenga altra maniera di giudicio, che l'ordinaria [...]" scrisse [II, 54]: "saper non si puote, se vera sia l'accusa, o la scusa, per niuna miglior guisa, che ascoltando insieme l'accusatore, e 'l reo [...]".

<sup>91</sup> La libertà di pensiero veniva condizionata secondo Caravita attraverso procedure speciali per i reati di opinione religiosa (cd. reati di *eresia*), anche per effetto di un editto che voleva introdursi nel Regno di Napoli senza la prevista delibazione della autorità politica napoletana, cioè l'*exequatur*, attraverso cui i provvedimenti dell'autorità romana avrebbero dovuto essere accolti e divenire eventualmente efficaci nel Regno. Erano inoltre sottoposti a procedure del tutto informali, sulla base di una tradizione incontrastata, gli accertamenti per i delitti di opinione e di associazione a scopo di ricerca filosofica e scientifica: "Finalmente – scrisse Ca-

ravita – vien l’editto a perducere ad ultimo compimento il grande intendimento di non lasciar niuna persona non soggetta alla inquisizione e comanda che si denunzino i conventicoli. Per questo titolo potrebbber tutti coloro, che [...] si raunano a ragionare insieme con loro amici di cose a Filosofia, o Matematica, appartenenti: [...] che si dinunziassero per ogni sospetto, o perché alla Inquisizione piacesse d’averli per sospetto. E così già sottomesso è tutto il mondo al Tribunale della inquisizione.”. E ancora scrisse: “ogni uomo, il qual pecca, o fa cosa, che agl’inquisitori sembra peccato (il che avvien molte volte delle più licite cose, come son lo studiar matematica, il dire, che Aristotele non fu infallibile, e simili cose) vogliono giudicare.” [Per queste citazioni che, senza censurare ancora direttamente le fattispecie astratte di eresia, censurano il controllo della libertà di pensiero, si rinvia, rispettivamente, al capitolo II, pag. 60 e al capitolo III, pag. 147 della citata edizione, s.d., con dedica del 1709]. (Nel ms. napoletano XV B 2 l’analisi sulla relazione tra eresia e “conventicoli” è al f. 139-140, num. progr.). Nei *Saggi Politici* Pagano, nel capitolo III del *Saggio* VII, nota *a*, rileva come la *conservazione della tirannide* si ottenga favorendo l’isolamento e la divisione invece della conoscenza: “[...] né permettere unioni [...] né pubbliche istruzioni [...] né soffrire che si frequentino l’academie letterarie, o qualsiasi erudita radunanza [...]”.

La questione giuridica relativa ai delitti d’opinione politica e di fede religiosa era ancora gravemente attuale nella seconda metà del Settecento in Europa. Ne scrive Voltaire nel capitolo VIII, intitolato appunto *De l’hérésie*, nel suo libro *Prix de la Justice et de l’humanité* [Par L’Auteur de la Henriade, A Ferney, M.DCC.LXXVIII]: “[...] aujourd’hui même encore chez une aimable nation notre voisine le code pénal de tous les parlements commence par l’hérésie; cela s’appelle crime de leze-majesté divine au premier chef”.

<sup>92</sup> L’opera di Giuseppe Valletta, come è noto, rappresenta un progresso filosofico decisivo per l’evoluzione del pensiero giusnaturalistico procedurale e per l’analisi delle fonti sulle procedure giudiziarie romanistiche e canoniche. Gli studi contemporanei sul pensiero vallettiano hanno condotto a risultati filosofici e storiografici di grande rigore. Tra questi, dopo il saggio di LUIGI AMABILE, *Il Santo Ufficio della Inquisizione in Napoli* [...], Città di Castello, 1892, si segnalano, per la sapiente presentazione delle opere filosofiche, le seguenti edizioni: GIUSEPPE VALLETTA, *Opere filosofiche*, a cura di Michele Rak, Firenze, Leo Olschki Editore, 1975; VITTOR IVO COMPARATO, *Giuseppe Valletta, un intellettuale napoletano della fine del Seicento*, Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Storici, 1970; LUCIANO OSBAT, *L’inquisizione a Napoli, Il processo agli ateisti, 1688-1697*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 1974; mentre per l’interpretazione del pensiero vallettiano nel contesto della filosofia giuridica napoletana, si richiamano le fondamentali opere di BIAGIO DE GIOVANNI, *Cultura e vita civile in Giuseppe Valletta*, in *Saggi e Ricerche sul Settecento*, Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Storici, 1968; e *La vita intellettuale a Napoli fra la metà del ‘600 e la restaurazione del Regno*, in *Storia di Napoli*, Vol. VI, Tomo I, pag. 401-534. Per il testo vallettiano nelle citazioni dell’opera, ci si è riferiti al manoscritto conservato nella Biblioteca Nazionale di Napoli [con la segnatura XV B 4]: “*Al Nostro Santissimo Padre Innocenzo XII, intorno al procedimento ordinario e canonico nelle cause, che si trattano nel Tribunale del santo Ufficio nella Città, e Regno di Napoli, dato in luce dal D.re Giuseppe Valletta, IHS.; Al Nostro Santissimo Padre Innocenzo XII, Discorso Filosofico in materia*

*di Inquisizione, et intorno al corregimento della Filosofia di Aristotele, dato in luce dal Dottore Giuseppe Valletta, IHS*".

<sup>93</sup> L'Ordinanza con cui Carlo III nel 1751 commina la pena prevista per i delitti di lesa maestà per la partecipazione alle riunioni dei liberi muratori ("rei di violati dritti della nostra Sovranità"), conferma l'evoluzione di modalità rigidamente inquisitorie per i reati di tipo politico, perseguendo egualmente ogni forma di "indiretta protezione" dei "conventicoli". Sia Filangieri, che Pagano intervennero sostenendo il principio di libertà di associazione. Per le fonti giuridiche antiche sui processi penali napoletani contro la Massoneria nella seconda metà del '700, cfr. *Histoire de la persécution intentée en 1775 aux Francs-Maçons de Naples, suivie de pièces justificatives*, Londres, 1780.

<sup>94</sup> *Studi su Francesco Mario Pagano*, di GIOELE SOLARI, a cura di Luigi Firpo, 1963, Torino, pag. 69.

<sup>95</sup> De Hillerin, nella dedica delle *Considerazioni, A Monsieur, Frère du Roi* scrisse: "[...] Le succès de cet ouvrage en Italie m'a fait croire que la traduction en pourrait être utile: il renferme des recherches qui ont le bien public pour objet". De Hillerin evidenzia la novità del metodo di Pagano, che non aveva precedenti nelle edizioni dell'Illuminismo: "Présenter dans un tableau raccourci l'histoire de la procédure criminelle, comparer ses mouvements, dévoiler ses turpitudes; au mal opposer le remède; offrir ce remède sous le double avantage de régime préparatoire et de régime curatif (car il en est des états comme des individus; la constitution de tous ne comporte pas toujours l'application subite des remèdes extrêmes, quelle qu'en soit la nécessité); voilà ce que je n'ai trouvé dans aucun ouvrage du siècle, voilà ce que nous donne M. Pagano en très-peu de pages." Si ritiene ancora utile inoltre tradurre alcuni passi dall'Introduzione di De Hillerin, nella parte in cui direttamente analizza l'opera processualistica di Pagano: "Da molto tempo il nostro codice penale – scrisse il Traduttore – la nostra procedura, la nostra forma giudiziaria, per ciò che attiene al civile come al penale, mi fornivano nuove riflessioni che io man mano ponevo su carta. Già esse avevano preso una certa estensione, ed io mi disponevo a metterle in ordine, quando il caso mi ha fatto scoprire due opere italiane uscite da poco, nelle quali ho creduto di scorgere maggiori analogie con le mie personali idee, che in tutto ciò che avevo letto fino ad allora, e più approssimazione al vero scopo a cui dobbiamo tendere nella procedura. Procurarmi queste opere, leggerle, entrare in corrispondenza con i loro autori, ottenere dal Signor Guardasigilli l'autorizzazione a pubblicarle nella nostra lingua, tutto ciò fu la rapida conseguenza dello zelo che mi determinava. Occuparmi di tradurle; impiegare per questo lavoro tutto il tempo disponibile; [...] questo è da sei mesi soprattutto, il compito che mi sono imposto [...]. L'abitudine alla sbarra, l'esperienza degli affari, ci insegna da molti secoli che la forma influisce sulla sostanza, nel cammino e nella definizione dei giudizi. È un vecchio errore consacrato dal tempo, e che regna da despota sulle opinioni. Occorre finalmente eliminarlo. Occorrono delle forme, senza dubbio; ma bisogna che siano buone. Semplicità, precisione, chiarezza, ecco soprattutto ciò che manca [...]. È soprattutto nella procedura criminale tanto difficile quanto desiderabile raggiungere la perfezione. In materia civile ci sono delle risorse che mancano in quella criminale, per prevenire l'oppressione. Esiste una scienza delle convenzioni sociali, uno stile degli atti, un metodo sicuro di procedere nei contratti civili pubblici e privati: questo stile, questa scienza, questo metodo, si pos-

sono apprendere; ci si può premunire contro la propria ignoranza, con la luce di guide illuminate, con i consigli di gente del mestiere. In materia criminale invece, non c'è niente di determinato, tutto è indistinto. L'uomo è in balia di se stesso, e le sue conoscenze, qualsiasi esse siano, diventano quasi nulle. Qui la procedura è un antro oscuro [...] si è condannati ad aspettare la propria sorte nelle angosce della eterna incertezza. Non è che un labirinto tortuoso nel quale si resta a lungo smarriti, e da cui si può soltanto a peso d'oro godere di un respiro libero e di tutte le scintille della speranza.

È da questa constatazione che ho creduto opportuno dover iniziare ad eseguire il piano che mi sono proposto, per trattare della procedura criminale.

L'opera di cui offro qui la traduzione ha per oggetto questa procedura. Dopo avere seguito le successive rivoluzioni, i differenti cambiamenti che essa ha sperimentato presso tutti i popoli dell'antichità, l'autore mostra in modo preciso ed energico i vizi da cui è contaminata in quasi tutte le nazioni moderne. Egli percorre, sinteticamente, ma senza dimenticarne alcuno, tutti gli abusi ai quali danno luogo le forme attuali. Finisce per proporre due piani; l'uno di riforma totale, l'altro di semplice correzione del sistema giudiziario criminale.

L'impegno che ho affrontato dimostra il mio giudizio su quest'opera. Essa mi è sembrata adatta ad essere accolta, nelle circostanze attuali, da tutti quelli che hanno una certa influenza sulle sorti della cosa pubblica. Presentare in un breve quadro la storia della procedura penale, paragonare le sue diverse forme, svelare le sue ingiustizie; opporre al male il rimedio; offrire questo rimedio nella duplice opportunità di un regime preparatorio e di un regime definitivo (poiché ciò vale per gli Stati come per i singoli: la costituzione non comporta sempre l'applicazione immediata dei rimedi estremi, qualunque sia la necessità); ecco ciò che non ho trovato in nessuna opera del secolo, ecco ciò che ci dà Pagano in poche pagine. [...] Pagano aveva già acquisito una reputazione meritata dai *Saggi politici* di cui aveva pubblicato il primo volume fin dal 1783. Ci aveva insegnato, attraverso opere teatrali rappresentate con successo a Napoli, che alla più alta filosofia non era impossibile unire il dono delle Muse. Le sue *Considerazioni sul processo criminale* hanno portato al colmo la sua gloria. Questo è il giudizio formato da numerose persone autorevoli in Italia".

De Hillerin prosegue l'Introduzione riferendo il giudizio di un autore di notevole "reputazione" cui aveva offerto in lettura solo alcune parti dell'opera, che sembrò dissuaderlo dal proseguire e descrive poi le ragioni che lo indussero, al contrario, a completare l'opera di traduzione in lingua francese: "un saggio abbastanza dettagliato dell'opera del Signor Pagano cadde allora tra le mie mani. In questo saggio scritto da un Francese, i termini "eloquenza" ed "energia" colpiscono i miei occhi. Rileggo l'opera, la medito di nuovo e sento che in effetti il suo stile è realmente eloquente ed energico. Ho dunque ripreso il mio compito con un nuovo ardore. Il desiderio di far ricredere il mio Aristarco, attraverso l'insieme dell'opera, per un giudizio di cui forse devo addebitare a me stesso l'ingiustizia, avendo offerto al critico solo alcune brevi sintesi, ha rappresentato per me una ragione ulteriore di convinzione. [...] L'amministrazione della giustizia a Napoli, come altrove, ha senza dubbio le sue sfumature, le sue peculiarità che la differenziano da quella che ha luogo in Francia. Ma a Napoli, come in ogni luogo in cui i pregiudizi non hanno ancora interamente ceduto alla ragione, in cui gli abusi sostenuti dalla forza delle vecchie consuetudini hanno forza quasi di legge, la procedura è offuscata dalle stesse macchie, e infettata dagli stessi vizi.



Si giudicherà allora, alla lettura dell'opera del Signor Pagano, che egli non ha limitato l'utilità delle sue ricerche alla sua patria; si vedrà fino a quale punto le sue vedute possono applicarsi anche ad altri paesi [...]. Un dispotismo aristocratico, retaggio fatale dell'antica istituzione feudale, regna in mezzo all'attività di una monarchia fiorentina. Dei mezzi tiranni chiamati baroni che godono ancora del potere di fare imprigionare i loro vassalli "per cause a loro note" vi sono investiti del pieno esercizio della giurisdizione criminale: io infatti non considero magistrati, ma meri delegati del potere baronale, le persone che vengono inviate ogni anno per l'istruzione delle istanze, per il giudizio dei crimini che sono avvenuti nei feudi e che possono essere rimossi secondo il mero arbitrio e le promesse della loro devozione. [...] Vendere l'impunità, transigere sulle forme, vessare coloro che devono essere giudicati, mettere sullo stesso piano il cittadino onesto e l'uomo colpevole, non ci sono orrori che da simili magistrati non si debbano temere. La stessa mano che li nomina li sostiene contro l'indignazione che vorrebbe manifestarsi, per rafforzarli contro il timore o la coscienza che potrebbe farli vacillare, per frenarli di fronte al rimorso che vorrebbe ricondurli ai principi dell'onore." [Dalla traduzione di G. Salerni]. Concluso l'esame dell'opera paganiana segue un importante riferimento, nella Introduzione, alla *Scienza della legislazione* di Filangieri dandosi particolare risalto all'analisi contro il feudalesimo "che procura ai popoli numerosi tiranni al posto di un solo re".

Per la diffusione in Francia del pensiero costituzionale penalistico paganiano e la "solenne menzione nell'Assemblea nazionale di Francia" delle *Considerazioni sul processo criminale* cfr. anche MICHELE KERBACKER, *Mario Pagano, Discorso letto nella solennità commemorativa degli illustri scrittori e pensatori italiani*, Napoli Stamperia del Fibreno, 1870, pag. 9 ss.; V. FERRONE, *La società giusta ed equa*, cit., pag. 231 ss.

<sup>96</sup> La "vocazione illuministica verso la legislazione e la codificazione – ha scritto MARIO CATTANEO, in *Illuminismo e Legislazione* (Edizioni di Comunità, Milano, 1966, pag. 165) – è essenzialmente umanitaria e cosmopolitica. Le intenzioni degli illuministi erano quelle di attuare concretamente con le leggi i principi eterni della ragione, validi per ogni paese, connessi alla struttura stessa dell'umanità: questa idea fondamentale [...] è un portato naturale del razionalismo che pervade tutta la filosofia illuministica, della concezione dell'uomo inteso nella sua essenza, al di là delle distinzioni nazionali, considerate accidentali [...]"

<sup>97</sup> Tra questi studi va ricordata la bibliografia storica composta da CHAVEAUX [*Theorie du Code Pénal*, Bruxelles, 1845] tradotta in italiano nel 1858, in cui un'intera parte è dedicata in genere alle opere di bibliografia composte fino alla prima parte dell'Ottocento, tra le quali viene segnalata particolarmente la bibliografia pubblicata nel 1816 di G.W. BOHMER, *Handbuch der Literatur des Criminalrechts in seinen allgemeinen Beziehungen, mit besondrer Rücksicht auf Criminalpolitik*, dedicata ai trattati di diritto penale che avevano approfondito il tema della politica criminale.

<sup>98</sup> Il progresso civile dell'Impero russo durante il Settecento era stato seguito dai più celebri scrittori del Mezzogiorno d'Italia. Fonte principale di questo interesse è l'opera di G. GRAVINA, *Oratio pro romanis legibus*, dedicata a Pietro il Grande, il cui manoscritto è conservato presso la Bibl. Naz. di Napoli (che, come si è rilevato, costituirà il modello paganiano della *Orazione all'ammiraglio A. Orlov*). Va ricordato ancora l'intervento di Antonio Genovesi nel *Discorso sopra il*

*Vero fine delle arti e delle scienze*, pubblicato nel 1754 dove scrisse di “una monarchia [...] che ora pareggia colle più colte della terra. Felici le nazioni dove i principi [...] intendono che loro è necessaria la sapienza, delle divine ed umane cose governatrice”. [ANTONIO GENOVESI, *Autobiografia, lettere e altri scritti*, a cura di G. Savarese, Milano 1962, pag. 244]. Ancora sulla “nazione moscovita”, Pagano nei *Saggi Politici* aveva scritto: “La nazione moscovita, come più dolce e moderato il suo governo diviene, così di giorno in giorno s’avanza nella politezza, e nella coltura, della quale è capace quel gelato cielo”.

<sup>99</sup> Per l’edizione seguita: *Code de Catherine*. Code Russe ou instructions [...] traduit de l’Allemand, Amsterdam, MDCCLXXV [Moscow, le 30 juillet 1767].

<sup>100</sup> DENIS DIDEROT, *Memorie per Caterina II*, trad. di Maria Vasta Dazzi, Longanesi, 1972, pag. 379.

<sup>101</sup> Per una corrispondente difesa del principio di “tolleranza” religiosa, così lucidamente sostenuto da Voltaire, e per la tutela del diritto universale alla libertà di culto, ritenendo che già il termine *tolleranza* esprimesse ancora qualcosa di violento, scrisse Mirabeau: “La liberté la plus illimitée de religion est à mes yeux un droit si sacré, que le mot *tolerance* qui voudrait l’exprimer, me paraît en quelque sorte tyrannique lui-même” [Collection complète Des Travaux De M. Mirabeau l’Ainé à l’Assemblée Nationale (...), A Paris, De l’Imprimerie de la veuve Lejay, 1791, Tome II, pag. 61.]. Cfr. FABRIZIO LOMONACO, *Tolleranza*, Napoli, 2005.

<sup>102</sup> Il codice russo di istruzioni non pervenne a risultati definitivi di riforma: lo stesso Diderot nelle *Memorie per Caterina II*, scrivendo *Della commissione creata per fare le leggi* espresse gravi riserve per lo scioglimento, deliberato dalla stessa Commissione, nel dicembre del 1768 a S. Pietroburgo [DENIS DIDEROT, *Memorie*, cit., pag. 142]. Caterina II deliberò alla fine del ’700 la revisione del piano delle riforme, temendo la diffusione dell’ideologia rivoluzionaria nei suoi Stati. V. anche *Traduzione dell’Editto emanato da Sua Maestà l’Imperatrice di tutte le Russie, ed indirizzato al di Lei Senato il dì 8 febbraio 1793*, editto in cui per le “turbolenze, che si sono manifestate” si dichiara “interrotta la Nostra corrispondenza politica con la Francia [...]”.

<sup>103</sup> GAETANO FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, cit., Libro III, parte prima, capo VII, 254.

<sup>104</sup> La legislazione del Granducato di Toscana nella prima metà del Settecento, e prima della riforma del 1786, aveva espresso posizioni arcaiche e intolleranti, anche sotto la spinta conservatrice delle dottrine ecclesiastiche. Per il principale documento sulla regressione del sistema processuale toscano prima della riforma leopoldina, vedasi *Ordini Diversi, da osservarsi nelle cause criminali*, pubblicati sotto dì 15 gennaio 1744, in Firenze, nella Stamperia Granducale.

<sup>105</sup> Ai provvedimenti normativi che introducono progressivamente la legislazione definitiva, Leopoldo fa riferimento nell’introduzione alla Riforma: “Fino dal Nostro avvenimento al Trono di Toscana riguardammo come uno dei Nostri principali doveri l’esame, e riforma della Legislazione Criminale, ed avendola ben presto riconosciuta troppo severa, e derivata da massime stabilite nei tempi meno felici dell’Impero Romano, o nelle turbolenze dell’anarchia dei bassi tempi procurammo provisionalmente temperarne il rigore con istruzioni, ed Ordini ai Nostri Tribunali, e con particolari Editti, con i quali vennero abolite le pene di morte, la tortura, e le pene immoderate, e non proporzionate alle trasgressioni, ed alle contravvenzioni alle leggi fiscali finchè non ci fossimo posti in grado mediante

un serio, e maturo esame, e col soccorso dell'esperimento di tali nuove disposizioni di riformare interamente la detta Legislazione".

<sup>106</sup> *Nomothesia Examem*, cit., *Dedica*. Il tema della emendazione dei costumi attraverso l'esempio, era stato sviluppato ricorrentemente nell'etica classica e se ne registrano evidenti riflessi nell'opera di Vico, Filangieri e Pagano. Vico in particolare aveva scritto su questo tema nel *Diritto Universale*, delle repubbliche che possono essere corrette con l'autorità o con l'esempio fermando il processo di decadenza [*De Rerumpublicarum... emendatione* – "auctoritate vel exemplo"]: "Corruptae autem respublicae emendatione reparantur si praesentia ad pristina instituta producantur [...] auctoritate aut exemplo." [G.B. VICO, *De uno*, cit., capo CLIII, "De Rerumpublicarum [...] emendatione"].

<sup>107</sup> Anche in questi temi si avverte la mediata influenza del pensiero vichiano: "[...] e i nobili fino alla legge Petelia, che sciolse alla plebe romana il diritto feudale del nodo, ebbero la ragione del carcere privato sopra i plebei debitori." (Sulla legge Petelia, vedasi *S.N.*, cit., I, XLIII pag. 75 e II, IV, 328: "col liberarsi i plebei del carcere privato de' nobili creditori, si costringevano pure i debitori con le leggi giudiziarie a pagar i debiti; ma fu sciolto il diritto feudale, il diritto del nodo erculeo, nato dentro i primi asili del mondo [...]").

<sup>108</sup> Si trascrive il testo dell'articolo: "Considerando noi che la carcerazione dei debitori meramente civili, e solo per la misera lor condizione resi insolventi, non ostante i temperamenti prescritti col nostro Motuproprio del dì 12 novembre 1777, non resta d'essere un rimedio repugnante all'umanità, non mai pari all'oggetto per cui suol praticarsi, e spesso ancora dannoso non meno ai debitori, ed alle loro povere famiglie, che ai creditori medesimi, e volendo dall'altra parte mantenere nel suo giusto rigore l'uso di tutti quei mezzi, i quali possono contribuire a difendere dalle fraudi la buona fede, e quindi a stabilire sempre più ed aumentare nei Nostri Stati il commercio, comandiamo ed ordiniamo. 1) Che per i debiti di qualunque somma, i quali mediante le varie indigenze, a cui universalmente son soggetti ancor gli onesti uomini, occorrerà in avvenire, che si contraggano, qualunque sperimentata, e riuscita inutile l'esecuzione reale, non abbia luogo la personale, e perciò proibiamo a ciascun Giudice, e Tribunale del Granducato, loro Uffiziali, e Ministri il ricevere alcuna istanza che venisse fatta dai creditori per la detta esecuzione personale, sotto pena della nullità dell'atto con tutti i pregiudizj consecutivi ad una nulla, ed indebitata carcerazione [...]. 2) La renunzia del debitore ad un tal beneficio [...] si avrà parimenti per nulla.". Conforme il *Codice Giudiziario Barbacoviano*, 1788, capo XVII, art. 204. L'acritica reintroduzione dell'"esecuzione personale contro qualsiasi debitore" venne disposta nel Granducato di Toscana con l'ordinanza sulle procedure esecutive del 1793 da Ferdinando III.

<sup>109</sup> La *Riforma* di Pietro Leopoldo del 1786 è divenuta una forma simbolica del progresso per la cultura contemporanea. Si pensi all'opera che Ezra Pound dedicava a Pietro Leopoldo, "*La quinta decade dei Cantos, Siena, Le riforme leopardine*", dove si legge che il principe "mise fine all'imprigionamento per debito; / che disse non venderai pubblici impieghi; / che sopprese infinite gabelle; / che concesse libertà di stampa; / e cancellò il crimine di lesa maestà; / abolì la pena capitale e le torture nelle prigioni / destinate solo all'isolamento; che distribuì la terra ai contadini; / [...]" (EZRA POUND, *Cantos scelti*, a cura di Marc de Rachewiltz, Mondadori, 1997, pag. 127).

Chaeveaux ricorda diverse traduzioni della Riforma, di cui, la prima, in tedesco del 1786 [Neur criminal Codex fur das Grossherzogthum Toskana]; quindi a Vienna in latino, nel 1790 [Codex Criminalis Hetruriae]. Venne ancora pubblicata una traduzione inglese della Riforma, in una stampa a spese private, a cura di John Howard, nel 1789. Seguirono molteplici altre riedizioni.

<sup>110</sup> Pagano criticò fortemente nelle *Considerazioni* che il giudice commissario, che compiva di regola l'interrogatorio dei testi nell'istruzione, potesse entrare a far parte (peraltro con poteri superiori ai poteri degli altri giudici) anche della Corte giudicante. La posizione di imparzialità e di terzietà doveva, secondo il progetto della riforma esposto nelle *Considerazioni*, caratterizzare la funzione giudiziaria: "l'impegno di sostenere il piano delle prove [...] al giudice disconviene [...]. L'accusatore e il reo forniscono i dati, i fatti, le congetture, le quali sono la materia del giudizio."

<sup>111</sup> "Formatosi una volta dal fisco il sistema del delitto commesso, tutto a tal idea si fa servire, l'altre tracce vengono abbandonate dell'intutto, trascurati gli altri indizi" [Cons., cit., XIX].

<sup>112</sup> "Se il processo sia falso in una sua parte [...] tutto da' fondamenti rovina l'edificio fiscale" [Cons., cit., XIX.]

<sup>113</sup> ALESSANDRO MANZONI, *Appendice storica su la colonna infame*, in *Tutte le opere di A. Manzoni*, a cura di Alberto Chiari e Fausto Ghisalberti, Vol. II, tomo III, pag. 676.

<sup>114</sup> F.M. PAGANO, *Considerazioni*, cit., XIX, "Sistema fiscale", pag. 93.

<sup>115</sup> David Hume Jr., nella sua opera sul diritto penale e processuale scozzese [*Commentaries on the Law of Scotland*, 1797-1800] criticava l'eccessivo formalismo che aveva dominato i fori scozzesi per lungo tempo, richiedendo una assoluta precisione nella indicazione delle minime circostanze del reato nella contestazione: "the greatest fulness and precision, in setting forth the particulars of the criminal act" [II, 194] rilevando che occorreva tenere una via processuale ragionevole per decidere della validità delle contestazioni introduttive, in riferimento ai requisiti di completezza dell'atto di imputazione. La procedura penale inglese era conosciuta da Filangieri e da Pagano principalmente attraverso l'opera di Blackstone [*Commentaries on the Law of England*, 1765-69] e di De Lolme, di seguito citata nell'edizione del 1819: *Constitution de l'Angleterre [...] par De Lolme*, Cinquième édition, A Paris, 1819. Riferendosi alla procedura anglosassone, Filangieri nella parte prima del libro III della *Scienza della legislazione* al capo IV commenta le disposizioni della procedura relative alla forma dell'accusa e in genere alla tradizione politica a cui l'ordinamento accusatorio si riferiva, rilevando "la precisione, la chiarezza, e l'uso di alcune formole, colle quali si dovrebbero intentare le accuse": "In Inghilterra – scrive Filangieri – l'accusa deve contenere il nome, il soprannome, lo stato, e la condizione dell'accusato, la città, il villaggio, e la contea dove abita, il giorno, ed il luogo dove si è commesso il delitto. [...] In alcuni delitti bisogna anche servirsi di alcuni termini, che sono in tal maniera determinati dalla legge a renderne l'idea precisa, che niun'altra parola, per quanto sinonima possa apparire, potrebbe essere a quella supplita. Ad alcuni spiriti superficiali queste precisioni potranno comparire troppo minute e superflue; [...]." PAGANO, *Progetto di Costituzione*, art. 222, 1.

<sup>116</sup> Sul sistema della confessione nei giudizi penali del tempo, Pagano rinvia all'opera di Filangieri [*Considerazioni*, cit., Capo XXIII].

<sup>117</sup> Voltaire, nel *Commentario sopra il libro Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, nel capitolo XXII, intitolato *Della procedura criminale, e di alcune altre forme*, scrivendo della magistratura del tempo in Francia, e dopo aver osservato le possibilità di condizionamento delle parti che nei sistemi di tipo feudale aveva un magistrato dell'inquisizione, per il vantaggio delle formalità inquisitorie, acutamente osserva: “[...] Appresso i Romani, i Testimonj erano sentiti pubblicamente presente l'accusato, il quale poteva risponderli, interrogarli da se stesso, [...]. Questa procedura era nobile, e franca, respirava la magnanimità Romana. / Appresso di noi tutto si fa segretamente. [...]. un uomo semplice, che non sa esprimersi, ma avendo il cuore retto, e sovvenendosi, ch'egli ha detto troppo, o troppo poco, che ha male inteso il Giudice, o che il Giudice lo ha male inteso è costretto sovente a sostenere una falsa testimonianza dal solo timore di essere trattato come testimone falso, e punito come uno scelerato, se volesse revocare per un principio di giustizia ciò che ha deposto.” (*Dei delitti e delle pene*, edizione rivista, corretta, e disposta secondo l'ordine della traduzione francese, approvato dall'autore, coll'aggiunta del commentario alla detta opera di M. de Voltaire, tradotto da celebre autore, Londra, 1774, Presso la Società dei Filosofi, 2001, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano, pag.155 ss.).

<sup>118</sup> ALESSANDRO MANZONI, *Appendice*, cit., pag. 678.

<sup>119</sup> Tracce di queste polemiche si rinvengono nella legislazione del Regno di Napoli. I “dispacci” reali che regolavano la questione della ripetizione testimoniale [*Regali Dispacci, dal dottor Diego Gatta raccolti e per materia e rubriche disposti. Parte Terza, che riguarda il criminale*] registrano anche il divieto per il testimone di discostarsi dalla prima deposizione resa al magistrato inquirente. Il “dispaccio” reale del 17 agosto 1776 (Gatta, III-I pag. 479) stabiliva che “nel difensivo si possono a istanza de’ rei esaminare i testimoni fiscali, purché non contengano manifesta contraddizione a ciò, che hanno deposto nell’informativo fiscale.” L’inutilità della rinnovazione dell’atto sembra evidente, in quanto si ammetteva un nuovo esame dei testi, solo a condizione che le seconde deposizioni non contraddicessero in modo essenziale le prime deposizioni rese nell’inquisizione ai sospetti magistrati baronali, e quindi la funzione del nuovo verbale doveva essere di regola limitata a fornire dati accessori o ulteriori elementi non verbalizzati. Nel provvedimento normativo si disponeva la rinnovazione delle deposizioni di accusa a condizione che i testimoni non aggiungessero “cose, che contengano manifesta contraddizione a ciò, che deposero nello informativo fiscale”. Lo stesso reo poteva rendere ulteriori deposizioni ma si disponeva nel dispaccio che “quando la prima deposizione sia giurata [...] la seconda non contraddica alla prima ne’ fatti principali ...”. Di conseguenza la funzione del dibattimento pubblico e la ripetizione degli atti, si riduceva di solito a una superflua conferma di quanto già deposto. I margini di utilità, o di ammissibilità, della ripetizione delle deposizioni, erano limitati alla aggiunta di “circostanze non manifestate” nella prima versione (la quale era stata resa sotto la pressione di onnipotenti magistrati inquisitori minori, i “subalterni”, della cui attitudine alla trascrizione delle deposizioni, le stesse “costituzioni” avevano manifestato diffusi dubbi, tanto che per gli errori e le omissioni riscontrate nella amministrazione dei processi, si era tentato di introdurre una riserva legislativa a favore dei magistrati effettivi, per ricevere le informazioni processuali e trascriverle in modo corretto). Nell’opera giuridica paganiana viene data centralità, forse per la prima volta in modo scientifi-

co nella dottrina processualistica continentale, al problema giuridico della lettura in dibattimento dei verbali delle prove raccolte nell'istruzione.

<sup>120</sup> *Considerazioni*, cit., capo XXII. Tutti i successivi riferimenti sono contenuti nello stesso punto dell'opera.

<sup>121</sup> PLATONE, *La Repubblica*, cit., VII 517 e, pag. 544. M. ANTONIJ MURETI, *Cum in Platone explicando progredieretur*, Roma, 1574 [Ven., 1618]: "propter inane quendam umbram et opinionem iustitiae".

<sup>122</sup> Socrate dichiara di non avere completa cognizione del fondamento dell'accusa che gli viene mossa e di combattere dunque – come rileva Valletta – con le ombre: "in tenebris pugnare". L'accusato che non conosce i nomi dei testi e dei denunzianti, come avveniva nei processi di religione, per eresia, e per i processi politici, viene paragonato a colui che [sta] notte tempo disarmato, e con le mani legate". "Quindi – osserva Valletta – è che da Platone, ancorché gentile, fu stimato ingiusto e fuori di ogni ragione il giudizio, che si pretendeva fare di Socrate, solamente perché degli Accusatori, e non de' Testimoni il nome a Socrate si negasse. Poiché non averli dirimpetto sarebbe lo stesso che pugnare con l'ombre" [Lettera, cit., pag. 40].

<sup>123</sup> Platone, *La Repubblica*, I, XX.

<sup>124</sup> Nei trattati processualistici napoletani del Settecento viene talora studiato disgiuntamente l'istituto del giuramento, finalizzato alla confessione, e l'istituto dell'interrogatorio, in riferimento alla diversa gravità del delitto. [Per questa forma di esposizione può consultarsi il trattato di TOMMASO BRIGANTI: *Pratica Criminale delle Corti Regie, e Baronali del Regno di Napoli, Raccolte dal dottor Tommaso Briganti*, In Napoli, 1770, Per Vincenzo Mazzo La-Vocola, "Dell'esame e costituito del reo", pag. 124 ss.]. Per la definizione del giuramento come tortura morale e l'esclusione del deferimento per i delitti più gravi: CAROLI ANTONII DE MARTINI, *Positiones de jure civitatis*, [...] Vindobonae, Typ. J. Th. De Trattner 1773, I, CLXI.

<sup>125</sup> L'opera di Barbacovi riprende, in una significativa sintesi, i fondamentali principi del diritto della prova, valutando in particolare l'irrelevanza, nella logica giudiziaria dei probabili, della prova formata sul giuramento. Non secondaria nell'opera di Barbacovi è l'analisi dell'evoluzione storica dell'istituto, con particolare riferimento al progetto di codice di Caterina II. Il nucleo delle analisi di Barbacovi venne formato nella sua opera fondamentale, di diritto civile, opera che ebbe immediati riflessi normativi: *Progetto d'un nuovo codice giudiziario nelle cause civili*, di F.V. BARBACOVI, consigliere nel Consiglio Aulico di Trento [...], II Ed., Trento, MDCCLXXXVI, Per G. Monauni, Stamp. Vesc., "nota VIII al capo XXII". L'opera è molto rilevante per gli studi civilistici del tempo e viene citata da De Hillerin nella Introduzione alle *Considerazioni sul processo criminale*.

<sup>126</sup> Vedasi per questa tesi, che non si ritiene di condividere, NICO PERRONE, *Il truglio*, Palermo, 2000, nel capitolo: "Pagano e la moral certezza del giudice", pag. 115.

<sup>127</sup> Per un'analogia definizione di coloro che partecipano al giudizio ["*idioti* cioè non giureconsulti"] vedasi: FILIPPO AMMIRATI, *Il puro gius pubblico napoletano*, cit., I, IV, pag. 49.

<sup>128</sup> S.P.<sup>I</sup>, II, XXI, pag. 81.

<sup>129</sup> Come aveva rilevato Beccaria nel capitolo della tortura, [De' delitti e delle pene, XII] la centralità dell'istituto della confessione era un residuo della pro-

cedura canonica. Nel sistema processuale tra il Seicento e il Settecento erano infatti confluiti molti elementi teologici e canonici, che erano stati riadattati progressivamente alla procedura civile e penale. Beccaria, rilevava la persistenza delle forme canoniche all'interno dei sistemi processuali: “[...] la confessione del reo [...] in alcuni tribunali si esige come essenziale alla condanna; perché nel misterioso tribunale di penitenza la confessione dei peccati è parte essenziale del sacramento. Ecco come gli uomini abusano dei lumi più sicuri della Rivelazione [...]”.

<sup>130</sup> Nell'articolo XXII dell'Ordinanza Carolina [per l'edizione seguita: *Code criminel de l'Empereur Charles V, vulgairement appelé LA CAROLINE*, imprimé à Zug en Suisse, 1743] si trova già, in modo oscuro e prudente, codificato il principio che stabiliva l'irrelevanza dei soli indizi ai fini della condanna penale: “Il est aussi à observer, que personnes ne doit être condamné enfin à une punition criminelle sur aucun indice, soupçon, signe ou suspicion, mais que l'on doit seulement y employer la question, lorsque l'indice sur la recherche que l'on aura faite, sera trouvé suffisant; la condamnation finale à la peine criminelle, ne pourra avoir lieu que dans le cas de la confession ou de la conviction, ainsi qu'on le trouvera clairement expliqué dans d'autres endroits de cette Ordonnance, mais non pas dans le cas de la suspicion ou des indices.” E i commentatori dell'“ordinanza carolina” rilevarono l'impossibilità di procedere alla condanna dell'accusato in base a indizi “sebbene sufficienti e provati” anche per i delitti pubblici. (“La défense que fait ici l'Empereur de procéder à un jugement de punition criminelle sur des indices quoique suffisants & prouvés, regarde également les délits qui ont été commis en secret & ceux qui sont publics [...]”). Deve tuttavia valutarsi che solo in apparenza si trattava di istituti posti a tutela dei diritti dell'accusato: attraverso la tortura era relativamente semplice disporre di un atto di confessione giudiziaria. Inoltre il difetto di introduzione di mezzi logico-analitici di prova nelle legislazioni pre-illuministiche dipendeva dall'uso, nel processo inquisitorio, di forme sillogistiche di dimostrazione, costruite attraverso improprie schematizzazioni forensi della logica aristotelica.

<sup>131</sup> Il termine “prova *naturale*” nel sistema pagano ha una accezione negativa: sta per prova *elementare*, che attiene alla “realtà del fatto”, ricostruita solo in base a dei dati esteriori, fisici, non formati attraverso il “calcolo dei più remoti rapporti” probatori, a cui quindi si ricorre dove “la ragione non ha per anco ricevuto il suo intero sviluppo” – “[...] le barbare nazioni amano una pronta giustizia, ed alle loro semplici idee conforme; attendono solo alla realtà del fatto, ed alla naturale pruova” [Cons., VI].

<sup>132</sup> Il sistema delle prove cd. legali che, una volta acquisita la confessione, o una precisa forma di testimonianza, *obbligava* alla condanna, si mantenne ancora attivo a lungo nelle legislazioni vigenti in Europa e in Italia. Particolarmente indicativo è il sistema delle prove legali del codice penale austriaco. (*Codice Penale Austriaco*, Milano, Dalla Cesarea Regia Stamperia, II, Capo IV, Delle prove legali, § 351: “La prova legale della reità è stabilita quando l'inquisito è confessso, o convinto d'aver commessa la trasgressione”).

<sup>133</sup> *Principj del codice penale*, Opera postuma di Francesco Mario Pagano, cit.; *Teorie delle prove*, capitolo XI, pag. 135.

<sup>134</sup> Scrisse Pagano definendo il valore probatorio della confessione, che “il reo che confessa altro non è che un testimone singolare” [Principj, cit., XI]. Nella *Allegazione contro Sabato Totaro*, nel capo VII intitolato “La causa del delitto nella indiziaria pruova si può ben anche per congetture provare”, Pagano scrisse: “La ca-

gion del delitto o sia per testimonj, o sia per congetture provata, ella regge del pari, essendo l'una, e l'altra, pruova eguale e nella linea stessa posta dalla legge. [...] E se tal causa – del delitto – venga provata con indizj ed argomenti, ciò tanto vale, che se ella per testimonj fosse stata posta alla luce, sì nel caso che il delitto è per testimonj dimostrato, come se per indizj lo sia; né regger può l'opinione, la quale né sulle leggi, né sulla ragion si appoggia, che trattandosi di pruova indiziaria, la causa del delitto per testimonj debba essere dimostrata.” Secondo lo stesso ordine di principi, dalla concorde deposizione di un numero legislativamente predeterminato di testi, non consegue necessariamente una prova compiuta: “[...] esser non debbono contenti i giudici del solo giusto numero de' testimonj, né soltanto dell'ordine, e dell'estrinseca giustizia solleciti [...]. Cercare deesi la verità da tutti gli argomenti, e segni [...]. Quindi nella quarta legge del codice *de testibus*, si dispone, che le sole deposizioni de' testimonj, non bastino a condannare l'accusato, se valevoli argomenti non rendono tranquillo l'animo del giudice” [*Considerazioni*, XXII].

<sup>135</sup> Anche la conoscenza che deriva dalla prova testimoniale e dalla confessione produce una conoscenza con un “argomento”, non una presunzione probatoria assoluta alla quale la motivazione logica deve essere sacrificata e quindi ogni prova va sottoposta, secondo parametri legislativamente definiti nel diritto processuale delle prove, alla valutazione complessiva del giudice. E in questo senso il capitolo VI si conclude: “ogni specie di prova ritorn[a] all'indiziaria” [*Teorie delle prove*, cit., VI, pag. 115].

<sup>136</sup> Nei più noti sistemi penali e processuali europei, tra cui il trattato di Jousse, magistrato ad Orléans, diviso in quattro volumi, una delle trattazioni più complete e corrette del tempo sul diritto processuale penale inquisitorio [*Traité de la justice criminelle de France - Par M. Jousse, Conseiller au Présidial d'Orléans, Tome Premier (I-IV), A Paris, Chez Debure Père, Libraire, M.DCC. LXXI*], ancora nel 1771 lo studio processuale risultava stabilito sulla prevalenza assoluta dell'ammnionimento e della confessione. La prova, nel sistema di Jousse, era ancora, molto materialmente, poco di più di una persona che racconta o di uno scritto che attesta. Quindi Jousse definì la prova per “argomenti” (“*preuve oblique ou indirecte*”) una prova residua minore, a cui poteva ricorrersi nei processi dove non fosse stata acquisita agli atti la confessione o una deposizione concorde tra più testimoni. [*Traité*, cit., I, pag. 657]. La prevalente dottrina settecentesca considerava prove dirette, cioè legittime (*directes, ou legitimes*) la confessione, la testimonianza, le prove scritturali, mentre per Pagano, tutte queste stesse prove sono di regola egualmente indiziarie.

La nuova dottrina dei principi logico-argomentativi e della retorica giudiziaria filtrò rapidamente nell'Europa intera e, attraverso il sistema delle codificazioni, condizionò l'evoluzione delle teorie sul giudizio. Nella dottrina processuale anglosassone le definizioni relative alla distinzione tra prove dirette e prove logico-argomentative vennero poste nelle ricerche di uno dei più grandi processualisti del Settecento. GEREMIA BENTHAM nel trattato intitolato *Teoria delle prove giudiziarie*, superò la semplice relazione di prevalenza delle prove logiche sulle prove naturali e introdusse una distinzione ulteriore, secondo cui le prove “circostanziali”, come definì la natura delle prove logico-argomentative (che consistono in “*un'operazione del giudizio*”), erano addirittura strutturalmente più semplici delle prove tradizionali *dirette*, cioè la testimonianza e la confessione, più semplici cioè di quelle stesse prove che i giuristi feudali avevano oscuramente sistemato come prove immediate e di fa-



cilissima percezione. (*Teoria delle prove giudiziarie di Geremia Bentham, giureconsulto inglese, Prima versione italiana del dottore Barnaba Vincenzo Zambelli, volume unico, Libro V, Cap. I, Bruxelles, Tipografia Della Società Belgica, 1842*).

<sup>137</sup> CONTE VIGILIO BARBACOVÌ, *Discorsi intorno ad alcune parti della Scienza della legislazione*, Milano, Silvestri, 1824, volume II, pag. 110 ss. Per la citazione di Barbacovì, nella Prefazione scritta da De Hillerin alle *Considerazioni sul processo criminale*, cfr. *Considerations*, cit., pag. LXVIII. Nella *Allegazione contro Sabato Totaro*, soprattutto nei cap. III e IV, op. cit., intitolati “Per legge e per ragione la pruova indiziaria val quanto la testimoniale, e gode delle prerogative stesse” e “Degl’indizj indubitati” si trova il nucleo delle osservazioni paganiane sul sistema della prova nel giudizio penale. “[...] se due o più testimonj depongano l’avvenimento di un fatto, noi non per altro lo crediamo per vero, se non per l’indizio ed argomento, che ce ne somministra la deposizione[...]. La pruova adunque testimoniale non è di diversa natura della congetturale, anzi l’una coll’altra si mescola e si confonde. E la pruova indiziaria è sempre men sospetta della testimoniale [...] ed avvicinasì assai dappresso alla geometrica dimostrazione.” Identiche, dal punto di vista sistematico, le conclusioni del capitolo VII dell’allegazione intitolato “*La causa del delitto nella indiziaria pruova si può ben anche per congetture [cioè con indizi ed argomenti] provare*”. Tuttavia, rispetto ai commentatori di questa dottrina, in particolare Barbacovì (che passivamente si attarda sulla inevitabilità in certi limiti dell’errore) va evidenziato come Pagano non formi alcun valore probatorio intorno a uno stato di mera probabilità, in quanto il “più picciolo grado di dubbio” deve poter condizionare la decisione giudiziaria. La modernità del pensiero paganiano consiste nell’aver teorizzato la necessità di una dimostrazione “geometrica” che il giudice deve essere preparato a formare. Se vi è certezza morale, scrisse Pagano, “La possibilità del fatto in altra guisa [...] si dilegea a tal segno, che all’occhio della mente si disperde, come appunto nel seno immenso degli abissi gocciola d’acqua”.

<sup>138</sup> ANTONII MATTHAEI, *Commentarius Ad Lib. XLVII et XLVIII Dig. De Criminibus*, [Tit. XV, De probationibus], Editio Ultima, Coloniae, M.DCC.XV.

<sup>139</sup> La tesi di Antonio Mattei, contenuta nel *Commento al Libro XLVIII del Digesto*, al capitolo VI del titolo XV è fondata sulla abolizione del valore probatorio privilegiato delle prove dirette, cioè fisiche, come la testimonianza e la confessione, rispetto alle prove logico-argomentative. Mattei sostenne nel Trattato sui crimini la regola della applicabilità della pena ordinaria, rinnovando del tutto la tradizione giuridica introdotta con l’Ordinanza Carolina, anche dove la prova contro l’accusato fosse formata con argomenti logico-induttivi. “*Nos utrisque relictis, adhaerebimus paucioribus, qui existimant indicis & argumentis convictum, non minus ordinaria poena adfici posse atque si testibus convictus erit*”. [De Crim., XV, VI, I, pag. 510]. Deve rilevarsi come un significativo progresso formale della procedura trovi le sue prime radici storiche nel campo della disciplina giuridica della funzione di accusa. Solo in una seconda fase il principio della ricerca della pena legale e ordinaria (svincolata dalle macchinose ricerche proprie della tradizione canonico-feudale sui generi della prova) condusse finalmente al superamento del potere premoderno, riconosciuto ai giudici nei sistemi feudali, di negare l’assoluzione in caso di prova incerta o insufficiente, e al superamento del potere di applicare pene minori dell’ordinaria, spesso gravi e afflittive, senza una idonea dimostrazione della responsabilità personale. Da questa analisi di Mattei derivò la conseguenza che il processo possa concludersi solo in due modi: o con l’applicazione della pena legale o,

in caso di insufficienza della prova, con la assoluzione, annullandosi l'istituto feudale delle pene minori corrispondenti al grado "minore" della prova.

Sul rapporto tra pene ordinarie e indizi primari e secondari nella legislazione penale antica vedasi anche: CARLO FRANCHI, *In difesa di Gasparre Starace*, Napoli 1749, pag. LXII ss.

<sup>140</sup> "Nec dubitabimus hic antiquissimae illi, & a rhetoribus quoque traditae divisioni palmam tribuere: qua dixerunt probationem vel artificialem, vel inartificialem esse: "haec per testes & tabulas fit: illa per argumenta. *Utraque plena ac perfecta est: ineleganter ab interpretibus traditum, eam quae per argumenta & tabulas fit, minus plenam esse.*" [MATTEI, *De Crim.*, cit., XV, I, I, pag. 494]. Cfr. nota 142.

<sup>141</sup> PIETRO LEOPOLDO, *Riforma*, Pisa, 1786, cit., Art. CXVI. Nel sistema pagano venne formata la definizione legale "della varietà delle circostanze" per sottrarre all'arbitrio, in funzione della diversa natura della prova o del genere di circostanze, la sanzione penale.

<sup>142</sup> Così detta l'articolo CXVI della Riforma del 1786: "E poiché stabilite le massime generali per le Pene di ciaschedun delitto, l'adattare ed il misurare le medesime nei diversi casi è in gran parte rimesso all'arbitrio del Giudice, così esigendo ora la natura stessa del caso, ora la varietà delle circostanze che possono accompagnarlo, ora la imperfezione della prova, né essendo permesso il valersi di tale arbitrio senza l'appoggio di solide, e ben fondate ragioni, obblighiamo perciò tutti i nostri Giudici, i quali si muoveranno a condannare alcun Reo in una determinata pena arbitraria, a spiegarne la ragione, ed affinché apparisca per chiunque vi abbia interesse, ad esprimerla succintamente nella stessa Sentenza".

<sup>143</sup> Dal punto di vista sistematico va segnalata la nota 1 del capitolo XXX delle *Considerazioni sul processo criminale*, in quanto Pagano, commentando la disciplina normativa delle circostanze del delitto, dà il titolo di *Criminali istituzioni* alla sua opera penale, titolo diverso da quelli a noi pervenuti nelle opere a stampa, infatti le opere penalistiche postume di Pagano vennero diffuse con il titolo *Principj del codice penale e Teorie delle prove* (o *Logica de' probabili*). Questo è il contenuto della Nota 1 del capitolo XXX: "Nelle *Criminali istituzioni* abbiamo noi individuate coteste classi di delitti." Per *Criminali istituzioni* si potrebbe dunque complessivamente ritenere indicata l'opera giuridica penale di Pagano, nel suo insieme, anche se potrebbe esservi, in questo titolo, il riferimento all'inizio di stesura di un'opera che non venne composta, dato che nella partizione dei rami del diritto penale stabilita in apertura dei *Principi del codice*, lo stabilimento delle pene per i vari delitti, costituisce una sezione autonoma di distribuzione della materia. Nel manoscritto conservato nella Biblioteca Nazionale di Napoli, il titolo delle lezioni dei Libri "Dettati nell'Università degli Studj di Napoli dal dì 5 novembre 1794 sino a 3 giugno 1795" inoltre è "*Della Ragion Criminale, Libri Due di Francesco Mario Pagano*".

<sup>144</sup> È utile qui ricordare l'innovativa, fondante critica filosofica e filologica di Giuseppe Valletta contro l'uso della tortura, uso che aveva trasformato la "Città di Mansuetudine" in un luogo di violenza e di corruzione. Nell'opera vallettiana è ricorrentemente posto il tema processuale delle pene straordinarie, della rimessione delle pene, della necessità dell'abrogazione della violenza inquisitoria: "togliere dal mondo tanto rigore".

<sup>145</sup> VITTORIO ALFIERI, *Della Tirannide*, a cura di Alessandro Donati, Cap. VIII, Della Religione, pag. 44, Bari, 1927.

<sup>146</sup> Il capo XI delle *Considerazioni* è riservato allo studio del processo penale “sotto i Normanni e gli Svevi” e fornisce chiarimenti filologici sugli “inediti diplomi” forniti dal grande grecista P. Baffi sui quali si reggeva l’interpretazione pagana dei sistemi feudali. Sulla personalità di Pasquale Baffi, *Bibliothecae Regiae Neapolitanae Praefecto*, vedasi anche la dedica premessa da TEOFILO CRISTOFORO HARLES all’opera *Introductio in Historiam Linguae Graecae*, Tomi Posterioris, Pars secunda, Altenburgi, 1785.

<sup>147</sup> “La pubblica accusa – osserva Pagano nel capo IX delle *Considerazioni* – si cangiò nella fatale denuncia”. L’analisi si trova ripresa nel capitolo intitolato *Della decadenza delle nazioni*, nella seconda edizione dei *Saggi Politici*. I delatori nel pensiero pagano “fanno nascere la diffidenza nel cuore dei cittadini, e quindi la divisione e la debolezza nel popolo.” Osserva Pagano che nella *Vita di Agricola* a tal proposito si legge [...]: “E come la vecchia età vide l’estremo punto della libertà, così noi quello della servitù, essendoci tolto per mezzo dell’inquisizione il commercio di parlare e di udire” [S.P.<sup>II</sup>, VI, IV].

Per una classica analisi delle definizioni di accusa e di inquisizione nel diritto romano si rinvia alla lezione di MARIO LAURIA, “*Accusatio-Inquisitio*”, in *Studii e Ricordi*, Napoli, pp. 276 ss. Sulle azioni penali, inoltre, e sul progresso del sentimento giuridico e il corso di superamento della vendetta privata, cfr. VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Cours de Droit Roman*, Les actions, III, § 2. In particolare sulle nozioni di legittimazione e di iniziativa accusatoria, cfr. FABIO BOTTA, “*Legittimazione, interesse ed incapacità all’accusa nei Publica Iudicia*”, Ed. AV, Cagliari, 1996; e di STEFANIA PETRINI, *Sull’iniziativa del processo criminale romano*, Milano, 1996. Per una lettura critica dei due saggi si rinvia a: UMBERTO VINCENTI, *Tra “Iudicium Publicum” e “Publica Accusatio”* in: *Labeo*, Rassegna di Diritto Romano, 44 (1998) 3. Per l’esposizione generale delle istituzioni penalistiche nell’antica Roma: BERNARDO SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell’antica Roma*, Milano, Giuffrè Editore; VINCENZO GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell’esperienza romana*, Jovene editore, Napoli, 1998.

<sup>148</sup> *Dissertatio Juridica Inauguralis / De / Origine Processus / Inquisitorii/ [...] Sub Moderamine DN. Christiani Thomasii [...] Die XV. Maji A. MDCCXXXIV. [...] Joachimus Saltzsieder [...]*, cit. V. anche per la storia del procedimento inquisitorio: *Disputatio juris canonici de origine ac progressu processus inquisitorii. Contra Sagas [...]* praeside CHRISTIANO THOMASIO, Halae, 1712. Per la critica dei sistemi processuali si ritrovano significative analisi in diverse opere del THOMASIIUS e in particolare nel *De tortura ex foris Christianorum proscribenda* e in *De injusto Pontii Pilati Iudicio ad illustrandum*, in riferimento alla legittimazione del potere giudiziario: “qui proprio ausu et auctoritate privata potestatem iudicandi sibi arrogat, quive per modum ampliacionis limites jurisdictionis suae extendit”. [De injusto iudicio, in *Thesaurus Novus Theologico - Philologicus*, Lugduni Batavorum - Amstelodami, 1732, T. II, I, Pars II, Juridica, XXXV, pag. 346]; il testo è anche rilevante per le osservazioni sulle antiche connessioni tra delitti di eresia e politici: Pars Storica, XI-XV. Sulla critica giuridica dell’incriminazione dell’eresia v. l’opera della scuola di Thomasius: *Problema Juridicum, An Haeresis sit crimen?* in *Academia Fridericiana [...]* Praeside CHRISTIANO THOMASIO, Publico Examine subijcet Johannes Christophorus Rube, Halae, M. DC. XCVII. L’opera critica la definibilità del delitto di eresia: (III, “Jam Augustinus suo tempore dixerit, difficile esse,

definire haereticum”) e sulle connessioni con i delitti politici, § XII. Sull’opera giuridica di Thomasius: MARIO A. CATTANEO, *Delitto e pena nel pensiero di C. Thomasius*, Milano, 1976.

<sup>149</sup> J. SALTZIEDER, *Dissertatio*, cit., LIII, pag. 46: “Nullum verum est dubium, quin primas radices processus inquisitorius egerit initio saeculi XIII sub Innocentio III papa. Nam pleraeque, si non omnes Constitutiones papales, quae de processu inquisitorio primum loquuntur, sunt huius Innocentii [...]” La critica al sistema inquisitorio caratterizza l’intero saggio: § LIV, pag. 47: “Porro quemadmodum hactenus dicta satis docuerint simul, inventione hac processus inquisitorii intendisse Pontifices, ut *sub specie Justitiae imperium in laicos*, variis artibus diu quaesitum confirmaretur; ita tyrannidem per processum inquisitorium quaesitam ulterius ad oculum monstrat, quod vel statim comitata eundem vel mox secuta fuerit inquisitio in haereticam pravitatem, per hanc vero, confusiones et turbae universales, ac iniustitiae horrendae sub specie pietatis totum Christianum orbem inundaverit. (Ivi, in nota: De Occulta malitia et origine inquisitionis in haereticos succincte agit Paulus Sarpius in *Historia: de Origine, forma, legibus et usu officii inquisitionis in civitate et Dominio Veneto [...]*”).

<sup>150</sup> Nel capitolo XI delle *Considerazioni* viene introdotta la critica alla inquisizione feudale, una delle pagine più significative della storia del diritto penale moderno: “L’inquisizione da Federigo introdotta tra noi tenne luogo – scrisse Pagano – dell’accusatorio processo, e con quella soltanto alla condanna si procedé: Anzi che talora nemmeno concedevasi al reo la facoltà di difendersi, non accordandoglisi la copia dell’inquisitorio processo. Nella terribile costituzione *Hi qui per inquisitiones* si ordina, che a’ rei di cattiva fama non diasi copia dell’informo, ma soltanto dei nomi dei testimoni. Ecco introdotto – osserva Pagano – già il fatale arcano, il micidiale mistero, che alla pubblicità degli antichi giudizi surrogò la taciturna insidiosa segretezza”. Con le costituzioni di Federico II, che pure avevano riformato e razionalizzato, nel solco della tradizione romanistica, l’ordinamento del Regno, venne dunque codificata per i delitti di lesa maestà una forma rigida di inquisizione. (Per le riforme innovative di Federico e il commento alle *Const. Regni*, in particolare per le pene previste contro i “prevaricatori”, v.: F. M. PAGANO, *Principj del Codice*, cit., XIX. Per le edizioni delle Costituzioni Federicane nella seconda metà del Settecento a Napoli si ricordano l’edizione del 1773 e, particolarmente, l’edizione del 1786, con il testo greco-latino: I) “*Constitutionum Regni Siciliarum Libri III, Cum commentariis veterum Jurisconsultorum, Accedit Nunc Primum Dominici Alfeni Varii J.C. Commentarius ad Friderici II. Imperatoris et Regis Constitutionem [De Inquisitionibus faciendis (“Hi, qui per inquisitiones”, pag. 111)]* Neapoli, MDCCLXXIII, Sumptibus Antonii Cervonii. [Su questa edizione vedasi anche: ANDREAS SERRAUS, *Epistola ad Dominicum Alfenum Varium*, Napoli, MD CC LXXIV.]; II) *Constitutiones Regum Regni Utriusque Siciliae, mandante Friderico II Imperatore, per Petrum De Vinea Capuanum Praetorio Praefectum, et Cancellarium, concinnatae novissima hac editione summa cura recognitae, et innumeris prope, quibus antea scatebant erroribus omnino purgatae, ad fidem antiquissimi palatini codicis, cum Graeca earundem versione e regione latini textus adposita, quibus nunc primum accedunt, Assisae Regum Regni Siciliae et fragmentum quod superest, Regesti Eiusdem Imperatoris, An. 1239 & 1240*, Neapoli, Ex Regia Typographia, Anno MDCCLXXXVI. Sulla storia delle edizioni delle Costituzioni federicane cfr.: ORTENSIO ZECCHINO, *Le edizioni delle Constitutiones di Federico II*, Senato della Repubblica, De Luca Editore. Infine, per il progresso della legisla-

zione “di fronte alla vendetta privata e alle contese incessanti” all’epoca di Federico II cfr. lo studio di CARLO NICOLA DE ANGELIS, *La legislazione normanno-sveva, saggio storico-giuridico sulle fonti*, Napoli, 1940, in particolare pag. 108 ss.

<sup>151</sup> Nel *Saggio IV* Pagano, in riferimento alla congiura catilinaria, scrisse dei “casi violenti” [S.P.<sup>II</sup>, IV, IV] che hanno assegnato nella storia all’autorità esecutiva pubblica poteri straordinari. Si tratta di uno dei temi ricorrenti del suo pensiero giuridico. Nel capitolo IX delle *Considerazioni sul processo criminale* e nel capitolo XVI della *Logica* è stabilita compiutamente la critica giuridica paganiana delle complesse tematiche relative alla disciplina dei delitti politici, sulle quali si interrogava nel Settecento la cultura illuministica. Nel quarto capitolo del quarto *Saggio* Pagano scrive che “Ne’ casi violenti, quando sia lo Stato in evidente pericolo” erano state “infrante l’ordinarie leggi” e coloro che dispongono della forza esecutiva[...] si rivestono “di una straordinaria potestà, e nelle cose civili altresì [si] opera [...] alla bellica maniera, avendo i Rei di Stato[...] come esterni nemici [...]” [S.P.<sup>II</sup>, IV, IV]. Questa pagina dei *Saggi* va riferita alla critica che Pagano formò contro il procedimento di tipo militare nelle *Considerazioni sul processo criminale*. Nelle *Considerazioni* e nella *Logica* Pagano denunciò la incompatibilità tra Stato civile e procedure militari, o comunque eccezionali, sollevando il problema normativo dell’equilibrio nel rapporto tra difesa dello Stato e difesa dei diritti politici della persona.

<sup>152</sup> Giuseppe Valletta tratta della forma del giudizio delle *Catilinaria* nella *Lettera al Papa Innocenzo XII intorno al procedimento Ordinario e Canonico* e in modo particolare a f. 89 e 89/v., ricostruendo i frammenti delle orazioni, in cui sembravano, a suo giudizio, attestare forme di procedura pubblica. Valletta distingue nettamente tra “straordinaria cognizione e straordinario procedimento”. La distinzione procedurale viene riferita essenzialmente alla forma del procedimento tenuto in occasione dei Bacchanali e del procedimento per la congiura di Catilina. In particolare Valletta cita a sostegno della tesi storico-normativa esposta nella *Lettera* l’opera di Gruchio [cioè del giurista rinascimentale Nicolaus Gruchius] per confermare l’esistenza di due ordini procedurali del sistema giudiziario romano, che potevano seguirsi per delitti non già regolati normativamente o considerati eccezionalmente gravi per la natura dell’evento o del pericolo. Di queste due forme procedurali una certamente era considerata ancora *legittima* e Valletta insisterà particolarmente nella *Lettera* su questa espressione, tanto che i riferimenti nell’opera vallettiana alle procedure ordinarie (sotto il profilo della osservanza dei diritti “naturali”, della pubblicità e del contraddittorio) trovano una fonte mediata proprio nell’opera “*De comitiis Romanorum*” di Gruchius. La seconda procedura, invece, “*raro usurpata*” osserva Gruchius, rilevando sia l’eccezionalità sia – soprattutto – l’illegittimità della “ratio” procedurale, riguardava delitti manifesti, particolarmente gravi, per la cui repressione si era proceduto violando le formalità ordinarie. In considerazione della terminologia giuridica, per la ricorrenza di citazioni identiche, come la citazione della procedura seguita nella repressione della congiura catilinaria e soprattutto per la citazione del processo per le violazioni del culto della dea Bona (“*sacra Bonae deae*”) può ritenersi che nella *Lettera intorno al procedimento Ordinario e Canonico* siano state direttamente sottoposte a critica da Valletta le tesi esposte nel *De comitiis Romanorum*. Tuttavia sembrano esservi, pur richiamandosi Valletta a Gruchio direttamente, delle differenze di lettura proprio in riferimento alla procedura seguita per la repressione della congiura catilinaria. Si trascrive dunque uno dei passi fondamentali dell’opera di Gruchius citati a cui

direttamente sembra essersi riferito Giuseppe Valletta nella differenza giuridica tra straordinaria cognizione e straordinario procedimento: “At si quod crimen incidisset aut novum aut gravitate insigne, tum duas reperio rationes observari solitas. Una erat, ut nova lege lata de crimine quaereretur, tumque veteri more a populo designabatur, qui primo quoque tempore quaereret, aut unus quidam ex iis qui magistratum gerebant, aut alius quem nominatim populus quaerere iussisset. Quod factum esse reperio adversus P. Clodium, cum sacra Bonae deae polluisse a Pontificibus iudicatus est. Novum enim crimen erat, ideoque nova questione opus erat, cum adhuc nulla lege quaestio de eo crimine constituta fuisset. Atque haec erat *ordinaria* ac legitima ratio animadvertendi in crimina, de quibus aut non erat aliqua lege decreta quaestio, aut quibus puniendis veteres leges non viderentur sufficere. Altera erat extraordinaria minusque legitima ratio, ideoque raro usurpata, et non nisi in tam gravi et tam late patente scelere, ut res dilationem pati non videretur, ut scilicet comperto crimine Senatus iudicium ferret non consulto populo. Quod usuvenit in coniuratione Catilinae: qua a Cicerone detecta, statim a Senatu condemnati sunt omnes qui deprehensi erant. Fuisse autem hanc iudicandi rationem extraordinariam ac minus legitimam hinc perspicuum est, quod tametsi decuriae iudicium, quibus iudicandi munus incumberebat, ex Senatoribus tantum interdum fuerint conscriptae, tamen incuria Senatus iudicia non exerceret [...] et Cicero eo nomine postea a P. Clodio reus ad populum factus est quod contra leges non consulto populo in cives Romanos animadvertisset. [*Doctissimi Viri* NICOLAI GRUCHII, ROTOMAGENSIS, *De comitiis Romanorum, Libri tres*, Venetiis, Apud Franciscum Bindonum, 1559, Liber Primus, pag. 36 F-I.]. Valletta integra e aggiorna le tesi di Gruchius, dando delle Catilinarie, come per il processo per la violazione del culto della dea Bona, una interpretazione in parte nuova, sui principi del contraddittorio, coordinata con i principi del giusnaturalismo procedurale. Altra fonte mediata del pensiero giuridico di Valletta è l’opera di Sigonio, in particolare le opere sugli antichi giudizi: CAROLUS SIGONIUS, *De Iudiciis* [in particolare sulla distinzione tra *crimina* e *maleficia* e i delitti di lesa maestà in riferimento all’attività consolare di Cicerone, Liber Tertius, cap. II, De Criminibus; in *Thesaurus Romanarum Antiquitatum*, Vol. II, pag. 798; e cap. VIII, sulla mancata costituzione dell’accusato e le pene per la contumacia]. Per l’analisi dei Senatus consulta, ex ordine ed extra ordinem, in riferimento ai Bacchanali, nell’opera di Vico: *De uno*, CLXXXV.

Tra le edizioni moderne delle Catilinarie è stata seguita l’edizione curata da Elisabetta Risari (MARCO TULLIO CICERONE, *Le Catilinarie*, Milano, 1993) che contiene un’ampia bibliografia storico-politica, riferita anche ai testi relativi alla questione strettamente giudiziaria, e l’edizione del “Centro Studi Ciceroniani”: *Le Catilinarie* [...]; in “Tutte le Opere di Cicerone”, Vol. 6. Per un’introduzione generale alla questione processuale delle Catilinarie: M. PROCACCI, *La questione giuridica del processo di Catilina*, “Atene e Roma”, 9, 1928, pp. 254-64. In particolare sui riflessi filosofico-politici del giudizio per la congiura di Catilina, ha scritto RICHARD A. BAUMAN, in “*Crime and punishment in ancient Rome*”, 4, Cicero on punishment [The conspiracy of Catiline]. RICHARD A. BAUMAN ha pubblicato inoltre un importante studio sul diritto relativo ai crimina maiestatis: *The crimen maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg, 1970. Per un preciso riferimento processualistico alla questione catilinaria nell’opera di Pagano cfr. VINCENZO FERRONE, *La società giusta ed equa*, cit., pag. 208-209.

<sup>153</sup> Giuseppe Valletta tratta delle procedure seguite nella repressione dei Baccanali a folio 95 v. della *Lettera intorno al procedimento Ordinario e Canonico*, distinguendo anche in questo caso tra “straordinaria cognizione e straordinario procedimento”: per *quaestio extra ordinem* “intender si dee del Giudice, e non del Giudizio; ciò egli è – scrisse Valletta – che fuorj di ordine i P.P. del Senato avessero deputata ai Consolj l’inq.ne di tal fatto, e così fuori di ordine fu assegnato, e deputato il Giudice. Non però così che il Giudizio fuori di ordine si facesse; peroché altro era, quando la causa, si commetteva ad alcuno extra ordinem, altro quando extra ordinem si proceda.” E ancora aggiunse Valletta a pagina 98 della *Lettera*: “quando si voglia bene osservare il fatto accaduto nelle Feste de’ Baccanalj, in leggendo Livio, si riconosce, che furono palesi, e pubblici, i testimonj [...] e pubblicamente essersi proceduto da’ Consolj.” Sebbene la modificazione della giurisdizione potesse contenere già in sé una latente alterazione degli stessi principi della pubblicità accusatoria, con i suoi predicati del “giudice naturale” e del pieno contraddittorio, la analisi vallettiana è essenziale per la teoria del proceduralismo giusnaturalistico moderno. I principi filosofici generali di Valletta sono decisivi per lo sviluppo delle riforme in senso accusatorio nelle scuole giuridiche napoletane ed europee: “l’ordine giudiziario – scrisse – è assolutamente una regola, e solennità da osservarsi per la legge civile [...]. La notizia de’ testimonj, che si fa per la pubblicazione de’ loro nomi, e de’ loro detti è assolutamente immutabile, e per così dire indispensabile. Peroché negandosi si toglierebbe affatto la difesa al preteso Reo, alla quale secondo la ragione delle Genti, del mondo tutto, dei Canonj dell’Evangelio, per legge naturale, e Divina da niun pontefice (sia lecito dirlo con quella riverenza che si deve) derogare si puote: Nec Papa, nec Imperator derogare potest iuri naturali [...] valevole essendo solamente quella legge che niente contrasti con la natura.” [Lettera, cit., f. 97]. La teoria processualistica vallettiana introduce in Europa dei principi che risulteranno decisivi, attraverso le riformulazioni di Filangieri e di Pagano, per il diritto contemporaneo. Dall’analisi filologica Valletta perviene a osservazioni di diritto positivo: “[...] come può dirsi che il Giudice abbia ad avere piena fede ad un atto, del quale egli non ha piena cognizione? quando non sono state intese ambe le parti, quando con un certo giudizio irregolare si negano l’eccezioni, che naturalmente appartengono al Reo per la repulsa de’ testimonj, e quando gli si vieta per così dire le difese?” [Lettera, cit., f. 42].

<sup>154</sup> Giuseppe Valletta aveva osservato nella *Lettera* che nel sistema canonico le prime misure di protezione dei testimoni di accusa erano state introdotte attraverso i decreti e le bolle di Bonifacio VIII. Tuttavia Bonifacio VIII in origine, come si osserva nella *Lettera*, non aveva stabilito altro che le deposizioni avrebbero potuto restare coperte dal segreto inquisitorio solo quando fosse dimostrato un imminente, reale pericolo per la vita del teste o dell’accusatore. La norma poneva a carico della coscienza de’ Vescovi e degl’Inquisitorj, che non procedessero segretamente contro i rei senza reale pericolo per la vita dei testi, cioè consentiva che non si manifestasse la loro identità nel confronto con l’accusato, solo nel caso dimostrato di pericolo, altrimenti non evitabile, di una imminente vendetta contro l’accusatore. [Lettera, cit., pag. 22]. Ma da questa prima riserva si introdusse invece la regola di procedere *sempre* in forma segreta, senza comunicare l’identità dell’accusatore e dei testi e anche senza fornire la copia degli atti, presumendosi sempre il pericolo, in modo astratto, per la natura stessa del delitto, religioso o di maestà umana: “Francesco Pigna – osserva Valletta – particolarmente intento e molto addetto all’Inquisizione [...] si infinge col suo proprio ingegno contro delle Pontificie Costituzioni, che nel Tribunale

dell'Inquisizione si debba presumere sempre il pericolo e quindi poi immediatamente ricorrere all'uso, e consuetudine del Tribunale, il quale più tosto [...] disusanza chiamar si dovrebbe [...]". In realtà, come si legge nella autorevole *Lettera*, forse mai era accaduto che l'accusato prosciolto avesse poi attentato alla vita dei testi, il cui nome fosse stato pubblicamente comunicato per le difese al Reo, e dunque la presunzione assoluta di pericolo per i testi di eresia e di delitti politici introduceva nello Stato un potere incondizionato di vita e di morte sui sudditi attraverso le delazioni così ottenendosi il controllo, attraverso i giudizi, della vita pubblica. (Nei commenti dei giureconsulti alle costituzioni federiciane, si trova evidenziato che la procedura seguita per i delitti di lesa maestà era caratterizzata dalle violazioni delle formule ordinarie, come nel *Commento* di Andrea da Isernia: "in crimine laesae majestatis non servatur solemnitas juris: quia extra ordinem proceditur" [*Constitutionum Regni*, cit., pag. 113]). PIETRO GIANNONE, *Istoria civile del Regno di Napoli*, XV, III, "Origine dell'Inquisizione contra gli eretici"; *Il Tirreno*, III, I, III.

<sup>155</sup> "Citare un uomo, ch'è accusato di un delitto; condurlo innanzi al magistrato competente; mostrargli il suo accusatore; palesargli l'accusa; interrogarlo senza mistero sulla verità di ciò che si è asserito contro di lui; non mostrare alcuna prevenzione in favore di alcuna delle parti; concedere un uguale numero di giorni al reo per giustificarsi, ed all'accusatore per sostenere la verità della sua accusa; abolire [...] tutte quelle violenze, tutte quelle insidie che rendono così abominevole, così indegno, così ingiusto il presente sistema; sgombrare la giustizia da quella oscurità volontaria, nella quale si ravviluppa col mistero inquisitorio; abolire que' giuramenti inutili, che si esigono dall'accusato [...] non ricorrere nella citazione alla cattura, che in que' soli casi, ne' quali o si può sospettare della fuga dell'accusato, o si ha ragione di punire il suo disprezzo per la pubblica autorità [...] ecco ciò, che si otteneva dal metodo libero e semplice di Roma, ed ecco ciò che si otterrebbe adottandolo".

<sup>156</sup> In generale, può dirsi che molti elementi giuridici e filosofici, tratti dall'esame della forma del giudizio tenuta nelle Catilinarie, in particolare sui principi della pena e sulla procedura, saranno poi interpretati dai filosofi riformatori. Probabilmente anche i riflessi dell'esposizione ciceroniana sulla reclusione a vita in sostituzione della pena di morte, (come danno meno crudele e nello stesso tempo insanabile, e come esempio che la detenzione a vita produce), secondo la quarta Catilinarina, sembrano essere stati accolti nei testi moderni sulla riforma penale e in particolare da Cesare Beccaria nella parte dell'opera dedicata all'esempio sociale della reclusione.

<sup>157</sup> Per il processo americano e l'inquisizione: *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di Ennio Amodio e M. Cherif Bassiouni, Milano, 1988. A pag. XXXVIII si scrive di vere e proprie "procedure *extra ordinem* sul piano delle garanzie costituzionali che fa apparire il procedimento [americano contemporaneo] più simile alla *instruction non contradictoire* della procedura penale continentale dell'ottocento che non all'istruzione formale del vigente [oggi abrogato] sistema italiano."

<sup>158</sup> *Des lettres de cachet*, cit., I, 101; v. nota 27.

<sup>159</sup> Per le citazioni vedi ancora *Lettres de cachet*, cit., I, da pag. 77 a pag. 82.

<sup>160</sup> *Prix de la justice et de l'humanité, par l'auteur de la Henriade*, a Ferney, MDCC. LXXVIII, Article XI, *Des Procès criminels pour des disputes de l'école*, pag. 57. Per un'analisi filosofica recente sulla procedura delle *Lettres*, cfr. M. FOUCAULT, *La società disciplinare*, in *Antologia*, a cura di V. Sorrentino, Feltrinelli, 2005.

<sup>161</sup> *Des Lettres de cachet*, cit., pag. 77.



<sup>162</sup> Le tesi di Grozio avranno immediata diffusione nei più attenti e autorevoli studiosi dei sistemi penali in Europa, tra cui Giuseppe Valletta che approfondì la critica giusnaturalistica di erudite osservazioni filologiche e filosofiche, le cui tracce resteranno evidenti fino ai sistemi codificatori di Filangieri e di Pagano. Valletta, criticando che all'origine dei sistemi ecclesiastici fosse prevista generalmente la pena di morte, rileva che il delitto di eresia, in ogni caso non consisteva originariamente di un mero stato di opinione, di convinzione interna, e affermò che ogni reato richiedesse una esteriorizzazione, in modo che possa stabilirsi un contrasto, rilevante per il diritto, tra un atto esterno e una norma. L'inquisizione che legittimava le prassi segrete riferendosi alle presunte remote origini dei canoni ecclesiastici, in realtà ne stravolgeva il senso, con prassi di gran lunga più severe di quelle originarie, già in sé incompatibili per la coscienza moderna.

Fu solo, dunque, a partire dal secolo XIII che si sarebbe reso possibile procedere per qualsiasi opinione, in violazione del principio di legalità, "contro di ogni eretico, di qualunque falsa opinione egli si fosse" [Lettera, f. 19]. Solo da allora avvenne, attraverso le interpolazioni ecclesiastiche degli antichi codici, interpolazioni sulle quali, come si è visto, a lungo si trattenne anche Pagano nella parte storico-politica delle *Considerazioni*, che ogni errore dottrinario, di qualsiasi consistenza, e in qualunque modo presunto, potesse potenzialmente condurre al tribunale dell'inquisizione.

Per l'ulteriore analisi di questi temi, con particolare riferimento al pensiero penalistico di Grozio, si rinvia all'opera di SERGIO MOCCIA, *Carpzov e Grozio, Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979.

<sup>163</sup> Il principio risulta costante nei principali trattati giusnaturalistici napoletani sui sistemi penali. Già Nicolò Caravita nelle sue *"Ragioni"* (opera giuridica, come si è detto, a favore del processo pubblico e del contraddittorio) scrisse della possibilità di sottoporre chiunque, con qualunque pretesto, all'inquisizione realizzandosi "il grande intendimento [di natura politica, della autorità ecclesiastica] di non lasciar niuna persona non soggetta alla inquisizione [...]. Per questo titolo potrebb'er tutti [esservi sottoposti] coloro, che per pascere l'anima dell'unico cibo a lei conveniente dopo il divino amore, cioè la verità, si raunano a ragionare insieme con loro amici di cose a Filosofia, o a Matematica, appartenenti [...]. E così già sottomesso è tutto il mondo al Tribunale della inquisizione".

<sup>164</sup> Art. 41. 42 del Progetto di Costituzione: "[...] il Corpo Legislativo non può esercitare né per se stesso, né per mezzo de' Delegati il potere esecutivo, o giudiziale. Su questo argomento, in riferimento alla filosofia greca, cfr. la nota 1) al capo XXII del *Saggio* quinto.

<sup>165</sup> S.P.<sup>II</sup>, V, XXII; sulla prevalenza della funzione legislativa, si rinvia ancora alla conclusione del capitolo VI delle *Considerazioni sul processo criminale*.

<sup>166</sup> Nella definizione di repubblica si avverte nei *Saggi Politici* profondamente la tradizione della cultura politica greca, con una "predilezione" che G. Solari aveva rilevato nell'opera paganiana scrivendo di "predilezioni del Pagano per la sapienza greca e per gli ordinamenti politici delle città greche". (G. Solari, *Vico e Pagano*, cit., pag. 27). In particolare Pagano conclude le sue prime opere in un momento nel quale la filologia italiana è particolarmente rivolta allo studio dell'opera retorica di Demostene. Si pensi in primo luogo alla edizione veneta delle *Orazioni*, pubblicata negli stessi anni in cui Pagano pubblica il *Politicum Examen: Le Aringhe di Demostene*, [...] Venezia, 1767, nella stamperia Baglioni (traduzione attribuita a Somasio Barcovick); opera rilevante in quanto costituisce un documento di una forma tradutto-

logica, i cui termini si riflettono, con le opere dei retori classici romani, nella tradizione politico-umanistica settecentesca. Ad esempio, l'espressione di Demostene, *ra-tumia*, usata nel senso di inerzia verso il bene comune della nazione greca, viene testualmente e ricorrentemente tradotta nell'edizione di Venezia del 1767, come interesse privato, "comodo privato" [Aringhe, cit., *Intorno allo stato di Chersoneso*, pag. 152; *Quarta Filippica*, pag. 198] termine che trova mediata corrispondenza nelle opere paganiere, per indicare la sfera di utilità particolare, di una polis o di una classe di cittadini, in contrasto con l'interesse generale: una terminologia essenziale dell'"istoria dell'avanzamento della sovranità sulle violenze private". La tradizione filologica delle traduzioni di Demostene in Italia nel Settecento era stata introdotta dalla esemplare edizione greco-latina di Vincenzo Lucchesini: *Demosthenis Orationes*. [...] Romae, MDCCXII, ex Typographia Antonii de Rubeis.

<sup>167</sup> S.P.<sup>II</sup>, V, XXII: "[...] il contrasto delle forze produc[e] l'inazione". Nel proemio ai "Cittadini Rappresentanti" del "Progetto di Costituzione della Repubblica Napolitana", a pag. XIII, sono evidentemente esposte in sintesi le formule politiche dei *Saggi* con delle analisi ulteriori riferibili agli eventi rivoluzionari: "Se il Potere Esecutivo sia troppo dipendente dal Corpo Legislativo, come lo era nella Costituzione Francese del '93, in tal caso l'Assemblea assorbirà il Potere Esecutivo, e concentrandosi in essa i Poteri tutti, ella diverrà dispotica".

<sup>168</sup> La teoria formalistico-legale e la scuola giusnaturalistica esprimevano allora soluzioni diverse. Pufendorf aveva osservato che la sanzione penale non dovrebbe in alcun caso essere concepita in modo meccanico, senza una verifica delle esigenze repressive: SAM. PUFENDORF, "*De iure naturae et gentium*" libri octo, cum integris commentariis [...], Lausannae et Genevae, Apud Marcum-Michaellem Bousquet, MDCCXLIV, Lib. VIII, cap. III, 356: "Ex his igitur manifeste constare, non dari in foro civili iustitiam aliquam vindicativam, quae certis delictis certam poenae mensuram, per naturam definitam, utique infligi debeat: sed veram poenarum humanarum mensuram esse utilitatem Reipublicae, & prout fines poenarum commodissime videntur proventuri, ita eas per prudentiam summi imperii intendi vel remitti [...]".

<sup>169</sup> G. VICO, *De uno*, cit., Cap. CXVI, pag. 137.

<sup>170</sup> Per una diversa distinzione, rilevante per questa analisi, tra *mens juris* e *ratio* [iuris], cfr. *Opera Critica, Istorica, Legale, che dà una nuova maniera di poter bene interpretare le consuetudini napoletane* del S.D. Damiano Romano [...] dedicata all'Ill.mo D. Bernardo Tanucci, Segretario di Stato, pag. 49, Lecce, MDCCXL, Nella Stamperia di Domenico Viverito: "Ratio est causa. [...] mens, sententia, seu id, quod ex verbis recte acceptis intelligitur".

<sup>171</sup> G. VICO, *De uno*, cit., cap. CXLI, Proprietas cuiusque reipublicae merae, [3-4], pag. 173.

<sup>172</sup> David Hume [*Commentaries*, 1797-1800, Chap. III, *Of Commitment and bail*, pag. 88] a questo proposito scrisse: "To determine, therefore, in any case, whether the charge falls within the statutory limitation, the Judge has only to compare the warrant of commitment with the *letter of the law*". E ancora: "As the magistrate must determine the degree of the offence by the *letter of the law*, so must he take the charge against the prisoner, in the ordinary case, as he finds it on the face of commitment". La letteralità normativa costituiva, quindi, in settori cardine del diritto processuale, nella giurisdizione anglosassone, un parametro diretto di applicazione, come si vede in relazione agli istituti sulla libertà per-

sonale e l'accusa, con una evidente riduzione della mera discrezionalità. Tuttavia Locke aveva acutamente rilevato nel capo XIV del *Secondo Trattato sul Governo* la necessità di concedere ai giudici la "prerogativa" per fini pubblici di moderare la letterale severità della legge, senza dunque che questa facoltà potesse di fatto determinare "an arbitrary power".

<sup>173</sup> Può essere ricordato a questo proposito il rapporto di Mirabeau del 17 luglio 1789, sulla dichiarazione dei diritti umani, rapporto in cui si analizza il tema filosofico della forma in cui devono essere sanciti i diritti della persona, secondo modalità riprese dal repertorio logico-filosofico illuministico del Settecento: "Come la libertà – scrisse Mirabeau – non è la conseguenza di astratte dottrine filosofiche, ma il risultato dell'azione di tutti i giorni ("la liberté ne fut jamais le fruit d'une doctrine travaillée en déductions philosophiques, mais de l'expérience de tous les jours") egualmente nelle leggi che garantiscono la libertà nello Stato, il linguaggio normativo che introduce i diritti politici deve essere chiaro, concreto e rivolgersi direttamente a ogni cittadino, evitando per quanto possibile fraintendimenti" (*Rapport sur la déclaration des droits*, séance du juillet 1789).

<sup>174</sup> MELCHIORRE DELFICO nelle sue *Ricerche sul vero carattere della Giurisprudenza Romana e de' suoi cultori* [Napoli, 1791], tracciò, sulla base delle letture appena esposte, una storia della giurisprudenza, pensando a una legislazione razionale, esente da varianti nell'interpretazione. Nell'opera di Delfico si trovano tradotte, nel tentativo di un commento, parti delle tesi graviniane sulla dottrina dell'interpretazione legale.

<sup>175</sup> Secondo gli studi di Locke sulla struttura del linguaggio, troppo facilmente era possibile rilevare una pluralità di significati giuridici riferiti a un unico termine, per cui di frequente derivava l'incertezza di interpretazione delle proposizioni normative (*Dell'intelletto umano*, Libro I, cap. IX e X). Helvetius, nel capitolo IV de "l'Esprit" intitolato *De l'abus des mots*, scrisse a questo proposito: "D'après Descartes et Locke, Je vais donc prouver qu'en métaphisique & en morale, l'abus des mots & l'ignorance de leur vraie signification est, si j'ose le dire, un labyrinthe où les plus grands génies se sont quelquefois égarés." I termini sui quali si erano accese le più lunghe e vive dispute in metafisica erano stati "les mots de matière, d'espace, & d'infini" mentre, in relazione al linguaggio etico-giuridico Helvetius ricorre, citando Rochefoucault, per un esempio, al termine *amour-propre* che costituirà uno dei centri logici del sistema giuridico educativo di Filangieri nella *Scienza della legislazione*. Cfr. *Code de Catherine*, cit., art. 435 ss. Per le remote origini di queste analisi cfr. anche: *Logica di Port Royal*, cap. VIII-XII. Per una approfondita analisi della relazione tra linguaggio politico e filosofia moderna, in riferimento alla tradizione giuridica greca: MANFRED RIEDEL, *Metafisica e Metapolitica, Studi su Aristotele e sul linguaggio politico della filosofia moderna*, 1990, Bologna, traduzione di Fulvio Longato.

<sup>176</sup> Scrisse ancora David Hume, nel capitolo XI dei suoi *Commentari*, intitolato "Of Offences against the course of Justice", cit., pag. 366: "Indeed, it would be very dangerous to convict any one such constructive grounds; considering the imperfection of language, and the still more imperfect use which so many persons have of it, and how unequal their degrees of intelligence in the affairs of life, and even of capacity for the observation of facts".

<sup>177</sup> La questione linguistica viene ripresa da Pagano in uno dei momenti più difficili dell'esperienza filosofica, nei mesi in cui attende alla stesura del progetto

della Costituzione napoletana del 1799, allora che i termini della filosofia giuridica si riflettevano negli eventi storici: “È increbbevole – scrisse a proposito della nozione di Popolo – che non abbiano nelle moderne lingue voce per esprimere la nozione, che vogliamo designare”. Richard Wagner, sulla nozione di popolo, scrisse che si estende a coloro che “impegnano tutte le loro energie vitali per porre fine alla propria sofferenza ritenuta sofferenza comune” (R. WAGNER, *l'Opera d'arte dell'avvenire*, Milano, 1983, pag. 106-107).

<sup>178</sup> Si trascrive un passo significativo, dal *Politicum Examen* paganiiano [II, III], sulla storia dell'interpretazione nel diritto romano: “Comincia ora una nuova legislazione. Introdotta la nuova forma dell'impero, una nuova norma di vita e di condotta dei cittadini, appare sulla scena un nuovo legislatore. Augusto ormai, dopo la morte di Cesare, capo dello Stato, [...] fece moltissime leggi, il cui scopo fu d'invertire e mutare la costituzione dello Stato, di stabilire il principato, e di sottomettere il popolo al giogo della servitù in una maniera dolce e ingannevole. Ma poiché le antiche leggi, ch'erano pensate per accordarsi alla repubblica e allo Stato democratico, stavano ancora in piedi, ne nacque una gran contraddizione e conflitto, confusione, disordine legislativo. Ma giacché egli non osava togliere apertamente di mezzo quelle antiche leggi, per rovesciare completamente l'antico Stato repubblicano, arrecò un enorme danno alla legislazione. Mentre infatti fino alla sua epoca l'interpretazione dei giurisperiti era stata un'arte di spiegar le leggi, egli diede ai loro responsi valore di leggi. E giacché egli elargiva loro il compito e la possibilità di rispondere, che dipendeva dalla sua assoluta volontà, e poiché quelli erano sostenitori e rafforzatori del principato, egli, con questo sistema [...] indebolì fortemente le antiche leggi che difendevano la libertà e ne favorì l'oblio. Infatti i giureconsulti, che il principato aveva sollevato a quella dignità, non interpretavano secondo un criterio di difesa della libertà, o che rispondesse ai sistemi repubblicani, ma secondo la ragione del principato e del dominio d'uno solo. S'era infatti reso conto l'imperatore, espertissimo di cose politiche, che (come dice anche Platone nella divina costituzione della repubblica, ch'egli adattò agli usi delle cose umane traendola da quell'unica e immutabile idea di rettitudine e di giustizia) le antiche leggi conservate con onore in uno Stato sono come i difensori e i custodi della libertà: e finché dunque le antiche leggi avessero avuto il loro valore nello Stato egli capì che avrebbe inutilmente macchinato la morte e l'oppressione della libertà. E, a dire la verità, la dimenticanza e il disprezzo delle antiche leggi avevano già fatto presagire la morte della repubblica. Perciò lo scaltrissimo imperatore mise tanto impegno in questo, da eludere le sanzioni delle antiche leggi, da abatterle colle sottilissime interpretazioni dei giureconsulti, o piuttosto coi loro cavilli, colle discordie e le varietà d'opinioni e di responsi, tanto da rendere incerto il diritto, e da interpretar le leggi in giudizio in un senso o nell'altro, a seconda del capriccio del principe. [...] Gl'imperatori seguenti, però, giacché i romani s'erano ormai adattati alla servitù, cominciarono a servirsi più apertamente del potere regio e, col passar del tempo, nel far nuove leggi e nelle deliberazioni riguardanti il governo non si ostentava più, come prima, l'autorità del popolo, o del senato” (Trad. a cura di L. Miraglia e H. Nikitinski).

<sup>179</sup> *Nomothesia Examen*, II, VI: “La legislazione è tanto connessa e unita alla costituzione dello Stato, che una volta corrotta la legislazione, si corrompe necessariamente anche lo Stato [...]”.

<sup>180</sup> Si legge nel *Politicum Universae Romanorum Nomothesia Examen* [III, II]: “Laudanda est [...] in Democratico civitatis statu literalis legum interpreta-

tio. Haec enim ratione et legum simplicitas minime perverteretur, et Juris aequalitas maxime servabitur”.

<sup>181</sup> Nel capitolo III del Libro sesto dell'*Esprit des Lois*, Montesquieu aveva sinteticamente stabilito il rapporto tra forma di interpretazione delle leggi e forma dello Stato: “Più il governo si avvicina alla Repubblica – si legge nell'*Esprit* – più la maniera di giudicare diventa stabile [...]. Nel governo repubblicano è nella natura stessa della costituzione che i giudici seguano la lettera della legge. Non è lecito interpretare una legge a danno di nessun cittadino, quando si tratta dei suoi beni, del suo onore o della sua vita”. Anche nell'analisi storica del rapporto tra interpretazione e forma costituzionale, Montesquieu commenta il principio di stretta literalità come predicato della forma repubblicana di governo, dove scrive nel capo XXVII: “I Romani erano estremamente formalisti [...] e lo spirito della repubblica era di seguire la lettera della legge”. Il confronto tra la esposizione della dottrina della interpretazione legale nell'*Esprit* e nell'*Examen*, rivela (oltre il metodo apparentemente comune di analisi) una differenza non secondaria. La critica che Montesquieu [De l'*esprit des lois*, VI, III] riferisce al dispotismo (“Negli Stati dispotici non vi è legge: il giudice è egli stesso la regola”) venne ripresa e riferita da Pagano alla monarchia e ai privilegi nobiliari dei sistemi monarchici. L'interpretazione difforme e variabile delle norme nelle [mere] costituzioni monarchiche, dipende, secondo Pagano, dalla ineguaglianza politica stabilita secondo l'ordinamento feudale, da cui deriva necessariamente la differenza delle sanzioni (“*poenarum inaequalitatis statuta*”). Confrontando la critica di Pagano alla mera monarchia in relazione al modo della interpretazione: “illam juris equalitatem excrantur, odioque habent” – per la nobiltà che ha in odio l'uguaglianza e la considera esecrabile – con la regola di Montesquieu per cui nella monarchia la condizione della applicazione letterale è data dalla precisione formale: “Negli Stati monarchici vi è una legge: laddove è precisa, scrive Montesquieu, il giudice la segue; laddove non lo è ne ricerca lo spirito” sembra, già nelle opere giovanili, risultare un orientamento radicale del pensiero politico pagano nella dottrina dell'interpretazione rispetto alle sue fonti. Per la forma dell'eloquenza nelle diverse forme di Stato v. la celebre trattazione vichiana, fonte delle successive analisi, svolta nel *De uno*, CLXXXIX-VIII.

<sup>182</sup> Nei trattati napoletani sull'interpretazione era stato tempestivamente rilevato come il termine *equità* non significasse necessariamente applicazione più favorevole del diritto per il reo. Con termini normativi non dissimili dall'opera vichiana osserva Francesco Rapolla: “Haec Aequitas aliquando in usu iuris dicitur *equum bonum, benignitas juris, humanitas juris*, aliquando etiam *utilitas*. At animadvertendum est, non semper aequitatem significare benigniorem interpretationem, in quo passim Doctores decipiuntur...” (F. RAPOLLA, *De Jurisconsulto sive de ratione discendi, interpretandique Juris Civilis, Libri II, Auctore Francisco Rapolla*, Neapoli MDCCXXVI, Excudebat Felix Musca). La critica di Filangieri contro la interpretazione innovativa e contro la stessa “*equità*” nei giudizi penali è da riferirsi alla prassi dell'aggravamento arbitrario delle pene e, per un altro aspetto, alla interessata tolleranza dei magistrati resa possibile dalle regole incerte dell'ordinamento inquisitorio.

<sup>183</sup> Nei *Principj di Scienza Nuova* si distingue, come è noto, tra l'interpretazione secondo una ragione elementare, propria di nazioni non evolute (“principio della *ragion stretta*, della quale è regola l'*equità* civile, al cui *certo* o sia alla determinata particolarità delle cui parole, i barbari, d'idee particolari, naturalmente

s'acquetano, e tale stimano il diritto che lor si debba"); mentre gli "uomini intelligenti stimano diritto tutto ciò che detta essa uguale utilità delle cause." [S.N. I, CXI- CXII] e quindi diverso dalla ragione stretta, secondo la *Scienza Nuova*, è "il principio della ragion benigna, regolata dalla equità naturale, la qual è connaturale alle nazioni ingentilite" [I, CXIV]. La distinzione vichiana tra la ragione remota, stretta, e la ragione benigna, viene ripresa nel capitolo VII del Libro IV della *Scienza Nuova*, intitolato "Tre specie di giurisprudenze", dove è chiarito ancora che "[...] la giurisprudenza umana [...] guarda la verità dei fatti e piega benignamente la ragion delle leggi a tutto ciò che richiede l'uguaglianza delle cause". Nel complesso l'analisi vichiana tende a rilevare come la rigida osservanza della lettera (una "somma scrupolosità di parole") riguardi maggiormente le fonti remote della giurisprudenza e la specie più antica del giudizio, allora che non si può "alterare" una sola "letteruccia" nelle formule [S.N., IV, X, 3]. Nell'applicazione di norme a carattere universale, si rende necessario argomentare non solo in base alla lettera delle formule ma anche in base ai principi e al metodo dell'ordinamento, per tutto ciò che "richiede l'uguaglianza delle cause".

Nel sistema pagano, come nel sistema vichiano, anche in riferimento all'analisi sui fondamenti del diritto di natura, è inoltre centrale la relazione tra *autorità* e certezza. Particolarmente nei sistemi normativi più remoti, l'autorità determina il senso. "Il certo delle Leggi – scrive Vico – [Dignità, CXI] è un'oscurità della ragione unicamente sostenuta dall'autorità, che le ci fa sperimentare dure nel praticarle, e siamo necessitati praticarle per lo di lor "certo", che in buon latino significa "particolarizzato", o come le scuole dicono, "individuato"; nel qual senso *certum* e *commune*, con troppa latina eleganza, son opposti tra loro." La certezza, inoltre, può aversi nel particolare, *peculiare*, come risulta nelle tesi dell'*Antica sapienza*: "quod peculiare est, certum sit, dubium autem quod commune." Nelle *Observationes in M.T. Ciceronem* pubblicate da Nizolio era già stata isolata filosoficamente questa nozione retorica, nella esplicazione dell'aggettivo *Generalis*, le: "Generalis, le. communis, universus, confusus, late manans, ad multos pertinens, late patens".

L'analisi linguistica data dal raffronto tra i termini delle *Teorie delle Prove* di Pagano e la citata dignità della *Scienza Nuova* di Vico, sembra evidenziare la ricorrenza di termini simili, con notevole differenza d'uso, però, nel sistema giuridico pagano, in quanto i termini, oscurità e autorità, sono riferiti nella *Teoria delle prove* di Pagano [Teorie, I] alla analisi delle proposizioni probatorie, dove è scritto della: "[...] certezza, o probabilità, che sorge dall'autorità, la quale è figlia della opinione, della scienza, che noi pensiamo che un altro uomo abbia di ciò, che a noi è oscuro [...]"; dove i termini di autorità (che dichiara e risolve) e oscurità (delle proposizioni probatorie, o normative) sono posti in critica correlazione. Alla certezza, Pagano aggiunge il termine della "probabilità" in rapporto all'autorità che forma l'opinione. Sul rapporto tra autorità e ragione, ancora VICO, *De uno*, Proloquium [16], cap. LXXXIII ss. Per una nuova interpretazione della filosofia vichiana su vero e certo, STEPHAN OTTO, GIAMBATTISTA VICO, *Lineamenti della sua filosofia*, Napoli, 1992, pag. 93 ss.

<sup>184</sup> Il problema giuridico della definizione della funzione della Corte di Cassazione rappresenta il riflesso normativo più evidente della critica illuministica al principio di interpretazione della legge. Robespierre come è stato rilevato da MARIO A. CATTANEO [*Libertà e virtù nel pensiero politico di Robespierre*, Ist. Edit. Cisalpino, Cap. III] era intervenuto con il *Discours sur l'organisation du Tribunal de Cassa-*

tion (25 Mai 1790) ribadendo il principio generale secondo cui l'interpretazione delle leggi avrebbe potuto essere svolta solo dall'ordine legislativo, che ha emanate le leggi: "si une autre autorité que celle du législateur pouvait interpréter les lois, elle finirait par les altérer, et élever sa volonté au-dessus de la sienne". [*Libertà*, cit. pag. 59]. Robespierre, scrive Cattaneo, "sostiene che la Cassazione, intesa come organo avente il compito "d'empêcher la violation de la loi, plutôt que d'en faire l'application", non deve appartenere al potere giudiziario, non deve essere un Tribunale come tutti gli altri, sia pure il più elevato in grado, ma deve rientrare nel potere legislativo. Come è noto, questa proposta di riforma costituzionale non venne accolta ma venne istituito un tribunale di Cassazione distinto dall'assemblea legislativa, ma stabilito *presso* di questa. ("Il y aura un tribunal de cassation établi auprès du corps législatif"). Ma non si trattava solo di una collocazione indicativa, simbolica, per riaffermare il principio di stretta formalità nell'applicazione della legge. Le riforme post-rivoluzionarie stabilivano inoltre un obbligo di informazione, stabilito con cadenza annuale, al corpo legislativo, fissato con l'art. 24 della Legge di formazione del Tribunale di Cassazione, del I Dicembre 1790. Attraverso i controlli e/o la latente assimilazione al potere legislativo si tendeva a rafforzare il divieto di introdurre varianti nella interpretazione alla legge in sede di giudizio. Anche le leggi relative alla riduzione dei casi di annullamento della sentenza, erano funzionali al medesimo scopo. Il Decret I brumaire, an 2 de la Republique, rilevando la imprecisione della formulazione dell'articolo 24 del titolo VIII della legge del 16 settembre 1791, che disponeva dell'annullamento causato "à raison de la violation ou d'omission de formes essentielles dans l'instruction du procès", consentiva poi l'annullamento solo in caso di espressa previsione legislativa (art. I, 1-6). E il principio venne infine stabilizzato nell'art. 456 del Code del 1794.

La relazione tra il potere legislativo e il Tribunale di Cassazione si trovava, tra l'altro, già definita nella Costituzione francese del 1791, nel capo V, all'articolo 21 e infine riceve una riformulazione nell'art. 257 della costituzione del 1795, dove era stabilito: "Allorché dopo una cassazione, il secondo giudizio sul merito è attaccato con gli stessi mezzi che il primo, la questione non può più essere agitata nel tribunale di cassazione, senza essere stata sottoposta al corpo legislativo, che dà una legge, alla quale il tribunale di cassazione è tenuto di uniformarsi." Corrispettivo di questa regola costituzionale, quanto al rapporto di dipendenza tra giurisdizione di legittimità e potere legislativo, è il contenuto dell'art. 257 della stessa costituzione del '95: "Ciascun anno il tribunale di cassazione è tenuto d'inviare a ciascuna delle sezioni del corpo legislativo una deputazione che gli presenta lo stato dei giudizi proferiti, colla notizia al margine, ed il testo della legge che ha determinato il giudizio". Pagano, nel Progetto di Costituzione repubblicana, stabili all'articolo 251: "Se dopo una cassazione il secondo giudizio nella essenza è attaccato per le medesime ragioni, che il primo, la questione non può essere agitata di nuovo nel Tribunale di cassazione; senza essere stata sottomessa al Corpo legislativo, che pronunzia una legge, alla quale il Tribunale di cassazione è obbligato di conformarsi". Cfr. *Atto Costituzionale*, Genova 1797, art. 251. Le radici di questa complessa evoluzione sono da riferirsi anche all'opera di Montesquieu che aveva nell'*Esprit de Lois* scritto della derivazione funzionale, dal potere legislativo, del potere giudiziario, tema per cui è di recente intervenuto MARIO A. CATTANEO, in *Il liberalismo penale di Montesquieu*, cit., pag. 33 ss.

<sup>185</sup> ALBERT CAMUS, *Riflessioni sulla pena di morte*, Milano, 1993, pag. 64.

<sup>186</sup> Sul termine *simulacrum* in ambito pedagogico neoplatonico, per un uso affine alle categorie finora trattate, vedasi anche: Iac. Sadoleti, *De liberis recte instituentis*, liber pag. 8/b: “non vera virtus est, sed simulachrum imitatioque virtutis”. G. Filangieri [S.L., IV, I, I]: “prendere i *prestigi* della virtù per virtù vera”. Pagano dà nei *Saggi Politici* anche una definizione di natura estetica del termine *simulacrum* [*Appendice al primo Saggio, Discorso sull'origine della natura e della poesia*, cap. VII, anche nel senso di ritratto, di mera imitazione esteriore oppure di “interno spiritual ritratto delle cose” in rapporto all’“analisi fatta nel primo *Saggio* de’ nomi di dio, della virtù, della vita...”]. In senso metafisico, VICO, *De Antiquissima Itolorum Sapientia*, II, 1: “Simulacrum”, sive “apparenza”.

<sup>187</sup> FRANCESCO CARRARA, *Programma*, Parte Generale, *Lezione terza, “Del Giudizio Criminale”*, Capitolo VI, *Caratteri del processo accusatorio*, § 844: “questo sistema non è possibile che in un popolo eminentemente educato alle virtù cittadine”.

<sup>188</sup> Il termine *costituzione* nell’opera paganiaiana esprime almeno due significati prevalenti, ossia “codice della nazione” (costituzione in senso proprio) e “metodo”, cioè forma generale dei principi dei singoli ordinamenti.

<sup>189</sup> Per la citata riforma del sistema procedurale militare si rinvia al testo normativo: *Ordinanza di sua Maestà sulla giurisdizion militare, e sopra i delitti, e le pene della gente di guerra*, Napoli, nella Stamperia Regale, 1789.

<sup>190</sup> C.P. Crim., XVIII, pag. 92. Pagano osserva con una ampiezza che non si riscontra in altri giuristi del tempo, che la forza di attrazione dell’“universale costituzione”, cioè del sistema costituzionale del Regno e la reale situazione economico sociale, agiscono come causa di rifrazione, cioè come condizioni di efficacia, della “particolare forza” di riforme particolari. In questa parte delle *Considerazioni* Pagano si riferisce anche al divieto di registrare negli atti fiscali testimonianze di contenuto difforme dal piano di accusa.

<sup>191</sup> Si trascrive più estesamente questa osservazione del capitolo XXXII delle *Considerazioni* intitolato *Riforma del processo criminale*, dove Pagano riprende uno dei temi più ricorrenti della sua opera secondo il quale dalle riforme episodiche, non rivolte in proiezione al superamento del sistema feudale aristocratico, non potrebbe derivare la riorganizzazione della vita civile e indica, riferendosi alla teoria dei *Saggi Politici*, i rimedi politici profondi che si rendevano allora necessari: “la nostra riforma non isterpa quei mali [...] che dalla facile corruzione de’ testimonj hanno la di loro sorgente. [...] le riforme delle parti nell’universal corruzione senza quella del tutto non si possono mai esattamente eseguire. Ei fa pur di mestieri nel tempo istesso svelere quelle cagioni, che corrompono la probità del popolo [...]” Attraverso il confronto tra il capitolo XXXII e XXXIII (*Riforma del processo criminale* e *Correzione del presente processo*) con il capitolo XXI delle stesse *Considerazioni* risulta chiaramente che i “mali” che non era possibile “isterpare” erano collegati alle condizioni politico-economiche generali dello Stato: “la facile corruzione de’ testimoni dà mano all’occultamento de’ delitti, ed ella ha la sorgente nelle nostre antiche sciagure. [...] in cotesta immensa ineguaglianza di fortune, e vicende di opulenza e di povertà non poteva allignare sentimento di pubblico bene. Cotesto è figlio dell’istruzione, che i poveri non possono procurarsi [...]. Nasce dall’amore della costituzione, la quale manca, ove le forze delle leggi, e de’ magistrati sono languide, la prepotenza di tutto dispone, e quindi non si conosce la libertà civile.” [XXI, “Della vessazione de’ testimoni”, pag. 104] La regolamentazione della distribuzione delle ricchezze come fattore di contrasto della corruzione costituisce un argomento proprio dei maggiori scrit-



tori politici del tempo su cui aveva già scritto, come è noto, Rousseau: “Ho detto che sia la libertà civile; [...] quanto alla ricchezza, che niun cittadino sia così opulento da poterne comprare un altro, e niuno così povero ad esser costretto a venderci.” (*Il Contratto Sociale*, Genova, 1797, cap. XIV, pag. 81). Sui problemi legali e giudiziari nel Regno, in riferimento alle fonti del nuovo pensiero normativo, cfr. RAFFAELE AJELLO, *Il Preilluminesimo giuridico, Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel Regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII* (I-II), Napoli, 1965.

<sup>192</sup> Sulla inefficacia dei procedimenti penali a carattere straordinario, e sulla tendenza di questi procedimenti a divenire ordinari, cfr. ancora Cons., XXVIII, pag. 144.

<sup>193</sup> Il principio paganiano consiste di un originale commento alla politica classica greca, sulla necessaria corrispondenza delle leggi alla forma di governo (Cifr. Ar. Pol. IV, I, 9-11, 1289 a; [...]): “bisogna che si adattino le leggi alle costituzioni, e tutte vi si adattano, ma non le costituzioni alle leggi.”). Cfr. anche Pol., II, 11, 21 (1282 a).

Il principio aveva costituito oggetto anche della analisi di MONTESQUIEU, *Esprit des Loix*, Libro VI, “Conseguenze dei princìpi dei diversi governi in relazione alla semplicità delle leggi civili e penali, alla forma dei giudizi e all’istituzione delle pene”.

<sup>194</sup> Cons., XVI, pag. 81. Sullo stesso tema, in riferimento alla storia delle istituzioni romane processuali, cfr. Cons., XII, pag. 68; e particolarmente Cons., XIV, 75: “Ravvisando intanto i nostri dottori, che privi della luce della erudizione, né guidati dalla fiaccola della filosofia erano infelici interpreti del dritto romano, ravvisando, io dico, che il nuovo inquisitorio processo era contrario allo stabilimento delle Romane leggi, e volendo quelle adattare a tutto, e con quelle tutto spiegare, formarono il mostro del presente processo, che di tante formalità, e legali atti vien composto. [...] Ma gli uomini rare volte sterpano le radici de’ mali. [...] I nostri dottori [...] o non volevano per lo rapporto, che ai potenti gli stringea, o non sapeano svellere i radicali disordini alla costituzione inerenti. Come gl’imperiti medici, ed ignoranti ciarlatani impiegarono de’ momentanei rimedj, che nuovi mali produssero. Ciò che si osserva come in tutte le parti della legislazione, così ben anche in questa, che i pubblici giudizj riguarda”.

<sup>195</sup> *Considérations sur la procédure criminelle*, cit., Chapitre XVI, pag. 112.

<sup>196</sup> S.P.<sup>I</sup>, VII, VIII, pag. 257.

<sup>197</sup> S.P.<sup>I</sup>, IV, V, pag. 41. Per il tema storico-giuridico dei giudizi di secondo grado nel conflitto tra la monarchia e i feudatari, cfr. W. ROBERTSON, fonte direttamente citata nei Saggi Politici: *Notizie preliminari alla storia di Scozia [...] nelle quali si contiene un succinto ragguaglio dell’origine, de’ progressi, e della decadenza del sistema del governo feudale. Del sig. Dottore Guglielmo Robertson, Rettore dell’Università di Edimburgo*, Amsterdam, 1765, pag. 89: “Siccome l’amministrazione della giustizia è uno dei più possenti vincoli fra un Re, ed i suoi sudditi, tutti i nostri Monarchi, durarono somma fatica a restringere l’autorità de’ Baroni e dilatare quella della Corona [...]; davasi l’appello da’ Giudici, e da’ Tribunali de’ Baroni a quelli del Re. Il dritto nondimeno di giudicare in prima istanza apparteneva a’ Nobili, ed essi trovaron facilmente la maniera di render vano l’effetto degli appelli, come avevano fatto di molti altri regolamenti feudali.”; e, subito dopo, l’Autore osserva: “La giurisdizione del Re era per l’addietro simile a quella di un Barone, piuttosto, che di un Sovrano”.

<sup>198</sup> Sulla questione delle sedi giurisdizionali e delle loro competenze, v. GALANTI, *Testamento Forense*, Venezia, I, IX.

<sup>199</sup> C.P. Crim. XXII, pag. 170-171.

<sup>200</sup> In riferimento alla formazione del principio di tolleranza, che può diffondersi nelle nazioni progredite attraverso un programma razionale di educazione, Pagano osserva, nel III capitolo del III *Saggio* che, in organizzazioni sociali premoderne, può derivare invece, come conseguenza accessoria, materiale, dell'adattamento per ragioni di difesa tra differenti componenti etniche. S.P.<sup>II</sup>, III, III: "La guerra esterna produsse in prima la necessità della tolleranza de' costumi e delle religioni, base e sostegno d'ogni società".

<sup>201</sup> "La facoltà [...] a conformarsi a questa preconosciuta intimazione appellasi *moralità*" (G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, [1791] Milano, 1836, I, pag. 144).

<sup>202</sup> Il capitolo quinto anticipa molte nozioni fondamentali del *Saggio* intitolato "Della decadenza delle nazioni". Sulla relazione modernità-decadenza si rinvia anche al recente studio di SALVATORE NATOLI, *Progresso e catastrofe, Dinamiche della modernità*, Milano, 1999.

<sup>203</sup> Sul particolare grado di preparazione che richiedeva la partecipazione al governo democratico, cfr. TREVOR J. SAUNDERS, *Plato's penal Code, Tradition Controversy, and Reform in Greek Penology*, cit., pag. 94 ss.

<sup>204</sup> Le doti morali che richiede la repubblica possono sostenersi, secondo il pensiero politico dei *Saggi*, solo con un aggiornato e razionale piano di educazione pubblica. L'eco di un sentimento di rovina che travolge gli Stati abbandonati a uno sviluppo senza governo, viene ripreso da Pagano nell'epicedio per la morte prematura dell'amico Filangieri. Quando morì il grande Filosofo, Pagano scrisse nell'Epicedio, una delle più elevate composizioni del sepolcralismo poetico in lingua italiana, della caducità della *virtù* ("passaggiera è la virtù sublime") pensiero che riflette una espressione politica ricorrente negli stessi *Saggi*. Su questo tema v. ancora PAOLO MATTIA DORIA, *Discorsi critici filosofici*, Venezia MDCCXXIV, IV, 163; e VIII, 328-329: "Le virtuose Repubbliche – scrisse P.M. Doria riferendosi alla precarietà delle virtù su cui si sostengono – e con esse l'umana felicità non possono essere negl'huomini eterne".

<sup>205</sup> La variante testuale ha costituito oggetto di analisi nell'*Introduzione* alla prima edizione dei *Saggi*, pubblicata a cura di F. Lomonaco, cit., pag. L-LI. Per le origini degli studi politici sulle potenze intermedie cfr. GIOVANNI BOTERO, *Della ragion di Stato*, IV, V, "De' Feudatarii".

<sup>206</sup> PAGANO, *op. cit.*, libro II, saggio V, cap. 13, p. 266: "Sie [die Wesen] vereinigen sich dann, bilden dann eine Gesellschaft, und aus vielen wird dann ein Einziges, wenn ihre Handlungen nach einerley Ziele gerichtet sind, wenn sie einerley Endzweck haben. Die *Einheit des Ziels* bildet die *Einheit der Handlungen* und der Kraefte, von denen sie herkommen".

<sup>207</sup> PAGANO, *op. cit.*, lib. II, parte V, cap.14, p. 270: "Die wahre Freyheit ist demnach das Vermoegen, seine natuerlichen Faehigkeiten dem Gesetze gemaess, das heisst, in dem Grade und auf die Art, wie sie von ihm vorgeschrieben werden, zu gebrauchen".

<sup>208</sup> Per la diffusione e la critica nella cultura costituzionalistica tedesca della magistratura dell'eforato con potere di "sorveglianza permanente sul potere del procedere pubblico", cfr. G.W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, tr. it. a cura di V. Cicero, Milano, 1998, III, III, pag. 467 e pag. 609 ss.

## NOTA AL TESTO

Sono stati raccolti in questo volume i due principali programmi giuridici di riforma del diritto pubblico editi in vita da F.M. Pagano, ossia le *Considerazioni sul processo criminale* e il *Progetto di Costituzione* del 1799. (All'analisi delle opere postume di diritto penale e, come appendice, delle allegazioni difensive l'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici ha riservato un distinto volume). Per mettere in evidenza la diretta connessione tra il pensiero filosofico e i programmi normativi di riforma, le opere giuridiche si trovano precedute da una antologia dei *Saggi Politici*.

Per lo studio del processo di formazione della teoria penalistica è sembrato utile presentare l'*istoria dei progressivi avanzamenti della potestà sovrana* e la storia politica dei giudizi (particolarmente contenuta nei *Saggi* I-IV) secondo l'edizione del 1783/5, cui le *Considerazioni* sul processo criminale (1787) fanno immediatamente riferimento attraverso una serie di note e di rinvii testuali e da cui direttamente scaturiscono. Per l'importanza che il *Saggio* intitolato "Della decadenza delle nazioni" svolge nella filosofia politica e nella teoria giuridica della riforma sono state presentate a confronto le due diverse stesure.

L'analisi comparata degli indici e dei testi dimostra che la linea costruttiva, nella disposizione dei capitoli del *Saggio* quinto, sia nella prima sia nella seconda stesura, resti conforme solo fino al capitolo XIV. Le varianti nella disposizione e nella materia si registrano particolarmente tra il capitolo XIV e il capitolo XXIII. Sono state pubblicate pertanto nell'antologia parti della seconda stesura, con l'avvertimento che lo spazio tra i cap. XIV-XXIII è il frutto di una revisione filosofica conclusa nel 1792\*, così potendosi disporre dello schema della progressione del V *Saggio* tra le due edizioni.

In ragione dell'unità grafica, i rinvii alle note sono sempre stati trascritti in forma numerica, anche quando nell'originale erano dati in lettere.

Per ogni capitolo dei *Saggi Politici*, per assicurare l'immediato, necessario, riscontro con il testo in edizione integrale, a cui si rinvia, è indicato il *Saggio*, l'edizione da cui è tratto, il capitolo e la pagina. Per i *Saggi* V-VI, nella stesura del 1791/2, ci si riferisce all'edizione dei *Saggi Politici* pubblicata a cura di Luigi Firpo e Laura Salvetti Firpo, nella sede dell'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici.

La Bibliothèque nationale de France ha prodotto in copia la traduzione francese di De Hillerin delle *Considerazioni sul processo criminale*.

Si desidera ringraziare il personale della Biblioteca Nazionale di Napoli per la collaborazione nel reperimento del materiale bibliografico, la dott.ssa Patrizia Nocera, Ciro Puglia.

Alla revisione della trascrizione dei testi hanno collaborato con continuità e competenza la prof.ssa Sebastiana Salerni e la dott.ssa Manuela Granieri, dell'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici.

\* Attraverso il raffronto tra i titoli dei cap. XIV-XXIV può aversi un primo strumento per seguire il processo di ritrascrizione. - SAGGIO V, Cap. XIV: S.P.<sup>I</sup> - La legge non frena la libertà, ma la garantisce e la difende. S.P.<sup>II</sup> - Delle varie specie della legge, e della legge civile. / Cap. XV:

S.P.<sup>I</sup> - Come la legge civile possa nuocere alla libertà, inducendo la servitù. S.P.<sup>II</sup> - La legge non toglie la libertà ma la garentisce. Vera idea della libertà civile. / Cap. XVI: S.P.<sup>I</sup> - Della libertà politica. S.P.<sup>II</sup> - Come la legge positiva possa nuocere alla libertà civile. / Cap. XVII: S.P.<sup>I</sup> - Delle due proprietà di ogni moderato, e regular governo. S.P.<sup>II</sup> - Della libertà politica. / Cap. XVIII: S.P.<sup>I</sup> - Del dritto scritto, delle leggi e giurisprudenza de' colti popoli. S.P.<sup>II</sup> - Della legge relativamente alla proprietà. / Cap. XIX: S.P.<sup>I</sup> - Proprietà. S.P.<sup>II</sup> - Della giusta ripartizione delle possessioni. / Cap. XX: S.P.<sup>I</sup> - Delle leggi agrarie dell'antiche repubbliche e della varia ripartizione de' poderi. S.P.<sup>II</sup> - Delle leggi agrarie dell'antiche repubbliche e della varia ripartizione de' poderi. [Seguono le varianti secondo l'edizione del 1791-92: Cap. XXI - Leggi ed usi distruttivi della proprietà. / Cap. XXII - Delle varie funzioni della sovranità e delle varie forme degli Stati. / Cap. XXIII - Partizione della legge civile, qualità delle leggi]. La corrispondenza dei titoli dei capitoli prosegue tra S.P.<sup>I</sup> XXI - S.P.<sup>II</sup> XXIV.

## INDICE DEI NOMI DEGLI AUTORI

- Agamben, Giorgio, 150  
 Agrimi, Mario, 146  
 Ajello, Raffaele, 147, 191  
 Albanese, Bernardo, 154  
 Alfieri, Vittorio, 86, 176  
 Amabile, Luigi, 164  
 Ammirati, Filippo, 155, 172  
 Andrea da Isernia, 183  
 Arangio-Ruiz, Vincenzo, 155  
 Aristotele, 35, 151, 164  
 Assunto, Rosario, 157  
 Badaloni, Nicola, 146  
 Barbacovi, F. Vigilio, 74, 78, 79, 80, 175  
 Barcovich, Somasio, 184  
 Battaglini, Mario, 147  
 Bauman, Richard A., 180  
 Beccaria, Cesare, 28, 30, 56, 57, 74, 84, 101,  
     107, 110, 113, 115, 138, 156, 159, 171, 172  
 Bentham, Geremia, 79, 174  
 Blackstone, William, sir, 170  
 Botero, Giovanni, 193  
 Botta, Fabio, 177  
 Boulanger, Nicolas-Antoine, 40  
 Briganti, Tommaso, 161  
 Burlamaqui, Jean-Jacques, 42, 160  
 Butti De Lima, Paolo, 147  
 Caianiello, Vincenzo, 147  
 Campagna, Nunzio, 147  
 Camus, Albert, 120, 190  
 Canfora, Luciano, 157  
 Cantarella, Eva, 147  
 Caravita, Nicolò, 25, 26, 32, 49, 65, 69, 72,  
     78, 85, 90, 94, 156, 163  
 Carmignani, Giovanni, 28  
 Carrara, Francesco, 121, 190  
 Casavola Francesco P., 154  
 Caterina II, 35, 37, 53, 54, 110, 168, 185  
 Cattaneo, Mario A., 150, 167, 178, 189, 190  
 Cesare, Caio Giulio, 98  
 Cicerone, Marco Tullio, 97, 98, 99, 100, 180  
 Comparato, Vittor Ivo, 164  
 Conso, Giovanni, 148  
 Constitutio Theresiana [M. Theresa  
     S.S.C.R.A. Maestà d'Ungheria, e Boe-  
     mia, Arc. d'Austria], 21, 22, 23, 154  
 Cremani, Aloisio, 48, 162.  
 Cristofolini, Paolo, 146  
 Croce, Benedetto, 151, 156  
 De Angelis, Carlo Nicola, 179  
 De Giovanni, Biagio, 164  
 Delfico, Melchiorre, 185  
 De Lolme, Jean-Louis, 170  
 Demostene, 36, 184  
 Derrida, Jacques, 150  
 Diderot, Denis, 53, 168  
 Doria, Paolo Mattia, 192  
 Federico II, di Svevia, imperatore, 63, 88,  
     89, 90, 178  
 Ferrone, Vincenzo, 147, 167, 181  
 Ficino, Marsilio, 150  
 Filangieri, Gaetano, 3, 5, 7, 9, 10, 14, 15, 18,  
     19, 21, 22, 24, 30, 32, 33, 35, 45, 54, 67,  
     69, 78, 79, 80, 81, 82, 90, 98, 99, 101,  
     105, 107, 110, 113, 115, 117, 122, 123,  
     127, 136, 138, 150, 151, 153, 154, 165,  
     168, 170, 185, 190  
 Firpo, Luigi, 2, 146  
 Fonseca [de] Pimentel, Eleonora, 27, 32,  
     163  
 Fontenelle, Bernard Le Bovier, de, 108  
 Foucault, Michel, 183  
 Franchi, Carlo, 176  
 Gagliardi, Lorenzo, 154  
 Galanti, Giuseppe Maria, 131  
 Galasso, Giuseppe, 147  
 Gatta, Diego, 171  
 Genovesi, Antonio, 30, 75, 78, 111, 168  
 Giannone, Pietro, 182  
 Giuliani, Alessandro, 148, 151  
 Goldoni, Carlo, 50, 141  
 Gravina, Gianvincenzo, 3, 16, 17, 18, 19,  
     31, 36, 37, 47, 93, 143, 144, 152, 157, 167  
 Grimaldi, Francesco Antonio, 43, 152, 161  
 Grozio, Ugo, 72, 109  
 Gruchius, Nicolaus, 95, 103, 179, 180  
 Harles, Teofilo, Cristoforo, 177  
 Hegel, G.W.F., 193  
 Helvétius, Claude-Adrien, 185  
 Hillerin [De], M., 15, 16, 50, 51, 79, 125,  
     126, 140, 141, 165, 175

- Hösle, Vittorio, 37  
 Howard, John, 170  
 Hume, David jr., 171, 185  
 Jousse, Daniel, 174  
 Kant, Immanuel, 163  
 Kerbacker, Michele, 167  
 Lacretelle, Pierre-Louis, de, 86  
 Lauria, Mario, 175  
 Leibniz, Gottfried Wilhelm, 75, 78  
 Livio, Tito, 40, 95, 96, 97  
 Locke, John, 42, 75, 78, 160  
 Lomonaco, Fabrizio, 168, 193  
 Machiavelli, Niccolò, 40, 132, 159  
 Magri, Tito, 160  
 Manerio, Bernardino, 151  
 Manzoni, Alessandro, 63, 64, 65, 77, 170  
 Marat, Jean-Paul, 28, 30, 48, 66, 86  
 Martini [De], Carolus Ant., 172  
 Mattei, Antonio, 81, 162, 175, 176  
 Medici [de], Luigi, 29, 45, 140  
 Mirabeau, Gabriel-Honoré Riqueti, conte di, 107, 152, 185  
 Mirogli, Filippo, 72  
 Moccia, Sergio, 183  
 Montano, Aniello, 160  
 Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, de, 10, 110, 132, 133, 144, 150, 151, 190, 187, 191  
 Mueller, Johann Gottfried, 141  
 Muscari, Giuseppe, 131, 159  
 Nizolio, Mario, 189  
 Omero, 24, 36  
 Orlow, Alessio, 18, 36, 53, 142, 157  
 Osbat, Luciano, 164  
 Otto, Stephan, 189  
 Palombi, Elio, 148  
 Papiniano, 33  
 Petrini, Stefania, 177  
 Pietro I, il Grande, Zar di Russia, 36  
 Pietro Leopoldo I, Granduca di Toscana, 52, 55, 56, 57, 70, 72, 82, 138, 168, 169, 176  
 Placanica, Augusto, 159  
 Platone, 35, 36, 67, 68, 150, 151, 172  
 Pound, Ezra, 169  
 Pufendorf, Samuel, 161, 184  
 Pugliese Carratelli, Giovanni, 35, 157  
 Quintiliano, Marco Fabio, 35, 157  
 Rak, Michele, 164  
 Rao, Anna Maria, 147  
 Rapolla, Francesco, 187, 188  
 Renazzi, Filippo Maria, 66  
 Riedel, Manfred, 186-7  
 Robertson, William, 40, 192  
 Robespierre, Maximilien, 118, 189  
 Romagnosi, Gian Domenico., 192  
 Romano, Damiano, 184  
 Rousseau, Jean-Jacques, 144, 191  
 Rube, Johannes Cristophorus, 176  
 Sadoletto, Jacopo, 190  
 Sallustio Crispo, Gaio, 97, 100  
 Saltzsieder, Joachimus, 25, 90, 156, 178  
 Sanders, Trevor J., 147, 151, 192  
 Santalucia, Bernardo, 177  
 Sarconi, Michele, 159  
 Sarpi, Paolo, 25, 69, 155  
 Serraus, Andreas, 178  
 Sigonius, Carolus, 103, 180  
 Socrate, 67, 172  
 Solari, Gioele, 35, 51, 146, 165  
 Strayer, Brian E., 152  
 Tacito, Publio Cornelio, 10, 105, 141  
 Thomasius, Chr., 25, 90, 156, 177  
 Valletta, Giuseppe, 49, 65, 67, 69, 72, 78, 90, 94, 95, 97, 101, 105, 156, 164, 172, 174, 179, 180, 181  
 Venturi, Franco, 36, 147, 158  
 Verri, Pietro, 113  
 Vico, Giambattista, 2, 8, 10, 13, 14-22, 28, 31, 33, 34, 35, 37, 40, 45, 78, 93, 94, 113, 118, 140, 146, 150, 151, 152, 153, 156, 159, 169, 184, 189, 190  
 Victorius, Petrus, 158  
 Vidal-Nacquet, Pierre, 157  
 Vincenti, Umberto, 177  
 Voltaire, François-Marie Arouet, de, 53, 108, 164, 171  
 Wagner, Richard, 186  
 Wandruszka, Hadam, 158  
 Zecchino, Ortensio, 178