

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Laura Beck Varela (Madrid)  
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)  
Dr. Vanessa Duss Jacobi (Luzern)  
Prof. Dr. Thomas Duve (Frankfurt a. M.)  
Dr. Jacob Giltaij (Helsinki)  
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)  
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)  
Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)  
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)  
Prof. Dr. Heikki Pihlajamäki (Helsinki)  
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)  
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)  
Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin) †  
Prof. Dr. María Julia Solla Sastre (Madrid)  
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)

Artikel vom 26. 10. 2016

© 2016 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag

<http://www.forhistiur.de/2016-10-bertoldi/>

ISSN 1860-5605

**Federica Bertoldi**

## **L'origine romanistica del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege***

### **Abstract**

Normalmente si ritiene nella dottrina penalistica moderna e in quella romanistica che il principio di legalità nel diritto penale trovi origine nelle elaborazioni illuministiche.

In realtà nelle fonti romane si rinvengono gli embrioni del principio di legalità e dei suoi diversi corollari che saranno poi sviluppati dal moderno diritto penale.

### **1. Il principio di legalità nell'Illuminismo.**

È opinione diffusa in dottrina che il principio di legalità nel diritto penale, che ha ispirato le famose dichiarazioni dei diritti dell'uomo delle rivoluzioni americana e francese<sup>1</sup>, trovi origine nelle elaborazioni illuministiche<sup>2</sup>. 1

Solo in tale periodo storico nasce l'esigenza di una vera scienza del diritto penale e si iniziano quindi le grandi costruzioni sistematiche<sup>3</sup> che «hanno assolto al compito storico di cambiare volto al diritto penale, prospettando in una visione nuova i suoi temi fondamentali, trasformandolo in un'espressione di razionalità» utile al progresso civile<sup>4</sup>. 2

Si è rilevato che «l'utilitarismo fu all'avanguardia nell'indirizzare il dibattito teorico verso risoluzioni pratiche volte a riscrivere le procedure del diritto penale e l'organizzazione del sistema carcerario nell'intento di attuare una netta separazione tra potere di fare le leggi e potere di attuarle e giudicare: tutto questo al fine non soltanto di razionalizzare il sistema di potere, ma anche di contenere il potere coercitivo all'interno di norme chiare e pubbliche»<sup>5</sup>. 3

<sup>1</sup> E. BELING, Il significato del principio: nulla poena sine lege poenali nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale (trad. it.), in *Giustizia penale* 38(1931), pp. 319- 329, in particolare p. 319; G. VASSALLI, Nullum crimen, nulla poena sine lege, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VIII, Torino 1994, pp. 278-328, in particolare, p. 288; I. DRAGHETTI, A. VIGNUDELLI, *Brocardi Greci e Latini*, Modena 2015, p. 141.

<sup>2</sup> BELING, Il significato del principio (n. 1), p. 319; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, p. 14; U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Firenze 1974, p. 35; G. BASSANELLI SOMMARIVA, Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel diritto criminale (a proposito della sacertà), in *BIDR* 89(1986), pp. 327-377, in particolare p. 338; pp. 341 s.; V. GIUFFRÉ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*<sup>3</sup>, Napoli 1993, p. 10; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*<sup>7</sup>, Milano 2000, p. 36; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*<sup>16</sup>, Milano 2003, p. 71; L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano* (2001), in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova 2008, pp. 96-123, in particolare p. 106; ID., *Problematiche criminalistiche tra giurisprudenza e diritto comune* (2003), in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova 2008, pp. 85-93, in particolare p. 87; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano, I, Concetti, fonti, validità, interpretazione*<sup>2</sup>, Padova 2009, p. 84; p. 230; M. CATENACCI, *Il principio di legalità ed il sistema delle fonti nello Statuto della Corte penale internazionale*, in E. MEZZETTI (ed.), *Diritto penale internazionale, II, Studi*, Torino 2010, pp. 3-17, in particolare p. 8; L. FASCIONE, *Manuale di diritto pubblico romano*<sup>2</sup>, Torino 2013, p. 194; R. ALIBRANDI, *Il saggio sistema del signor Beccaria*, in *FHI* (2015), pp.1-91. Cfr.: G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *NNDI XI*, Torino 1965, pp. 493-506, in particolare p. 498; ID., *Nullum crimen, nulla poena* (n. 1), p. 286; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*<sup>7</sup>, Padova 2011, p. 23 s.

<sup>3</sup> SPIRITO, *Storia del diritto penale* (n. 2), p. 35.

<sup>4</sup> VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano* (n. 2), p. 200.

<sup>5</sup> N. URBINATI, *Prefazione in D. IPPOLITO, Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma 2016, pp. VII-XV, in particolare pp. VIII s.

Già nel pensiero di Ludovico Antonio Muratori (1672-1750) emerge una critica nei confronti del diritto positivo del tempo, costituito da una “selva inestricabile”<sup>6</sup> di fonti normative, stratificatesi nel corso dei secoli e spesso prive di sufficiente chiarezza, la cui interpretazione e applicazione era rimessa all’assoluta discrezionalità e potere dell’organo giudicante<sup>7</sup>.

Un mutamento profondo nel pensiero penalistico è indubbiamente dovuto a Charles-Louis de Secondat, barone di La Brède e di Montesquieu (1689-1755)<sup>8</sup>, con la sua opera “*L’Esprit des lois*” (1748)<sup>9</sup>.

Il principio di legalità, che si configura come garanzia delle libertà del cittadino<sup>10</sup>, appare strettamente correlato, nelle sue declinazioni, alle diverse forme di governo e al differente grado di separazione dei poteri che le caratterizzano<sup>11</sup>. Così, «dans les états despotiques, le prince peut juger lui-meme»<sup>12</sup>, mentre «plus le gouvernement approche de la république, plus la maniere de juger devient fixe...». E ancora, anche con riferimento al diritto romano: «dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n’y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi quand’il s’agit de ses biens, de son honneur ou de sa vie. A Rome, les juges prononçoient seulement que l’accusé étoit coupable d’un certain crime et la peine se trouvoit dans la loi comme on le voit dans diverses lois qui furent faites»<sup>13</sup>.

Ne emerge una concezione in cui il principio di legalità si incardina nella forma di governo repubblicana in un sistema di separazione di poteri<sup>14</sup> dove il ruolo di quello giudiziario appare

<sup>6</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea*, Bologna 2007, p. 368.

<sup>7</sup> Afferma Muratori: «perciocché la Scienza Legale, bisogna confessarlo, ha anch’essa de i difetti intrinseci, ... Il primo vien dalle leggi stesse. Dovrebbero queste esser chiare, con termini ben esprimenti la mente del Legislatore; ma né pur tutte quelle, che abbiamo nel corpo del Gius di Giustiniano, o ne gli Statuti di varie Città, portano in sé questo pregio; e però si rendono soggette a varie interpretazioni; e massimamente perché il linguaggio latino de i testi civili senza l’ajuto dell’erudizione ben sovente comparisce scuro, e di sentimenti dubbiosi. Quel che è più strano, quanto più di parole talvolta si adopera in distendere una legge, a fine appunto di bene spiegare l’intenzione di chi la forma, tanto più scura, e capace di diversi sensi essa può divenire; e ciò perché i sottili osservatori delle leggi, per accomodarle al loro bisogno, lambiccano ogni parola, ogni sillaba, virgola e punto, e mettono in forse quello che ha voluto dire, ma forse non ha assai limpidamente espresso il Legislatore.» e prosegue dicendo: «i Giudici son divenuti padroni ed arbitri della Giustizia ... Il peggio è, esser giunto il credito di questi novelli Legislatori sì alto, che più alla loro gran sapienza si presta fede, che alla Legge stessa» (L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia 1742, p. 11; pp. 69 s.). In proposito, cfr.: C.A. CANNATA, A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea II*<sup>4</sup>, Torino 1989, pp. 229 ss.; M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*, Torino 2003, p. 228.

<sup>8</sup> P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN, J. KRYNEN (ed.), *Dictionnaire historique des juristes français XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris 2007, pp. 572-574.

<sup>9</sup> C.L. MONTESQUIEU, *L’Esprit des lois I-VI*, Paris 1832-1833.

<sup>10</sup> MONTESQUIEU, *L’Esprit des lois* (n. 9), L. XI, c. 3, pp. 84 s.: «... la liberté politique ne consiste point à faire ce que l’on veut. Dans un état, c’est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu’à pouvoir faire ce que l’on doit vouloir, et à n’être point contraint de faire ce que l’on ne doit pas vouloir. Il faut se mettre dans l’esprit ce que c’est que l’indépendance, et ce que c’est la liberté. La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent; et si un citoyen pouvoit faire ce qu’elles défendent, il n’auroit plus de liberté, parceque les autres auroient tout de même ce pouvoir».

<sup>11</sup> M. CHIANTINI, *Diritto e processo penale alla fine dell’Ancien Régime*, in M. ASCHERI (ed.), *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, Torino 2008, pp. 21-48, in particolare p. 26 s.

<sup>12</sup> Cfr.: MONTESQUIEU, *L’Esprit des lois* (n. 9), L. VI, c.5, p. 190.

<sup>13</sup> MONTESQUIEU, *L’Esprit des lois* (n. 9) L. VI, c. 3, pp. 186 s.

<sup>14</sup> Cfr.: D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma 2016, p. 22.

rigorosamente circoscritto, tanto da configurare una “giurisprudenza meccanica”, vale a dire una «incondizionata conformità del giudizio al dettato normativo»<sup>15</sup>. Il giudice, infatti, deve, nella repubblica, applicare le leggi senza valersi di alcun potere arbitrario (nella mera applicazione della norma è fissato il limite della propria funzione) e il suo ruolo si limita a quello di essere la “*bouche de la loi*”<sup>16</sup>.

Il principio di legalità è ben presente anche nel pensiero di François-Marie Arouet Voltaire (1694-1778), il quale nell’opera “*Idées républicaines*” (1763) evidenzia che «un code criminel est absolument nécessaire pour les citoyens et pour les magistrats. Les citoyens alors n'auront jamais à se plaindre des jugemens, et les magistrats n'auront point à craindre d'encourir la haine; car ce ne sera pas leur volonté qui condamnera, ce sera la loi»<sup>17</sup>.

Una diretta filiazione teorica delle dottrine illuministiche francesi si rintraccia nell’opera di Cesare Beccaria (1738-1794)<sup>18</sup> il quale, con il breve trattato “*Dei delitti e delle pene*” (1764)<sup>19</sup>, contribuì in modo significativo allo sviluppo del moderno diritto penale<sup>20</sup>.

Anche in questo caso, l’approccio è una severa critica alla legislazione del tempo, come emerge dalle prime parole rivolte al lettore: «alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore, fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co’ riti longobardi, ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell’Europa ha tuttavia il nome di leggi; ed è cosa funesta quanto comune al dì d’oggi, che una opinione di Carpsovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio, sieno le leggi a cui con sicurezza ubbidiscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini»<sup>21</sup>.

In poche pagine – che ebbero rapida diffusione non solo in Europa ma anche in America – Beccaria riuscì a delineare con efficacia i nuovi architravi su cui le teorie illuministiche intendevano costruire il moderno diritto penale: il principio di legalità della pena («le sole leggi possono decretare le pene sui delitti; e questa autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale»<sup>22</sup>); il principio di separazione dei poteri («il sovrano, che rappresenta la società medesima, non può formare che leggi generali che obblighino tutti i membri, ma non può giudicare che uno abbia violato il contratto sociale ... è dunque necessario che un terzo

<sup>15</sup> CHIANTINI, *Diritto e processo* (n. 11), p. 27, la quale evidenzia che «Montesquieu non teorizza in assoluto la miglior legislazione penale, ma tende alla relativizzazione dei propri assunti in rapporto alla forma di potere preso in considerazione».

<sup>16</sup> Cfr. MONTESQUIEU, *L’Esprit des lois* (n. 9) L. XI, c. 6, p. 99: «... les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur».

<sup>17</sup> F.M. VOLTAIRE, *Idées républicaines*, in *Oeuvres complètes de Voltaire*, VI, Philosophie, Paris 1817, p. 12.

<sup>18</sup> G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976, pp. 462 ss.

<sup>19</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1964.

<sup>20</sup> SPIRITO, *Storia del diritto penale* (n. 2), p. 41; ALIBRANDI, *Il saggio sistema* (n. 2), p.15.

<sup>21</sup> BECCARIA, *Dei delitti* (n. 19), p. 3.

<sup>22</sup> BECCARIA, *Dei delitti* (n. 19), c. 3, p. 15.

8

9

10

11

giudichi della verità del fatto»<sup>23</sup>); la limitazione del potere giudiziario nell'interpretazione delle leggi («né meno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali, per la stessa ragione che non sono legislatori»<sup>24</sup>); la certezza del diritto («se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che trascina seco necessariamente l'interpretazione»<sup>25</sup>).

In conclusione, afferma Beccaria, «perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi»<sup>26</sup>.

Va rilevato che nel pensiero illuministico, con specifico riferimento al principio di legalità, appaiono alquanto isolati, se non del tutto assenti, i richiami alle fonti romane, anche in quegli autori, come Gaetano Filangieri<sup>27</sup> (1752-1788) e Francesco Maria Pagano<sup>28</sup> (1748-1799), nei quali non manca un'attenzione nei confronti della tradizione romanistica<sup>29</sup>.

In Pagano anzi, non è assente un atteggiamento critico nei confronti dei giuristi romani, affermando che «i Romani G. C., come rilevasi dai frammenti, che restano ancora nel libro 47 e 48 del Digesto, scrissero molti trattati particolari, o su di ciascun delitto, ovvero su i giudizi capitali, oppure su i testimonii, e le prove. Ma non sappiamo, che alcun di loro avesse formata una generale istituzione del Dritto Criminale; e meno, che avessero ridotte le prove a generali, e scientifici principii»<sup>30</sup>.

Pare, in conclusione, che il principio di legalità, nel pensiero illuministico, sia strettamente correlato a una concezione liberale dello Stato di diritto, incentrato sulla separazione dei poteri; in tale contesto, viene riservata al potere legislativo la possibilità di limitare la sfera delle libertà individuali, al fine di evitare gli abusi sia del potere esecutivo, sia di quello giudiziario<sup>31</sup>.

Ciò non significa, peraltro, che il principio di legalità – inteso come «divieto di punire taluno per un fatto che non sia espressamente preveduto dalla legge come reato»<sup>32</sup> (*nullum crimen sine lege*), «con

<sup>23</sup> BECCARIA, Dei delitti (n. 19), c. 3, p. 15.

<sup>24</sup> BECCARIA, Dei delitti (n. 19), c. 4, p. 17.

<sup>25</sup> BECCARIA, Dei delitti (n. 19), c. 5, p. 21.

<sup>26</sup> BECCARIA, Dei delitti (n. 19), c. 42, p. 133.

<sup>27</sup> G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, III. II, *Delle leggi criminali. De' delitti e delle pene*, Venezia 2004.

<sup>28</sup> F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Milano 1801; ID., *Principi del Codice penale*, Milano 1803.

<sup>29</sup> Il PAGANO, *Considerazioni* (n. 28), pp. 8 s. scrive: «La libertà civile nella facoltà consiste di potere valersi de' suoi dritti senza impedimento alcuno. Ella è la facoltà, come dice Cicerone, di far tutto ciò che ci piace, purchè dalla legge non venga vietato. Non può impedirsi interamente col fatto, che cotal libertà non si offenda talora col delitto. Tale è la legge, come si è detto, degli esseri liberi. Ma ben ciò non adopera che ove son delitti, già non siavi libertà. Ella si perde soltanto allora che impunemente il cittadino offender si può, che certa e stabile pena non arresti, o punisca l'offensore. Quando la legge lascia i diritti del cittadino alla violenza esposti; quando colla pubblica forza non li difende, protegge, o vendica almeno, non è più sicura la libertà civile». Cfr.: SPIRITO, *Storia del diritto penale* (n. 2), p. 49 ss.; GAROFALO, *Concetti e vitalità* (n. 2), pp. 99 s.; CHIANTINI, *Diritto e processo* (n. 11), pp. 34 ss.; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano* (n. 2), p. 202; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*<sup>7</sup>, Bologna 2014, p. XIV.

<sup>30</sup> PAGANO, *Principi* (n. 28), pp. 7 s.

<sup>31</sup> VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena* (n. 1), pp. 284 s.

<sup>32</sup> VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena* (n. 1), p. 283.

pene che non siano dalla legge stabilite»<sup>33</sup> (*nulla poena sine lege*) – non sia configurabile anche in altri ordinamenti giuridici, privi di quelle caratteristiche di democraticità e liberalità che caratterizzano la concezione illuministica dello Stato.

Se, infatti, è innegabile che il principio di legalità abbia «un valore essenzialmente politico»<sup>34</sup>, va rilevato come esso esprima esigenze “trasversali” di certezza del diritto<sup>35</sup>, condivise da ordinamenti giuridici tra loro eterogenei e di differenti epoche storiche, garantendo, mediante la formulazione di testi normativi astratti e generali, «la possibilità – per il destinatario della proposizione normativa – di averne conoscenza allorchè deve determinarsi ad agire o a non agire in modo ad essa conforme o difforme»<sup>36</sup>.

In tale prospettiva – pur nella consapevolezza che «non si può stabilire un contenuto fisso e immutabile del principio penalistico di legalità, tale che prescindendo dai suoi sviluppi nella storia e dalle caratteristiche dei vari ordinamenti che pure, almeno in linea di massima, lo accolgono»<sup>37</sup> – assumono rilievo non solo alcuni precedenti nel diritto canonico<sup>38</sup> e nella criminalistica medioevale<sup>39</sup>, in special modo la *Magna Charta Libertatum*<sup>40</sup> concessa da Giovanni Senzaterra in Inghilterra nel 1215, ma, ancor prima, nell’esperienza giuridica romana.

<sup>33</sup> VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena* (n. 1), p. 283.

<sup>34</sup> VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena* (n. 1), p. 285.

<sup>35</sup> Evidenzia IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo* (n. 14), p. 21 che «riflettendo sui fattori da cui dipende la libertà – prodotto raro e prezioso dell’organizzazione sociale – Montesquieu sottolinea, innanzitutto, il valore della certezza del diritto. Se non siamo in grado di prevedere le conseguenze giuridiche delle nostre e delle altrui azioni, se non è chiara la linea di confine tra il lecito e l’illecito, se non possiamo agire nella sicurezza di non dover temere sanzioni, allora non siamo ancora veramente liberi».

<sup>36</sup> G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (dir. pen.), in *EDD XXVIII*, Milano 1978, pp. 950-961, in particolare p. 955.

<sup>37</sup> VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena* (n. 1), p. 285.

<sup>38</sup> Cfr. O. GIACCHI, *Precedenti canonistici del principio Nullum crimen sine proevia lege poenali*, in *Studi in onore di F. Scaduto*, I, Firenze, 1936, pp. 433-449, in particolare p. 438, che rileva come anche «nell’antica dottrina canonistica – e più specialmente in quella del periodo aureo del diritto canonico, che comprende i secoli XII, XIII, XIV – si trovino tracce evidenti e sicure del principio ‘*nullum crimen sine proevia lege poenali*’». In argomento cfr. anche R. SPRANDEL, *Ivo von Chartres und die moderne Doktrin Nulla poena sine lege!*, in *ZSS 68*(1961), 95 ss.; D. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano* diretta da E. Pessina I, Milano 1905, pp. 613-967, in particolare p. 616.

<sup>39</sup> ANTOLISEI, *Manuale* (n. 2), p. 71. Nell’alto Medioevo non si rinvenivano studi sistematici in materia penalistica (G. DIURNI, *Pena privata* (dir. interm.), in *EDD XXXII*, Milano 1982, pp. 739-751, in particolare p. 740). Solo con l’opera il “*Tractatus de maleficiis*” (1286) di Alberto da Gandino, vissuto tra il XIII e il XIV secolo, siamo di fronte a un primo tentativo di esposizione di diritto penale. (H.U. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und Strafrecht der Scholastik*, I-II, Berlin 1907-1910). Interessante è quanto scrive M. VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti*, in *Rechtsgeschichte-Legal History 14*(2009), pp. 40-61, in particolare p. 41: «dal Trattato *de maleficiis* emerge una gnoseologia del giudizio basata sul potere e sul dovere del giudice di decidere come e quando punire una persona, intendendo la punizione come la soluzione naturale della scoperta di una colpa. In una realtà che i giuristi consuetudinari hanno volutamente lasciato aperta e affidata a soluzioni contingenti di singoli sapienti, Gandino si sforza di far diventare il giudice il motore centrale del processo, di renderlo padrone ultimo dei meccanismi di conoscenza e di valutazione dei casi sottoposti all’esame del tribunale. Al tradizionale adagio che “è interesse della *respublica* che i crimini non restino impuniti”, Gandino aggiunge anche l’interesse del giudice – *reipublice et iudicis* – suggerendo un’identità di intenti tra lo Stato e i giudicanti tutt’altro che scontata nel mondo comunale italiano». Per quanto riguarda invece gli Statuti comunali, «invano cercheremo ... espresse enunciazioni del principio di legalità dell’operato dei funzionari, che sta appunto a garantire i diritti di libertà. Tuttavia è certo ... che questo principio sta implicitamente alla base della organizzazione comunale quale ci è tramandata negli statuti» (U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*<sup>2</sup>, Padova, 1955, p. 41).

<sup>40</sup> L’art. 39 della *Magna Charta Libertatum*, che viene considerata la pietra miliare della costituzione inglese, sancisce l’obbligatorietà, per un processo penale, che questo sia instaurato fra pari e sulla base della legge del paese. Cfr.:

Invero, è possibile affermare, anche con riferimento al principio di legalità, che già nel diritto romano si rinvenivano alcuni embrioni che hanno anticipato le concezioni illuministiche. 19

## 2. Il principio di legalità negli studi di diritto penale romano.

Da quanto detto emerge come sia interessante procedere a una valorizzazione dei testi romani che per lungo tempo sono stati trascurati risentendo delle problematiche che in generale hanno interessato l'intera ricostruzione del diritto penale romano<sup>41</sup>. 20

È noto che alle difficoltà di elaborazione di trattati generali di diritto penale romano abbia concorso una molteplice serie di fattori, tra loro eterogenei. Non solo la difficoltà oggettiva determinata dallo stato delle fonti, considerate «particolarmente scarse, frammentarie e di difficile interpretazione»<sup>42</sup>, la ritenuta mancanza dell'opera creativa della giurisprudenza classica<sup>43</sup> – tanto da indurre il Carrara ad affermare che «i Romani, giganti nel diritto civile, furono pigmei nel diritto penale»<sup>44</sup> – e dell'attività discrezionale dei magistrati giudicanti, ma anche problematiche di carattere metodologico, determinate dalla difficoltà di impiegare con riferimento al diritto romano concetti elaborati dalla dottrina penalistica moderna<sup>45</sup>. 21

---

J. HALL, *Nulla poena sine lege*, in *The Yale Law Journal* 47(1937), pp. 165-193, in particolare pp. 166 s.; G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Giurisprudenza italiana* 91(1939), pp. 49-128, in particolare, pp. 69 s.; J.P.A. COOPMANS, *Nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*, in *Brocardica in honorem di G. C. J. J. van den Bergh*, Deventer 1987, pp. 21-26., in particolare p. 22; GAROFALO, *Concetti e vitalità* (n. 2), p. 106.

<sup>41</sup> Sul tema, v. BASSANELLI SOMMARIVA, *Proposta per un nuovo metodo* (n. 2), p. 327.

<sup>42</sup> BASSANELLI SOMMARIVA, *Proposta per un nuovo metodo* (n. 2), p. 334.

<sup>43</sup> F. GNOLI, *Diritto penale nel diritto romano*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, IV, Torino 1990, pp. 43-64, in particolare p. 46, secondo il quale «non si distingue, in linea di massima, un complesso di norme e di istituti unitariamente raccolto dalla scienza giuridica romana sotto la categoria del “diritto penale”. Tanto meno appaiono essere stati formulati dai giuristi e dai legislatori principi generali atti a costruire quella che si usa oggi denominare “parte generale” delle trattazioni teoretiche penalistiche. La presenza, nelle opere giuridiche o presso filosofi, retori, eruditi non giuristi di qualche occasionale formulazione di principi o di categorie generali in materia penale non vale a mutare sostanzialmente il quadro, che si viene qui presentando, di una scienza giuridica romana che, dal punto di vista teoretico, non pare aver riconosciuto identità autonoma alla esperienza giuspenalistica». Anche il GIOFFREDI, *I principi* (n. 2), p. 26 afferma: «Certo la materia penale è stata dai giuristi meno elaborata che non quella di diritto privato, anche perché domina in quella penale l'intervento autoritativo dello Stato. ... i giuristi conoscono gli istituti che noi oggi chiamiamo introduttivi e di parte generale, ma li trattano casisticamente non costruendovi intorno un sistema ... è così che i giuristi parlano di vari tipi di pena, ma non si preoccupano di stabilirne la funzione. Conoscono il nesso di causalità ma non lo definiscono; conoscono il dolo, la colpa, il caso fortuito, i casi di non imputabilità, come l'età minore e la malattia mentale, e quelli di non punibilità, come la legittima difesa, ma non curano i concetti di non imputabilità e non punibilità; puniscono il tentativo, ma non lo definiscono; conoscono bene i vari casi di compartecipazione al reato, ma non li inquadrano entro categorie».

<sup>44</sup> La famosa e pluricitata frase è riportata da E. FERRI, *La riabilitazione del diritto penale romano*, in *Studi giuridici offerti per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini*, Firenze 1892, pp. 47-49, in particolare p. 47, che ha affermato: «Questa frase del Carrara, che pure contiene una parte di verità, ha finito per esautorare nella scienza, secondo me ingiustamente ed eccessivamente, il diritto penale romano».

<sup>45</sup> Secondo il G. BETTIOL, *Il problema penale. Diritto penale e filosofia*, in *Scritti giuridici*, II, Padova 1966, pp. 623-637, in particolare pp. 624-627: «è ben vero che oggi, da più parti, si cerca di presentare una scienza del diritto penale anteriore alla rivoluzione del 1789 come scienza vera e propria incardinata su principi propri e rispondente ad esigenze autonome. Questi tentativi però non devono ingannare. Si tratta per lo più di abili tentativi per applicare categorie scientifiche moderne per la sistemazione di un materiale o per la chiarificazione di un pensiero dai quali tali categorie esulano completamente. La categoria scientifica è storicamente condizionata. È invero assurdo presentare in veste moderna il pensiero di un periodo storico nel quale le esigenze di una sistemazione scientifica non erano ancora sentite o si presentavano in forma rudimentale. Solo se in relazione al momento storico, nel quale un determinato complesso legislativo o un

Peraltro, lascia perplessi la convinzione maggioritaria secondo cui i giureconsulti romani, che 22  
diedero prova di gran senso giuridico nel diritto civile, dovessero, poi, «esserne completamente  
orbati nel diritto criminale, che è pure una scienza sociale, cui non occorrono misteriose o più  
peregrine qualità intellettuali per essere conosciuta e svolta»<sup>46</sup>.

I primi tentativi di ricostruzione del diritto penale romano risalgono alla fine dell'800 e ai primi 23  
del 900<sup>47</sup>. Tra questi, meritano una menzione particolare le opere del Mommsen<sup>48</sup> e del Ferrini<sup>49</sup>,  
nelle quali viene affrontato, pur con differenti approcci metodologici, anche il tema della legalità  
delle pene nel sistema romano.

Il Mommsen, che privilegia un'analisi storica, sostiene che la *lex Valeria* segna l'inizio del 24  
diritto penale pubblico romano e che da questo momento «es giebt in Rom fortan kein Delict  
ohne Criminalgesetz, keinen Strafprozess ohne Prozessgesetz, keine Strafe ohne Strafgesetz. Die  
magistratische Willkür ist keineswegs beseitigt; auch jetzt kann der Magistrat, soweit einerseits das  
Kriegsrecht, andererseits die städtische Coercition reichen, ohne festes Delict, ohne festen Prozess,  
ohne festes Strafmass nach Ermessen ahnden; aber es besteht neben dieser nicht gebundenen  
magistratischen Coercition die gebundene magistratische Judication»<sup>50</sup>.

Il Ferrini – improntato, a differenza del Mommsen, all'esigenza della costruzione dogmatica, con 25  
un approccio di tipo “pandettistico”<sup>51</sup> – pur evidenziando che «manca in Roma una legislazione  
organica del diritto penale»<sup>52</sup> e che «il diritto punitivo romano per la mancanza di coesione, per le

---

determinato complesso di opinioni viene inquadrato, possono ravvisarsi le prime (se pure embrionali) linee di  
una sistemazione, possiamo dire di trovarci di fronte a un sapere scientifico in quanto sapere ordinato. Appena  
con il secolo XIX veniamo in contatto con il diritto penale in quanto scienza giuridica vera e propria. Se una  
scienza del diritto penale mancava non si può invece affermare che mancasse una filosofia del diritto penale. I  
problemi circa il fondamento del diritto di punire, la natura della pena, i fini della stessa, la liceità o meno della  
pena di morte hanno formato sempre oggetto di meditazione da parte di filosofi e interessato pure larghi strati  
dell'opinione pubblica. ... Solo coll'irrompere delle correnti filosofiche dell'illuminismo il diritto penale assume  
piena coscienza di sé, non ancora però come scienza giuridica, ma come complesso organico di problemi da  
sottoporsi a critica revisione filosofica. ...».

<sup>46</sup> FERRI, La riabilitazione (n. 44), p. 47.

<sup>47</sup> C.F. DIECK, *Historische Versuche über das Criminalrecht der Römer*, Halle 1822; W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis Justinian*, Leipzig 1844; A.W. ZUMPT, *Das Criminalrecht der römischen Republik I-II*, Berlin 1865-1868; G. CARNAZZA-RAMETTA, *Studio sul diritto penale dei romani*, Messina 1883; E. CAPOBIANCO, *Il diritto penale di Roma esposto sistematicamente e messo a confronto con le nuove teorie della nuova scuola positiva. Dottrine generali*, Firenze 1894. Esistono anche opere che riguardano più strettamente la procedura o la repressione criminale, come per esempio: S. DI MARZO, *Storia della procedura criminale romana. La giurisdizione dalle origini alle XII tavole*, Palermo 1898; G. GEIBT, *Geschichte des römischen Criminalprozess bis zum Tode Justinianus*, Leipzig 1842.

<sup>48</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899.

<sup>49</sup> C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano 1899: si tratta di un'esposizione di diritto penale romano dal punto di vista sistematico e generale; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica a dottrinale*. Estratto dall'Enciclopedia del Diritto Penale Italiano diretta da E. PESSINA, Roma 1976. Sulla figura di Contardo Ferrini v.: B. SANTALUCIA, *Contardo Ferrini e il diritto penale (2002)*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2009, 443-457.

<sup>50</sup> MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (n. 48), p. 57.

<sup>51</sup> G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano da Ferrini a noi. (Considerazioni e punti di vista critici)*, in *Miscellanea Contardo Ferrini. Conferenze e studi nel fausto evento della sua beatificazione*, (estr.), Roma 1947, pp. 123-160, in particolare p. 125 (= in *Scritti di diritto romano*, III, Milano 1981, pp. 1395-1432, in particolare p. 1397).

<sup>52</sup> FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione* (n. 49), p. 3.



molteplici lacune, che sotto l'impero lasciavano larga parte all'arbitrio, per la diversa natura della procedura non ha potuto offrire materia ad un'elaborazione scientifica pari a quella del diritto privato»<sup>53</sup> – riconosce che «il fatto contrario alla pubblica disciplina non suole essere punito, che per disposizione della legge penale»<sup>54</sup>, anche se «in via di principio nulla si oppone a che possa essere punito *extra ordinem* o per eccezionale retroattività della legge posteriore»<sup>55</sup>. Aggiunge, inoltre, che «il reato è considerato come una infrazione di una norma giuridica. Se la norma non c'è, e norma qui deve assumersi per divieto contenuto nel vigente diritto positivo, non c'è neppure il fatto punibile»<sup>56</sup>.

Nella prima metà del '900 – nell'ambito di nuovi impulsi della scienza romanistica penalistica, che allarga il campo delle sue indagini agli istituti sostanziali e processuali del diritto criminale<sup>57</sup> – differente concezione del ruolo della legge nella definizione del reato è espressa dal Brasiello, il quale individua dei criteri metodologici di ricerca in materia penale accentrando la sua indagine sulla repressione criminale e sull'analisi delle pene<sup>58</sup>. In tale prospettiva, secondo l'autore, nel campo penalistico «i Romani hanno prima sentito il bisogno di sanzionare anzi che riconosciuto che vi era un precetto che andava osservato: quindi hanno represso un fatto prima di avvertire che esso rappresentava un illecito. Piuttosto che aversi un fatto illecito per diritto che non avesse sanzione, sarà sorta più volte una sanzione prima che si vedesse che esisteva un illecito: la sanzione, insomma, avrà preceduto il riconoscimento del precetto giuridico»<sup>59</sup>.

Più di recente, il Gioffredi<sup>60</sup>, pur consapevole che la materia penale è stata meno elaborata dalla giurisprudenza romana rispetto a quella di diritto privato, a causa dell'intervento autoritativo dello Stato, ne ha prospettato una rivalutazione, evidenziando che i giuristi conoscevano gli istituti oggi definiti “di parte generale”, ma li trattavano casisticamente non costruendovi intorno un sistema<sup>61</sup>. In ogni caso, la lettura delle opere dei giuristi romani favorisce «l'idea di un diritto penale

26

27

<sup>53</sup> FERRINI, Diritto penale romano. Esposizione (n. 49), p. 9.

<sup>54</sup> FERRINI, Diritto penale romano. Teorie generali (n. 49), p. 32.

<sup>55</sup> FERRINI, Diritto penale romano. Teorie generali (n. 49), p. 32.

<sup>56</sup> FERRINI, Diritto penale romano. Teorie generali (n. 49), p. 38.

<sup>57</sup> ARCHI, Gli studi (n. 51), 129.

<sup>58</sup> U. BRASIELLO, La repressione penale in diritto romano, Napoli 1937; ID., Note introduttive allo studio dei crimini romani, in SDHI 12(1946), pp. 148-174, in particolare p. 155, dove scrive: «è il processo, o meglio il tipo di processo che conduce alla repressione di alcuni fatti, che imprime a quei fatti un determinato carattere; ed è opportuno che segua anche la precisazione delle linee fondamentali della repressione, in quanto la pena assume un'importanza, e dà al fatto un'impronta, che manca nel diritto moderno. Tutta la evoluzione storica dei singoli crimini è in funzione della evoluzione del processo, e anche della repressione, al processo strettamente collegata, onde la ricostruzione storica dell'evoluzione del crimine non può prescindere appunto dalla conoscenza del processo e della repressione». Su tale affermazione cfr. il commento dell'ARCHI, Gli studi (n. 51), pp. 135 s.

<sup>59</sup> U. BRASIELLO, Sulle linee e i fattori dello sviluppo del Diritto Penale Romano, in AG 120(1938), pp. 55-78, in particolare p. 57. Cfr. pure: U. BRASIELLO, Delitti (dir. rom.), in EDD XII, Milano 1964, pp. 3-8.

<sup>60</sup> GIOFFREDI, I principi (n. 2). Si veda la recensione di G. CRIFÒ, Principi di diritto penale romano, in Labeo 19(1973), pp. 365-374, in particolare pp. 368 s., dove l'autore afferma: «A parte ... la diversa ampiezza che ovviamente deve darsi al concetto di legalità riferito al diritto romano nel suo intero sviluppo storico, pare evidente che assenza del principio di legalità non potrebbe significare assenza di tipicità per i *crimina* ..., come se per essi vigesse la regola del causale-individuale e non si ponesse il problema di elevare l'individuale a tipico, arrestandosi a valutazioni empiriche, sostanzialmente di mero arbitrio».

<sup>61</sup> GIOFFREDI, I principi (n. 2), p. 26.

progredito, soprattutto quando in età più tarda essi creano un'articolazione di norme connettendo *leges*, costituzioni imperiali e senatoconsulti»<sup>62</sup>.

Va peraltro rilevato che le indagini sul principio di legalità – nonostante un significativo sviluppo degli studi su molteplici temi di teoria generale<sup>63</sup>, ampi settori della procedura e della repressione criminale<sup>64</sup> e interi periodi storici<sup>65</sup> – paiono tuttora trascurate, probabilmente in ragione della diffusa convinzione di una estraneità di tale principio alla tradizione romanistica.

28

<sup>62</sup> GIOFFREDI, I principi (n. 2), p. 26. Sollecitazioni in favore di una “riscoperta” del diritto penale romano si rinvencono già nelle parole del Prof. Antonio Bucellati, zio materno del Ferrini, il quale ebbe a dire in una lettera aperta al Prof. Emilio Brusa: «Ora mi limito a provarvi che non sono radicale; imperocché non ho già la pretesa di innovare, ma bensì l'intento modesto di richiamare l'antica sapienza romana “involuta in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti” (Beccaria, Dei delitti e delle pene: A chi legge), e quindi “travisata e disconosciuta” dalla scuola. Convinto che il popolo romano intuisse per divinazione il diritto (Savigny), e che quindi il diritto romano stesso rappresenti la “ragione universale del giusto e dell'equo” (Vico), io procurai, in tutte le gravi quistioni di diritto penale, di risalire alle prime fonti italiane, persuaso per ciò di giovare anche all'opera legislativa, la quale deve ivi trovare il suo carattere nazionale». La lettera è pubblicata in FERRINI, Il tentativo nelle leggi e nella giurisprudenza romana, in V. ARANGIO-RUIZ (ed.), Opere di C. Ferrini, V, Studi vari di diritto romano e moderno (sul diritto pubblico penale etc.), Milano 1930, p. 51-72, in particolare p. 57 s. Cfr.: SANTALUCIA, Contardo Ferrini (n. 49), p. 447. V. anche FERRI, La riabilitazione (n. 44), p. 47, per il quale la nuova scienza criminale «ha molte cose da imparare dal senso pratico del diritto penale romano» e dunque «molte regole sono da rimettere in onore».

<sup>63</sup> Vengono analizzati soprattutto i problemi relativi all'*ignorantia iuris*, al concorso delle azioni, del cumulo dei reati, dei caratteri delle diverse pene, degli effetti patrimoniali della condanna ecc. Cfr.: F. DE MARTINO, L'ignorantia iuris nel diritto penale romano, in SDHI 3(1937), pp. 387-418; G. LONGO, La complicità nel diritto penale romano, in BIDR, 61(1958), pp. 103-207; LEBIGRE, Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique, Paris 1967; J.C. GENIN, La répression des actes de tentative en droit criminel romain, Lyon 1968; GIOFFREDI, I principi (n. 2); ID., Su l'elemento intenzionale nel diritto penale romano, in Studi in onore di G. Grosso, III, Torino 1970, pp. 35-53; G. MUCIACCIA, Sull'uso del termine casus nel diritto penale romano, in Atti del II Seminario romanistico gardesano. 12-14 giugno 1978, Milano 1980, pp. 335-355; M.U. SPERANDIO, Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo, Napoli, 1998.

<sup>64</sup> F. DE ROBERTIS, La funzione della pena nel diritto romano, in Studi in onore di S. Solazzi, Napoli 1948, (estr.), pp. 7-40; W. KUNKEL, Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit, München, 1962; A. BURDESE, Riflessioni sulla repressione penale romana, in Conferenze romanistiche II, Milano 1967, 209-228; G. PUGLIESE, Le garanzie dell'imputato nella storia del processo penale romano (1969), in Scritti giuridici scelti, II, Napoli 1985, pp. 605-619; JONES, The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate, Oxford 1972; B. SANTALUCIA, Omicidio (diritto romano), in EDD XXIX, Milano 1979, pp. 885-896; ID., Pena criminale (dir. rom.), in EDD, XXXII, Milano, 1982, pp. 734-739; M. LAURIA, Accusatio-inquisitio. Ordo-cognitio extra ordinem-cognitio: rapporti ed influenze reciproche, in Studi e ricordi, Napoli, 1983, 277-321; B. SANTALUCIA, Alle origini del processo penale romano, in Iura 35(1984), pp. 47-72 (= in Altri studi di diritto penale romano, Padova 2009, pp. 115-138); ID., Processo penale (diritto romano), in EDD XXVI, Milano 1987, 318-360; A. BISCARDI, C. 9.2.7. Inquisitio ed accusatio nel processo criminale extra ordinem, in Seminarios complutenses de derecho romano 1(1989), pp. 235-241; A. LOVATO, Legittimazione del reo all'accusa e funzione emendatrice della pena, in SDHI 55(1989), pp. 423-437; N. SCAPINI, Diritto e procedura penale nell'esperienza giuridica romana, Modena 1992; GIUFFRÉ, La repressione criminale (n. 2); F. BOTTA, Legittimazione, interesse ed incapacità dell'accusa nei pubblica iudicia, Cagliari 1996; S. PIETRINI, Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V Secolo), Milano, 1996; P. CERAMI, Accusatores populares, delatores, indices. Tipologia di collaboratori di giustizia nell'antica Roma, in AUPA 55(1998), pp. 141-179; L. FANIZZA, Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale, Roma 1998; L. GAROFALO, La persecuzione dello stellionato in diritto romano, Padova 1998; B. SANTALUCIA, Diritto e processo penale nell'antica Roma<sup>2</sup>, Milano 1998; G. ZANON, Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel Principato, Padova 1998; F. BOTTA, L'iniziativa processualcriminale delle personae publicae nelle fonti giuridiche di età giustiniana, in Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente nell'età giustiniana tra passato e futuro. Atti del Convegno Modena 21-22 maggio 1998, Milano 2000, pp. 285-378; B. SANTALUCIA, Accusatio e inquisitio nel processo penale romano di età imperiale, in Seminarios complutenses de derecho romano 14(2002), pp. 179-193; C. VENTURINI, Il processo accusatorio romano tra punti fermi e problematiche aperte, in Seminarios complutenses de derecho romano 14(2002), pp. 195-215; S. GIGLIO, Il problema dell'iniziativa nella cognitio criminale. Normative e prassi da Augusto a Diocleziano<sup>2</sup>, Torino 2009; B. SANTALUCIA, Le formalità introduttive del processo per quaestiones tardo-repubblicane, in ID., La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione, Pavia 2009,

### 3. Il principio di legalità nelle fonti romane: il periodo arcaico e preclassico.

Come si è messo in luce, il principio di legalità sembra essere nato con l'Illuminismo, tant'è che i brocardi latini *'nulla poena sine lege'*, *'nulla poena sine crimine'* e *'nullum crimen sine poena legali'* vengono ricondotti all'opera del Feuerbach<sup>66</sup>, criminalista tedesco vissuto a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo<sup>67</sup> che «rappresenta il punto di passaggio tra la concezione giuridico-penale dell'illuminismo e la moderna scienza giuridico-penale, tra la filosofia del diritto penale del Settecento e la scienza del diritto penale dell'Ottocento»<sup>68</sup>. 29

Tale convinzione esclude, per converso, che lo stesso trovasse una qualche espressione negli ordinamenti giuridici dei secoli precedenti, in particolare nell'esperienza giuridica romana<sup>69</sup>, spesso accumulata dagli illuministi in un giudizio critico con il diritto medievale<sup>70</sup>. 30

Invero, questa netta discontinuità pare attenuarsi di fronte ad una ricostruzione delle fonti romane nelle quali si rinvencono, pur con le inevitabili differenziazioni dei vari periodi storici, gli embrioni dei più importanti principi che, a distanza di secoli, spesso senza la consapevolezza delle loro radici, saranno poi sviluppati e posti a fondamento del moderno diritto penale. 31

Nell'età arcaica, la repressione penale romana appare ispirata a principi religiosi: il movente dell'intervento statale non è tanto la punizione di un crimine, ma l'esigenza di ristabilire la *pax deorum*, cioè la relazione di *amicitia* fra la *civitas* e i suoi dei<sup>71</sup>. Infatti il *rex*, come sommo sacerdote, ha il potere di sanzionare i comportamenti lesivi che hanno esposto la collettività alla vendetta celeste<sup>72</sup>. 32

Ampie tracce di questo sistema punitivo fondato sull'espiazione sacrale conservano le *leges regiae*, che non configurano un sistema organico di norme, ma lasciano ampio spazio tanto alla libera 33

pp. 93-114; A. BANFI, *Acerrima indago: considerazioni sul procedimento criminale romano nel IV secolo d.C.*, Torino 2013.

<sup>65</sup> G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in ANRW, XIV.2, Berlin, New York 1982, pp. 722-789 (= in *Scritti giuridici scelti II*, Napoli, 1985, pp. 653-720).

<sup>66</sup> P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*<sup>5</sup>, Gießen 1812, p. 22. Secondo M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano 1970, 278 s., Feuerbach sarebbe l'"erede consapevole" del pensiero illuminista di autori come Montesquieu, Voltaire, Beccaria, e Filangieri. In particolare egli pone come punto di partenza per il suo studio i risultati acquisiti per il diritto penale dall'opera di Beccaria.

<sup>67</sup> GAROFALO, *Problematiche criminalistiche* (n. 2), p. 87.

<sup>68</sup> CATTANEO, *Anselm Feuerbach*, (n. 66), p. 279.

<sup>69</sup> MARINI, *Nullum crimen, nulla poena* (n. 36), p. 950, n. 1; GAROFALO, *Problematiche criminalistiche* (n. 2), p. 87.

<sup>70</sup> Cfr. BASSANELLI SOMMARIVA, *Proposta per un nuovo metodo* (n. 2), p. 341. V., in tal senso, PAGANO, *Principi* (n. 28), p. 8 s., il quale afferma: «rivolgendoci a tempi moderni, la Giurisprudenza Criminale è un composto di differenti pezzi. Le Leggi romane, comprese nei citati libri 47 e 48 del Digesto, e nel nono libro del Codice; parecchie massime dal Dritto Canonico prestate; alcune opinioni generalmente adottate, né richiamate ad esame; molti usi forensi per consuetudine; dottrine de' Forensi sull'autorità de' Predecessori fondate; formano il molteplice e discordante corpo della Giurisprudenza Criminale quasi universalmente seguita; e per noi privatamente le Costituzioni del Regno, i Capitoli de' Re Angioini, e le susseguenti Prammatiche degli Aragonesi, e degli altri augusti Sovrani, accrescono di molto il vasto corpo della Giurisprudenza Criminale».

<sup>71</sup> SANTALUCIA, *Pena criminale* (n. 64), p. 734; SANTALUCIA, *Alle origini del processo* (n. 64), p. 47; SCAPINI, *Diritto e procedura* (n. 64), pp. 15 s.; GIUFFRÉ, *La repressione criminale* (n. 2), p. 19; A. BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*<sup>3</sup>, Torino 1987, 232 s.

<sup>72</sup> P. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in SDHI 19(1953), pp. 38-103, in particolare pp. 48 ss.; SANTALUCIA, *Alle origini del processo* (n. 64), pp. 47 s.; ID., *Processo penale* (n. 64), p. 318.

coercizione del re, quanto alla persecuzione privata del gruppo dell'offeso<sup>73</sup>. Nella repressione degli illeciti – che verso la fine della monarchia sono caratterizzati da una progressiva laicizzazione<sup>74</sup> – il *rex*, sia in veste di sacerdote che di comandante militare dotato di *imperium*, «non è vincolato da norme né da procedure prestabilite ed è libero di adottare, non solo nei riguardi dei soldati ma anche di qualsiasi altro trasgressore, tutti i rimedi che gli sembrano necessari per la repressione del crimine»<sup>75</sup>.

Con il passaggio alla repubblica, al re succedono i supremi magistrati della *civitas*. A essi viene riconosciuto un ampio potere di *coercitio*<sup>76</sup>, sempre basato sull'*imperium*, che si esplica nella determinazione dei fatti punibili e delle pene da irrogare<sup>77</sup>. Si è affermato che «in quest'epoca non vi è processo, non vi sono vere pene, e non vi è, per conseguenza, ancora un vero diritto penale»<sup>78</sup>; tanto meno è possibile individuare un principio di legalità<sup>79</sup>.

Una prima forma di tutela dei diritti di libertà dei cittadini è ravvisabile nella *provocatio ad populum*<sup>80</sup>, introdotta da tre successive leggi (la *lex Valeria* del 509 a.C.; la *lex Valeria Horatia* del 449 a.C. e la *lex Valeria* del 300 a.C.) per evitare che il potere di *coercitio* potesse degenerare in arbitrio.

Nonostante qualche opinione contraria<sup>81</sup>, non pare che nella *provocatio* possa ravvisarsi una prima manifestazione del principio di legalità, perché non consentiva una previa definizione né dei reati né delle pene ma rimetteva soltanto al giudizio del popolo la valutazione su un determinato comportamento<sup>82</sup>; la decisione del popolo inoltre non era vincolata all'applicazione di leggi preesistenti, risolvendosi in un giudizio più politico che tecnico<sup>83</sup>, e presentava molteplici limitazioni

<sup>73</sup> SANTALUCIA, Diritto e processo (n. 64), p. 5.

<sup>74</sup> BURDESE, Riflessioni sulla repressione (n. 64), p. 219.

<sup>75</sup> SANTALUCIA, Diritto e processo (n. 64), p. 20.

<sup>76</sup> FERRINI, Diritto penale romano. Esposizione (n. 49), pp. 24 s.; M.A. DE DOMINICIS, Coercitio, in NNDI III, Torino 1959, pp. 417-426; VASSALLI, Nullum crimen, nulla poena (n. 1), p. 287.

<sup>77</sup> U. BRASIELLO, Processo penale (diritto romano), in NNDI XIII, Torino 1966, pp. 1157-1160, in particolare p. 1157, il quale evidenzia che la *coercitio* «è un potere indeterminato, che è nello stesso tempo di prevenzione, di correzione, di polizia, ed anche di repressione...»; v. pure: DE DOMINICIS, Coercitio (n. 76), pp. 419 ss.; G. VALDITARA, Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana, Torino, 2015, p. 78.

<sup>78</sup> U. BRASIELLO, Diritto penale (diritto romano), in NNDI V, Torino 1960, pp. 960-966, in particolare p. 961.

<sup>79</sup> GIOFFREDI, I principi (n. 2), p. 14.

<sup>80</sup> A titolo esemplificativo v.: CH. EISENLOHR, Die Provocatio ad Populum, Schwerin 1858, 1 ss.; MOMMSEN, Römisches Strafrecht (n. 48), pp. 41 s.; 167; 473 ss.; J. BLEICKEN, Ursprung und Bedeutung der Provocation, in ZSS 76(1959), pp. 324-377; KUNKEL, Untersuchungen zur Entwicklung (n. 64), pp. 24 ss.; G. CRIFÒ, Alcune osservazioni in tema di provocatio ad populum, in SDHI 29(1963), pp. 288-295; PUGLIESE, Le garanzie dell'imputato (n. 64), pp. 606 ss.; M. BIANCHINI, Sui rapporti fra provocatio ed intercessio, in Studi Scherillo I, Milano 1972, pp. 93-110; L. AMIRANTE, Sulla provocatio ad populum fino al 300, in Iura 34(1983), pp. 1-27; L. RODRÍGUEZ-ENNES, La provocatio ad populum como garantía fundamental del ciudadano roman frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana, in Studi in onore di A. Biscardi IV, Milano 1983, pp.73-114; L. GAROFALO, In tema di provocatio ad populum (a proposito di un recente saggio), in SDHI 53(1987), 355-371; C. VENTURINI, Per una ricostruzione della provocatio ad populum. A proposito della lex Valeria del 300 a.C., in Index 36(2008), 343-273.

<sup>81</sup> V. MANZINI, Diritto penale italiano I, Torino 1950, p. 55.

<sup>82</sup> GIUFFRÉ, La repressione criminale (n. 2), p. 62.

<sup>83</sup> BASSANELLI SOMMARIVA, Proposta per un nuovo metodo (n. 2), p. 356.

34

35

36

(solo per le pene più gravi, mentre per le rimanenti continuava la *coercitio* del magistrato<sup>84</sup>, solo per i cittadini romani, solo in Roma e nell'ambito del *pomerium*)<sup>85</sup>.

Il processo comiziale svolse la sua funzione fino alla fine del III secolo, in coincidenza con l'espansione territoriale di Roma. Tale forma processuale cominciò a presentare presto alcuni inconvenienti, in quanto le questioni portate davanti alle assemblee richiedevano particolari cognizioni tecniche e una procedura più snella, adatta ai nuovi tempi<sup>86</sup>. Fu così che a partire dagli inizi del II secolo il senato cominciò ad affidare ai consoli o a uno dei pretori la repressione di alcuni crimini particolarmente gravi che avrebbero dovuto dar luogo a un processo davanti ai comizi<sup>87</sup>. *Quaestiones* di natura affine furono disposte in seguito anche dal popolo, su iniziativa dei tribuni della plebe<sup>88</sup>. Magistrati vennero poi «incaricati *ex senato consulto*, prima della *lex Sempronia de capite civis*<sup>89</sup>, di reprimere specifici fatti che suscitavano allarme sociale, attraverso lo schema di apposite *quaestiones extra ordinem*»<sup>90</sup>.

Le repressioni a carattere straordinario vengono così progressivamente cedendo il posto a tribunali stabili (*quaestiones perpetuae*)<sup>91</sup>; si assiste pertanto alla creazione di giurie ordinarie permanenti, legislativamente create per reprimere determinati crimini nell'interesse della comunità<sup>92</sup>. Col tempo risultano determinati i *crimina* perseguibili tramite *iudicium publicum* e sanzionati da pene legislativamente prefissate, di natura personale o patrimoniale<sup>93</sup>.

In questo periodo storico, pertanto, la legge romana ha come base l'istituzione di una procedura, la creazione di una giuria per la cognizione di un fatto e per l'affermazione o negazione della responsabilità di coloro che venivano accusati; a tale affermazione consegue automaticamente una pena fissa, in quanto la legge dà l'elenco dettagliato dei fatti punibili<sup>94</sup> mediante previsioni generali e astratte valevoli per il futuro<sup>95</sup>.

84 GIOFFREDI, I principi (n. 2), p. 14.

85 PUGLIESE, Le garanzie dell'imputato (n. 64), pp. 609 ss.

86 B. SANTALUCIA, La repressione penale e le garanzie del cittadino [in età repubblicana] (1990), in Altri studi di diritto penale romano, Padova 2009, pp. 35-61, in particolare p. 41.

87 SANTALUCIA, La repressione penale (n. 86), p. 42.

88 SANTALUCIA, Diritto e processo (n. 64), pp. 97 ss.; ID., La repressione penale (n. 86), p. 43.

89 G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, estr. dall'Enciclopedia Giuridica Italiana, (rist. 1990), Milano, 1912, pp. 309 s. Questa *lex* vien fatta votare da Caio Gracco nel 123 a.C. (Cfr.: Cic. *p. Rab. perduell.* 4,12). Come è stato notato dal GIUFFRÉ, La repressione criminale (n. 2), p. 74, «a partire da quella data, non abbiamo notizia di corti straordinarie istituite mediante senatoconsulti: insomma, dopo il 123, le procedure '*extra ordinem*' ... risultano poste in essere, almeno di fatto, tutte con il beneplacito del popolo».

90 VALDITARA, Riflessioni sulla pena (n. 77), p. 85; sulle *quaestiones* non permanenti v.: C. VENTURINI, *Questiones non permanenti: problemi di definizione e di tipologia*, in A. BURDESE (ed.), *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Padova 1988, pp. 85-116 (= in *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa 1996, pp. 207-236).

91 SANTALUCIA, Diritto e processo (n. 64), p. 103.

92 BURDESE, Manuale (n. 71), pp. 234 s.

93 BRASIELLO, La repressione penale (n. 58), pp. 61 s.; ID., Note introduttive (n. 58), p. 163; BURDESE, Manuale (n. 71), p. 235.

94 U. BRASIELLO, Diritto penale (n. 78), p. 962; GIUFFRÉ, La repressione criminale (n. 2), p. 102.

95 BASSANELLI SOMMARIVA, Proposta per un nuovo metodo (n. 2), p. 359.

I tribunali a carattere permanente determinano la costituzione di assemblee ristrette di giudicanti e contribuiscono quindi a spogliare la materia penale della “coloritura politica”, che era propria del periodo precedente, e a dare a essa “tecnicismo e autonomia”<sup>96</sup>. 40

Si può affermare che tale sistema penale si ispira strettamente al principio di legalità: «solo il fatto descritto come criminoso in una legge rappresentava un *crimen*, un delitto, il cui autore dovesse subire una pena; solo la pena precisamente prevista da una legge per quel delitto poteva essere oggetto della condanna da pronunziarsi contro il suo autore. ... Le pene, per parte loro, erano rigide, poiché all’organo giudicante mancava qualsiasi potere di adattarle discrezionalmente alla gravità del delitto»<sup>97</sup>. 41

I germi del principio di legalità si ritrovano in un passo di un’orazione ciceroniana: 42

«*Cic. p. Rab. post. 5,12: Ubi est igitur sapientia iudicis? In hoc, ut non solum quid possit, sed etiam quid debeat, ponderet, nec quantum sibi permissum meminerit solum, sed etiam quatenus commissum sit. Datur tibi tabella iudici. Qua lege? Iulia de pecuniis repetundis. Quo de reo? De equite Romano. At iste ordo lege ea non tenetur. Illo’ inquit ‘capite’ quod erat in Postumum, quod in Gabinium iudex esses, nihil Gabinio dato cum in eum litis aestimares. ‘At nunc audii’. Reus igitur Postumus est ea lege qua non modo ipse sed totus etiam ordo solutus ac liber est.*» 43

dove l’arpinate si sofferma sulla lettera della legge, che non sarebbe dovuta essere applicata a Postumo, in quanto la *lex Iulia de repetundis*<sup>98</sup> doveva colpire solo i governatori concussionari di rango senatorio, non i cavalieri. 44

Correlato al principio di legalità è anche quello della irretroattività della norma penale<sup>99</sup> – ritenuto coessenziale al primo dalla moderna dottrina penalistica al fine di garantirne piena effettività<sup>100</sup> – così come risulta da un passo sempre di Cicerone: 45

«*Cic. Verr. 2,1,42,108: In lege Voconia non est ‘fecit fecerit’, neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur nisi eius rei quae sua sponte tam scelerata et nefaria est ut, etiamsi lex non esset, magnopere vitanda fuerit. Atque in his ipsis rebus multa videmus ita sancta esse legibus ut ante facta in iudicium non vocentur; Cornelia testamentaria, nummaria, ceterae complures, in quibus non ius aliquod novum populo constituitur, sed sancitur ut, quod semper malum facinus fuerit, eius quaestio ad populum pertineat ex certo tempore.*» 46

L’arpinate sostiene che in nessuna legge è prevista la punizione per un fatto passato e che molte disposizioni di legge non consentono che si sottopongano a giudizio azioni compiute precedentemente. 47

<sup>96</sup> GIOFFREDI, I principi (n. 2), p. 18.

<sup>97</sup> PUGLIESE, Linee generali (n. 65), pp. 725 s. Secondo il VASSALLI, Nullum crimen, nulla poena (n. 1), p. 286, «sembra ... esatto constatare come presso i Romani un divieto rigoroso quale quello proprio dei diritti contemporanei non abbia avuto vigore se non limitatamente alla procedura penale “ordinaria” per *quaestiones*...».

<sup>98</sup> ROTONDI, Leges publicae (n. 89), 306 s.

<sup>99</sup> Come sostiene il MANTOVANI, Diritto penale (n. 2), p. 79, «il principio di irretroattività sta a significare che la legge penale si applica solo ai fatti commessi dopo la sua entrata in vigore e che, pertanto, non può essere applicata a fatti ad essa anteriori: *nullum crimen sine proevia lege poenali scripta et stricta*».

<sup>100</sup> V.: MARINI, Nullum crimen, nulla poena (n. 36), p. 952; VASSALLI, Nullum crimen, nulla poena (n. 1), p. 284, secondo il quale «punire sulla base di una legge retroattiva è come punire in virtù di un principio morale o politico che non era tradotto in legge positiva all’epoca del fatto, e dunque è del tutto equivalente a punire in assenza di una legge incriminatrice. In definitiva, in entrambi i principi si esprime una esigenza di certezza per i destinatari delle leggi penali».

Sempre Cicerone afferma un principio divenuto fondamentale nell'odierno ordinamento, vale a dire il principio *'nulla poena sine iudicio'*<sup>101</sup>, o più precisamente il principio che sancisce il diritto a un processo "giusto" ed "equo", che affonda le proprie radici nell'istituto della *provocatio ad populum* della *res publica romana*<sup>102</sup> e che è riportato nella *pro Cluentio* in modo assai esplicito<sup>103</sup>. 48

«Cic. p. *Cluent.* 3,7: *Ego me, iudices, ad eam causam accedere quae iam per annos octo continuos ex contraria parte audiatur atque ipsa opinione hominum tacita prope convicta atque damnata sit, facile intellego; sed si qui mihi deus vestram ad me audiendum benivolentiam conciliarit, efficiam profecto ut intellegatis nihil esse homini tam timendum quam invidiam, nihil innocenti suscepta invidia tam optandum quam aequum iudicium, quod in hoc uno denique falsae infamiae finis aliqui atque exitus reperitur. ...*» 49

Secondo Cicerone «nulla è tanto terribile per un uomo quanto l'ostile voce pubblica, nulla tanto desiderabile per un innocente vittima di tale ostilità quanto un equo giudizio, perché solo in questo è possibile reperire un punto fermo che faccia cadere le false diffamazioni»<sup>104</sup>. 50

Con la locuzione *'aequum iudicium'* Cicerone «intendeva sottolineare che non ogni *iudicium*, pur svolto in conformità al rito accusatorio, proprio delle *quaestiones perpetuae*, può essere qualificato *'aequum'*. Un *iudicium* può essere considerato processualmente *'aequum'* soltanto nel caso in cui il dibattito fra accusato e accusatore si svolga ... in condizione di effettiva ed assoluta parità»<sup>105</sup>. 51

#### 4. (Segue): da Augusto a Giustiniano.

Con l'avvento di Augusto il panorama cambia profondamente, in quanto si afferma un nuovo sistema di repressione criminale, la *cognitio extra ordinem*, la quale presenta caratteristiche che, almeno nella sua fase iniziale, incidono sul livello di legalità raggiunto dalla precedente procedura. 52

<sup>101</sup> P. CERAMI, *Aequum iudicium e giusto processo*, in P. CERAMI, G. DI CHIARA, M. MICELI (ed.), *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Torino 2003, pp. 3-16, in particolare pp. 4 ss.; ID., *Diritto al processo e diritto ad un giusto processo. Radici romane di una problematica attuale*, in *AUPA* 50(2005), pp. 23-51, in particolare pp. 50 s.

<sup>102</sup> CERAMI, *Aequum iudicium* (n. 101), p. 5.

<sup>103</sup> Cfr. pure: Cic. p. *Cluent.* 2,5: *Etenim sicut aliis in locis parum firamenti et parum virium veritas habet, sic in hoc loco falsa invidia imbecilla esse debet. Dominetur in contionibus, iaceat in iudiciis; valeat in opinionibus ac sermonibus imperitorum, ab ingeniis prudentium repudietur; vehementis habeat repentinos impetus, spatio interposito et causa cognita consenescat; denique illa definitio iudiciorum aequorum quae nobis a maioribus tradita est retineatur, ut in iudiciis et sine invidia culpa plectatur et sine culpa invidia ponatur. 2,6. Quam ob rem a vobis, iudices, ante quam de ipsa causa dicere incipio, haec postulo, primum id quod aequissimum est ut ne quid huic praeiudicati adferatis – etenim non modo auctoritatem sed etiam nomen iudicum amittimus, nisi hic ex ipsis causis iudicabimus, si ad causas iudicia iam facta domo deferemus; – deinde si quam opinionem iam vestris mentibus comprehendistis, si eam ratio convellet, si oratio labefactabit, si denique veritas extorquebit, ne repugnetis eamque animis vestris aut libentibus aut aequis remittatis; tum autem cum ego una quaque de re dicam et diluam, ne ipsi quae contraria sint taciti cogitationi vestrae subiciatis sed ad extremum expectetis meque meum dicendi ordinem servare patiamini; cum peroraro, tum si quid erit praeteritum animo requiratis. Pertanto «Cicerone ritiene incompatibile con la *definitio iudiciorum aequorum* un verdetto fortemente condizionato da dicerie e pregiudizi. Questi ultimi posso essere consentiti, al più, nei dibattiti politici e nelle adunanze popolari (*conciones*), ma non certo nei processi (*in iudiciis*), giacché qualora i giudici invece di giudicare in base alle risultanze della causa (*nisi hic ipsis causis iudicabimus*), portassero da casa alla causa giudizi precostituiti, perderebbero non soltanto l'autorità, ma anche il nome di giudici». In conclusione «per Cicerone ... l'imparzialità ... attiene essenzialmente al foro interno di colui che è chiamato ad ascoltare ed a decidere» (CERAMI, *Diritto al processo* [n. 101], pp. 50 s.).*

<sup>104</sup> CERAMI, *Aequum iudicium* (n. 101), p. 7.

<sup>105</sup> CERAMI, *Aequum iudicium* (n. 101), p. 7. Cfr. Cic. p. *Cluent.* 34,94.

La *cognitio*, infatti, è attuata dal *princeps* o da un suo delegato, magistrato o funzionario imperiale, e trova applicazione tanto per figure nuove di illeciti criminosi, quanto per crimini già rientranti nella previsione legislativa, ma per i quali appare opportuna una sanzione diversa da quella fissata dalla legge<sup>106</sup>. Inoltre non bisogna dimenticare che l'imperatore può avocare al proprio tribunale tutti quei fatti che appaiono degni di punizione, pur non previsti da alcuna legge (creando così nuovi crimini straordinari); oppure quei fatti già previsti da una legge, ma per i quali si ritiene necessario introdurre sanzioni più elastiche e variabili (per esempio quando è necessario tener conto di circostanze aggravanti o attenuanti)<sup>107</sup>. 53

Gli organi della *cognitio extra ordinem* possono fissare a loro arbitrio la sanzione essendo liberi dall'osservanza delle leggi; non essendo vincolati alla procedura ordinaria, non necessitano di una autorizzazione per applicare una pena diversa<sup>108</sup>. 54

Gli estesi poteri dell'organo giudicante, nel condurre il processo e nel determinare la sanzione da comminarsi, favoriscono una indubbia limitazione del principio di legalità<sup>109</sup>, anche se col tempo essa viene progressivamente attenuata dall'intervento di disposizioni imperiali che, come si dirà in seguito, tendono a fissare un regolamento per l'intera materia<sup>110</sup>. 55

D'altra parte si può constatare nei giuristi classici l'elaborazione di una serie di principi, non strettamente limitati alla legalità della pena e dell'illecito, che contribuiscono a delineare un sistema garantista, anche sul piano processuale, a tutela delle libertà personali. 56

In questa prospettiva sono interessanti le osservazioni di Callistrato, che afferma il principio di personalità della pena, in quanto ognuno doveva essere punito per le proprie azioni e non per quelle altrui<sup>111</sup>: 57

«D. 48,19,26 (Call. 1 *de cognit.*): *Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest: namque unusquisque ex suo admissio sorti subicitur nec alieni criminis successor constituitur, idque divi fratres Hierapolitanis rescripserunt.*» 58

e di Ulpiano<sup>112</sup>: 59

«D. 48,19,18 (Ulp. 3 *ad ed.*): *Cogitationis poenam nemo patitur.*» 60

<sup>106</sup> GIOFFREDI, I principi (n. 2), p. 21; BURDESE, Manuale (n. 71), p. 235.

<sup>107</sup> BRASIELLO, Diritto penale (n. 78), p. 964.

<sup>108</sup> BRASIELLO, La repressione penale (n. 58), p. 193. L'autore evidenzia la discontinuità tra la repressione ordinaria – che consente, in base alla legge, di «individuare i crimini, ed individuare e precisare ancor più le pene, nei loro caratteri» - dalla repressione straordinaria, dove «de ipotesi delittuose, in un ordinamento che ammette la possibilità di introdurre sempre nuovi divieti, sono innumerevoli, sia pei fatti nuovi, sia per la fisionomia nuova ed autonoma che possono assumere fatti già repressi dalla legge, o circostanze di essi ... Lo stesso si ha per le pene, essendo possibile, in tesi, escogitare sempre nuove sanzioni» (BRASIELLO, La repressione penale [n. 58], p. 213).

<sup>109</sup> GIOFFREDI, I principi (n. 2), p. 21, secondo il quale «resta sempre valida la *coercitio* dei magistrati alla quale poi si affianca la *cognitio (extra ordinem)*, che poco se ne differenzia, dell'Imperatore e dei funzionari imperiali che agiscono per sua delega (*praefectus urbi* e *praefectus praetorio*)».

<sup>110</sup> BURDESE, Manuale (n. 71), p. 236.

<sup>111</sup> V.: SCAPINI, Diritto e procedura (n. 64), p. 85.

<sup>112</sup> H. KRÜGER, M. KASER, Fraus, in ZSS 63(1943), pp. 117-174, in particolare p. 137.



«D. 50,16,131 pr. (Ulp. 3 ad leg. Iul. et Pap.): *Aliud 'fraus' est, aliud 'poena': fraus enim sine poena esse potest, poena sine fraude esse non potest. poena est noxae vindicta, fraus et ipsa noxa dicitur et quasi poenae quaedam praeformatio.*» 61

nelle quali è rinvenibile la concezione di un diritto penale incentrato sul fatto illecito, rifuggendo da concezioni soggettivistiche e personalistiche<sup>113</sup>. 62

Nell'ultimo passo si dice che vi può essere frode senza pena, ma non pena senza frode. In questo contesto *fraus* è sinonimo di *crimen*, *delictum*, *maleficium*, tutti termini che indicano un comportamento antiggiuridico. La pena, prosegue Ulpiano, è la conseguenza del danno arrecato. Il reato si identifica con lo stesso danno ed è un presupposto della pena<sup>114</sup>. 63

Tuttavia la sorprendente attualità dei testi romani si rinviene soprattutto con riferimento al principio di legalità, che appare già espresso chiaramente in tre testi classici, l'uno di Marciano, l'uno di Ulpiano<sup>115</sup>, l'altro di Modestino<sup>116</sup>: 64

«D. 48,16,1,4 (Marc. l. sing.): ... *nam, ut Papinianus respondit, facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis, poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur.*» 65

«D. 50,16,131,1 (Ulp. 3 ad leg. Iul. et Pap.): ... *poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est: ...*» 66

«D. 48,4,7,3 (Mod. 20 pand.)<sup>117</sup>: ... *quamquam enim temerarii digni poena sint, tamen ut insanis illis parcendum est, si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est.*» 67

Nel primo passo, Marciano, riportando l'opinione di Papiniano, afferma che l'analisi del fatto è una prerogativa del giudice, ma la pena non è riservata al di lui arbitrio, ma all'autorità della legge<sup>118</sup>. 68

Nel secondo frammento Ulpiano dice che si può infliggere una pena solo se imposta dalla legge o da qualche altra fonte giuridica. Modestino infine afferma che non si deve punire il delitto se non è definito nel testo di legge o sia interpretato il testo di legge in via analogica. 69

L'ammissione dell'analogia non pare essere elemento decisivo per escludere l'esistenza del principio di legalità. Infatti, il procedimento analogico incide, a ben vedere, più sotto il profilo della tassatività – che costituisce «lo sbarramento esterno della fattispecie stessa, impedendo che essa 70

<sup>113</sup> A secoli di distanza, MONTESQUIEU, *L'esprit des lois* (n. 9), L. 12, c. 11, p. 155, affermerà che «les lois ne se chargent de punir que les actions extérieures». Tale principio è oggi riconosciuto come uno degli architravi del moderno diritto penale, come rilevato dal MANTOVANI, *Diritto penale* (n. 2), p. XXIII: «il fatto illecito costituisce la base fondamentale ed imprescindibile di un diritto penale di civiltà. Senza il fatto o prescindendo da esso si ha un diritto penale poliziesco, terroristico, liberticida: un diritto penale delle intenzioni, dell'atteggiamento interiore o del sospetto oppure un diritto penale della pericolosità *sine delicto, ante o praeter delictum*, fondato su semplici stati soggettivi o atteggiamenti personali sintomatici del soggetto, perseguito per quel che è e non per quel che fa».

<sup>114</sup> Di diverso avviso il BRASIELLO, *Diritto penale* (n. 78), p. 961, secondo il quale: «...i Romani ... in diritto penale si sono prima convinti della necessità di impedire o reprimere un fatto, che accertare che quel fatto costituiva un crimine e rappresentasse la violazione di una norma. Quindi dei due elementi di cui, secondo la dottrina moderna, consta la norma penale, il precetto giuridico e la sanzione, si può dire che i Romani il più delle volte abbiano veduto il primo dopo che si era istituita la seconda».

<sup>115</sup> Cfr.: HALL, *Nulla poena sine lege*, (n. 40), pp. 165 s.; GAROFALO, *Concetti e vitalità* (n. 2), p. 107.

<sup>116</sup> Cfr.: FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali* (n. 49), pp. 38 s.

<sup>117</sup> Il passo viene ritenuto interpolato da: G. LONGO, *Delictum e crimen*, Milano 1976, pp. 21 s. Cfr.: P. CERAMI, *Tormenta pro poena adhibita*, in *AUPA* 41(1991), pp. 33-50, in particolare p. 41, n. 17.

<sup>118</sup> NICOLINI, *Il principio di legalità* (n. 39), p. 4.

possa essere riferita ad ipotesi non ricomprese nella sua dimensione normativa astratta<sup>119</sup> - che su quello della legalità. Certo, i due aspetti sono tra loro connessi, tant'è che con riferimento ai moderni sistemi penali che escludono il ricorso all'analogia si parla di "stretta legalità"<sup>120</sup>, ma è altresì innegabile che il principio di legalità non possa dirsi violato (ma al più soltanto attenuato nel suo rigore) nei casi in cui sia ammessa l'analogia<sup>121</sup>. In tale prospettiva, è stato evidenziato che nel diritto moderno «non esiste ... una necessaria correlazione, ma soltanto una consolidata tendenza, tra ordinamento liberal-democratico e divieto di analogia, come comprova il fatto che in paesi di radicata tradizione democratica, quali i Paesi scandinavi e l'Inghilterra, non esiste un tale espresso divieto, senza che con ciò siano scosse le garanzie dei destinatari della norma penale»<sup>122</sup>. Del resto, come rilevato da autorevole dottrina, con il procedimento analogico «si tende in fondo ad applicare una legge vigente, sia pure espressa per casi diversi (ma simili) da quello che si tratta di definire»<sup>123</sup>.

Non manca, poi, nel diritto romano classico l'affermazione di un principio di stampo processualistico, divenuto fondamentale negli ordinamenti moderni, quale il principio *'in dubio pro reo'*<sup>124</sup>, che ha le sue origini in un testo di Ulpiano, che riporta un rescritto dell'imperatore Traiano:

«D. 48,19,5 pr. (Ulp. 7 *de off. proc.*): *Absentem in criminibus damnari non debere divus Traianus Iulio Fontoni rescripsit. sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari. ...*»

Secondo il giurista, l'imperatore Traiano statui in un rescritto che era meglio che restasse impunito un delitto di un reo piuttosto che condannare un innocente; più precisamente doveva essere preminente la tutela dell'innocente e non la punizione del colpevole: quindi nel dubbio si doveva decidere in favore dell'imputato<sup>125</sup>.

Va infine rilevato come il principio di legalità assume nuovo impulso e nuove connotazioni nel periodo postclassico. Per reazione alle disfunzioni, sempre più marcate, favorite dall'ampia discrezionalità di giudizio concessa dalla *cognitio extra ordinem* - tanto da determinare un'amministrazione della giustizia corrotta, con «enormi parzialità e sperequazioni»<sup>126</sup> - le costituzioni imperiali (*leges generales*) tendono, da un lato, a identificare con precisione minuziosa tutte le possibili figure criminose e a fissare per ciascuna una pena determinata, dall'altro a lasciare ai giudici il solo compito di accertare se l'ipotesi criminosa si sia o meno verificata<sup>127</sup>. Viene

<sup>119</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*<sup>10</sup>, Milano 2012, p. 28.

<sup>120</sup> Cfr. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena* (n. 36), p. 956.

<sup>121</sup> Sulle complesse problematiche dell'analogia in materia penale cfr. G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche I*, Torino 1987, pp. 158-172, in particolare p. 159.

<sup>122</sup> MANTOVANI, *Diritto penale* (n. 2), p. 70.

<sup>123</sup> VASSALLI, *Nullum crimen sine lege* (n. 2), p. 496.

<sup>124</sup> M. VAN DE VRUGT, *In dubio pro reo*, in *Brocardica in honorem di G. C. J. J. van den Bergh*, Deventer 1987, pp. 123-127.

<sup>125</sup> Tale principio ritorna in un altro passo di Ulpiano: «D. 34,5,10,1 (Ulp. 6 *disputat.*): ... *sin autem hoc incertum est nec potest nec per subtilitatem iudicalem manifestari, in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet ...*». Cfr.: DRAGHETTI, VIGNUDELLI, *Brocardi* (n. 1), pp. 138 s.

<sup>126</sup> PUGLIESE, *Le garanzie dell'imputato* (n. 64), p. 613.

<sup>127</sup> B. SANTALUCIA, *L'amministrazione della giustizia [nel dominio] (1993)*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2009, pp. 93-112, in particolare 105.

71

72

73

74

meno, dunque, il potere discrezionale dell'organo giudicante – che nel nuovo assetto politico, in ragione della “burocratizzazione della funzione giudiziaria”<sup>128</sup>, assume una stretta dipendenza dall'imperatore – in quanto le pene per i vari *crimina* non possono essere graduate dal giudice secondo criteri di valutazione personali, per evitare qualsiasi forma di arbitrio<sup>129</sup>.

In sostanza, «si passa dalla discrezionalità della pena, tipica della *cognitio extra ordinem* del Principato, alla pena fissa; l'orientamento del sistema delle pene può dirsi, da un lato, ispirato al principio di legalità (nel senso che al giudice viene tolta ogni possibilità di arbitrio nel quale può sfociare la discrezionalità) ma, dall'altro, impedisce una completa e serena considerazione del reato nelle sue concrete manifestazioni. E, così, Giustiniano, pur recependo il sistema postclassico, ne impone un'applicazione clemente in modo da temperare in concreto il rigore astratto della legge»<sup>130</sup>.

Ne emerge, in conclusione, un marcato “legalitarismo”<sup>131</sup>, incentrato sulla «prevalenza della legge su ogni altro precetto e (sul)l'esigenza che la legge venga rispettata dai vari organi dello Stato». Infatti, «riconosciuto il potere legislativo al solo imperatore e identificata la legge con la costituzione imperiale avente contenuto generale e astratto, era naturale pretendere che nessun atto (nemmeno dell'imperatore) potesse derogare alla legge e in ispecie che i giudici la osservassero e la applicassero»<sup>132</sup>.

75

76

---

<sup>128</sup> SANTALUCIA, L'amministrazione della giustizia (n. 127), p. 94.

<sup>129</sup> SANTALUCIA, Processo penale (n. 64), p. 359.

<sup>130</sup> SCAPINI, Diritto e procedura (n. 64), p. 98

<sup>131</sup> B. SANTALUCIA, Diritto e processo penale nell'antica Roma<sup>1</sup>, Milano 1989, p. 324.

<sup>132</sup> PUGLIESE, Le garanzie dell'imputato (n. 64), p. 613.