

Riccardo Cardilli

Problemi generali di diritto penale attraverso il diritto romano



Giappichelli

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	XI
I.	
PER UNA CRITICA ALLA 'PENA' COME CATEGORIA GENERALE DEL DIRITTO PENALE BORGHESE ATTRAVERSO IL DIRITTO ROMANO	
1. Formazione storica della concezione contemporanea della 'pena' e sua ideologia	1
2. La «pena» come categoria generale e astratta nel diritto penale liberale	8
3. Ruolo della comunità e tipicità dei delitti nella concezione romana del 'penale'	12
4. L'attrazione della ' <i>poena</i> ' nell' <i>oportere</i> ' quale archetipo della ' <i>obligatio poenae</i> '	24
5. Considerazioni conclusive	34
II.	
CARCERE E <i>FREIHEITSSTRAFE</i> . STORIA DI UNA IDEOLOGIA	
1. Stato e libertà dei moderni nel diritto penale illuminista	37
2. Il protagonismo della <i>Freiheitsstrafe</i> nel diritto penale bor- ghese	41
3. Centralità della pena carceraria e crisi dello Stato	45
4. Il carcere nel diritto penale romano	46
5. Il diritto penale futuro senza carcere?	52

III.

PER UNA CRITICA ALLA COSTRUZIONE
DELLA «PARTE GENERALE»
NEL DIRITTO PENALE

1. La categoria ordinante dell'elemento soggettivo e la costruzione della 'parte generale' nel diritto penale nel XIX secolo	55
2. La categoria dell'elemento soggettivo nella storiografia del diritto penale romano	72
3. Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII tavole	79
4. Considerazioni conclusive	127

<i>Bibliografia</i>	135
---------------------	-----

<i>Indice delle fonti</i>	153
---------------------------	-----

PREMESSA

Il lettore romanista non tarderà a cogliere nel titolo di questo lavoro il richiamo ‘esplicito’ ad un classico studio di Giuseppe Grosso del 1949, riedito con ampliamenti nel 1967 dal titolo altamente significativo *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*. Riprendendolo ho voluto segnalare l'importanza metodologica di quel Corso di lezioni di Grosso per lo studio del diritto romano ancora oggi e per il suo significato per la comprensione del giuridico.

Come ho avuto l'occasione già di dire in altra premessa nel 2021 (*Fondamento romano dei diritti odierni*), il diritto romano non è né il demonio della conservazione e dell'immobilismo, né un totem di cui liberarsi, né un contenuto messianico di liberazione delle società moderne dai mali che le affliggono, ma, al contrario è un poderoso strumento di critica al giuridico contemporaneo, che proprio nella raffinatezza dei percorsi concettuali e sistematici ereditati dal diritto romano, ha finito per annidare dietro il velo della forma e della purezza, alcuni forti nodi ideologici che stanno bloccando inesorabilmente la società attuale in uno spazio di diseguaglianze ed ingiustizie, finendo per escludere il diritto come tale (e quindi anche il sapere che del giuridico è rappresentazione) dagli strumenti di rinnovamento e miglioramento delle società attuali.

*

Anche l'odierno diritto penale nello spazio politico dei singoli diritti statuali non si sottrae da questa considerazione. Ciò che penalmente prende forma dal Settecento nel difficile superamento dello stato assolutista, assume sempre più la forma di un diritto penale proprio dello stato liberale. La sinergia storica tra la

straordinaria ventata di innovazione portata dall'illuminismo giuridico e la sotterranea – ma non meno incidente – influenza del sistema pandettistico tedesco sulla edificazione di un '*allgemeines deutsche Strafrecht*', se vista *ex post*, assume la conformazione di un inconsapevole intreccio ideologico.

L'esito di questa sinergia sarà il giuridico penale che confluisce nella forma Codice, nella quale si stabilizzano alcune caratteristiche profonde che innervano non soltanto un nuovo ordine sistematico – in parte sconosciuto fino a quale momento storico – sulla trama tipizzata dalla tradizione precedente, ma anche ideologie che piegano i singoli istituti nel quadro coerente al modello giuridico borghese.

Alla centralità del principio di libertà del cittadino fa da contraltare il suo contrario, la privazione legittima di questa libertà quale sanzione principe dello stato liberale. Alla radicata tipicità dei delitti e alla loro specifica conformazione contenutistica autonoma, non trasversalmente comunicante, si contrappone un modello sistematico nuovo, caratterizzato da una forte scomposizione del tipo delittuale in *elementa prima*, con l'enucleazione di categorie generali trasversalmente valide per ogni tipo di delitto.

* *

Lo sforzo di comprendere la diversa (e per certi versi antitetica) concezione romana della 'penalità' aiuta a maturare uno sguardo 'disincantato', capace di 'svelare' i nodi dello 'statual-penalismo'. La prospettiva critica evidenzia, così anche, con maggiore chiarezza i limiti che bloccano l'attuale diritto penale in sacche di immobilità formale, non adeguate a rispondere alle esigenze impellenti della giustizia. Durata inaccettabile del processo penale, squilibrio del contraddittorio, protagonismo della reclusione in carcere come forma privilegiata della punizione dello stato, enorme numero di suicidi nelle carceri, violenze e prevaricazioni nei penitenziari, sono soltanto alcuni dei sintomi di un malessere pervasivo del 'giuridico' penale odierno. Sono problemi che la politica deve affrontare con coraggio e visione, senza lasciarsi imbrigliare dalle logiche del consenso quotidiano nei sondaggi sull'onda dei singoli fatti criminosi.

Nella dimensione di significato di questo lavoro, si vuole aprire un dibattito sulle ragioni storico-giuridiche dall'attuale habitat del diritto penale statuale, che sembra impedire una strada di riforma profonda, un po' come quella che l'illuminismo giuridico ebbe modo di indurre sulla concezione penale dell'*ancien régime*.

Dal mio punto di vista, mi sembra che si debba fortemente sottolineare la forza che il diritto penale dello stato liberale ha dimostrato nel modellare una cultura della punizione statuale in chiave assolutizzante. La costruzione di categorie generali con capacità trasversali di lettura dei diversi tipi di delitto, se da un lato ha indebolito la tipicità a favore di una destrutturazione capace di smontare e poi di rimontare le singole parti in un nuovo modello sistematico (quello appunto della parte generale), ha, dall'altro lato, determinato una innovativa percezione nei consociati del giuridico penale. L'esito sarà il riconoscimento di un nuovo tipo di monopolio statuale nella persecuzione penale, quale caratteristica essenziale della sua sovranità su un determinato territorio. Il pluralismo dei corpi sociali e giuridici di emersione storica dei singoli delitti si perde di fronte al monopolio statale della penalità, che viene anche a riscrivere la funzione penale in chiave dei valori da tutelare. Di qui le categorie generali: dell'«autore» e della «vittima», che innervano nel giuridico penale la prospettiva del soggetto di diritto, del «bene giuridico protetto», che traduce penalmente le categorie dell'oggetto di diritto e del diritto soggettivo, della condotta/atto e della volontà, quali penali rappresentazioni della negozialità privata, dell'elemento soggettivo, degli elementi essenziali e accidentali del delitto, del protagonismo quasi monistico della pena della privazione della libertà, ecc.

In sostanza, lo sforzo critico indotto dalla ripulitura concettuale che impone la comprensione del giuridico penale in una determinata fase storica, facilita lo svelamento ideologico del diritto penale borghese.

Ciò ha anche una importante ricaduta di rimbalzo sulla stessa corretta comprensione del penale in contesti storici passati, in quanto lo studioso, una volta liberatosi della trama sistematico-concettuale del diritto odierno, coglie con maggiore forza le differenze e le costruzioni indipendenti del diritto più antico.

Va riconosciuto al riguardo l'importante contributo che dal punto di vista metodologico e nei risultati poi raggiunti è stato dato dagli studi dello storico Mario Sbriccoli (1940-2005), al quale si devono numerosi studi orientati alla de-sedimentazione critica degli strati concettuali e delle prospettive ideologiche della contemporaneità, premessa metodologica necessaria, quanto più la maturazione dell'imprinting del diritto penale odierno sia di recente costruzione.

Da un punto di vista più strettamente romanistico, poi, è possibile cogliere, altresì, con nitidezza l'influenza del sistema penale costruito dalla scienza giuridica tedesca nel secondo Ottocento sulle ricostruzioni storiche della scienza romanistica di fine Ottocento e inizio Novecento. I monumentali lavori pionieristici di Theodor Mommsen (quel diritto penale romano scritto su stimolo di Binding) e di Contardo Ferrini, con le loro letture differenti in ragione della diversa sensibilità giuridica degli autori, risentono entrambi del dualismo tutto moderno tra parte generale e parte speciale. L'iniziale erosione di quei paradigmi si deve alla romanistica delle generazioni successive.

A strade innovative e sguardi meno impregnati di 'statual-penalismo' si orientano Leopold Wenger, Ugo Brasiello e Wolfgang Kunkel, attraverso i cui lavori possono dirsi acquisite alcune fondamentali critiche.

La prima, innanzitutto, è quella del tendenziale rifiuto della dicotomia tra 'parte generale' e 'parte speciale' nell'indagare il giuridico penale di Roma antica, dicotomia che è stata, invece, la caratteristica distintiva della scientificità del nuovo diritto penale tedesco.

Queste nuove voci segnalano, altresì, l'importanza di studi che si orientino verso il sistema romano dei delitti tipici, con le loro specificità di regime non *ex se* adeguato a letture generalizzanti e

trasversali. Soltanto smontando il sistema penale odierno e approfondendo ciascun delitto tipico senza vincoli di prospettiva generalizzanti, si può pensare di ricostruire, nel suo contesto storico originario, la trama dei singoli delitti, espressione di una complessità di regimi tipici e conseguenza delle diverse fonti di emersione degli stessi (*mores*, *leges*, editto del pretore, costituzioni del principe). Il tipo è, cioè, l'unica realtà sulla quale esercitare il proprio sforzo di comprensione, sul quale l'*interpretatio pontificum* prima, in chiave rimodellatrice e di impulso, e l'*interpretatio prudentium* poi, in chiave ricostruttivo concettuale, innestano dinamiche che rappresenteranno l'ordito terminologico e contenutistico che viene a stabilizzarsi nei c.d. *libri terribiles* della codificazione giustiniana.

La seconda critica, che ritengo acquisita, è quella del superamento della *Isolierung* tra diritto penale e processo penale, separazione che è stata funzionale all'astrazione della persecuzione penale, che una volta astratta dal tipico delitto (e quindi dalla sua forma compenetrata all'illecito compiuto) veniva nel suo insieme affidata al monopolio statale. Al modello statico e separato dei diritti odierni, il diritto romano contrappone una compenetrazione dinamica nel tipo delittuale tra diritto e processo, funzionale alla coerenza e alla efficacia della stessa giustizia penale nel suo insieme.

La terza critica è quella diretta a ricontestualizzare il forte rapporto tra diritto e politica nella storia, nel senso di svelare l'“incanto” della giustizia penale come arma imparziale nella società, e suo reale utilizzo come arma civile di superamento, in chiave istituzionale, delle tensioni sociali e politiche in un certo contesto storico.

Questa fase degli studi romanistici non può dirsi ancora conclusa, ed anzi, è possibile cogliere nella scienza romanistica italiana degli ultimi decenni movimenti di ritorno, con approcci per così dire per temi generali o in ogni caso con prospettive generalizzanti.

In questo contesto, ed anche in reazione a queste tendenze più recenti, vede la luce questo mio lavoro (che raccoglie alcuni studi già editi e studi inediti), che si pone come obiettivo un dialogo critico tra diritto romano e diritto penale odierno, superando l'idea che questo dialogo abbia un *habitat* privilegiato solo negli studi

romanistici di diritto privato, per assumere la ricchezza che si può da esso acquisire anche nell'ambito del diritto penale.

* * * *

Il fondamento consuetudinario dei delitti caratterizza, per così dire, 'dal basso' la giustizia penale romana, caratterizzazione che resiste anche in epoche nelle quali il potere pubblico si orienta con maggiore decisione verso politiche penali nuove.

Un penale che è specchio dei valori di una società (e che non si erge a imporsi 'dall'alto' per una presunta superiorità morale) realizza un'ampia condivisione nei consociati non solo dei delitti perseguibili, ma anche delle modalità di perseguimento e delle sanzioni irrogate. Il giuridico penale si immerge, così, nella realtà concreta della società della quale è specchio, senza distorsioni di natura politico-ideologica (salvo appunto quelle proprie della comunità umana nella quale opera), venendo quindi a svolgere una funzione pacificatrice condivisa delle relazioni umane, obiettivo primario del diritto.

Si è molto lontani dal protagonismo del diritto statuale e del sistema penale generale dei diritti penali odierni.