

L'AVVOCATO DEL DIAVOLO. DIFESA E DIFENSORE NEL PROCESSO  
CRIMINALE AUSTRIACO DEL SETTECENTO

Andrea Massironi  
Università degli studi di Milano-Bicocca  
andrea.massironi1@unimib.it

**Abstract:** Fin dal XVI secolo la scienza criminalistica di area tedesca interpreta le disposizioni della *Constitutio Criminalis Carolina* relative all'intervento del difensore nel processo, meno severe rispetto a quelle delle coeve normative europee, da un lato delineando l'avvocato sempre più come persona esperta di diritto, dall'altro limitandone l'azione, per non contrastare la speditezza e l'efficienza perseguite dal processo di stampo inquisitorio. Questa prospettiva influenza le scelte dei legislatori austriaci, che si radicalizzano dal Settecento in poi nell'opera di unificazione legislativa di Maria Teresa e nei successivi codici.

**Parole chiave:** processo inquisitorio, Austria, difensore, *Constitutio Criminalis Carolina*, *Constitutio Criminalis Theresiana*

Nel 1755 Johann Peter Banniza, illustrando il processo criminale in un manuale diretto agli studenti viennesi, spiega che all'inquisito è riconosciuta la possibilità di esercitare la sua difesa personalmente oppure anche avvalendosi dell'aiuto di parenti o di un estraneo alla famiglia. In via sussidiaria se ne deve occupare il giudice *ex officio*, nominando nel caso un difensore<sup>1</sup>. Questo almeno secondo quanto prevede la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), riferimento principale della trattazione del cattedratico<sup>2</sup>, che, a chiosa del suo discorso, segnala come tuttavia non ovunque si segua questo orientamento, certo «nec in Austria», specialmente laddove vige la cd. *Ferdinanda* (emanata nel 1656 da Ferdinando III per i territori dell'Impero asburgico che costituiscono l'Austria Inferiore): sotto la rubrica *Von Advocaten* essa, da una parte, vieta di concedere al reo di avvalersi dell'ausilio di un avvocato, soprattutto se il crimine è manifesto e già chiaramente dimostrato, dall'altra, qualora ricorrano gravi motivi che ne autorizzino l'intervento, ne limita fortemente le prerogative, vincolandolo al giuramento di non fornire cattivi consigli che intralcino il raggiungimento della verità e permettendogli soltanto di vigilare affinché l'inquisito non tralasci di addurre qualche elemento a sua discolpa<sup>3</sup>. In questo modo rica-

<sup>1</sup> J.P. Banniza, *Systema jurisprudentiae criminalis*, Viennae 1763 (prima ed. 1755), c. 11, § 5, pp. 107-108. Su Johann Peter Banniza (1707-1775) vd. C. v. Wurzbach, *Biographisches Lexikon des Kaiserthums Oesterreich*, 1, Wien 1856, pp. 146-147; J.F. v. Schulte, voce *Banniza, Johann Peter*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, 2, Leipzig 1875, p. 42; E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3.1, Noten, München-Leipzig 1898, p. 190; H. Banniza, *Beiträge zur Geschichte der Geschlechter Banniza/Panizza*, in *Deutsches Familienarchiv*, 32, Neustadt an der Aisch 1966, pp. 220-290, pp. 265-266, 269-273; H. Lentze, voce *Banniza, Johann Peter*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, A. Erler – E. Kauffman (ed.), mitbegründet von W. Stammler, 1, Berlin 1971, coll. 312-313.

<sup>2</sup> Così nel *Praefamen* alla stessa opera e nella coeva recensione comparsa in «Wienerischen gelehrten Nachrichten» del 1755, XI, riportata da *Leben und Schriften Herrn Johann Peter von Banniza*, Erlangen 1756, p. 29.

<sup>3</sup> *Neue peinliche Landgerichts-Ordnung in Oesterreich unter der Ennß (Ferdinanda)*, art. 20, consultata nell'edizione viennese del 1678 per i tipi di Johann Jacob Kürner e nella traduzione latina con il titolo *Forma processus iudicii criminalis seu Praxis criminalis (Tyrnaviae, Typis Academicis per Joannem Andream Hörmann, 1697)*. Il testo tedesco della *Ferdinanda* si trova anche in *Codex Austriacus*, 1, Wienn 1704, pp. 659-728.

de innanzitutto sul giudice l'onere di svolgere con la massima accuratezza il compito di ricercare anche quanto possa giovare al reo<sup>4</sup>.

Joseph Leonhard Banniza, figlio di Johann Peter, che ripercorre le orme del padre negli studi e nell'insegnamento e scrive quasi un ventennio dopo il genitore un'opera in cui mette a confronto il processo criminale comune con le novità introdotte dalla recente legislazione austriaca, testimonia come la situazione in tema di difesa dell'imputato paia essersi ulteriormente radicalizzata con l'emanazione della *Constitutio Criminalis Theresiana* (1768): all'inquisito di norma non deve essere accordato un difensore né durante né dopo le indagini e le eccezioni a tale prescrizione, peraltro lasciate all'apprezzamento del giudice, sono ridotte al minimo (un reo che per ignoranza, paura o malattia non sia in grado di difendersi; una causa molto complicata; circostanze di singolare rilevanza)<sup>5</sup>.

I due giuristi, generalmente fermi su posizioni conservatrici, com'è naturale che sia per chi ha fatto parte, per così dire, dell'*establishment* dell'Impero asburgico e si è nutrito delle letture più classiche, rivestono una certa importanza nel panorama dell'epoca, sia perché sono autori di opere indubbiamente non originali ma annoverabili tra le epitomi del dirit-

<sup>4</sup> Questa la deduzione di F.J. Bratsch, *Über ... Land-Gerichts-Ordnung in Oesterreich unter der Enns*, Wien 1751, p. 41. Sull'erudito e tutt'altro che originale commento di Bratsch alla *Ferdinanda* vd. H. Hoegel, *Geschichte des Österreichischen Strafrechtes in Verbindung mit einer Erläuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen*, 1, Wien 1904, p. 45, e F. Hartl, *Grundlinien der österreichischen Strafrechtsgeschichte bis zur Revolution von 1848*, in *Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtsgeschichte im XIX-XX. Jahrhundert*, G. Máthé – W. Ogris (ed.), Budapest 1996, pp. 13-54, p. 14.

<sup>5</sup> J.L. Banniza, *Delineatio juris criminalis*, II, Oeniponti 1773, c. 8, § 110, p. 51. Per Joseph Leonhard Banniza (1733-1800) vd. Wurzbach, *Biographisches Lexikon*, cit. (nt. 1), pp. 146-147; E.J.H. Steffenhagen, voce *Banniza, Joseph Leonhard*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, 2, Leipzig 1875, p. 42; A. v. Wretschko, *Die Geschichte der Juristischen Fakultät an der Universität Innsbruck (1671-1904)*, Innsbruck 1904, p. 23; E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3.1, Text, München-Leipzig 1898, p. 400; Banniza, *Beiträge zur Geschichte*, cit. (nt. 1), pp. 273-276; R. Moos, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert. Sinn- und Strukturwandel*, Bonn 1968, pp. 105-107; H. Lentze, voce *Banniza, Joseph Leonhard*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 1, cit. (nt. 1), coll. 313-314; G. Oberkofler, voce *Joseph Leonard Banniza*, in *Juristen in Österreich 1200-1980*, W. Brauneder (ed.), Wien 1987, pp. 108-109.

to penale austriaco (sostanziale e processuale) del Settecento<sup>6</sup>, tanto da essere oggetto di studio anche fuori dai confini patri<sup>7</sup>, sia perché hanno il merito di aver contribuito allo sviluppo di una scienza giuridica criminale austriaca autonoma da quella di matrice tedesca<sup>8</sup>.

I loro scritti sono inoltre indicativi della transizione verso la realizzazione di un processo criminale unitario tentata in quel torno d'anni all'interno dell'Impero asburgico, ancora caratterizzato da un sistema di fonti centrifugo, frutto di un accumulo plurisecolare e della parcellizzazione delle autonomie riunite sotto le ali dell'aquila bicipite: il superamento di una vasta e contraddittoria congerie di legislazioni, generatrice di incertezza, rientra infatti nel quadro del piano di accentramento politico di Maria Teresa<sup>9</sup>. Per questi motivi vede la luce la *Theresiana*, che si prefigge – come specificato nella Patente di promulgazione – di sostituire le normative che a vario titolo nei diversi territori dell'Impero continuano a dettare la disciplina del processo criminale nella seconda metà del XVIII secolo: la *Ferdinanda*, la cd. *Leopoldina* (*Landgerichts-Ordnung in Oesterreich ob der Ennß* di Leopoldo I del 1675)<sup>10</sup>, la cd. *Josephina* (*Neue peinliche Hals-Gerichts-Ordnung vor das Königreich Böhmeim, Marggraffthumb Mähren und Hertzogthumb*

<sup>6</sup> Vd., per esempio, sull'opera di Banniza figlio, A. Giarda, "Persistendo 'l reo nella negativa", Milano 1980, p. 69.

<sup>7</sup> Cfr. M.G. di Renzo Villata, *Giuristi, cultura giuridica e idee di riforma nell'età di Beccaria*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Milano 1990, pp. 225-278, p. 246; E. Dezza, *Tommaso Nani e la dottrina dell'indizio nell'età dei Lumi*, Milano 1992, p. 136; S. Solimano, *Paolo Risi e il processo penale (1766)*, in *Studi di storia del diritto*, 3, Milano 2001, pp. 419-519, pp. 441-442 e nt. 70, 495.

<sup>8</sup> Lentze, *Banniza, Johann Peter*, cit. (nt. 1), col. 313; Id., *Banniza, Joseph Leonhard*, cit. (nt. 5), col. 313.

<sup>9</sup> Sul significato politico delle legislazioni asburgiche della seconda metà del Settecento vd. H. Baltl, *Österreichische Rechtsgeschichte. Von den Anfänge bis zur Gegenwart*, Graz 1979<sup>4</sup>, pp. 165, 207-208; W. Ogris, *Maria Theresia und die Entfaltung des Absolutismus in Österreich*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di B. Paradisi*, 2, Firenze 1982, pp. 867-881, p. 879. L'unificazione legislativa riesce però solo parzialmente alla *Theresiana*, che entra in vigore negli Stati ereditari e in Boemia, ma non, come previsto, anche in Ungheria: H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2, *Neuzeit bis 1806*, Karlsruhe 1966, p. 427; R. Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, Wien 1996<sup>2</sup>, p. 240.

<sup>10</sup> Il testo della *Leopoldina* ricalca quello ferdinandeo (Hoegel, *Geschichte*, cit. [nt. 4], p. 45), come indicato in *Codex Austriacus*, cit. (nt. 3), p. 729.

*Schlesien* di Giuseppe I del 1707)<sup>11</sup>, la *Carolina*, le leggi municipali e provinciali, nonché il diritto romano<sup>12</sup>.

La scelta adottata dalla *Theresiana* di confinare il difensore dell'imputato ai margini del processo, senza però escluderlo del tutto<sup>13</sup>, non stupisce, almeno per un duplice ordine di motivi. Innanzitutto, perché perfettamente in linea con la severità che percorre questa raccolta, lontana da influenze illuministiche e impregnata di mentalità *d'Ancien Règime*<sup>14</sup>,

<sup>11</sup> Consultata nell'edizione stampata a Friburgo da Martin Parcus nel 1711.

<sup>12</sup> La *Theresiana* è stata consultata nell'edizione viennese del 1769 di Trattner e nella traduzione ufficiale in italiano (sulla cui datazione vd. E. Dezza, *Il divieto della difesa tecnica nell'Allgemeine Kriminalgerichtsordnung (1788)*, in *Codice Generale Austriaco dei delitti e delle pene (1787)*, ristampa anastatica, con scritti di M.A. Cattaneo, G. Chiodi, F. Colao, E. Dezza, R. Ferrante, L. Garlati Giugni, M.N. Miletti, S. Solimano, G. Vinciguerra, S. Vinciguerra, raccolti da S. Vinciguerra, Padova 2005, pp. CXCVII-CCXIV, con alcune modifiche anche in «Acta Histriae», 15.1 (2007), pp. 303-320, e in *Regolamento generale austriaco della procedura criminale (1788)*, ristampa anastatica, con scritti di D. Brunelli, C. Carcereri De Prati, E. Dezza, M.G. di Renzo Villata, P. Ferrua, L. Garlati, A. Manna, M.N. Miletti, P. Pittaro, S. Vinciguerra, raccolti da S. Vinciguerra, Padova 2012, pp. LXXIX-XCVI, p. CCXII, nt. 37, e Id., *Il nemico della verità. Divieto di difesa tecnica e giudice factotum nella codificazione penale asburgica (1768-1873)*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, M.N. Miletti (ed.), Milano 2006, pp. 13-77, p. 27, nt. 27). Cfr. A. Domin-Petrushevecz, *Neuere österreichische Rechtsgeschichte*, Wien 1869, pp. 52-53; E. v. Kwiatkowski, *Die Constitutio Criminalis Theresiana. Ein Beitrag zur thesianischen Reichs- und Rechtsgeschichte*, Innsbruck 1903, pp. 15-19; W. Brauneder, voce *Constitutio Criminalis Theresiana*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, begründet von W. Stammler, A. Erler und E. Kaufmann, A. Cordes – H. Luck – D. Werkmüller (ed.), unter philologischer Mitarbeit von R. Schmidt-Wiegand, 2. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, 1, Berlin 2004-2008, coll. 890-891, col. 890.

<sup>13</sup> Art. 36, §§ 10-11 CCT. Cfr. Domin-Petrushevecz, *Neuere österreichische Rechtsgeschichte*, cit. (nt. 12), p. 70; Hartl, *Grundlinien*, cit. (nt. 4), pp. 18 e 21; Dezza, *Il divieto*, cit. (nt. 12), p. CCXIII; Id., *Il nemico della verità*, cit. (nt. 12), pp. 26-29.

<sup>14</sup> H. Conrad, *Zu den geistigen Grundlagen der Strafrechtsreform Josephs II. (1780-1788)*, in *Festschrift für H. v. Weber zum 70. Geburtstag*, H. Welzel – H. Conrad – A. Kaufmann – H. Kaufmann (ed.), Bonn 1963, pp. 56-74, p. 56; Id., *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2, cit. (nt. 9), p. 427; Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, cit. (nt. 9), p. 241, 430; Dezza, *Il divieto*, cit. (nt. 12), p. CCXIII; K. Bruckmüller, voce *Constitutio Criminalis Theresiana*, in *Rechtsgeschichte und römisches Recht. Studienwörterbuch*, T. Olechowski – R. Gamauf (ed.), Wien 2010<sup>2</sup>, p. 74.

anzi nata «irrimediabilmente vecchia», se non addirittura «quasi morta»<sup>15</sup> – ma ciononostante modello per altre legislazioni, come, per esempio, la *Norma interinale* per la Lombardia del 1786<sup>16</sup>. In secondo luogo perché conferma la diffidenza antiavvocatesca che connota il diritto criminale austriaco durante tutta la sua evoluzione e che sarà portata alle estreme conseguenze sia dalla *Kriminalgerichtsordnung* giuseppina sia dalla *Franziskaner* (anche sulla base di una nuova concezione del ruolo del giudice)<sup>17</sup>.

La *Theresiana* ripropone infatti tematiche consolidate e che più di un secolo prima, come accennato, comparivano già nella *Ferdinanda*. La *Kompilationskommission* di Brunn, incaricata da Maria Teresa del riordino delle normative austriache, ligia all'invito della sovrana di trarre il meglio dalle legislazioni di Ferdinando III e Giuseppe I nella realizzazione del nuovo

<sup>15</sup> Questi i giudizi, rispettivamente, di A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Milano 2005, p. 293, e di F. Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari 1986, p. 539. Vd. anche A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975, p. 42; Id., *La codificazione del diritto nella Lombardia austriaca*, in *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*, A. De Maddalena – E. Rotelli – G. Barbarisi (ed.), 3, Bologna 1982, pp. 611-657, anche in Id., *Scritti (1968-2002)*, 1, Napoli 2007, pp. 463-512, p. 483; Ogris, *Maria Theresia*, cit. (nt. 9), p. 879.

<sup>16</sup> Cfr. Cavanna, *La codificazione del diritto*, cit. (nt. 15), p. 497; G. Provin, *Una riforma per la Lombardia dei Lumi. Tradizione e novità nella "Norma interinale del processo criminale"*, Milano 1990, pp. 79-82; Dezza, *Il nemico della verità*, cit. (nt. 12), pp. 31-32; Id., *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia 2013, p. 115.

<sup>17</sup> Cfr. J.F. Henschel, *Die Strafverteidigung im Inquisitionsprozeß des 18. und im Anklageprozeß des 19. Jahrhunderts*, Freiburg im Breisgau 1972, pp. 32-36; Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, cit. (nt. 9), p. 433; A. Cavanna, *Ragioni del diritto e ragioni del potere nel Codice penale austriaco del 1803*, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, con scritti di S. Ambrosio, A. Cadoppi, C. Carcereri De Prati, M.A. Cattaneo, A. Cavanna, M. Da Passano, P. De Zan, E. Dezza, P. Pittaro, P. Rondini, S. Tschigg, S. Vinciguerra, raccolti da S. Vinciguerra, Padova 2001, pp. CCXIX-CCLXV, anche in Id., *Scritti (1968-2002)*, 2, Napoli 2007, pp. 1137-1184, p. CCXL; E. Dezza, *L'impossibile conciliazione. Processo penale, assolutismo e garantismo nel codice asburgico del 1803*, ivi, pp. CLV-CLXXXIII, anche in Id., *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova 2001, pp. 141-169, pp. 144-146, 151; Id., *Il divieto*, cit. (nt. 12), pp. CCXI-CCXIII; Id., *Il nemico della verità*, cit. (nt. 12), pp. 18-31, 73-75; M.N. Miletti, «Per quali vie venga investigare la verità». *L'opzione inquisitoria nella Kriminalgerichtsordnung del 1788*, in *Regolamento generale austriaco*, cit. (nt. 12), pp. LIII-LXXVIII, p. LXXI-LXXII.

*corpus*, guardando alla prima per il diritto sostanziale e alla seconda per la disciplina del processo<sup>18</sup>, in materia di difesa del reo si ispira soprattutto alla *Josephina*: relativamente alla negazione di un difensore il testo giuseppino è infatti letteralmente trasposto in quello teresiano, ad eccezione di alcune scelte lessicali – l'uso di un generico, ma suggestivo, *Rechts-Freund* che si articola nei più precisi *Defensor, Vertheidiger oder Beiständer*<sup>19</sup>.

Con lo stile tipicamente discorsivo del modo di legiferare asburgico<sup>20</sup>, *Josephina* e *Theresiana*, a distanza di sessant'anni, sono accomunate anche nelle motivazioni di una tale prescrizione: l'intervento di un difensore rallenta il funzionamento della giustizia, poiché – come insegna l'esperienza – costui è maestro nell'istruire il reo nei sotterfugi e nel ricercare espedienti. La spiegazione suona tutt'altro che originale, specchio delle secolari discussioni dei giuristi nonché delle disposizioni di leggi e statuti, che hanno sempre visto nei discorsi troppo lunghi e dilatori dei difensori la causa dell'eccessiva durata dei processi<sup>21</sup>. La legislazione che vuole unificare il processo criminale in tutto l'Impero assume pertanto la stessa soluzione di quella locale, che si vuole sostituire: affidare al giudice anche il compito di cercare gli elementi *pro reo*, incaricandolo esplicitamente del triplice ruolo

<sup>18</sup> Domin-Petrushevecz, *Neuere österreichische Rechtsgeschichte*, cit. (nt. 12), p. 55; W.E. Wahlberg, *Forschungen zur Geschichte der alt-österreichischen Strafgesetzgebung*, Wien 1881, p. 6; Kwiatkowski, *Die Constitutio Criminalis Theresiana*, cit. (nt. 12), pp. 21-24, 136-137; Hoegel, *Geschichte*, cit. (nt. 4), pp. 65-66; Conrad, *Zu den geistigen Grundlagen*, cit. (nt. 14), pp. 56-57; F. Hartl, *Das Wiener Kriminalgericht. Strafrechtspflege von Zeitalter der Aufklärung bis zur österreichischen Revolution*, Wien-Köln-Graz 1973, pp. 20-21; Id., *Grundlinien*, cit. (nt. 4), p. 18; W. Hülle, voce *Theresiana*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, A. Erler – E. Kauffman – D. Werkmüller (ed.), unter philologischer Mitarbeit von R. Schmidt-Wiegand, mitbegründet von W. Stammler, 5, Berlin 1998, coll. 173-175, col. 173.

<sup>19</sup> *Josephina*, art. 12, § 1, e *CCT*, art. 36, § 5. Le suggestioni dalla *Ferdinanda* paiono tornare nelle disposizioni riguardanti la latitudine delle facoltà del difensore nei rari casi in cui se ne prevede la presenza: si possono infatti scorgere grandi similitudini tra i testi di *Ferdinanda*, art. 20, § 1 e di *CCT*, art. 36, § 12.

<sup>20</sup> Cfr. Cavanna, *Ragioni del diritto*, cit. (nt. 17), p. CCLIV.

<sup>21</sup> Cfr. P. Fiorelli, voce *Avvocato (diritto romano e intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 4, Milano 1959, pp. 646-649, p. 648; Dezza, *Il nemico della verità*, cit. (nt. 12), pp. 70-71; R. Bianchi Riva, *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna*, 1, *Il medioevo*, Milano 2012, pp. 38-42, 48.

di giudice, accusatore e difensore dell'inquisito (*Richter, Klager und Unschuld-Vertheidigung*) caratteristico del processo criminale austriaco<sup>22</sup>. A essere messe in discussione sono comunque le modalità di esercizio della difesa, non la difesa in sé, prerogativa che dai tempi del diritto comune è riconosciuta *de iure naturali* e *divino* a tutti<sup>23</sup>, perfino al diavolo se si presentasse in giudizio, secondo l'iperbole che, diffusasi nel XIII secolo<sup>24</sup>, ancora nel Settecento «tota schola docet»<sup>25</sup>.

Il disfavore verso la presenza di un difensore in tutte o soltanto in talune fasi del processo criminale è un fenomeno che si può peraltro riscontrare in alcuni importanti interventi legislativi fin dal XVI secolo anche fuori dagli estesi confini imperiali, pur con alterne fortune nella loro effettiva applicazione: si pensi, per esempio, alla francese *Ordonnance* di Villers-Cotterêts del 1539, alle *Ordonnantiën* olandesi del 1570<sup>26</sup> e, di nuovo in Francia, all'*Ordonnance criminelle* del 1670<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. *Josephina*, art. 1, § 2, e *CCT*, art. 36, § 6. Sul tema vd. Domin-Petrushevecz, *Neuere österreichische Rechtsgeschichte*, cit. (nt. 12), p. 56, e W. Gleispach, *Das österreichische Strafverfahren*, Wien 1924, p. 8. Cfr. anche Dezza, *L'impossibile conciliazione*, cit. (nt. 17), p. 151. Per Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, cit. (nt. 9), p. 428, la somma dei ruoli nella figura del giudice indica che l'accusato è oggetto e non soggetto del processo inquisitorio.

<sup>23</sup> Vd. E. Dezza, *L'avvocato nella storia del processo penale*, in *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, G. Alpa – R. Da Novi (ed.), Bologna 2003, pp. 111-134, p. 114; Id., *Lezioni*, cit. (nt. 16), p. 133; O. Condorelli, «*Ius*» e «*lex*» nel sistema del diritto comune (secoli XIV-XV), in *Lex und Ius. Beiträge zur Begründung des Rechts in der Philosophie des Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, A. Fidora – M. Lutz-Bachmann – A. Wagner (ed.), Stuttgart 2010, pp. 27-88, pp. 53-60.

<sup>24</sup> Vd. Enrico da Susa, *Summa*, Lugduni 1537, ad X. 2.25, *de exceptionibus*, n. 3, fol. 257va, e G. Durante, *Speculum iudiciale*, Lugduni 1531, lib. 3, *de inquisitione*, § *ultimo nota*, n. 6, fol. 23va. Vd. C. Gallagher, *Canon Law and the Christian Community. The Role of Law in the Church According to the Summa Aurea of Cardinal Hostiensis*, Roma 1978, p. 160; K. Pennington, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley-Los Angeles-Oxford 1993, p. 163; Id., *Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the Ordo iudiciarius*, in «*Rivista internazionale di diritto comune*», 9 (1998), pp. 9-47, pp. 36, 46.

<sup>25</sup> J.G. Reinmann, *De edendis a iudice actis ad formandam defensionem pro avertenda inquisitione*, Erfordiae 1721, c. 3, § 1, p. 13.

<sup>26</sup> Vd., per esempio, L.-T. Maes, *Die drei großen europäischen Strafgesetzbücher des 16.*

Una preclusione così radicale all'intervento di un difensore sembra non comparire tuttavia nella *Carolina*, che per lunghissimo tempo (fino addirittura alla prima metà del XIX secolo), nonostante la mancanza di vincolatività, ha costituito nei territori di lingua tedesca il diritto comune criminale, modello di tutte le raccolte normative in materia penale – incluse la *Ferdinanda*, la *Josephina*<sup>28</sup> e quindi la *Theresiana*<sup>29</sup> – e riferimento

---

*Jahrhunderts. Eine vergleichende Studie*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung», 94 (1977), pp. 207-217, p. 216; A. Allard, *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, Gand-Leipzig-Paris 1986, pp. 228-234; E. Dezza, «Pour pourvoir au bien de notre justice». *Legislazioni statali, processo penale e modulo inquisitorio nell'Europa del XVI secolo*, in «Diritto penale XXI secolo», 1 (2002), pp. 159-202, anche in «Acta Histriae», 10.1 (2002), pp. 7-38, p. 13 (il divieto della difesa tecnica sarebbe peraltro già implicito nel rito straordinario dell'*Ordonnance* di Blois del 1498); Id., *Lezioni*, cit. (nt. 16), p. 35; J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris 2006<sup>2</sup>, p. 207.

<sup>27</sup> Vd., per esempio, A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, Paris 1882, pp. 231-234; R. Martucci, *Il modulo inquisitorio nelle «ordonnances» francesi da Colbert alla Costituente*, in *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, L. Berlinguer – F. Colao (ed.), Milano 1990, pp. 233-313, pp. 250-253; J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France. De la monarchie absolue à la République*, Paris 1996<sup>2</sup>, p. 36; A. Laingui, *Introduction a Code Louis. T. II. Ordonnance criminelle, 1670*, Milano 1996, pp. VII-XXV, p. XIX e nt. 20; Carbasse, *Histoire du droit pénal*, cit. (nt. 26), p. 211; Dezza, *Il nemico della verità*, cit. (nt. 12), pp. 62-68; A. Astaing, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime (XVIe-XVIIIe siècles). Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Aix-en-Provence 1999, pp. 110-122; M.-Y. Crépin, *Ordonnance criminelle dite de Saint-Germain-en-Laye, août 1670*, in *La procédure et la construction de l'État en Europe XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle. Recueil de textes, présentés et commentés*, J. Hautebert – S. Soleil (ed.), Rennes 2011, pp. 449-462, pp. 456-457.

<sup>28</sup> Domin-Petrushevecz, *Neuere österreichische Rechtsgeschichte*, cit. (nt. 12), p. 27; Kwiatkowski, *Die Constitutio Criminalis Theresiana*, cit. (nt. 12), pp. 15-16; Hoegel, *Geschichte*, cit. (nt. 4), p. 59; Gleispach, *Das österreichische Strafverfahren*, cit. (nt. 22), p. 7; Moos, *Der Verbrechensbegriff*, cit. (nt. 5), p. 110, nt. 115; Hartl, *Das Wiener Kriminalgericht*, cit. (nt. 18), p. 18; Id., *Grundlinien*, cit. (nt. 4), p. 14; Bruckmüller, *Constitutio Criminalis Theresiana*, cit. (nt. 14), p. 142.

<sup>29</sup> Conrad, *Zu den geistigen Grundlagen*, cit. (nt. 14), p. 57; Id., *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2, cit. (nt. 9), p. 427; H. Liebel-Weckowicz, *Auf der Suche nach neuer Autorität: Raison d'État in den Verwaltungs- und Rechtsreformen Maria Theresias und Josephs II.*, in *Österreich im Europa der Aufklärung. Kontinuität und Zäsur in Europa zur Zeit Maria Theresias*

per giudici e scienza giuridica<sup>30</sup>. Si è potuto pertanto affermare che il diritto processuale criminale austriaco sia stato solo un ramo dello sviluppo di quello tedesco<sup>31</sup> e che solamente la promulgazione della *Theresiana* abbia sancito per la prima volta un distacco almeno formale tra i due<sup>32</sup>.

Diverse sono le disposizioni della *Carolina* che sembrano aprire «qualche spiraglio alla difesa»<sup>33</sup>. L'articolo 88, intitolato *Von Fürsprechen* (termine che *more Germanico* indicava gli oratori che parlavano in giudizio a favore di una parte<sup>34</sup>), non è però la norma più adatta in cui trovare l'effettivo eserci-

---

*und Josephs II.*, Wien 1985, pp. 339-364, p. 360; Hülle, *Theresiana*, cit. (nt. 18), col. 173; R. Lieberwirth, voce *Constitutio Criminalis Carolina*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*<sup>2</sup>, 1, cit. (nt. 12), coll. 885-890, col. 889.

<sup>30</sup> E. Schmidt, *Die Carolina. Ein Vortrag*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung», 53 (1933), pp. 1-34, p. 10; Id., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen 1965<sup>3</sup>, pp. 141-143; G. Schmidt, *Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina als Ordnung des materiellen und prozessualen Rechts*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung», 83 (1966), pp. 239-257, p. 255; J.H. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Cambridge, Massachusetts 1974, pp. 140, 166; Maes, *Die drei großen europäischen Strafgesetzbücher*, cit. (nt. 26), pp. 207-208; G. Kleinheyer, *Tradition und Reform in der Constitutio Criminalis Carolina*, in *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, P. Landau – F.-C. Schroeder (ed.), Frankfurt am Main 1984, pp. 7-27, pp. 9, 26; Lieberwirth, *Constitutio Criminalis Carolina*, cit. (nt. 29), col. 889; A. Astaïng – H. Henrion, *Constitutio Criminalis Carolina, 1532*, in *La procédure et la construction de l'État*, cit. (nt. 27), pp. 375-422, pp. 381-382; C. Camby, *Criminal-Ordnung, 8 juillet 1717*, ivi, pp. 463-505, p. 468.

<sup>31</sup> Gleispach, *Das österreichische Strafverfahren*, cit. (nt. 22), p. 6.

<sup>32</sup> Hülle, *Theresiana*, cit. (nt. 18), col. 175.

<sup>33</sup> E. Dezza, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, Milano 1989, p. 95, nt. 142; Id., *Pour pourvoir au bien de notre justice*, cit. (nt. 26), p. 20; Id., *Lezioni*, cit. (nt. 16), p. 43. Vd. anche Astaïng – Henrion, *Constitutio Criminalis Carolina*, cit. (nt. 30), p. 380. Ammette l'esistenza e una certa effettività della difesa nel processo criminale d'età moderna tra XVI e XVIII secolo U. Falk, *Zur Geschichte der Strafverteidigung. Aktuelle Beobachtungeng und rechtshistorische Grundlagen*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung», 117 (2000), pp. 395-449, p. 433.

<sup>34</sup> Il termine è reso comunemente con il termine latino *procurator*, ma è significativo che J.H. Böhmer, *De potestate procuratoris in causis criminalibus*, Halae Magdeburgicae 1726, § 27, p. 47, e K.F. Walch, *Glossarium germanicum interpretationi Constitutionis Carolinae*

zio della difesa dell'imputato, poiché concerne il giorno del giudizio (*l'entliche Rechtstag*), quando la dialettica tra le parti è ridotta a un omaggio alla tradizione all'interno delle solennità che con uno studiato apparato spettacolare mettono in scena una sentenza già scritta: la presenza del patrocinatore del reo, che può addirittura essere scelto tra gli scabini che compongono il collegio giudicante, acquista un significato meramente cerimoniale, accentuato dall'imposizione della recita di un formulario all'uopo predisposto, che preclude un suo ruolo attivo<sup>35</sup>.

In realtà, è soprattutto agli articoli 47 e 73 che guarda la dottrina sviluppata intorno alla *Carolina* fino al maturo Settecento – il miglior esempio del perdurare di tale modello sono proprio i numerosi commenti fioriti per lungo tempo intorno a essa<sup>36</sup> – per trovare i fondamenti della tutela dell'inquisito. Il primo prevede che, prima dell'eventuale sottoposizione a tortura, il giudice esorti il reo ad addurre, da sé o con l'aiuto di una persona di fiducia (*Freund*), i fatti a sua giustificazione, che dovranno essere poi accuratamente verificati<sup>37</sup>. Il secondo, riferito a un momento successivo alla pubblicazione del processo, consente la comunicazione di copia delle testimonianze a un patrocinatore (*Sachwalther*) e al reo in prigione, a cui è

---

*inserviens*, lenae 1790, p. 295, lo spieghino utilizzando semplicemente *advocatus*. Vd. H. Winterberg, voce *Fürsprecher*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 1, cit. (nt. 1), coll. 1333-1336; P. Oestmann, voce *Fürsprecher*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*<sup>2</sup>, 1, cit. (nt. 12), coll. 1883-1887.

<sup>35</sup> Cfr. Henschel, *Die Strafverteidigung*, cit. (nt. 17), pp. 7, 14-17; Langbein, *Prosecuting Crime*, cit. (nt. 30), pp. 189-192; Kleinheyer, *Tradition und Reform*, cit. (nt. 30), pp. 11-12, 19-21; W. Schild, *Der "entliche Rechtstag" als das Theater des Rechts*, in *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption*, cit. (nt. 30), pp. 119-144; W. Sellert, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1, *Von den Anfängen bis zur Aufklärung*, Aalen 1989, pp. 209-210; G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Milano-Bari 2001, p. 71; Dezza, *Pour pouvoir au bien de notre justice*, cit. (nt. 26), pp. 23-24; Id., *Lezioni*, cit. (nt. 16), p. 46.

<sup>36</sup> P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, 1, Milano 1953, p. 108, nt. 48; Schmidt, *Sinn und Bedeutung*, cit. (nt. 30), pp. 255-256; H. Rüping, *Die Carolina in der strafrechtlichen Kommentarliteratur. Zur Verhältnis von Gesetz und Wissenschaft im gemeinem deutschen Strafrecht*, in *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption*, cit. (nt. 30), pp. 161-176, pp. 163-165.

<sup>37</sup> Vd. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, cit. (nt. 27), p. 309; Henschel, *Die Strafverteidigung*, cit. (nt. 17), pp. 13-14, 21; Rüping, *Die Carolina*, cit. (nt. 36), pp. 168-169; Dezza, *Pour pouvoir au bien de notre justice*, cit. (nt. 26), p. 22; Id., *Lezioni*, cit. (nt. 16), p. 45.

anche garantita la possibilità di un colloquio con qualcuno che lo aiuti (*Beistender*)<sup>38</sup>.

Le versioni latine della *Carolina* composte tra XVI e XVII secolo da Justinus Gobler e Georg Remus – autore di una parafrasi, che in non pochi casi arricchisce il testo tedesco – tentano di puntualizzare la vaghezza delle norme in questione<sup>39</sup>. Sull'articolo 47 essi non forniscono novità rilevanti – infatti l'uno parla dell'intervento di *propinqui*, l'altro di *agnati* – anche se Remus giustifica il patrocinio di un esterno con la frequente incapacità del reo di difendersi *perite et prompte*: si può supporre, però, che per ottenere un intervento connotato dall'esperienza e dalla rapidità ci si debba rivolgere a chi sappia districarsi con la giusta abilità tra gli insidiosi meccanismi del processo<sup>40</sup>.

Intorno alla resa dell'articolo 73, invece, la cosa si fa più interessante: Gobler attribuisce sia la facoltà di ricevere la copia degli indizi sia quella di incontrare l'inquisito a un *advocatus*, mentre Remus, forse più fedele al testo, sembra differenziare le due situazioni, riferendo la comunicazione delle testimonianze «ad eos quod interest» e il colloquio alla persona che fornisce il suo patrocinio al reo<sup>41</sup>. In nessuno dei due casi, tuttavia, si può

<sup>38</sup> Vd. Henschel, *Die Strafverteidigung*, cit. (nt. 17), pp. 19-20; A. Roth, voce *Strafverteidigung*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 5, cit. (nt. 18), coll. 6-9, col. 7.

<sup>39</sup> La traduzione in latino di J. Gobler (1543) e la parafrasi, sempre in latino, di G. Remus (1618), sono state raccolte insieme da J.F.H. Abegg (ed. Heidelberg 1837). Su Justinus Gobler (1504-1569) vd. R. v. Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1, München-Leipzig 1880, pp. 582-585; H.E. Troje, voce *Gobler, Justin*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 1, cit. (nt. 1), coll. 1726-1728. Su Georg Remus (1561-1625) vd. Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1, cit., pp. 636-637. I primi chiarimenti alla *Carolina* provengono storicamente da giudici e consulenti (proprio come Gobler e Remus). Non si tratta di veri commentari, piuttosto di spiegazioni lessicali del testo, volto in latino, di scarso valore scientifico: F. Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin 1930, pp. 7-8; Rüping, *Die Carolina*, cit. (nt. 36), p. 166; H. Schlosser, *Tiberio Deciano ed il suo influsso sulla scienza penalistica tedesca*, in *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, M. Cavina (ed.), Udine 2004, pp. 121-137, pp. 127-128; Id., *Neuere Europäische Rechtsgeschichte. Privat- und Strafrecht vom Mittelalter bis zur Moderne*, München 2012, p. 99.

<sup>40</sup> Remi paraphrasis, ed. cit. (nt. 39), p. 67.

<sup>41</sup> Remi paraphrasis, ed. cit. (nt. 39), p. 89. Walch, *Glossarium*, ed. cit. (nt. 34), pp. 203-206,

affermare che si tratti necessariamente di difensori tecnici, per quanto vi sia il tentativo di affinare il vocabolario.

A quasi un secolo dall'emanazione della *Carolina*, Matthias Stephani, che propone sintesi dei medesimi articoli per lunghi tratti identiche alla versione di Remus, da una parte fonda sulla *ratio pietatis* il sostegno che il giudice, anche con l'indicazione di un difensore, deve a *rusticiores, adolescentes e mulierculae*, dall'altra riconosce nella necessità di evitare disparità di trattamento tra il reo e chi accusa la ragione degli strumenti e dei tempi dedicati alla difesa<sup>42</sup>.

Nemmeno un decennio dopo, Benedict Carpzov, non direttamente un commentatore della *Carolina*, ma una delle voci più autorevoli e richiamate tra i criminalisti del tempo, tanto da essere considerato il «Bartolo tedesco»<sup>43</sup>, nella sua monumentale opera sul diritto sassone annovera tra gli strumenti a disposizione del reo per elaborare la sua difesa l'aiuto portato da una persona<sup>44</sup>, che anche in questo caso, però, non sembra debba esse-

---

430-431, condivide la traduzione di Remus, perché, rimanendo generica, è più attinente al contesto a cui storicamente può far riferimento la *Carolina*.

<sup>42</sup> M. Stephani, *Caroli Quinti ... Constitutiones publicorum iudiciorum, cum jure communi collatae*, Francofurti 1626, ad art. 47, p. 111; ad art. 73, n. 1, p. 148. Il vocabolario utilizzato da Stephani potrebbe far pensare, come messo esplicitamente in evidenza da alcuni successivi commentatori della *Carolina*, che le previsioni dell'art. 73 siano in realtà riferite a un processo di stampo accusatorio (vd., per esempio, J.F. Ludovici, *Caroli quinti ... constitutiones criminales*, Halae Magdeburgicae 1707, ad art. 73, p. 68; G. Beyer, *Delineatio iuris criminalis secundum Constitutionem Carolinam*, Lipsiae 1737 [prima ed. 1714], ad art. 73, p. 135; J.S.F. Böhmer, *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, Halae Magdeburgicae 1774 [prima ed. 1770], ad art. 73, § 1, p. 268; Walch, *Glossarium*, ed. cit. [nt. 34], p. 205). Su Matthias Stephani (1576-1646) vd. A. v. Eisenhart, voce *Stephani, Mathias*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, 36, Leipzig 1893, p. 95.

<sup>43</sup> A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 1, Milano 1982, pp. 465-466. Sul rapporto di Carpzov con la *Carolina* vd. Schmidt, *Sinn und Bedeutung*, cit. (nt. 30), p. 254.

<sup>44</sup> B. Carpzov, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, 3, Wittebergae 1670 (prima ed. 1635), q. 105, nn. 23-24, p. 37. Su Benedict Carpzov (1595-1666) la bibliografia è sterminata: basti il rinvio a T. Muther, voce *Carpzov, Benedict*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, 4, Leipzig 1876, pp. 11-20; R. von Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 2, München-Leipzig 1884, pp. 55-100; H. v. Weber, *Benedict Carpzov. Ein Bild der deutschen Rechtspflege im Barockzeitalter*, in *Festschrift für E.H. Rosenfeld zu*

re necessariamente un giurista: infatti, conformemente alla lettera dell'articolo 47 C.C.C., egli menziona solo i parenti dell'inquisito<sup>45</sup>. Quando Carpzov parla esplicitamente di *advocati* si concentra sui rigorosissimi requisiti morali che devono possedere, senza i quali «ipsius diaboli sunt mancipia»: che questa volta il giurista sassone voglia indicare uomini versati nel diritto si può desumere dal suo biasimo verso l'abitudine – tacciata come ridicola – che essi hanno di citare a sostegno dei loro argomenti il *Corpus iuris* e i *doctores* al fine di indirizzare la decisione del giudice, «ac si

---

*seinem 80. Geburtstag am 14. August 1949*, Berlin 1949, pp. 29-50; E. Döhring, voce *Carpzov, Benedict*, in *Neue Deutsche Biographie*, 3 (1957), pp. 156-157; Schmidt, *Einführung*, cit. (nt. 30), pp. 153-157; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967, trad. ital. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, U. Santarelli – S.-A. Fusco (ed.), 1, Milano 1980, pp. 325-327; G. Schubart-Fikentscher, voce *Carpzov, Benedict*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 1, cit. (nt. 1), coll. 595-597; G. Kleinheyer – J. Schröder, *Deutschen Juristen aus fünf Jahrhunderten: eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*, unter Mitarbeit von E. Forster, H. Hof und B. Pahlmann, Heidelberg 1989<sup>3</sup>, pp. 53-57; Dezza, *Accusa e inquisizione*, cit. (nt. 33), pp. 82-88; Id., *Lezioni*, cit. (nt. 16), pp. 70-72; J. Otto, voce *Carpzov, Benedict*, in *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, M. Stolleis (ed.), München 1995, pp. 115-116; I. Kabus, *Der Inquisitionprozeß im Mittelalter und der frühen Neuzeit*, in „Auss Liebe der Gerechtigkeit vnd umb gemeines nutz willenn“. *Historische Beiträge zur Strafverfolgung*, G. Jerouschek – H Rüping (ed.), Tübingen 2000, pp. 29-75, pp. 44-49; F.J. Casinos Mora, *Benedikt Carpzov*, in *Juristas universales. 2. Juristas modernos. Siglos XVI al XVIII: de Zasio a Savigny*, R. Domingo (ed.), Madrid-Barcelona 2004, pp. 381-383; G. Jerouschek, voce *Carpzov, Benedict*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*<sup>2</sup>, 1, cit. (nt. 12), coll. 819-821; M. Schmoeckel, *Benedict Carpzov und der sächsische Prozess. Mündlichkeit und Konzentration im sächsischen Verfahren vor dem Hintergrund des Ius Commune und der Reformation*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung», 126 (2009), pp. 1-37; T. Olechowski, voce *Carpzov, Benedict*, in *Rechtsgeschichte und römisches Recht*, cit. (nt. 14), p. 65.

<sup>45</sup> Carpzov, *Practica Nova*, ed. cit. (nt. 44), q. 105, n. 23, p. 37, e n. 35, p. 39; q. 115, n. 10, p. 136. Per la dottrina moderna le figure degli amici e dei congiunti del reo «conservano a lungo un ingombrante protagonismo processuale, anche in sede penale, sotto l'unitaria e generica denominazione di *defensor*»: M.N. Miletta, *In giudizio per altri. La procura alle liti tra giurisprudenza moderna ed età delle riforme*, in *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*, Convegno Università di Roma Tre (15-17 novembre 2007), A. Padoa Schioppa (ed.), Napoli 2009, pp. 593-636, p. 599.

aegrotus medico curam praescribere vellet ex Galeno, Hippocrate et aliis». Il diritto sassone ha cercato di ovviare agli intralci che così si frappongono alla giustizia vietando di dare copia degli indizi al reo e al suo avvocato, limitando in tal modo la dilatazione della durata del processo, inaccettabile in quanto «contra naturam istius processus»<sup>46</sup>.

Johann Brunnemann nello stesso torno d'anni espone schematicamente le sue idee sulla questione all'interno della sua trattazione sul processo criminale: concedere prima della tortura la difesa al reo, che si avvalga o meno dell'aiuto di un terzo, è sempre una necessità, anche qualora non venga richiesta oppure vi sia già stata la sua confessione, se non altro per evitare al giudice la responsabilità per il mancato rispetto delle procedure e la nullità dell'intero processo. L'esercizio effettivo della difesa può realizzarsi solo con la consegna di copia degli indizi e l'incontro con l'avvocato: per evitare comportamenti fraudolenti da parte di costui occorre sceglierlo tra gli scabini, come suggerisce la *Carolina* – pratica però caduta in desuetudine<sup>47</sup> – o almeno assicurarsi che sia pio e onesto o vincolato da giuramento. I *doctores* propongono poi di far svolgere i colloqui sotto sorveglianza. Per combattere la piaga dell'eccessiva durata del processo, infine, si possono far visionare *in judicii loco* gli originali degli atti, risparmiando sui tempi della copiatura<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Carpzov, *Practica Nova*, ed. cit. (nt. 44), q. 115, n. 90-103, pp. 142-143. Per l'ammissione da parte di Carpzov del difensore nel processo criminale, cfr. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, cit. (nt. 27), pp. 311-312; Falk, *Zur Geschichte der Strafverteidigung*, cit. (nt. 33), pp. 412-419; Id., *De la torture judiciaire en Saxe, en particulier chez Benedict Carpzov (1595-1666)*, in *La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques*, sous la direction de B. Durand, avec la collaboration de L. Otis-Cour, 2, Lille 2002, pp. 709-742, pp. 735-738.

<sup>47</sup> D. Clasen, *Commentarius in Constitutiones Criminales Caroli V*, Lipsiae 1718 (prima ed. 1684), ad art. 47, pp. 176-177, e ad art. 88, p. 272; Beyer, *Delineatio iuris criminalis*, ed. cit. (nt. 42), ad art. 47, p. 96, e ad art. 88, pp. 156-157; J.P. Kress, *Commentatio succincta in Constitutionem criminalem Caroli V*, Hanoverae 1730 (prima ed. 1721), ad art. 88, p. 205. Vd. anche Henschel, *Die Strafverteidigung*, cit. (nt. 17), p. 74.

<sup>48</sup> J. Brunnemann, *Tractatus iuridicus de inquisitionis processu*, Wittebergae 1679 (prima ed. 1647), c. 8, m. 3, nn. 1, 5-6, 9-14, 18, 21-28, pp. 131-139. Per Johann Brunnemann (1608-1672) vd. E.J.H. Steffenhagen, voce *Brunnemann, Johann*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, 3, Leipzig 1876, pp. 445-446; Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswis-*

Qualche anno più tardi (nel 1650), Caspar Manz dichiara che la difesa si esplica fattivamente se il reo riceve comunicazione degli indizi a lui contrari (pur essendo ammesse numerose eccezioni a questo principio). Egli afferma inoltre di essere stato personalmente testimone della pratica di accordare un *advocatus* all'inquisito non soltanto su sua espressa richiesta, ma anche *ex officio*, poiché «hoc spectat ad defensionem, quae iuris naturalis est»<sup>49</sup>. La realtà rimane però molto fluida, dato che la materia è lasciata alle riflessioni della dottrina e alla prassi dei tribunali. Esistono comunque dei correttivi e degli indispensabili limiti a questa facoltà, resi necessari secondo Manz dalla condotta spesso tenuta dai difensori, che «omnia mala norunt, et aliqui modicae sunt conscientiae»: ad accuse tanto tradizionali corrisponde la *cautela*, altrettanto tradizionale, di far giurare gli avvocati di non intralciare il corso della giustizia e addirittura di abbandonare la difesa qualora si rendano conto della colpevolezza del reo<sup>50</sup>. Per Manz il giuramento può essere la soluzione adatta a garantire anche il corretto svolgimento del colloquio tra l'inquisito e l'avvocato: se quest'ultimo si impegna a non comportarsi scorrettamente, non è necessaria la presenza di un incaricato del tribunale che vigili

---

*senschaft*, 2, cit. (nt. 44), pp. 101-112; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, cit. (nt. 38), p. 327; Kleinheyder – Schröder, *Deutschen Juristen*, cit. (nt. 44), pp. 335-336; P. García Caveró, *Johannes Brunnemann*, in *Juristas universales*, 2, cit. (nt. 44), pp. 390-392; H. Lück, voce *Brunnemann, Johann*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*<sup>2</sup>, 1, cit. (nt. 12), coll. 690-692.

<sup>49</sup> C. Manz, *Commentarius rationalis in Criminales Sanctiones Carolinas*, Ingolstadii 1650, ad art. 47, nn. 15-18, 23, 25-27, pp. 197-201. Per Caspar Manz (1606-1677) vd. A. v. Eisenhart, voce *Manz, Kaspar*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, 20, Leipzig 1884, pp. 281-285; voce *Manz, Kaspar*, in *Deutsche Biographische Enzyklopädie*, 6, München 1997, p. 602. Sul metodo seguito da Manz nell'impostazione del suo commentario vd. Rüping, *Die Carolina*, cit. (nt. 36), p. 172.

<sup>50</sup> Manz, *Commentarius rationalis*, ed. cit. (nt. 49), ad art. 47, nn. 28-29, p. 201. Un'altra invettiva contro le abitudini degli avvocati *ivi*, ad art. 88, n. 16, p. 338. Sulle problematiche relative a questo tipo di giuramento vd. J.A. Brundage, *The Ambidextrous Advocate: A Study in the History of Legal Ethics*, in «*Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert*». *Festschrift für K.W. Nörr*, M. Ascheri – F. Ebel – M. Heckel – A. Padoa Schioppa – W. Pöggeler – F. Ranieri – W. Rütten (ed.), Köln-Weimar-Wien 2003, pp. 39-56, p. 44; Id., *The Lawyer as His Client's Judge: the Medieval Advocate's Duty to the Court*, in *Cristianità ed Europa. Miscellanea di studi in onore di L. Prosdociimi*, I.2, C. Alzati (ed.), Roma-Freiburg-Wien 1994, pp. 591-607, pp. 593, 595-603; Bianchi Riva, *L'avvocato non difenda cause ingiuste*, cit. (nt. 21), pp. 9-77, 170-181.

sull'incontro, ritenuto particolarmente importante perché il reo, a causa della sua ignoranza, ha spesso bisogno dell'ausilio di un esperto, con cui dovrebbe poter parlare apertamente per prepararsi a ribattere gli argomenti portati contro di lui. Limitare o negare la libertà di colloquio significa limitare e negare la difesa stessa: questa posizione di Manz incontra tuttavia molte resistenze nel panorama del suo tempo<sup>51</sup>.

Vent'anni dopo, Christoph Blumblacher indica come usuale la concessione di un avvocato al reo, per quanto non la reputi necessaria. Infatti, l'avvocato costituisce soltanto una modalità mediante cui espletare l'essenziale esercizio della difesa, come suggerisce la stessa *ratio* dell'articolo 47 C.C.C.: per questo motivo, a seconda delle circostanze, può anche essere circoscritta dal giudice, soprattutto considerando che i comportamenti maliziosi dei patrocinatori costituiscono tradizionalmente un intralcio alla giustizia e una causa del rallentamento dei processi<sup>52</sup>.

La dottrina sviluppata intorno alla *Carolina*, quindi, giustifica la presenza del difensore nel processo, ma al contempo sembra osteggiarla, soprattutto in quanto impedimento alla speditezza e all'efficacia dell'*inquisitio*. Per questo cerca di delimitarne il campo d'azione: accanto all'enumerazione delle sue competenze, da un lato riecheggiano raccomandazioni dal sapore antico, come quelle ben espresse da Daniel Clasen, che ammonisce l'avvocato di assumere le difese solo degli innocenti<sup>53</sup>, dall'altro compaiono lunghi elenchi dei requisiti personali che deve possedere. Anche le riflessioni dei coevi giuristi che affrontano il diritto in vigore nei territori austriaci non sono esenti da una simile impostazione<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Manz, *Commentarius rationalis*, ed. cit. (nt. 49), ad art. 73, nn. 27-34, pp. 300-301. Contrario, per esempio, Ludovici, *Caroli quinti ... constitutiones criminales*, ed. cit. (nt. 42), ad art. 73, p. 68.

<sup>52</sup> C. Blumblacher, *Commentarius in Kayser Carl deß V. und deß heiligen Römischen Reichs peynliche Halß-Gerichts-Ordnung*, Salzburg 1752 (prima ed. 1670), ad art. 47, n. 6, p. 142. Per informazioni su Blumblacher (1624-1674) vd. P. Putzer, *Christoph Blumblacher*, in *Juristen in Österreich*, cit. (nt. 5), pp. 46-49.

<sup>53</sup> Clasen, *Commentarius*, ed. cit. (nt. 47), ad art. 47, pp. 177-178; ad art. 73, pp. 246-249. Qualche informazione su Daniel Clasen (1622-1678) nella breve voce a lui dedicata in *Deutsche Biographische Enzyklopädie*, 2, München 1995, p. 331.

<sup>54</sup> Vd. J.B. Suttinger, *Observationes practicae ad stylum provincialis Austriae intra Onaesum*, Nürnberg 1656, obs. 20, pp. 36-42; B. Finsterwalder, *Practicae observationes ad*

In questa prospettiva si diffonde una letteratura che tratta il problema della difesa in termini generali<sup>55</sup> oppure focalizzando l'attenzione sulla figura del difensore<sup>56</sup>, concentrandosi specialmente sulle sue caratteristiche morali, vera garanzia per evitare ogni intralcio al regolare svolgimento del processo. Tra queste opere si può comprendere quella di Johann David Thönnicker, che a inizio XVIII secolo, pur non esimendosi dalle raccomandazioni sulla condotta dell'avvocato, ricalcando i noti stereotipi, benché in forma edulcorata rispetto a raccolte simili, sostiene che negare l'intervento di un avvocato, adducendo le consuete giustificazioni – il rischio del dilatarsi dei tempi, l'aumento dei costi, la chiarezza e la semplicità della causa, la confessione già ottenuta o la conduzione del processo in modo coscienzioso da parte del giudice – manifesta malafede, poiché significa escludere di fatto il più importante mezzo a disposizione della difesa<sup>57</sup>.

Col tempo si nota il (prudente) consolidamento nella dottrina dell'idea che la difesa, riconosciuta (anche *ex officio*) dalle fasi immediatamente precedenti la tortura, competa a un difensore di professione (un *Rechtsgelehrter*, una persona che abbia un'adeguata preparazione tecnico-giuridica), che porti la propria esperienza all'interno del processo<sup>58</sup>. La presenza *ante quaestionem* del difensore, che deve conoscere *speciatim* gli indizi per poterli contrastare efficacemente, è comunque lasciata alla valutazione del giudice<sup>59</sup>: come sempre rimangono ampi varchi in cui *arbitrium*

---

*consuetudines Archi-Ducatus Austriae Superioris*, Salisburgi 1719 (prima ed. 1681), obs. 22, pp. 49-62; N. Beckmann, *Reformata doctrina iuris*, Norimbergae 1681, pp. 39-43. Sul carattere di queste opere vd. M.R. Di Simone, *Aspetti della cultura giuridica austriaca nel Settecento*, Roma 1984, pp. 18-31.

<sup>55</sup> Cfr., per esempio, T. Granz, *Defensio inquisitorum ex genuinis jurisprudentiae principis*, Francofurti et Lipsiae 1718 (prima ed. 1702), c. 4, s. 2, pp. 71-102.

<sup>56</sup> Vd., per esempio, B. Agricola, *De avvocato, sive de qualitibus et officio boni advocati*, Neapoli Nemetum 1618; A. Fritsch, *Advocatus peccans*, Francofurti et Lipsiae 1678.

<sup>57</sup> J.D. Thönnicker, *Advocatus prudens in foro criminali*, Chemnitii et Lipsiae 1710, cap. 4, pp. 11-18, e cap. 13, n. 2, p. 70. Vd. anche la *Praefatio ad Lectorem*.

<sup>58</sup> Cfr. J.C. Frölich v. Frölichsborg, *Commentarius In Kayser Carl des Fünfften ... Peinliche Hals-Gerichts-Ordnung*, Ulmae 1709, t. 18, n. 6, pp. 161-162; Kress, *Commentatio succincta*, ed. cit. (nt. 47), ad art. 73, p. 186, accanto a un amico e allo zio nomina un *Anwald* tra coloro che possono portare eccezioni a favore del prigioniero.

<sup>59</sup> Kress, *Commentatio succincta*, ed. cit. (nt. 47), ad art. 47, §§ 3-4, pp. 128-129.

e interpretazione possono inserirsi. Contro la discrezionalità del giudice e la riunione delle prerogative dell'accusatore e del difensore in capo ad esso, che in questo modo «facile confunditur», si esprime, inascoltato, Heinrich Meier: il processo criminale di stampo inquisitorio difetta di un *contradictor* che bilanci lo strapotere del giudice e che potrebbe essere impersonato proprio da un difensore di ruolo<sup>60</sup>.

Johann Samuel Friedrich Böhmer, la cui opera giovanile sul diritto criminale, basata sulla *Carolina*, è stata considerata il primo manuale scientificamente significativo del diritto penale comune tedesco e specialmente del processo penale<sup>61</sup>, ha il merito di fissare le posizioni più classiche della dottrina sviluppatasi fino a lui. Per questo motivo, è la principale fonte (talvolta addirittura citata alla lettera) del lavoro di Banniza padre, che ne è di fatto il mediatore del pensiero in Austria: la *Theresiana* stessa, poi, ri-prenderà in molti punti il sistema lì descritto<sup>62</sup>. Per Böhmer, qualunque sia il delitto di cui si tratta, difficilmente si può negare al reo la difesa, che per questo motivo talvolta viene apprestata d'ufficio. Il difensore – chiunque sia: l'inquisito in persona, un suo congiunto, un terzo o il giudice – deve poter disporre degli strumenti atti a impostare adeguatamente il suo lavoro: tra essi spiccano la possibilità di conferire con il reo e la visione di copia degli indizi, nonostante queste attività siano spesso ostacolate perché ritardano l'andamento del processo<sup>63</sup>. Niente di nuovo, compreso il riferi-

<sup>60</sup> H. Meier, *De defensione pro avertenda inquisitione*, Lipsiae 1738, §§ 2-5, pp. 4-7.

<sup>61</sup> Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3.1, Text, cit. (nt. 5), p. 301.

<sup>62</sup> Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3.1, Text, cit. (nt. 5), p. 400; D. Oehler, *Wurzel, Wandel und Wert der Strafrechtlichen Legalordnung*, Berlin 1950, p. 95.

<sup>63</sup> J.S.F. Böhmer, *Elementa jurisprudentiae criminalis*, Halae Magdeburgicae 1732, s. 1, c. 9, §§ 157-159, pp. 79-81, e c. 15, §§ 247-253, pp. 124-127. Una rassegna delle opinioni di altri autori su molte delle stesse problematiche compare anche in Id., *Observationes selectae ad B. Carpzovii Practicam novam Rerum Criminalium Imperialem Saxoniam*, Francofurti ad Moenum 1759, ad q. 115, pp. 54-58. Per Johann Samuel Friedrich Böhmer (1704-1772) vd. J.F. v. Schulte, voce *Böhmer, Johann Samuel Friedrich von*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, 3, Leipzig 1876, p. 76; Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3.1, Text, cit. (nt. 5), pp. 301-304; Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, cit. (nt. 39), pp. 17-19; G. Boldt, *Johann Samuel Friedrich Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft*, 1, Berlin-Leipzig 1936, pp. 1-46; E. Döhring, voce *Böhmer, Johann Samuel Friedrich von*, in *Neue Deutsche Biographie*, 2, Berlin 1955,

mento al pericolo delle lungaggini processuali, vera ossessione di tutti i giuristi, che trovano tradizionalmente sempre un solo colpevole, l'avvocato cavilloso.

Quando, più maturo (nel 1770), Böhmer si accosta alla *Carolina* per comporre un commento, le descrizioni cedono il posto a giudizi connotati da maggiore severità. Infatti, pur confermando che il reo debba avere la possibilità di esercitare la sua difesa in ogni fase del processo a lui potenzialmente pregiudizievole, l'attenzione si concentra tuttavia in modo particolare sui compiti svolti a questo scopo dal giudice, guidato nella sua ricerca dall'aspirazione di raggiungere la verità. Sono i troppi impegni che lo oberano e le molte funzioni a cui deve attendere a giustificare la consuetudine di nominare un difensore, non certo il rischio che egli manchi della necessaria imparzialità. Anzi, è l'intervento degli avvocati che andrebbe centellinato per evitare gli abusi: Böhmer precisa infatti che ogni questione in merito è lasciata all'apprezzamento del giudice, poiché non compare alcuna norma scritta che preveda espressamente l'intervento del difensore. Se però il caso presenta delle difficoltà tali che il reo raramente riuscirebbe a predisporre una difesa adeguata, è allora necessario un difensore, che può prendere conoscenza degli atti processuali, meglio se in originale e sotto sorveglianza dell'attuario, per evitare la manomissione dei documenti<sup>64</sup>. La diffidenza verso gli avvocati permane anche quando sembrano aprirsi alcuni spiragli per la loro azione.

La dottrina criminalistica di area tedesca, quindi, partendo dal testo della *Carolina*, attraverso un'interpretazione costante (da cui non sono esenti nemmeno le prime versioni in latino), trova i fondamenti di una pratica che dà qualche spazio alla figura del difensore, dapprima lasciandone indefiniti i contorni, poi connotandolo con sempre maggior precisione come esperto conoscitore del diritto. Le pagine di questi stessi autori sono però costellate da ripetuti interventi e raccomandazioni riguardo alla con-

---

pp. 391-392; Kleinheyder – Schröder, *Deutschen Juristen*, cit. (nt. 44), p. 335; Dezza, *Accusa e inquisizione*, cit. (nt. 33), pp. 89-92; Id., *Lezioni*, cit. (nt. 16), pp. 72-73; F. Hess, voce *Böhmer, Johann Samuel Friedrich*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*<sup>2</sup>, 1, cit. (nt. 12), col. 640.

<sup>64</sup> Böhmer, *Meditationes*, ed. cit. (nt. 42), ad art. 47, §§ 1-6, pp. 192-197; ad art. 73, § 3, p. 269.

dotta che gli avvocati dovrebbero tenere e ai presupposti morali cui dovrebbero rispondere, come se questi nella realtà quotidiana approfittassero delle pur marginali opportunità loro concesse, giustificando così le invettive che li dipingono come avidi e truffatori, manipolatori che si aggirano con fare diabolico nelle pericolose strettoie del processo: per questo motivo, è sempre vivo il rischio, ricordato con preoccupazione anche dalla *Josephina* e dalla *Theresiana*, che il loro intervento, tra sofismi e tentativi di procrastinazione, crei disordine all'interno dell'inquisizione.

È breve il passo dalle precarie e diffidenti aperture verso gli avvocati sostenute dall'interpretazione della dottrina ai limiti fissati fin dal XVII secolo dalle raccolte normative austriache, che intraprendono la strada del divieto del difensore, rafforzate nella loro scelta anche dalla diffusa convinzione che il processo sia lo strumento di accertamento della verità grazie all'attività del giudice: egli potrà far emergere l'eventuale innocenza dell'inquisito, la cui colpevolezza invece renderebbe comunque inutile l'intervento di un difensore. Il problema di trovare qualcuno che pratichi il diritto e non ostacoli la giustizia rapida ed efficace, tesa a trovare un colpevole, ha quindi una sola soluzione, cioè l'affidamento di tutti i compiti al giudice (che diventa soprattutto giudice di se stesso e del suo operato)<sup>65</sup>, riproducendo in piccolo le dinamiche asimmetriche dello Stato assoluto, in cui il suddito si trova inerme e indifeso davanti al potere<sup>66</sup>.

Non si può quindi che presumere che il detentore della verità faccia l'interesse del reo e della giustizia meglio dell'avvocato, che, al contrario, ha come scopo l'intorbidamento della realtà dei fatti. Nella contrapposizione – quasi biblica – tra un giudice uno e trino e un avvocato che fa le veci del diavolo, nella lotta tra angeli e demoni, il pio legislatore austriaco della seconda metà del Settecento, forte di una robusta tradizione e delle secolari riflessioni della scienza giuridica in tal senso, non nutre (né può nutrire) dubbi su quale sia la *mala herba* da estirpare.

<sup>65</sup> Cfr. L. Garlati, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel* Ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano, Milano 1999, pp. 141, 144-145; Dezza, *Il divieto*, cit. (nt. 12), pp. CCIV-CCV; Id., *Il nemico della verità*, cit. (nt. 12), pp. 19-20, 69-70. La ricerca della verità «è il nocciolo dell'inquisitorio austriaco»: Miletta, *Per quali vie convenga investigare la verità*, cit. (nt. 17), p. LXIX.

<sup>66</sup> Gleispach, *Das österreichische Strafverfahren*, cit. (nt. 22), p. 9.