

GLI SCOPI E I PRINCIPI DEL PROCESSO PENALE:  
DAGLI *ZWECK UND PRINCIPIEN* DI FRANZ VON ZEILLER  
ALLE *PRINZIPIENFRAGEN* DI FRIEDRICH VON SAVIGNY

Paolo Rondini  
Università degli studi di Milano-Bicocca  
paolo.rondini@unimib.it

**Abstract:** L'analisi comparata degli *Zweck und Principien* di Zeiller e dei *Prinzipienfragen* di Savigny offre alcuni spunti utili a fare luce sul dibattito che si svolse in seno alla criminalistica mitteleuropea ottocentesca in merito all'opportunità di emendare in senso liberale le forme inquisitorie del *deutscher gemeinrechtlicher Strafprozeß*. Fu infatti la progressiva acquisizione della consapevolezza che le leggi processuali dovessero assicurare anche i diritti e le libertà individuali a indurre molti fra i più importanti esponenti della scienza giuridica di lingua tedesca a schierarsi in favore di una riforma in senso liberale delle modalità di svolgimento dei processi penali.

**Parole chiave:** diritto penale; rito inquisitorio; criminalistica mitteleuropea; Austria; Prussia

Durante la prima metà del XIX secolo circa quarant'anni di accesi dibattiti concernenti la riforma del *deutscher gemeinrechtlicher Strafprozeß* in uso in molti Stati mitteleuropei separarono la pubblicazione degli *Zweck und Principien der Criminal-Gesetzgebung* (1806-1807) di Franz von Zeiller dall'edizione dei *Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung* (1846) curata da Friedrich von Savigny.

Nel primo caso si trattava di un corposo articolo, edito nei primi due volumi degli *Jährliche Beyträge* diretti dallo stesso Zeiller, all'interno del quale il celebre giurista stiriano offriva un'esauriente rappresentazione dei motivi che erano stati alla base delle scelte compiute dagli estensori del *Codice dei Delitti e delle Gravi Trasgressioni di Polizia* austriaco del 1803, la cosiddetta *Franziskana*, di cui egli era stato uno dei principali artefici e *Referenten* in seno alla Commissione aulica legislativa viennese<sup>1</sup>. I *Prinzi-*

<sup>1</sup> F. von Zeiller, *Zweck und Principien der Criminal-Gesetzgebung. Grundzüge zur Geschichte des Oesterreichischen Criminal-Rechts. Darstellung der durch das neue Criminal-Gesetzbuch bewirkten Veränderungen, sammt ihren Gründen*, in Idem, *Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Oesterreichischen Erbstaaten*, Wien, K. K. Hof- und Staatsdruckerei, 1806-1807, I (1806), pp. 71-185, e II (1807), pp. 1-98. Sul *Gesetzbuch über Verbrechen und Schwere Polizei-Übertretungen* del 1803 e sul ruolo svolto da Zeiller nella sua stesura cfr.: H. Hoegel, *Geschichte des Oesterreichischen Strafrechts in Verbindung mit einer Erläuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen*, Wien, Manz, 1904, I, pp. 85-95; M. Horrow, *Grundriss des oesterreichischen Strafrechts mit besonderer Berücksichtigung der historischen Entwicklung*, Graz-Wien, Leykam, 1947, pp. 38-53; T. Rittler, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Wien, Springler, 1954, pp. 17-18; H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, *Neuzeit bis 1806*, Karlsruhe, C.F. Muller, 1966, pp. 450-451; P. Leslaw, *Die Bedeutung Zeillers für die Kodifikation des Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung der polnischen Strafrechtsgeschichte*, in *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte*, W. Selb, H. Hofmeister (ed.), Wien-Graz-Köln, Böhlau, 1980, pp. 180-191; G. Kleinheyder, J. Schröder, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, Müller, 1989, pp. 327-330; F. Hartl, *Grundlinien der österreichischen Strafrechtsgeschichte bis zur Revolution von 1848*, in G. Máthé, O. Werner, *Die Entwicklung des österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX-XX Jahrhundert*, Budapest, Unio, 1996, pp. 13-54, in particolare pp. 35-44; A. Cavanaugh, *Ragioni del diritto e ragioni del potere nel codice penale austriaco del 1803*, in *Codice Penale Universale Austriaco (1803)*, S. Vinciguerra (ed.), Padova, Cedam, 2001, pp. CCXIX-CCLXV; E. Dezza, *L'impossibile conciliazione. Processo penale, assolutismo e garantismo nel codice asburgico del 1803*, in *Codice Penale Universale Austriaco (1803)*, cit., pp. CLV-CLXXXIII; P. Pittaro, *Giustizia criminale e ragion di Stato*, in *Codice Penale Universale Austriaco (1803)*, cit., pp. CXLIII-CLIV; S. Tschigg, *La formazione del Codice Penale Austriaco*

*pienfragen* di Savigny costituivano, invece, una rielaborazione di un memoriale che il padre della Scuola Storica aveva commissionato alcuni anni prima in qualità di *Justizminister für die Gesetzrevision* a un gruppo composto dai suoi più stretti collaboratori (Heydemann, Heffter, Eichhorn e Bischoff), i quali dietro le istruzioni e con la supervisione del ministro avevano confezionato nel 1843 un testo provvisoriamente intitolato *Denkschrift über die Principienfragen der neuen Strafprozeß-Ordnung*<sup>2</sup>.

Pur operando in due contesti radicalmente diversi sotto il profilo delle coordinate temporali e del quadro politico-istituzionale, entrambi i *Professoren* e *Hofräthe* avevano in comune la convinzione che le leggi regolanti lo svolgimento dei giudizi criminali dovessero essere formulate in modo da perseguire il fondamentale scopo di assicurare la sicurezza pubblica e privata salvaguardando i diritti dei cittadini e limitando nella minor misura possibile le loro libertà individuali<sup>3</sup>. Su come, però, conseguire l'obiettivo di garantire l'ordine pubblico e la pace sociale senza infrangere le aspettative dei sudditi di essere sempre e comunque tutelati nel godimento dei propri beni e interessi, e di conseguenza su quali forme e modelli di organizzazione giudiziaria e di regolamentazione dei processi fosse opportuno fare affidamento, ebbero i due giuristi manifestavano opinioni divergenti che risentivano dei differenti ambiti in cui si erano trovati a esercitare le loro funzioni di pratici del diritto chiamati a servire lo Stato ai più alti livelli.

---

del 1803, in *Codice Penale Universale Austriaco (1803)*, cit., pp. LI-LXVII, in particolare pp. LIX-LXVII; S. Vinciguerra, *Idee liberali per irrobustire l'assolutismo politico: il Codice Penale Austriaco del 1803*, in *Codice Penale Universale Austriaco (1803)*, cit., pp. IX-XXXVIII; A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 469-470; C. Neschwara, *Franz von Zeiller und das Srafrecht*, in «Journal on European History of Law», 1 (2010), 1, pp. 4-15.

<sup>2</sup> Cfr.: W. von Arnswaldt, *Savigny als Strafrechtspraktiker. Ministerium für die Gesetzrevision (1842-1848)*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 44-45, 278-281; P. Rondini, *Introduzione. Dal Denkschrift über die Principienfragen der neuen Strafprozess-Ordnung (1843) ai Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozess-Ordnung (1846)*, in F. von Savigny, *Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, P. Rondini (ed.), Milano, Giuffrè, 2012, p. XIII.

<sup>3</sup> Cfr.: Leslaw, *Die Bedeutung Zeillers*, cit., (nt. 1), p. 183; F. von Savigny, *Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung. Ausgearbeitet im Justizministerium für die Gesetzrevision*, W. Schubert (ed.), Frankfurt am Main, Lang Peter, 2011, pp. 26, 31.

L'apologia zeilleriana dell'operato del legislatore austriaco di inizio secolo proveniva da un ambiente in cui era ancora radicata la fiducia nella *Kabinetttjustiz* su cui si basava il Dispotismo illuminato degli Absburgo, vale a dire in un sistema di amministrazione della giustizia dove tutte le principali decisioni erano assunte da un ristretto numero di alti funzionari guidati solo dalle direttive sovrane e dai lumi della loro ragione. Il manifesto stilato da Savigny e dai suoi collaboratori risentiva, invece, degli effetti del lungo dibattito svoltosi in seno alla criminalistica mitteleuropea sulla scia del diffondersi del cosiddetto *Frühliberalismus* e delle idee inneggianti alla possibilità di riformare in senso liberale i rituali processuali di stampo prettamente inquisitorio utilizzati in molti Stati tedeschi<sup>4</sup>. Se nelle parole di Zeiller era evidente il portato di una cultura che guardava ancora con favore a una concezione autoritaria dei rapporti Stato-individuo e che giustificava il ricorso ai tradizionali sistemi giudiziari gestiti da organi professionali adducendo la necessità di conservare l'ordine pubblico e la pace sociale, nelle riflessioni di Savigny si poteva avvertire l'eco delle decennali dispute dottrinali relative alle *Prozeßmaxime* che i legislatori avrebbero dovuto recepire nel plasmare un nuovo *reformierten Strafprozeß* (oralità e pubblicità delle procedure, *Anklageprinzip*, libero convincimento dei giudici, piena appellabilità delle sentenze).

Dalla disamina degli *Zweck und Principien* emerge chiaramente come l'ideologia sottesa allo *Strafgesetzbuch* austriaco del 1803 risentisse sia delle implicazioni della teoria kantiana dell'imperativo categorico sia delle argomentazioni sviluppate da Feuerbach in merito alla coercizione psicologica. La pena irrogata dallo Stato non era considerata solo la semplice e necessaria conseguenza della perpetrazione di una condotta illecita alterante gli equilibri sociali, vale a dire alla stregua di un castigo da infliggere a titolo meramente retributivo e senza l'aspettativa di una qualche utilità derivante dalla sua espiazione a vantaggio della collettività o dei singoli cittadini. Si trattava, in realtà, di un trattamento punitivo dalla cui commi-

---

<sup>4</sup> Cfr.: E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1951, pp. 320-336; G. Haber, *Probleme der Strafprozeßgeschichte im Vormärz*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 91 (1979), pp. 590-636, in particolare pp. 598-609; A. Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846. Von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz*, Paderborn, Schöningh, 2002, pp. 191-192, 214-217, 231-248, 259-263.

nazione era lecito attendersi anche il dispiegarsi di un generale effetto di prevenzione nei confronti della consumazione di un qualsiasi ulteriore tipo di reato<sup>5</sup>.

Questa ulteriore finalità delle leggi penali andava perseguita operando sul triplice piano di una «limitazione meccanica, morale e psicologica» della volontà di delinquere. E se la costrizione del primo tipo era da attuarsi da parte delle autorità di polizia soffocando sul nascere i tentativi di porre in essere ogni violazione del diritto, mentre spettava al governo promuovere la moralità dei comportamenti e rimuovere gli ostacoli che impedivano di discernere il bene dal male e di agire nell'interesse proprio e della comunità, la coartazione psicologica era diretta a persuadere gli uomini che dalla violazione delle prescrizioni normative avrebbero sempre ricavato una sofferenza superiore ai presunti vantaggi arrecati loro dal crimine perpetrato<sup>6</sup>.

Ebbene, l'intento di garantire la sicurezza pubblica e privata si poteva conseguire in modo più efficace proprio attraverso la minaccia di infliggere all'autore di una condotta preventivamente qualificata come illecita una pena anch'essa chiaramente individuata *ex ante* e determinata in proporzione alla gravità dello specifico reato commesso. Nell'individuare le modalità con cui esercitare questo tipo di costrizione e punire chi a dispetto di tale meccanismo dissuasivo avesse comunque deciso di delinquere, il legislatore era poi tenuto a operare comprimendo le libertà e le attività individuali nella misura strettamente necessaria ad «allontanare i pericoli più gravi minaccianti la sicurezza pubblica»<sup>7</sup>.

Ciò comportava la necessità di ricorrere non solo a un'«equa e assennata determinazione» delle fattispecie punibili e delle sanzioni irrogabili ma anche a una precisa formulazione di tutte le «opportune prescrizioni» generali con cui fornire ai giudici gli schiarimenti concer-

<sup>5</sup> Zeiller, *Zweck und Principien*, cit., (nt. 1), I (1806), pp. 71-79, e II (1807), pp. 1-3. Per una valutazione del sistema delle pene adottato dalla *Franziskana* cfr.: Hartl, *Grundlinien der österreichischen Strafrechtsgeschichte*, cit., (nt. 1), p. 38; Vinciguerra, *Idee liberali per irrobustire l'assolutismo politico*, cit., (nt. 1), pp. XXIX-XXXVI; Cavanna, *Ragioni del diritto e ragioni del potere*, cit., (nt. 1), pp. CCXXIX-CCXXXII.

<sup>6</sup> Zeiller, *Zweck und Principien*, cit., (nt. 1), I (1806), pp. 71-74, e II (1807), p. 7.

<sup>7</sup> *Ibidem*, I (1806), p. 79, e II (1807), pp. 1-5, 7-8.

nenti l'esatto adempimento delle loro funzioni e i rituali da seguire in sede processuale<sup>8</sup>.

A tale proposito, nel delineare un regolamento di procedura penale che potesse considerarsi dai suoi diretti destinatari e dai tecnici chiamati ad applicarlo il giusto compromesso fra il sistema del «terrore» indotto da una «illimitata cura della comune sicurezza» e quello della «cieca indulgenza» dettata da un eccessivo amore per la «civile libertà», il legislatore austriaco si era prefisso l'obiettivo di far celebrare e concludere i processi nel minor tempo possibile<sup>9</sup>. Oltre a voler assecondare il naturale desiderio delle vittime di un reato e dell'intera collettività di veder puniti senza indugio i malfattori, lo Stato si era – infatti – assunto anche il compito di prevenire la consumazione di ogni condotta illecita dimostrando ai cittadini che si erano assunte le precauzioni atte a consentire agli organi giudicanti di agire con la stessa rapidità e efficienza nel perseguire i colpevoli senza indulgenza, nel liberare gli innocenti dal peso delle accuse ingiuste loro rivolte e nel sottoporre le persone sospette alla sorveglianza delle autorità di polizia<sup>10</sup>.

Il vero *deus ex machina* di un sistema processuale votato a conseguire questi scopi non poteva poi essere – a detta di Zeiller – che un giudice professionale di grande levatura tecnica e esperienza pratica, un fine conoscitore dei meccanismi del diritto ma anche un abile investigatore uso a destreggiarsi con «forza di giudizio matura» e «ferma impassibilità» nel ricostruire il dipanarsi degli eventi, nello scandagliare i meandri della mente umana e nel valutare tutte le implicazioni dei comportamenti assunti dagli individui coinvolti a vario titolo nelle indagini<sup>11</sup>.

Del resto, proprio alla presenza di magistrati di tale livello operanti in tutte le corti dell'ordinamento giudiziario austriaco faceva riferimento la *Franziskana* nel contemplare un rito di tipo inquisitorio che, pur non prevedendo il ricorso alla tortura e alle pene straordinarie, non si discostava più di tanto dai classici postulati del diritto comune (primato delle forme

<sup>8</sup> *Ibidem*, I (1806), p. 79, e II (1807), pp. 1, 9-11.

<sup>9</sup> *Ibidem*, II (1807), pp. 3-5.

<sup>10</sup> *Ibidem*, II (1807), pp. 9, 12-13. Sul punto cfr.: Cavanna, *Ragioni del diritto e ragioni del potere*, cit., (nt. 1), pp. CCLII-CCLIV; Dezza, *L'impossibile conciliazione*, cit., (nt. 1), pp. CLXXIV-CLXXV.

<sup>11</sup> Zeiller, *Zweck und Principien*, cit., (nt. 1), II (1807), p. 12.

della scrittura e della segretezza; impiego delle prove legali; ricorso all'*Offizialprinzip*; mancato riconoscimento del diritto alla difesa in senso tecnico; assenza di una precisa distinzione di ruoli fra funzione requirente, inquirente e giudicante; impugnabilità delle sentenze con il sistema della *Revision*)<sup>12</sup>. In questo archetipo ancora plasmato in buona parte a immagine e somiglianza del *deutscher gemeinrechtlicher Strafprozeß* i togati ricoprivano, infatti, un ruolo chiave nell'applicare le prescrizioni normative dettate dal legislatore per salvaguardare valori tradizionali quali l'ordine costituito, la pubblica autorità, la pace sociale, la fiducia nelle leggi. E per scongiurare il rischio di risoluzioni assunte in via arbitraria, si era scelto di concedere ai giudici di adempiere alle loro funzioni agendo sulla scorta di un «savio discernimento» solo in quelle poche e determinate circostanze in cui non fosse stato possibile additare loro che «generali cautele» e «minuti punti di vista», come nelle ipotesi in cui si fosse trattato di deliberare in merito alla presenza di motivi atti a giustificare il rinvio a giudizio di un indagato o il suo arresto, di decidere le modalità con cui procedere all'interrogatorio di un imputato o di un testimone, di valutare la sussistenza dei requisiti richiesti per l'acquisizione delle prove, di bilanciare la forza legale di più riscontri probatori fra loro contrastanti<sup>13</sup>.

Secondo Zeiller, peraltro, perché i cittadini potessero realmente confidare nell'operato di magistrati imparziali e nell'esercizio di una giustizia equa e uguale per tutti, non era sufficiente intervenire soltanto sul piano dei vincoli imposti alla discrezionalità degli organi giudicanti nell'adempimento

<sup>12</sup> *Ibidem*, II (1807), pp. 25-30, 32-72, 77-79, 87-89. Cfr.: Hartl, *Grundlinien der österreichischen Strafrechtsgeschichte*, cit., (nt. 1), pp. 41-43; R. Pörtl, *Die Lehre vom Indizienbeweis im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Lang, 1999, pp. 357, 360; Cavanna, *Ragioni del diritto e ragioni del potere*, cit., (nt. 1), pp. CCXXXV-CCXLI; Dezza, *L'impossibile conciliazione*, cit., (nt. 1), pp. CLXIV-CLXVII; Idem, *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*, Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2005), M. N. Miletto (ed.), Milano, Giuffrè, 2006, pp. 13-77, in particolare pp. 25, 69-70; Pittaro, *Giustizia criminale e ragion di Stato*, cit., (nt. 1), pp. CXLVII-CXLIX; C. Povolo, *Nella selva incantata degli indizi*, in Idem, *La selva incantata. Delitti, prove, indizi nel Veneto dell'Ottocento. Saggio di etnografia giudiziaria*, Sommacampagna, Cierre, 2006, pp. 11-145, in particolare p. 30; P. Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 228-230.

<sup>13</sup> Zeiller, *Zweck und Principien*, cit., (nt. 1), II (1807), pp. 11-12.

del loro mandato. Egli riteneva, infatti, che il legislatore avrebbe dovuto assicurare anche la pubblicità dei processi in tutte le singole fasi del loro svolgimento e non solo nel momento della notificazione e dell'esecuzione della sentenza, visto che la cortina di segretezza ammantante i diversi stadi del rito inquisitorio dava inevitabilmente luogo al timore che si volesse con «nascoste pratiche alterare la legge», impedendo così di infondere la fiducia necessaria a «poterlo giustificare agli occhi di tutti»<sup>14</sup>.

Eppure, a dispetto di tale manifesta presa di posizione in favore di una procedura di natura pubblica, il testo codicistico di cui il giurista stiriano era stato il *Referent* riproponeva le tradizionali forme processuali dell'età del diritto comune, compreso il segreto assoluto gravante su ogni passaggio delle indagini e dell'acquisizione delle prove. Il motivo per cui in tale occasione la *Kompilationskommission* imperiale aveva scelto di optare per la continuità con il passato era da ravvisare nella constatazione che la «precisa determinazione e forma della procedura criminale» era destinata a variare nel tempo e nei diversi Stati in relazione alle condizioni politiche, sociali, culturali e scientifiche in cui un popolo versava, sicché era spesso difficile per le autorità legislative decidere in via generale se fosse preferibile e possibile adottare fra le tante riforme auspicabili innovazioni di portata radicale come «il processo d'accusa, il Tribunale dei giurati, la pubblicità della difesa, ecc.»<sup>15</sup>.

All'inizio del XIX secolo Zeiller e gli altri consiglieri aulici avevano, dunque, ritenuto che nella compagine plurinazionale governata dagli Absburgo mancassero ancora i presupposti e le «istituzioni preparatorie» indispensabili per compiere il grande balzo in avanti rappresentato dal ricorso a sperimentazioni ardite come il modello misto e bifasico adottato in Francia con la promulgazione del *Code Merlin* del 1795 (il *Code des délits et des peines* del 3 brumaio anno IV)<sup>16</sup>.

Di conseguenza, fino alla fine del *Vormärz* i sudditi austriaci furono sempre giudicati sulla base di un rito che doveva svolgersi nella massima segretezza e che si apriva con una «inquisizione preliminare» – disposta *ex officio* dal

<sup>14</sup> *Ibidem*, II (1807), p. 13.

<sup>15</sup> *Ibidem*, II (1807), p. 14.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

magistrato competente una volta appresi i «motivi probabili a credere» che fosse stata perpetrata una condotta illecita – nel corso della quale si doveva procedere ad accertare l'avvenuta consumazione di un reato nonché l'esistenza di un complesso di «indizi legali» sufficientemente gravi da poter enunciare la «formale imputazione» a carico del presunto responsabile<sup>17</sup>.

A seguito della citazione in giudizio iniziava l'«inquisizione ordinaria», in cui si procedeva nel segreto istruttorio alla ricerca e all'acquisizione di tutte le prove legali deponenti in favore e a carico dell'indagato. A quest'ultimo non era concesso avvalersi degli uffici di un difensore di sua fiducia, poiché si presumeva che dall'alto della loro esperienza, perizia e assenza di pregiudizi sarebbe spettato agli inquirenti scoprire e far valere le ragioni che avrebbero potuto scagionare l'accusato. La sentenza era, poi, emessa da un organo collegiale sulla base di una relazione presentata dal giudice che aveva diretto le indagini e che prendeva anche parte attiva al voto della deliberazione finale. Tale decisione doveva essere motivata adducendo le ragioni per cui al termine di un'attenta ponderazione del valore legale dei vari riscontri probatori regolarmente adottati contro l'imputato e a sostegno delle sue argomentazioni difensive i magistrati avessero scelto di propendere per una condanna, un'assoluzione o la sospensione del processo con la formula dell'*absolutio ab instantia*<sup>18</sup>.

Oltre che su istanza del condannato, i provvedimenti dei tribunali di primo grado e delle corti d'appello potevano, infine, essere riformati sulla base di argomentazioni inerenti il merito o la corretta applicazione delle leggi con il meccanismo della *Revision*, che contemplava il rinvio automatico alle istanze superiori delle sentenze pronunciate in assenza di una piena confessione, di quelle aventi a oggetto gravi reati o comminanti pene severe (come l'alto tradimento o la morte per impiccagione), delle decisioni che avessero presentato significative difformità con altri giudicati già emessi in relazione allo stesso caso<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> *Ibidem*, II (1807), pp. 25-30. Dezza, *L'impossibile conciliazione*, cit., (nt. 1), pp. CLXVII-CLXVIII.

<sup>18</sup> Zeiller, *Zweck und Principien*, cit., (nt. 1), II (1807), pp. 39-72. Dezza, *L'impossibile conciliazione*, cit., (nt. 1), pp. CLXVIII-CLXXII.

<sup>19</sup> Zeiller, *Zweck und Principien*, cit., (nt. 1), II (1807), pp. 77-79, 87-89. Dezza, *L'impossibile conciliazione*, cit., (nt. 1), pp. CLXXII-CLXXIII.

Un aspetto particolare di questa articolata regolamentazione concernente la celebrazione dei giudizi criminali fu oggetto delle approfondite riflessioni di Zeiller volte a dimostrare come in un determinato contesto politico-istituzionale, sociale e culturale fosse alquanto difficile – se non impossibile – procedere a riforme di natura epocale: si trattava del ricorso alla consueta sistematica delle prove legali gestita dai magistrati in luogo del principio del libero convincimento delle giurie. Sotto il profilo della modalità da seguire nel procedere all'accertamento dell'effettiva esistenza di un reato e alla scoperta del suo autore la *Franziskana* si inseriva, infatti, a pieno titolo nel solco della tradizione della *deutsche gesetzliche Beweislehre* del diritto comune tedesco di fine Settecento, secondo cui i togati non avrebbero potuto valutare con il loro discrezionale discernimento l'attendibilità e il valore dei riscontri probatori conformi ai requisiti minimi indicati dalla tassonomia legale<sup>20</sup>.

A tale proposito, in seno alla Commissione legislativa aveva trovato consensi unanimi l'argomentazione secondo cui nell'ordinamento giudiziario austriaco, incentrato sulla presenza esclusiva di giudici professionali, in assenza di una riforma organica e valevole uniformemente in tutti i domini absburgici non sarebbe stato possibile fare affidamento solo sul criterio della coscienza dei giudicanti senza correre il rischio di mettere a repentaglio la «sicurezza pubblica e privata»<sup>21</sup>. Né, d'altra parte, si era ritenuto di potersi avventurare per sentieri ancora inesplorati come quello indicato da chi – Filangieri per primo – aveva proposto di coniugare la «certezza morale» dei togati «colla norma prescritta dal Legislatore», poiché era prevalsa la convinzione che anche ricorrendo a una simile interpretazione in chiave negativa della teoria della prova legale si sarebbero comunque potuti esporre lo Stato, la collettività e i singoli individui al pericolo di subire un qualche pregiudizio a causa di deliberazioni giudiziali assunte in ragione di un convincimento contrario ai riscontri probatori conformi al dettato codicistico<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Cfr.: Dezza, *L'impossibile conciliazione*, cit., (nt. 1), pp. CLXXVIII-CLXXXII; Rondini, *Ex sententia animi tui*, cit., (nt. 12), pp. 229-231.

<sup>21</sup> Zeiller, *Zweck und Principien*, cit., (nt. 1), II (1807), pp. 42-43.

<sup>22</sup> *Ibidem*, II (1807), pp. 40-42. Rondini, *Ex sententia animi tui*, cit., (nt. 12), pp. 232-234.

Non restava, allora, che continuare a confidare in una *gesetzliche Beweistheorie* che imponesse dei vincoli logici e ragionevoli all'arbitrio dei magistrati incaricati di svolgere al contempo il triplice ruolo di inquirenti, difensori dell'imputato e loro giudicanti, senza però per questo renderli ostaggi del testo normativo e obbligarli a «attenersi rigorosamente ai generi di prova indicati» applicando pedissequamente la legge e tacitando le eventuale voci contrarie delle loro coscienze<sup>23</sup>. Spettava agli organi giudiziari ricercare tutti i possibili materiali deponenti a sostegno sia dell'accusa che della difesa, verificare che fossero «rivestiti di tutti i requisiti prescritti» *ex lege* per poter essere regolarmente acquisiti, soppesare quelli di segno contrastante non isolatamente ma in «connessione con la totalità» onde accertare se per effetto di tale collisione fra risultanze contrarie la loro «piena forza legale» non fosse venuta meno o talmente scemata da non poter costringere i giudici a pronunciarsi in senso difforme al proprio convincimento<sup>24</sup>.

A dispetto, peraltro, di questi tentativi di respingere le accuse rivolte al codice austriaco di far parte del novero di testi che continuavano a considerare i magistrati alla stregua di meccanici esecutori della *voluntas legis* e di schiavi delle regole di prova legale, una delle principali critiche che sarebbe stata rivolta agli estensori della *Franziskaner* – e quindi a Zeiller in primo luogo – sarebbe stata proprio quella di aver voluto perseguire il miraggio della salvaguardia della sicurezza pubblica e privata concedendo «il più esiguo spazio possibile alla valutazione giudiziale» in tema di rilevanza dei dati probatori<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Zeiller, *Zweck und Principien*, cit., (nt. 1), II (1807), p. 67.

<sup>24</sup> *Ibidem*, II (1807), pp. 48-50, 66-67. Cfr.: Cavanna, *Ragioni del diritto e ragioni del potere*, cit., (nt. 1), pp. CCXXXV-CCXLI; Rondini, *Ex sententia animi tui*, cit., (nt. 12), pp. 234-240.

<sup>25</sup> Cfr.: C. Mittermaier, *Theorie des Beweises im peinlichen Prozesse nach den gemeinen positiven Gesetzen und den Bestimmungen der französischen Criminal-Gesetzgebung*, Mannheim, Kaufmann, 1809, p. 227; Idem, *Die Lehre vom Beweise in deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher*, Darmstadt, Heyer, 1834, pp. 83-85, 98, 361-362; Idem, *Das Deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichts-Gebrauch und Landes-Gesetzbücher und in genauer Vergleichung mit dem englischen und französischen Straf-Verfahren*, Goldbach, Keip, 1996 (Nachdr. der Ausg. Heidelberg, Mohr, 1845-1846), I, p. 534, e II, pp. 314-315; C. Pratobevera, *Einige Bemerkungen über den Beweis aus dem Zusammentreffen der Umstände*

Aniché prendere atto dell'impossibilità di delineare in modo esaustivo un complesso di regole dal valore generale e universale tali da risultare logiche, razionali e convincenti all'intelletto degli uomini chiamati a assolvere al difficile compito di scoprire la verità, anche in tale occasione si era preferito indulgere nel tentativo di enunciare in via tassativa la tipologia, la qualità e in alcuni casi persino il numero dei riscontri che si dovevano acquisire per poter pronunciare una sentenza. Di fatto, aveva prevalso il timore che formulando pochi precetti concisi e generali tali canoni si sarebbero potuti prestare a un'interpretazione discrezionale da parte dei magistrati<sup>26</sup>. Ma operando in questo modo si erano imposti «limiti troppo stringenti all'arbitrio del giudice» e si era confuso il potere di operare sciolti da qualsiasi vincolo con la possibilità di condurre una ponderata e motivata «riflessione sulla scorta di principi certi e indicati dalla legge»<sup>27</sup>. E per questa ragione già a distanza di pochi lustri dall'entrata in vigore del codice del 1803 ci si interrogava se non fosse opportuno sollecitare un intervento del potere legislativo diretto a modificare il dettato normativo.

Ciononostante, per la realizzazione di una riforma radicale del modello inquisitorio codificato in tale *Strafgesetzbuch* si sarebbe dovuto attendere il sopraggiungere della tempesta rivoluzionaria della primavera del 1848. Tale evento avrebbe traumaticamente dimostrato alle *élites* al potere come i tempi fossero ormai maturi per un cambiamento a livello non solo istituzionale ma anche giuridico che rispecchiasse i mutamenti avvenuti a livello sociale, culturale e scientifico negli ultimi decenni del *Vormärz*.

Ben più preveggenti si dimostrarono i giuristi e i politici prussiani che a partire dagli anni Quaranta del secolo riuscirono a convincere la dinastia degli Hohenzollern e gli ambienti più conservatori del governo berlinese a rifondare il sistema di amministrazione della giustizia penale risalente alla vecchia *Criminalordnung* del 1805, trasfondendo in precetti normativi

---

(*Anzeigen, Indicien*) nach den Vorschriften des Oesterreichischen Gesetzbuches über Verbrechen, in «Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den Oesterreichischen Erbstaaten», 1 (1815), pp. 143-168, in particolare pp. 162-164.

<sup>26</sup> Cfr.: Zeiller, *Zweck und Principien*, cit., (nt. 1), II (1807), pp. 27-29, 62-64; Pratobevera, *Einige Bemerkungen*, cit., (nt. 25), pp. 162-164; F. V. Barbacovi, *Degli argomenti ed indizi nei giudizi criminali*, Milano, Società Tipografica dei classici italiani, 1820, pp. 33, 43, 47-48.

<sup>27</sup> Pratobevera, *Einige Bemerkungen*, cit., (nt. 25), p. 164.

alcune delle massime elaborate da quella parte della criminalistica di lingua tedesca che si era prodigata nell'illustrare i vantaggi conseguibili con l'adozione di un *liberaler Strafprozeß*.

Con la sola eccezione della messa al bando della tortura, la tela processuale ordita all'inizio dell'Ottocento dagli estensori della Parte I dell'*Allgemeines Criminalrecht für die preußischen Staaten* presentava, infatti, pressoché inalterati tutti i tratti caratteristici del rito inquisitorio del tardo diritto comune. Al termine di una fase preliminare diretta all'acquisizione delle prove legali, svolta con le forme della segretezza e della scrittura, la sentenza era emessa da un consesso di giudici togati sulla base della mera lettura dei verbali dell'istruttoria, senza quindi una loro diretta partecipazione alle diverse fasi del processo di formazione in giudizio dei riscontri probatori. Nel corso dell'inquisizione il magistrato incaricato di svolgere le indagini poteva comminare le *Ungehorsam-* e *Lügenstrafen*, vale a dire le pene contro i disobbedienti e i mendaci, oppure esercitare forme di coercizione psicologica nei confronti degli indagati e dei testimoni come la dilazione degli interrogatori per ore o il loro svolgimento a sorpresa e di notte. All'imputato non era concesso avvalersi di un difensore di fiducia se non all'atto di impugnare la decisione emessa dalla corte disponente la condanna, l'*absolutio ab instantia* o la comminazione di una pena straordinaria (*Verdachtstrafe*) inflitta in ragione dell'esistenza di prove semipiene<sup>28</sup>.

Nel corso di circa quarant'anni si cercò a più riprese di aggiornare il dettato codicistico di inizio secolo, come attestato dall'*Entwurf der Straf-Prozeß-Ordnung* del 1828 e soprattutto dalla *Verordnung, betreffend die Criminal-Gerichtsverfassung und das Untersuchungs-Verfahren* del 1839, che dispose la sperimentazione nei territori della Pomerania Anteriore e Rügen di un metodo di procedura caratterizzato dal fatto di annoverare fra le prove legali anche quella nascente dal concorso di indizi e di consentire l'irrogazione di sanzioni di natura esclusivamente ordinaria<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Cfr.: Schmidt, *Einführung*, cit., (nt. 4), pp. 260-262, 268-270; C. Richstein, *Legale Beweistheorie und Beweiswürdigung im 19. Jahrhundert*, in "Auss liebe der gerechtigkeit vnd umb gemeines nutz willenn". *Historische Beiträge zur Strafverfolgung*, G. Jerouschek - H. Rüping (ed.), Tübingen, Diskord, 2000, pp. 191-215, e in particolare pp. 192-195.

<sup>29</sup> Cfr.: E. Gans, *Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung*, Berlin, Duncker&Humblot, 1832, pp. 68-71, 76-77, 91-93, 96; C. Mittermaier, *Teoria della prova nel*

Fu solo, però, in concomitanza con la stesura e la circolazione del citato memoriale illustrante i *Principienfragen der neuen Strafprozeß-Ordnung* – redatto nel 1843 su iniziativa di Savigny – che negli ambienti governativi e presso le più alte sfere delle autorità giudiziarie si prese atto degli indiscutibili vantaggi che avrebbe comportato l'adozione di un sistema contrassegnato dall'oralità, pubblicità e immediatezza del rito, nonché dalla recezione di alcuni fondamentali principi cardine quali la presenza del pubblico ministero e di una fase dibattimentale da svolgersi nel pieno contraddittorio fra le parti, il riconoscimento a favore dell'imputato di un pieno diritto alla difesa e alla ricasazione dei giudici, l'abrogazione del sistema delle prove legali, la possibilità di impugnare le sentenze per motivi di merito, di legittimità e di nullità<sup>30</sup>.

Nell'edizione a stampa del 1846 di tali *Questioni di principio* lo stesso Savigny avrebbe specificato che il governo si sarebbe dovuto assumere l'onere di procedere in primo luogo a una riforma complessiva dell'ordinamento giudiziario, così da poter rendere effettiva l'introduzione delle Procure di Stato e la distinzione dei diversi ruoli assegnati ai pubblici ministeri, ai giudici istruttori e ai collegi giudicanti formati unicamente da magistrati. Solo dopo aver condotto a termine questa preliminare e indispensabile riorganizzazione degli uffici si sarebbero potute emendare le forme di celebrazione dei giudizi criminali all'insegna delle massime testé enunciate<sup>31</sup>.

Sul piano specifico della disciplina processuale il primo passo da compiere era, invece, quello di estendere a tutto il Regno il modello misto e bifasico che nelle province prussiane della riva sinistra del Reno era rimasto in vigore dopo la fine dell'età napoleonica.

---

*processo penale del Dr. C. G. A. Mittermaier, Consigliere intimo e Professore in Heidelberg, traduzione italiana eseguita sull'originale tedesco dal Dr. Filippo Ambrosoli con molte aggiunte inedite dell'autore e con note del traduttore sulla legislazione austriaca*, Milano, Sanvito, 1858, pp. 20-21; H. Zachariä, *Handbuch des deutschen Strafprozesses. Systematische Darstellung des auf Quellen des gemeinen Rechts und der neuern deutschen Gesetzgebung beruhenden Criminal-Verfahrens*, I, Göttingen, Verlag der Dieterichschen Buchhandlung, 1861-1868, pp. 13-14.

<sup>30</sup> Rondini, *Introduzione*, cit., (nt. 2), pp. XIII-XV, XXI-XXIV.

<sup>31</sup> Savigny, *Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung*, cit., (nt. 3), pp. III-IV.

Al termine di una fase istruttoria condotta con le forme dell'assoluta segretezza e dell'accurata verbalizzazione di tutti gli atti d'indagine compiuti dagli inquirenti, doveva aprirsi il dibattimento pubblico e orale fra il Procuratore dello Stato e il difensore dell'imputato innanzi a una corte composta da togati, di modo che a questi ultimi fosse possibile interloquire direttamente con l'imputato, i testimoni o i periti, e più in generale presiedere in prima persona all'acquisizione delle prove<sup>32</sup>. Svolgendo un ruolo attivo nell'assunzione in giudizio dei riscontri probatori, piuttosto che limitarsi ad apprendere gli esiti degli accertamenti istruttori dalla lettura del fascicolo processuale, i magistrati avrebbero potuto meglio discernere lo svolgimento degli eventi, cogliere la rilevanza di fattori come il carattere delle diverse persone coinvolte nelle indagini o le passioni da esse manifestate, rimarcare le eventuali contraddizioni esistenti fra le loro deposizioni<sup>33</sup>.

La pubblicità delle udienze dibattimentali avrebbe, altresì, assicurato l'ulteriore vantaggio di consentire alla collettività di esercitare un controllo sull'operato dell'accusa, dei difensori e dei giudicanti, allontanando il sospetto che si potessero assumere decisioni arbitrarie o dettate da pregiudizi e imperizia. L'imputato e gli altri cittadini avrebbero così potuto confidare realmente nell'equità e nella giustizia delle sentenze emesse dai tribunali, mentre presso l'opinione pubblica sarebbe aumentata la fiducia nello Stato, nel diritto emanato allo scopo di garantire la sicurezza di tutti gli individui e in una sua rapida e efficace applicazione<sup>34</sup>.

Com'è evidente, l'adozione di un simile archetipo implicava, però, la contestuale e indispensabile presenza in giudizio di due figure essenziali allo svolgimento stesso del dibattimento: il procuratore pubblico e il difensore dell'imputato. La legge doveva garantire il pieno godimento del diritto alla difesa in senso tecnico e ripudiare, quindi, l'*Offizialmaxime* tipica del rito inquisitorio in favore dell'*Anklageprinzip* postulante l'attribuzione delle funzioni di accusatore e di inquirente a due organi ben distinti, il pubblico

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 1-5.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 6-13, 17-19. Rondini, *Introduzione*, cit., (nt. 2), pp. XXVIII-XXXI.

<sup>34</sup> Savigny, *Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung*, cit., (nt. 3), pp. 28-31.

ministero e il giudice istruttore<sup>35</sup>. L'interesse dello Stato a perseguire i colpevoli sarebbe stato rappresentato dal primo di tali funzionari, che avrebbe raccolto su istanza di parte o *ex officio* le tracce della presunta perpetrazione di un reato, per poi indicare le persone contro cui istruire il processo e intervenire nel corso delle indagini a nome e per conto della compagine statale. Il magistrato incaricato di condurre l'istruttoria avrebbe dovuto, invece, agire nell'interesse esclusivo della verità e indagare con riferimento alla notizia di reato segnalata dal pubblico ministero «entro la direzione e con i limiti indicati», cercando di acquisire con la massima imparzialità possibile sia gli elementi deponenti a carico dell'indagato sia in suo favore<sup>36</sup>.

Un'ulteriore implicazione del ricorso al modello processuale caldeggiato da Savigny era, poi, ravvisabile nella circostanza che si sarebbe finalmente potuto abolire il ricorso alla sistematica delle prove legali, nonché alle pene straordinarie comminate sulla base di riscontri probatori imperfetti e persino alla misura della *Lossprechung von der Instanz* (l'*absolutio ab instantia*)<sup>37</sup>.

I tentativi posti in essere nel corso dei secoli di dettare norme generali e vincolanti in tema di prove si erano rivelati inesorabilmente infruttuosi. La certezza dei giudici non poteva, infatti, che scaturire dalla valutazione di così tanti elementi – da considerare nel loro complesso e in relazione a ogni singolo caso di specie – che nessuna legge avrebbe potuto compendiarne *ex ante* in modo esaustivo. D'altra parte, non si poteva certo concedere alle corti di sentenziare senza allegare alle loro decisioni un complesso di prove legittime, vale a dire di riscontri conformi ai canoni legali sotto il profilo della loro natura (confessioni, testimonianze, documenti, indizi) e dei requisiti minimi che avrebbero dovuto presentare per poter essere acquisiti in giudizio. Al contempo, però, non era più possibile continuare a credere che legge potesse predeterminare la specifica forza di tali materiali e prescrivere agli organi giudicanti come ponderare fra loro quelli contrastanti<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 9, 41-42.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 42-45.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 10-11, 62, 76, 133.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 67, 70-74. Rondini, *Introduzione*, cit., (nt. 2), pp. XXXII-XXXIV.

La soluzione prospetta nei *Prizipienfragen* era, allora, quella di consentire ai giudici togati di pronunciarsi sulla base di un libero «convincimento individuale» ma ragionato, maturato cioè sulla base di un'attenta disamina delle sole prove ammesse dal legislatore e da condursi sulla base delle regole della logica, dell'esperienza e della scienza. La sentenza così emessa non si sarebbe fondata su un personale senso del vero e del giusto, un *Total-Eindruck* come nel caso dei verdeti emessi dalle giurie, ma sarebbe stata il frutto di una serie di concatenati ragionamenti razionali svolti da magistrati adeguatamente preparati, esperti conoscitori della natura umana e dei meccanismi della società, resi edotti dalla pratica quotidiana del loro ufficio a «saper ben osservare [...] ponderare insieme tutti i momenti del dibattimento [...] combinarli più velocemente [...] senza l'offuscamento delle argomentazioni dell'accusa o della difesa»<sup>39</sup>. Inoltre, i giudicanti sarebbero stati obbligati a rendere conto alle parti e all'opinione pubblica del complesso *iter* da essi seguito nel riflettere su quanto emerso nel contraddittorio e nel ponderare «secondo logica e ragione» le varie prove, dovendo allegare alla loro decisione una dettagliata motivazione<sup>40</sup>.

Questo vincolo della necessaria indicazione delle ragioni giustificanti la condanna o l'assoluzione dell'imputato costituiva, poi, a sua volta il presupposto imprescindibile per poter aggiungere allo schema contemplato nelle stanze del *Ministerium für die Gesetzrevision* l'ultimo fondamentale tassello della piena impugnabilità delle sentenze sia in appello sia con il gravame del ricorso per nullità.

La possibilità di contestare nel merito o per motivi di diritto i giudicati di un tribunale di prima istanza presso una corte superiore era una prerogativa di cui il condannato poteva pienamente godere solo in un ordinamento giudiziario caratterizzato dalle forme orali e dibattimentali tipiche dell'*Anklageprozeß*, vale a dire in un sistema in cui il procuratore pubblico e il difensore dell'accusato fossero stati su un piano di assoluta parità<sup>41</sup>. Ciò implicava, peraltro, il riconoscimento a favore dello Stato della possibilità di chiedere la revisione di una sentenza assolutoria o contemplante pene

<sup>39</sup> Savigny, *Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung*, cit., (nt. 3), pp. 53, 55, 57, 65-66, 74.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 59, 62, 65-66.

<sup>41</sup> Rondini, *Introduzione*, cit., (nt. 2), p. XXXV.

miti, con la conseguenza che il pubblico ministero avrebbe potuto ricorrere in appello sollecitando una revisione *in peius* della decisione impugnata<sup>42</sup>. Contro le decisioni assunte in secondo grado si ventilava, infine, la possibilità di introdurre anche in Prussia il giudizio innanzi a una Corte di Cassazione concepita sul modello di quelle operanti in Francia e nelle province renane del Regno. Presso un tale organo sarebbe così stato possibile far valere sia le nullità indotte da un'errata interpretazione del diritto sostanziale (come nel caso in cui si fosse erroneamente giudicato non perseguibile un reato o si fosse applicata una norma diversa da quello che lo contemplava) sia le violazioni delle disposizioni concernenti la giurisdizione e la competenza delle corti, la loro composizione e lo svolgimento dei processi<sup>43</sup>.

Il programma esposto con la formulazione di questi *Prinzipien* conquistò un largo consenso negli ambienti governativi prussiani, e nell'estate del 1846 se ne sperimentò una prima messa in opera con la promulgazione della legge relativa alle nuove modalità con cui celebrare i processi innanzi alle corti berlinesi. In considerazione, poi, dei buoni risultati conseguiti da tale riforma l'anno successivo il suo raggio d'applicazione fu esteso a tutto il Regno, formalizzando così anche in Prussia il definitivo trionfo del processo misto e bifasico sulle vecchie procedure inquisitorie<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Savigny, *Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung*, cit., (nt. 3), pp. 80, 84-85, 89.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 95-100. Rondini, *Introduzione*, cit., (nt. 2), p. XXXVI.

<sup>44</sup> Cfr.: Arnswaldt, *Savigny als Strafrechtspraktiker*, cit., (nt. 2), pp. 44-45, 249-315; Rondini, *Introduzione*, cit., (nt. 2), pp. XXXVII-XL.