

LUIGI LACCHÈ

SULLA FORMA GIUDIZIARIA.
DIMENSIONE COSTITUZIONALE DELLA GIUSTIZIA E PARADIGMI DEL PROCESSO
POLITICO TRA OTTO E NOVECENTO

1. La giustizia tra spazi, forme e tempi. – 2. Il paradosso della libertà e la giustizia dei moderni. – 3. La spazio giudiziario e il processo politico. – 4. La giustizia politica e il fascismo.

1. *La giustizia tra spazi, forme e tempi.*

Otto Kirchheimer, l'autore degli studi più importanti sul tema della giustizia politica nel Novecento, mette in esergo alla sua monografia americana *Political Justice*¹ un breve passo della *Democrazia in America* di Alexis de Tocqueville:

E' cosa veramente sorprendente la fiducia accordata in genere dagli uomini all'intervento dei tribunali. Essa è tanto grande, che si appiglia alla forma giudiziaria anche quando la sostanza non esiste più, e dà corpo alle ombre².

Negli stessi anni Honoré de Balzac poneva questa domanda: «Dopo la religione e la politica, non è forse [la Giustizia] la più grande macchina della società?»³.

Gli uomini elaborano e negoziano i linguaggi e le forme della giustizia anche quando, osserva acutamente Tocqueville, questa diventa l'ombra di sé stessa, addirittura il suo contrario, una non-giustizia. In questo contributo affronto alcuni aspetti che fondano la “dimensione costituzionale della giustizia”⁴ nel suo rapporto con la “politica” intesa anzitutto come «L'arte di distribuire adeguatamente potere e diritto [...]»⁵. Il contesto di riferimento è quello italiano, il dato cronologico individua la fase che unisce (e poi separa) lo sviluppo dello Stato liberale (di diritto) e l'avvento, dopo il 1925-1926, del regime totalitario.

¹ O. KIRCHHEIMER, *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton, Princeton University Press, 1961. L'opera di Kirchheimer è stata di recente riletta e tematizzata in Italia da P.P. PORTINARO, *La spada sulla bilancia. Funzioni e paradossi della giustizia politica*, in «Quaderni Fiorentini», 38, 2009, I, pp. 95 e ss.. Da segnalare anche la traduzione italiana, a cura di R. RANCINARO, del saggio che Kirchheimer pubblicò nel 1955, col titolo *Politische Justiz* (poi in O. KIRCHHEIMER, *Funktionen des Staats und der Verfassung. Zehn Analysen*, Berlin, Suhrkamp Verlag 1972): O. KIRCHHEIMER, *Giustizia Politica, Politische Justiz, Gnade in der politischen Strafverfolgung*, Macerata, Liberilibri, 2002. Della citazione iniziale di Tocqueville Rancinaro dà una interpretazione “di sistema” che, a mio avviso, va invece ricondotta al terreno più specifico delle forme di giustizia. Per una messa a punto della riflessione di Otto Kirchheimer nell'ambito del pensiero tedesco, tra le origini in Germania e la diaspora negli Stati Uniti, v. in particolare F. SCHALE, *Zwischen Engagement und Skepsis. Eine Studie zu den Schriften von Otto Kirchheimer*, Baden-Baden, Nomos, 2006; *Kritische Verfassungspolitologie. Das Staatsverständnis von Otto Kirchheimer*, hrsg. von R. Ch. van Ooyen, F. Schale, Baden-Baden, Nomos, 2011; R. CH. VAN OUYEN, *Die dunkle Seite des Rechtsstaats: Otto Kirchheimers “Politische Justiz” zwischen Freun-Feind, Klassenjustiz und Zivilisierung*, in «Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte», hrsg. von Th. Vormbaum, 13, 2002, pp. 241-266.

² A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, Milano, Rizzoli, 1992, I, cap. VIII, p. 138. La percezione del luogo giudiziario come sede di “lotta politica” tra governo e opposizione nel contesto del sistema rappresentativo della Restaurazione, è al centro della riflessione critica di François Guizot in *Des conspirations et de la justice politique* (1821). Cfr. P.P. PORTINARO, *Guizot e la giustizia politica*, in *Pensare l'Ottocento. Studi e ricerche per Regina Pozzi*, a cura di C. Cassina, Pisa, Pisa University Press, 2012, pp. 67-81.

³ H. DE BALZAC, *Un caso tenebroso* (1840-41), Palermo, Sellerio, 1996, p. 201.

⁴ L. LACCHÈ, «Non giudicate». *Antropologia della giustizia e figure dell'opinione pubblica tra Otto e Novecento*, Napoli, Satura Editrice, 2009.

⁵ A. DEMANDT, *Diritto e potere nella storia (intorno al 30 d.C.)*, in ID., *Processare il nemico*, introduzione di P.P. Portinaro, Torino, Einaudi, 1996, p. 135.

In ambito storiografico lo studio “classico” del rapporto tra giustizia penale e dimensione politica dello Stato liberale ha riguardato soprattutto due percorsi di ricerca: da un lato l’analisi del binomio politica/magistratura, dall’altro il tema della repressione del dissenso politico. Negli ultimi anni è emersa una prospettiva che, senza far venir meno la centralità dei due ambiti appena richiamati, prende in esame la dimensione del processo come spazio ad alta densità semantica. Lo studio delle rappresentazioni, delle forme processuali, dei regimi straordinari, delle situazioni di eccezione rivelano alcune dinamiche dell’ordine giuridico liberale che investono il rapporto controverso tra potere esecutivo e potere giudiziario; tra strumenti ordinari e strumenti *extra ordinem*; tra la cultura del “liberalismo giuridico” e i meccanismi derogatori della difesa sociale.

Importante è lo sforzo «per una ricostruzione delle modalità e del peso della giustizia politica nella storia europea delle istituzioni»⁶. Tale approccio si indirizza verso le dimensioni del *politico* e le diverse forme della politica. E’ un approccio che, se non mi sbaglio, muove dal concetto di politica (politica come conflitto e liquidazione del nemico vs. politica come neutralizzazione e integrazione), per arrivare poi ad enucleare le ragioni e le forme della giustizia (politica) ricorrendo a stimolanti tipologie e modellizzazioni⁷. Qui però la giustizia è fondamentalmente una “derivata” del concetto di politica, un “altro” modo di agire politicamente *sub specie iustitiae*. E’ innegabile il fatto che questa sia una direzione particolarmente forte e radicata in alcune grandi (e tragiche) esperienze del Novecento, tuttavia essa rischia di mettere troppo in ombra l’altra dimensione, ovvero il problema che nasce da un’altra domanda: quale rilevanza, quale *autonomia* possiede la giustizia nel definirsi rispetto alla politica? Le sue *logiche*, le sue radicali *strutture* antropologiche, le sue *forme* quanto incidono sull’idea della politica e quindi su ogni tipo di relazione e vincolo operante tra giustizia e politica? Senza porsi queste (ed altre) domande, c’è il rischio che la giustizia sia vista come un mero campo applicativo delle *pure* logiche della politica. Ma la giustizia – come ci ricorda Balzac – è a sua volta una *autonoma* macchina della società formata da spazi pubblici o segreti, strutture mentali, culture tecniche e pensiero giuridico, riti, regole e procedure, un mondo variegatissimo di soggetti e protagonisti, esperienze e pratiche, testi e contesti.

La giustizia – anche come ambito di applicazione del diritto – contribuisce a definire spazi di agibilità politica e sociale, e a “istituire”, attraverso il suo linguaggio, nomi, cose e relazioni che rivestiranno una funzione nel più ampio sistema sociale. In questo senso gli studi di storia della giustizia possono offrire un contributo non trascurabile⁸. L’impressione è che, alla fine, la spada venga fatta troppo pesare sul piatto della bilancia⁹. Eppure la storia della *imago iustitiae* tra il Medioevo e l’età moderna ci fa vedere l’ispessimento e la progressiva costruzione semantica di una “narrazione” della Giustizia che alla bilancia affianca la spada, e poi la benda, rivalorizzando il gesto della clemenza (il ginocchio nudo e protruso del sovrano)¹⁰. La giustizia penale praticata e le sue immagini ci svelano una struttura complessa che neanche il contemporaneo processo di “separazione” e razionalizzazione delle sfere (giustizia/politica) è riuscito a seppellire. Ci sono dimensioni della giustizia che stanno “prima” o “dopo” la politica e non possono essere lette alla stregua di meri campi applicativi. La dimensione dell’intreccio e della con-fusione è per esempio strutturale nel mondo della faziosa “democrazia” ateniese. E che dire del nostro straordinario

⁶ PORTINARO, *La spada sulla bilancia*, cit., p. 86.

⁷ Penso per es. alla discussione ivi, pp. 101-106, sui concetti di giustizia politica in senso forte e in senso debole, o della giustizia politica *ex parte principis* o *ex parte iudicis*.

⁸ Su questa prospettiva metodologica v. *Storia della giustizia e storia del diritto: prospettive di ricerca in ambito europeo*, a cura di L. Lacchè, M. Meccarelli, Macerata, eum-edizioni Università di Macerata, 2012.

⁹ E’ l’immagine usata da PORTINARO, *La spada sulla bilancia*, cit..

¹⁰ Questo percorso è stato reinterpretato in maniera originale e con sguardo attento alla giustizia criminale praticata da M. SBRICCOLI, *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal Medioevo all’età moderna* (2003), ora in ID., *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 155-207. Cfr. anche L. LACCHÈ, *Conclusioni*, in *Grazia e Giustizia. Figure della clemenza tra tardo medioevo ed età contemporanea*, a cura di K. Härter, C. Nubola, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 605-627.

medioevo urbano, dinamico e costituzionalmente fazioso?¹¹ Non è un caso che alcuni degli stimoli più fecondi per leggere in profondità il problema giustizia/politica provenga, per esempio, da quegli studi medievali che ne colgono la trama, l'intreccio, ovvero la complessità¹².

2. Il paradosso della libertà e la giustizia dei moderni.

Con questo minimo viatico “metodologico”, vorrei proporre qualche riflessione sul rapporto che si instaura, tra Otto e Novecento, tra ordine politico (e di conseguenza “forma di governo”, struttura costituzionale del potere), forme di giustizia, dimensione e spazio processuale, ruolo dell'opinione pubblica. In genere, come detto, ci si sofferma soprattutto sui primi due ambiti. E, tuttavia, è bene ampliare lo sguardo. Perché il connubio giustizia/politica incide fortemente sugli spazi, sulle forme e sui tempi della giustizia.

C'è un passaggio del saggio di Otto Kirchheimer del 1955 che merita, ai miei fini, una sottolineatura: «Conformemente ai nostri concetti occidentali, l'immagine storica viene prodotta dall'opinione pubblica in un processo collettivo. I processi politici occidentali, più efficaci, ma anche ad un tempo più problematici, com'è ovvio sono del tutto consapevoli del potere dell'opinione pubblica»¹³.

Kirchheimer ha colto un aspetto fondamentale. Non si può inquadrare e “comprendere” i fenomeni e le forme della giustizia nel *moderno* se non si ha coscienza del rapporto *costitutivo* che si instaura con l'opinione pubblica intesa come complessa costellazione concettuale. Questo rapporto opera a più livelli e produce svariate applicazioni nel campo della tecnica del processo e della costruzione di una nuova antropologia della giustizia penale. La “logica” del processo penale e la “logica” dell'opinione pubblica nel processo mettono in relazione due forti campi di tensione. Il *processo penale dei moderni* – che comincia ad emergere dalla crisi “epistemologica” del processo “antico” lungo i percorsi della critica illuministica e del riformismo sovrano tardo settecentesco – non può più prescindere da quel “fantasma” poliforme e polisenso che è l'opinione pubblica.

Bisogna riconoscere che la storia della giustizia e del processo penale ha poco indagato il problema dell'opinione pubblica e della formazione di una *sfera pubblica giudiziaria*. L'*Öffentlichkeit* – tradotta significativamente come pubblicità, ma concettualizzata nei termini di “sfera pubblica” in italiano o inglese e “spazio pubblico” in francese – è stata vista, a partire da Habermas¹⁴, come uno dei fondamenti irrinunciabili della modernità politica, rivelandosi un sollecitante paradigma interpretativo.

E' tra Otto e Novecento che gli snodi fondamentali della giustizia penale vengono investiti embrionalmente dai processi di democratizzazione e di mediatizzazione¹⁵. Di fronte all'incipiente

¹¹ In particolare P. SCHIERA, *Il Buongoverno “melancolico” di Ambrogio Lorenzetti e la “costituzionale faziosità” delle città*, in «Scienza & Politica», 34, 2006, pp. 93-108.

¹² Mi limito solo a segnalare: *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, a cura di M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi, Bologna, Il Mulino, Berlin, Duncker & Humblot, 2001; J. CHIFFOLEAU, *Le crime de majesté, la politique et l'extraordinaire. Note sur les collections érudites de procès de lèse-majesté du XVIIe siècle français et sur leurs exemples médiévaux*, in *Les procès politiques (XIVe-XVIIe siècle)*, a cura di Y. M. Bercé, Rome, Ecole française de Rome, 2007, pp. 577-578.

¹³ KIRCHHEIMER, *Giustizia Politica*, cit., p. 29.

¹⁴ La sua opera *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Luchterhand Verlag, Neuwied, 1962 è stata pubblicata in traduzione italiana nel 1972 dall'editore Laterza con il titolo *Storia e critica dell'opinione pubblica*.

¹⁵ In questa sede non è possibile dare conto dell'ampiezza di questi fenomeni. Per chi volesse seguire il più complessivo percorso di ricerca mi permetto di segnalare alcuni miei lavori: *Una letteratura alla moda. Opinione pubblica, “processi infiniti” e pubblicità in Italia tra Otto e Novecento*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, a cura di M.N. Miletti, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 459-513; “*L'opinione pubblica saggiamente rappresentata*”. *Giurie e corti d'assise nei processi celebri tra Otto e Novecento*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di P. Marchetti, Napoli, Esi, 2007, pp. 89-147; «*Public opinion in its relationship with the evidence*», or rather an “uncomfortable” witness of the trial: *the Italian Case between the Nineteenth and Twentieth Centuries*, in «Acta Histriae», *Testimoni e testimonianze del passato. Witnesses and*

emersione della società di massa il processo e le sue verità vengono investiti da una *pressione* senza precedenti per dimensioni e centralità del fenomeno. La crescente *attenzione* dell'opinione pubblica ai riti e, per certi versi, alle tecniche, modifica il rapporto tra gli apparati di giustizia e la società nel suo insieme.

La *giustizia in pubblico* è una struttura costituzionale dello Stato liberale. Essa è intimamente collegata al tema/problema del costituzionalismo liberale¹⁶ inteso come teoria e pratica istituzionale di limitazione e regolazione politico-giuridica dei poteri pubblici di governo allo scopo di garantire ambiti di autonomia definiti da diritti e libertà. La giustizia "liberale" deve però fare i conti con il *paradosso della libertà*¹⁷. I regimi liberali si fondano sul riconoscimento legale dei diritti di libertà (di espressione attraverso la stampa, di associazione, di riunione ecc.). Tuttavia – e qui sta il paradosso – questi diritti di libertà possono essere usati "contro" il governo o per minacciare l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato. Le libertà sono fondamentali per garantire una forma adeguata di governo in pubblico ma nello stesso tempo pongono il problema della tensione, strutturale anch'essa, tra ordine e libertà.

In un lavoro del 1990, *La giustizia per i galantuomini*¹⁸, dedicato al regime del carcere preventivo tra Otto e Novecento, ho cercato di enucleare – analizzando un istituto particolarmente sensibile per il tema della garanzia – l'aporia originaria del pensiero e della pratica liberali: la formazione del campo di tensione ordine/libertà, ovvero tra un bene "politico", la sicurezza e la tranquillità della società, e il diritto dell'individuo alla propria sfera di libertà¹⁹. Lo Stato liberale è il risultato, complesso e contraddittorio, *in progress*, di un processo di superamento dello Stato "senza costituzione e senza pubblico". Esso deve legittimare il pluralismo delle opinioni ma poi incontra molte difficoltà nel fare i conti con le forme di "alternatività" e dissenso che nascono al di fuori dei confini dello Stato monoclasse che poggia sulla *libertà proprietaria*²⁰ e quindi su una ben delimitata base sociale, elettorale, politica²¹. La stessa cultura del moderatismo liberale tende a scorgere nella dimensione del conflitto un motivo di potenziale disordine e di insicurezza.

Fin da subito la classe dirigente liberale si è trovata a dover affrontare il "paradosso della libertà". Lo Stato nazionale è di "diritto" se dà segni di discontinuità rispetto al passato ma la libertà, cardine costituzionale, può essere usata contro "le libertà costituzionali" (e il governo). Che fare allora? E come operare per non cadere in questa trappola? La vicenda dello Stato liberale in Italia ci interpella sul problema dei differenti livelli di legalità che rappresentano un elemento di *imprinting* e un «tratto permanente» del sistema giuridico liberale²². E' tra XVIII e XIX secolo che si fa strada un *altro* livello della legalità che tende a separare la prevenzione e la pericolosità sociale

testimonies of the past, 19, 2011, 3, pp. 453-468; *Alle origini di un matrimonio difficile: processo penale e opinione pubblica*, in *Processo e informazione*, a cura di L. Garlati, G.E. Vigevari, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 13-44.

¹⁶ Su questa categoria v. L. LACCHÈ, *Il costituzionalismo liberale*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, ottava appendice, *Diritto*, *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, dir. P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2012, pp. 294-301.

¹⁷ Utilizza questa espressione M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, ora in ID. *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia*, cit., I, p. 501.

¹⁸ L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano, Giuffrè, 1990.

¹⁹ SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 501.

²⁰ Su questa espressione L. LACCHÈ, *Il nome della "libertà". Tre dimensioni nel secolo della Costituzione*, in *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, a cura di F. Bambi, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 29 e ss..

²¹ Per alcune osservazioni U. ALLEGRETTI, *Dissenso, opposizione politica, disordine sociale: le risposte dello Stato liberale*, in *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. 717-756.

²² Sul cd. doppio livello di legalità v. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., I, p. 524; ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in ID. *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia*, cit., I, pp. 596-597, anche pp. 647, 654-655.

dall'ordine giuridico "normale". Questo secondo livello opera spesso "al di là della legge"²³, quella legge formale che dovrebbe assorbire la totalità della garanzia giuridica.

Il concetto di doppio livello – che mette in crisi il principio di legalità inteso come monolite – contribuisce a identificare la tensione che si instaura tra forme e dimensioni diverse della legalità: i codici e le leggi di pubblica sicurezza, i codici e le leggi di eccezione, la legge generale e universale e le concrete specifiche individualizzazioni. Quel concetto descrive i meccanismi che fanno prevalere in determinati casi l'opportunità politica sulla regola giuridica e sui "principi", comprimendo diritti e garanzie. Questo è, a ben vedere, un nodo interno al "problema penale liberale" che forse ci aiuta a capire meglio anche le traiettorie e le vicende personali di singoli giuristi. Non è tanto o solo una questione di coesistenza, in singoli autori, di pagine "liberali" e pagine "autoritarie", quanto piuttosto del concreto dimensionamento dello *statuto costituzionale della libertà e dello Stato* che attraversa la cultura liberale. Non è solo una questione di "affiancamento" (come ha sottolineato Mario Sbriccoli), perché investe la struttura "mentale" e operativa dell'ordine liberale. Da strumento *interno* e integrato (come nell'esperienza degli ordinamenti giuridici pre-liberali) l'eccezione diventa elemento *esterno*, «spazio di sospensione dell'ordine giuridico»²⁴.

Per esempio, lo studio delle *zone grigie* nei sistemi penali costruiti lungo il XIX secolo attorno al principio di legalità²⁵, ci rivela un paesaggio più complesso e problematico destinato a conservarsi anche nello sviluppo del penale e della giustizia nelle società democratiche. Tale paesaggio ci permette di cogliere meglio quella sorta di *actio finium regundorum*, evocata dai giuristi, per distinguere lo spazio non controverso del principio di legalità dalla zona ibrida della difesa sociale, del penale amministrativo, delle misure di sicurezza, attraverso forme di attenuazione, deroga, eccezione. Lo Stato liberale, per contrastare antagonisti e *disturbers*, opera sulla linea di confine, crea zone grigie, "zone franche" (rispetto ai postulati del garantismo liberale), "sottrazioni" che però continuano ad avere come termine dialettico il principio di legalità. In questo modo è possibile conservare un legame tra il diritto penale e le libertà pubbliche, legame certo controverso, ma comunque collegato ad un ordine giuridico inclusivo.

La parola libertà, dunque, non può essere indagata solo attraverso il lessico delle dichiarazioni e delle costituzioni. Ha ragione Francesco Carrara – campione del liberalismo "giuridico" – quando dice che il «giure penale» è il contesto privilegiato nel quale le "grandi parole" vengono scarnificate e sono costrette a "vivere" nella realtà. Nel *penale* il principio di legalità è posto di fronte alla prospettiva *politica* del liberalismo costituzionale e del garantismo²⁶.

3. La spazio giudiziario e il processo politico.

In questo contesto, che ruolo riveste il processo come luogo di giustizia, di rappresentazione e di repressione delle forme di conflitto politico, all'interno della più ampia struttura tensiva ordine/libertà? In particolare qui interessa cogliere la specificità delle logiche, delle strutture processuali che diventano esse stesse protagoniste del cd. rapporto politica/giustizia. In tal senso il campo della giustizia non è solo oggetto e "vittima" della politica ma è in vari modi "performativo" e può determinare la misura di quel rapporto.

Seguiamo ancora una volta la lucida analisi di Kirchheimer. Lo studioso di origine tedesca opera una distinzione tra la giustizia che persegue fini politici negli Stati liberali e la costruzione

²³ *Beyond the statute law: the "grey" government of criminal justice systems. History and Theory in the moderne age*, a cura di L. Lacchè, M. Stronati, Macerata, eum- Edizioni Università di Macerata, 2011.

²⁴ M. MECCARELLI, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica*, in «Quaderni storici», XLIV, 2, 2009, p. 501.

²⁵ Su questo profilo ha recentemente riflettuto M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento*, in «Quaderni Fiorentini», 36, 2007, I, pp. 743-798.

²⁶ Cfr. L. LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il «liberalismo giuridico». Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in «Quaderni Fiorentini», 36, 2007, I, pp. 623-655.

della giustizia politica negli Stati totalitari. «Una differenza consiste anche in questo, che i governi degli Stati di diritto non sono incondizionatamente nella situazione di poter calcolare in precedenza il punto di approdo di tali processi penali. Non possono impedire all'accusato di presentare prove non autorizzate, né hanno sufficiente influenza sui tribunali per ottenere sempre i risultati sperati»²⁷. Puntare sulla giustizia per contrastare idee e avversari politici è un rischio: si può ottenere un verdetto favorevole da utilizzare in chiave di affermazione e di propaganda, ma può anche avvenire il contrario. Gli «avversari» possono utilizzare il processo per muovere accuse al governo o a istituzioni politicamente sensibili. «In tal modo gruppi esclusi dal potere possono influenzare le opinioni politiche dei loro concittadini e tentare di rimuovere dai loro posti chi detiene il potere ovvero di mantenere lontani dal potere gruppi rivali»²⁸.

Qui le tecniche e le strutture processuali sulle quali poggia la «giustizia» sono tutt'altro che irrilevanti. Non si riescono a comprendere le giuste osservazioni di Kirchheimer se non le inseriamo dentro precisi quadri storici. Nel corso del XIX secolo la principale «macchina» della giustizia è quella del cd. «processo misto», struttura che offre un'immagine immediata e icastica del grande compromesso tra ordine e libertà che segna il secolo, partendo dal laboratorio postrivoluzionario francese. Tale formula «processo misto» – con una terminologia che sembra voler sottolineare l'ambiguità di fondo – descrive una struttura dualistica che separa e al tempo stesso combina, giustappone, una fase istruttoria, dominata dal segreto, dalla scrittura, e da un marginalissimo contraddittorio difensivo, con la fase, dopo il rinvio a giudizio, di raccordo e di svolgimento dibattimentale informata, così si dice, ai canoni della pubblicità, dell'oralità, del contraddittorio. Ciò che nella fase «costruttiva» del processo appare lo strumentario indispensabile per scovare rei e delitti, in quella «critica» appare una dotazione tecnica che si trasforma nel suo opposto. Sembrerebbe la quadratura del cerchio. Ma basta leggere un po' meglio questo «schema» per rendersi conto della preponderanza della dimensione istruttoria (e delle relative giurisdizioni) nello svolgimento del processo²⁹. Il ruolo marginale della difesa tecnica viene così legittimato dalla presenza di «garanzie» burocratiche. Uno degli effetti è che l'istruzione preparatoria viene in realtà caricata di sovrapposizioni e di «duplicazioni». Se l'attenzione si concentra sul codice penale italiano del 1865 – che ben rappresenta un erede scomodo, vituperato, novellato (ma, come accade in Italia, longevo) – si vedrà che il dualismo tra pubblico ministero e giudice istruttore ne è uno dei caratteri salienti.

L'ipertrofia istruttoria – che non lascia indenne il giudizio – è il segno della *lunga durata* di una cultura dell'autorità che lo Stato liberale (e i liberali) non lasciano tramontare, trasformandolo in sentimento di ordine e di sicurezza. E' un processo che tematizza il campo di tensione individuo/autorità, facendo convivere in maniera contraddittoria e complessa ragioni e logiche contrastanti. Uno dei paradossi (che conferma l'estrema fragilità dello statuto *pratico* dei diritti di libertà nella costituzione materiale del XIX-XX secolo) è che la fase genetica di formazione della prova e quindi *già* della verità processuale – quella più esposta a errori e deviazioni – è in buona misura sottratta al contraddittorio e risponde ad una logica di ordine asimmetrico, mentre la fase di discussione/dibattito e di giudizio «definitivo» sulla prova è informata ai principi dell'ordine isonomico, ma è la sostanziale separatezza e la riconduzione ad una gerarchizzazione favorevole all'asimmetria (istruttoria) a rendere arduo un equilibrio accettabile tra le ragioni dell'ordine e quelle della libertà garantita.

Malgrado ciò (e, aggiungerei, proprio in virtù di ciò), la fase dibattimentale del giudizio si carica di molte valenze. E se c'è un luogo che sembra diventare l'*epicentro* di questo *mondo nuovo* – sempre più «spettacolare», fatto di «processi clamorosi» e di «processi infiniti», in grado di

²⁷ KIRCHHEIMER, *Giustizia Politica*, cit., p. 7.

²⁸ Ivi, p. 8.

²⁹ Cfr. A. FONTANA, *Il vizio occulto. Nascita dell'istruttoria*, in *Il vizio occulto. Cinque saggi sulle origini della modernità*, Ancona, Transeuropa, 1989, pp. 49-83.

sollecitare curiosità e riflessioni, questo è la Corte d'assise. Malgrado le tare³⁰ che inficiano la piena esperibilità dei principi del metodo accusatorio (oralità, pubblicità, contraddittorio), resta il fatto che non esiste altro spazio giudiziario in grado di esprimere simbolicamente le modalità di presenza dell'opinione pubblica nel giudizio³¹. Se il processo in Corte d'assise è il processo *par excellence*, ciò lo si deve non solo a ragioni tecniche, ovvero alla maggiore gravità dei reati, al fatto che l'assise ha una competenza esclusiva e che le sue sentenze sono inappellabili, ma anche e soprattutto alla pluralità e alla singolarità degli "attori" che in essa sono chiamati ad operare in un contesto fortemente ritualizzato. Secondo taluni, proprio la struttura dicotomica del processo misto favorirebbe il successo dei processi celebri e della relativa letteratura. La fase segreta è fonte di illazioni, invenzioni, curiosità. Quando infine si arriva all'assise «[...] tutte le anime sono tese, tutti gli occhi sono rivolti verso lo spettacolo che sta per incominciare, dopo una messa in scena così lunga e così faticosa»³².

Le Corti di assise sono scene "teatrali", affollate, spazi giudiziari destinati ad acquisire, tra Otto e Novecento, un peculiare carattere di identità nazional-popolare. Aggiungiamo la presenza della giuria e la sua specifica competenza per avere un quadro completo. E la giuria in assise nasce, nella cultura e nell'immaginario liberale, come "giudice" dei reati di "indole politica", reati politici in senso stretto o tali per il tipo di allarme sociale che possono determinare. La giuria (che dovrebbe rappresentare saggiamente l'opinione pubblica) viene introdotta in Italia, nel Piemonte costituzionale del 1848, per conoscere i reati di stampa, per poi fare il suo ingresso definitivo nel 1859 nella neonata Corte d'assise e continuare poi il suo viaggio, difficile e controverso, per tutta la vicenda dello Stato liberale.

Nel 1874 Pietro Nocito individua nelle assise, in una delle prime monografie pubblicate dopo l'emanazione della legge organica sui giurati, il paradigma del processo in un ordinamento liberale «[...] perché nei giudizi davanti alle medesime si sviluppano ed applicano nel modo il più completo tutte le regole del giudizio orale». Nocito anzi auspica, in una visione progressiva delle istituzioni liberali, «che alla procedura delle Corti d'assise si possa aprire più largo campo, secondo che i popoli liberi saranno meglio apparecchiati all'istituzione del giuri»³³.

Questo auspicio di Nocito, condiviso da altri penalisti liberali, specie nei primi anni dopo il 1874, sottolinea la necessaria centralità costituzionale della Corte d'assise, determinata non soltanto dalla presenza della giuria ma ancor prima dal suo complessivo assetto processuale e istituzionale. Eppure, nell'esperienza concreta si possono scorgere dinamiche che riducono o annullano, a seconda dei casi, la centralità dell'assise. Una prima dinamica opera sul crinale regola/eccezione. Se è vero che la competenza dell'assise poggia storicamente sul criterio dell'*indole politica* dei reati, nondimeno essa è sottoposta a deroghe molto significative. Già negli anni Cinquanta – quando non esiste ancora la Corte d'assise – la legge del 26 febbraio 1852³⁴ sottrae alla giuria, per evidenti ragioni di politica internazionale, il reato di offesa contro i sovrani e i capi dei Governi esteri. Si pensi però soprattutto alla legge 19 luglio 1894 n. 315, la cd. legge contro gli anarchici, ampiamente

³⁰ Sulle quali cfr. L. LACCHÈ, *Un luogo «costituzionale» dell'identità giudiziaria nazionale: la Corte d'assise e l'opinione pubblica (1859-1913)*, in *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. Colao, L. Lacchè, C. Storti, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 77-120.

³¹ Questa dimensione del processo è poco presente alle considerazioni di M. R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, Il Mulino, 1991 (trad. it. di ID., *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*, New Haven-London, Yale University Press, 1986), pp. 314 e ss., che pur coglie efficacemente la lunga durata della logica *non-adversarial*. Non bisogna dimenticare che l'attuazione di scelte politiche non è incompatibile con forme di risoluzione dei conflitti tipiche dello Stato liberale.

³² S. SIGHELE, *Letteratura tragica*, Milano, Treves, 1906, p. 267.

³³ P. NOCITO, *La Corte d'Assise. Esposizione teorica e pratica delle relative leggi di procedura ed ordinamento giudiziario compresa la legge sui Giurati 8 giugno 1874*, Roma, Tip. Eredi Botta, 1874, pp. 3-4.

³⁴ Su questo dibattito del 1852 e sulle critiche della Sinistra v. M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1846-1876)*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 87. Vedi anche P. VICO, *Giurati*, in *Il Digesto italiano*, Torino, Utet, 1900-1904, vol. XII, pp. 573 e ss..

utilizzata per contrastare l'attività politica del movimento socialista, che agli artt. 1 e 3 elimina la competenza della Corte d'assise per le ipotesi di istigazione a delinquere e l'apologia dei reati commessi a mezzo stampa. Nella crisi di fine secolo, dopo alcuni episodi degli anni '70 e '80, si fa strada, sul fronte repressivo, l'idea dell'"inadeguatezza" dell'assise nella lotta contro il dissenso politico e, sul fronte avverso, si reclama invece la piena specializzazione della giuria per i reati d'indole politica e un aggiornamento della competenza secondo le nuove istanze sociali³⁵. Inoltre, il ripetuto riaffiorare di condizioni "emergenziali" nella storia dell'ordinamento penale italiano limita la "centralità" dell'assise attraverso il ricorso alla giurisdizione penale militare conseguente alla dichiarazione degli stati d'assedio.

Anche in Francia sul finire del secolo, analogamente a quanto accade in Italia, la legge 12 dicembre 1893 modifica la disciplina sulla stampa e la legge 28 luglio 1894 assegna ai tribunali correzionali la competenza per l'istigazione a delinquere rispetto ai crimini e ai delitti contro la sicurezza dello Stato³⁶. La Cassazione, dagli anni Ottanta, ha delimitato progressivamente la competenza delle giurie nei delitti di stampa³⁷. Non meraviglia quindi il rilievo di Jean Cruppi: «Le motif en est connu: c'est qu'une grande partie des faits qualifiés crimes par le code sont soustraits au jury, et dirigés vers les Tribunaux de police correctionnelle; et cela grâce à un procédé extra-légal, mais toléré et même encouragé par les circulaires ministerielles»³⁸. Le cifre parlano da sole: se tra il 1826 e il 1850 le cause discusse davanti alle corti d'assise erano circa 5000 all'anno, nel 1891 sono scese a 2932³⁹, mentre sono quasi 200.000 le sentenze emesse dai tribunali correzionali.

La correzionalizzazione può quindi diventare uno strumento per limitare la "centralità" politica della corte d'assise. Come già rilevato, essa diventa *correzionalizzazione legale* ad uso politico (legge 19 luglio 1894 n. 315) quando si tratta di sottrarre alle giurie e allo spazio giudiziario "costituzionale" dell'ordine liberale i reati commessi dagli anarchici. La *simpatia* "liberale" verso i rei politici (che include anche il principio di non estradizione e un ricorso costante e strategico agli istituti di clemenza) deve fare i conti con l'*uso* che del processo in assise viene fatto dall'antagonismo politico-sociale⁴⁰. Basta seguire l'andamento dei processi in Corte d'assise che si svolgono nel corso degli anni '70 contro le azioni "insurrezionali" degli internazionalisti per vedere come il processo possa essere orientato agevolmente in senso "eliminativo", come efficace "processo del nemico". La "simpatia" dei giurati, il ruolo forte dei collegi di difesa, una costruzione spesso difettosa o manifestamente "politica" dell'accusa possono portare a sostanziali fallimenti⁴¹. Le amnistie fanno il resto. Il processo contro i contadini mantovani de "La Boje!" – che si svolge nel 1886 presso la Corte d'assise di Venezia – e che molto deve alla difesa di Enrico Ferri, testimonia parimenti la natura "critica" dello spazio giudiziario e ne rivela la indubbia potenzialità

³⁵ Cfr. per es. V. OLIVIERI, *L'articolo 3 della legge eccezionale 19 luglio 1894 e la competenza del giuri*, in «La Scuola Positiva», IV, 1894, pp. 840-848. Sarà il codice del 1913 (art. 14, n. 5) a restituire tale competenza – in un disegno di ampliamento generale – alla Corte d'assise.

³⁶ Sulla correzionalizzazione legale di fine secolo in Francia, anche con riferimento alla repressione del movimento "anarchico", cfr. soprattutto J. P. MACHELON, *La République contre les libertés? Les restrictions aux libertés publiques de 1870 à 1914*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences politiques, 1976, pp. 432 e ss.. Su tale fenomeno in Italia, v. LACCHÈ, *Un luogo «costituzionale» dell'identità giudiziaria nazionale: la Corte d'assise*, cit., pp. 87 e ss.. Per una comparazione v. M. MECCARELLI, *Outside society: political emergency, widening of the penal system and regimes of legality in the late Nineteenth century. A comparison between Italy and France*, in *Beyond the statute law*, cit., pp. 21-46.

³⁷ B. SCHNAPPER, *Le jury français aux XIX et XXème siècles*, in *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, ed. by A. Padoa Schioppa, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, p. 215.

³⁸ J. CRUPPI, *La Cour d'Assises*, Paris, Calmann Lévy, 1898, p. 3.

³⁹ Nel periodo 1906-1910 non superano le 2252 unità. Cfr. F. LOMBARD, *Les jurés. Justice représentative et représentation de la justice*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 266: «On y voit les résultats des efforts conjugués du Ministère Public et des juridictions d'instruction, et l'efficacité de la correctionnalisation judiciaire».

⁴⁰ SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale*, cit., II, pp. 735 e ss..

⁴¹ G. BERTI, *La sovversione anarchica in Italia e la risposta giudiziaria dello Stato (1874-1900)*, in «Quaderni Fiorentini», 38, 2009, I, pp. 579 e ss..

“mediatica” e propagandistica⁴². L’atteggiamento verso internazionalisti e anarchici inizia a cambiare dopo i fatti del 1878 (le bombe di Firenze e Pisa dopo l’attentato di Passannante contro Umberto I). Tuttavia lo spazio giudiziario dell’assise continuò a rivelarsi “pericoloso” e la riconduzione *per interpretationem* dei gruppi anarchici all’interno della capiente figura dell’“associazione di malfattori” favorì la “correzionalizzazione” della giurisdizione e il ricorso a pene più “certe”⁴³. Dopo i moti insurrezionali dei Fasci siciliani e di Lunigiana tra il 1893 e il 1894, assistiamo ad una nuova fase culminante con le leggi crispine 314, 315 e 316 del 1894 che portarono rapidamente ad un uso macroscopico del domicilio coatto (applicato per via amministrativa dalle commissioni provinciali) e allo scioglimento delle associazioni anarchiche, socialiste e operaie. Collocare i delitti degli anarchici nella categoria del delitto “comune” significava assoggettarli ad una strategia di de-politicizzazione (a prevalente carattere giurisprudenziale) e quindi ad una giustizia che si allontanava dal tradizionale sentimento di “simpatia”⁴⁴. Se la specialità di indole politica veniva depotenziata, era la logica della *sterilizzazione* a prevalere: i rei mossi da finalità politiche in realtà avrebbero agito alla stregua dei *malfattori* comuni, immeritevoli di trattamenti di favore⁴⁵.

E proprio nella crisi di fine secolo assistiamo alla più ampia connessione tra il ricorso allo stato d’assedio e la giurisdizione dei tribunali militari. Alle origini dello Stato liberale c’è l’*imprinting* della repressione del brigantaggio postunitario – fenomeno complesso di indole sociale ma con evidenti risvolti di natura politica e di violazione dell’ordine pubblico⁴⁶ – che collega il regime di stato d’assedio e la giustizia *extra-ordinem* introdotta, su moduli antichi, dalla legge Pica del 15 agosto 1863⁴⁷.

Il tema della giustizia espeditiva, “rigorosa”, non negoziabile, che comprime inevitabilmente libertà e garanzie è destinato a diventare la più problematica “zona grigia” dell’ordinamento liberale. Lo stato d’assedio politico o fittizio e il ricorso a leggi speciali rappresentano un tema fondamentale per la concreta attuazione degli istituti costituzionali e per quello della storia dello spazio giudiziario in Italia, specialmente sul finire dell’Ottocento⁴⁸. Un tema che propone con forza la tensione tra regola e eccezione nell’ordinamento penale. Sarà Santi Romano a tentare di riportare la “specialità” “dentro il diritto”⁴⁹ – per delimitare il mero terreno dell’arbitrario – ma rimarrà insoluto il problema del rapporto tra ordine giuridico e spazio di sospensione. Il *paradosso della*

⁴² SBRIICOLI, *Il diritto penale sociale*, cit., II, pp. 850-851. Questa vicenda è stata ricostruita da P. PASSANITI, *Diritto, lavoro e sciopero. Il processo ai contadini mantovani de «La Boje!»*, in *Processo penale e opinione pubblica*, cit., pp. 343-376.

⁴³ BERTI, *La sovversione anarchica in Italia*, cit., p. 590.

⁴⁴ V. le osservazioni di SBRIICOLI, *Dissenso politico e diritto penale*, cit., II, pp. 790 e ss..

⁴⁵ Cfr. A. BOLDETTI, *La repressione in Italia: il caso del 1894*, in «Rivista di storia contemporanea», 4, 1977, pp. 481-515; R. CANOSA, A. SANTOSUOSSO, *Magistrati, anarchici e socialisti alla fine dell’Ottocento in Italia*, Milano, Feltrinelli, 1981; A. SCIUMÉ, *Garanzie legali e misure arbitrarie nell’Italia fin de siècle: i processi agli anarchici, ovvero dell’errore impossibile*, in *Error iudicis. Juristische Wahrheit und justizieller Irrtum*, hrsg. von A. Gouron, L. Mayali, A. Padoa Schioppa, D. Simon, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1998, pp. 233-256; E. DIEMOZ, *A morte il tiranno. Anarchia e violenza da Crispi a Mussolini*, Torino, Einaudi, 2011, pp. 63-66, 145-146.

⁴⁶ A. CERNIGLIARO, *Sviluppi sistematici del concetto di ordine pubblico nell’Ottocento italiano*, in *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacchè, C. Latini, P. Marchetti, M. Meccarelli, Macerata, eum-Edizioni Università di Macerata, 2007, pp. 309-327.

⁴⁷ Su questo tema, anche per i rinvii bibliografici, v. M. STRONATI, *Il brigante tra antropologia e ordine giuridico: alle origini di un’icona dell’uomo criminale nel XIX secolo*, in «Quaderni Fiorentini», 38, 2009, I, pp. 967-981.

⁴⁸ Su tutto ciò rinvio a C. LATINI, *Governare l’emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005; F. COLAO, *Il principio di legalità nell’Italia di fine Ottocento tra «giustizia penale eccezionale» e «repressione necessaria e legale...nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale»*, in «Quaderni Fiorentini», 36, 2007, I, pp. 699-742; C. LATINI, *La sentenza ‘dei giornalisti’. Repressione del dissenso e uso dei tribunali penali militari durante lo stato d’assedio nel 1898*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio*, cit., pp. 243-277; EAD., *Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Otto e Novecento*, Firenze, Le Monnier, 2010.

⁴⁹ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d’assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in «Rivista di diritto pubblico», 1909, I, ora in *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 296.

*libertà*⁵⁰ definisce un contesto istituzionale e concettuale nel quale l'affermazione delle libertà e delle garanzie e le zone grigie di prevenzione e repressione coesistono, come dimostrato anche dai processi ai giornalisti e ai deputati che sul finire del secolo vengono sottoposti alla giurisdizione del tribunale di guerra.

4. *La giustizia politica e il fascismo.*

Nel contesto liberale il tema del “processo politico” è connesso al problema dell'emersione, della gestione, neutralizzazione e ricomposizione del conflitto. Il processo politico è una parte, più o meno significativa, del problema/paradosso che nasce dal dissenso politico. E' vero, come sostiene Otto Kirchheimer, che nello Stato liberale di diritto lo spazio giudiziario può essere “utilizzabile” solo in parte per fini di giustizia politica e con indubbi rischi, tuttavia il vero focus deve essere posto sulla dinamica interno/esterno che lega e separa al tempo stesso regola ed eccezione. Questo tipo di problema viene superato solo nel contesto della giustizia politica “totalitaria” del XX secolo che istituzionalizza forme di giustizia del nemico. Anche in questo caso l'esperienza italiana è molto significativa.

E' tra il 1924 e il 1925 – dopo la crisi legata al rapimento e all'assassinio di Giacomo Matteotti - che il fascismo oltrepassa la linea del paradosso della libertà, costitutivo dell'ordine liberale. Mussolini inaugura la fase della dittatura a “viso aperto”⁵¹. Nel suo celebre discorso del 3 gennaio 1925 alla Camera dei deputati, il capo del governo assunse la responsabilità politica e morale per l'omicidio Matteotti. Una delle conseguenze fu, sul piano istituzionale, l'emanazione dell'insieme delle *Leggi fascistissime* che rafforzarono in maniera decisiva le politiche volte a contrastare e reprimere ogni forma di opposizione al regime. Subito dopo la dichiarazione di decadenza, nel novembre 1926, di 124 deputati appartenenti a tutte le “opposizioni”, la Camera fascista approvò gli otto articoli della legge n. 2008, *Provvedimenti per la difesa dello Stato*. Con questa normativa veniva istituito il Tribunale speciale per la Difesa dello Stato, composto da ufficiali dell'Esercito e della milizia volontaria⁵². La Corte doveva applicare la procedura penale per il tempo di guerra e le sue sentenze non erano soggette a ulteriori gravami. Un decreto del 1926⁵³ specificò subito alcune disposizioni. La legge reintrodusse in Italia la pena di morte per alcuni reati politici; il semplice tentativo veniva equiparato al delitto consumato per colpire ad ampio raggio ogni forma di dissenso. La pena capitale doveva avere finalità intimidatorie ma anche rivestire un'importante funzione simbolica⁵⁴. Al contrario del “debole” Stato liberale del codice Zanardelli⁵⁵, il fascismo voleva riaffermare l'”autorità” dello Stato.

La procedura davanti al Tribunale speciale stabiliva regole speciali. Il presidente della corte, per esempio, poteva escludere gli avvocati di parte o negare la possibilità di consultare i documenti raccolti nella fase istruttoria. Tutti i più gravi reati contro la personalità dello Stato ricadevano nella

⁵⁰ A ben vedere, questo paradosso (qui osservato nello specifico dei dispositivi giuridici) sarà, in chiave antidemocratica e poi totalitaria, al centro di tutta la riflessione di Carl Schmitt e del complesso “corpo a corpo” intellettuale tra gli “allievi” di sinistra e il pensatore di Plettenberg per un recupero critico di categorie “liberali”, tanto più nel contesto delle democrazie sociali del dopoguerra. Sul punto v. W.E. SCHEUERMAN, *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law*, Cambridge, MIT Press, 1994.

⁵¹ A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965, cap. 2.

⁵² Per un ampio ragguaglio bibliografico v. LATINI, *Cittadini e nemici*, cit., p. 342. Sulla Milizia volontaria per la sicurezza nazionale, C. POESIO, *Reprimere le idee abusare del potere. La milizia e l'instaurazione del regime fascista*, Roma, Aracne, 2010.

⁵³ R. D. 12 dicembre 1926, n. 2062, *Norme per l'attuazione della legge 25 novembre 1926, n. 2008 sui provvedimenti per la difesa dello Stato*. Questo decreto fu modificato dal R.D. n. 380 del 1928.

⁵⁴ S. SKINNER, *Tainted law? The Italian Penal Code, Fascism and democracy*, in «International Journal of Law in context», 7, 4, 2011, p. 429. Vedi C. SCHWARZENBERG, *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, Milano, Mursia, 1977, pp. 88 e ss. e soprattutto G. TESSITORE, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano, Franco Angeli, 2000.

⁵⁵ L. LACCHÈ, *Un code pénal pour l'Unité italienne: le code Zanardelli (1889). La genèse, le débat, le projet juridique*, in *Le pénal dans tous ses états. Justice, Etats et Sociétés en Europe (XIIe-XXe siècles)*, a cura di R. Levy, X. Rousseaux, Bruxelles, Publications de l'Université Saint-Louis, 1997, pp. 303-319.

competenza del nuovo tribunale. Gli imputati non potevano godere della libertà provvisoria e i procedimenti potevano essere riaperti al manifestarsi di nuove prove⁵⁶.

Nel novembre 1925, dopo una serie di attentati contro il Duce, le risposte principali furono la nuova legge di pubblica sicurezza (n. 1848, 6 novembre) e il Tribunale speciale. La prevenzione e la repressione erano due facce della stessa medaglia⁵⁷. Nella sua relazione al parlamento, il Guardasigilli Alfredo Rocco – *deus ex machina* dell'operazione – sottolineava che la legislazione in vigore era inadeguata per prevenire i reati e dare la giusta risposta all'opinione pubblica «con una ragionevole e severa punizione dei reati commessi [...]»⁵⁸. L'opinione pubblica, nella narrazione di Rocco, voleva misure straordinarie. «Il regime, attaccato in ciò che ha di più sacro, difende se stesso», commentava il deputato Manaresi presentando alla Camera il testo di legge⁵⁹. Nel novembre 1926 Mussolini portava a compimento il suo *18 Brumaio*⁶⁰ e instaurava definitivamente il regime fascista.

Questo passaggio è di rilievo per almeno due questioni: il rapporto con la teoria e la pratica dello Stato liberale, la “natura” del fascismo come regime totalitario. Sono innegabili alcuni tratti di continuità tra il fascismo e l'età liberale considerata nei suoi elementi più “autoritari”. Il nuovo regime consolidò tecniche e strumenti preventivi e repressivi già elaborati e sperimentati. Ma, come detto, mentre l'ordine politico liberale riconosceva, per statuto, la dialettica libertà/autorità, l'ordine politico fascista, dopo il 1925-26, superò tale visione. Ora era possibile, almeno a livello formale, solo una condizione di conformità o di piena soggezione al regime⁶¹. Lo “Stato totalitario” ricomprendeva un ampio e complesso campo semantico⁶². Nel 1923 Giorgio Amendola si riferì per primo allo spirito totalitario del fascismo. Era giunto il tempo, disse Mussolini nel 1925, di “fascistizzare” la nazione italiana⁶³.

In questo contesto variegato di politiche di prevenzione e di repressione⁶⁴, la “legalità fascista” – in via di forte svuotamento sul piano formale e sostanziale⁶⁵ – incorporò l'emergenza nel suo modo di essere⁶⁶. L'istituzione di un Tribunale speciale – sebbene per un periodo di cinque anni – rifletteva una diversa idea di giustizia politica. Nel 1931 – anno nel quale la corte d'assise veniva riformata eliminando la tanto criticata giuria, sostituita dal collegio unico formato da due togati e da cinque giudici popolari nella veste di “assessori”⁶⁷ – il Tribunale speciale fu prorogato per altri cinque anni, con modifiche significative. Ora essa dipendeva direttamente dal capo del governo, che ne nominava i giudici, e non più dal ministro della guerra. Il nuovo codice penale assorbiva e sistemava in maniera più organica le fattispecie previste dalla legge del 1926. In questo modo il

⁵⁶ Cfr. C. LONGHITANO, *Il Tribunale di Mussolini (Storia del Tribunale Speciale 1926-1943)*, Quaderni dell'Anppia, s.l., s.a., pp.75 e ss.; TESSITORE, *Fascismo e pena di morte*, cit., pp. 220-229, 303-308.

⁵⁷ AQUARONE, *L'organizzazione*, cit., pp. 95-101. V. anche W. EDER, *Das italienische Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato und der deutsche Volksgerichtshof*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002, pp. 65 e ss..

⁵⁸ Atti parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXVII, prima sessione, Discussioni, 9 Novembre 1926, vol. VII, 6380.

⁵⁹ Ivi, 6389.

⁶⁰ Così R. DE FELICE, *Mussolini il fascista. L'organizzazione dello Stato fascista, 1925-1929*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 220-221.

⁶¹ Sul discorso fascista v. S. SKINNER, *Violence in Fascist Criminal Law Discourse: War, Repression and Anti-Democracy*, in «International Journal of Semiotic Law», 2012 (DOI 10.1007/s11196-012-9296-3).

⁶² P. COSTA, *Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in «Quaderni Fiorentini», 28, 1999, I, pp. 61-174.

⁶³ Per una sintesi S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 25-32.

⁶⁴ Cfr. G. NEPPI MODONA, M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali 12: La criminalità*, cit., pp. 757-847; M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in «Quaderni Fiorentini», 28, 1999, II, pp. 817 e ss..

⁶⁵ G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in «Quaderni Fiorentini», 36, 2007, II, pp. 983-1005.

⁶⁶ E. FRAENKEL, *The Dual State. A contribution to the theory of dictatorship*, Oxford, Oxford University Press, 1941.

⁶⁷ R. ORLANDI, *La riforma fascista delle corti d'assise*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 225-240.

Tribunale speciale ne diventava il giudice “naturale”. La corte aveva rappresentato quindi anche un laboratorio di sperimentazione di figure e strumenti che trovarono poi una definitiva sistemazione nella struttura codicistica.

Nel maggio 1931, durante il dibattito parlamentare sulla proroga temporale del tribunale, il deputato Caprino chiese che esso diventasse permanente, nella convinzione che solo un potere giudiziario pienamente politico potesse giudicare i delitti politici⁶⁸. Nel 1934 il Presidente del tribunale Guido Cristini ne propose a Mussolini la trasformazione in corte ordinaria per tutti i più gravi crimini, politici ma anche comuni. Cristini riteneva poco efficaci le corti di assise. Il *duce* non accolse la richiesta⁶⁹ e la corte speciale fu soppressa solo il 29 luglio 1943, dopo la caduta del fascismo⁷⁰. Nel 1935 il tribunale veniva visto come un «organo rivoluzionario» chiamato a contrastare l'antifascismo. La corte sarebbe dovuta restare come «istituzione normale e permanente del Regime»⁷¹. Fernando Verna proponeva di eliminare gli attributi di tribunale “speciale” e “temporaneo” per farlo diventare semplicemente il Tribunale per la difesa dello Stato, il solo in grado di centralizzare la lotta contro ogni tipo di opposizione. Nello stesso anno Silvio Longhi⁷² parlò di una corte speciale *permanente*, sebbene formalmente dovesse la sua esistenza a proroghe di cinque anni.

L'istituzione del Tribunale speciale ha fatto pensare che il regime non controllasse a fondo il potere giudiziario⁷³. In realtà, il fascismo aveva seguito alcune tracce lasciate dallo Stato liberale. Interventi mirati di epurazione e di “avanzamento”, una più accentuata gerarchizzazione aprirono la strada alla progressiva fascistizzazione del giudiziario. Il regime poteva avere dubbi su singoli magistrati ma aveva strumenti sufficienti per tenere sotto controllo il potere giudiziario. Rivolgendosi alla Camera dei Deputati, il ministro Rocco lodava nel 1929 la forte presenza dello “spirito fascista” nella magistratura⁷⁴.

L'istituzione della Corte speciale nel 1926 suggerisce ulteriori motivazioni. Il regime colse l'occasione degli attentati portati contro Mussolini tra il 1925 e il 1926 per creare un tribunale *ad modum belli*⁷⁵ dalla dichiarata natura politica. Nel 1944, dopo la caduta del fascismo, Mario Berlinguer evidenziò la natura settaria e repressiva del tribunale ma riconoscendo anche alcuni profili di “moderazione” nel suo operato⁷⁶. Non si può certo trascurare il fatto che il tribunale fosse un tassello importante della più complessiva macchina repressiva del regime. Più di 12.000 persone furono sottoposte al confino di polizia, l'«arma silenziosa» del regime.⁷⁷ Questa misura

⁶⁸ Atti parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXVII, prima sessione, Discussioni, 20 maggio 1931, pp. 4809 e ss..

⁶⁹ AQUARONE, *L'organizzazione*, cit., pp. 102-103.

⁷⁰ Fu poi reintrodotta nella Repubblica Sociale Italiana e operò sino all'aprile 1945 nei territori occupati dai nazisti.

⁷¹ F. VERNA, *Difendere lo Stato*, in «Rivista Penale», VI, 1935, p. 459.

⁷² S. LONGHI, *Tribunale speciale permanente*, ivi, pp. 817-819.

⁷³ Cfr., *Il processone*, a cura di D. Zucàro, Roma, Editori Riuniti, 1961, pp. 13 e ss..

⁷⁴ V. i lavori di G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, a cura di G. Quazza, Torino, Einaudi 1973, pp. 143 e ss.; *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Penale Giustizia Potere*, cit., pp. 373-378; *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, cit. Per una lettura recente A. L. KLINKHAMMER, *Was there a fascist revolution? The function of penal law in fascist Italy and in Nazi Germany*, in «Journal of Modern Italian Studies», 15, 3, 2010, pp. 391-393; A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 145 e ss..

⁷⁵ I giudici applicavano il codice penale militare per il tempo di guerra. L'art. 441 assegnava al presidente grandi poteri e durante il dibattimento poteva compiere ogni atto che ritenesse utile per scoprire la verità. La procedura era rapida e limitava i diritti della difesa.

⁷⁶ M. BERLINGUER, *La crisi della giustizia nel regime fascista*, Roma, Migliaresi, 1944, p. 11.

⁷⁷ *L'Italia al confino. Le ordinanze di assegnazione al confino emesse dalle Commissioni provinciali dal novembre 1926 al luglio 1943* a cura di A. Dal Pont, S. Carolini, Milano, La Pietra, 1983, 4 voll.; D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, Jovene, 1996; P. CARUCCI, *Confino, soggiorno obbligato, internamento, sviluppo della normativa*, in *I campi di concentramento in Italia: dall'internamento alla deportazione 1940-1945*, a cura di C. Di Sante, Milano, Franco Angeli, 2001, pp. 5-20; KLINKHAMMER, *Was there a fascist revolution?*, cit., pp. 399-402; e soprattutto C. POESIO, *Il confino fascista. L'arma silenziosa del regime*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

amministrativa, insieme ad un uso politico dell'ammonizione e della sorveglianza speciale, applicati a 160.000 soggetti, rappresentava il *day by day* della politica di controllo. Inoltre, se compariamo le nove sentenze a morte fatte eseguire dal Tribunale speciale in tempo di pace con le circa 5.200 esecuzioni capitali del *Volksgerichtshof*, la corte del popolo, introdotta da Hitler dopo che il processo di "rottura"⁷⁸ contro i presunti incendiari del *Reichstag* si era rivelato un fallimento⁷⁹, il confronto non può che colpire.

Lutz Klinkhammer ha recentemente osservato che il Tribunale speciale «in effect, it was a showcase that was used for the conviction of defendants or deeds interpreted as particularly dangerous and/or important in order to scare the public and deter imitation»⁸⁰. La nascita del tribunale – al di là degli effetti concreti – incideva fortemente sull'assetto complessivo dell'ordinamento repressivo e instaurava un *ordine costituzionale di giustizia politica*. Il Tribunale divenne un "hub" strategico. La commissione istruttoria della corte, da un punto centrale del sistema, poteva far processare, rilasciare gli imputati ma anche "spostarli" nella sede dei tribunali ordinari. La nuova corte poteva così "razionalizzare" e graduare la repressione, a seconda delle necessità, degli orientamenti, degli *input* provenienti dal regime. In questo senso il Tribunale non era solo una «vetrina»: era, piuttosto, una "cabina di regia". Ma ciò significa che il Tribunale Speciale deve essere visto, anch'esso, come uno *spazio* all'interno del quale il regime e il suo vero braccio armato, la polizia politica, poteva portare a *conclusione* trame e strategie flessibili che dipendevano da diversi fattori: il momento, la qualità dell'opposizione e la sua natura ideologica, i risvolti internazionali⁸¹.

Vertice della piramide del sistema di giustizia politica, la sua esistenza non lasciava indenne l'ordinamento repressivo. Strumento centralizzato ma flessibile (poteva operare come una sorta di corte "itinerante"), solo un terzo dei denunciati furono giudicati dal Tribunale e dei 5.619 accusati, l'80% (4.596) subì condanne⁸². Insomma, i numeri contano ma non dicono tutto.

Dal 1925-1926 il regime volle non solo togliere di mezzo i suoi oppositori: intese anche sancire e dichiarare un autentico cambiamento. Il rapporto causa-effetto tra gli attentati al duce e l'istituzione del Tribunale speciale è evidente. Ma, guardando più in profondità, la corte era uno strumento capace di mettere in luce la *natura politica e rivoluzionaria* del regime⁸³. Si può dire che il Tribunale possedeva una spiccata *rilevanza costituzionale*. Lo stesso carattere militare del Tribunale deve probabilmente essere visto nella giusta luce se si considera che dopo il 1928, quando la Corte cominciò ad essere più "efficiente", un buon numero di magistrati (in funzione di accusatori e di giudici istruttori) fu reclutato dalla magistratura ordinaria.

Oltre all'aspetto operativo – combattere il dissenso –, non bisogna trascurare l'aspetto "simbolico". Senza il soccorso del simbolo e di un rituale, il "diritto" non avrebbe consistenza⁸⁴.

⁷⁸ L'espressione è usata da J. VERGÈS, *De la stratégie judiciaire*, Paris, Les Editions de Minuit, 1968.

⁷⁹ EDER, *Das italienische Tribunale*, cit., pp. 85 e ss..

⁸⁰ KLINKHAMMER, *Was there a fascist revolution?*, cit., p. 395.

⁸¹ L. VERDOLINI, *La trama segreta. Il caso Sandri fra terrorismo e polizia politica fascista*, Torino, Einaudi, 2003, pp. 308-309.

⁸² G. DE LUNA, *Tribunale speciale per la difesa dello stato*, in *Dizionario del fascismo*, a cura di S. Luzzatto, V. De Grazia, Torino, Einaudi, 2002, II, pp. 738-741.

⁸³ Di questo era ben consapevole il guardasigilli ALFREDO ROCCO, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato fascista* (Roma, La Voce, 1927), p. 7. Cfr. G. VASSALLI, *Passione politica di un uomo di legge*, in A. Rocco, *Discorsi parlamentari*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 49; P.A. CAVALIERE, *Il diritto penale politico in Italia dallo Stato liberale allo Stato totalitario. Storia delle ideologie penalistiche tra istituzioni e interpretazioni*, Roma, Aracne, 2008, p. 438; E. GENTILE, *Violenza e milizia nel fascismo alle origini del totalitarismo in Italia*, in *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, a cura di E. Gentile, F. Lanchester, A. Tarquini, Roma, Carocci, 2010, p. 39; G. SIMONE, *Il Guardasigilli del regime. L'itinerario politico e culturale di Alfredo Rocco* Milano, Angeli, 2012, p. 181.

⁸⁴ Su tutto ciò rinvio a A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, R. Cortina Editore, 2007 (trad. it. di ID., *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Editions Odile Jacob, 2001), p. 53.

Usare procedure legali per scopi politici fonda l'idea che la giustizia (ma anche il suo contrario, la non-giustizia) sia parte integrante di una strategia di rappresentazione del regime.

Nello Stato liberale italiano – come abbiamo visto – lo spazio giudiziario *pubblico* poteva diventare “inadeguato” per contrastare fenomeni “criminali” di evidente rilevanza politica. La nuova giustizia del regime fascista non teme di affermare e mostrare la sua natura politica. Un potere assoluto può facilmente eliminare i suoi nemici per via amministrativa ma ha bisogno di costruire legami con le masse e suggerire narrazioni. Lo scopo di questi processi⁸⁵ è di promuovere e costruire verità attorno ad azioni più o meno pericolose per il regime. La sentenza è importante ma solo se arriva dopo il processo, cioè dopo che l'azione ha assunto una “forma giudiziaria”. La “giustizia” è parte integrante dell'«esperimento totalitario»⁸⁶. «Per concludere, - osserverà nel 1939 Giuseppe Maggiore - diremo che il senso ultimo dello Stato totalitario è la totalitarietà della *politica*»⁸⁷. Non è un ossimoro dire che i nemici hanno “diritti”. La giustizia come azione politica è uno spazio importante per affermare la “verità” del regime. Diversamente dallo Stato liberale, il Nuovo Ordine istituisce un Tribunale speciale per affermare il primato del politico nel campo della giustizia.

Gli studi più recenti⁸⁸, supportati anche da nuove importanti fonti documentarie, sui processi del Tribunale speciale – a cominciare dal cd. “Processone” contro i capi comunisti⁸⁹ – mostrano quanto sia comunque importante la “forma giudiziaria”. La gestione del processo contro Gramsci, Terracini e gli altri leader svela i meccanismi di questo tipo di giustizia dichiaratamente politica. Essa rappresenta una forma “giudiziaria” di relazione contraddittoria ma produttiva tra politica e giustizia, tra potere e diritto, specialmente nei momenti di “transizione”.

Se nella vicenda dello Stato liberale i “processi politici” possono esprimere un'idea di giustizia politica, essi tuttavia rimangono parte della dialettica ordine/libertà. Durante il fascismo il Tribunale speciale sancisce, nella continuità, l'avvenuta trasformazione e la “forma giudiziaria”, per dirla con Tocqueville, «dà corpo alle ombre». Gli spazi e le forme giudiziarie ci fanno vedere che se «[...] politica e giustizia non nacquero sorelle [...]»,⁹⁰ come ebbe a dire «sventuratamente convinto» Francesco Carrara nelle ultime pagine del suo *Programma*, nondimeno volerle separare sarebbe come voler negare l'evidenza di un conflitto che avvicina e al tempo stesso allontana potere e diritto.

⁸⁵ Per un quadro di sintesi M. FLORES, *L'età del sospetto. I processi politici della guerra fredda*, Bologna, Il Mulino, 1995; DEMANDT, *Processare il nemico*, cit.

⁸⁶ E. GENTILE, *Fascism in power: the totalitarian experiment*, in *Liberal and fascist Italy*, ed. by A. Lyttelton, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 139-174. Cfr. R. J. B. BOSWORTH, *The Italian Dictatorship. Problems and perspectives in the interpretation of Mussolini and Fascism*, London, Arnold, 1998, pp. 9-10.

⁸⁷ G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in «Rivista italiana di diritto penale», 11, 1939, pp. 140 e ss., poi in SCHWARZENBERG, *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, cit., p. 279.

⁸⁸ L. D'ALESSANDRO, *I dirigenti comunisti davanti al tribunale speciale*, in «Studi storici», 2, 2009, p. 485. Sulle fonti, anche per una lettura più approfondita delle famose lettere di Ruggero Grieco ai leader in carcere, cfr. G. VACCA, *Vita e pensieri di Antonio Gramsci 1926-1937*, Torino, Einaudi, 2012, pp. 63-74, 93; L. CANFORA, *Gramsci in carcere e il fascismo*, Roma, Salerno, 2012, pp. 50-55.

⁸⁹ *Il processone*, cit.; *L'Italia dissidente e antifascista. Le Ordinanze, le Sentenze istruttorie e le Sentenze in Camera di consiglio emesse dal Tribunale speciale fascista contro gli imputati di antifascismo dall'anno 1927 al 1943*, a cura di A. Dal Pont, S. Carolini, Milano, La Pietra, 1980, vol. II.

⁹⁰ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1871, VIII, § 3939, p. 635.