

PAOLA BALESTRERI, *Sulla codificazione penale alla fine del Settecento : l'"Allgemeines Landrecht"*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento» (ISSN: 0392-0011), 10 (1984), pp. 9-44.

Url: <https://heyjoe.fbk.eu/index.php/anisig>

Questo articolo è stato digitalizzato dal progetto ASTRA - *Archivio della storiografia trentina*, grazie al finanziamento della Fondazione Caritro (Bando Archivi 2021). ASTRA è un progetto della Biblioteca Fondazione Bruno Kessler, in collaborazione con Accademia Roveretana degli Agiati, Fondazione Museo storico del Trentino, FBK-Istituto Storico Italo-Germanico, Museo Storico Italiano della Guerra (Rovereto), e Società di Studi Trentini di Scienze Storiche. ASTRA rende disponibili le versioni elettroniche delle maggiori riviste storiche del Trentino, all'interno del portale [HeyJoe](#) - *History, Religion and Philosophy Journals Online Access*.

This article has been digitised within the project ASTRA - *Archivio della storiografia trentina* through the generous support of Fondazione Caritro (Bando Archivi 2021). ASTRA is a Bruno Kessler Foundation Library project, run jointly with Accademia Roveretana degli Agiati, Fondazione Museo storico del Trentino, FBK-Italian-German Historical Institute, the Italian War History Museum (Rovereto), and Società di Studi Trentini di Scienze Storiche. ASTRA aims to make the most important journals of (and on) the Trentino area available in a free-to-access online space on the [HeyJoe](#) - *History, Religion and Philosophy Journals Online Access* platform.

## Nota copyright

Tutto il materiale contenuto nel sito [HeyJoe](#), compreso il presente PDF, è rilasciato sotto licenza [Creative Commons](#) Attribuzione–Non commerciale–Non opere derivate 4.0 Internazionale. Pertanto è possibile liberamente scaricare, stampare, fotocopiare e distribuire questo articolo e gli altri presenti nel sito, purché si attribuisca in maniera corretta la paternità dell’opera, non la si utilizzi per fini commerciali e non la si trasformi o modifichi.

## Copyright notice

All materials on the [HeyJoe](#) website, including the present PDF file, are made available under a [Creative Commons](#) Attribution–NonCommercial–NoDerivatives 4.0 International License. You are free to download, print, copy, and share this file and any other on this website, as long as you give appropriate credit. You may not use this material for commercial purposes. If you remix, transform, or build upon the material, you may not distribute the modified material.



# Sulla codificazione penale alla fine del Settecento: l'«Allgemeines Landrecht»

di Paola Balestreri

1. Il passaggio dal sistema del diritto comune al sistema codicistico non si realizzò in materia penale attraverso il brusco salto di qualità che caratterizzò nel diritto privato l'affermazione generalizzata in Europa del modello legislativo rappresentato dal *Code civil*, ma presentò fasi diverse di transizione, in cui una serie di modelli alternativi si affacciarono nel dibattito dei giuristi e nelle legislazioni degli Stati, rendendo più incerta e più mossa la preistoria dei moderni codici penalistici. La stagione settecentesca delle riforme costituì un momento di vivaci contrasti sui fondamenti ultimi del diritto di punire e sullo scopo della pena, ma anche di decisivo affinamento delle tecniche repressive<sup>1</sup>, e sembra perciò ritrovare una inattesa attualità nella impostazione di molti aspetti del 'problema penale', quale viene oggi discusso dalla storiografia e dalla scienza giuridica sotto l'incalzare delle drammatiche esperienze contemporanee e della pubblicistica che le commenta. L'analisi dei codici penali della seconda metà del secolo XVIII, dei tentativi di codificazione, dei progetti, dei dibattiti che li accompagnarono, è parsa anzi a taluno particolarmente istruttiva in questa nostra 'età della decodificazione', «segnata da moduli di produzione normativa e da forme di particolarismo giuridico per qualche verso assimilabili a quelli che l'età della codificazione si propose di superare»<sup>2</sup>. La riflessione su tali discussioni e su tali testi, non ancora uniformati al modello codicistico francese e al mito creatosi intorno ad

<sup>1</sup> Cfr. soprattutto G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 383-557. Un quadro delle ricerche condotte in Italia nell'ultimo decennio sulla storia del diritto penale nel Settecento è offerto da A. CAVANNA, *La storia del diritto moderna (sec. XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983, pp. 117-33, del quale v. anche *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975; ed inoltre E. CORTESE, *Esperienza scientifica. Storia del diritto italiano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina 3-8 novembre 1981, Milano 1982, pp. 787-858 (cfr. pp. 815, 833-35).

<sup>2</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Lettura della Leopoldina. Un'analisi strutturale*, relazione tenuta a Pontignano nel giugno 1983, nell'ambito del ciclo di seminari sulla

esso, offrirebbe insomma una serie di spunti utili anche per valutare in una prospettiva più ricca gli stessi possibili sviluppi del diritto positivo odierno.

Nelle pagine che seguono si esaminerà la sezione penale dell'*Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten* del 1794 (ALR)<sup>3</sup>, che rappresenta, accanto alla Riforma leopoldina del 1786<sup>4</sup> e al Codice giuseppino del 1787<sup>5</sup>, uno dei prodotti più rilevanti dell'assolutismo illuminato in materia penale. Non potranno essere ripercorse invece le travagliate e del resto note vicende che portarono alla promulgazione del codice prussiano, né ci si potrà soffermare sulle discus-

Riforma criminale toscana del 1786 organizzati dall'Istituto di storia del diritto italiano dell'Università di Siena.

<sup>3</sup> Circa la bibliografia in lingua tedesca sull'ALR si rimanda in generale a quella premessa da G. BERNERT alla nuova edizione del testo del codice curata e introdotta da H. HATTENAUER, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794* (Textausgabe), Frankfurt a.M.-Berlin 1970, pp. 41-50. Per quanto riguarda il diritto penale contenuto nel titolo 20°, cfr. S. SALMONOWICZ, *Das Strafgesetz des Preussischen Landrechts vom Jahre 1794. Versuch einer allgemeinen Bewertung*, in «Archivum Iuridicum Cracoviense», XIII, 1980, pp. 75-98; i vari saggi di E. SCHMIDT, ora ripubblicati, in *Beiträge zur Geschichte des preussischen Rechtsstaates*, Berlin 1980, oltre ai paragrafi dedicati all'ALR nella sua *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen 1965<sup>3</sup>; infine H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. II, Karlsruhe 1966, pp. 444-47. In lingua italiana, interessanti considerazioni sul *Landrecht* — e ulteriori riferimenti bibliografici — si trovano in G. TARELLO, *Assolutismo*, cit., pp. 489 ss.; E. BUSSI, *Stato e amministrazione nel pensiero di Carl Gottlieb Svarez*, Milano 1966, pp. 47 ss.; M. DA PASSANO, *Un autografo inedito di Honoré-Gabriel Riqueti comte de Mirabeau: l'Analyse raisonnée du projet d'un nouveau Code Prussien*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», VI, 1976, pp. 87 ss.; I. CERVELLI, *Ceti e assolutismo in Germania. Rassegna di studi e problemi*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento», III, 1977, pp. 431-512.

<sup>4</sup> Sulla Riforma della legislazione criminale toscana cfr. S. SALMONOWICZ, «Leopoldina» il Codice penale toscano dell'anno 1786, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», s. III, XIII, 1969, pp. 173-96, che costituisce uno dei capitoli dell'opera *Prawo karne oswiekonego absolutyzmu. Z dziejow kodifikacji przelomu XVIII-XIX w.* (Il diritto penale dell'assolutismo illuminato. Per la storia delle codificazioni penali tra il XVIII e il XIX secolo), Torún 1966; V. PIANO MORTARI, *Tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana nel secolo XVIII*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», s. III, VI, 1952-53, pp. 285-387; M. DA PASSANO, *La giustizia penale e la riforma leopoldina in alcuni inediti di Condorcet*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», V, 1975, pp. 351-451. V. inoltre la nota 2.

<sup>5</sup> Sul Codice generale sopra i delitti e le pene (*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*) cfr. H. CONRAD, *Zu den geistigen Grundlagen der Strafrechtsreform Josephs II. (1780-1788)*, in *Festschrift H.v.Weber*, Bonn 1963, pp. 66 ss. e A. CAVANNA, *La codificazione penale*, cit., pp. 29 ss.

sioni e sulle interpretazioni sviluppatasi intorno ad esso già durante la fase di progettazione, e prolungatesi poi per tutto il secolo XIX ed oltre. Ci si limiterà piuttosto a considerare alcune soluzioni date dal legislatore prussiano alle questioni fondamentali del diritto penale del tempo, allo scopo di individuarne le caratteristiche rispetto alle scelte operate da codificatori contemporanei, caratteristiche legate alla peculiare struttura dello Stato prussiano e alla tipicità del suo sviluppo nell'età moderna<sup>6</sup>.

2. Le carenze sistematiche e concettuali delle legislazioni penali dell'età del tardo diritto comune erano connesse alla particolare configurazione che l'attività normativa del sovrano aveva assunto all'interno dell'ordinamento giuridico statale, alla sua funzione prevalentemente regolatrice della procedura, delle forme in cui l'attività degli organi della giustizia si doveva esplicare<sup>7</sup>. Assai più timide quando si trattava di creare nuovo diritto sulla base di mutate premesse teoretiche, le ordinanze regie apparivano più decise nel perseguire lo scopo di raccogliere e riordinare il diritto già esistente per facilitarne l'applicazione. In esse era certo presente una precisazione e specificazione delle figure delittuose, una catalogazione di esse, come pure l'introduzione di nuovi divieti, ma tali aspetti sostanziali del diritto penale erano spesso concepiti in maniera strumentale rispetto all'attività del giudice, come presupposto della sua decisione. In un sistema quale quello del diritto comune, caratterizzato da un forte elemento di 'giurisprudenzialità' e di 'supplenza della legislazione' da parte degli interpreti, l'intervento normativo del sovrano mirava soprattutto a regolare quegli aspetti procedurali, decisivi per l'applicazione del diritto, nei quali maggiormente si rivelavano i difetti e le disfunzioni del meccanismo giudiziario e riguardo ai quali apparivano insufficienti i rimedi endogiurisprudenziali,

<sup>6</sup> Per la storia dell'incidenza dell'ALR nella società prussiana durante il Vormärz cfr. R. KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution*, Stuttgart 1975<sup>2</sup>. Sulla esperienza statualistica prussiana e sul suo carattere di vicenda rappresentativa di un più ampio e generale processo — la formazione dello Stato moderno in Occidente — cfr. P. SCHIERA, *La Prussia tra polizia e «lumi»: alle origini del «Modell Deutschland»*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico», I, 1975, pp. 51-84.

<sup>7</sup> Cfr. S. SALMONOWICZ, *Die neuzeitliche europäische Kodifikation (16.-17. Jahrhundert). Die Lehre und ihre Verwirklichung*, in «Acta Poloniae Historica», XXXVII, 1978, pp. 29-69, p. 61, e, soprattutto, G. KLEINHEYER, *Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung*, Tübingen 1968, pp. 8 ss.

che ordinariamente assicuravano soluzioni accettabili ai problemi dell'amministrazione della giustizia.

Lo scopo principale di tali atti di legislazione era dunque una nuova e più efficace regolamentazione del processo penale: soprattutto per la complessa materia delle prove si rendeva necessario fissare o ribadire i criteri elaborati dalla scienza in base ai quali il giudice poteva procedere all'applicazione della pena. Perciò, di fronte alla difficoltà di adottare il sistema classico di prova legale, la legislazione intervenne sovente a disciplinare tutta una serie di eccezioni e di soluzioni di compromesso, tra le quali soprattutto il ricorso alla pena straordinaria in mancanza di una prova piena, che riducevano al minimo, specialmente per certi delitti, il rischio dell'insufficienza di prova<sup>8</sup>.

Tali caratteri erano del resto presenti già nella *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), in cui mancava una separazione tra il diritto penale materiale e il diritto formale: i due ambiti del diritto vi erano concepiti in modo unitario e regolati secondo uno schema processuale<sup>9</sup>. Ampio spazio vi era dedicato al diritto probatorio e in particolare alla prova per indizi, mentre il livello empirico di sviluppo della tecnica della codificazione si rivelava nell'elaborazione delle fattispecie per esempi concreti più che per astrazione logica, nel carattere descrittivo e casistico delle norme.

L'insufficienza della sistematica penalistica e della precisione concettuale nella *Carolina* continuò a persistere nelle legislazioni territoriali degli Stati tedeschi, e la costruzione di tale sistematica fu solo il prodotto di una lunga evoluzione attuata dalla scienza giuridica ad opera di importanti penalisti quali Carpzov, Böhmer, Engau, Kemmerich ed altri. Nell'ambito della pratica un'azione unificante ed uniformante vi fu, per l'autorità che le decisioni dei tribunali sassoni acquisirono grazie

<sup>8</sup> Su questi aspetti del sistema del diritto comune cfr. G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli 1979.

<sup>9</sup> Cfr. G. KLEINHEYER, *Vom Wesen der Strafgesetze*, cit., pp. 3 ss. La mancanza di una distinzione chiara tra il diritto sostanziale e il diritto processuale caratterizzò le legislazioni penali successive, fino alla riforma di Leopoldo in Toscana. Mentre però in questa — come pure nella *Peinliche Halsgerichtsordnung* per la Boemia e la Slesia del 1707, e nel *Landrecht* prussiano promulgato da Federico Guglielmo I nel 1721 — l'ordine seguito era quello del processo, nel *Codex juris Bavarici criminalis* del 1751 e nella *Constitutio criminalis Theresiana* del 1768 veniva data la precedenza, in tutto o in parte, al diritto penale materiale rispetto alla disciplina processuale.

all'opera di Carpvov e alla sua diffusione in tutti i territori germanici. Tuttavia nella prima metà del Settecento prevaleva ancora un orientamento praticistico, e solo con lentezza il metodo logico-deduttivo del giusnaturalismo riuscì ad imporsi come fondamento di una nuova e organica ricostruzione della scienza penalistica e ad operare efficacemente ai fini della riforma della legislazione<sup>10</sup>.

Per esempio il *Preussisches Revidiertes Landrecht* del 1721, che costituisce l'immediato precedente storico della codificazione prussiana del 1794 e una delle prime espressioni della tendenza dell'assolutismo verso l'unificazione territoriale del diritto, oltre a rivolgersi fondamentalmente alle autorità incaricate della persecuzione dei delitti<sup>11</sup>, non faceva alcun riferimento, per quanto riguarda il diritto sostanziale, ai progressi che la scienza giuridica, da Grozio in poi, aveva conseguito nella classificazione dei reati. Al pari delle legislazioni prussiane precedenti, esso seguiva nell'ordine legale principalmente il Decalogo, con la sua tipica successione dei reati, da quelli di lesa maestà (divina e umana) all'omicidio, dai reati contro la morale al furto e al reato di falso<sup>12</sup>. Inoltre la concezione teocratica del potere sovrano, propria di Federico Guglielmo I, condusse a rafforzarvi le istanze retributive e a inasprirvi le pene previste dalla *Carolina*<sup>13</sup>.

Fu solo con i numerosi rescritti e *Kabinettsordres* di Federico II, a cominciare dall'importante provvedimento del 1740 che aboliva la tortura giudiziaria, che le idee illuministiche presero a esercitare una in-

<sup>10</sup> Sulla storia del diritto penale in Germania nei secoli XVI e XVII e, in particolare, sugli influssi del giusnaturalismo sulla scienza e sulla legislazione, cfr., oltre alle opere di SCHMIDT e di CONRAD citate alla nota 3, D. OEHLER, *Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*, Münster 1950, pp. 71 ss.; O. FISCHL, *Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts*, 1913 (Neudruck Aalen 1981); M. A. CATTANEO, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*, Ferrara 1974.

<sup>11</sup> Esso regolava infatti prima il processo e poi il diritto sostanziale. G. KLEINHEYER, *Vom Wesen der Strafgesetze*, cit., pp. 6-7, nega il carattere di norma diretta ai sudditi dello Stato, attribuita al *Landrecht* nella patente di promulgazione, fosse estensibile al diritto penale, dove invece — se si escludono alcuni obblighi di denuncia e alcuni nuovi divieti relativi ai reati contro l'onore e al duello — il cittadino era preso in considerazione solo in quanto delinquente oggetto dell'attività dei giudici.

<sup>12</sup> Cfr. D. OEHLER, *Wurzel, Wandel und Wert*, cit., pp. 81, 90 ss.

<sup>13</sup> Cfr. E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 247; e soprattutto, dello stesso autore, *Die Kriminalpolitik Preussens unter Friedrich Wilhelm I. und Friedrich II.* (1914), ora ripubblicato in *Beiträge*, cit., pp. 391-446.

fluenza sul sistema penale prussiano. Vi trovarono infatti consistente ascolto le istanze umanitarie e quelle relative ad una maggiore proporzionalità tra i reati e le pene, suggerendo una generale mitigazione di queste ultime e una prima formulazione della loro finalità di prevenzione speciale, non solamente nel senso della neutralizzazione del reo, ma anche della sua correzione e risocializzazione.

Occorre tuttavia valutare con cautela questa «Milderung der Strafe», comunemente apprezzata come carattere distintivo e 'progressivo' dell'azione fridericiana, e in generale di tutto l'assolutismo illuminato. Non vi è dubbio infatti che accanto alle finalità umanitarie intervennero intenti di razionalizzazione e distribuzione più capillare dell'autorità del sovrano: scopi insomma di politica interna dipendenti dalla ormai acquisita consapevolezza che la 'dolcezza' della pena e il suo adeguamento alla gravità del reato, invece di depotenziare, avrebbero rafforzato l'apparato repressivo statale, aumentandone la credibilità e la funzionalità. Allo stesso modo, ad esempio, l'azione di prevenzione degli infanticidi e le varie misure in favore delle madri nubili, considerate spesso come prova di 'modernità' e sensibilità sociale della legislazione di Federico, non possono del tutto occultare lo sfondo di politica demografica che le ispirava, dettata sia dal mito 'popolazionista' che caratterizzò l'assolutismo tedesco nel secolo XVIII, sia da esigenze di guerra e di reclutamento di nuove leve nell'esercito<sup>14</sup>.

Una mitigazione delle pene fu attuata soprattutto nei reati contro la proprietà, riguardo ai quali in particolare la politica criminale di Federico Guglielmo I aveva segnato un inasprimento: nel 1743 Federico II abolì la pena di morte nel caso di furto commesso senza violenza alle persone e nel 1753 la stessa pena fu abolita per il reato di bracconaggio (*Wilddiebstahl*). Nel 1756 furono poi apportate notevoli limitazioni alla pena dell'infamia, suggerite dalla esigenza di facilitare il reinserimento del delinquente all'interno della società. Infatti il marchio di infamia determinava una situazione di isolamento tale da spingere quasi sempre i colpiti da questa pena nella recidività criminale.

In generale, di fronte a una considerevole diminuzione della pena capitale, le riforme fridericiane portarono ad un aumento nell'uso delle pene detentive, anticipando così uno degli aspetti di maggiore novità dell'ALR. Tali riforme, oltre ad incidere, verosimilmente, sulla pratica

<sup>14</sup> Cfr. G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, trad. it. D. Melossi e M. Pavarini, Bologna 1978, pp. 77 ss.

giudiziaria e amministrativa, diedero un notevole impulso alla scienza giuridica, che venne spesso chiamata a collaborare ai numerosi progetti di codice che si susseguirono nella seconda metà del secolo con lo scopo, secondo le istanze illuministiche, di definire un testo chiaro e sintetico, che raccogliesse le norme valide per tutto il regno, eliminando la confusione e sovrapposizione di fonti e stabilendo finalmente un *jus certum* e territoriale<sup>15</sup>. Tuttavia il codice, come è noto, fu promulgato dopo lunghe e faticose vicende solo nel 1794, a otto anni dalla morte del sovrano che ne aveva promosso l'iniziativa. Risultò pertanto diverso dalle originarie aspirazioni: la sua travagliata elaborazione e l'esigenza, avvertita dagli stessi redattori, di adattarne la stesura finale al mutato clima politico determinatosi col nuovo governo, ne modificarono infatti via via la composizione e il disegno<sup>16</sup>.

3. A differenza di ciò che accadde in Toscana e in Austria, dove il diritto penale venne fissato in un corpo breve e autonomo di norme<sup>17</sup>, in Prussia la disciplina «dei delitti e delle pene» (*Von den Verbrechen und deren Strafen*) fu posta a chiusura di quell'imponente opera legislativa costituita dall'*ALR*, e fu compresa prevalentemente nell'ultimo titolo — il 20° della parte II —, contenente ben 1577 paragrafi divisi in 17 capitoli.

La posizione di questa materia alla fine del codice è significativa:

<sup>15</sup> Tra i risultati che si registrarono in quei decenni nell'ambito della scienza giuridica va segnalata l'importanza che sempre più veniva attribuita alla lingua tedesca, e in genere al problema della terminologia, della veste linguistica a carattere nazionale da dare al codice, svincolandosi dal latino della scienza del diritto comune. Cfr. S. SALMONOWICZ, *Die neuzeitliche europäische Kodifikation*, cit., p. 65, il quale ricorda come la breve esistenza del codice penale teresiano del 1768 e di quello bavarese del 1752 fosse determinata proprio dalla lingua latina in cui tali opere legislative erano state redatte.

<sup>16</sup> Ricordiamo qui brevemente le tappe principali che portarono alla promulgazione dell'*ALR*: dopo l'insuccesso del tentativo di codificazione affidato al Cocceius, il re aveva incaricato il Gran Cancelliere e *Chef der Justiz* Johann Heinrich Casimir von Carmer, con due ordinanze del 1780, di preparare una riforma generale del diritto; il primo progetto elaborato da Carl Gottlieb Svarez e da Ernst Ferdinand Klein tra gli anni 1784 e 1788 non fu promulgato, ma rimase alla base dei successivi lavori e del secondo progetto, che, pubblicato nel 1791 con il titolo di *Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten (AGB)*, avrebbe dovuto andare in vigore nel 1792; in seguito ad ulteriori dibattiti e modifiche al codice, richieste soprattutto dal mutato clima creatosi con l'ascesa al trono di Federico Guglielmo II nel 1786, si poté procedere alla definitiva promulgazione solo nel 1794.

<sup>17</sup> Il codice di Giuseppe II era composto di 266 articoli, mentre la riforma di Leopoldo in soli 119 articoli disciplinava sia il processo sia il diritto sostanziale.

l'ampio panorama di prescrizioni giuridiche che regolavano i diversi ambiti della vita sociale era seguito nella parte conclusiva dalle norme penalistiche, che costituivano la conferma e un ulteriore rafforzamento, ottenuto tramite la sanzione penale, dell'ordine giuridico fissato nei titoli precedenti.

In ciò il *Landrecht* non si distaccava dallo schema generalmente seguito nei trattati del diritto comune, nelle consolidazioni sei-settecentesche e nelle opere dei giusrazionalisti tedeschi. Come ha opportunamente rilevato G. Kleinheyer, il concetto stesso di legge che stava a fondamento del codice prussiano forniva i criteri per la sua composizione e giustificava l'impianto adottato dai compilatori. Tale concetto, che fu espresso da Svarez nei suoi *Vorträge*<sup>18</sup>, oltre a spiegare la pluralità dei rami del diritto presi in considerazione dal legislatore, sta alla base della separazione tra il diritto penale materiale e il diritto processuale attuata dalla codificazione del 1794, che disciplinava infatti il solo diritto sostanziale ed escludeva le procedure<sup>19</sup>.

L'essenza della legge era per Svarez quella di porre "diritto privato", dove, in linea con la tradizione wolffiana e con il senso che la locuzione aveva allora in Germania, per "diritto privato" si intendeva ancora tutto il diritto concernente il "privato", il singolo, in contrapposizione al *jus publicum Imperii germanici*<sup>20</sup>. Il "diritto privato", come insieme dei diritti e dei doveri dei singoli cittadini tra loro e nei confronti dello Stato, costituiva il principio unitario che consentiva di collegare in un unico codice materie giuridiche differenti.

Nell'*ALR*, accanto al diritto civile, trovavano quindi spazio altri complessi di norme giuridiche, come il diritto commerciale, il diritto am-

<sup>18</sup> Cfr. C. G. SVAREZ, *Vorträge über Recht und Staat*, hrsg. v. H. CONRAD - G. KLEINHEYER, Köln-Opladen 1960; in parte tradotti, ma non i paragrafi che qui interessano, da E. BUSSI, *Stato e amministrazione*, cit.

<sup>19</sup> Per quanto riguarda il processo civile, venne emanato, quasi contemporaneamente all'*ALR*, un apposito regolamento (*Revidierte Gerichts- und Prozessordnung*, 1793), mentre la disciplina del processo penale restò affidata — fino alla *Kriminalordnung* del 1805 — alla *Kriminalordnung* del 1717, interamente recepita nel *Landrecht* del 1721. G. KLEINHEYER, *Vom Wesen der Strafgesetze*, cit., pp. 15 ss., ricorda come nella legislazione penale austriaca degli anni 1787 e 1788 non fosse stata teorizzata una differenza qualitativa tra le leggi penali sostanziali e le norme di procedura e come la promulgazione separata del codice penale e del codice di procedura fosse stata determinata piuttosto da fattori contingenti.

<sup>20</sup> Cfr. C. G. SVAREZ, *Vorträge*, cit., pp. 612, 230, 483 ss., su cui G. KLEINHEYER, *Vom Wesen der Strafgesetze*, cit., pp. 11-13.

ministrativo, il diritto tributario e infine il diritto criminale, il quale fissava una serie di comandi e di divieti alla cui inosservanza veniva ricollegata una sanzione penale. Dal *Landrecht* andavano invece escluse le norme processuali, in quanto esse non fissavano diritti e doveri per i sudditi, ma regolavano il rapporto tra il potere supremo dello Stato, il *Landesherr*, fonte di tutti i diritti di giurisdizione, e i suoi organi esecutivi<sup>21</sup>. Svarez sottolineava come soprattutto in Prussia (*besonders bei uns*) esse riguardassero essenzialmente il giudice, e non potessero quindi, se non in minima parte, essere inserite in un *Volkskodex*, un codice per il popolo, quale quello che si era progettato e doveva essere introdotto nel regno<sup>22</sup>.

La maggiore rilevanza costituzionale che veniva così ad assumere il diritto sostanziale rispetto al diritto processuale derivava perciò anche dalla particolare soluzione data ai problemi della procedura e delle istituzioni giudiziarie con le riforme di Federico II. Di fronte all'esigenza illuministica di frenare l'arbitrio dei magistrati e di ricondurre alla legge il loro potere, non si era giunti in Prussia, come invece era accaduto in Francia, alla radicale insofferenza verso le componenti tecnico-giuridiche, né alle richieste di una nuova legalità, che comportasse una complessiva costituzionalizzazione delle garanzie. «La tutela di queste veniva assicurata, nel progetto federiciano (ed in buona parte anche in quello giuseppino), attraverso la razionalizzazione degli apparati amministrativi e giudiziari e la sottoposizione dei giudici, resi ormai funzionari, ad una serie di rigidi controlli»<sup>23</sup>.

Se dunque un corollario delle riforme dell'ordinamento prussiano in

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 13-14.

<sup>22</sup> Cfr. C. G. SVAREZ, *Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein?* (1788), in *Vorträge*, cit., p. 632.

<sup>23</sup> Cfr. G. ALESSI, *Questione giustizia e nuovi modelli processuali tra '700 e '800. Il caso leopoldino*, relazione tenuta a Pontignano nel settembre 1984 nell'ambito del ciclo di seminari di cui alla nota 2. In tale conferenza sono state efficacemente contrapposte alla soluzione prussiana le risposte che l'Illuminismo più radicale in Francia e in Italia tentava di dare ai problemi relativi al ruolo della mediazione giuridica e agli strumenti posti a tutela delle garanzie. Effettivamente in questi paesi si diffusero concezioni rivolte ad attenuare la contrapposizione tra garanzia del cittadino e diritti dello Stato e favorevoli a processi di detecnizzazione del giudice, come pure all'idea della partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia realizzata per mezzo dell'istituzione dei giurati. Sulla riforma dell'ordinamento giudiziario in Prussia cfr. lo studio di H. WEILL, *Frederick the Great and Samuel von Cocceji - A Study in the Reform of the Prussian Judicial Administration, 1740-1755*, Madison 1961.

età illuministica era costituito dal permanere di uno stretto legame tra magistratura e governo centrale, l'aspetto costituzional-garantistico del riformismo fridericiano, in certo senso anticipatore dello Stato di diritto, era rappresentato dall'idea stessa di un *Volksgesetzbuch*, un codice diretto al popolo, che consentisse di evitare uno dei pericoli più gravi per la «bürgerliche Freiheit», e cioè che il giudice diventasse legislatore («der Richter wird zum Gesetzgeber») <sup>24</sup>.

L'importanza della codificazione del '94 stava precisamente nell'aver tentato di vincolare il sovrano e i suoi organi alle leggi, e di rafforzare così la sicurezza giuridica dei sudditi, tutelandoli sia dall'arbitrio dell'amministrazione sia dalle decisioni (*Machtsprüche*) sovrane o dal potere padronale dei ceti <sup>25</sup>. Nonostante i problemi di valutazione che il «carattere costituzionale» del *Landrecht* ha posto agli storici <sup>26</sup>, nonostante i ritocchi imposti ai redattori nella stesura finale, che in ogni caso avrebbero fortemente frustrato le eventuali speranze di Svarez di fare della sua opera una sorta di «Ersatzverfassung» <sup>27</sup>, alcuni principi garantistici erano stati recepiti nell'ALR ed erano destinati a valere efficacemente per il futuro <sup>28</sup>.

Anche il diritto penale si manifestava per certi aspetti come un'autolimitazione del potere statale, dal momento che in esso erano fissate le azioni punibili dallo Stato, i criteri secondo i quali andavano determinate le pene per i diversi reati, e i tipi di pena che lo Stato era legittimato a infliggere. Inoltre, una forma di garanzia dei diritti dell'accusato nei confronti del potere punitivo dello Stato era costituito, nell'ambito del titolo 20°, dalla previsione di una serie di reati commessi dai giudici (*Justizbediente*) nelle cause criminali (*in Criminalsachen*), a cominciare dall'inosservanza dell'obbligo di aprire l'inchiesta entro 48 ore dall'arresto del presunto colpevole (§§ 381-398).

<sup>24</sup> Cfr. C. G. SVAREZ, *Inwiefern*, cit., p. 628.

<sup>25</sup> Cfr. R. KOSELLECK, *Preussen*, cit., p. 144.

<sup>26</sup> Cfr. soprattutto G. BIRTSCH, *Zum konstitutionellen Charakter des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*, in *Festschrift für T. Schieder*, München 1968, pp. 97-115.

<sup>27</sup> Cfr. C. G. SVAREZ, *Ueber den Einfluss der Gesetzgebung in die Aufklärung*, in *Vorträge*, cit., p. 635.

<sup>28</sup> Il carattere potenziale del codice è stato sottolineato in modo particolare da R. KOSELLECK, *Preussen*, cit., p. 127, sulla cui valutazione "tendenzialmente apologetica" dell'ALR cfr. le osservazioni critiche di I. CERVELLI, *Ceti e assolutismo*, cit., pp. 479 ss.

In conseguenza della posizione primaria a livello costituzionale assunta dal diritto sostanziale, la sentenza penale non costituiva più, come in precedenza, solamente l'esecuzione della volontà del sovrano, bensì rappresentava la valutazione di un rapporto giuridico preesistente tra lo Stato e il cittadino, preventivamente definito dalle norme penali sostanziali. Il legame del giudice rispetto alla legge non era più solo il legame nei confronti della volontà legislatrice della *Obergewalt* statale, quanto nei confronti del rapporto tra Stato e cittadino fissato nel contratto sociale e nelle leggi positive<sup>29</sup>.

Da questo concetto della legge penale derivava una serie di significative conseguenze in sede normativa, a cominciare dal principio di legalità — «nullum crimen, nulla poena sine lege» —, per il quale era il divieto statale posto nel codice a creare l'antigiuridicità dei comportamenti punibili (§ 9, tit. 20°). Veniva inoltre richiesta la pubblicazione come presupposto di validità della legge, ed era stabilito il divieto di una sua efficacia retroattiva (§ 14, Einl.).

4. L'ambivalenza della codificazione prussiana del '94 è stata individuata nel netto divario tra alcune affermazioni ideologiche legate alla dottrina del diritto naturale e «la gabbia complessiva delle disposizioni concrete» che avevano come fondamento l'antica struttura degli *Stände*. Se pure accoglieva alcuni principi generali che schiudevano l'orizzonte per una libera *Staatsbürgergesellschaft*, una società in cui tutti i cittadini, oltre le distinzioni provinciali e cetuali, fossero posti in un medesimo e immediato rapporto con la costituzione e l'amministrazione statale, il *Landrecht* continuava infatti a riflettere le idee basilari del compromesso strutturale tra sovrano e nobiltà su cui si fondava lo Stato assolutistico. In esso venne effettivamente riproposta nei termini più rigidi la tripartizione gerarchica della società e si manifestò apertamente l'incapacità dell'assolutismo prussiano «di adeguarsi a tempi ed a rapporti sociali nuovi, emergenti fra le pur fitte maglie della società militarizzata e gerarchizzata costruita da Federico Guglielmo I e da Federico II»<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. G. KLEINHEYER, *Vom Wesen der Strafgesetze*, cit., pp. 20-21; E. BUSSI, *Stato e amministrazione*, cit., p. 51.

<sup>30</sup> Le conseguenze, in definitiva dannose per tutti i ceti, di tale immobilismo sociale, sono state poste in luce efficacemente da G. CORNI, *Stato assoluto e società agraria in Prussia nell'età di Federico II*, Bologna 1982, pp. 416 ss.

La «statalizzazione della società per ceti», che pure fu attuata dall'ALR, si accompagnò perciò non di meno alla «codificazione di realtà fondamentale e sostanzialmente antieguitarie»<sup>31</sup>. Posti in una situazione di eguaglianza nei confronti del sovrano, gli individui rimasero tuttavia distinti tra loro in base al ceto.

I limiti del *Landrecht* rispetto alla prefigurazione di un soggetto unico si palesavano già nella forte sottolineatura del dato pluralistico, cetuale e corporativo nella definizione della *bürgerliche Gesellschaft*, la «società dei cittadini» (§§ 2, 6, tit. I, I), come anche nelle oscillazioni linguistiche e nella pluralità di termini presenti nel codice per indicare i destinatari delle norme<sup>32</sup>. Anche lì dove il codice si riferiva in generale ai sudditi (*Untertanen*) e cioè usava un termine cetualmente neutrale — come ad esempio nel titolo 20° relativo al diritto penale o nel 17° relativo alla giurisdizione —, il dato cetuale manteneva una sua efficacia giuridica e una sua realtà incontestabile.

Nella sezione penalistica dell'ALR l'importanza dello *status* soggettivo del reo si palesava innanzitutto nei criteri di applicazione della pena. A tale proposito Svarez aveva affermato esplicitamente che «nella determinazione del tipo di pena si deve aver riguardo a quale classe o a quale ceto appartiene il reo. Questa distinzione non è affatto parzialità, ma si fonda sulla natura della cosa e della stessa pena». Sottolineando i diversi effetti che una stessa pena poteva avere se inflitta a un uomo del popolo o ad una persona di maggiore sensibilità e di più elevata classe sociale, egli giungeva a parificare la pena dei lavori forzati (*Festungsarbeit*) comminata a contadini e a salariati giornalieri, alla pena dell'arresto in fortezza (*Festungsarrest*) per i nobili. Questi ultimi, e con essi gli *Offiziere* e l'*höhere Bürgerstand*, erano in sostanza esentati dal lavoro penale (*Strafarbeit*), mentre per gli strati sociali inferiori erano previste più dure esecuzioni penali<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Cfr. I CERVELLI, *Ceti e assolutismo*, cit., p. 510; R. KOSELLECK, *Preussen*, cit., p. 56.

<sup>32</sup> Sui concetti di *Einwohner*, *Mitglied*, *Untertan* e *Staatsbürger* nell'ALR cfr. l'*Exkurs II* in R. KOSELLECK, *Preussen*, cit., pp. 660-62, in cui è sottolineato tra l'altro come nell'uso linguistico del codice la «sudditanza degli abitanti» («die Untertänigkeit der Einwohner») significasse specialmente la loro sottomissione alla generale e suprema giurisdizione.

<sup>33</sup> Cfr. C.G. SVAREZ, *Vorträge*, cit., p. 380. Queste indicazioni di Svarez furono confermate ai giudici, con ripetuti rescritti, durante tutto il *Vormärz*. Tuttavia, come ha rilevato KOSELLECK (*Preussen*, cit., p. 97), tali differenziazioni nell'esecuzione penale erano sempre più difficili da determinarsi, in quanto gli schemi cetuali

Una particolare tutela era assicurata alle barriere cetuali dalle norme del titolo 20° relative ai reati contro l'onore. Oltre a prevedere pene differenti a seconda del ceto di chi recava l'offesa e di chi la riceveva, il codice distingueva anche riguardo al modo di procedere contro tali reati, stabilendo la perseguibilità d'ufficio delle lesioni all'onore delle classi superiori, mentre le stesse azioni dirette contro i ceti inferiori del *Bauern-* e del *gemeinen Bürgerstand* erano perseguibili solo su querela dell'offeso (§§ 649-656)<sup>34</sup>. La servitù agricola del fondo (*unterthänige Gesinde*) e la servitù in generale aveva scarse probabilità di veder soddisfatte le offese ricevute dal capofamiglia (*Hausvater*) o dal proprietario terriero (*Gutsberr*), anche perché tali offese erano fatte rientrare nell'ambito del potere punitivo (*Züchtigungsrecht*) spettante allo stesso signore (§§ 557, 558)<sup>35</sup>.

Una particolare considerazione e un particolare trattamento era riservato nel titolo 20° ai reati commessi dai funzionari dello Stato, i *Dienern des Staates*. Anche se il codice non li definiva espressamente come ceto, di fatto essi erano presi in considerazione già nel titolo 10° in quanto appartenenti alla burocrazia, a un vero e proprio *Beamtenstand*. In questo titolo, che seguiva quelli relativi all'ordine contadino (tit. 7°), all'ordine cittadino (tit. 8°) e a quello nobiliare (tit. 9°), erano disciplinati i diritti e i doveri degli impiegati statali, ed erano stabiliti tra l'altro alcuni privilegi di cui godevano i detentori di un rapporto di servizio con lo Stato. In particolare, i *königliche Bediente* godevano

a cui facevano riferimento corrispondevano sempre meno alla realtà e alla mobilità sociale dei nuovi tempi.

<sup>34</sup> Cfr. R. KOSELLECK, *Preussen*, cit., pp. 99 ss., il quale ha ricordato come la forte tutela concessa dall'ALR all'onore dei ceti superiori non costituisce solo lo strumento per consolidare l'autorità di tali classi di cittadini più vicini allo Stato, ma avesse anche lo scopo di ricondurre sotto il controllo statale quelle forme di giustizia privata particolarmente diffuse soprattutto tra i militari. La «statalizzazione della difesa dell'onore» non serviva cioè solo a garantire l'ordine cetuale, ma in un certo qual modo anche a dominarlo.

<sup>35</sup> Lo *Züchtigungsrecht*, che spettava inoltre agli insegnanti e ai genitori, poteva essere esercitato per le inadempienze e le trasgressioni di lieve entità (*geringe Vergehungen*) o qualora la servitù si fosse mostrata pigra, disordinata o recalcitrante. Cfr. i §§ 227, 228, tit. 7°, II. Il § 229 stabiliva che con tali punizioni non si doveva tuttavia porre in pericolo la salute né tanto meno la vita del servo. I §§ 559, 560 e soprattutto il § 1074 del titolo 20° fissavano poi un limite allo *Züchtigungsrecht*, vietando che esso comportasse la reclusione per un tempo superiore a 48 ore. Sul carattere feudale dell'istituzione dello *jus castigandi* cfr. l'importante *Exkurs I* inserito da R. KOSELLECK nell'opera citata, pp. 641-59, in cui vengono analizzati gli sviluppi e le restrizioni di tale potere punitivo, considerato come una specifica forma di dominio, durante il *Vormärz*.

della esenzione dalle imposte, e, come i nobili, di un foro privilegiato («eines privilegirten Gerichtsstandes»).

Favorire la burocrazia in quanto gruppo sociale costituiva, come è noto, uno dei mezzi di lotta dello Stato assolutistico nella sua azione di centralizzazione e di affermazione di autorità nei confronti del particolarismo dei ceti territoriali delle province. Tuttavia, di non minore rilevanza nella storia della formazione e del consolidamento di tale gruppo fu lo sforzo esercitato dal sovrano per modellare l'apparato burocratico in base agli interessi generali dello Stato, per farne uno strumento efficiente e funzionale ai suoi scopi di politica interna. In questo senso l'accento posto dal codice prussiano sui doveri di fedeltà e di ubbidienza dei funzionari (fossero essi *Militair-* o *Civilbediente*) era conforme all'azione regia diretta a esaltare lo spirito di sacrificio e di dedizione al bene comune che doveva permeare l'ufficio pubblico.

L'efficienza della burocrazia era raggiunta poi sul piano pratico, anche grazie all'estrema rigidità dei controlli disciplinari, alla severità delle punizioni e alla responsabilizzazione diretta dei funzionari. Le norme penali dell'*ALR* evidenziavano quest'ultimo aspetto, dal momento che fissavano, già nei paragrafi introduttivi del titolo 20°, particolari obblighi di prevenzione e una particolare responsabilità in capo alle autorità e ai superiori (*Obrigkeiten und Vorgesetzte*) per i reati commessi dalle persone che erano loro sottoposte. A tale responsabilizzazione diretta delle autorità, derivata dal fondo di sentimenti di tipo etico che caratterizzava il ruolo dei funzionari e dal loro compito specifico «di mantenere e promuovere la sicurezza, l'ordine e il benessere dello Stato» (§ 1, tit. 10°, II), corrispondeva il rischio di pene più elevate, a volte addirittura raddoppiate, per i reati da loro commessi<sup>36</sup>.

Tra le altre differenze soggettive, rilevanti per il diritto penale prussiano fissato nel *Landrecht*, vanno ancora ricordate quelle che riguardavano le donne e gli ebrei. Per questi ultimi, oltre alla pena ordinaria stabilita per il reato commesso, era prevista in molti casi la perdita della tutela concessa dallo Stato<sup>37</sup>. La donna era posta dal codice in via di principio in una condizione giuridica di uguaglianza rispetto all'uomo: in caso di adulterio ella era tuttavia punita più gravemente che non il marito<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Cfr., ad esempio, il § 342, tit. 20°.

<sup>37</sup> Cfr., ad esempio, i §§ 264, 1243.

<sup>38</sup> Cfr. i §§ 1062, 1063. Si trattava in ogni caso di pene lievi che non

5. Se nella patente di pubblicazione era stato attribuito al *Landrecht* il carattere di legge suppletiva rispetto ai diritti particolari costituiti dagli statuti cittadini e dalle consuetudini delle province, tuttavia alcuni capitoli relativi al diritto pubblico entrarono in vigore come diritto generalmente obbligatorio. Tra questi, anche il titolo 20° della parte II ebbe forza giuridica primaria rispetto alle legislazioni locali, e ciò anche perché in esso erano contenute assai più miti disposizioni penali<sup>39</sup>.

Considerato spesso come la parte meno riuscita della codificazione prussiana, il diritto penale dell'*ALR* subì in primo luogo la critica, rivolta all'intera opera legislativa del 1794, di prolissità e complessità eccessiva della normativa in essa contenuta<sup>40</sup>.

In particolare, il carattere dettagliato, casistico delle norme penali era dovuto alla volontà dei compilatori del codice di ridurre al minimo le possibilità interpretative del giudice e della dottrina. Quanto più concrete e specifiche erano le fattispecie penali, tanto più il legislatore prussiano vedeva eliminato il pericolo dell'arbitrio giudiziale, e realizzata quella concezione meccanicistica dell'attività del giudice, che era uno dei capisaldi dell'illuminismo penale. I redattori avevano perciò provveduto a porre nel codice la definizione dei delitti e avevano cercato di ridurre l'intera materia della parte speciale al maggior numero possibile di fattispecie, rendendo autonome e sottoponendo a specifiche sanzioni penali le varie modalità in cui poteva essere commesso un reato<sup>41</sup>. Tali cautele si rivelarono tanto più necessarie nel momento in

superavano i 6 mesi di carcere, a differenza di quelle previste dal codice leopoldino (art. XCVI) e consistenti nell'«ultimo supplizio», e cioè nei lavori forzati a vita per gli uomini e in 20 di carcere per le donne. Sulla posizione della donna nell'*ALR* cfr. S. WEBER-WILL, *Die rechtliche Stellung der Frau im Privatrecht des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*, Frankfurt a.M.-Bern-New York 1983.

<sup>39</sup> Cfr. R. KOSELLECK, *Preussen*, cit., p. 39.

<sup>40</sup> La complessità e la prolissità del codice non dipendevano tanto, come giustamente ricorda G. TARELLO (*Assolutismo e codificazione*, cit., pp. 504, 492), dalla tecnica legislativa utilizzata nella preparazione del *Landrecht*, che anzi costituiva, sotto il profilo della formulazione dei paragrafi, «un monumento di sapienza giuridica» e «il frutto maturo di un'importante tradizione scientifica» (quella che aveva portato a concepire le singole disposizioni come proposizioni chiare, in cui diritti e doveri apparivano in veste di predicati di soggetti determinati); esse erano invece determinate dall'oggetto della disciplina, che, oltre ad includere materie diverse, prevedeva una pluralità dei tipi di soggetto giuridico. Tutto ciò costringeva naturalmente alla moltiplicazione delle disposizioni normative.

<sup>41</sup> È da ricordare, a tale proposito, che fu proprio Klein a coniare per primo l'espressione *Tatbestand* (fattispecie) al posto del termine *corpus delicti* in uso fino

cui il divieto formale di interpretazione della legge da parte del giudice, previsto nel Progetto (*Entwurf*) di Svarez e Klein, fu eliminato nel testo definitivo del *Landrecht*, che consentiva al giudice il ricorso all'analogia (§ 49, Einl.)<sup>42</sup>.

Circa la struttura complessiva del titolo 20°, non può disconoscersi alla disciplina penale che ne costituisce l'oggetto una sistematicità decisamente avanzata. Dopo alcuni paragrafi introduttivi (§§ 1-6), relativi a una serie di mezzi di prevenzione contro i reati, trovano spazio nel 1° capitolo (*Vom Verbrechen und Strafen überhaupt*) le norme generali valide per tutti i tipi di reato. I rimanenti capitoli — dal 2° al 17° ed ultimo — corrispondono alla "parte speciale" dei codici moderni: costituiscono cioè un quadro sistematico di figure criminose organizzate secondo un ordine legale, una tavola di valori tutelati, disposti in progressione gerarchica discendente. In particolare, sono individuabili in questi capitoli due grandi partizioni di norme: quelle attinenti ai reati contro lo Stato e quelle relative ai reati privati.

I beni giuridici tutelati dal sistema penale erano dunque polarizzati dal legislatore prussiano intorno ai due valori considerati primari — lo Stato e l'individuo —, ed era eliminata l'autonomia e la posizione rilevante dei reati contro la religione. L'ordine legale non era dedotto scientificamente sulla base di istanze teoretiche e concettuali, ma era elaborato piuttosto sul fondamento dei concreti rapporti del vivere sociale, su un inquadramento pratico delle fattispecie reali, dal quale risultasse una visione globale omogenea e al contempo accuratamente dettagliata delle situazioni che richiedevano l'intervento repressivo dello Stato.

La non dottrinarietà della classificazione dei reati nell'*ALR* si palesava tra l'altro nel fatto che non era accolta nel codice la distinzione adottata dalla legislazione austriaca tra delitti e trasgressioni di polizia<sup>43</sup>. Le

ad allora. Cfr. i suoi *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechtes*, Halle 1799, p. 54.

<sup>42</sup> Sulle differenze tra l'*Entwurf* e la redazione finale dell'*Einleitung* dell'*ALR* cfr. H. CONRAD, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794*, Köln-Opladen 1958. Per le norme penali la possibilità di interpretazione analogica era limitata, come si è visto, dal principio di legalità espresso al § 9 del tit. 20°.

<sup>43</sup> Certamente la bipartizione introdotta dal codice di Giuseppe II tra delitti "criminali" e delitti "politici", cioè tra azioni che provocavano una lesione giuridicamente e moralmente rilevante e quelle semplicemente configurabili in termini

trasgressioni alle *Polizeygesetze* poste a tutela «della pace, della sicurezza e dell'ordine pubblico» e dirette «a stornare i pericoli che minacciano il 'Pubblico' o i singoli membri di esso»<sup>44</sup> erano prese in considerazione dalla legislazione prussiana, ma esse non erano distinte dai delitti in base alla diversità del bene giuridico leso dal comportamento anti-giuridico — un interesse della pubblica amministrazione e non un interesse di diritto costituzionale o giudiziario —, quanto piuttosto in base ad un differente (minore) grado di approssimazione alla lesione del bene. L'elemento materiale della fattispecie oggettiva delle *Polizeiübertretungen* era individuato cioè nella minaccia ad un bene giuridico, la cui lesione trasformava la trasgressione nel corrispettivo delitto<sup>45</sup>. A differenza di questo, che era definito nel codice come una libera azione con la quale si provocava in modo illecito (*widerrechtlich*) un danno a qualcuno (§ 7, tit. 20°), le *Polizeiübertretungen* si caratterizzavano per l'irrilevanza del danno (per es. §§ 512, 776). Non il danno arrecato a un bene, statale o privato (§ 509), ma la violazione di una norma statale posta allo scopo di prevenire il danno costituiva l'essenza delle trasgressioni alle norme di polizia. Perciò tali norme erano comprese per lo più nell'ambito delle misure preventive (*Vorbeugungsmitteln*) inserite all'inizio e alla fine di ogni capitolo della parte speciale, insieme ad un cospicuo numero di prescrizioni con un carattere più amministrativo che penale. Spesso si trattava di veri e propri ammaestramenti per i sudditi, in cui era presente un accentuato tono moralistico e pedagogico.

Il *Landrecht* incarnava infatti assai più degli altri codici dello stesso periodo la tendenza dell'assolutismo illuminato ad esaltare il problema della prevenzione, attraverso una regolamentazione della vita sociale in

politici, si fondava su premesse concettuali di indiscutibile razionalità, che ne avrebbero garantito la fortuna e l'accoglimento nei codici successivi. Tuttavia allo schematismo giuseppino erano stati sacrificati i concetti germanici sul differenziarsi dei comportamenti criminosi, «certi naturali presupposti e certe distinzioni del diritto comune, in merito alla condotta criminosa, eticamente saldissimi nella coscienza del tempo». Cfr. A. CAVANNA, *La codificazione penale*, cit., pp. 125 ss., 252.

<sup>44</sup> Tale era la definizione dell'ufficio di polizia contenuta nel § 10 del titolo 17° (Dei diritti e dei doveri dello Stato a particolare tutela dei suoi sudditi).

<sup>45</sup> Sul diritto penale amministrativo dell'ALR e su come esso fosse determinato dai concetti di polizia, legge di polizia, pena di polizia e giurisdizione di polizia, cfr. J. GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902, Neudruck Aalen 1969, pp. 117-50.

tutti i suoi aspetti, in modo da sopprimere le situazioni che generavano e rendevano possibili i reati. La lotta al crimine non era improntata solo all'uso di pene, ma anche a quello di mezzi che dovevano distogliere il suddito da certi comportamenti ed educarlo alla virtù e alla morale.

Da ciò derivava il caratteristico connubio tra l'ottica di polizia e l'ottica del diritto penale, e cioè il fatto che all'ordinaria amministrazione della giustizia svolta dai tribunali competenti si veniva ad aggiungere un'attività preventiva e repressiva affidata agli organi di polizia. Tale potere della polizia si esplicava in una minuziosa attività di sorveglianza e di intervento a vari livelli, fino al controllo esercitato sul suddito prussiano «nel più intimo della vita domestica»<sup>46</sup>.

La persecuzione e la punizione di una trasgressione di polizia spettava alla giurisdizione di polizia fino a che non si fosse verificato un danno effettivo e l'azione non si fosse configurata come un delitto doloso o colposo (§ 11, tit. 17°, II). Nonostante che le pene di polizia (*Polizeistrafen*) dovessero essere inferiori a quelle criminali (*Kriminalstrafen*), c'è da supporre tuttavia che il carattere sommario e la rapidità del procedimento negli affari di polizia rendessero ancora più precarie in quest'ambito le garanzie dell'individuo, consentendo che le forme venissero più facilmente disattese e lasciando un notevole margine di discrezionalità, se non d'arbitrio, all'attività punitiva dei *Polizeibediene*.

6. Un ruolo primario nell'elaborazione del titolo 20° dell'ALR fu svolto da Ernst Ferdinand Klein, autore di varie opere di diritto penale e direttore di due riviste, in cui esercitò un'importante attività interpretativa e di commento del diritto penale prussiano<sup>47</sup>. Egli stesso però

<sup>46</sup> Cfr. H. HÄLSCHNER, *Geschichte des brandenburgisch-preussischen Strafrechts*, Berlin 1855, p. 201; L. GÜNTHER, *Die Strafrechtsreform im Aufklärungszeitalter*, in «Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik», XXVIII, 1907, p. 276. Sui mezzi di prevenzione del titolo 20° del *Landrecht* cfr. E. SCHMIDT, *Strafrechtliche Vorbeugungsmittel im preussischen Allgemeinen Landrecht von 1794*, 1974, ora ripubblicato in *Beiträge*, cit., pp. 447-50.

<sup>47</sup> Tra le opere di Klein, oltre alle *Vermischten Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtspflege*, Leipzig 1779-80, con le quali si era imposto all'attenzione del Gran Cancelliere von Carmer, sono da ricordare soprattutto i citati *Grundsätze* del 1799. Le riviste dirette da Klein insieme a Kleinschrod furono gli «Annalen der Gesetzgebung und Rechtswissenschaft» e l'«Archiv des Criminalrechts». Sulle concezioni penali di Klein cfr. H. MUMME, *Ernst Ferdinand*

ricordava in seguito come la codificazione del 1794 fosse il frutto di un lavoro comune e della discussione di tutto il materiale da parte della commissione, e come quindi nessuna parte dell'ALR fosse improntata all'ideologia, al timbro spirituale di un singolo autore<sup>48</sup>.

Alle idee dei compilatori in materia penale e alla costruzione dei preceetti del titolo 20° non rimasero estranei i fermenti determinatisi nella scienza penalistica grazie alla diffusione della letteratura umanitaria e ai progressi che il movimento per la codificazione compiva altrove, soprattutto in Austria, con l'opera di Sonnenfels e la politica criminale di Giuseppe II.

Un influsso rilevante sui lavori della commissione fu esercitato soprattutto da quei progetti privati in lingua tedesca, che fiorirono numerosi dalla seconda metà del Settecento in poi, dettati dall'esigenza di colmare le gravi lacune della giustizia del tempo attraverso la creazione di un codice breve e sistematico che fosse ispirato alle idee di riforma dell'illuminismo.

In particolare, è riscontrabile nelle norme dell'ultimo titolo del *Landrecht* l'influenza dell'opera di Ernst von Globig e Johann Georg Huster, che aveva ottenuto il premio del concorso indetto nel 1777 dalla *Berner Oekonomische Gesellschaft* per «il più completo ed esauriente piano di un buon codice penale»<sup>49</sup>.

Tra gli undici *Preisschriften* di commento alla sezione penale che furono sollecitati nella fase progettuale dallo stesso legislatore prussiano, ottennero il premio e la considerazione da parte dei compilatori le *Betrachtungen bei dem Entwurf eines Kriminalgesetzbuches für die preussischen Staaten* (1787) dello stesso Globig.

Tuttavia, nonostante l'attenzione prestata alla letteratura dell'Illuminismo, i redattori del codice non intendevano seguire *in toto* le idee del movimento riformatore, né sacrificare ad esse gli schemi e le sistematiche della tradizione scientifica precedente. Essi sottoposero perciò

*Kleins Auffassung von der Strafe und den sichernden Massnahmen*, in «Hamburger Rechtsstudien», Heft 28, 1936; e F. VON LISZT, *E. F. Klein und die unbestimmte Verurteilung. Ein Beitrag zur preussischen Kriminalpolitik des 19. Jahrhunderts*, 1894, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin 1905, vol. II, p. 148.

<sup>48</sup> «Annalen», cit., I, p. XLVI, riportato da D. OEHLER, *Wurzel, Wandel, Wert*, cit., pp. 111-12.

<sup>49</sup> *Abhandlung von der Kriminalgesetzgebung*, 1782.

al vaglio e misero a fondamento del loro lavoro soprattutto le dottrine dei criminalisti del tardo diritto comune tedesco e della scuola del giusrazionalismo wolffiano. Nell'ambito della trattatistica di tali giuristi più 'conservatori', ebbero un certo influsso sul codice prussiano le *Institutiones juris criminalis* (1751) di Johann Christoph Koch.

Le teorie penali di Klein e di Svarez si erano formate nei circoli dell'*Aufklärung* legati alla monarchia assoluta e consenzienti con lo sviluppo delle funzioni dello Stato di polizia; esse avevano il loro fondamento giusnaturalistico nel principio della difesa e della sicurezza della società (*Präventionsrecht*), ed erano legate ad un'idea della pena tipica di quei giuristi tedeschi della fine del Settecento che miravano a legittimare motivi utilitaristici e di opportunità posti a fondamento dell'attività punitiva statale. In polemica con la concezione retributiva sostenuta da Kant, giuristi quali Grolman, Klein, Stübel, Gmelin, Kleinschrod sottolineavano la rilevanza di scopi relativi della pena — che bisognava infliggere «ne peccetur», e non «quia peccatum est» —, negando in definitiva che tali scopi costituissero una offesa alla dignità umana<sup>50</sup>.

Se nel loro pensiero la prevenzione generale, intesa come intimidazione sulla generalità dei consociati, costituiva uno scopo imprescindibile della minaccia penale, un'importanza forse maggiore era attribuita ad istanze special-preventive, per cui la pena era intesa come un'azione sul singolo delinquente tendente da un lato a difendere la società da eventuali nuovi attacchi — e quindi a neutralizzare il reo —, e dall'altro al suo miglioramento ed eventuale risocializzazione.

Lo scopo correzionale della pena (*Besserungszweck*) veniva rilevato in modo incisivo soprattutto da Klein, il quale tendeva di conseguenza a lasciare al giudice penale un ampio margine di discrezionalità nella determinazione delle misure necessarie contro i reati, in particolare delle *Besserungsstrafe* che avevano «lo scopo di trattenere il reo da simili e ulteriori azioni delittuose»<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Per le discussioni che si svolsero tra i giuristi tedeschi alla fine del Settecento sul problema della pena cfr. M. A. CATANEO, *La dottrina penale di Karl Grolman nella filosofia giuridica del criticismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», raccolti da G. Tarello, III, 1973, pp. 261-347; dello stesso autore, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano 1970, pp. 279 ss.

<sup>51</sup> *Grundsätze*, cit., p. 9; cfr. O. FISCHL, *Der Einfluss der Aufklärungsphilosophie*, cit., p. 130.

Sulla base di tale idea correzionale, e della convinzione che non fosse ammissibile «nessun diritto penale se non nella qualità di un diritto preventivo», Klein giunse a sostenere la necessità di misure di sicurezza a scopo preventivo (*Sicherungsmassnahmen*) e a concepire un sistema dualistico, del tipo che oggi si direbbe del doppio binario, cioè fondato sull'uso combinato di pene e di misure di sicurezza, di cui egli può considerarsi storicamente il fondatore<sup>52</sup>.

Il *Landrecht* accoglieva tali misure già nell'ambito dei 6 paragrafi introduttivi del titolo 20°, che riguardavano i mezzi di prevenzione generale contro i reati<sup>53</sup>. Il § 5 in particolare stabiliva che i colpevoli di furto o di altri reati, qualora avessero costituito un pericolo per la collettività, dovessero essere trattenuti in carcere anche dopo aver scontato la pena ordinaria, fino a che non avessero dato prova di poter provvedere in modo onesto al proprio sostentamento. La misura di sicurezza posta in modo autonomo accanto alla pena era la carcerazione per un periodo di tempo la cui durata era indeterminata, in quanto non faceva riferimento al fatto oggettivo del comportamento antiigiuridico — al reato —, ma alla pericolosità (soggettiva) dell'autore.

Tali misure erano ribadite anche nelle norme della parte speciale relativamente ai casi di furto recidivo e di prostituzione<sup>54</sup>. Esse presupponevano l'esistenza di case di lavoro (*Werk- e Arbeitshäuser*), in cui potesse aver luogo la rieducazione dei delinquenti e in cui essi potessero dare prova di miglioramento e delle proprie capacità di mantenersi onestamente. Come molti umanitaristi del tempo, anche Svarez e Klein videro in tali istituzioni un mezzo per combattere la criminalità, eliminando il vagabondaggio e la mendicizia che ne costituivano la fonte naturale<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Cfr. E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 252.

<sup>53</sup> Si trattava di istruzioni dirette ad autorità di vario tipo, ai genitori e agli insegnanti, affinché prevenissero vizi e delitti tra i loro subalterni e tra le persone affidate alla loro sorveglianza (§§ 1, 2). Era stabilita una particolare responsabilità nel caso in cui tali obblighi di prevenzione fossero trascurati (§§ 2, 6). Il § 3 sottolineava la necessità di punire energicamente le manifestazioni pubbliche di disprezzo della religione; mentre il § 4 stabiliva che i mendicanti, i vagabondi e gli oziosi dovevano essere esortati al lavoro e, se erano inutilizzabili a ciò, mantenuti in modo economico o scacciati dal territorio dello Stato.

<sup>54</sup> §§ 1160, 1024 e inoltre §§ 202, 223.

<sup>55</sup> Cfr. soprattutto C. G. SVAREZ, *Vortäge*, cit., pp. 429-32, e nella traduzione di E. BUSSI, *Stato e amministrazione*, cit., p. 134.

Tuttavia lo scopo del miglioramento e della risocializzazione del reo, anche se presente nel pensiero dei redattori del *Landrecht*, fu sempre posto in secondo piano rispetto al fine primario della difesa della società e allo scopo di intimidazione (*Abschreckungszweck*) sul singolo e sulla collettività<sup>56</sup>.

Le concezioni classiche che attribuivano alla pena un fine retributivo continuarono poi ad essere operanti nel codice: una traccia del più arcaico sistema ispirato al *jus talionis* è evidente ad esempio nella previsione della pena del rogo in caso di incendio doloso (§ 1512).

Nella prassi degli anni successivi il carattere utopistico dell'idea rieducativa era destinato a rivelarsi in modo lampante anche a causa dello stato di crisi e di sovraffollamento delle istituzioni carcerarie e della svolta in senso repressivo che caratterizzò i sistemi punitivi della prima metà dell'Ottocento e che portò a concepire il carcere in un'ottica prevalentemente segregativa a scopi di sicurezza. Di fronte al forte aumento della criminalità che si registrò già alla fine del Settecento, l'interesse statale alla repressione non poteva che essere privilegiato rispetto alle finalità della pena relativa all'interesse dell'individuo e ai problemi della sua rieducazione.

Dal punto di vista scientifico, le concezioni di Klein e dei giuristi che come lui avevano teorizzato un sistema penale conforme agli scopi e alle necessità dello Stato assoluto e di polizia, trovarono già alla fine del secolo XVIII la loro confutazione nell'opera di Anselm Feuerbach.

Feuerbach criticò la confusione tra diritto e morale mantenuta da quegli autori e le loro teorie della prevenzione speciale che, con le ampie facoltà che lasciavano al giudice penale, vanificavano il principio di legalità che allora si andava affermando<sup>57</sup>. Il contributo da lui apporta-

<sup>56</sup> Cfr. C. G. SVAREZ, *Vorträge*, cit., p. 375. O. FISCHL, *Der Einfluss*, cit., p. 130, n. 4, ritiene che non si possa parlare di una perfezionata *Besserungstheorie* nemmeno per Klein, nonostante che a lui si rifacciano i seguaci ottocenteschi di tale teoria, da Steltzer a Ahrens, da Röder a Liszt. In effetti Klein legittimò in una certa misura anche la pena "esemplare", tesa all'intimidazione. Nel testo definitivo dell'*ALR* mancano formulazioni esplicite sullo scopo della pena, mentre nel § 14 dell'*Entwurf* esso era individuato «... specialmente nella sicurezza dello Stato e dei suoi sudditi, ma al contempo anche nel miglioramento del reo per mezzo della punizione della passione nociva che lo ha indotto al reato». In una nota dell'*Entwurf* veniva però elevata a scopo primario «l'intimidazione della collettività» (*ibidem*, p. 176).

<sup>57</sup> Sulla polemica di Feuerbach con i penalisti suoi contemporanei — una polemica

to nell'ambito della dogmatica penalistica, attraverso il ripensamento e il superamento della tradizione scientifica e legislativa precedente, si estese anche al piano della legislazione, con i tentativi di elaborare un codice che fosse in accordo con i principi e le esigenze del liberalismo giuridico e dello Stato di diritto<sup>58</sup>.

Nonostante la scarsa fortuna che il *Landrecht* godette presso la scienza giuridica immediatamente successiva e i progressi della legislazione negli altri stati tedeschi, il diritto penale che vi era contenuto costituì comunque, grazie alla ricchezza del sapere giuridico che vi era confluito, un polo di riferimento costante per il successivo movimento per la codificazione e un punto fermo nella legislazione prussiana fino al 1851, anno in cui fu promulgato il nuovo codice penale.

7. Nel primo capitolo del titolo 20° i concetti generali e i criteri direttivi del codice erano formulati in maniera assai più completa rispetto alle altre codificazioni penali del Settecento. L'apparato dogmatico istituzionale, con i suoi risvolti tecnici e dottrinali, riceveva nel *Landrecht* una solida configurazione preliminare grazie al ricorso costante agli schemi e alle categorie del diritto comune tedesco.

Tuttavia gli 84 paragrafi (7-90) che costituivano il capitolo non esaurivano tutti i temi delle odierne parti generali del codice: la legittima difesa (*Notwehr*), ad esempio, era regolata nella parte speciale, mentre per altri istituti la non completa autonomia delle norme penali si palesava nei richiami alle norme comuni generali del codice<sup>59</sup>.

Dopo una serie di norme relative alla definizione del reato (§§ 7, 8), al principio di legalità (§ 9), all'*ignorantia iuris* (§§ 10, 11), e al diritto penale internazionale (§§ 12-15), seguivano alcuni paragra-

aspra con Klein, più amichevole con Grolman —, cfr. i lavori di Cattaneo citati alla nota 50.

<sup>58</sup> Oltre al codice penale bavarese promulgato nel 1813, va ricordato un progetto successivo, recentemente analizzato da G. SCHUBERT, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königsreich Bayern aus dem Jahre 1824*, Berlin 1978, su cui cfr. M. A. CATTANEO, *Una recente interpretazione dell'ultimo Feuerbach*, in «Quaderni Fiorentini», VIII, 1979, pp. 423-36.

<sup>59</sup> L'incompletezza della parte generale — la prescrizione, ad esempio, mancava del tutto — era dovuta anche al fatto che l'approfondimento degli istituti e delle regole che vi erano comprese era stato rimesso, in quanto materia riguardante principalmente il giudice, al Regolamento di procedura che si intendeva emanare contemporaneamente. Cfr. S. SALMONOWICZ, *Das Strafgesetz*, cit., p. 79.

fi compresi sotto il titolo *Moralität der Verbrechen*. In essi si trattava della responsabilità, il cui fondamento era posto nella libertà del volere<sup>60</sup>, secondo una concezione espressa dallo stesso Federico II e soprattutto dai sostenitori della prevenzione speciale, i quali miravano a rieducare il delinquente attraverso un trattamento basato su castighi e ricompense. Come nel sistema di Stübel<sup>61</sup>, la "moralità del reato", determinata dalla situazione psicologica del reo, dagli stimoli e dai motivi che lo avevano spinto alla libera azione, forniva i criteri per l'imputazione e il calcolo della pena<sup>62</sup>.

La rilevanza attribuita nel *Landrecht* all'elemento soggettivo del reato, sulla base di quella ricca elaborazione dottrinale dei giuristi del diritto comune che il Beccaria aveva rifiutato<sup>63</sup>, portava a notevoli progressi nelle soluzioni sul problema della colpevolezza. Insieme al principio secondo il quale a ogni mutamento d'intensità della volontà di nuocere e dell'imputabilità del soggetto corrispondeva un diverso grado di responsabilità, veniva accolta nel codice la distinzione tra il dolo (*Vorsatz*) e la colpa (*Fahrlässigkeit*) (§§ 26, 27, 28)<sup>64</sup>.

I concetti di dolo e di colpa erano rilevanti soprattutto come fondamento della distinzione tradizionale, accolta nel codice, tra pene ordinarie e pene straordinarie (*ordentliche- e ausserordentliche Strafe*).

<sup>60</sup> Cfr., oltre alle norme generali sulla responsabilità contenute nel titolo 3° della parte I, i §§ 16 («Non v'è delitto, né pena, nel caso in cui manchi la facoltà di agire liberamente») e 18 («Tutto ciò che aumenta o diminuisce la facoltà di una persona di agire con libertà e discernimento, aumenta o diminuisce anche il grado di punibilità»).

<sup>61</sup> C. C. STÜBEL, *System des allgemeinen peinlichen Rechtes mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gesetze*, 1795.

<sup>62</sup> Contro tale concezione e la commistione tra diritto e morale che ne era a fondamento si levarono le critiche di Feuerbach, il quale negò al potere statale la legittimazione a punire la colpa morale del reo, che non era in grado di conoscere e valutare. Secondo la sua teoria, lo Stato poteva irrogare la pena solamente a scopi di sicurezza, per l'autoconservazione. Cfr. M. A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach*, cit., pp. 478 ss.

<sup>63</sup> Cfr. A. CAVANNA, *La codificazione penale*, cit., pp. 138 ss.

<sup>64</sup> Il § 26 definiva il reato doloso come una premeditata azione o omissione contro le norme del codice penale, dalla quale derivava un danno a qualcuno. Il § 27 ampliava i limiti di tale concetto, stabilendo la presunzione legale del dolo e ponendo fine così al problema che aveva travagliato la penalistica precedente relativo alla sua dimostrazione. Il reato colposo si aveva quando l'autore non aveva previsto la conseguenza illecita della sua azione e tuttavia avrebbe potuto prevederla usando la dovuta attenzione e diligenza (§ 28).

Infatti secondo il § 31 le prime erano quelle previste dalla legge come sanzione per un determinato reato premeditato; le pene straordinarie dovevano essere applicate invece nei reati colposi (§ 33), e in tutti i casi in cui l'inflizione di una pena ordinaria risultava eccessiva. Allo scopo di limitare il più possibile l'arbitrio del giudice nella determinazione della pena straordinaria per i reati colposi, il codice fissava quasi sempre nella parte speciale relativa ai singoli reati le differenti sanzioni previste nel caso in cui il reato in questione fosse commesso *aus Fahrlässigkeit*.

Tra le cause di non punibilità il titolo 20° dell'ALR prevedeva, oltre alla legittima difesa<sup>65</sup>, il caso fortuito (§ 36) e in misura limitata lo stato di necessità (§§ 19-21). Il § 22 affrontava il problema dell'*actio libera in causa*, mentre i §§ 23-25 contenevano una serie di disposizioni sulle circostanze aggravanti o attenuanti.

Una particolare rilevanza rivestivano le norme relative agli istituti del tentativo (*Versuch*) e della complicità (*Teilnahme*), poiché essi erano legati al problema della graduazione delle sanzioni penali e alla distinzione tra pene ordinarie e straordinarie. Ad esempio, in base al § 40, il tentativo di reato era punito con una pena straordinaria inferiore di un grado a quella prevista per il corrispondente reato consumato<sup>66</sup>.

Per quanto riguarda il sistema penale, il quadro offerto in questo capitolo primo non era completo né chiaro. Mancava un catalogo delle pene e una gerarchia delle stesse, e ciò produceva gravi problemi circa

<sup>65</sup> Riguardo all'istituto della legittima difesa (*Notwehr*), il legislatore prussiano aveva elaborato una soluzione interessante, a metà strada tra le soluzioni della dottrina del diritto comune e quella dei codici dell'Ottocento. Infatti, anche se tale causa di esclusione della punibilità non era ancora fatta rientrare nella parte generale del codice, ma era posta nel primo capitolo relativo ai reati privati, tuttavia essa era concepita per la prima volta in modo autonomo rispetto all'omicidio e connessa ad ogni situazione di pericolo che giustificasse una reazione di forza. Inoltre erano posti dei limiti generali al concetto stesso di *Notwehr* (§§ 518-524). Cfr. S. SALMONOWICZ, *Das Strafgesetz*, cit., p. 86.

<sup>66</sup> Le norme successive introducevano altre mitigazioni della pena qualora l'autore non avesse portato a termine la sua azione. Nel caso in cui egli avesse impedito il verificarsi del reato e svelato gli eventuali complici poteva chiedere la grazia (§ 43). Nell'ambito della complicità era regolata la ricettazione, considerata come una forma di partecipazione all'utile derivante da un reato altrui e non come *delictum sui generis*. La pena prevista al § 83 era quella più vicina a quella ordinaria fissata per il reato che aveva prodotto l'utile. Sempre riguardo alla *Teilnahme*, è da notare il fatto che la responsabilità dell'autore intellettuale era parificata a quella dell'autore diretto.

l'interpretazione della distinzione delle pene in ordinarie e straordinarie. Il codice si limitava a fissare alcuni principi generali relativi alla determinazione della pena; in particolare i §§ 30, 33, 34 fissavano i criteri per l'applicazione della pena straordinaria, mentre il § 35 stabiliva un limite nel caso in cui la legge prescrivesse una pena arbitraria (*willkürliche Strafe*)<sup>67</sup>.

Come si è accennato in precedenza, nella determinazione del tipo e del grado di pena il giudice doveva inoltre tener conto del ceto, della cultura, del patrimonio e delle capacità di lavoro fisico del reo (§§ 50, 89). In particolare è interessante notare che l'ALR recepiva l'idea di Beccaria della necessità di sostituire la pena pecuniaria con la pena detentiva per i ceti inferiori: il § 85 esentava infatti i poveri («unbemittelte Personen der niedern Volksklasse») dal pagamento delle pene pecuniarie, che dovevano essere convertite in pene detentive (*Strafarbeit* o *Gefängnisstrafe*) o, come più spesso accadeva nella prassi, in pene corporali (*Prügelstrafe*). All'opposto, la detenzione dei criminali di più alto rango sociale costituiva una pena rara, poiché dipendeva in larga misura dal non pagamento di una pena pecuniaria, che costituiva la pena tradizionale per i ceti elevati<sup>68</sup>.

Oltre a non realizzare l'unità del soggetto di diritto, il codice prussiano non accoglieva un altro principio 'moderno', recepito invece sia dal

<sup>67</sup> Essa non doveva superare le sei settimane di carcere o la multa di cinquanta talleri. La pena arbitraria, prevista in vari paragrafi del titolo 20° (§§ 720, 726, 731, 735, 995, 1245 etc.), era generalmente una *Polizeistrafe*, una pena da infliggere per le trasgressioni di norme poste allo scopo di prevenire i reati. Se la disposizione del § 35 è stata considerata come un primo accenno dell'effettività del principio di legalità nel diritto penale amministrativo, tuttavia J. GOLDSCHMIDT (*Das Verwaltungsstrafrecht*, cit., p. 124) ha ricordato come la polizia potesse sempre, come in precedenza, punire arbitrariamente oltre i limiti del § 35, in quanto il massimo penale fissato in quel paragrafo non riguardava tutte le leggi di polizia, ma solo quelle che prescrivevano una pena arbitraria. A parte il fatto che il potere punitivo della polizia continuava a potersi attivare anche in assenza della preventiva determinazione di una specifica sanzione penale in riferimento a un'azione punibile, c'è da notare che in molti casi le norme del titolo 20° lasciavano completamente indeterminate le pene corporali o pecuniarie da infliggere per certe trasgressioni (per es. i §§ 124 e 130), prevedendo spesso non ben definite punizioni *polizeygemässig* (§§ 1122, 1490 etc.) o rinviando a *Polizeygesetzen* o *Polizeyordnungen* esterne all'ALR che probabilmente rafforzavano, più che delimitare, il potere repressivo degli organi della polizia (§§ 239, 458, 512, 692, 732, 776, 1107, 1540, 1556).

<sup>68</sup> Cfr. i §§ 1128, 1350. Sulla proposta del Beccaria v. G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., pp. 140-51.

codice toscano che dall'austriaco, e cioè quello della personalità della pena, per cui quest'ultima poteva colpire anche i parenti e i familiari del condannato.

Circa le pene previste, si può notare nell'*ALR* un parziale accoglimento dei principi illuministici nel senso della umanizzazione e della mitigazione di esse. Rispetto al diritto previgente veniva infatti dato un maggiore spazio alle pene detentive e pecuniarie, che, come è noto, per la loro capacità di essere divisibili e graduabili per unità rispettivamente di tempo e di denaro, rispondevano alle esigenze di proporzionalità e di adeguamento della pena alla gravità del reato, che erano state evidenziate dagli illuministi.

Tuttavia non mancavano nel titolo 20° le tracce della crudele tradizione punitiva elaborata da generazioni di commentatori della *Carolina*. Erano mantenute ad esempio alcune forme di pena di morte qualificata, che presentavano un forte carattere intimidatorio e deterrente. Tra queste vi erano la ruota (in due forme: «Rad von oben» e «Rad von unten»), il rogo (*Feuer*), la decapitazione (*Schwert*) e l'impiccagione (*Galgen*). Tutte queste pene potevano essere inasprite attraverso il trascinarsi del corpo del condannato al luogo dell'esecuzione («Schleifung zur Richtstätte») o l'esposizione pubblica del cadavere (§ 47). La pena di morte era prevista per circa 60 casi, che si risolvevano per la gran parte in varianti casisticamente distinte delle fattispecie dei reati di alto tradimento o di omicidio.

Il codice contemplava tre forme distinte di pena detentiva (*Freiheitsstrafe*): il carcere (*Gefängnis*), la relegazione in fortezza (*Festung*) e la casa di forza (*Zuchtbaus*). Esse potevano essere inasprite o coll'augmentarne la durata o con pene corporali (§ 48).

Era previsto in larga misura l'uso della pena corporale (*Prügelstrafe*): sia come pena autonoma, sia come pena addizionale rafforzativa di un'altra pena, sia infine come pena sostitutiva della pena pecuniaria nei casi in cui quest'ultima, a giudizio del giudice, fosse risultata inutile<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> La codificazione prussiana del 1794 legalizzava il diritto di infliggere la pena corporale (*körperliche Züchtigung, Prügel*) a tre diversi livelli: come un diritto dell'antico potere padronale (v. nota 35), come un diritto della giurisdizione di polizia e infine come una forma di pena ordinaria stabilita dalla legge sia in modo autonomo, sia addizionalmente o in sostituzione di altre pene. Cfr. R. KOSELLECK, *Preussen*, cit., pp. 64, 641-59.

Un'ampia applicazione trovava il c.d. «Willkommen und Abschied»<sup>70</sup>, una pena corporale addizionale, consistente generalmente in bastonature, con la quale il reo veniva 'salutato' all'inizio e alla fine del suo periodo di carcerazione.

Altri tipi di pene crudeli che costituivano un triste retaggio della penalistica dell'età precedente erano presenti nel codice prussiano: la confisca dei beni<sup>71</sup>, la pena infamante nel caso dei più gravi reati contro lo Stato, e infine le pene simboliche da applicare quando il reo moriva prima dell'esecuzione o quando sfuggiva alla giustizia<sup>72</sup>.

8. Al primo posto nella grande categoria degli *Staatsverbrechen* venivano i reati di alto tradimento. La novità rispetto alla dottrina tradizionale era la distinzione introdotta tra l'*Hochverrat* (l'azione violenta diretta contro la costituzione dello Stato o contro la vita o la libertà del suo capo) e il *Landesverrat* (l'azione che pone lo Stato in una situazione di pericolo esterno nei confronti di potenze straniere). Queste definizioni e specificazioni terminologiche rappresentavano un progresso nella dogmatica penalistica, soprattutto in quanto tendevano a delimitare la categoria del «*crimen laesae maiestatis*», che invece nel sistema del diritto comune comprendeva un'area estesissima di comportamenti e di figure, sottoposte in questo modo al massimo grado di repressione, anche se si trattava di reati comuni<sup>73</sup>.

Tuttavia rimanevano nelle norme sull'alto tradimento del *Landrecht* le tracce della teoria tradizionale che attribuiva un carattere straordinario ai reati di questo tipo, legittimando la deroga ai principi generali e il rafforzamento delle pene previste. Erano contemplate infatti forme qualificate di pena di morte, la perdita dell'onore, la confisca dei beni, come pure la pena simbolica corporale sul ritratto del reo, se questi evadeva o moriva prima dell'esecuzione. Inoltre la pena del carcere o dell'esilio poteva colpire anche i figli del colpevole di alto tradimento (§ 95)<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> §§ 169, 997, 1167, 1181, etc.

<sup>71</sup> La confisca era stata mantenuta anche nel codice austriaco, mentre era stata eliminata nella Leopoldina.

<sup>72</sup> §§ 99, 103, 1456 etc.

<sup>73</sup> Sul problema del reato politico nell'età del diritto comune cfr. M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974.

<sup>74</sup> In questa materia la Leopoldina aveva invece realizzato un significativo progres-

Comunque è interessante notare che l'oggetto del reato contro lo Stato non era già più in primo luogo la persona del sovrano, ma essenzialmente lo Stato in quanto tale e dunque questo delitto era già stato depurato da quelle connotazioni moralistiche che lo distinguevano in precedenza e che lo caratterizzavano principalmente come offesa al Principe, alla sovranità personale del monarca<sup>75</sup>. Infatti gli attentati alla persona e alla dignità del sovrano, che non fossero accompagnati da un intento di alto tradimento («eine hoch- oder landesverrätherische Absicht») erano previsti in un secondo momento, nel capitolo relativo ai delitti di lesa maestà. La pena capitale fissata pur sempre per tali reati non era però aggravata da quelle forme punitive esemplari e terroristiche che, per il loro valore deterrente, erano inflitte nei casi di alto tradimento.

Dopo il capitolo relativo ai delitti contro la pace interna e la sicurezza dello Stato<sup>76</sup>, erano presi in considerazione i reati contro le comunità religiose. La caratteristica del *Landrecht* riguardo ai reati contro la religione è una impostazione laica che fa sì che essi siano compresi all'interno del raggruppamento dei reati contro lo Stato e quindi puniti in quanto costituivano una minaccia alla pace sociale e non un'offesa

so, eliminando del tutto la rubrica della 'lesa maestà' e trattando di conseguenza come reati ordinari e quindi con una certa mitezza gli attentati contro lo Stato e quelle figure, tra cui ad esempio il falso di moneta, che la dottrina del diritto comune e la pratica dei tribunali avevano fatto rientrare nella categoria del *crimen laesae*.

<sup>75</sup> Una distinzione qualitativa e non più quantitativa, tra alto tradimento (*Hochverrat*, *crimen perduellionis*) e lesa maestà, fu teorizzata definitivamente da P. J. A. FEUERBACH, *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverrats*, Erfurt 1798, su cui cfr. M. A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach*, cit., pp. 254 ss.

<sup>76</sup> Vi erano contemplati vari reati, tra cui il sollevamento del malcontento contro il governo, l'evasione dal carcere, la resistenza all'autorità, la partecipazione a tumulti e a disordini. Nei *Vorbeugungsmitteln* erano presenti le norme relative all'ordine pubblico ed erano fissate una serie di regole e di nuovi doveri del vivere sociale che potrebbero essere collegati a quel fenomeno di «recinzione della vita quotidiana» tipico dello sviluppo dello Stato moderno. Erano vietate, ad esempio, le riunioni popolari a ore e in luoghi insoliti; era fissato l'obbligo per tutti i membri di società operanti nello Stato di informare le autorità sull'oggetto e sugli intenti delle loro riunioni; e infine era stabilito che senza l'espressa autorizzazione della polizia non potesse aver luogo nessuna festa mascherata pubblica o altri divertimenti pubblici dello stesso tipo. Sulla nuova eticità, la disciplina garantita dal sistema penale che si consolida nella Germania del *Vormärz*, cfr. soprattutto i lavori di D. BLASIUS, *Kriminalität und Alltag*, Göttingen 1978; *Bürgerliche Gesellschaft und Kriminalität*, Göttingen 1976.

alla sacralità dei dogmi e delle istituzioni religiose. Oltre alle offese recate alle comunità (*Religionsgesellschaften*) riconosciute dallo Stato (§ 214), erano puniti i disturbi delle funzioni religiose pubbliche, la bestemmia, la ciarlataneria (*Gaukeleyen*), la fondazione di sette, mentre non comparivano più la stregoneria e la magia, sul cui carattere di crimini già Thomasius si era espresso in senso negativo. Le pene fissate erano piuttosto miti e in generale non superavano i 18 mesi di carcere<sup>77</sup>.

Il capitolo relativo all'usurpazione e alla lesione dei diritti riservati allo Stato contemplava i reati contro i diritti di sovranità (*Hobeitsrechte*) e i diritti utili (*nutzbare Rechte*) dello Stato. Tra i primi rientrava l'appropriazione del diritto di imporre tributi (*Besteuerungsrecht*) e il falso di moneta (*Münzverbrechen*), tra i secondi, il contrabbando, i reati doganali o relativi alle accise<sup>78</sup>.

Concludevano il gruppo degli *Staatsverbrechen* i reati dei funzionari dello Stato. Si tratta dell'unico gruppo di reati che in questa parte speciale del titolo 20° dell'ALR non viene determinato in funzione del bene violato dal comportamento illecito bensì in base al soggetto autore dell'azione. Ciò che accomuna i delitti del capitolo 8° non è il fatto di essere diretti contro un medesimo oggetto, ma il fatto di essere commessi tutti dai *Dienern des Staates*, da appartenenti al ceto della burocrazia, sia nell'esercizio delle loro funzioni, sia indipendentemente da esse. Ciò che viene penalizzato non è difatti solo la violazione degli obblighi derivanti al funzionario dal suo rapporto di servizio, ma anche il venir meno a quei particolari doveri di fedeltà, di dedizione e di obbedienza verso lo Stato. Era punito, ad esempio, il semplice fatto di condurre una vita privata disordinata o dissipata (*unordentliche Lebensart*) (§§ 363-365).

<sup>77</sup> Da notare, a tale riguardo, le differenze con i codici dei paesi cattolici, in particolare con la Leopoldina, che, oltre a non depenalizzare i delitti canonici come l'eresia e il sacrilegio, prevedeva la pena massima per i reati contro la religione. Una maggiore laicità caratterizzava invece il codice giuseppino, che non considerava l'eresia e confinava nella parte 'politica' tutte le manifestazioni di disprezzo o di ostilità verso il sentimento religioso.

<sup>78</sup> Sul nuovo modo di tassazione costituito dalle accise e sulla funzione che esse svolsero nella lotta intrapresa dal Principe contro i ceti cfr. P. SCHIERA, *Dall'arte di Governo alle Scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano 1968; e dello stesso, *L'introduzione delle «Akzise» in Prussia e i suoi riflessi nella dottrina contemporanea*, in «Annali della FISA», II, 1966, pp. 283-359.

I comportamenti illeciti presi in considerazione dal legislatore formavano un nutrito gruppo di reati dettagliatamente descritti e severamente puniti. Dopo una serie di violazioni di carattere generale, tra cui figuravano i reati di peculato, di corruzione, di concussione e di insubordinazione, erano stabilite le pene per gli abusi commessi da particolari figure di funzionari: le autorità giudiziarie (*Justiz-*), della finanza (*Finanz-*), di polizia (*Polizeybediente*). Oltre alle ordinarie sanzioni criminali, erano contemplati una serie di provvedimenti disciplinari che andavano dalla semplice ammonizione alla sospensione, dalla degradazione alla interdizione dall'ufficio. Circa le *Militairpersonen*, la determinazione delle dure pene per i casi di diserzione era rimessa alle leggi di guerra (*Kriegsartikeln*). Erano puniti inoltre i reati di medici, chirurghi e levatrici, persone che, senza essere *Offizianten*, erano tuttavia particolarmente obbligati verso il bene comune (*dem gemeinen Wesen*).

Si è parlato a ragione, in relazione alle norme del capitolo 8°, di un diritto penale cetuale (*Standesstrafrecht*), proprio perché è al *Beamtenstand*, al ceto della burocrazia che il legislatore si rivolge, in quanto colonna portante dell'organizzazione dello Stato prussiano e dunque necessitante di una particolare sorveglianza<sup>79</sup>.

Il gruppo dei *Privatverbrechen* era aperto dai reati contro l'onore, le *Beleidigungen der Ehre*, che precedevano persino i delitti contro la vita dei singoli e dunque rappresentavano le offese al bene primario dell'individuo — l'onore, la stima pubblica — in un mondo ancora fortemente caratterizzato in senso feudale. Le pene erano tuttavia più lievi di quelle stabilite per le lesioni di altri beni privati, proprio perché l'onore, pur avendo «certamente di per sé un enorme valore», era tuttavia «meno esposto al pericolo di essere violato dalle azioni degli altri»<sup>80</sup>.

Le norme previste erano numerose (153), molto intricate e casistiche, a seconda del ceto di colui che recava l'offesa e di colui che la subiva. Il capitolo si apriva con la definizione dell'ingiuria<sup>81</sup>, che veniva distinta in varie sottospecie a seconda che fosse verbale (*Verbal-*), simbolica

<sup>79</sup> Cfr. l'ampio capitolo dedicato ai reati dei funzionari nell'*ALR* da U. Stöck, *Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen*, Leipzig 1932, pp. 145-87.

<sup>80</sup> Cfr. C. G. SVAREZ, *Vorträge*, cit., pp. 25, 386.

<sup>81</sup> Cfr. § 538. Il § 541 poneva un'eccezione relativa alla presunzione di dolo: di regola nelle offese all'onore la premeditazione non si presumeva ed era richiesta l'intenzione (*Absicht*).

(*symbolische*) o fisica (*Realinjurien*), o che fosse resa pubblicamente (*Pasquille*). Le ingiurie verbali e simboliche, ordinariamente considerate come ingiurie lievi, diventavano «schwere Injurien» se erano commesse dal suddito contro l'autorità, dalle persone di servizio nei confronti dei signori (§ 580). Il § 598 prevedeva inoltre l'ammonizione del giudice, da riceversi in ginocchio, per i sudditi, i servi, i fanciulli, e i dipendenti che avessero offeso i loro superiori.

Le ingiurie che si verificavano nell'ambito del *Bauern-* e del *gemeinen Bürgerstand* erano punite con una certa mitezza rispetto a quelle che si verificavano nell'*höheren Bürgerstand*; le pene detentive previste erano ulteriormente aumentate se le ingiurie avvenivano tra i nobili, gli ufficiali e i consiglieri del re (§§ 607-609). Le offese recate da persone dei ceti superiori a persone dei ceti inferiori erano punite in maniera più lieve rispetto alle ingiurie delle «Personen niedern Standes gegen höhere».

L'istituto della soddisfazione privata era ancora concepito dal *Landrecht* come una forma di espiazione delle offese all'onore<sup>82</sup>. Tale soddisfazione poteva essere ottenuta tramite una dichiarazione espressa dell'offensore, ma non poteva consistere in forme di giustizia privata. I duelli in particolare erano puniti dal codice prussiano assai severamente. Le norme sul duello (*Zweykämpfe*) comprese in questo capitolo erano permeate da una forte coscienza delle distinzioni di rango ed esprimevano gli sforzi del legislatore per realizzare un trattamento privilegiato dell'uomo d'onore<sup>83</sup>. In particolare, l'appartenenza cetuale determinava una diversa considerazione del reato in questione: il § 689 stabiliva infatti che nel caso in cui persone non facenti parte dell'*Adel-* o dell'*Officierstande* avessero sfidato a duello un avversario o avessero accolto una sfida, la loro azione dovesse essere considerata e punita come un tentato omicidio.

Nel capitolo relativo alle lesioni corporali rientravano le norme sull'omicidio, che era distinto in omicidio premeditato (*Mord*), punito con la

<sup>82</sup> Sull'abolizione, avvenuta nel 1811, dello strumento giuridico della *Privatgenugtuung* e sulla conseguente definitiva monopolizzazione della tutela dell'onore dei ceti da parte dello Stato cfr. R. KOSELLECK, *Preussen*, cit., pp. 99 ss.

<sup>83</sup> Cfr. anche le considerazioni sul duello svolte da C. G. SVAREZ, *Vorträge*, cit., pp. 411-418, in cui tra l'altro veniva sottolineata, sulla scia delle osservazioni di Federico II, la ambiguità della situazione prodotta dal conflitto tra leggi penali e regole d'onore in rapporto ai duelli.

ruota, e omicidio semplice (*Todschlag*), punito con la decapitazione. Pene severe a scopo intimidatorio erano applicabili anche sul corpo (*totden Körper*) del 'colpevole' di suicidio (*Selbstmord*). Un ampio spazio era dedicato ai mezzi di prevenzione dell'infanticidio (*Kindermord*), che era punito con la pena capitale. Tra questi *Vorbeugungsmitteln* figurava tra l'altro l'obbligo delle madri di informare le figlie che avessero compiuto i 14 anni sui pericoli della gravidanza (§ 902). Numerose misure preventive erano previste anche nel capitolo sui reati carnali, consistenti per lo più in istruzioni per i genitori e gli insegnanti su come elevare la morigeratezza delle persone affidate alla loro sorveglianza e reprimerne i vizi.

Nell'ambito dei reati contro il patrimonio, va notata infine una relativa mitezza delle disposizioni sul furto. Le pene detentive, già introdotte da Federico II negli anni '40 in sostituzione della pena di morte, erano infatti ulteriormente ridotte. Per il furto semplice (*gemeiner Diebstahl*), cioè commesso senza violenza e senza circostanze aggravanti, si andava da un minimo di una pena di polizia (quando era commesso su generi alimentari o era determinato da reali necessità) ad un massimo di 2 anni di lavori forzati (§§ 1122-1125). La pena di morte continuava invece ad essere sanzionata per la rapina (*Raub*) e per i reati contro la proprietà commessi da bande.

Uno degli argomenti di critica all'*ALR* più frequenti tra i penalisti dell'Ottocento fu proprio la scarsa tutela che secondo loro il codice attribuiva alla proprietà privata. Tuttavia, nella realtà le disposizioni sul furto semplice erano state presto modificate, e già nel 1799 erano stati reintrodotti la frusta, il bastone, la gogna, il marchio a fuoco. Nonostante questi inasprimenti, si trattava comunque di pene ancora inferiori a quelle previste dal *code pénal* francese del 1810, che fu introdotto nei territori del Reno e vi fu mantenuto anche nell'età della Restaurazione. Fino al 1851, anno in cui fu promulgato il nuovo codice penale, si assistette in Prussia alla curiosa convivenza di un codice dell'assolutismo con quello che viene considerato come il prototipo di un codice penale moderno<sup>84</sup>. Un confronto tra i due codici in relazione

<sup>84</sup> Il *code pénal* francese del 1810, mantenuto nei territori del Reno anche nell'età della Restaurazione, si presentava effettivamente come un corpo breve e sistematico di norme sulla repressione, molto avanzato dal punto di vista della tecnica giuridica e dell'impianto dogmatico. Vi era realizzata l'unità del soggetto di diritto — l'uguaglianza formale di fronte alla legge —, e una reale separazione tra concezioni etiche e concezioni giuridiche. Tuttavia esso si allontanava parecchio dal sistema

alla disciplina del furto mostra tuttavia come il nuovo assetto sociale consolidatosi dopo la Rivoluzione avesse determinato una struttura penalistica rigidamente finalizzata alla tutela di quel diritto di proprietà che nella società dell'Ottocento si era posto al centro degli interessi politici del legislatore. Al nuovo principio di assolutezza che fondava il diritto di proprietà, e che conduceva a 'criminalizzare antichi diritti', veniva infatti a corrispondere una severità assoluta nella punizione degli attentati contro di essa. La legislazione napoleonica puniva il furto molto duramente, prevedendo in certi casi la pena capitale<sup>85</sup>.

Negli illuministi era presente una sorta di consapevolezza del carattere di classe del diritto penale: Beccaria in particolare aveva ammesso l'esistenza di un nesso ben preciso tra il furto e l'ordine sociale dominante basato sulla proprietà privata. Da ciò derivava la concezione, propria dello stesso Federico II, di una responsabilità anche sociale per certi reati, e l'idea che era possibile una concezione benevola del furto in certe circostanze<sup>86</sup>. Tali idee avevano un riscontro nell'*Allgemeines Landrecht*, oltre che nelle pene miti, nell'ottica del reinserimento all'interno della società di quei devianti che divenivano tali sotto la pressione della povertà, per una questione di sopravvivenza.

Il diritto penale ottocentesco invece, non più legato al presupposto illuministico di una riforma sociale, all'idea del *Wohlfahrt*, del benessere di tutti i sudditi, perdeva di vista la motivazione sociale del delitto, e diveniva garante di una società consolidata, ma ancora duramente sperequata, nonostante il modello egualitario per il quale il sistema penale stesso veniva idealmente concepito.

9. Il carattere di "codice di compromesso" che è stato attribuito alla legislazione prussiana è riscontrabile anche nella sezione penale, che si presenta come il risultato di una prudente valutazione della tradizione scientifica e legislativa precedente<sup>87</sup>. Come si è visto nelle pagine pre-

punitivo della legislazione rivoluzionaria e non accoglieva le istanze umanitarie dell'illuminismo, prevedendo pene corporali crudeli, oltre alla confisca dei beni e alla perdita dei diritti civili. Eccezionalmente severa era poi la normativa nel campo degli attentati alla sicurezza dello Stato. Cfr. M. GUERCIO, *Sulla codificazione penale napoleonica*, in «Annali della scuola speciale per archivisti e bibliotecari dell'Università di Roma», XV-XVI, 1975-76, pp. 157-80.

<sup>85</sup> Cfr. D. BLASIUS, *Bürgerliche Gesellschaft und Kriminalität*, cit., p. 33.

<sup>86</sup> Cfr. G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., pp. 142 ss.

<sup>87</sup> L'atteggiamento cauto e sospettoso nei confronti del nuovo proprio della com-

cedenti, il legalismo e il garantismo di matrice giusnaturalistica, che pure trovavano un'accoglienza nel *Landrecht*, erano stemperati dalla possibilità lasciata al giudice di comminare una pena arbitraria, oltre che dagli ampi poteri attribuiti agli organi di polizia sia dal codice, sia, presumibilmente, dalle *Polizeigesetze* e *Polizeiordnungen* a cui esso rinviava. Allo stesso modo l'impianto sistematico del titolo 20°, che si delineava in senso moderno soprattutto per la configurazione di una "parte generale", era appesantito da una mole poderosa di norme, spesso non definenti alcuna specifica fattispecie penale, con le quali si aspirava a pervenire alle fonti stesse della criminalità, per bloccarla sul nascere impedendo il compimento dei reati.

Se a fondamento dell'impalcatura del codice era posta una struttura sociale fortemente determinata dalle differenze e dai privilegi cetuali, tale struttura gerarchizzata era utilizzata in ambito penalistico come uno degli strumenti principali del controllo sociale e del mantenimento della *gute Ordnung*. A partire dall'appello programmatico alla responsabilità accresciuta di tutti i superiori (*Vorgesetzten*) fino al potere punitivo attribuito a *Hausherren, Gutsherren, Meistern* e *Eltern*, «l'intero diritto penale creava un *continuum* politico-sociale, in cui il diritto pubblico si collegava attraverso gli *Stände* con il diritto di famiglia»<sup>88</sup>. Al fine di razionalizzare il controllo statale e di renderne il più possibile capillare l'intervento repressivo, l'ALR confermava l'antico *jus castigandi* e faceva leva sulla responsabilizzazione non solo dei funzionari, ma in definitiva di tutti i sudditi.

Rispetto ai due codici coevi — l'austriaco e il toscano —, la peculiarità del diritto penale prussiano era determinata, oltre che dal mantenimento di forme antiquate e terroristiche di esecuzione penale e dal forte sostegno che esso dava e al contempo riceveva dall'ordine cetuale tradizionale, soprattutto dal fatto di appartenere a quel corpo di leggi di vastissime proporzioni che costituiva il più grande e ambizioso progetto realizzato sul piano legislativo dall'assolutismo illuminato. La visione paternalistica e pedagogica, la presunzione di poter prevenire i

missione prussiana fu considerato del resto come una salutare garanzia per il futuro del codice, preservato così da quelle rotture troppo radicali con il passato che causarono invece la breve esistenza dell'opera legislativa di Giuseppe II. I difetti della legislazione austriaca erano ben presenti allo stesso Svarez, che ne aveva criticato soprattutto gli eccessi nell'abolizione di antiche e nell'introduzione di nuove leggi. Cfr. C. G. SVAREZ, *Vorträge*, cit., p. 16.

<sup>88</sup> Cfr. R. KOSELLECK, *Preussen*, cit., p. 64.

mali sociali e realizzare il benessere dei sudditi attraverso una 'Reform von oben' affidata a tecnici fedeli al sovrano, erano gli aspetti di un'utopia che nel codice del '94 trovò la sua più imponente e autorevole incarnazione.

Se la soluzione offerta nella Prussia dei lumi al 'problema penale' era storicamente perdente, perché scarsamente adeguata alle esigenze di una società in trasformazione quale era quella europea dopo la Rivoluzione, e se forme più dinamiche e meno 'moralistiche' di penalità si andavano affermando con il nuovo secolo, tuttavia l'ottica del disciplinamento e dell'incasellamento, che il *Landrecht* tendeva a realizzare in modo esplicito attraverso un sistema, di tipo penale, di castighi e ricompense, costituiva indubbiamente parte integrante di quel bagaglio di strumenti di razionalizzazione che caratterizzarono lo sviluppo dello Stato moderno in Europa.

Come è noto, il compito di perfezionare tale processo spettò alla società ottocentesca, con i suoi ritmi incalzanti di industrializzazione e di inurbamento, che determinarono una crescente esigenza di disciplinamento delle attività umane e la conseguente esclusione ed emarginazione di coloro che non potevano adeguarsi ai nuovi codici sociali dettati dal mutato sistema politico ed economico. Tale 'omogeneizzazione' dei comportamenti fu realizzata operando con strumenti solo in apparenza più moderati, in realtà più sottili, di sorveglianza e punizione. In questo senso si potrebbe dire che il diritto penale dell'ALR costituisce un'ingenua ma paradigmatica prefigurazione del ben più vasto fenomeno di razionalizzazione della vita quotidiana che si venne determinando per tutto il XIX e il XX secolo negli Stati occidentali.