HISTORIA ET IUS - ISSN 2279-7416 - DOI 10.32064/19.2021.01 - 15 dicembre 2020

rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Dario Luongo

Contro lo «spirito di severità»: garanzie e mitigazione dei dispositivi penali in Tommaso Briganti

Against the «spirito di severità»: Guarantees and mitigation of criminal devices in Tommaso Briganti

ABSTRACT: Tommaso Briganti's work was one of the most original expressions of the italian criminalistic doctrine in the eighteenth century. The scientific elaboration of the apulian jurist began from the grafting on the doctrinal tradition of the contributions of some of the most significant currents of modern culture: from sixteenth-century skepticism to the thought of the crisis of european's conscience. That culture fueled the scholar's renewing inspiration and, at the same time, with his realistic approach, helped to keep him away from any abstract utopian pattern. The jurist was induced to search in the normative patrimony of the Kingdom of Naples and in the doctrinal tradition all the ways that could be used to broaden the guarantees, reducing arbitrators and mitigating the rigor of penal repression. That method proved fruitful. Briganti traced – without anticipating the anti-jurisprudential radicalism that would have characterized the mature Enlightenment – through the tools offered by a science at the same time endowed with a robust technical armor and open to dialogue with extra-juridical knowledge, the lines of a possible reform of the criminal system of law, fueling the debates of the decades to come.

KEYWORDS: Accusation, Testimony, Extraordinary penalty.

SOMMARIO: 1. Il primato della legislazione – 2. Usare con «circospezione» la decisionistica – 3. Crisi della scienza giuridica, irrinunciabilità della scienza giuridica – 4. Ridurre la procedibilità 'ex officio' – 5. Le perenni suggestioni dell'equità – 6. La polemica antifeudale e l'indignazione per la venalità della giustizia – 7. Graduare la pena in rapporto alle modalità del concorso – 8. Ridimensionare il potere dei subalterni – 9. Il problema della 'sociabilità' umana – 10. La questione degli indizi indubitati – 11. Contro il *consensus populi*: il popolo «moltitudine d'insensati» - 12. Inimicizia, minacce e consuetudine a delinquere: indizi da ridimensionare – 13. Critica e uso moderato delle autorità – 14. Usi dell'*imbecillitas sexus* – 15. La correità – 16. In margine al problema delle citazioni arbitrarie: una critica di Duck a Menochio – 17. Comparizione spontanea e contumacia – 18. Le modalità della carcerazione: la dottrina assurta al rango di «potenza legislativa» - 19. Contro la forgiudica – 20. Limitare il giuramento, potenziare la difesa – 21. I dottori «maestri e padroni del foro»: i guasti delle deformazioni interpretative dei pratici – 22. Garantire la spontaneità della confessione – 23. La possibilità di scindere la confessione – 24. Tenere adeguatamente conto dei testimoni 'ad defensam' – 25. La commisurazione della pena – 26. Spunti teorici in margine al problema della 'ripulsa' dei testimoni – 27. Usare cautela nell'armonizzare le testimonianze – 28. La tortura – 29. La pena straordinaria in discussione – 30. L'annoso problema delle composizioni e delle transazioni pecuniarie – 31. Gerarchie sociali e pene – 32. La libertà intellettuale del giurista – 33. La critica degli statuti aristocratici e le aperture alla tolleranza – 34. La disciplina del furto paradigma dell'eversione legislativa?

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

1. *Il primato della legislazione*

A partire dalla prima fondamentale monografia di Raffaele Ajello, dedicata alla vita giudiziaria napoletana della prima metà del Settecento[1], la conoscenza delle dinamiche istituzionali del Mezzogiorno d'Antico Regime è notevolmente cresciuta. La concorrenza fra le giurisdizioni, l'esistenza di estesissime aree immunitarie in larga misura sottratte alla direttiva statale e i forti condizionamenti esercitati dalla venalità sull'amministrazione della giustizia sono stati documentati attraverso ampie e accurate ricerche archivistiche. Nel libro di Ajello la *Pratica criminale* di Tommaso Briganti occupava un posto centrale. Lo storico napoletano trovava nello scritto del giurista di Gallipoli, la cui prima edizione era stata pubblicata nel 1755, una sintetica delineazione dei caratteri della vita giudiziaria napoletana della prima metà del XVIII secolo quali erano venuti emergendo dalle ricerche condotte in anni di intensi e operosi scavi archivistici. La documentazione manoscritta confermava l'attendibilità delle diagnosi di Briganti.

Nella *Pratica* la denuncia degli abusi e del malfunzionamento della giustizia era espressa con un linguaggio colorito e brillante. Ma non di mera denuncia si trattava. L'opera era scritta per incidere sulla prassi. Finalità che poteva essere perseguita solo dando il bando a illusorie fughe in avanti ispirate da astratte progettazioni utopiche e imperniando l'elaborazione scientifica sui materiali legislativi e giurisprudenziali a disposizione. Nella legislazione e nella dottrina giuridica vi erano varchi utilizzabili per ampliare le garanzie, mitigare il rigore repressivo e razionalizzare il funzionamento della macchina giudiziaria. Andavano utilizzati appieno, attraverso l'elaborazione dottrinale, per aprire, nelle condizioni date, una prospettiva di rinnovamento. Era quella la missione scientifica a cui aveva atteso Briganti.

Il pensiero critico moderno, da Montaigne agli artefici della Rivoluzione scientifica agli esponenti del pensiero della crisi della coscienza europea, aveva mostrato quanto fossero robusti gli ostacoli che si opponevano al cambiamento. L'energia che quegli intellettuali avevano dovuto spendere per demolire la vecchia cultura li aveva resi edotti della vischiosità degli usi consolidati e delle *formae mentis* tradizionali. Nella *Pratica* i richiami ad autori come Montaigne, Pascal, Pufendorf, Bayle, Locke (e, sia pure spesso dialetticamente, Hobbes) erano continui. Quel pensiero, da un lato costituiva per Briganti una fondamentale lezione di realismo, dall'altro, rappresentando

[1] R. Ajello, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel Regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, vol. I, *La vita giudiziaria*, Napoli 1961.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

una fonte d'ispirazione costante, contribuiva a mettere la sua elaborazione scientifica al riparo dal rischio che l'aderenza alla pratica degenerasse nell'iperpragmatismo cieco dei giuristi della tradizione.

Lo studioso pugliese valicava in maniera decisa i confini dell'esclusivismo giuridico. Nella sua opera la cultura extragiuridica non era una patina che si sovrapponeva all'impiego dello strumentario tecnico. Essa costituiva per il giurista una vera e propria stella polare. Attivando un produttivo circolo virtuoso fra teoria e prassi, serviva a evitare la dispersione casistica e a dare un indirizzo coerente all'intera ricerca[2].

Nell'illustrare le finalità della *Pratica*, Briganti spiegava che essa serviva a colmare una lacuna: mentre le «pratiche» fino ad allora pubblicate avevano avuto ad oggetto «quanto» era «in costume, ed in osservanza» nel Sacro Regio Consiglio, nella Sommaria e nella Vicaria, ossia nelle magistrature superiori, e giuristi come Novario e De Angelis avevano limitato la trattazione alle corti baronali, il suo scritto riguardava anche le corti demaniali inferiori. La scelta era giustificata dal fatto che le magistrature inferiori, benché anch'esse titolari del mero e misto imperio, avevano poteri minori di quelli delle magistrature superiori[3].

Briganti, dicendo di volersi rivolgere a quanti operavano nelle magistrature inferiori, faceva professione di modestia. Ma, in realtà, nell'intera opera i limitati poteri delle corti inferiori costituivano lo spunto per combattere gli abusi praticati anche in quelle superiori e operare per un ridimensionamento dei poteri di queste ultime.

Limpida era la giustificazione dell'impiego dell'italiano: era un errore «nascondere» il pensiero «sotto i velami e viluppi di una lingua morta» quando era possibile comunicarlo «con la […] viva lingua materna». Scelta che già diversi decenni prima aveva fatto Giovan Battista De Luca. E nella sottolineatura secondo cui i giureconsulti romani avevano scritto nella propria lingua[4] vi era un chiaro riecheggiamento delle giustificazioni addotte dal giurista venosino a sostegno dell'impiego dell'italiano[5].

[2] Per un recente valido profilo biografico del giurista pugliese, a cui si rinvia anche per la relativa bibliografia, cfr. G. Vallone, *Briganti, Tommaso*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (secoli XII-XX*), diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletti, Bologna 2013 (d'ora in poi *DBGI*), vol. I, pp. 338-339. Importanti considerazioni sui rapporti fra la nuova cultura filosofica e le Pratiche criminali sono in I. Birocchi, *Il problema della riforma della giustizia in Italia nell'età dei lumi: l'incontro tra Pratiche criminali e nuova filosofia*, in J. R. de Lima Lopes, A. Slemian (Organizadores), *Història das Justiças 1750-1850. Do Reformismo Ilustrado ao Reformismo Constitucional*, São Paulo 2017, pp. 54-109.

[3] T. Briganti, *Pratica criminale*, Napoli 1842, vol. I, *Economia dell'opera*, pp. 5-6.

[4] Ivi, vol. I, *Economia dell'opera*, p. 9.

[5] G. De Luca, *Il dottor volgare ovvero compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale*

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Briganti prendeva le mosse dall'incertezza che regnava nel sistema penale. Se il civile era «intrigato, e confuso», il criminale era «intrigatissimo, e confusissimo». Le difficoltà nascevano in primo luogo dall'inflazione legislativa. Erano state le trasformazioni intervenute nei costumi dei popoli a esigere un continuo adattamento della legislazione. Sul punto l'autore della *Pratica* citava fonti classiche come Tito Livio e Aulo Gellio e un grande giurista medievale come Baldo. Ma non si limitava alla semplice constatazione del fenomeno. Infatti, era in margine a quella presa d'atto del divenire della legislazione che egli enunciava la regola secondo cui, per risolvere le antinomie, bisognava dare applicazione al criterio cronologico[6]. Un assunto, come si vedrà, denso di implicazioni in ordine ai rapporti tra le fonti del diritto.

Il § I della *Prefazione*, dedicato al diritto romano, era intitolato *Delle leggi comuni*[7]. Quindi, Briganti identificava il diritto comune con quello romano, non con l'*utrumque ius*. Una conferma della tesi di Giovanni Cassandro secondo cui nella letteratura giuridica d'Antico Regime era assolutamente prevalente l'identificazione del diritto comune col solo diritto romano[8].

Nel trattare di quest'ultimo, Briganti prendeva decisamente le distanze dall'antitribonianismo. Teneva a sottolineare che, a prescindere dall'attendibilità delle fonti (Procopio e il lessico Suida) che avevano demolito la figura di Giustiniano, questi, nel mettere mano alla compilazione, aveva avuto il merito di «scegliere persone dottissime», che «sapean molto bene la giurisprudenza»[9].

Il giurista pugliese era un sostenitore della discontinuità altomedievale: con le invasioni barbariche, a suo avviso, era stato «affatto estinto il diritto romano, e la sua memoria». Le terre in cui quel diritto aveva signoreggiato erano state costrette a «sottomettersi a crudeli, e ferine sanzioni». Nettamente negativo era pertanto il giudizio che Briganti dava della situazione in cui, a seguito delle invasioni barbariche, era venuta a trovarsi l'Italia. Questa si presentava piuttosto come «un ricovero di bestie selvagge» che come «un regno di popoli inciviliti». Poteva essere rappresentata come «una foresta,

nelle cose più ricevute in pratica, vol. I, Firenze 1859, *Proemio*, cap. I, n. 3, pp. 12-13.

[6] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, nn. 1-5, pp. 11-12.

[7] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § I, p. 14.

[8] G. Cassandro, *La genesi del diritto comune*, in *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea. Atti del Convegno di studi in onore di Giuseppe Ermini. Perugia, 30-31 ottobre 1976*, Perugia 1980, pp. 61-66.

[9] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § I, n. 1, p. 14.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

dove le tigri, ed i leoni si lacerassero fra di loro»[10]. A differenza di esponenti del Preilluminismo come Giannone e Muratori, Briganti non mostrava infatti alcun apprezzamento per le legislazioni dei popoli germanici. Mentre mostrava di apprezzare il cesaropapismo bizantino[11].

Energica era la difesa che il giurista, riecheggiando i giudizi giannoniani, faceva delle costituzioni di Federico II dalle critiche dei «professori» di epoca angioina che avevano preso a «malmenarle, reputandole contrarie alle massime della corte romana […] e perciò strane, inique, ingiuste ed offensive dell'ecclesiastica immunità, della libertà dei matrimonj e di cose simili». L'attenzione era focalizzata soprattutto sulla *Praedecessorum nostrorum*, che, come rammentava Briganti, Matteo d'Afflitto aveva ritenuto non valida perché in contrasto con la libertà ecclesiastica[12]. Il giurista pugliese richiamava invece come esempio di una legislazione ancora più incisiva di quella fridericiana le costituzioni confluite nel titolo II, *De episcopis, ecclesiis et clericis*, del XVI libro del *Codex Theodosianus*. Briganti teneva a sottolineare che i Padri della Chiesa non avevano criticato affatto quella normativa, dolendosi anzi dell'avarizia degli ecclesiastici che ne avevano reso necessaria l'emanazione. Inoltre, richiamava i numerosi Stati che, nel Medioevo e nell'Età moderna, avevano adottato analoghi provvedimenti. Su Venezia, in particolare, citava significativamente Paolo Sarpi[13]. Ma non è da escludere che sulle riflessioni di Briganti sull'immunità ecclesiastica avessero influito gli scritti di Pietro Contegna. Questi si era rifatto ampiamente alla legislazione tardo-imperiale, aveva valorizzato fortemente le posizioni della Patristica favorevoli all'obbligazione fiscale degli ecclesiastici e aveva collocato il tema dell'immunità su un ampio sfondo comparatistico[14].

[10] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § I, nn. 11-12, p. 16.

[11] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § I, n. 13, p. 17.

[12] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § II, n. 8, p. 19. Matteo d'Afflitto, in riferimento alla *Praedecessorum nostrorum*, aveva scritto in maniera recisa: «Haec consti. non valet: quia imperator non potuit contra libertatem ecclesiae & personarum ecclesiasticarum prohibere, quod non relinquantur res stabiles ecclesiae, inter vivos, vel in ultima voluntate». La posizione di Matteo d'Afflitto sulla *Praedecessorum nostrorum* era stata già aspramente criticata da Pietro Giannone: nell'emanarla, a suo avviso, il sovrano svevo non aveva fatto che «ristabilire ciò che i predecessori avean fatto, e ciò che a tutti gli altri principi fu permesso, e dovrà sempre permettersi ne' loro reami e signorie». Cfr. M. de Afflictis, *In utriusque Siciliae, Neapolisque sanctiones, et constitutiones, novissima praelectio*, Lugduni 1556, lib. III, rubr. XXVI, f. 176 *r*; P. Giannone, *Istoria civile del Regno di Napoli*, vol. 3, Milano 1970, lib. XVI, cap. VIII, n. 1, pp. 304-305.

[13] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § II, nn. 9-10, pp. 19-20.

[14] Cfr. D. Luongo, *Il giurisdizionalismo dei moderni. Polemiche anticurialistiche nella Napoli del Preilluminismo*, Torino 2018, pp. 371-482.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Analogamente a Giannone, Briganti mostrava di apprezzare le posizioni di Marino da Caramanico, che, pur avendo operato sotto gli Angioini, non si era chiesto se le costituzioni fridericiane, essendo state adottate da un sovrano scomunicato, fossero valide. Non diverse erano state le posizioni di Bartolomeo da Capua e di Napodano[15].

Aspre erano invece le critiche rivolte da Briganti ad Andrea d'Isernia, «guelfo sfrontato», che, «come capital nemico di Federico, non tralasciò di dannare la memoria di questo principe»[16]. Erano evidenti gli echi giannoniani: l'epiteto di nemico capitale di Federico II attribuito ad Andrea d'Isernia era preso alla lettera dall'*Istoria civile*[17]. Briganti, fra l'altro, non mancava di tacciare di «ciarlataneria» il giurista molisano per le qualifiche di monarca e di evangelista di cui si era fregiato.

Ma molto aspre erano anche le critiche che l'autore della *Pratica* rivolgeva a Matteo d'Afflitto. Questi, «per vizio piuttosto del secolo, non seppe allontanarsi da' triti, e comuni sentieri, ed empiè li suoi commentarj di quistioni inutili, e vane». Neanche Matteo d'Afflitto aveva rinunciato a interrogarsi sulla validità delle costituzioni emanate da un sovrano scomunicato e deposto. Netto era il punto di vista che esprimeva al riguardo Briganti: «I moderni […] stimano vana questa quistione, essendo molto improprio il cercare, se il sovrano, quando stabilisce le leggi, si trovi scomunicato, […] supponendo, che le scomuniche niente han che fare con la podestà, che tengono i principi in istabilire le leggi, la quale è una delle loro superiori regalie, inseparabilmente attaccata, ed annessa alla corona, che non può togliersi dalla scomunica, la quale non ha forza, che riguarda

[15] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § II, n. 11, p. 20. P. Giannone, *Istoria*, cit., vol 3, lib. XVI, cap. VIII, n. 1, p. 305, aveva scritto che Marino da Caramanico, «il più dotto glossatore di queste costituzioni, ancorché fiorisse sotto Carlo I d'Angiò, […] fu più moderato di tutti gli altri. […] A costui le riferite costituzioni di questo principe non parvero cotanto strane ed esorbitanti come agli altri che successero». Fra l'altro, Marino – notava lo storico dauno – non si era nemmeno posto il problema della validità delle costituzioni emanate da un sovrano deposto.

[16] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § II, n. 12, p. 20.

[17] P. Giannone, *Istoria*, cit., vol. 3, lib. XVI, cap. VIII, n. 1, aveva notato che Andrea d'Isernia aveva scritto in un'epoca in cui, rispetto a quella di Marino da Caramanico, le «nuove massime della corte di Roma» (ossia quelle ispirate a posizioni ierocratiche) avevano messo salde radici. Il giurista molisano, «come se fosse un capital nemico di Federico, non tralascia di dannar la memoria di questo principe […]. Egli ingrandisce quanto può le pretensioni de' romani pontefici, riputando questo regno come vero feudo della Chiesa, e nudrito colle massime degli ecclesiastici, empié i suoi commentari d'errori pregiudizialissimi alle supreme regalie de' nostri re, veri ed indipendenti monarchi di questo reame».

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

l'amministrazione, e governo dei regni»[18]. Erano posizioni del tutto coincidenti con quelle giannoniane[19].

A Giannone Briganti si rifaceva nella trattazione del periodo angioino. Fra l'altro, l'autore della *Pratica* riprendeva alla lettera le valutazioni negative che lo storico dauno aveva dato dei commentari dedicati da Carlo Petra ai Riti della Vicaria, definendoli un mero «magazzino»[20]. Anche il giudizio comparativo fra Carlo Tapia e Antoine Favre era mutuato da Giannone. Mentre Tapia non aveva fatto che collocare le leggi sotto i loro titoli, l'opera di Favre, scritta peraltro in un «conciso latino», si segnalava «per gravità, ed eleganza» ed era attestazione del «sublime ingegno» dell'autore[21].

Su Bynkershoek Briganti fondava l'affermazione secondo cui, nel decidere una causa, bisognava dare applicazione alle leggi patrie e solo in mancanza di queste alle leggi comuni. Ma il giurista pugliese non si limitava a evocare la sussidiarietà. La integrava col criterio cronologico. Per cui, nell'individuare la disciplina che si adattava al caso, a suo avviso, bisognava procedere a ritroso, dalle prammatiche ai riti ai capitoli alle costituzioni del Regno alle leggi comuni. Anche a queste ultime andava applicato il criterio cronologico, dando la precedenza alle Novelle rispetto al Codice, al Digesto e alle Istituzioni[22].

---

[18] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § II, n. 14, p. 20. Matteo d'Afflitto, in ultima istanza, aveva risolto i dubbi sulla validità delle costituzioni fridericiane sostenendo che le leggi giuste sopravvivevano alla deposizione di chi le aveva emanate. Cfr. M. de Afflictis, *In utriusque*, cit., *Praeludia*, *quaestio I*, nn. 1-2, f. 3 *r- v.*

[19] La critica di Briganti era mutuata quasi alla lettera da quella giannoniana. Secondo lo storico d'Ischitella Matteo d'Afflitto «per vizio del secolo non seppe allontanarsi da' triti e comuni sentieri, ed empié i suoi commentari di quistioni vane ed inutili, le quali oggi non han il loro uso». Fra le quali vi era quella, del tutto vana, della validità delle costituzioni federiciane. Tanto più che lo stesso d'Afflitto aveva fatto riferimento alla loro accettazione da parte del popolo. In ogni caso – aveva aggiunto Giannone – «le scomuniche non hanno niente che fare colla potestà che tengono i principi in istabilire le leggi, ch'è una delle supreme regalie attaccata ed annessa alla lor corona». Cfr. P. Giannone, *Istoria*, cit., vol. 3, lib. XVI, cap. VIII, n. 1, pp. 306-307. Era rifacendosi a Baldo che Matteo d'Afflitto aveva fatto riferimento all'accettazione dei popoli: M. de Afflictis, *In utriusque*, cit., *Praeludia*, *quaestio I*, n. 2, f. 3 *v.*

[20] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § III, n. 4, p. 24. Cfr. P. Giannone, *Istoria*, cit., vol. 5, Milano 1971, lib. XXV, cap. VIII, p. 97.

[21] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § V, n. 26, p. 31. Secondo P. Giannone, *Istoria*, cit., vol. 6, Milano 1971, lib. XXXIV, cap. VII, n. 2, p. 248, il *Jus Regni* di Tapia non era da paragonare al *Codex Fabrianus* «sia per gravità ed eleganza, sia per dottrina legale, e molto più perché Tappia niente altro vi fece, che collocare le costituzioni istesse sotto que' titoli che si prefisse, seguitando l'ordine di Giustiniano; ma Fabro le compilò egli stesso, e furono parti del suo sublime ingegno».

[22] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § V, n. 30, p. 32.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Di grande interesse erano anche le considerazioni che Briganti dedicava ai rapporti fra legislazione e dottrina giuridica. Quando il testo di legge era chiaro – notava – era una perdita di tempo ricercare le posizioni della dottrina nella materia che esso aveva ad oggetto. L'autore della *Pratica* fondava quell'affermazione su Aristotele, Cicerone e Giovan Battista De Luca. Legislatore – affermava recisamente il giurista pugliese – era solo il principe, per cui i «dottori privati» non potevano mai prenderne il posto. Era la legge l'unica regola del giusto e dell'ingiusto. Briganti fondava anche su Arthur Duck, che pure aveva dato un grosso risalto al momento giurisprudenziale, la tesi secondo cui i dottori rappresentavano una minaccia per l'autorità del legislatore[23]. Ma significativo era soprattutto il suo richiamo alla tesi di Hobbes secondo cui era un'intrapresa temeraria contro i diritti del re, che rischiava di risolversi nella distruzione dello Stato, attribuire ai privati il diritto di giudicare del bene e del male[24].

Briganti, citando Scipione Rovito, non rinunciava a trovare nello stesso diritto positivo un fondamento alla prevalenza della legge sull'opinione comune dei dottori[25]. Ma teneva soprattutto a precisare che, se il testo

[23] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § V, nn. 31-32, pp. 32-33. In realtà, Duck aveva fondato sul *consensus gentium*, ossia su un dispositivo suscettibile di essere utilizzato a sostegno della giurisprudenza, il primato del diritto romano. Aveva infatti scritto che anche i principi che non erano mai stati «Imperio Romano subditi» portavano il loro ossequio alle leggi romane, che trovavano applicazione «non ex potestate Imperantium, sed ex vi Rationis». E aveva citato al riguardo l'interpretazione che Baldo aveva dato della *lex Nemo* (C. 7, 45, 13). Cfr. A. Duck, *De usu et authoritate juris civilis Romanorum in dominiis principum christianorum*, Neapoli 1719, lib. II, cap. I, n. I, pp. 108-109. Di seguito, tuttavia, come si vedrà, il giurista inglese non aveva mancato di rivolgere critiche severe alla legittimazione che un autore come Menochio aveva dato all'arbitrio giudiziario. Sulla centralità della *lex Nemo* nelle teoriche del *consensus gentium* cfr. D. Luongo, *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, vol. I, *Oltre il consenso metafisico*, Napoli 2007, *passim*.

[24] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § V, n. 32, p. 33. Hobbes aveva scritto che, essendo prerogativa del re discernere il bene dal male, era assurdo quanto si sentiva dire tutti i giorni, che non bisognava obbedire se non ai re che ordinavano cose giuste. Il giusto e l'ingiusto non esistevano prima che fosse istituita la sovranità. Ogni azione, in sé, era indifferente: che fosse giusta o ingiusta dipendeva dal «diritto del sovrano». Pertanto i re, ordinando una cosa, la rendevano giusta per il fatto stesso di ordinarla e, vietandola, la rendevano ingiusta perché la proibivano. I privati cittadini, nel rivendicare a sé la distinzione fra bene e male, pretendevano di sostituirsi ai re e ciò era causa di grave danno per lo Stato. Cfr. T. Hobbes, *Elementi filosofici del cittadino*, a cura di N. Bobbio, Torino 1948, cap. XII, n. I, p. 252. Si trattava di affermazioni di straordinaria importanza. Ed è perciò estremamente significativo che Briganti le richiamasse.

[25] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § V, n. 33, p. 33. Cfr. S. Rovito, *Luculenta commentaria in singulas Regni neapolitani pragmaticas sanctiones*, Neapoli 1742, *De dilationibus. Pragm. IV*, n. 13, p. 192.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

legislativo era chiaro, non bisognava chiedersi se fosse ragionevole. Di qui il richiamo alla tesi di Grozio, autore il cui pensiero pure aveva un saldo fondamento obiettivistico, secondo cui la legge era prodotto della volontà e della potestà del principe e non estrinsecazione della ragione[26]. Le leggi – aggiungeva l'autore della *Pratica* – andavano venerate anche se dure. E che si dovesse giudicare in ogni caso sulla base delle leggi era stato affermato da Sant'Agostino. Ma notevole era soprattutto il richiamo di Briganti alla limpida affermazione di Montaigne secondo cui le leggi andavano osservate non in quanto giuste, ma in quanto leggi, per cui osservare le leggi in quanto giuste non era un giusto modo di osservare le leggi[27].

Non mancava in proposito un richiamo a un campione del pensiero della crisi della coscienza europea come Pierre Bayle. Questi si era rifatto all'affermazione di Catone secondo cui non vi era legge che risultasse comoda a tutti[28]. Era perciò estremamente rischioso far dipendere la valutazione delle leggi dall'arbitrio soggettivo. Su quella questione di cruciale importanza Briganti trovava punti di appoggio in autori molto vari come Cuiacio, Le Clerc, Heineccius e Noodt[29]. Ma, quale che fosse la coerenza delle fonti richiamate, il messaggio era chiaro: Briganti intendeva porre un argine a quel sindacato equitativo della legge che era profondamente radicato nell'ideario dei giuristi d'Antico Regime.

2. *Usare con «circospezione» la decisionistica*

Il giurista ammetteva tuttavia che erano poche le leggi chiare e semplici. E

[26] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § V, n. 34, p. 33. Il giursta pugliese trovava validi sostegni al suo punto di vista anche nelle fonti romane: pertanto, citava il testo di Giuliano (D. 1, 3, 20) secondo cui «Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest» e quello di Nerazio (D. 1, 3, 21) secondo cui «rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur». Affermazioni senz'altro suscettibili di essere poste a sostegno di posizioni di stampo volontaristico. Quanto a Grozio, Briganti richiamava l'affermazione del giurista olandese secondo cui «legis humanae natura est, ut a voluntate humana pendeat, non in origine tantum, sed & in duratione». Cfr. H. Grotii, *De iure belli ac pacis*, Traiecti ad Rhenum 1773, lib. II, cap. XX, n. XXIV, 1, p. 599.

[27] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § V, n. 35, p. 33. Cfr. M. de Montaigne, *Saggi*, a cura di F. Garavini, Milano 1992, vol. II, lib. III, cap. XIII, p. 1434.

[28] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § V, n. 35, p. 33. Cfr. P. Bayle, *Dictionnaire historique et critique*, Rotterdam 1720, t. III, *Patin (Guy)*, nt. E, p. 2196.

[29] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § V, n. 35, p. 33.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

nel caso di oscurità del dettato legislativo era errato pretendere di poterne dare una propria interpretazione senza tener conto di quella degli altri giuristi: seguendo in ciò le orme dei protestanti, che pretendevano che ciascuno fosse legittimato a dare una propria interpretazione alle Sacre Scritture e avevano creato così le premesse della nascita di una molteplicità di confessioni, come aveva scritto Bossuet. In definitiva, la mera libertà interpretativa, disancorata dal rispetto di ogni canone disciplinare, metteva capo al caos delle interpretazioni[30]. Era un primo significativo apprezzamento per il ruolo della dottrina giuridica, che Briganti riteneva imprescindibile. Apprezzamento che poneva il giurista pugliese ben al di qua del radicalismo antigiurisprudenziale che avrebbe caratterizzato qualche decennio dopo alcune correnti dell'Illuminismo giuridico, propugnatrici del mito di un'applicazione automatica della legislazione che prescindesse del tutto dall'ausilio della dottrina giuridica[31].

Quanto alla decisionistica, rifacendosi, fra l'altro, a un testo di Salvio Giuliano (D. 1, 3, 12), Briganti scriveva che le decisioni dei tribunali, dando vita a una consuetudine, avevano forza di legge. Tuttavia, mostrando di sottovalutare il fenomeno della circolazione internazionale degli *usus fori*, il giurista aggiungeva che la *vis legis* della *decisio* era limitata allo Stato in cui era stata emanata[32]. È probabilmente guardando a posizioni dottrinali di quel tipo che Giuseppe Ermini, il cui *Corso di diritto comune* fu pubblicato prima che Gino Gorla apprezzasse appieno la rilevanza della circolazione internazionale degli *usus fori*, sostenne che le decisioni dei grandi tribunali avevano forza di legge solo all'interno dello Stato[33]. Lo stesso comparatista, tuttavia, registrò l'eclissi settecentesca della recezione degli *usus fori* dei tribunali stranieri. Eclissi che fu espressione della generale decadenza di quella decisionistica che aveva avuto un risalto centrale nella letteratura giuridica del XVI e del XVII secolo[34].

Ebbene, Briganti già avvertiva che bisognava usare molta «circospezione» nel far riferimento alle *decisiones*. Vi doveva essere innanzitutto una perfetta

[30] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § V, n. 36, pp. 33-34.

[31] Mutuo il termine-concetto da P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2000.

[32] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VI, p. 34.

[33] G. Ermini, *Corso di diritto comune*, vol. I, *Genesi ed evoluzione storica. Elementi costitutivi*, Milano 1962, pp. 233-244.

[34] Al riguardo si rinvia agli scritti confluiti in G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981. Sulla decisionistica cfr. M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal Medioevo all'Età moderna*, Bologna 1989; M. N. Miletti, *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le «decisiones» di V. De Franchis*, Napoli 1995; Id, *Stylus judicandi. Le raccolte di «decisiones» del Regno di Napoli in Età moderna*, Napoli 1998; I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell' Età moderna*, Torino 2002, pp. 85-104.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

coincidenza tra il fatto esaminato e l'oggetto della *decisio*: richiamo che suonava come messa in guardia dal rischio di un'esorbitante estensione del ricorso alla decisionistica. Non a caso l'autore della *Pratica* citava Duck[35], che effettivamente aveva ridimensionato la portata della giurisprudenza dei grandi tribunali[36].

Il giurista pugliese teneva comunque a puntualizzare che le sole decisioni equiparabili alle leggi erano quelle dei tribunali supremi, ossia del Sacro Regio Consiglio, della Sommaria e della Real Camera di Santa Chiara. Non avevano la stessa cogenza le decisioni della Vicaria, specie quando non fossero state confermate dal Sacro Regio Consiglio. Ancora maggiore accortezza bisognava usare nel seguire le decisioni delle regie udienze, che, in materia criminale, mostravano un estremo rigore[37].

Già nel trattare della decisionistica Briganti dava voce a un'istanza, presente nell'intera opera, di mitigazione della severità della repressione penale. Dall'autore della *Pratica* si trae peraltro conferma di una linea di tendenza, già rilevata dalla storiografia, secondo cui i tribunali superiori mostravano un rigore minore rispetto alle corti poste ai livelli più bassi dell'apparato giurisdizionale e quindi maggiormente permeabili alle pressioni delle masse fanatizzate[38]. Infatti, Briganti rammentava che molte delle condanne a morte pronunciate dalle udienze erano state ridotte alla pena dell'esilio dalla Vicaria. In particolare, il giurista rievocava il caso della condanna di un bestemmiatore alla pena capitale, aggravata dalla deposizione del capo del condannato in una grata di ferro, che era stata pronunciata dall'udienza di Lecce e che la Vicaria aveva riformato, riducendo la pena alla relegazione.

Ma Briganti poneva alcune stringenti limitazioni all'incidenza degli orientamenti giurisprudenziali degli stessi tribunali supremi. Le decisioni del Sacro Regio Consiglio, della Real Camera di Santa Chiara e della Sommaria avevano per i tribunali inferiori «una somma autorità» solo quando erano conformi o non diametralmente opposte alle leggi comuni e del Regno. Di seguito l'autore della *Pratica* sembrava aprire più di un varco all'arbitrio del vertice giurisdizionale scrivendo che, se il Sacro Regio Consiglio, in quanto «concistoro del principe», poteva recedere dalle disposizioni delle leggi positive, non altrettanto potevano fare le corti inferiori, che erano tenute a seguire il diritto del Regno e la «comune ragione»[39].

[35] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VI, nn. 1-2, pp. 34-35.

[36] Sul ridimensionamento della giurisprudenza dei grandi tribunali da parte di Duck cfr. D. Luongo, *Consensus gentium*, cit., vol. I, pp. 488-490.

[37] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VI, nn. 5-7, p. 35.

[38] Cfr. G. Alessi, *Il processo penale. Un profilo storico*, Roma-Bari 2001, pp. VIII-X e 121-123.

[39] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VI, nn. 7-9, pp. 35-36.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Ma Briganti precisava che, per essere seguite, le decisioni dovevano essere state adottate «in contraddittorio giudizio» e che avevano forza di legge nel solo articolo principale, non nelle materie trattate incidentalmente. Di qui la critica del giurista alle corti inferiori che «inettamente, senza verun'altro discorso, o raziocinio sopra la diversità dei casi, e circostanze, ciò, che leggono nelle decisioni, attendono *ad litteram*, come ad un quinto vangelo». Le decisioni dei supremi tribunali non potevano essere vincolanti quando erano in contrasto col buon senso, con la ragione e con le «comuni, e prime nozioni legali»[40]. Qui si era ben oltre il mero dettato legislativo. Evidentemente per Briganti esisteva un nocciolo duro di princìpi giuridici da cui gli stessi supremi tribunali non potevano recedere.

Era «palpabile» – aggiungeva il giurista – la «ragione» per cui non sempre andavano seguite le decisioni del Sacro Regio Consiglio: il potere che i magistrati avevano di decidere i casi non disciplinati dalle leggi doveva esercitarsi in conformità al bene comune e all'interesse dello Stato, non poteva risolversi in una distruzione delle «leggi fondamentali». Qui faceva la sua comparsa un sintagma che rinviava anch'esso all'esistenza di princìpi giuridici metapositivi. Inoltre, Briganti ribadiva per il Sacro Regio Consiglio che la giurisprudenza dei tribunali aveva i propri limiti nella ragione, nel buon senso e nelle «più certe e comuni nozioni legali»: ennesimo richiamo all'esistenza di un nucleo di princìpi giuridici indisponibili.

Fra l'altro, l'autore della *Pratica* non mancava significativamente di rilevare che gli orientamenti espressi dalle decisioni dei tribunali variavano col variare dei tempi, ossia non erano sempre espressione di una *ratio* oggettiva, ma risultavano influenzati dalla contingenza politica. Ad esempio, la maggiore o minore severità delle sentenze era dipesa anche dalla maggiore o minore severità dei viceré. Ma il giurista pugliese si mostrava altrettanto realisticamente consapevole della forza che ancora, ai suoi tempi, conservava la decisionistica, fino a scrivere che chi metteva in discussione una *decisio* era ritenuto poco meno di un eretico. Briganti riteneva che una via d'uscita potesse consistere in una recezione principesca degli orientamenti giurisprudenziali dei tribunali supremi. Recezione che, a suo avviso, avrebbe evidentemente comportato un controllo del vertice politico e quindi la possibilità di tagliare le unghie al protagonismo delle corti. Un precedente, nel Regno di Napoli, era stato costituito, nel 1738, dalla disposizione sovrana secondo cui ogni tre mesi le ruote del Sacro Regio Consiglio dovevano riunirsi congiuntamente per risolvere i dubbi interpretativi. Ma quella disposizione, come constatava amaramente Briganti, era rimasta in larga misura lettera

[40] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § VI, nn. 22-29, pp. 39-40.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

morta[41].

3. *Crisi della scienza giuridica, irrinunciabilità della scienza giuridica*

Pur ridimensionandone la portata, il giurista pugliese attribuiva alla decisionistica una posizione sovraordinata rispetto alla dottrina giuridica. Infatti, scriveva che la causa andava decisa secondo l'autorità dei dottori quando mancava una legge del Regno o comune o una *decisio* che si adattasse al caso. Ma della dottrina giuridica – aggiungeva lo studioso – non si poteva fare a meno perché era impossibile decidere una causa «col solo discorso naturale, o raziocinativo»[42]. Insomma, per dirla con Coke, non si poteva fare a meno della 'ragione artificiale' dei giuristi.

Solo se la causa era decisa alla presenza del principe – notava Briganti – era possibile basarsi sulla ragione piuttosto che sull'autorità. Invece, quando era decisa dai giudici, specie quelli delle corti inferiori, «che tengon l'arbitrio da stretti cancelli segnato», non si poteva prescindere dalle autorità. Nel caso di contrasti dottrinali acquistava inevitabilmente uno spazio maggiore la ragione, della quale tuttavia – scriveva prudentemente Briganti – bisognava servirsi senza coltivare l'illusione che potesse distruggere le autorità. Per ragione, peraltro, non doveva intendersi «quello, che a ciascuno persuada il proprio cervello, ed il lume naturale». Vera ragione era quella che poggiava sul solido fondamento dei «principj legali». Le argomentazioni giuridiche, pertanto, non potevano essere svolte con l'ausilio del solo «acume naturale», ma consistevano nel ragionare «per le massime certe, ed inalterabili della giurisprudenza». E quanti non seguivano quei canoni – concludeva sbrigativamente Briganti – meritavano la qualifica di ciabattini.

In ogni caso, lo studioso teneva a puntualizzare che neanche nel caso di conflitto delle opinioni dottrinali la decisione andava rimessa all'arbitrio dei giudici (espressione che l'autore della *Pratica*, distaccandosi da una consuetudine lessicale molto radicata nella dottrina giuridica d'Antico Regime, usava già in un'accezione negativa). In tale ipotesi era al «più comune insegnamento de' dottori» che bisognava rivolgersi[43]. Insomma, la *communis opinio* appariva ancora un antidoto all'arbitrio giudiziario.

Ma Briganti non faceva mistero del fatto che la dottrina giuridica versava in

[41] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § VI, nn. 30-38, pp. 40-42.

[42] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § VII, p. 42.

[43] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § VII, nn. 2-6, pp. 43-44. Sulla nozione di *arbitrium* nel diritto intermedio cfr. M. Meccarelli, *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

una grave condizione di crisi. Egli dipingeva a tinte fosche il «caos delle confusioni» e il «lagrimevole stato» in cui era precipitata quella «nobilissima professione». Evocava al riguardo la nota opera di Cevallos sulle *opiniones communes contra communes*. Di quell'incertezza approfittavano gli avvocati, che spesso, nelle loro allegazioni, facevano «una gran collettanea di dottori a foggia di catalogo, e di litanie de' Santi». Ma era quella stessa incertezza a far sì che il giudice precipitasse nel pirronismo. L'autore della *Pratica* non mancava infatti di far cenno al cosiddetto 'punto dell'amico'.

E se l'incertezza che regnava nella dottrina era fra le cause del caos giudiziario, non bisognava dare alcun credito a quel genere della letteratura giuridica i cui autori erano maggiormente interessati a un assetto controverso del diritto, ossia i *consilia*. In quanto «prezzolati» e «venali», i consulenti erano massimamente sospetti. Essi erano capacissimi di scrivere il contrario di quanto avevano sostenuto in precedenza. Avevano preso esempio da Carneade. I consulenti – aggiungeva l'autore della *Pratica* – recavano un grosso pregiudizio all'onore e al prestigio degli avvocati. Essi erano da paragonare ai testimoni venali. E a poco valeva che i prodotti dell'attività consulente si presentassero con l'ingannevole denominazione di *consilia pro veritate*. Era stato lo stesso Menochio ad ammettere l'*inconstantia* dei consulenti, di cui aveva offerto egli stesso una testimonianza eloquente[44].

Non andavano annoverati fra le autorità dottrinali neanche gli autori di «repertorj, […] zibaldoni e collezioni» che si limitavano ad affastellare opinioni altrui. Quei compilatori erano da assimilare ai testimoni semplici *de auditu*, che, se anche erano cento o mille, non fornivano una sola testimonianza valida. L'uomo, che era «un animale ragionevole», mentre non era legittimato a interrogarsi sulla giustezza della legislazione (nuova netta presa di distanza dal sindacato equitativo della legge), non poteva dare il proprio assenso alle opinioni dottrinali «ad occhi chiusi […] violentando la ragione». Ragione che si doveva dedurre «da' principj, e termini teorici, e scientifici, estratti dal seno della giurisprudenza, e non dalle tradizioni, e repertorj col solo studio delle loro dottrine ad uso di pappagalli»[45]. A di là dell'alluvionale produzione del praticismo forense e del pedissequo riferimento a quella letteratura stavano i princìpi intangibili della giurisprudenza. Ancora una volta Briganti sembrava ribadire l'esistenza di una ragione giuridica che non si identificava con il 'lume

[44] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VII, nn.7-22, pp. 44-47. Sul 'punto dell'amico' cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 137. Sul problema dell'attendibilità dei vari generi di letteratura giuridica considerazioni interessanti sono in L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, *passim*.

[45] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VII, nn. 32-36, pp. 48-49.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

naturale', ma neanche, *sic et simpliciter*, con la tradizione giurisprudenziale.

Lo studioso, inoltre, applicava significativamente al computo delle autorità dottrinali un canone su cui il pensiero della crisi della coscienza europea aveva molto insistito nella sua critica del *consensus gentium*: bisognava tener conto non del numero degli autori che avevano seguito un'opinione, ma dell'affidabilità di chi l'aveva sostenuta per primo. Nell'accreditare quel canone, Briganti non esitava a sostenere che ad esso si era già rifatto Baronio. Ma teneva soprattutto a sottolineare che se ne era avvalso Bayle nella voce del *Dizionario* dedicata alla papessa Giovanna[46]. Nei *Pensieri* – si potrebbe aggiungere – il filosofo francese aveva scritto che spesso un'opinione pure largamente diffusa era stata realmente esaminata da un numero limitato di uomini[47].

Ricche di spunti erano poi le considerazioni che Briganti dedicava ai criteri da seguire nell'avvalersi delle autorità dottrinali. Era solo in apparenza una banale raccomandazione quella secondo cui non bastava «sapere paragrafi a migliaja» e «produrre un attiraglio di autori» se non li si sapeva adattare «con penetrazione d'intelletto» ai «diversi casi» e «alle diverse circostanze»[48]. In realtà, quel suggerimento suonava aspramente critico nei confronti di un tradizionale modo di avvalersi della dottrina giuridica che consisteva nel puntare sulla forza d'urto di *auctoritates* affastellate alla rinfusa senza tener conto del loro effettivo valore e della loro pertinenza.

In quel contesto acquistavano un nuovo significato canoni che pure erano stati da tempo prescritti dalla letteratura sulla *communis opinio* o che sembravano dettati dal buon senso. Come quello secondo cui bisognava attribuire scarso valore alle opinioni espresse incidentalmente o dagli autori che sembravano esitanti o che si contraddicevano. Invece, riemergeva la convinzione dell'esistenza di un nucleo intangibile di princìpi giuridici nella sottolineatura secondo cui non contribuivano a formare l'opinione comune gli autori le cui dottrine erano fondate su un presupposto che si poteva «dimostrare falso con i principj scientifici della giurisprudenza».

Discendeva poi dalla valorizzazione della legislazione del Regno la polemica contro quanti facevano riferimento in maniera eccessiva agli autori

[46] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § VII, nn. 44-45, p. 50. Cfr. P. Bayle, *Dictionnaire*, cit., t. III, *Papesse (Jeanne la)*, pp. 2162-2174.

[47] P. Bayle, *Pensieri diversi scritti a un dottore di Sorbona in occasione della cometa apparsa nel mese di dicembre 1680, con l'Aggiunta pubblicata il 1694*, Roma-Bari 1979, n. 7, pp. 28-29.

[48] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VII, n. 48, p. 51. La critica del giurista pugliese riproduceva alla lettera quella di Muratori, autore che egli non a caso richiamava in maniera esplicita: «Non basta il saper paragrafi a migliaia: bisogna sapere adattar' essi a i diversi casi, e alle diverse circostanze. E pure (mirare la miseria nostra) noi tutti ci crediamo gran teste». Cfr. L. A. Muratori, *Della pubblica felicità oggetto de' buoni principi*, Lucca 1749, cap. IX, p. 96.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

stranieri ponendoli «in massa con i Napoletani, senza farne distinzione veruna»[49]. L'accento cadeva ancora una volta sull'accumulo indifferenziato di autorità. Ma quel punto di vista nasceva probabilmente anche dalla svalutazione che Briganti faceva della portata della circolazione internazionale degli *usus fori*. Gino Gorla mostrò come quel fenomeno fosse riconducibile al carattere giurisprudenziale degli ordinamenti di diritto comune: i giudici dei tribunali stranieri, prima che officiali del proprio principe, erano ritenuti dottori appartenenti all'orbe dello *ius commune*. Alla stessa logica era riconducibile la recezione della *lex alii loci*. Ebbene, si trattava di fenomenologie che a Briganti apparivano evidentemente antitetiche alla sua valorizzazione del momento legislativo.

Ma per l'autore della *Pratica* la prima regola da seguire era quella secondo cui bisognava dare la precedenza alle opinioni più recenti[50]. Di quel punto di vista Briganti forniva una limpida giustificazione: «Veramente l'antichità è molto venerabile, e chi lo niega? Ma la venerazione, ed ossequio, che noi dobbiamo all'autorità degli antichi, non dee trasformarsi in ostinazione nel seguir ciecamente i di loro sentimenti, camminare sempre dietro a' loro passi, e adorare le pedate di quelli, fino ad un culto superstizioso, che sarebbe per noi un giogo insopportabile, che i più presuntuosi degli antichi non han mai preteso imporre a loro stessi». Rifacendosi a Gravina, Briganti scriveva che quel culto pedissequo delle *auctoritates* era stato estraneo già ai maggiori esponenti della scienza giuridica medievale giacché Bartolo non aveva avuto «ritegno» a criticare i Glossatori e Baldo aveva «intrepidamente» preso le distanze dalle dottrine del suo maestro. La «scuola moderna» aveva poi dispiegato appieno la sua libertà scientifica nell'evidenziare gli errori dell'«antica». Pertanto, Briganti preannunciava che, nel corso dell'intera opera, sarebbe andato «sempre in traccia degli scrittori più moderni […], malgrado gli sforzi di coloro che» avrebbero voluto «ristabilire l'uso delle ghiande»[51].

Quell'opzione per gli autori più recenti era tutt'altro che scontata. Anton Maria Corazzi, nel *De communi opinione*, aveva affermato che un'opinione sostenuta da un autore vissuto prima del Quattrocento valeva tre volte quella di un autore vissuto posteriormente[52]. Ma il riferimento di Briganti all'esistenza di princìpi giuridici intangibili riemergeva nell'affermazione

[49] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VII, nn. 52-59, pp. 52-54.

[50] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § VII, n. 62, p. 54. A sostegno della necessità di seguire le opinioni più recenti Briganti richiamava, fra gli altri, A. Duck, *De usu*, cit., lib. I, cap. VIII, n. XV, p. 102 e P. Giannone, *Istoria*, cit., vol. 5, lib. XXVIII, cap. V, p. 256.

[51] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VII, nn. 62-64, pp. 54-55.

[52] Su quella questione, rivelatrice di una *forma mentis* profondamente radicata, cfr. D. Luongo, *Consensus gentium*, cit., vol. I, p. 446.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

secondo cui, nel caso di contrasti di opinioni, bisognava dare la preferenza a quella «meglio fondata ne' sodi principj generali della legge».

Era invece espressione di un processo di affrancamento dal richiamo pedissequo alle *auctoritates* la puntualizzazione secondo cui si doveva dare la preferenza anche a un autore meno rinomato quando la sua opinione era fondata su princìpi più sodi, su un ragionamento più corretto e su migliori argomenti. Solo quando non era possibile discernere quale delle opinioni fosse più fondata non si poteva non tener conto delle qualità personali degli autori. Come avveniva con le testimonianze dei nobili, che valevano più di quelle dei plebei.

Era poi il segno di un superamento dell'esclusivismo giuridico l'affermazione secondo cui, quando erano coinvolte questioni di medicina, filosofia, teologia, storia e grammatica, bisognava attribuire maggiore importanza agli esperti di quelle materie. Briganti si poneva ben oltre la pretesa accursiana di *omnia in corpore iuris invenire*[53].

Di seguito l'autore della *Pratica* affermava che nelle materie riguardanti il foro ecclesiastico bisognava seguire i canonisti, in quelle riguardanti il foro laico i legisti. Affermazione apparentemente pacifica, ma che egli avvalorava rifacendosi a un campione dell'anticurialismo come Giannone[54]. Briganti aggiungeva inoltre significativamente che non bisognava accedere alla posizione secondo cui il diritto canonico doveva «indistintamente» prevalere su quello civile sia nelle materie profane che in quelle spirituali perché ciò equivaleva ad «abbatter le più supreme regalie dell'imperio». Il giurista pugliese ammetteva che le materie riguardanti gli «spergiuri», le «usure», i «matrimonj» e gli «sponsali» non si potevano affrontare «senza l'indrizzo de' canoni e delle decretali». Di qui la polemica contro la «temeraria arroganza de' protestanti», peraltro smentita dal fatto che il diritto canonico si insegnava nelle più «celebri accademie» della Germania protestante. Ma Briganti avvertiva appieno i rischi insiti in un'esorbitante estensione della logica della *ratio peccati*. Bisognava usare le opportune cautele affinché, «sotto il pretesto del pericolo dell'anima, e del peccato», non si giungesse ad «ammetter più il dritto canonico con la totale esclusione della ragion civile». Il giurista non mancava di citare, al riguardo,

[53] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VII, nn. 65-70, pp. 55-56. Sul tema dell'autosufficienza del diritto e sulle connesse formule autocelebrative cfr. R. Ajello, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, *passim*; M. Montorzi, *Fides in rem publicam. Ambiguità e tecniche del diritto comune*, Napoli 1984, pp. 119-132; D. Quaglioni, *Autosufficienza e primato del diritto nell'educazione giuridica umanistica*, in *Sapere e/è potere. Discipline, dispute e professioni nell'Università medievale e moderna*, vol. II, Bologna 1990, pp. 125-134; E. Cortese, *Il Rinascimento giuridico medievale*, Roma 1992, p. 41.

[54] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VII, n. 71, p. 56. Cfr. P. Giannone, *Istoria*, cit., vol 5, lib. XXVIII, cap. V, p. 256.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

l'affermazione di Giovanni Pietro Ferrari secondo cui il riferimento al *periculum animae* era una *ratio* «multum fatua» e tale da distruggere l'autorità della legge[55].

Vi era infine una regola che atteneva a quella mitigazione del rigore repressivo che costituiva il *leitmotiv* dell'intera opera di Briganti. Rifacendosi a Corazzi e a Francesco Maradei, l'autore della *Pratica* sosteneva che, nel caso in cui la *communis opinio* fosse a favore dell'inflizione della pena di morte e anche solo uno o due autori sostenessero il contrario, in omaggio al *favor rei* bisognava seguire l'opinione minoritaria. La ragione era che la vita umana era preziosa e che si doveva fare di tutto per «serbare un membro alla società civile». D'altronde, anche i moralisti ritenevano che in tal caso l'opinione meno probabile dovesse essere preferita a quella più probabile. Ma Briganti dissentiva dalla tesi secondo cui l'opinione meno probabile doveva essere preferita non solo nelle cause capitali, ma in tutte le cause criminali. Dall'accoglimento di quella tesi – obiettava – sarebbe derivata l'«impunità universale». Anzi, l'autore della *Pratica* traeva spunto da quella polemica per criticare le «opinioni rilasciate de' dottori» rifacendosi alla polemica ingaggiata contro di esse da Pascal nelle *Lettere provinciali*[56].

Briganti era impietoso nel porre l'accento sulle «piaghe della nostra professione»: scriveva infatti che il numero delle questioni controverse era immenso e tendeva a crescere sempre di più. Al riguardo citava come emblematici i «tre voluminosi tomi» del *Tractatus de pugna doctorum* di Eliseo Danza. Parlava di «gara delle scuole, […] rabbia de' sistemi. […] spirito delle fazioni, […] voglia di contradire, […] mania di disputare». Vizi che erano all'origine del disprezzo dei letterati nei confronti dei giuristi. I cui libri si erano resi «tanto nauseanti, e di mal odore all'odorato degl'altri letterati»[57].

Non poteva mancare un richiamo alla polemica fra Muratori e Rapolla. L'autore della *Pratica* offriva un'ampia sintesi dei *Difetti* e della *Difesa della giurisprudenza*. È significativo che egli considerasse l'opera di Muratori un'imitazione dell'*Antitribonianus* di Hotman[58]. Era una dimostrazione del fatto che egli coglieva appieno la cifra antigiurisprudenziale dell'opera dell'umanista

[55] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VII, nn. 72-77, pp. 57-58.

[56] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § VII, nn. 85-86, pp. 60-61. Sulla rilevanza dell'opera di Francesco Maradei, autore frequentemente citato da Briganti e quasi sempre in termini adesivi, cfr. D. Luongo, *Maradei, Francesco*, in *DBGI*, vol. II, pp. 1265-1266; F. Maradei, *Un giureconsulto calabrese nella Napoli vicereale: Francesco Maradei (1647-1719)*, in «Rivista di Storia del Diritto Italiano», XCII, fasc. I (2019), pp. 101-152.

[57] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VII, nn. 87-90, pp. 61-62.

[58] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § VII, n. 92, p. 62.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

francese, non riducendola alla polemica antigiustinianea[59]. L'autore della *Pratica* non taceva il dissenso fra Muratori e Rapolla: mentre il primo aveva proposto che alle controversie dottrinali fosse data una soluzione legislativa, il secondo aveva proposto una via d'uscita giurisprudenziale all'incertezza del diritto[60]. Ma Briganti non si asteneva nel contempo dal rilevare che sia la proposta di Muratori che quella di Rapolla non avevano avuto una traduzione pratica. La stessa riforma del 1738 con cui era stato attribuito alle ruote riunite del Sacro Regio Consiglio il compito di dirimere i contrasti interpretativi – ribadiva – non aveva avuto praticamente seguito[61].

Perciò, Briganti si pronunciava contro un'integrale demolizione della dottrina giuridica: «il condannarsi alle fiamme, ed alle sardelle tanti sudori e fatiche d'insigni interpetri antichi, e moderni» era rimedio «troppo barbaro, e crudele». Sul punto egli si rifaceva, fra l'altro, a Duck, per il quale rifiutare del tutto il contributo della dottrina giuridica avrebbe significato affidarsi integralmente all'arbitrio dei giudici. E, pur ribadendo la sua netta opzione per i moderni, Briganti affermava che era utile anche la Glossa, benché rivelasse enormi difetti di erudizione. Il che aveva ammesso anche un campione dell'indirizzo umanistico come Cuiacio[62].

A difesa della giurisprudenza l'autore della *Pratica* aggiungeva che anche altre discipline, come la filosofia, la medicina e la stessa teologia, erano piene d'incertezze. Ciò dipendeva dal fatto che la verità era difficile da scoprire. Ma la verità, benché difficile da raggiungere, esisteva. Infatti, Briganti apprezzava il fatto che Muratori, che nei *Difetti* aveva dipinto la giurisprudenza come il regno del pirronismo, in seguito avesse confutato, sul piano teoretico, il pirronismo.

La consapevolezza della difficoltà di più radicali vie di uscita dalla crisi della giurisprudenza induceva il giurista pugliese, nel concludere la *Prefazione*, a spezzare una lancia a favore dei pratici. Per i giuristi accademici che si esercitavano sempre «in palestra» era facile scagliarsi contro la «dabbenaggine» dei forensi. Ma veramente degno di lode era chi, dopo «un metodico e profondo studio della teoria», non esitava a gettarsi «nell'esercizio del foro». In realtà, Briganti presentava come paradigmatica la propria esperienza esistenziale: non bisognava rifiutare la pratica giuridica, ma stabilire un

[59] Sulla cifra antigiurisprudenziale dell'opera di Hotman cfr. D. Luongo, *Consensus gentium*, cit., vol. I , pp. 241-277.

[60] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, *Prefazione*, § VII, nn. 114-115, pp. 68-69.

[61] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § VII, nn. 116-123, pp. 69-70.

[62] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § VII, n. 124, pp. 70-71. Briganti richiamava, fra l'altro, l'apprezzamento che aveva mostrato per la Glossa un campione dell'Umanesimo giuridico come il «gran Cujacio» (ivi, vol. I, *Prefazione*, § VII, n. 81, p. 59).

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

rapporto virtuoso fra teoria e prassi. Di qui la polemica contro «i signori della riforma» che, se avessero rivolto il loro sguardo oltre la giurisprudenza, si sarebbero resi conto che anche nelle altre scienze regnavano «insufficienza, dubbiezze, intrighi, incostanza, oscurità, contrarietà, e dispareri». Era quella presa di distanza dalle troppo frettolose demolizioni della giurisprudenza a differenziare le posizioni di Briganti dal radicalismo antigiurisprudenziale che avrebbe caratterizzato di lì a poco alcune correnti dell'Illuminismo. Ma netto era anche il dissenso dell'autore della *Pratica* dall'avversione di un Rapolla per la prassi. Avversione che – notava il giurista pugliese – lo stesso autore della *Difesa della giurisprudenza* aveva dovuto mitigare a contatto con la pratica dei tribunali[63].

4. *Ridurre la procedibilità 'ex officio'*

Nasceva dall'attenzione di Briganti per l'effettività la consapevolezza di come le cause del malfunzionamento della macchina giudiziaria si annidassero nei recessi più riposti degli apparati. Pertanto, il giurista poneva l'accento sulla stretta connessione esistente fra gli eccessi di severità dei giudici e gli abusi degli scrivani criminali. Briganti denunciava in maniera ferma gli «abominevoli, ed indegni artificj» usati da questi ultimi per «dar titoli […] atroci» ai processi criminali. Zelo che il più delle volte non era finalizzato se non a «incuter timore a' disgraziati inquisiti, a fine di estorquerli, e di arricchire le loro borse a spese degli oppressi». Perciò, il giudice doveva considerare non il «titolo», ma la verità del delitto, guardandosi dalla rappresentazione che ne fornivano gli scrivani fiscali. Ma vi erano giudici del tutto insensibili alle più elementari esigenze dei rei. Ad esempio, ve ne erano molti che non si degnavano di «dar udienza a' tanti clamori de' miseri carcerati». Nel praticare quella severità, essi sembravano animati dalla convinzione di poter «drizzar le gambe a' cani»[64]. Riflessione emblematica della *forma mentis* di Briganti: i primi segni di quell'umanitarismo che avrebbe caratterizzato in maniera significativa i dibattiti illuministici sul 'problema penale' si accompagnavano all'abito di prudenza e di moderazione del pensiero della crisi della coscienza europea, che faceva apparire irrealistico l'obiettivo di debellare in maniera definitiva i mali della società.

Nella trattazione dedicata dal giurista pugliese all'accusa erano evidenti gli echi dei nascenti dibattiti illuministici. Ad esempio, pur senza citare Montesquieu, egli notava che a Roma l'aver concesso a ogni cittadino la

[63] Ivi, vol. I, *Prefazione*, § VII, nn. 125-126, pp. 71-72.

[64] Ivi, vol. I, tit. I, nn. 2-5, pp. 93-94.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

facoltà di accusare era stato conforme allo «spirito della repubblica», tanto che l'aver mantenuto in vita quella facoltà sotto gli imperatori aveva comportato un aumento esponenziale del numero dei delatori[65]. A differenza di quanto avrebbe in seguito fatto Filangieri, Briganti non si esprimeva per l'adozione generalizzata del sistema dell'accusa[66]. Ma auspicava senz'altro che fosse limitata la procedibilità *ex officio*. Lo faceva nella forma prudente della rilevazione delle specificità della situazione napoletana. Pertanto, ammetteva che, secondo il diritto comune, il Fisco poteva procedere *ex officio* per tutti i delitti. Così avveniva nei tribunali ecclesiastici. Analoga la consuetudine dei tribunali laici italiani, francesi e spagnoli. Diversa era la situazione del Regno di Napoli. Era vero che la Vicaria si arrogava l'arbitrio di procedere *ex officio* anche per le semplici ingiurie verbali. Ma quella prassi era stata criticata da giuristi autorevoli. Inoltre, le corti inferiori potevano procedere *ex officio* solo laddove fosse consentito dalle costituzioni, dai riti e dalla prammatiche. In generale, dalla normativa del Regno di Napoli si poteva desumere la «legge fondamentale» secondo cui la facoltà di procedere *ex officio* era limitata ai delitti per i quali fossero le leggi stesse a concederla.

Briganti, pertanto, dissentiva dall'orientamento dottrinale secondo cui era consentito anche ai tribunali inferiori procedere *ex officio* per tutti i delitti per i quali era prevista una pena non inferiore alla relegazione, Ad esempio, per la lesa maestà divina e umana e per la falsificazione monetaria si infliggevano pene *ultra relegationem*. Ma per quei delitti le corti inferiori non potevano procedere *ex officio*, essendo la loro trattazione riservata ai tribunali superiori. Del pari, per il lenocinio, delitto per il quale pure erano previste le pene della relegazione *et ultra*, le corti inferiori dovevano limitarsi a incarcerare gli inquisiti e trasmettere i relativi atti alla Vicaria. Per il *latrocinium* vigeva analogo obbligo di trasmettere gli atti alle regie udienze, mentre per i reati di natura fiscale come il contrabbando le corti inferiori dovevano relazionare ai presidi delle province e alla Sommaria[67].

Dubbio era se si potesse procedere *ex officio* per l'usura. Sul punto erano discordi le discipline delle stesse prammatiche. Una costituzione del 1736 aveva qualificato l'usura delitto pubblico, a prescindere dal fatto che fosse o meno manifesta. Ma non aveva previsto che per quel reato le corti inferiori potessero procedere *ex officio*.

L'adulterio, lo stupro, il ratto e la sodomia erano senz'altro delitti pubblici.

[65] Ivi, vol. I, tit. II, § I, n. 2, p. 94.

[66] Cfr. G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, Mariano del Friuli 2004, vol. III, lib. III, parte prima, capp. I-V.

[67] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. II, § I, nn. 4-8, pp. 95-96. Sul *latrocinium* cfr. L. Lacchè, *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in Antico Regime*, Milano 1988.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Ma – notava Briganti – il conte di Harrach, con una prammatica del 1731, aveva previsto che per lo stupro e per l'adulterio non si potesse procedere *ex officio*, sanzionando con la privazione della carica ricoperta e con l'inabilitazione l'eventuale attivazione d'ufficio. Invece, non trattando la prammatica del ratto, si riteneva che esso, in quanto delitto pubblico, potesse continuare a essere perseguito *ex officio*[68].

Controversa era la modalità con cui perseguire il «nefando delitto di sodomia». La prammatica II *de sodomitis* prevedeva che si dovesse procedere *ex officio*[69]. Ma Tapia aveva riferito che nel 1585, grazie all'energica attivazione dell'Eletto del Popolo, si era evitato di procedere *ex officio* per quel delitto contro un illustre personaggio del Regno[70]. Briganti non criticava l'opinione di Tapia secondo cui, nel perseguire la sodomia, si doveva procedere con molta cautela anche in caso di flagranza. Né il giurista pugliese sembrava avere nulla da obiettare al fatto che nel caso richiamato da Tapia fosse stato fatto valere un privilegio cetuale[71].

Naturalmente, i criteri cetuali agivano non solo a favore dei soggetti attivi dei reati, ma anche di quelli passivi. Era il caso degli ecclesiastici, nel cui ambito, come Briganti precisava, andavano compresi anche i conversi e gli oblati delle chiese secolari, detti «romiti». Per le offese arrecate agli ecclesiastici, come alle altre *miserabiles personae*, si procedeva *ex officio*. Ma il giurista pugliese dissentiva dall'orientamento dottrinale secondo cui la procedibilità *ex officio* andava estesa alle offese lievi[72].

[68] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. II, § I, nn. 10-12, p. 96. Briganti si riferiva alla prammatica I *de adulteriis*: cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli*, t. I, Napoli 1803, p. 308.

[69] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. II, § I, n.13, p. 96. Per la prammatica II *de sodomia* cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t. XIV, Napoli 1805, pp. 147-148.

[70] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. II, § I, n. 13, p. 96. Tapia aveva ammesso che, secondo la prammatica II *de sodomia*, nel perseguimento di quel reato si poteva procedere «per inquisitionem», ma aveva avvertito nel contempo che «maxima cum prudentia […] esse agendum». Ciò tanto più in quanto «propter multitudinem exterorum» era grande la presenza di testimoni falsi e «levis vitae». Pertanto, sebbene la prammatica consentisse di procedere «per inquisitionem» trattandosi di reato punito con la pena di morte naturale, gli constava che, nel perseguirlo, non si fosse soliti procedere se non «per accusationem, aut saltem denunciationem». Tapia aveva quindi riferito che nel 1585, volendo il Viceré procedere per sodomia «contra quendam virum illustrem huius Regni per inquisitionem», in difesa dell'inquisito era fermamente intervenuto l'Eletto del Popolo Giovanni Battista Crispo, «vir integerrimus». Cfr. C. Tapia, *Jus Regni Neapolitani*, Neapoli 1633, lib. V, tit. XX, *De sodomia*, *pragmatica II*, p. 152.

[71] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. II, § I, n. 13, pp. 96-97.

[72] Ivi, vol. I, tit. II, § I, n. 14, p. 97. Sui risvolti giuridici della tematica delle *miserabiles personae* cfr. D. Luongo, *Vagabondi e miserabiles personae. Strategie di esclusione e di integrazione nella Napoli*

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

L'autore della *Pratica* era inoltre dell'avviso che si potesse procedere *ex officio* solo nei casi di vera effusione di sangue e non di lesioni personali lievi. Egli ammetteva realisticamente che in quella materia era difficile «formare regole generali». Ma era netto nel ribadire che, a differenza di quanto previsto dal diritto comune, nel Regno di Napoli la «regola generale» era «per la negativa» e le eccezioni «per l'affermativa», ossia che era limitato il raggio d'azione della procedibilità *ex officio*[73].

Briganti adottava un modulo argomentativo improntato alla prudenza. Il riferimento alla sola esperienza meridionale voleva essere un modo per rendere più accettabile un discorso che non era privo di respiro generale: si trattava di niente di meno che di ridimensionare il carattere inquisitorio del rito processuale.

5. *Le perenni suggestioni dell'equità*

Non mancavano spunti interessanti anche nella trattazione che Briganti dedicava al «*giudice*». L'autore della *Pratica* poneva in primo luogo l'accento sulla necessità che questi fosse fornito, oltre che di un'adeguata preparazione giuridica, di sufficiente prudenza. Vi erano stati giuristi che, sebbene stimati come «oracoli», avevano mostrato di essere del tutto privi di quella dote. Era il caso del «dottissimo» Bartolo da Sassoferrato, che, nonostante «la sua grande scienza testuale, fu forzato saltar dalla finestra del palazzo di Todi, per non essere manomesso da quelli, che, che più non potevano sopportare le impertinenze di quell'uomo, quanto saggio di leggi, altrettanto di prudenza sfornito».

Prudenza che si estrinsecava in primo luogo nel saper valutare quando far uso della «tolleranza» e della «dissimulazione» e quando del «rigore» e della «severità». Ma Briganti esplicitava senz'altro la sua netta opzione per l'equità, che, a suo dire, nelle cause criminali era sempre «lodevole». Al riguardo egli richiamava il «ben grosso tomo» che all'*aequitas* aveva dedicato Giulio Cesare Calvino. Dal quale si traeva l'insegnamento che bisognava minacciare piuttosto che dare esecuzione alle pene[74].

Quel richiamo all'equità, che era il segno di un'enorme distanza da quella che solo qualche anno dopo sarebbe stata la visione di un Beccaria, si colorava

d'Antico Regime, in A.A. Cassi (cur.), *Figure giuridiche dell'altro tra Medioevo e futuro*, Soveria Mannelli 2013, pp. 161-244.

[73] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. II, § I, nn. 15-18, pp. 97-98.

[74] Ivi, vol. I, tit. II, § II, nn. 15-17, pp. 106-107.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

in Briganti di accenti diversi. Echi di teorizzazioni risalenti vivevano nell'affermazione secondo cui bisognava tener conto dell'«umana fragilità, e debolezza, proveniente dalla natura corrotta per lo peccato del disgraziato Adamo». Era preferibile – proseguiva il giurista – che il magistrato acquistasse «la fama di mite» piuttosto che «di crudele», dovendo giudicare «sopra i costumi degli uomini», che, non essendo «Angioli», erano «pieni di mille imperfezioni» e continuamente «soggetti agli errori». Bisognava perciò avere «in sommo orrore, e detestazione» i giudici che non facevano che minacciare «carceri, ceppi, catene, galee, forche, mannaje» e pretendevano in tal modo di «raffrenare tutti i disordini»[75]. Quel rilievo si accompagnava alla considerazione di buon senso secondo cui occorreva ispirarsi all'«importantissima filosofia di vivere, e lasciar vivere, base fondamentale della pubblica quiete»[76]. Ancora una volta le istanze umanitarie si fondevano con l'abito di prudenza e di moderazione che era stato proprio del pensiero preilluministico.

Briganti si rifaceva, fra l'altro, esplicitamente a Montesquieu nel sostenere che negli Stati moderati bisognava prevenire piuttosto che punire i delitti. Il contenimento della repressione penale assurgeva a carattere fondamentale degli Stati che volessero mettersi al riparo dal rischio di derive dispotiche[77].

Era compresa nella dimensione equitativa la considerazione dell'appartenenza cetuale dei soggetti. Al riguardo, il giurista pugliese non esitava ad affermare: «Non è sempre vero, che» non «debba il giudice distinguere i rozzi sai dalle felpe signorili». In fondo, le gerarchie sociali non erano che il riflesso delle gerarchie che erano «in Cielo». Per cui, in linea di principio, mentre era necessario che nei confronti dei ceti subalterni «si facesse […] esattissima giustizia», nel processare gli esponenti dei ceti elevati bisognava che il giudice mescolasse al rigore la destrezza. Le leggi, d'altro canto, distinguevano le pene dei nobili da quelle dei plebei come il modo di procedere nei confronti degli uni e degli altri. Ad esempio, il nobile andava citato *ad informandum*, mentre nei confronti del plebeo andava adottato il mandato *de capiendo*. Il primo andava rilasciato *domi* o *per palatium* o *per civitatem* o con malleveria, mentre il secondo andava trattenuto nelle carceri[78].

[75] Ivi, vol. I, tit. II, § II, nn. 17-18, pp. 107-108.

[76] Ivi, vol. I, tit. II, § II, n. 24, p. 109.

[77] Ivi, vol. I, tit. II, § II, n. 17, p. 107.

[78] Ivi, vol. I, tit. II, § II, nn. 21-22, pp. 108-109. Tuttavia, se Briganti si mostrava ben lontano dal far propri i canoni di una giustizia penale fondata sull'uguaglianza, nella sua opera erano assenti le arcigne teorizzazioni sul disciplinamento dei ceti subalterni presenti in alcuni teorici settecenteschi inglesi come Butler e Fielding che indussero Giovanni Tarello a parlare di origini poco illuminate dell'Illuminismo penalistico inglese. Cfr. G.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

6. *La polemica antifeudale e l'indignazione per la venalità della giustizia*

Ma, fatte quelle premesse che erano indispensabili, fra l'altro, per non destare il sospetto di sostenere posizioni radicali, Briganti poneva l'accento sul pericolo rappresentato dal «politico giudice» che, «per ischivare una preveduta tempesta, o per attirarsi la gratitudine con una sentenza al nobile favorevole», si metteva «a pescar ne' libri tanto da appagar le voglie di questo pericoloso campione, nulla badando alla giustizia, che assiste al povero» o sbrigava rapidamente le cause dei ricchi, trascurando quelle dei poveri. Costui, lungi dal poter essere ritenuto un «giudice cristiano», doveva essere considerato un «assassino della giustizia». Non era infatti «lecito a' giudici di opprimere il povero e 'l plebeo, per timore del nobile e del potente». Una giustizia troppo sbilanciata verso i ceti privilegiati era per Briganti una giustizia politica, ossia tale da mettere in discussione quell'imparziale mediazione delle istanze sociali che evidentemente il giurista pugliese riteneva ancora compito precipuo dei togati.

D'altro canto, Briganti non esitava ad ammettere che i privilegi cetuali costituivano un ostacolo insormontabile a una corretta amministrazione della giustizia. Era difficile amministrare la giustizia in una città dove vi era un gran numero di nobili, «il governo de' quali sarà un menare a pascere una mandra di volpi, con obbligo di ridurle tutte la sera all'ovile»[79]. Era in quel contesto argomentativo che il giurista scagliava la sua invettiva contro le giurisdizioni feudali, «materia tra' baroni più gelosa dell'onor delle mogli»[80]. Briganti mostrava a più riprese, nel suo scritto, come gli interessi venali dei baroni rendessero quelle giurisdizioni fonte di gravissimi abusi.

Ma la venalità non risparmiava le magistrature regie. Era a causa della venalità che i magistrati si mostravano spesso oppressivi nei confronti di chi non aveva danaro ed accondiscendenti nei confronti dei ricchi e dei potenti. Quei giudici, che «conducono a mercato la giustizia», erano da ritenere «peggio de' fuoriusciti, o degli assassini di strada». A Briganti appariva chiaro che, anche al di là di macroscopici episodi corruttivi, era la venalità a viziare, in sé, il corretto funzionamento degli organi giurisdizionali. Anche le esazioni lecite compromettevano in maniera irreparabile l'imparziale amministrazione della giustizia. Rivelatrice l'affermazione secondo cui era preferibile che il giudice percepisse «qualche munuscolo di escolenti, e poculenti». Anzi, l'autore della

Tarello, *Storia*, cit., pp. 393-397 e 406-413.

[79] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. II, § II, nn. 21-23, pp. 108-109.

[80] Ivi, vol. I, tit. II, § II, n. 1, p. 104.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Pratica diceva di non apprezzare affatto i magistrati che, per mostrarsi «incorrotti, ed incorruttibili», rifiutavano quei «regalucci» e poi esigevano fino all'osso i proventi sia pure legittimi previsti in relazione al compimento di singoli atti giudiziari. Quei proventi apparivano ormai a Briganti un anacronismo[81].

7. *Graduare la pena in rapporto alle modalità del concorso*

L'opzione del giurista pugliese per la mitigazione del rigore repressivo traspariva anche dalla trattazione dedicata al «*reo*». Egli puntualizzava in primo luogo che si poteva condannare l'«ausiliatore» alla pena ordinaria solo se il querelante provava che senza l'opera prestata da quello il reo non avrebbe potuto commettere il delitto. Se ciò non veniva provato, l'ausiliatore poteva essere condannato solo a una pena straordinaria. Del pari, era soggetto a una pena straordinaria l'«assistente» quando l'«assistenza» non era stata «causa cooperativa del delitto». In entrambi i casi l'autore della *Pratica* sembrava ritenere pacifica l'applicazione della pena straordinaria. Solo nel prosieguo della trattazione, come si vedrà, egli apriva un discorso approfondito su quell'importante dispositivo giurisprudenziale. Qui la pena straordinaria veniva invocata per evitare gli eccessi di severità derivanti dalla sottoposizione a un analogo trattamento sanzionatorio di tutti i soggetti che avevano partecipato a diverso titolo alla commissione del reato.

Invece, Briganti riteneva che non dovesse essere sottoposto ad alcuna pena il congiunto che fosse semplicemente accorso in aiuto del «rissante»[82]. Di qui la netta polemica del giurista contro gli «ufficiali, che sotto la maschera di zelo vanno inquietando con sofistiche invenzioni […] i fratelli, il padre, i congiunti, e tutti i domestici del delinquente, intaccandoli di complicità ideale». Si trattava di un abuso che, sebbene «detestato […] da tutti», era ben lungi dall'essere «bastevolmente raffrenato»[83].

[81] Ivi, vol. I, tit. II, § II, nn. 27-31, pp. 110-111. Per i riflessi della venalità sull'amministrazione della giustizia si rinvia in primo luogo al classico lavoro di F. Chabod, *Stipendi nominali e busta paga effettiva dei funzionari dell'amministrazione milanese alla fine del Cinquecento*, in *Miscellanea in onore di Roberto Cessi*, vol. II, Roma 1958, pp. 187-363. Sulla venalità della giustizia nel Regno di Napoli cfr. R. Ajello, *Il problema*, cit., vol. I, *passim*; P. L. Rovito, *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento*, vol. I, *Le garanzie giuridiche*, Napoli 1981, cap. I; D. Luongo, *La corruzione tra forme giuridiche e visioni del potere*, in *Corruzione e inefficienza nella pubblica amministrazione*, Napoli 2017, pp. 21-39.

[82] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. II, § III, nn. 2-5, pp. 115-116.

[83] Ivi, vol. I, tit. II, § III, n. 25, p. 119.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Briganti si mostrava inoltre favorevole a un trattamento mite dell'apologia di reato. Rifacendosi a San Giovanni Crisostomo, scriveva che senz'altro *in foro poli* lodare un peccato costituiva un peccato maggiore del commetterlo, ma *in foro fori* l'apologia doveva essere sanzionata con una pena mite, come quella di «brieve carcere»[84]. Invece, l'autore della *Pratica* si pronunciava per un trattamento severo della ricettazione, che era largamente praticata dal baronaggio. Al riguardo citava infatti una costituzione del 1738 che prevedeva aspre sanzioni (oltre a pene pecuniarie, la sospensione dall'esercizio della giurisdizione per cinque anni) a carico dei baroni che se ne rendessero responsabili[85].

8. *Ridimensionare il potere dei subalterni*

La netta opzione di Briganti per una mitigazione della repressione penale emergeva anche dalla disamina dedicata al processo informativo. Talvolta – scriveva il giurista – il reato era così lieve da non richiedere alcuna sanzione, ma da meritare «più tosto dissimularsi, e non inquirersi». Peraltro, in tal caso, il giudice, respingendo la querela, evitava di «avvilire l'autorità del suo mero e misto impero». Per Briganti aveva perciò «del barbaro» punire «le più leggiere […] mancanze», che la fragilità della natura umana non consentiva di evitare. Pertanto, nei casi di ingiurie verbali e risse, specie fra uomini di modesta condizione, il giudice doveva avvalersi di modi persuasivi per mettere d'accordo i litiganti[86]. Puntualizzazione da cui si trae conferma sia dello spiccato orientamento di Briganti a favore di una giustizia più mite sia del suo non compiuto affrancamento dai paradigmi di una giustizia non fondata sull'uguaglianza giuridica.

Constatata la gravità del reato e ritenuta la querela degna di essere ricevuta, il giudice dava avvio al processo informativo, ossia assumeva in segreto le informazioni sui fatti. In proposito l'autore della *Pratica* teneva a sottolineare che, dipendendo da quella fase processuale l'esito dell'intero processo, era necessario che l'informazione fosse assunta in prima persona dal giudice. Eppure, vi erano giudici che affidavano agli attuari il compito di assumere le informazioni e di esaminare tutti i testimoni, di cui sottoscrivevano poi le deposizioni «senza mai vederne la faccia». A quei giudici Briganti rivolgeva una critica severissima: erano rei di falso, anzi di furto perché percepivano

[84] Ivi, vol. I, tit. II, § III, n. 14, pp. 117-118.

[85] Ivi, vol. I, tit. II, § III, n. 16, p. 118.

[86] Ivi, vol. I, tit. III, nn. 2-3, pp. 120-121.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

sportule per indagini che non effettuavano.

Solo in caso di effettivo impedimento del giudice l'esame poteva essere effettuato dall'attuario o da un altro subalterno. Ma fra gli impedimenti – scriveva ironicamente Briganti – non era certo da annoverare «il giuoco delle carte». Inoltre, il giurista teneva a puntualizzare che, quando il giudice si faceva sostituire, la «commessa» doveva avere precisi limiti spaziali e di oggetto, esplicandosi «*infra civitatem*» ed essendo ristretta alla «sola ricezione de' testimonj»[87].

Comunque, l'esame non poteva essere effettuato dal subalterno se il Fisco o l'accusatore facevano istanza perché fosse effettuato *coram iudice*. E l'esame dell'attuario era nullo se il Fisco o l'accusatore lo ritenevano sospetto. Briganti puntualizzava al riguardo che erano ormai superati i dubbi nascenti da due decisioni del Collaterale del 1667 e del 1671, la prima delle quali aveva consentito e l'altra inibito all'attuario di ricevere le querele e assumere le informazioni senza l'intervento del giudice. Nell'interpretarle, si sarebbe potuto sostenere che la decisione del 1667 era stata superata da quella del 1671 oppure che questa si riferiva ai delitti per i quali erano previste le pene della relegazione *et ultra*, mentre quella precedente riguardava i delitti *infra relegationem*. Ma nel 1737 il Sovrano aveva approvato la richiesta delle Piazze che i testimoni fossero esaminati alla presenza del giudice in tutte le cause criminali. In tal modo era stata bandita ogni incertezza[88].

Due gravi conseguenze derivavano, secondo Briganti, dal mancato esame da parte del giudice o del consultore. In primo luogo il «vacillamento» dei testimoni fiscali, i quali, chiamati a ripetere le loro deposizioni, spesso negavano di averle rese o dichiaravano di averle rese per errore. E ciò avveniva perché da una deposizione resa alla presenza dell'attuario non poteva scaturire «quella robusta prova» che era richiesta «negli affari criminali». Il «secondo sconcerto» derivava dalla pretesa degli scrivani fiscali di ricevere e verbalizzare nel processo informativo le sole testimonianze in favore del Fisco. In tal modo gli scrivani coprivano «sotto il mantello di zelo, e giustizia» la loro «ingorda voglia di tesoreggiare». Erano tutte «diaboliche macchinazioni, rinvenute o dall'odio contro il genere umano o dall'ingiustizia di estorquere danaro». La conseguenza era che il giudice finiva per dover giudicare sulla

[87] Ivi, vol. I, tit. III, nn. 14-19, p. 122.

[88] Ivi, vol. I, tit. III, nn. 20-21, p. 124. Nel trattare delle due decisioni del Collaterale Briganti si rifaceva a Francesco Maradei, che le aveva esposte nel commentare il *singulare CCLX* del padre Filippo: cfr. P. Maradei, *Singularia rerum practicabilium ac judicatarum super regiis pragmaticis* […] *Cui accesserunt Annotationes, & observationes ad singulas regias pragmaticas tam antiquas, quam novissimas, usque ad praesentem diem editas*, Neapoli 1713, *annotationes, et observationes ad singul. CCLX*, pp. 202-204.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

base di una «sconcia informazione». E il querelato era costretto a subire gravi disagi, non ultimo un cospicuo dispendio economico, per mettere in chiaro quella verità che lo scrivano aveva occultato.

Briganti rammentava che quegli abusi erano stati già vietati dalle prammatiche VI *de actuariis* e XXVII *de officio magistri iustitiarii*, che avevano sottoposto a severe sanzioni i loro responsabili. Inoltre, i privilegi avevano previsto che dovesse essere puntualmente verbalizzato quanto i testimoni deponevano tanto in favore del Fisco quanto contro di esso. Pertanto, nel 1737 le Piazze non avevano ottenuto che la conferma di privilegi molto risalenti. Ma l'autore della *Pratica* teneva a sottolineare che quegli abusi potevano cessare solo se l'onere di effettuare l'esame dei testimoni era assunto dal giudice[89]. Cruciale era il ridimensionamento del potere dei subalterni che operavano nei tribunali.

[89] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, nn. 24-28, pp.124-125. Per la prammatica VI cfr. L. Giustinani, *Nuova collezione*, cit., t. I, p. 165. Per la prammatica XXVII *de officio magistri iustitiarii* ivi, t. X, Napoli 1804, p. 145. La prammatica prevedeva che gli scrivani criminali, nell'assumere informazioni, anche se a istanza del Regio Fisco e della parte querelante, dovessero prendere diligentemente nota del fatto che veniva rappresentato dal testimone, non tacendo quanto questi aveva affermato «in escusazione dell'inquisito». Pertanto, gli scrivani fiscali dovevano condurre gli «interrogatorj» in maniera da verificare se la deposizione del testimone fosse resa «con verità, o con malizia». In caso di inottemperanza, essi andavano puniti come falsari e sottoposti ad altra pena «ad arbitrio» della Vicaria. Briganti aveva citato inoltre il capitolo VIII del 1591, il capitolo L del 1642 e il capitolo XXXIX del 1717. Col primo il conte di Miranda aveva approvato un'istanza, formulata dal Parlamento generale, tesa a ottenere che cessasse un abuso degli scrivani fiscali, i quali, non volendo adempiere l'obbligo di riportare per intero le deposizioni dei testimoni, avevano inventato l'«astuzia» di interrogare il testimone prima di farlo giurare in modo da non esaminarlo qualora dicesse qualcosa contro il Fisco. Cfr. *Privilegj e capitoli con altre grazie concedute alla Fedelissima Città, e Regno di Napoli dalli Serenissimi Re Filippo II. Filippo III. Filippo IV. e Carlo II. Con altre nuove grazie concedute, confirmate, e concesse dall'Augustissimo Imperadore Carlo VI* , Milano 1720, pp. 29-30. Col capitolo L il duca di Medina de las Torres aveva approvato un'istanza del Parlamento generale del 1642, tesa a ottenere che gli scrivani criminali non potessero «prendere deposizioni, nè de' principali, nè de' testimonj» se non alla presenza del giudice e che le deposizioni fossero riportate con grande puntualità, «senza alterazione», anche se contrarie al Fisco, e non fossero assunte con interrogatori suggestivi. Cfr. *Privilegj*, cit., pp. 175 e 185. Infine, col capitolo XXXIX del 1717 Carlo VI aveva accolto un'istanza di grazia formulata dalla Città nel 1711, con cui era stata ribadita la richiesta che le deposizioni dei testimoni fossero verbalizzate per intero anche se contrarie al Fisco. Cfr. *Privilegj*, cit., pp. 263 e 271. La reiterazione delle richieste e delle concessioni era un'indubbia conferma della difficoltà di ottenere che cessassero gli arbìtri commessi nella raccolta delle testimonianze.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

9. *Il problema della 'sociabilità' umana*

Briganti non era meno netto nel puntualizzare che il processo informativo aveva ad oggetto il «delitto in genere» prima che quello «in specie», ossia che bisognava in primo luogo accertare che il delitto fosse stato effettivamente commesso. Per farlo non erano sufficienti indizi e presunzioni, ma era richiesta una «pruova robusta di convincenza *per testes de visu*». Restando incerto il delitto in genere, era infatti una «manifesta iniquità» condannare il reo benché confesso. Erano infatti numerosi i casi di rei condannati a morte per aver confessato o per l'esistenza a loro carico di «pruove in specie» senza che fosse stato prima «convincentemente […] provato il delitto in genere; ed a mala pena strappata loro l'anima dal corpo, si son veduti i supposti uccisi passeggiare sotto le forche»[90]. Pertanto, secondo Briganti, per pronunciare una condanna per omicidio, non erano sufficienti l'assenza del presunto ucciso e la cattiva fama del presunto uccisore. Non si poteva condannare per omicidio senza una «piena e robusta pruova di convincenza *per testes de visu cadaveris*». Prova che non poteva essere surrogata dalla confessione del reo né spontanea né resa sotto tortura[91].

Quanto allo stupro, l'esperienza mostrava che per la donna era facile trovare testimoni disposti a provare la sua onestà, «supponendosi da taluni fare un'opera pia e meritoria, in procurare di far collocare in matrimonio una donzella». E ciò senza farsi scrupolo di deporre «il falso» e di essere «spergiuri in opposizione del terzo». Perciò, la dottrina riteneva fondatamente che non si doveva tener conto delle «imbecilli» prove addotte dalla donna circa la sua onestà se non corroborate da testimoni «irreprensibili» e al di sopra di ogni sospetto. Valevano «più due testimonj deponenti su la disonestà, che mille su la pudicizia»[92].

Erano posizioni indubbiamente rivelatrici del persistere di pregiudizi duri a morire. Ma era nel trattare del delitto «in specie» che Briganti svolgeva anche alcune interessanti riflessioni sul tema, cruciale nella riflessione sei-settecentesca, della naturale socievolezza dell'uomo. Nel richiamare la necessità di appurare con esattezza il movente del delitto, lo studioso evocava la dottrina aristotelica della causa finale, che, come egli notava, era stata recepita da Tiberio Deciani, che aveva individuato come moventi dei delitti la necessità, l'ingordigia e l'ira. A cui corrispondevano, nella trattazione dedicata da San Tommaso a quella materia, la concupiscenza della carne, la

[90] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § I, nn. 1-3, p. 127.

[91] Ivi, vol. I, tit. III, § I, n. 8, p. 129.

[92] Ivi, vol. I, tit. III, § I, nn. 16-17, p. 130.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

concupiscenza dello spirito e la superbia[93]. Ebbene, nel sottolineare che era inverosimile che un uomo dotato di ragione commettesse un delitto senza movente non solo esponendosi alle pene terrene, ma condannando la sua anima a una «colpa letale» (nella *Pratica* le sanzioni umane erano spesso affiancate a quelle divine), Briganti prendeva nettamente le distanze dalla tesi hobbesiana dell'*homo homini lupus*: «comunemente da tutti i savj, ed assennati politici vien detestata la stravagante opinione di Tomaso Hobbes, sostenente, che la natura creò tutti gli uomini in continuo stato di guerra, e d'inimicizia». Fra gli uomini era al contrario da presumere l'amicizia, che era «il fondamento» della società ed era ispirata agli uomini dalla stessa natura.

Ma il tema del movente offriva a Briganti anche l'occasione per polemizzare nuovamente con l'eccessiva severità di una parte significativa della dottrina giuridica. Egli affermava in maniera netta che il movente doveva essere proporzionato alla gravità del delitto[94]. Nel contempo citava una sfilza di autorità (da Cepolla a Menochio) che per la rissa avevano ritenuto movente sufficiente anche il semplice invito a cedere il passo o un urto accidentale. L'autore della *Pratica* prendeva limpidamente le distanze da quelle posizioni: «nè perchè sono uomini di celebre grido; noi tosto abbiamo da rassegnarci a' loro pareri con cieco consenso, a guisa di semplici, e sciocchi fanciulli. Le regole della critica ci danno a riflettere, che con molte cautele, diligenze, ed acutezze dobbiam ricevere l'autorità altrui, sempre che la ragione si accordi coll'autorità»[95].

Era una puntualizzazione che, sulla scorta di Bayle, implicava una critica del consenso qualitativo: le opinioni dominanti andavano sottoposte al vaglio della critica anche quando erano fondate sui pareri di uomini illustri e dotti. Inoltre, quel giudizio implicava una netta presa di distanza dal puntiglio ispirato dai codici cavallereschi.

10. *La questione degli indizi indubitati*

Nel richiamare la necessità che il giudice ponesse in essere ogni espediente per ottenere, attraverso i testimoni, la prova del dolo, Briganti faceva nuovamente riferimento alla pena straordinaria, che anche qui si asteneva dal

[93] Ivi, vol. I, tit. III, § II, n. 17, p. 137. Cfr. T. Deciani, *Tractatus criminalis*, t. I, Augustae Taurinorum 1593, lib. II, cap. II, n. 7, f. 16 *r*. Sulla 'massima cassiana' Briganti citava, fra gli altri, Hobbes (ivi, vol. I, tit. III, § II, n. 21, p. 138). Cfr. T. Hobbes, *Leviatano*, Roma-Bari 1974, vol. II, cap. cap. XLVII, p. 636.

[94] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § II, nn. 24-26, p. 138.

[95] Ivi, vol. I, tit. III, § II, n. 29, p. 139.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

problematizzare. Solo la sussistenza del dolo – affermava il giurista – poteva dar luogo all'inflizione della pena ordinaria. La colpa lata poteva invece giustificare solo l'irrogazione di una «pena miziore, e fuori dell'ordine».

Nel trattare delle circostanze di tempo l'autore della *Pratica* richiamava poi la posizione tralaticia secondo cui si poteva uccidere impunemente il ladro notturno senza aprire alcuna discussione su quel tema[96]. A differenza di Filangieri, che solo tre decenni dopo si sarebbe decisamente pronunciato per il superamento della previsione di un differente regime sanzionatorio per il furto notturno[97].

Briganti riteneva che costituisse una circostanza aggravante anche l'aver commesso il delitto durante la celebrazione dei divini uffici o nelle solennità della Pasqua e del Natale[98]. Ma citava una costituzione degli imperatori Arcadio e Onorio (C. 1, 3, 10) che, prevedendo la pena di morte per coloro i quali impedivano ai cattolici di celebrare i divini uffici, andava a suo avviso interpretata nel senso che quella sanzione dovesse essere adottata nei confronti degli eretici, non degli stessi cattolici. Nel richiamare quell'interpretazione, il giurista non mancava di rammentare che vi si era rifatto Niccolò Caravita, «acutissimo avvocato, nella eloquentissima scrittura, che formò a pro di D. Alessandro Riccardi, che nel duomo di Napoli percosse un sacro ministro sedente in confessionario», riuscendo a evitargli la forgiudica[99]. Una vicenda che aveva movimentato oltre un cinquantennio prima la scena politica napoletana[100]. Nel richiamare quel precedente, Briganti mostrava di ritenere che il rispetto dovuto al clero non giustificasse l'adozione di misure draconiane nei confronti di chi ad esso venisse meno. Una posizione che non è azzardato leggere in rapporto alla temperie culturale dei decenni di crisi della coscienza europea.

Palesemente influenzata dai dibattiti filosofici di quegli anni era anche la trattazione dedicata dal giurista pugliese al tema degli indizi indubitati. Egli, dopo aver richiamato l'ampio ventaglio di posizioni che si erano espresse nel dibattito dottrinale sulla prammatica *de officio iudicum* del 1621 (XIV nell'edizione Giustiniani), rilevava che si era attribuito un «senso troppo rigoroso» al sintagma 'indizi indubitati'. Distinta la certezza in metafisica, fisica

[96] Ivi, vol. I, tit. III, § II, nn. 32-42, pp. 140-141.

[97] Cfr. G. Filangieri, *La scienza*, cit., vol. IV, lib. III, parte seconda, cap. LIV, p. 305.

[98] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § II, n. 42, p. 142.

[99] Ivi, vol. I, tit. III, § II, n. 43, pp. 142-143.

[100] Cfr. I. Ascione, *Lo schiaffo e l'elegia. Alessandro Riccardi: un radicale nella Napoli del primo Settecento*, in *Frontiera d'Europa*, 1996, n. 1, pp. 5-68; D. Luongo, *Riccardi, Alessandro*, in *DBGI*, vol. II, pp.1677-1678; Id., *Riccardi, Alessandro*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 87, Roma 2016, pp. 149-152.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

e morale, Briganti scriveva che quest'ultima, mentre includeva la «certezza evidente», non escludeva «la possibilità in contrario». Capitava tutti i giorni di essere pienamente convinti di una cosa pur sapendo che il contrario era possibile. Ad esempio, un viaggiatore mangiava senza alcuna apprensione ciò che gli veniva servito in un'osteria, pur non potendo escludere che quelle vivande fossero avvelenate. Ebbene, l'indizio indubitato richiesto dalla prammatica non era che una ferma credenza morale[101].

Era in margine a quelle considerazioni preliminari che Briganti svolgeva alcune riflessioni che recavano il segno dei temi dibattuti nella temperie preilluministica, ossia in un contesto culturale caratterizzato dalla radicale messa in discussione dei vecchi paradigmi di certezza. Il giurista scriveva che era altrettanto dannoso credere a tutto e non credere a niente. Ma l'accento cadeva sulla «varietà delle menti» e sulla «disuguaglianza delle teste»[102]. Constatazione dell'estrema varietà delle credenze e dei comportamenti che da quando Montaigne vi aveva dedicato una forte attenzione costituiva uno degli assi portanti del pensiero critico[103]. Vi erano giudici – notava Briganti – che, «affettando il pirronismo», si mostravano alieni dal pervenire a una ferma credenza e altri che erano «di sale dolce», ossia «facili a credere».

Come uscire da quel dilemma? Briganti trovava una traccia utile nella tesi di Marcello Marciano secondo cui il giudice era tenuto a giudicare il valore degli indizi «non tanto secondo la verità dell'affare, quanto secondo il movimento del suo animo»[104]. Sulla scorta di quella posizione il giurista pugliese scriveva

[101] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV, nn. 4-9, pp. 152-153. La prammatica *de officio iudicum* del 1621 conteneva una significativa puntualizzazione circa il rapporto fra legislazione e dottrina giuridica, tema a cui, come si è visto, Briganti era molto sensibile. In essa si leggeva che fra i compiti di chi era preposto al governo vi era quello di scegliere fra le opinioni dottrinali in contrasto quella maggiormente in grado di assicurare la buona amministrazione della giustizia e il buon andamento della cosa pubblica, anche se in contrasto con quella più comune. Ebbene, nel Regno di Napoli era fino ad allora prevalsa l'opinione secondo cui, in caso di indizi indubitati, al reo di delitti atroci non potesse essere inflitta la pena che avrebbe meritato se fosse stato convinto. Il che era stato all'origine di un ingente aumento del numero dei delitti. Nel rigettare quell'opinione, si precisava che per indizi indubitati si intendevano quelli che «legittimamente provati inducono la mente del Giudice a credere fermamente il delitto esser commesso dall'Inquisito, quietando il suo intelletto in questa ferma credenza». Cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t. IX, Napoli 1804, pp. 369-370.

[102] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV, n. 10, p. 153.

[103] Su quel decisivo aspetto dell'opera di Montaigne cfr. D. Luongo, *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, vol. II, *Verso il fondamento sociale del diritto*, Napoli 2008, pp. 541-549.

[104] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV, nn. 10-11, pp. 153-154. Cfr. M. Marciano, *De indiciis delictorum fragmentum*, Neapoli 1679, cap. III, n. VII, p. 26, in Id., *Opera legalia posthuma*,

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

che «tutta la forza della pruova indiciaria dipende dal cuore, dal talento, e dall'arbitrio del giudice». Il cuore aveva «diversi cantoncelli, dove si» nascondevano «molte passioni, ed inclinazioni». Il giudice doveva scrutare il suo cuore per vedere se «ne' suoi seni, e recessi» si annidasse qualche passione. In definitiva, il «saggio giudice» doveva farsi l'esame di coscienza, cioè chiedersi se non fossero per caso l'odio, l'invidia, il disprezzo o la brama di vendetta a indurlo a ritenere indubitato un indizio che tale non era.

Ma Briganti non mancava di sottolineare che era un errore credere troppo in sé stessi[105]. L'autore della *Pratica*, che pure, da intellettuale formatosi nella temperie preilluministica, diffidava del culto delle *auctoritates*, ammetteva che l'autorità costituiva un irrinunciabile correttivo ai pericoli in cui rischiava di incorrere l'intelletto. Al riguardo, il giurista non esitava a richiamare la tesi di Sant'Agostino secondo cui l'intelletto umano, oscurato dal peccato, non era in grado di riconoscere la ragione se non era guidato dall'autorità: «Adunque io passerei per indizi indubitati soltanto quelli, che classici, e gravissimi autori per tali han tenuto, e reputato: di lor mi fiderò, ed alla di loro autorità appoggerò tutto il fondamento di mia ferma credenza».

Per Briganti ragione e autorità dovevano essere in equilibrio. Dell'autorità si doveva tener conto quando non fosse in contrasto con una manifesta ragione. Ma nel contempo non bisognava far affidamento in maniera esclusiva sulla propria ragione quando era sufficiente l'autorità. Né bisognava seguire l'autorità nelle cose in cui era richiesta la ragione.

Lo studioso attribuiva uno spazio non trascurabile all'autorità. Ma avvertiva che i suoi eccessi andavano a ogni costo evitati. Fra questi vi era la stima esorbitante attribuita ai «forensi» e il connesso disprezzo dei «cattedratici». Altrettanto censurabile era la stima eccessiva accordata alle «sentenze» e agli autori antichi a scapito delle «sentenze» nuove e degli autori moderni.

Invece, uno dei *topoi* della *scientia juris* tradizionale era quello secondo cui le *opiniones* antiche erano da preferire a quelle più recenti. La preferenza accordata da Briganti agli autori più moderni faceva il paio col ridimensionamento da lui operato della dottrina pratica, che più facilmente veicolava opinioni consolidate. Ridimensionamento peraltro parziale, se si tiene conto delle posizioni esposte dal giurista nelle pagine precedenti.

Seguiva una puntualizzazione ulteriore che era del tutto in armonia con quella critica del *consensus gentium* che era uno degli assi portanti del pensiero moderno: «noi amiamo la verità, dovunque si trova, o sia ne' libri antichi, o sia

Neapoli 1680.

[105] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol I, tit. III, § IV, nn. 10-15, pp. 153-155.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

ne' moderni, e noi facciamo giustizia a' moderni, ed antichi […]; ed a chi meglio sostiene il giusto, ed il vero, senza anticipati giudizi, senza bollor di passioni, ma con fissa attenzione alla verità» e «alla giustizia»[106]. I bersagli polemici di Briganti erano costituiti dai pregiudizi e dall'irrompere disordinato delle passioni che faceva velo alla ragione. Dentro quei confini era possibile avvalersi della dottrina tradizionale.

Quel criterio l'autore della *Pratica* seguiva nel trattare degli indizi indubitati. Di cui un esempio era costituito dal vedere uscire da una casa che aveva un solo ingresso un uomo in stato di agitazione con una spada insanguinata in mano e dal trovare subito dopo un uomo intriso di sangue fresco. Si poteva certo sostenere che l'uomo, entrato in casa, aveva estratto la spada dal petto dell'ucciso e con quella era uscito per inseguire l'assassino. Oppure che il morto si era suicidato e che l'uomo insanguinato gli aveva estratto la spada dal petto[107]. Ma Briganti, rifacendosi ad Aristotele, scriveva che delle azioni umane non era mai possibile avere una certezza dimostrativa e matematica. D'altra parte, potevano non essere veritiere anche le deposizioni di due testimoni degni di fede e «contesti». Dalle quali pure, secondo la tradizione dottrinale, si traeva una ferma credenza.

I «più saggi giureconsulti» avevano elaborato, sulla base di un'esperienza plurisecolare, alcuni princìpi e regole utili a trarsi d'impaccio in materia di indizi indubitati. Essi insegnavano, ad esempio, che, nel caso precedentemente esaminato, omicida era l'uomo visto uscire con una spada insanguinata. La conclusione di Briganti era la seguente: «Appigliamoci alla di loro autorità, avvalorata dalla ragione, che non falliremo». L'autorità bilanciata dalla ragione era un punto fermo in materia di indizi indubitati, secondo un canone generale che Briganti aveva esposto in precedenza in termini generali[108].

Fra gli indizi dubitati, che muovevano il giudice a credere senza che egli potesse acquietarsi in quella credenza, erano invece quelli prossimi, ossia che riguardavano immediatamente il delitto. Briganti ascriveva a questi ultimi innanzitutto l'esistenza di un testimone *de visu*, che costituiva una prova semipiena. Del pari, indizio prossimo era l'esistenza di un solo testimone *de auditu* quando il delitto consisteva in parole. Ma l'autore della *Pratica* teneva nel contempo a puntualizzare che nel Regno di Napoli non si teneva conto degli indizi lievi. Ed era solo l'essere stata «sempre» la «facoltà legale […] un campo aperto di battaglia», ossia il carattere fortemente controverso del dibattito dottrinale, a spiegare perché avessero avuto cittadinanza opinioni ispirate a

[106] Ivi, vol. I, tit. III, § IV, n. 15, p. 155.

[107] Ivi, vol. I, tit. III, § IV, n. 18, p. 156.

[108] Ivi, vol. I, tit. III, § IV, nn. 19-20, p. 156.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

un'estrema severità quali quella di Carlo Antonio De Rosa. Questi, giurista «di forte immaginativa, e d'ingegno bizzoso», aveva sostenuto che gli indizi remoti addotti da un unico testimone, se erano numerosi, potevano combinarsi in modo che ne risultasse una perfetta prova indiziaria. Opinione da cui Briganti dissentiva in maniera netta[109].

Dalla *Pratica* usciva fortemente ridimensionata anche la confessione stragiudiziale. Briganti ammetteva che essa era un indizio remoto grave e molto urgente. Infatti, secondo la dottrina, che la paragonava alla deposizione di un unico testimone *de visu*, costituiva una prova semipiena. Ma il giurista pugliese dissentiva radicalmente dalla tesi secondo cui dal concorso della confessione stragiudiziale e della deposizione di un unico testimone *de visu* risultava una piena prova di 'convincenza'. A suo avviso la confessione stragiudiziale, in quanto indizio remoto, andava confermata da due testimoni 'contesti' *de loco et tempore*. Ma De Rosa, pur ammettendo che quella posizione era conforme alla *communis opinio* e all'odierna pratica dei tribunali, aveva sostenuto che a confermare la confessione stragiudiziale erano sufficienti anche dei testimoni 'singolari', non 'contesti' *de loco et tempore*, o un'unica deposizione di un notaio regio o di un attuario, che, provenendo da un pubblico ufficiale, valeva quanto quella di due testimoni[110]. Lapidario era il commento di Briganti: «Ecco dove arriva lo «spirito di […] severità». La tesi di De Rosa – notava l'autore della *Pratica* – era peraltro in contrasto con una costituzione di Costantino (C. 4, 20, 9), che escludeva che fosse sufficiente una sola testimonianza, benché resa da un curiale.

Per Briganti De Rosa costituiva una delle espressioni più significative di quello 'spirito di severità' che egli avversava in maniera decisa: «visse il Sig. *Reggente* molto tenacemente imbevuto della massima, *ne delicta remaneant inulta*, il cui uso fè declinarlo alle volte dalla parte dell'eccesso». Lo stesso De Rosa,

[109] Ivi, vol. I, tit. III, § IV, nn. 22-28, pp. 156-157. Per la posizione criticata da Briganti cfr. C. A. De Rosa, *Criminalis decretorum praxis plurimis, ac recentissimis regiorum tribunalium decisionibus illustrata*, Neapoli 1750, lib. I, cap. I, nn. 34-36, pp. 9-10.

[110] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV, nn. 37-39, p. 159. De Rosa, premesso che, secondo la *magis communis opinio*, un indizio andava provato con due testimoni «omni exceptione maiores», aveva scritto che egli era un sostenitore dell'opinione contraria «per rationes» che riteneva prevalessero sulle «Doctorum authoritates», considerato peraltro che i dottori erano inclini a seguire come «volucres» le posizioni di uno solo. Era una critica molto efficace della *communis opinio*. Ma su di essa De Rosa aveva basato l'affermazione secondo cui nei delitti di difficile prova e atrocissimi gli indizi potevano essere provati anche da una pluralità di testimoni *inhabiles* che deponessero *verisimilia*, giacché la *fides* era senz'altro supplita dal numero. Cfr. C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. I, cap. VIII, n. 21, pp. 56-57.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

del resto, aveva finito per pentirsi di quel suo estremo rigore[111].

11. *Contro il* consensus populi*: il popolo «moltitudine d'insensati»*

Un chiaro dissenso Briganti esprimeva anche rispetto al ricorso eccessivo a un altro indizio remoto grave e urgente, la pubblica fama. Indizio che era stato reso «tanto usuale» da diventare «il solo condimento di ogni processura criminale». L'autore della *Pratica* scriveva di non aver mai ritenuto che dalla pubblica fama potesse derivare «un valido indizio atto, e idoneo, a muover la mente di un giudice assennato». La ragione era che la pubblica fama non aveva «altro fondamento, che nelle voci del popolo». Al riguardo Briganti esprimeva posizioni improntate a un'estrema nettezza: «che altro mai, se amiamo il vero, è il popolo, che una moltitudine d'insensati, ed un mescuglio di ogni sorte di età, di sesso, di umori, e condizioni, che ne' suoi giudizi altro non può producere, che stravaganze, furori, ed incostanze? Che vergogna, che il ceto sapientissimo de' giureconsulti abbia da seguire i giudizi, che forma la canaglia ignorante, ed incostante di un popolo»[112]. La critica del *consensus populi* non avrebbe potuto essere espressa in maniera più efficace.

Seguiva un vasto campionario di fatti che Briganti citava a sostegno della sua posizione. Egli rammentava che il popolo di Gerusalemme, dopo aver accolto Gesù in trionfo con le palme, aveva chiesto la sua morte. Non mancava un richiamo a Masaniello, «ucciso dall'istesso popolo napoletano» che lo aveva «tanto acclamato». Tutti i secoli offrivano esempi delle «inclinazioni» perverse di quella «bestia» che era il popolo. Di cui Montaigne aveva scritto che seguiva le onde come il vento. Vi era poi un richiamo al credito attribuito agli astrologi, su cui Briganti citava Thomas Brown. La conclusione dell'autore della *Pratica* era che la fama pubblica «altro non» poteva «produrre, che un gruppo di stravaganze, di incostanze, d'imposture». Infatti, i più «assennati» giuristi non l'avevano tenuta in alcun conto o avevano richiesto la presenza di tanti requisiti per validarla da vanificarla[113].

Era particolarmente significativo che fra le persone non degne di credito ai fini della formazione della pubblica fama Briganti ponesse gli sbirri[114]. Come emergeva da numerosi spunti presenti nell'opera, quello dell'inaffidabilità delle

[111] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV, n. 40, p. 160. De Rosa aveva apertamente dichiarato che «magno dolore in iudicando expertus sum». Cfr. C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. I, cap. VIII, n. 2, pp. 53-54.

[112] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV. nn. 41-42, p. 160.

[113] Ivi, vol. I, tit. III, § IV, nn. 43-49, pp. 160-161.

[114] Ivi, vol. I, tit. III, § IV, n. 51, pp. 161-162.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

polizie era un problema cruciale.

Anche il tema della pubblica fama offriva poi a Briganti lo spunto per rivolgere aspre critiche alla severità di De Rosa. Questi aveva distinto due specie di fama pubblica: quella veemente e quella semplice. Ma aveva sostenuto che la seconda, se unita a qualche altro indizio, aveva la stessa portata di quella veemente e poteva pertanto valere come indizio grave e molto urgente *ad torturam*. Inoltre, aveva sostenuto che la fama semplice era un indizio grave e molto urgente nei delitti occulti e di difficile prova, come erano tutti quelli commessi di notte. Lapidario era anche in tal caso il commento di Briganti: «A me sembra cotal […] dottrina di molto dura digestione». Accoglierla avrebbe solo dato adito alle calunnie. In effetti, secondo il «signor Reggente», era possibile mettere l'inquisito «al tormento, dove» rischiava di confessare un delitto che non aveva commesso e di essere quindi condannato a morte, «senza distinguere nè principio, nè tempo, in cui nacque la fama» e «senza sapere se sia solida, e costante». Del tutto tardivo appariva pertanto a Briganti il pentimento di De Rosa per quegli «errori irrinunciabili»[115].

Aspra era anche la critica del giurista pugliese alla posizione di Fulvio Maiorana secondo cui era possibile spiccare il mandato *de capiendo* anche sulla base della fama semplice. Nel caso in cui alla fama si accompagnasse la fuga, poi, secondo Maiorana, concorrevano due indizi, per cui il querelato, tradotto in carcere, poteva essere senz'altro sottoposto a tortura. Senza chiedersi – era il commento di Briganti – se la fuga fosse avvenuta dopo la querela. L'autore della *Pratica* scriveva che i tribunali non avevano mai dato attuazione a quelle «massime». Si riferiva in particolare alla Vicaria e al Sacro Regio Consiglio. Ma riteneva ugualmente indispensabile confutare Maiorana perché accogliere il suo punto di vista avrebbe significato abbandonare «l'innocente al bersaglio degl'impostori»[116].

12. *Inimicizia, minacce e consuetudine a delinquere: indizi da ridimensionare*

Un netto sbarramento il giurista pugliese opponeva anche al ricorso indiscriminato all'indizio dell'inimicizia, che, a suo avviso, andava provato

[115] Ivi, vol. I, tit. III, § IV, nn. 54-55, p. 162. De Rosa aveva affermato che era rimesso all'arbitrio del giudice stabilire quando la fama potesse ritenersi *vehemens*. In ogni caso, per procedere alla tortura, era sufficiente unire alla fama un altro indizio come l'inimicizia e la fuga. Fra l'altro, secondo il giurista, la fama era «magnum indicium in delictis de nocte commissis». Cfr. C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. I, cap. VIII, n. 22, p. 57.

[116] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV, nn. 56-57, pp. 162-163. La tesi criticata era in F. Maiorana, *Opopraxis iudiciaria criminalis*, Neapoli 1677, lib. II, cap. VIII, n. 93, p. 220.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

«con tutte le sue cause, e qualità». Nel dubbio l'inimicizia non si presumeva, «giacchè universalmente tra tutti gli uomini si presume amicizia, ch'è il fondamento della umana società». Un'ulteriore conferma di quell'attenzione per il tema della 'sociabilità' di cui la *Pratica* offriva numerosi esempi. Briganti precisava pertanto che l'inimicizia doveva essere proporzionata al delitto. Ne derivava che l'inimicizia doveva essere capitale per essere un indizio atto a provare la commissione di un delitto per cui era prevista la pena capitale[117]. Lo studioso concludeva che l'indizio dell'inimicizia, benché grave e urgente, non era sufficiente a giustificare la sottoposizione del reo alla tortura se non accompagnato da un altro indizio. Menochio, Mascardi e Farinaccio avevano ritenuto che fosse quella l'opinione comune. Ma De Rosa aveva sostenuto il contrario. A suo avviso, era sufficiente il solo indizio dell'inimicizia, sia che derivasse da una causa grave che lieve, per poter procedere alla tortura[118]. Fra gli altri «inconvenienti» di quell'opinione, secondo Briganti, vi era quello di consentire «ad ogni inimico» di «far dare il tormento al suo inimico, ed alle volte di farli spiccare la testa dal busto». Un tale, ad esempio, poteva uccidere il suo nemico e approfittare dell'inimicizia dell'ucciso per un terzo per far sottoporre quest'ultimo a tortura e farlo condannare a morte. In tal modo – scriveva con la consueta amara ironia l'autore della *Pratica* – «il vero reo, godendo di questa sua machina», era «lieto spettatore della tragedia». Al riguardo egli citava (in verità in maniera alquanto approssimativa) Vivio[119].

[117] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV, n. 59, p. 163.

[118] Ivi, vol. I, tit. III, § IV, n. 67, p. 164. C. A. De Rosa, nel sostenere che l'inimicizia capitale era un indizio sufficiente alla tortura, non aveva mancato di dar conto dell'opinione contraria secondo cui essa era un indizio remoto e quindi non sufficiente a giustificare l'esperimento di quella prova, atteso che «delictorum multae sunt causae latentes, & ignotae». Ma il giurista aveva replicato che «de occultis solus Deus est vindex». Comunque, era molto frequente che «inimicus mala de inimico cogitat». Né era sempre vero che per poter procedere alla tortura erano richiesti «duo remota […] indicia», essendo spesso sufficiente «unum aliquo adminiculo junctum». Cfr. C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. I, cap. VIII, n. 24, p. 58.

[119] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV, nn. 68-69, p. 165. In realtà, Briganti riportava in maniera corretta il pensiero di Vivio, ma riferiva in maniera non del tutto fedele l'occasione che aveva indotto il giurista ad assumere quella posizione. L'autore della *Pratica* scriveva che Vivio era stato indotto a ridimensionare la portata dell'inimicizia capitale per aver condannato a morte due innocenti sulla base di quel solo indizio. Invece Vivio, dopo aver affermato che era *communis opinio* la tesi secondo cui la semplice inimicizia capitale era in sé indizio sufficiente alla tortura, aveva scritto che a indurlo a ritenere fallacissima quell'opinione era stato l'avere nel 1584, in qualità di uditore della regia udienza di Puglia, estorto la confessione a due innocenti sottoposti a tortura sulla base di quell'indizio, dopo di che aveva scoperto «miraculose» che per quel reato a Lucera era stato già impiccato un altro uomo. Cfr. F. Vivio, *Decisiones Regni neapolitani*, Venetijs 1602, *decisio CCLXXXII*, nn.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Anche le minacce, per Briganti, non costituivano, da sole, un indizio sufficiente a giustificare la sottoposizione alla tortura. Invece, De Rosa aveva sostenuto che esse, essendo reiterabili, potevano essere provate attraverso testimoni 'singolari'[120].

Quanto poi alla consuetudine a delinquere, secondo Briganti, perché se ne potesse tener conto come di un indizio grave e urgente, era necessario che fosse provata per lo stesso genere di delitti e che per questi il reo fosse stato già convinto e confesso. Ad esempio, se si trattava di omicidio, occorreva che l'accusato fosse solito rendersi responsabile di ferimenti e percosse o della partecipazione a risse. Ma la consuetudine era da ritenere interrotta se l'inquisito si era astenuto per tre anni dal compiere «gravi misfatti»[121].

13. *Critica e uso moderato delle autorità*

Un netto dissenso Briganti esprimeva anche rispetto alla possibilità di ritenere indizio sufficiente alla tortura l'asserzione giurata del ferito resa per un delitto difficile da provare e confermata fino all'estremo limite della vita. A favore della forza di quell'indizio si sosteneva che era difficile che il moribondo, dopo essersi confessato, incolpasse un innocente, immemore della sua salute eterna. Infatti, De Rosa aveva sostenuto «intrepidamente» che quell'asserzione costituiva un indizio grave e molto urgente[122]. Briganti esprimeva invece non senza una punta di ironia la sua contrarietà a quel punto di vista: «Se l'autorità del signor *Reggente* è grande, non dobbiamo noi abbagliarci dal suo splendore. Le leggi, e non gli autori privati meritano, che a serrate palpebre si presti loro l'assenso; e se i dottori particolari il meritano in una parte, in altra non si ha loro per avventura da dare». Quindi, primato delle

1-2, pp. 382-383.

[120] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV, n. 82, p. 166. De Rosa aveva sostenuto che le minacce, «concorrente aliquo adminiculo», costituivano un indizio sufficiente alla tortura quando il reo fosse solito dar esecuzione ad esse. Delle minacce, per quanto «incertae» ed «aequivocae sint», si doveva tener conto in ragione della *mala qualitas* di chi le aveva proferite. Era poi rimesso all'arbitrio del giudice valutare se l'intervallo di tempo intercorrente fra la minaccia e il verificarsi di un fatto criminoso fosse tale da consentire di mettere in correlazione il secondo con la prima. In ogni caso, le minacce erano adeguatamente provate da testimoni che fossero concordi sulla loro qualità, anche se discordi circa il luogo e il tempo in cui erano state proferite. Cfr. C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. I, cap. VIII, n. 25, p. 58.

[121] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV, nn. 84-86, p. 167.

[122] Ivi, vol. I, tit. III, § IV, n. 88, p. 168. Cfr. C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. I, cap. VIII, n. 26, p. 58.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

leggi e impiego moderato delle autorità: erano quelle le stelle polari che dovevano orientare la condotta del giudice. Bisognava far uso della critica, che bilanciava, rettificava e correggeva le opinioni altrui. Quando il testo legislativo era chiaro, poiché le leggi erano la regola del bene e del male, era ad esso che bisognava fare riferimento. Ma, se l'interpretazione del testo legislativo era controversa, ci si doveva servire delle «massime», dei «principî» e delle «idee universali», essendo l'uomo «animal ragionevole […]. Ci si permetta dunque di dire con buona pace, ed emenda del signor *Reggente*, ch'egli per questa volta dal suo genio, ed umor severo fe pure troppo trasportarsi, e discostarsi dal buono dritto». Fra l'altro, Briganti sottolineava che l'opinione di De Rosa era «diametralmente» opposta a un testo «apertissimo» di Ulpiano (D. 29, 5, 3). E di fronte alla possibile obiezione secondo cui un giureconsulto gentile come Ulpiano ignorava la forza del sacramento della confessione, Briganti replicava che un giurista cristiano come Giason del Maino aveva sostenuto che non bisognava prestare necessariamente fede a chi confessava nell'estremo limite della vita. Dello stesso avviso erano stati De Marinis, Bossi e Borrelli, che aveva riportato al riguardo alcune decisioni della Rota romana, «centro e sede di tutta la cristianità». Farinaccio aveva attestato che, secondo la *communis opinio*, l'asserzione giurata dell'offeso, «per quanto circostanziata […] da tutti i sagramenti», non costituiva, da sola, un indizio grave e urgente.

Sul punto Briganti non mancava di citare Bayle, dal cui impianto teorico generale pure, per ragioni prudenziali, diceva di dissentire: «e mi do a credere, che in questo non parli Baile secondo il suo corrotto gusto, ma secondo l'esperienza che ne abbiamo». D'altro canto i delitti – puntualizzava icasticamente l'autore della *Pratica* – si provavano con i testimoni e non con gli accusatori. Alla luce di tutto questo – ironizzava Briganti –, «chi non istordirebbe» di fronte alla «strana opinione» di Maiorana secondo cui il giudice doveva spiccare il mandato *de capiendo* una volta verbalizzata dall'attuario l'asserzione giurata del ferito anche nel caso di sopravvivenza di quest'ultimo e, se non riusciva ad avere nelle mani l'accusato, doveva unire quell'indizio a quello della fuga per dichiararlo contumace?

Briganti, con la consueta ironia, esprimeva qui tutta la sua «maraviglia» per il fatto che il mandato *de capiendo* veniva posto sulla labile base di appoggio di un indizio lieve. Maiorana non aveva distinto tra ferite gravi e lievi e, anche nel caso di sopravvivenza del ferito, aveva ritenuto la sua asserzione indizio grave e urgente. E ciò senza tenere conto del fatto che gli offesi erano «sempre soliti ingrandire, ed aggravare il delitto in odio dell'offensore»[123].

[123] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV, nn. 89-95, pp. 168-169. La posizione del filosofo francese richiamata da Briganti era in P. Bayle, *Dictionnaire*, t. II, *Guise (François de*

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

14. *Usi dell'*imbecillitas sexus

Un netto dissenso Briganti esprimeva anche nei confronti dell'orientamento dottrinale secondo cui la deposizione della vergine stuprata costituiva un indizio grave e molto urgente, sufficiente a giustificare l'esperimento della tortura e, *a fortiori*, la cattura del reo. Quegli autori facevano discendere dall'*imbecillitas sexus* la conclusione che la vergine non poteva ritenersi correa. «Difensore acerrimo» di quella dottrina era stato il solito De Rosa. Ad avviso del quale era credibile la deposizione della stuprata che chiedeva di sposare l'accusato pur essendo giovane, di gradevole aspetto e non indigente e quindi in condizione di sposare un altro uomo. Infatti, nel caso di deposizione non veritiera, la donna si esponeva al rischio di essere uccisa o maltrattata da un uomo costretto ad accedere controvoglia al matrimonio[124]. Ancora una volta la polemica di Briganti contro De Rosa era aspra: «Non surse mai in mente del signor Reggente pensiero d'impostura veruna, né unquemai si accorse, che per lo più l'esito di queste querele si era ridotto al pagamento di qualche somma che avesse pagato l'inquisito, per redimersi dalla vessazione di una sfrontata cantoniera, larvata con maschera di una onorata e modesta pulzella».

Quella dottrina – notava l'autore della *Pratica* – era stata provvidamente presa «di mira» da una costituzione del 1738. Questa aveva preso le mosse dalle numerose querele per stupro presentate sovente da donne di bassa condizione sociale. Il tutto si risolveva spesso nel pagamento di qualche somma di danaro alla querelante, mentre i giudici erano costretti a grosse perdite di tempo nella trattazione di quelle cause. Pertanto, era stato previsto che, nel caso di querela per stupro, non si potesse procedere alla carcerazione del reo senza prima incarcerare la querelante se di bassa condizione o porla in un monastero o in una «casa terza onorata», dove sarebbe stata trattenuta fino alla conclusione del processo, se di condizione più elevata.

Briganti non faceva mistero della sua adesione a inveterati stereotipi insistendo sulle subdole «arti delle donne mal'intenzionate» che superavano di gran lunga quelle escogitate dall'uomo «più furbo» e «scaltrito». Scriveva che

Lorraine duc de), nt. F, p. 1353. La tesi criticata era in F. Maiorana, *Opopraxis*, cit., lib. II, cap. VIII, n. 136, p. 228.

[124] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV, nn. 108-109, pp. 172-173. La posizione criticata da Briganti era in C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. II, cap. II, n. 15, p. 129. Sulla disciplina dello stupro nell'Antico Regime si rinvia a G. Cazzetta, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano 1999.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

perciò il 26 agosto 1749 le Piazze erano state costrette a tornare su quella materia, chiedendo che, nel caso di querela per stupro, si potesse procedere alla carcerazione dell'accusato solo qualora costasse che fosse intervenuta una violenza effettiva (non quindi quella 'interpretativa', ossia presunta sulla base dell'*imbecillitas sexus*) o la querelante fornisse la prova degli sponsali *de futuro* o di aver dato parola alla presenza di un parroco o producesse i capitoli matrimoniali rogati da un pubblico notaio. Il sovrano aveva approvato la richiesta[125].

15. *La correità*

Nel trattare della correità Briganti operava poi una netta distinzione fra correo nel delitto e correo del delitto. Già in precedenza aveva precisato che «Compagni del delitto» o *socii criminis* erano quelli che si erano resi responsabili della stessa colpa, come il mandante e il mandatario. Costoro non potevano produrre una prova contro i correi perché, essendo delinquenti principali, erano infami. Potevano farlo solo purgando l'infamia con la tortura. Invece, i «compagni nel delitto», ossia quelli che vi avevano concorso con consigli e aiuti, non essendo infami, potevano far prova contro i delinquenti principali[126].

Di seguito Briganti, mentre ribadiva che, secondo la comune opinione, la deposizione dei correi nel delitto era un indizio grave e urgente, rilevava che la dottrina non era concorde se lo fosse la deposizione dei correi del delitto. Una parte era per la negativa giacché non si poteva consentire a un delinquente di far sottoporre alla tortura una persona perbene. Inoltre, il delinquente poteva essere indotto a fare il nome di una persona potente nella speranza di potersi avvalere di riflesso dell'efficace difesa messa in campo da quest'ultima[127].

Altri, invece, avevano distinto fra i delitti atroci, eccettuati e di difficile prova e quelli che non presentavano tali caratteri. Per i primi la chiamata in correità era indizio grave e urgente, tale da consentire di disporre la tortura. Ma Briganti replicava che era semmai la chiamata del correo a dover essere non solo giurata, ma confermata dalla tortura per valere come prova indiziaria. La ragione era che con la tortura si purgava l'infamia.

Tuttavia, l'autore della *Pratica* non mancava di rilevare che la tortura a cui andava sottoposto chi effettuava una chiamata in correità era stata ridotta

[125] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. III, § IV, nn. 110-111, pp. 173-174.

[126] Ivi, vol. I, tit. II, § III, n. 24, p. 119.

[127] Ivi, vol. I, tit. III, § IV, nn. 112-113, p. 174.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

ormai «ad una semplice cerimonia, perchè sebbene si conduca il reo nella camera della corda coll'assistenza del carnefice, e si fa la funzione come se il reo si legasse, e si torturasse […]; in fatto e per verità non si tortura, ancorchè così si faccia apparire in processo». Perciò, Briganti formulava l'auspicio che le corti trovassero un succedaneo di quella che era diventata ormai una mera formalità[128]. Dalle sue parole si traeva comunque una sia pur parziale conferma di quanto avrebbe affermato oltre un cinquantennio dopo Niccola Nicolini circa il sempre meno frequente impiego della tortura da parte dei tribunali napoletani nel Settecento[129].

16. *In margine al problema delle citazioni arbitrarie: una critica di Duck a Menochio*

Chiare implicazioni garantistiche presentava la trattazione dedicata da Briganti alle citazioni. La legislazione – scriveva l'autore della *Pratica* – toglieva ogni dubbio circa i requisiti richiesti per adottare la citazione *ad informandum*. Questa poteva essere emanata solo quando vi fossero indizi sufficienti. Ma «l'umana alterigia» non si era stancata di inventare «argomenti, e cagioni per contradire, dubitare, e questionare». Perciò, ci si era chiesto se indizi sufficienti fossero quelli richiesti per procedere alla tortura o bastassero indizi meno gravi. Briganti non aveva dubbi sul fatto che fossero richiesti gli indizi gravi e urgenti necessari per procedere alla tortura. Non ricorrendo siffatti indizi, bisognava adottare la citazione *ad deponendum*.

Il tema offriva all'autore della *Pratica* lo spunto per polemizzare ancora una volta con De Rosa, che, come era solito fare in tutti i casi in cui s'imbattesse in una questione complessa, aveva rimesso anche quella materia all'arbitrio del giudice. A tal proposito Briganti esprimeva un forte apprezzamento per le critiche che Duck aveva rivolto a Menochio, che all'*arbitrium* aveva dedicato la sua opera più nota. L'arbitrio – ribadiva il giurista pugliese – doveva essere «regolato dal freno della legge»: il giudice doveva procedere sempre con la massima circospezione e non «a capriccio»[130]. Altrimenti, i giudici si

[128] Ivi, vol. I, tit. III, § IV, nn. 114-117, pp. 174-175.

[129] N. Nicolini, *Della procedura penale del Regno delle Due Sicilie*, vol. I, Livorno 1839, pp. 381-382.

[130] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. IV, § II, nn. 1-4, pp. 180-181. Cfr. C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. I, cap. IX, nn. 11-12, p. 73; A. Duck, *De usu*, cit., lib. II, cap. VI, n. XXX, p. 301. Il giurista inglese aveva scritto che «*Jacobi Menochii* librum de Arbitrariis Judicum Quaestionibus, quamvis elegantem & doctissimum, aliqui vehementer reprehendunt, & *Menochium* damnant, quod Judices sub specie Arbitrii sui, affectibus, corruptelis, sordibusque suis uti docuerit». Insomma, la dottrina giuridica era in grado di offrire un robusto supporto all'arbitrio giudiziario. Posizione che evidentemente Briganti condivideva.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

arrogavano «l'autorità di ordinare» ciò «che si faccia, o non si faccia» e si sentivano legittimati a «favorire chi vogliano nelle liti, adempiendo le brame di questa, o di quella parte, non mancando mai pretesti di ragione. Ma se è così, sempre più si viene a conoscere, che capogiri sovrastano alla giustizia posta in mano degli uomini, da che chi tanto loda, ed allega le leggi, si riserba la libertà di ubbidire alle medesime se piacciono, e di non attenderle se dispiacciono; ed i litiganti avranno sempre da pregar Iddio, che dia a' giudici mente dritta, maturo giudizio, ed esenzione da ogni segreto, non che da un palese vento di affezione».

Quella di Briganti era una denuncia vibrante di come si fosse esposti ai capricci dei giudici. Non avrebbe potuto essere espressa con maggiore efficacia la pervasività dell'arbitrio giudiziario. L'autore della *Pratica* rammentava al riguardo che il «gran criminalista» Farinaccio «volle» l'arbitrio «sempre regolato dal comun suffragio dei dottori, e non dalla volontà, e potestà cervicosa del giudice»[131]. Una conferma di come Briganti ritenesse la dottrina giuridica ancora un irrinunciabile argine all'arbitrio dei giudici.

Inoltre, il giurista pugliese teneva a puntualizzare che nella citazione l'indicazione della causa doveva essere accompagnata da quella delle qualità e circostanze aggravanti. Egli poneva a sostegno dell'affermazione secondo cui, omettendo l'indicazione della causa, il citato non era tenuto a comparire quel Maiorana in precedenza più di una volta criticato[132]. Briganti non mancava poi di rammentare che l'invio di citazioni prive dell'indicazione della causa era consueta nel Sant'Officio, ribadendo in tal modo il *topos* dell'anticurialismo meridionale secondo cui nel Regno di Napoli il perseguimento del dissenso religioso era riservato agli ordinari. E sottolineava che l'obbligo di citazione era stato ribadito nel 1746-47 in occasione dell'ultimo episodio inquisitoriale che aveva avuto per teatro il Regno[133].

Ma nel contempo non si asteneva dal denunciare come quell'obbligo fosse spesso disatteso dagli stessi officiali laici. In particolare, «alcuni presidi provinciali per cose o piccole o grandi, private o publiche», avevano l'abitudine di «spedire per le loro province alcune citazioni», che chiamavano «lettere regie, senza veruna espressione di causa». Con quelle lettere essi intimavano a «nobili, […] plebei, […] publici governanti ed ufficiali», oltre a

Ma di seguito, come si vedrà, il giurista pugliese insisteva sul fatto che la dottrina poteva svolgere anche una funzione di contenimento dell'arbitrio.

[131] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. IV, § II, n. 6, p. 181. Cfr. P. Farinacii, *Praxis et theoricae criminalis libri duo*, Francofurti ad Moenum, lib. I, tit. V, *quaestio XLIII*, p. 684.

[132] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. IV, § II, n. 15, p. 183. Cfr. F. Maiorana, *Opopraxis*, cit., lib. I, cap. VIII, n. 4, p. 19.

[133] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. IV, § II, nn. 15-16, p. 183.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

ogni altro «ordine di persone», di presentarsi al loro cospetto. Era un «malanno fastidiosissimo», ma tollerato benché se ne dolesse chiunque vi incappasse. Si rendeva perciò necessario un intervento sovrano per porre riparo a quell'«eccesso»[134]. Risolutiva era, in ultima istanza, per Briganti, la direttiva politica centrale.

17. *Comparizione spontanea e contumacia*

Briganti offriva limpide indicazioni anche circa la necessità di tener adeguatamente conto della comparizione spontanea del reo. Egli dissentiva anche in tal caso dall'adozione di un atteggiamento improntato alla severità: la presentazione spontanea era da ritenere «un chiaro indizio d'innocenza». Ciò era confermato anche dal dato normativo. Una prammatica del 30 ottobre 1726 (la I *de homicidiis puniendis*) prevedeva che il reo di omicidio che si fosse spontaneamente presentato non potesse essere rilasciato con mandato, ma dovesse essere immediatamente incarcerato. Se ne desumeva *a contrario* che il reo che si fosse spontaneamente presentato poteva essere senz'altro rilasciato quando si trattasse di reato per cui non fosse prevista la pena della relegazione o una pena più grave[135].

L'autore della *Pratica* si pronunciava per un trattamento mite anche della contumacia. Pur non negando che essa meritava una pena, si esprimeva contro la sottoposizione degli indigenti a sanzioni pecuniarie: «se il contumace sarà un poverino assediato dall'indigenza, non merita, che soggiaccia a pena veruna, imperocchè a' poverelli non men per legge di carità, che della giustizia vien commendato, che tutti gli atti, o sian civili, o criminali, debbano farsi graziosamente»[136].

Accenti antifeudali erano poi chiaramente presenti nel richiamo a una «celebre causa» fra il principe di Satriano e l'università di Vico, che era stata trattata nel Sacro Regio Consiglio. Il principe pretendeva che le pene contumaciali fossero esatte dalla sua corte ad arbitrio del giudice che vi era preposto, mentre l'università chiedeva che lo fossero sulla base dei Riti della Vicaria. Il Sacro Regio Consiglio aveva ritenuto fondata la posizione dell'università[137].

[134] Ivi, vol. I, tit. IV, § II, n. 18, p. 183.

[135] Ivi, vol. I, tit. IV, § II, nn. 20-23, p. 184. Per la prammatica I *de homicidiis puniendis* cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t. VI, Napoli 1804 , p. 98.

[136] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. IV, § II, nn. 30-31, p. 186.

[137] Ivi, vol. I, tit. IV, § II, n. 34, p. 187.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

18. *Le modalità della carcerazione: la dottrina assurta al rango di «potenza legislativa»*

Una vivida descrizione dell'orrore delle carceri faceva da sfondo alla netta presa di posizione secondo cui bisognava usare estrema cautela nel procedere all'incarcerazione degli inquisiti: «Certissima cosa è per costante avviso dei savi, e di quanti dottori e maestri vi sono nella legal disciplina, che l'imprigionare un uomo libero, privandolo ben anche del vedere gl'indefiniti vasti spazi del mondo, che il Supremo Creatore per esso lui, e per suo servizio tirò dal nulla, e furiosamente cacciarlo in tetro, e strettissimo carcere, luogo fiero e spaventoso, dove l'aria soffoga, il lezzo stordisce, e le tenebre funestano, annoia lo squallore, l'orridezza, il disagio, l'occupamento della mente, del cuore, dello spirito, sia la più fatale, e penosissima sventura, che accader mai possa al più disgraziato, ed infelice del mondo». Perciò, il «giudice cristiano», che conosceva i princìpi dell'equità e del «retto operare», doveva essere «molto cauto, e guardingo nel dare fuori il mandato *de capiendo*». Cautela che aveva precisi punti di appoggio nella legislazione fridericiana e angioina, a cominciare dal Rito XLI della Vicaria. Quelle «leggi del regno» erano state «tramandate» dai «predecessori monarchi […] per osservarle, ed eseguirle». Di qui l'ennesima polemica di Briganti contro l'eversione legislativa: se le leggi non venivano «eseguite», era «il medesimo che non averne, e vivere sotto un governo senza leggi». Dio, nel creare l'Universo, aveva imposto la propria legge. Non era concepibile che l'uomo vivesse «come se non avesse leggi»[138].

Pertanto, secondo Briganti, se il delitto non era grave e non meritava la pena di morte né naturale né civile né quella della mutilazione di membra, non bisognava disporre l'incarcerazione, ma adottare la citazione *ad informandum*. Il giurista pugliese ammetteva che il giudice poteva disporre l'incarcerazione anche per un delitto lieve al solo scopo di sedare gli animi, di dare soddisfazione all'offeso e di evitare in tal modo inconvenienti maggiori. Ma non condivideva la tesi secondo cui in ogni caso, anche per i delitti lievi, ossia per quelli per cui non era possibile infliggere una *poena corporis afflictiva*, si poteva incarcerare il reo quando vi fosse pericolo di fuga.

E tuttavia, in contraddizione con la sollecitudine mostrata per gli indigenti in materia di contumacia, Briganti sosteneva che era possibile procedere alla carcerazione anche per un delitto che meritava la sola pena pecuniaria se vi era il sospetto di fuga e il reo non possedeva nulla «*in loco judicii*» né offriva la «somma della pena» o idonea cauzione. Nel puntualizzare che il sospetto di fuga non doveva «figurarsi […] capricciosamente», il giurista scriveva invece che per un reato punito con una pena pecuniaria o molto mite non si doveva

[138] Ivi, vol. I, tit. IV, § III, nn. 1-4, pp. 189-190.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

procedere all'incarcerazione del reo benestante, a meno che il pericolo di fuga non fosse provato da due testimoni[139].

Invece, Briganti era netto nel polemizzare contro quanti ritenevano che si dovesse lasciare al giudice l'arbitrio di procedere all'incarcerazione. L'accento cadeva ancora una volta sui limiti dell'arbitrio. Il giurista pugliese non taceva di avere già affrontato la questione, ma riteneva utile ribadire le sue posizioni: «L'arbitrio del giudice, benchè io l'abbia ricordato altrove, e gioverà di ripeterlo, ed inculcarlo ancora qui, sta imbrigliato dal freno delle leggi, e dal morso della coscienza. Non esser dee capriccioso, non cervicoso, nè di ingordo disegno». In ogni caso, quando era affidata all'arbitrio del giudice l'irrogazione della pena pecuniaria o di quella afflittiva, le «più salde dottrine» propendevano per l'applicazione della pena «miziore». Era quella, fra l'altro, la posizione di San Tommaso d'Aquino, «il gran lume della chiesa, e l'angelo delle scuole». La fondatezza di quella posizione era stata ammessa anche da un giurista come De Rosa, che pure, «rigido, e severo libra, e misura i suoi pareri alle stadere del sommo dritto»[140]. Inoltre, – aggiungeva Briganti – non si poteva procedere all'incarcerazione del reo se dall'informazione non risultava una prova convincente o almeno congetturale della sua colpevolezza, data dalla sussistenza di indizi sufficienti alla tortura, come risultava dal Rito XLI.

Il patrimonio normativo del Regno offriva già chiare indicazioni circa le modalità con cui procedere all'incarcerazione. Se si fosse fatto riferimento esclusivamente ad esso sarebbe stata fugata ogni incertezza. «Ma poichè divenne presso che a tutti increscevole, e odiosa l'osservanza delle leggi, e si cominciò con somma audacia a conculcarle, e ciascuno privato dottore si fe lecito stiracchiarle a sensi stravaganti, e rotto ogni freno di ragione, di onestà, di ordine, di disciplina a farsi maggior conto dell'autorità de' dottori, che seguire le orme sicure, e piane de' legislatori; fu da loro gittato il dubbio, se alla cattura si ricercano indizi sufficienti al tormento, o meno idonei: dubbio impertinente, improprio, ed indegno a cadere in mente di chi girar volesse una pupilla al rapportato *rito* 41, che con nettezza, e chiarezza il decide, e pure nella risoluzione si son divisi i pareri»[141]. Fra l'altro, la prammatica I *de custodia reorum* prescriveva che il giudice che incarcerasse l'inquisito senza che iniziasse a constare il delitto era tenuto alla rifazione delle spese e delle diete del

[139] Ivi, vol. I, tit. IV, § III, nn. 6-11, p. 191.

[140] Ivi, vol. I, tit. IV, § III, nn. 12-14, p. 192. Era rifacendosi ad Aristotele e a San Tommaso che De Rosa aveva sostenuto che «Iudex debet minuere, in quantum fieri potest, poenas illas, quae suo arbitrio relinquuntur». Cfr. C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. I, cap. III, n. 22, p. 22.

[141] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. IV, § III, n. 15, p. 192.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

carcerato[142].

Alla legislazione bisognava attribuire una posizione di primato rispetto alla dottrina, il cui compito di freno dell'arbitrio nel caso di testi legislativi di dubbia interpretazione pure Briganti, come si è visto, non sottovalutava. Come egli notava, non erano mancati autorevoli giuristi (da Caravita a De Ponte a Maiorana) che, disattendendo il dato normativo, avevano «acerrimamente» sostenuto che il giudice poteva disporre la cattura del reo anche per un sospetto leggerissimo e che l'incarcerazione dipendeva totalmente dal suo arbitrio. Autori come De Rosa avevano sostenuto che ciò poteva senz'altro avvenire nel caso di delitti atroci[143]. Briganti non taceva che era la stessa dottrina (ad esempio giuristi come Petra e Novario) ad attestare che nei tribunali del Regno di Napoli l'incarcerazione dei rei era rimessa all'arbitrio dei giudici. La dottrina giuridica si rivelava talvolta un alleato prezioso dell'arbitrio giudiziario, a cui prestava un supporto autorevole. Ma il giurista pugliese replicava fermamente che ridurre «il tutto all'arbitrio del giudice, che osservi le leggi quando li pare, e piace è un distruggere i fondamenti della società umana, e nel medesimo tempo un disprezzare, e rovesciare il potere del legislatore, e sostituire una novella potenza legislativa». Solo i principi potevano emanare nuove leggi e abrogare le precedenti. Eppure, molti si ritenevano in diritto di «poter fare i correttori della legge stessa». E molte erano le leggi «fatte unicamente per ornamento delle […] librerie». Sul punto Briganti richiamava la critica di Gravina all'eversione legislativa messa in atto dai *pragmatici*[144]. Il Neoumanesimo costituiva un valido arsenale a cui attingere argomenti per affermare il primato della legge. Nel contempo l'autore della *Pratica* esprimeva una valutazione realistica dei corposi interessi che erano alla base dell'arbitrio e quindi anche di quell'abnorme rigore in materia di carcerazione che non era giustificato dalle leggi. Questo non dipendeva da amore della giustizia, ma dall'«ingorda, ed avida voglia di alcuni ufficiali» e dal «loro criminoso attacco di voler quaggiù tesoreggiare».

Il tasto batteva ancora una volta sulle giurisdizioni feudali. De Toro – notava Briganti – aveva documentato i proventi che baroni rapaci traevano dalla gestione delle carceri[145]. Critica degli arbìtri e polemica antifeudale erano due facce della stessa medaglia. Ma Briganti mostrava di essere distante dall'orizzonte di un diritto a destinatario unico quando scriveva che, nel

[142] Ivi, vol. I, tit. IV, § III, n. 29, p. 194. Per la prammatica I *de custodia reorum* cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t. III, Napoli 1804, p. 296.

[143] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. IV, § III, nn. 17-19, p. 193. Cfr. C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. I, cap. III, nn. 10-11, p. 22.

[144] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. IV, § III, nn. 20-27, pp. 193-194.

[145] Ivi, vol. I, tit. IV, § III, n. 26, p. 194.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

disporre le carcerazioni, bisognava distinguere «i rozzi sai dalle felpe signorili». I nobili e le persone oneste e benestanti non andavano incarcerati per ogni delitto. La stessa normativa regnicola (ad esempio con il capitolo *Ab illo inchoandum* e con la prammatica I *de custodia reorum*) prevedeva che la carcerazione fosse calibrata sulla qualità dell'accusato.

In proposito Briganti compiva una netta difesa delle gerarchie sociali. Gerarchie che non potevano non albergare nel «basso mondo sublunare» se erano presenti anche «in Cielo, dove altri sono gli Archangioli, i Serafini, i Cherubini, ed altri i Troni, e le Dominazioni». Rammentando anche qui come fossero diverse le pene previste per i nobili e i plebei (la decapitazione e il presidio per i primi, l'impiccagione e il remo per i secondi), scriveva che era in contrasto col «decoro», con l'«onestà» e con la «convenevolezza» che il nobile fosse destinato all'«oscuro, e fetidissimo carcere de' plebei, tra ladri , ed assassini»: carcere che faceva «ribrezzo, ed orrore ad udirsi». Perciò, secondo Briganti, era necessario che il giudice avesse «somma cura» nel tenere «inviolabilmente» conto della distinzione che doveva esservi fra le carceri dei nobili e quelle dei plebei. E, se non era possibile disporre di carceri separate, il nobile andava rilasciato *domi* o *per palatim*. Mandato che, come Briganti puntualizzava, era a tutti gli effetti una carcerazione.

L'autore della *Pratica* non mancava poi di sottolineare che le stesse modalità dell'incarcerazione del nobile dovevano essere tali da salvaguardare il decoro a lui dovuto. La cattura dell'inquisito di condizione nobile doveva avvenire «senza ignominia, senza disonore, con modi onesti e civili, senza funi e senza clamorosi strepiti, senza girarlo per le strade pubbliche, in somma con decoro e proprietà». Briganti teneva comunque a puntualizzare che per nobili s'intendevano non solo gli appartenenti alla «nobiltà generosa e privilegiata», ma anche le «persone nate da onesti parenti», che si dicevano civili, e i popolani ricchi[146]. Insomma, meritava un diverso trattamento sanzionatorio e un diverso regime carcerario anche la borghesia intellettuale e benestante[147]. Fatta quella premessa, l'autore della *Pratica* precisava che non solo le modalità dell'arresto e della carcerazione, ma la stessa adozione delle misure restrittive dipendeva dall'estrazione sociale degli inquisiti. Quando il delitto era atroce e

[146] Ivi, vol. I, tit. IV, § III, nn. 31-34, pp. 195-196.

[147] La tesi secondo cui i nobili (intesi in quell'ampia accezione) non meritavano di essere detenuti nelle carceri riservate ai plebei era perfettamente conciliabile con la polemica antifeudale. Ad esempio, Briganti aveva citato la tesi di un campione della polemica antibaronale come Novario secondo cui «Vassalli gravantur, si fuerint Nobiles, vel bonae conditionis, aut Populares divites viventes honeste, & in Carceribus communibus carcerentur». Cfr. I. M. Novario, *De vassallorum gravaminibus tractatus*, Venetiis 1656, *gravamen CCLXI*, p. 199.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

meritevole di pena *ultra relegationem*, se la prova era piena o semipiena o gli indizi sufficienti alla tortura, andava incarcerato sia il nobile che il plebeo, con le sole differenze riguardanti le modalità dell'arresto e della detenzione nelle carceri. Se il delitto invece era grave, ma non atroce e perciò non meritevole di pena *ultra relegationem*, quando la prova era piena e gli indizi erano sufficienti alla tortura, bisognava adottare la citazione *ad informandum* per i nobili e il mandato *de capiendo* per i plebei. Tuttavia, se, essendovi un fondato timore di fuga e non avendo l'inquisito nulla da perdere, sussistevano indizi sufficienti alla tortura, bisognava spiccare il mandato *de capiendo* sia nei confronti del nobile che del plebeo, per poi rilasciare l'inquisito con idonea cauzione[148] (che ovviamente, è appena il caso di sottolinearlo, il plebeo aveva maggiore difficoltà a prestare). Quando si trattava di delitti lievi, ma da non dissimulare o non «purgabili con modica coercizione», avendo la prova piena, i nobili, al pari dei plebei, potevano essere citati *ad informandum*. Ma, in contrasto con le precedenti bordate polemiche contro l'arbitrio, Briganti scriveva che era rimesso all'arbitrio del giudice incarcerare i plebei come maggiormente sospetti di fuga. Il giurista, tuttavia, aggiungeva che in ogni caso, se la prova era indiziaria, non si poteva che adottare la citazione *ad deponendum*[149].

Nei passaggi finora esaminati l'opzione per una giustizia condizionata dall'appartenenza sociale risultava innegabilmente abbastanza evidente. Ma Briganti teneva a sottolineare che sia il nobile che il plebeo non potevano essere incarcerati senza un ordine del giudice o un voto del consultore. Al riguardo il Rito XLI della Vicaria era chiarissimo. Perciò, neanche il Reggente della Vicaria poteva procedere a un'incarcerazione senza un voto del giudice. *A maiori ad minus* ciò valeva per i governatori. Se tenevano «ligate le mani […] uomini tanto egregi, e di tutta prudenza adorni» come i Reggenti della Vicaria tanto più dovevano esserlo governatori «idioti, di ogni prudenzial letteratura affatto scevri, e sforniti». Né il giudice poteva rimanere «indolente spettatore» delle indebite carcerazioni e scarcerazioni effettuate da soggetti non abilitati perché questa sarebbe stata «una solenne vigliaccheria». Tuttavia, Briganti ammetteva che non solo ai «governatori idioti», ma anche ai «servienti» e agli «sgherri» operanti negli apparati pubblici era consentito, pur senza ordine del giudice e del consultore, arrestare alcune categorie di soggetti: falsificatori di monete, pubblici ladroni, grassatori di strada, incendiari, «depopulatori de' campi», venefici, detentori di armi e autori di delitti atroci. Rispetto a quelle categorie di soggetti – riconosceva significativamente Briganti – l'*ordo* era assicurato dall'*ordinem non servare*[150].

[148] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. IV, § III, nn. 39-40, p. 197.

[149] Ivi, vol. I, tit. IV, § III, n. 41, p. 197.

[150] Ivi, vol. I, tit. IV, § III, nn. 36-38, pp. 196-197.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Qui l'autore della *Pratica* si asteneva dal criticare quell'estrema dilatazione della facoltà di arresto concessa a soggetti diversi dal giudice: estensione che andava ben al di là dei casi di flagranza. Si trattava di fattispecie di delitto che minacciavano gli interessi vitali di una società. Gran parte di esse rientrava nella categoria del *latrocinium*.

Ma spettava al giudice vigilare affinché il carcerato fosse sottratto all'«ingordigia» del carceriere, impedendo che fosse malmenato «con maniere barbare e ferine», privato del cibo e dell'acqua e legato con ceppi e catene. Vessazioni funzionali alle estorsioni del carceriere. Su quegli abusi era intervenuta una costituzione del 1738 che prevedeva che i carcerieri non potessero trattenere i carcerati «con cannale, ceppi, e manette» senza ordine per iscritto del giudice e che, in caso di abusi, dovessero essere severamente puniti. La «forte […] ragione» posta alla base di quella disciplina era che nessuno poteva essere punito senza aver avuto la possibilità di difendersi. In definitiva, la carcerazione preventiva non poteva risolversi in una condanna. Questione su cui Briganti citava Pufendorf[151].

19. *Contro la forgiudica*

L'autore della *Pratica* esprimeva poi una vibrata critica della forgiudica, auspicando che si astenessero dal farvi ricorso le corti inferiori. Queste – ammetteva il giurista –, in quanto titolari del misto imperio e della *potestas gladii*, avevano «un raggio, come i baroni, della real corona». In virtù di quei poteri erano certo legittimate a condannare a morte, ma non potevano dar esecuzione alla sentenza capitale senza che gli atti processuali fossero esaminati dall'udienza. Del pari, le corti inferiori non potevano mandare ad esecuzione la sentenza di forgiudica senza la revisione del processo da parte dell'udienza. Come sostenuto da Maradei *junior*[152].

Secondo Briganti conveniva quindi alle corti inferiori «rinunziar da principio la causa alla regia udienza, non meno per zelo di giustizia, che per […] proprio decoro». Tanto più che le udienze disprezzavano le corti inferiori, come confermato da Capobianco, a cui scappò di bocca che, fra mille

[151] Ivi, vol. I, tit. IV, § III, n. 45, pp. 197-198. Infatti, il giurista sassone aveva precisato che «poena describi potest per malum passionis, quod infligitur ad malum actionis; seu malum aliquod molestum, quod per modum coactionis pro imperio alicui intuitu antegressi delicti imponitur». Cfr. S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Francofurti & Lipsiae 1759, t. III, lib. VII, cap. III, § IV, p. 163.

[152] T. Briganti, *Pratica*, cit., tit. IV, § IV, n. 13, pp. 200-201. Cfr. P. Maradei, *Singularia*, cit., *annotationes, et observationes ad singul. CCCLXXVIII*, nn. 11-12, p. 311.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

sentenze baronali, non ve ne era una che valesse qualcosa. Il principale bersaglio polemico si confermava essere ancora una volta quello delle giurisdizioni feudali. Ma il giurista pugliese riteneva credibile l'affermazione secondo cui i tribunali superiori non avevano mai confermato le sentenze di forgiudica emanate dalle corti inferiori (comprese quindi quelle demaniali).

Briganti, come si è visto, faceva ripetutamente professione di modestia, dicendo che la sua opera era rivolta ai giudici delle corti inferiori. Perciò, era a queste che rivolgeva l'invito a non emanare sentenze di forgiudica. Ma era netto, in generale, il suo dissenso dall'istituto. «Del resto il condannare il reo assente, non inteso, nè difeso, dar pretesto, e premio a chiunque di ammazzare, e confiscarli tutti i suoi stabili, e mobili, è un punto non conosciuto dall'equità»[153].

20. *Limitare il giuramento, potenziare la difesa*

Di notevole importanza era anche l'esplicito favore espresso da Briganti per una limitazione del ricorso al giuramento. Egli esprimeva quella posizione nel trattare del costituto, ossia dell'esame del reo compiuto previo giuramento di quest'ultimo. Il giurista scriveva che si rendeva responsabile di «colpa letale» il giudice che imponeva al reo il giuramento, che era un «tormento spirituale», senza la sussistenza di indizi legittimi e sufficienti[154]. L'autore della *Pratica* non sembrava qui far propria quella distinzione di diritto e morale che il pensiero critico moderno aveva elaborato. Argomentava ancora in termini di peccato. Ma la sostanza del suo messaggio era radicalmente innovativa: circoscrivere il ricorso al giuramento significava ampliare le possibilità di difesa degli inquisiti. Pertanto, Briganti apprezzava Benedetto XIII per aver vietato il giuramento nel Concilio romano del 1725. Egli non metteva in discussione la fondatezza del diniego del *regium exequatur* alle delibere conciliari da parte del governo napoletano. Ma non faceva mistero di ritenere fondata la posizione di Benedetto XIII[155].

Non era però solo dalla limitazione del ricorso al giuramento che ci si poteva attendere un potenziamento delle garanzie. Il giudice doveva anche

[153] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. IV, § IV, nn. 14-16, p. 201.

[154] Ivi, vol. I, tit. V, n. 4, pp. 202-203.

[155] Ivi, vol. I, tit. V, n. 10, p. 204. Sul Concilio cfr. L. Fiorani, *Il Concilio romano del 1725*, Roma 1978. Il divieto del giuramento incontrò una ferma opposizione nel ministero togato napoletano: per le posizioni espresse al riguardo da Gaetano Argento nella consulta da lui redatta sul Concilio cfr. D. Luongo, *Vis jurisprudentiae. Teoria e prassi della moderazione giuridica in Gaetano Argento*, Napoli 2001, pp. 497-498.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

astenersi da comportamenti scorretti che mettessero l'inquisito nell'impossibilità di difendersi. Pertanto, se al giudice era consentito, «con i suoi vari interrogatori», di sorprendere il reo «nelle sue variazioni, e mendaci», non gli era «affatto […] permesso girare, e rigirare l'inquisito con tanta moltiplicità d'interrogatori, che capziosamente lo involva ne' lacciuoli, ed inducalo a confessar il delitto, che non ha commesso, o pure a togliergli i motivi di sua difesa». Eppure, non mancava chi aveva sostenuto che, pur di accertare la verità, era lecito al giudice l'impiego di fallacie, cavillazioni e interrogatori sofistici[156].

Era da ascrivere alla confusione della giustizia con la «ferocia» e la «severità» lo «stratagemma» consistente nel far entrare in carcere «due estranei sotto maschera, e figura di delinquenti», i quali, con «giri, e rigiri di discorsi familiari», cercavano di convincere il carcerato che il giudice era «di natural tempera» propenso a «condonare benignamente la pena a chi» confessava spontaneamente e «montare in furia colle ostinate negative». Quel modo di procedere era una forma di «suggestione» da cui il giudice doveva guardarsi «come dal fuoco»[157]. Del pari, promettere l'impunità a chi confessava il delitto significava tradire la fede. Infatti, concedere la grazia era prerogativa del sovrano, non del giudice.

Quest'ultimo, perciò, quando si rendeva responsabile di quelle false promesse, non poteva ritenersi «esente di peccato gravissimo»[158]. Notazione che costituiva un'ulteriore conferma dell'ancoraggio di Briganti a un asse culturale imperniato sul presupposto di una stretta connessione fra dimensione giuridica e morale. Il giudice che teneva quei comportamenti scorretti – aggiungeva il giurista pugliese – non poteva neanche pensare di mettere al riparo la sua coscienza «sotto il pretesto dello zelo di Dio». Infatti, Dio apprezzava lo zelo solo se accompagnato dalla «semplicità». Ed estorcere la confessione con frodi e inganni significava mancare «del merito della semplicità». La religione – notava ancora significativamente Briganti – non era «discesa dal cielo per estinguere le virtù da lei ritrovate in terra» e che Dio, creatore della natura, aveva scolpito nel cuore degli uomini, «nè per alterare la più meravigliosa opera prodotta dalla ragione», che era «la società, distruggendo il suo primo fondamento, e la base principale, […] la buona fede», come aveva «egregiamente» scritto Cassiodoro. Del resto, anche nei confronti dei nemici pubblici bisognava osservare la fede[159].

[156] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. V, nn. 12-14, p. 204.

[157] Ivi, vol. I, tit. V, nn. 15-16, p. 205.

[158] Ivi, vol. I, tit. V, nn. 19-20, pp. 205-206.

[159] Ivi, vol. I, tit. V, nn. 22-23, p. 206.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Briganti ammetteva che il giudice poteva servirsi dell'«arte» della «dissimulazione». Dissimulazione «permessa» in base alla «regola» secondo cui chi non sapeva dissimulare non sapeva governare. La menzogna era vietata ed era «segno di bassezza di animo». Ma Dio aveva raccomandato il silenzio per tacere verità dannose. Tuttavia, la dissimulazione che tendeva alla «rovina del prossimo» doveva essere «fuggita come la peste dai giudici cristiani»[160].

Potenziare le garanzie significava ovviamente, in primo luogo, ampliare le potenzialità della difesa. Per questo, secondo Briganti, era essenziale mettere l'avvocato in condizione di far pervenire al cliente le sue istruzioni. Al riguardo, il giurista rammentava il caso di Antonio Gomez, a cui il «savio D. Francesco d'Andrea, suo avvocato», aveva fatto pervenire il «foglio della sua istruzione dentro una pagnotta di pasta». D'Andrea aveva consigliato a Gomez, che era inquisito per aver scagliato un cappello contro un suo collega avvocato nel Sacro Regio Consiglio, di dire che aveva «sempre ossequiato e venerato» il Consiglio e non solo i suoi ministri, ma anche i suoi subalterni, portieri e algozini. Le istruzioni dell'avvocato – aggiungeva Briganti – erano di fondamentale importanza: senza di esse l'inquisito rischiava di soccombere agli interrogatori condotti in maniera scaltra dal magistrato a causa dell'oggettiva condizione di disagio in cui si trovava[161].

Ed era nel trattare del ruolo dell'avvocato che Briganti riprendeva la cruciale questione del giuramento. Egli premetteva che l'avvocato che consigliava al suo cliente di violare il giuramento nel corso dell'interrogatorio violava la legge divina, per cui incorreva in peccato mortale. Ma di seguito scriveva che «il giudizioso inquisito», se occultava la verità al «giudice ingiustamente interrogante […], anche sotto il tormento spirituale del giuramento», era da ritenere «reo di venial peccato officioso, e non mortale». Così avevano sostenuto «gravissimi moralisti», fra i quali Sant'Agostino e il «suo discepolo» San Tommaso. Analoga posizione avevano espresso teologi come il Gaetano e Soto[162]. È da notare, fra l'altro, che, a differenza del Giannone dell'*Apologia de' teologi scolastici*, Briganti non interpretava gli scritti dell'Ipponate sulla bugia come espressione di un rigore estremo, refrattario alle esigenze dell'interazione sociale[163].

[160] Ivi, vol. I, tit. V, n. 33, p. 208.

[161] Ivi, vol. I, tit. V, nn. 41-44, pp. 210-211.

[162] Ivi, vol. I, tit. V, nn. 45-47, pp. 211-212.

[163] Di seguito, tuttavia, Briganti polemizzava con la contrarietà di Sant'Agostino alla legittima difesa. In quella materia, a suo avviso, l'Ipponate «ebbe a confondersi». Infatti, il Vangelo consigliava, ma non comandava l'eroismo. Era vero che Gesù aveva esortato a porgere l'altra guancia, ma aveva parlato di un semplice schiaffo, non di un colpo mortale (ivi, vol. I, tit. X, § II, n. 75, p. 268).

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

A sostegno di una posizione improntata a un estremo rigore – rammentava il giurista – si poteva invece citare la tesi di Platone secondo cui non bisognava mai mentire al giudice. Ma Briganti replicava che Dio aveva raccomandato la dissimulazione, puntualizzando che il giudice non era un «confessore sagramentale». Peraltro, il giudice che interrogava senza la sussistenza di indizi legittimi e sufficienti lo faceva contro le leggi. E chi si serviva del proprio potere in danno dei sudditi per fare ciò che le leggi non permettevano cessava di essere un vero giudice. Affermazione che Briganti basava significativamente su Locke.

Comunque, se vi erano stati «dottori cattolici» che avevano scritto il contrario, lo avevano fatto prima del Concilio romano del 1725: «non saprei però, che direbbero dopo visto ed inteso l'espresso divieto di questo Concilio, dove un sommo Pontefice così santo e dotto abolì il giuramento de' rei». E se il Concilio romano non aveva ottenuto il *regium exequatur*, ne seguiva solo che *in foro fori* era obbligatorio giurare. Ma *in foro poli* la mancanza del regio placito non era tale da obbligare internamente «le coscienze cattoliche, sotto letale colpa», a fare il contrario di quanto previsto da una costituzione apostolica[164].

Un ulteriore accenno all'esigenza di garantire la difesa dell'inquisito era poi costituito dalla puntualizzazione secondo cui questi, prima della pubblicazione del processo informativo, poteva chiedere copia del suo costituto per consigliarsi col suo avvocato. Richiesta che anche il Collaterale, come ricordava Briganti, aveva ritenuto legittima[165].

21. *I dottori «maestri e padroni del foro»: i guasti delle deformazioni interpretative dei pratici*

Il giurista prendeva inoltre le distanze dall'opinione dottrinale secondo cui l'abilitazione del reo non poteva «affatto aver luogo» per i delitti meritevoli di qualsivoglia pena afflittiva, fosse *ultra* o *citra relegationem*. Posizione che era in contrasto con la normativa regnicola, mentre era conforme a quella del diritto romano, che era desumibile da D. 48, 3, 3. Ma Briganti riteneva un «manifesto errore» ritenere che quella materia dovesse essere disciplinata dal diritto comune, essendovi «tante leggi del regno» che ne avevano corretto la disciplina. Ed era un «abbaglio» ancora «maggiore […] prendere norma e

[164] Ivi, vol. I, tit. V, n. 48, p. 212.

[165] Ivi, vol. I, tit. V, n. 49, p. 213. Al riguardo Briganti citava Agnello Sarno e Francesco Maradei. Cfr. A. Sarno, *Novissima praxis civilis et criminalis*, Neapoli 1717, *Praxis criminalis*, cap. XXVII, n. 15, p. 322; P. Maradei, *Singularia*, cit., *annotationes, et observationes ad singul. CCXCVI*, pp. 226-228.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

dottrina da esteri dottori». Ad esempio, Carleval, pur essendo stato consigliere del Sacro Regio Consiglio, aveva argomentato «sempre da spagnuolo, citando le leggi romane».

Secondo l'orientamento dottrinale criticato da Briganti non si poteva procedere all'abilitazione del reo neanche qualora fosse prevista una pena arbitraria, ossia quando fosse rimessa all'arbitrio del giudice l'alternativa fra l'applicazione di una pena pecuniaria e di una afflittiva. I sostenitori di quella posizione escludevano, in particolare, che si potesse abilitare il reo che non fosse in grado di prestare idonea cauzione[166]. Si riteneva, inoltre, che non potesse aver luogo l'abilitazione del reo convinto di qualunque delitto anche a seguito di confessione stragiudiziale, del notorio delinquente, di chi delinqueva in un luogo pubblico o *coram judice*, del soggetto preso in flagranza di reato, del reo fuggito per altro reato dalle carceri e del querelato che ingiuriasse un dottore o altra persona egregia.

La polemica di Briganti contro quelle posizioni era nettissima ed espressa con un linguaggio agile e brillante. Quegli autori deducevano «dalle miniere feconde delle loro menti tante eccezioni, restrizioni, limitazioni, e casi» in cui, a loro avviso, non poteva aver luogo l'abilitazione, che venivano a esserne «totalmente» distrutte le regole dettate dalle leggi del Regno, per cui «le […] ben ordinate disposizioni» di queste ultime svanivano «al vento, senza più potersi comprendere in quale caso e contingenza» esse avrebbero potuto più avere «la loro esecuzione ed osservanza». Quei giuristi concludevano che «l'abilitazione dipenda totalmente da un libero arbitrio del giudice, come, e quando li pare, e piace». E ciò in quanto «non più i soli Principi», ma «anche i dottori da gran tempo» erano «diventati legislatori». Si era arrivati al punto da badare più «alle loro opinioni, che alle ormai quasi rancide antiche leggi […] giacchè tante di quelle vecchie leggi» erano state «ristrette, ed angustiate con varie interpetrazioni, eccezioni, e limitazioni». A «queste più che al testo» si faceva ormai «mente ne' giudizi». Quell'«abuso» aveva preso piede a tal punto che gli avvocati non si curavano più «di meditare su le leggi, di allegarle, adattarle, e farne uso ne' loro consigli, ed allegazioni: li basti dire = *così ammaestra Sarno, Moscatello, Caravita, Rovito, de Luca ecc, così decise la Regia Udienza, la Vicaria ecc*, e tutto lo studio consiste intorno ai consulenti, ai trattatisti, repertorianti, e decisionisti, in questi mari pescano tuttodì dottrine ed autorità,

[166] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. VI, nn. 11-14, pp. 216-217. Al riguardo Briganti citava, fra l'altro, De Angelis, il quale, pur ammettendo che giuristi come Menochio e Riccio erano stati di contrario avviso, aveva affermato recisamente che il reo che «non habeat in re, luere debeat in corpore, sicque cum in defectum teneatur poena corporali, cessat habilitatio». Cfr. F. J. De Angelis, *Tractatus criminalis de delictis et de habilitatione reorum*, *Tractatus de habilitatione reorum*, Venetiis 1705, cap. IV, n. 4, p. 6.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

ivi stancano gli occhi, ed ivi anche invecchiano senza mai visitare il *codice*, le *pandette*; e, quello che è più necessario, le tante nostre leggi del regno, delle quali ancora veruno poco si cura di recarne».

Erano critiche che riprendevano quasi alla lettera quelle dei *Difetti* muratoriani. A sostegno della sua ferma presa di posizione polemica Briganti citava infatti l'intellettuale di Vignola, oltre a Francesco Rapolla. L'autore della *Pratica* accomunava entrambi nella polemica contro l'uso massiccio e disinvolto della dottrina giuridica, ma anche contro il riferimento eccessivo all'autorità dei tribunali, e nell'auspicio di una maggiore attenzione per le fonti legislative. Briganti criticava poi il fatto che, nell'ambito di queste ultime, si tenessero in maggiore considerazione quelle contenute nel *Corpus Juris Civilis*, senza curarsi delle leggi del Regno. Ciò perché, evidentemente, erano «di gran […] spavento […] i volumi […] delle nostre *leggi municipali*»[167].

Qui il giurista pugliese sembrava banalizzare le ragioni che erano alla base del privilegiamento delle fonti romane. In realtà, il *Corpus Juris Civilis* era un immenso arsenale da cui trarre dispositivi normativi, *topoi* argomentativi e razionalizzazioni ideologiche utili per plasmare l'ordinamento secondo le logiche dei giuristi e affermare la loro autonomia dalla direttiva politica. Briganti si limitava a scrivere che la preferenza data alle fonti romane rispetto alla legislazione regnicola aveva come conseguenza il «pernicioso errore», da lui in precedenza già «detestato ed avvertito», di confondere i tempi, «straziando le regole di cronologia». In tal modo il giurista ritornava sull'esigenza di assicurare il rispetto del criterio cronologico: le leggi del Regno, in quanto più recenti, dovevano avere la precedenza rispetto alle fonti romane.

Ma, nel caso di specie, rendendo arbitrarie la carcerazione e l'abilitazione, si assisteva a una tale dilatazione dell'arbitrio da dar vita a «una vera imagine di dispotismo». I giudici erano «divenuti padroni della giustizia», ritenendo che «fosse in loro balia abilitare più tosto questo inquisito […] in una occasione, e forse l'opposto in un'altra di somigliante natura: il che sia detto con ogni sommessione dovuta a chi ha più giudizio di me».

Cautela prudenziale che non cancellava la durezza dell'attacco mosso da Briganti all'arbitrio giudiziario. Attacco dietro il quale faceva capolino ancora una volta la questione del 'punto dell'amico'. Era non solo il giuramento prestato, ma la stessa qualità di giudice a far sì che il magistrato fosse non «padrone assoluto, ma conservatore delle leggi» e a impedirgli di agire «come un arbitro pacifico secondo a lui pare». È significativo che a sostegno di quelle critiche Briganti ponesse Bayle[168].

[167] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. VI, nn. 15-17, p. 217.

[168] Ivi, vol. I, tit. VI, nn. 17-19, pp. 217-218. Cfr. P. Bayle, *Dictionnaire*, cit., t. II, *Louis XI*, nt.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

22. *Garantire la spontaneità della confessione*

Il giurista pugliese non metteva in discussione la centralità della confessione nel processo penale. Anzi, richiamava la dottrina che la riteneva superiore a ogni legittima testimonianza e la parificava alla sentenza passata in giudicato. Ma teneva in primo luogo a puntualizzare che la confessione doveva essere resa davanti al giudice competente. Pertanto, era invalida se resa davanti a una corte inferiore per un delitto la cui trattazione era riservata al principe o a un tribunale superiore o collegiato[169]. L'autore della *Pratica* non mancava, al riguardo, di rievocare il drammatico errore, in cui era incorso De Rosa, di aver consentito all'udienza di Capitanata di far impiccare cinque pastori in virtù della confessione da loro resa nella corte di San Giovanni Rotondo per un delitto di ricatto, per il quale le corti inferiori erano incompetenti, senza far ratificare la confessione dall'udienza. Errore di cui De Rosa si era successivamente pentito[170].

Del pari, Briganti notava che erano da ritenere nulle le confessioni rese dai cittadini napoletani nelle corti inferiori perché, in base ai privilegi, essi non potevano essere giudicati da tribunali operanti fuori dalla loro città. Di seguito l'autore della *Pratica* puntualizzava che la corte baronale doveva ritenersi incompetente a ricevere la confessione nei delitti in cui fosse coinvolto l'interesse del barone, come nel caso del furto di beni baronali[171].

Nella trattazione di Briganti uno spazio rilevante era riservato, come si è accennato, alla necessità che la confessione fosse spontanea. Perché questa potesse ritenersi tale non era sufficiente, secondo il giurista, che l'inquisito non fosse sottoposto a tortura. La confessione non era da ritenere spontanea neanche quando si percuoteva l'inquisito e gli si minacciava la corda. L'officiale che, in quei casi, dichiarava l'inquisito *sponte confessus*, si rendeva responsabile di «una falsità manifesta». Perciò, oltre a macchiarsi di un peccato grave davanti a Dio, era punibile per il delitto di falso nei tribunali umani[172].

M, p. 1770.

[169] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. VII, nn. 5-6, p. 226. Al riguardo citava Francesco Maradei. Cfr. P. Maradei, *Singularia*, cit., *annotationes, et observationes ad singul. CXLV*, n. 6, p. 98.

[170] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. VII, n. 6, p. 226. Cfr. C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. I, cap. V, n. 22, pp. 32-33.

[171] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. VII, nn. 7-9, p. 226.

[172] Ivi, vol. I, tit. VII, n. 20, p. 229.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Ancora una volta Briganti mostrava di ritenere peccato e reato strettamente connessi. Ma il retaggio di quella tradizionale *forma mentis* nulla toglieva alla sostanza innovativa delle sue posizioni, che andava anche in tal caso nel senso di un potenziamento delle garanzie.

Egli teneva a precisare che una cosa era la confessione spontanea un'altra quella resa sotto tortura. La confessione resa nel costituto doveva essere spontanea. Ai tribunali inferiori era infatti vietato del tutto di sottoporre a tortura gli inquisiti nel processo informativo. Era consentito solo ai tribunali collegiati per i delitti atroci. Ma neanche quei tribunali erano legittimati a porre sullo stesso piano la confessione resa «*in tormentis*» e quella spontanea, che richiedeva «diversi requisiti, si» regolava «con altra bussola, e» produceva «diversi effetti». Per cui non si poteva «a buona equità» considerare confessione spontanea quella «estorta *vi et metu*». Anche su quella rilevante materia Briganti ingaggiava un'aspra e brillante polemica con De Rosa. Questi, dopo aver corroborato «con sodissime dottrine» la fondatezza di quella posizione, «fomentato dalle sue idee geniali», aveva sostenuto che, nel perseguimento di un delitto atroce, si poteva senz'altro battere e minacciare l'inquisito nel costituto senza per questo rinunciare a considerare quest'ultimo *sponte confessus*, giacché «*leviter tortus, tortus non dicitur*, conforme una lieve febbretta non si reputa febbre».

In omaggio alla libertà intellettuale da lui sempre rivendicata Briganti scriveva che non bisognava seguire tutto ciò che scriveva un autore per il fatto che lo si apprezzava o respingere tutto ciò che scriveva un autore che non si stimava. Il giurista di Gallipoli rammentava, fra l'altro, che Francesco Maradei aveva considerato senza mezzi termini empia l'opinione di De Rosa. Ed era stato sempre Maradei – notava Briganti – ad aver posto l'accento sul fatto che, essendo diventate intollerabili le violenze praticate dalla Vicaria nel corso del costituto, nel 1692 la Deputazione dei Capitoli era ricorsa al Viceré, che, con un dispaccio, aveva vietato quell' abuso. Abuso che in tal modo, secondo Maradei, era cessato. Ma non secondo Briganti, il quale obiettava che altrimenti Carlo di Borbone non avrebbe avuto bisogno di proibirlo con una costituzione emanata nel marzo 1738, sanzionando le trasgressioni con la pena della privazione dell'ufficio per i ministri e con quella del presidio triennale per i subalterni. Come sottolineava l'autore della *Pratica*, la costituzione era una legge giustamente rigorosa perché prevedeva, fra l'altro, che contro chi la violava si potesse procedere *ex officio*, ossia senza querela della parte lesa. Ma egli poneva in primo luogo l'accento sul fatto che il divieto di praticare violenze nel costituto aveva riguardato anche i tribunali superiori collegiati e le udienze. Era significativo che l'abuso fosse stroncato al vertice dell'apparato. Infatti, come testimoniato da Agnello Sarno, era dai tribunali collegiati che

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

esso si era esteso alle corti inferiori.

Maradei non aveva mancato di sottolineare che lo stesso De Rosa aveva rivisto la sua posizione: «fatto più vecchio, calmato il sangue, e tocco da doglioso rimorso, nella sua estrema età» aveva condannato in maniera esplicita quella pratica, dicendo esplicitamente che, se da giovane se ne era avvalso, da vecchio invitava i giudici ad astenersene non solo per ragioni di coscienza, ma per evitare la *populi murmuratio*[173]. Briganti non sottovalutava (e non a caso vi insisteva molto) l'importanza di quella prova di resipiscenza da parte di un importante giurista e magistrato come De Rosa, che, fra l'altro, era stato reggente del Collaterale.

L'autore della *Pratica*, rifacendosi, fra l'altro, a quanto aveva «egregiamente» scritto Antoine Favre, teneva inoltre a sottolineare che la confessione doveva ritenersi estorta quando al reo i tormenti erano anche semplicemente minacciati. Pertanto, Francesco Maradei aveva giustamente criticato quanti sostenevano che la confessione si poteva ritenere estorta solo quando l'inquisito fosse stato spogliato e legato alla corda, anche se non innalzato, e che non costituivano minacce le parole e l'avere semplicemente condotto l'inquisito nel luogo della tortura. Maradei aveva replicato che non si poteva ritenere in alcun modo spontanea la confessione neanche quando fosse preceduta da parole truci e da aspre minacce. Anzi, aveva aggiunto che non si

[173] Ivi, vol. I, tit. VII, nn. 21-25, pp. 229-230. Maradei aveva criticato in maniera netta la tesi di De Rosa secondo cui le confessioni estorte «praecedentibus minis, & verberibus» dovevano ritenersi spontanee. De Rosa aveva ritenuto quella prassi, seguita nella Vicaria e nelle udienze, del tutto conforme alle esigenze del *bonum publicum* «hujus Regni». Maradei aveva replicato che quella di De Rosa era una posizione insostenibile «in puncto juris», per cui era «sanctius» astenersi da quella prassi. Infatti, il giudice non poteva «devenire ad tormenta, nisi servatis illis requisitis, quae in Regno sunt de jure servanda». Interrogare i rei «cum verberibus, etiam praecedentibus legitimis indiciis», come voleva De Rosa, era procedere indirettamente «ad torturam ex processu informativo, non datis prius reis defensionibus», in contrasto con le leggi e con le grazie. Maradei aveva quindi richiamato la protesta fatta dalla Deputazione dei Capitoli nel 1692 contro la prassi di estorcere la confessione «verberibus». Protesta accolta dal Viceré, conte di S. Stefano. Infine, Maradei aveva dato conto della resipiscenza di De Rosa. Cfr. P. Maradei, *Singularia*, cit., *annotationes, et observationes ad singul. CCCLIII; & CCCLIV*, nn. 4-14, p. 285. Già nella *resolutio VIII* De Rosa aveva affermato che nella Vicaria e nelle regie udienze la consuetudine di interrogare i rei «cum verberibus» non doveva essere osservata «indistincte», ma «cum grano salis», e quando gli indizi di reato non fossero vaghi. Se infatti nella tortura ordinaria il reo «scit tormenti metam», così non era in quella straordinaria, per cui temeva l'ira del giudice. «Ideoque […] abstinere» da quel *mos* «sanctius est». Nella *resolutio XXXIV* De Rosa aveva esplicitamente ammesso di aver cambiato avviso in materia in tarda età: «hac Praxi Juvenis usus sum», ma «senex admoneo Judicem ipsum abstinere, tum pro conscientia, tum etiam ut Populi evitetur murmuratio». Cfr. C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. III, *resolutio VIII*, n. 13, p. 171 e *resolutio XXXIV*, n. 7, p. 238.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

poteva ritenere tale nemmeno la confessione estorta a un inquisito che pativa la fame e il freddo in carcere, giacché l'orrore delle carceri era tale da indurre a non dire la verità anche chi era dotato di un forte temperamento[174].

23. *La possibilità di scindere la confessione*

Briganti affermava poi in maniera recisa che, per condannare l'inquisito alla pena ordinaria, era necessario che la confessione non contenesse «mistura di discolpa». In tal modo prendeva posizione sulla controversia dottrinale «ardua e inviluppata» che aveva avuto ad oggetto la possibilità di scindere la confessione, accettandone la parte dove si confessava il delitto e rifiutando quella dove l'inquisito si discolpava. Bartolo aveva sostenuto che il Fisco poteva senz'altro scindere la confessione qualificata, ossia accettarla in parte rifiutando la 'qualità aggiunta', per cui, se l'inquisito non riusciva a provare quest'ultima, avendo confessato, doveva essere condannato alla pena ordinaria. La *ratio* era che la legge, in odio al delinquente, presumeva ogni male affinché questi fosse punito con una congrua pena. L'Abate aveva sostenuto la tesi opposta: il Fisco doveva accettare integralmente la confessione o rigettarla del tutto. Se infatti la 'qualità aggiunta' attenuava il dolo, l'inquisito, per ragioni equitative, non poteva essere sottoposto alla pena ordinaria. Peraltro, la confessione non era suscettibile di essere scissa, essendo unica in forza del giuramento.

Briganti descriveva con la consueta ironia da un lato l'ampiezza del dibattito dottrinale a cui le antitetiche posizioni di Bartolo e dell'Abate avevano dato luogo, dall'altro la refrattarietà della letteratura consulente, legata ai contingenti interessi professionali dei suoi esponenti, a prendere chiaramente posizione in materia: «Accesa la face di tale controversia da questi due Campioni, si aprì tra' dottori un vastissimo campo di battaglia, senza che mai apparisse qual ne fosse il vincitore, e quale il vinto. Non men *Bartolo*, che l'*Abate* ebbero tutt' i loro seguaci, sostenendo con fazioni chi l'una, e chi l'altra sentenza». Invece i consulenti, «secondo il loro costume non presero partito nè con *Bartolo*, nè coll'*Abate*, ma come un corpo di riserba si mantennero in libertà di militare prezzolati sotto le insegne or dell'uno, or dell'altro secondo l'opportunità delle cause, e le richieste de' clienti». Briganti scriveva perciò che Cevallos aveva giustamente ascritto le posizioni confrontatesi in quel dibattito al novero delle *opiniones communes contra communes*. Ma l'autore della *Pratica* non esitava nel contempo a prendere risolutamente le distanze dal lascito del

[174] T. Briganti, *Pratica*, cit., tit. VII, n. 26, pp. 230-231. Cfr. F. Maradei, *Tractatus criminalis analyticus mixtus*, Neapoli 1716, *pars II*, cap. II, nn.15-17, p.134.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

giurista spagnolo, che aveva intitolato aurea un'opera «dalla quale […] poco o niun profitto» poteva trarre chi andava alla ricerca della verità, ma che di sicuro era «bastevole a» discreditare la giurisprudenza «ed a palesarne le piaghe», mostrandola «così discorde ed incerta nelle sue sentenze». Cevallos aveva avuto il demerito di offrire agli operatori pratici del diritto un cospicuo arsenale a cui attingere per sostenere tutto e il contrario di tutto. Ma che la giurisprudenza fosse largamente controversa era un dato di fatto. In quello «stato compassionevole d'instabilità e d'incertezza» era aperto largo campo ai giudici per decidere le cause a favore di chi volessero, dando libero sfogo a passioni come l'avarizia e l'odio. Ritornava qui con grande forza la questione del 'punto dell'amico', già accennata in precedenza da Briganti. Ma – teneva a sottolineare l'autore della *Pratica* –, qualunque sentenza i giudici volessero emanare, questa poteva avere il sostegno di stuoli di giuristi. La conseguenza era che i giudici «decideano francamente secondo il loro arbitrio piuttosto che per certa disposizione *de jure*»[175]. In definitiva, decisivo era il loro arbitrio.

Briganti offriva una ricca casistica da cui risultava la contraddittorietà della giurisprudenza: i tribunali si erano rifatti talvolta alla posizione di Bartolo talvolta a quella dell'Abate[176]. Il giurista pugliese non usava mezze misure nel denunciare la «confusione» che derivava dalla «varietà delle opinioni» degli «autori regnicoli» e dalla «difformità delle cose giudicate, che aveano profferite i […] supremi tribunali» del Regno. Vivida era la descrizione che egli faceva di una complessa vicenda giudiziaria riguardante un omicida che aveva confessato adducendo la provocazione. La Vicaria, seguendo l'opinione di Bartolo e rigettando quella dell'Abate, aveva condannato a morte l'omicida. Ma, mentre questi veniva condotto al Mercato per essere sottoposto all'esecuzione della sentenza capitale, il difensore aveva ottenuto che gli fosse concessa la «riclamazione», per cui il condannato, per ordine del Viceré, era stato fatto rientrare in carcere. Essendo stata discussa nuovamente la causa e non essendo stata ritenuta fondata la «riclamazione», il condannato era stato «di bel nuovo col pennone e tromba avanti, carico di catene avviato e condotto quasi prossimo al patibolo». Ma, presentate le nullità, il Viceré aveva ordinato che il condannato fosse fatto nuovamente rientrare in carcere. La causa era stata trattata «con sottil vaglio e disamina» dal Collaterale. Rigettate anche le nullità, «la sentenza fu ferale, ed il reo dopo tanti andirivieni tra speranze e timori, alla fine tirò de' calci al rovaio». Quella vicenda mostrava, fra l'altro, secondo Briganti, come fosse infondata l'opinione di De Rosa

[175] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. VII, nn. 36-43, pp. 232-233. La materia era trattata in J. Cevallos, *Speculum aureum opinionum communium contra communes*, Coloniae Agrippinae 1664, *quaestio CCCLXXII*, nn. 10-11, pp. 259-260.

[176] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. VII, nn. 44-53, pp. 233-235.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

secondo cui la Vicaria dava applicazione alla dottrina dell'Abate[177]. Ma nel 1738 Carlo di Borbone era intervenuto con una «necessarissima» costituzione per «determinare» quell'«ormai ardua ed inviluppatissima controversia». La costituzione aveva disposto che il reo andava condannato come semplicemente confesso quando il Fisco adduceva una prova indiziaria contro la 'qualità minorante' e quegli indizi non venivano «evacuati o debilitati» dalla difesa. Alla luce della costituzione, era compito dell'avvocato «evacuare gl'indizi fiscali» e «debilitarli», mettendo «in chiaro lume la minorante qualità». L'avvocato aveva pertanto nel dettato legislativo un saldo ancoraggio per risparmiare al suo cliente la pena ordinaria: «imperocchè stabilita dal nostro Sovrano con tanta rettitudine questa sua legge, da ora innanzi le ragioni quantunque ingegnose che in altri luoghi signoreggiavano, si hanno da sottomettere all'autorità legittima; nè occorre più fabbricare in aria altre quistioni, e deciderle a forza di acuti sillogismi, non essendo noi in un paese da sognarci a piacimento nostro; se ciò avviene in altre scienze, que' belli sogni non sogliono essere infine pericolosi e mortiferi come sarebbero nel maneggiare le bilance della giustizia»[178]. Insomma, spettava al legislatore risolvere autoritativamente le controversie dottrinali. Era al detentore della sovranità che competeva sciogliere il nodo gordiano dei contrasti giurisprudenziali.

24. *Tenere adeguatamente conto dei testimoni 'ad defensam'*

Nel trattare della difesa del reo Briganti si soffermava a lungo sulla «coartata *de loco, et tempore*», che, come egli puntualizzava, costituiva «una vera e convincente prova dell'innocenza», in virtù della quale il reo doveva essere assolto o doveva tutt'al più «liberarsi in forma». Vi era certo una parte della dottrina – scriveva lo studioso – per la quale i testimoni della coartata, come tutti quelli negativi, erano indegni di fede perché si presumeva che fossero «prezzolati»[179]. Secondo quell'orientamento dottrinale la coartata non doveva

[177] Ivi, vol. I, tit. VII, nn. 54-57, p. 235. Cfr. C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. I, cap. V, n. 55, pp. 40-41.

[178] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. VII, nn. 58-60, pp. 235-236.

[179] Ivi, vol. I, tit. X, § II, nn. 4-6, pp. 255-256. Fra i sostenitori di quella posizione vi era Antonio Di Gaeta, che Briganti citava attraverso Francesco Maradei. Questi aveva ammesso che era *communis* la *regula* secondo cui bisognava credere più ai testimoni che affermavano che a quelli che negavano: due di quelli della prima specie valevano più di mille di quelli della seconda. La *ratio* era che la «negativa non cadit sub sensu, sicut affirmativa». Quella regola, tuttavia, riguardava la semplice negativa, non la «negativa facti pregnantis, quae affirmativam includit». Pertanto, la regola non valeva quando i testimoni

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

essere ammessa quando il Fisco provava pienamente il delitto. Pertanto, il giudice doveva respingere *ex officio* i testimoni che «verranno a deporre in questa negativa». Quegli autori adducevano gli esempi della Catalogna, di Firenze, di Roma e degli altri Stati i cui supremi tribunali disponevano l'incarcerazione dei testimoni della coartata in quanto sospetti di falso. Secondo la prassi dello Stato di Milano, invece, ricevuta la deposizione dei testimoni della coartata, questi si rilasciavano come inquisiti o con mandato o con «idonea cauzione di presentarsi».

Ma Briganti affermava in maniera recisa che bisognava prescindere del tutto da quegli orientamenti giurisprudenziali. La materia, a suo avviso, doveva essere affrontata sulla base delle «massime legali», dei «principî della facoltà» (s'intende legale) e delle «idee del giusto». Ma sul punto era difficile attendersi lumi da una dottrina giuridica il cui livello qualitativo non era neanche lontanamente paragonabile a quello della grande scienza giuridica romana. Briganti rimpiangeva «l'armonia somma» che avevano conferito alla giurisprudenza romana i «tanti luminosi ingegni», dagli «*acuti Scevoli*» ai «dotti *Papiniani*» ai «saggi *Ulpiani*», che l'avevano illustrata, costruendola «con proporzione geometrica per via di veri principî e proprie massime destramente maneggiate».

Nell'esprimere la sua posizione, Briganti prendeva perciò nettamente le distanze dalla tesi, da «taluni follemente» sostenuta, secondo cui la coartata era «una pura e mera negativa», per cui ad essa si applicava la massima «*plus creditur uno affirmanti, quam mille negantibus*». Invece, a ben vedere, i testimoni della coartata erano «affermativi». Ad esempio, affermare che Tizio era vivo era lo stesso che negare che era morto. E all'obiezione secondo cui vi era grande abbondanza di testimoni falsi Briganti aveva facile gioco a replicare che potevano essere tali non solo quelli *ad defensam*, ma anche quelli *ad offensam*. Che potessero esserlo quelli *ad offensam* era stato ammesso senza remore da Grammatico e da Tapia. E che fosse infondata la tesi secondo cui la Vicaria non aveva mai tenuto conto della coartata era stato poi dimostrato, fra gli altri, da Francesco Maradei, che era degno «di tutto il credito» per aver operato «per lunghi anni in quel tribunale»[180].

deponevano sulla negativa «coarctando locum, & tempus», ossia affermando che il reo, nel momento in cui era stato commesso il delitto, si trovava in un dato luogo. In tal caso il testimone negava che il reo aveva commesso il delitto affermando che non avrebbe potuto trovarsi nel luogo in cui era stato commesso il delitto. Era in quel contesto che Maradei riferiva la contraria opinione di Antonio Di Gaeta secondo cui «testibus ad defensam deponentibus nulla adhibetur fides». Cfr. F. Maradei, *Tractatus*, cit., *pars I*, cap. XXI, nn. 1-13, pp. 73-75.

[180] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. X, § II, nn. 6-11, pp. 256-257. Fra i sostenitori della tesi

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Briganti riteneva espressione del rigore eccessivo usato nell'amministrare la giustizia la marginalizzazione dei testimoni *ad defensam*, lamentando che nei «recenti tempi» erano stati addirittura «introdotti alcuni sensi di maggiore severità». Non era chiaro quando si era verificato quel cambiamento secondo l'autore della *Pratica*, che si limitava a evocare al riguardo Jean Bodin, «il quale non fu nè ebreo, nè cristiano, nè turco, e morì come un cane». Briganti non avrebbe potuto esprimere in maniera più colorita il suo disprezzo per il giurista francese. Evidentemente egli dissentiva in maniera radicale dal rigore delle sue tesi in materia criminalistica. Come dissentiva dalle posizioni di quei giuristi che, «conculcate da per tutto, disordinate, e sconvolte le leggi ed il comune suffraggio dei DD., che tanto esagerano il favore del reo, si sono intestati taluni per sommo pregio il rigore, collocando nel trono della giustizia la severità, e così van suggerendo a' giudici, che affatto non credano a verun testimone *ad defensam*»[181]. Qui l'autore della *Pratica* mostrava di apprezzare la *communis opinio*, che, almeno su quel punto specifico, riteneva distante dalle posizioni più rigoriste. Ma la preoccupazione che egli esprimeva per l'influenza esercitata sui giudici dalle posizioni più severe era un indubbio riconoscimento dell'incidenza della dottrina giuridica.

Ribadito poi, fra l'altro con un richiamo a Montaigne, che estorcere la confessione in maniera ingannevole significava operare contro la legge divina e naturale e di conseguenza porre in essere un atto invalido, precisava che siffatta confessione invalida poteva essere convalidata dalla successiva ratifica solo quando questa fosse intervenuta dopo che il reo aveva scoperto la frode[182]. In generale, Briganti tendeva a mettere in discussione l'intangibilità della confessione. Perciò, dissentiva dalla posizione di Merenda secondo cui era inverosimile che il reo che avesse confessato senza dichiarare l'esistenza di un'eccezione potesse realmente vantarne l'esistenza. In realtà – obiettava il giurista pugliese –, sia in base a una *communis opinio* confermata da «una inconcussa pratica» sia in base alle leggi della natura e delle genti, che non poteva «togliere verun monarca», la confessione non doveva ritenersi tale da poter sconvolgere la verità. Pertanto – scriveva con linguaggio colorito

secondo cui nel Regno di Napoli vi era un gran numero di testimoni falsi il giurista di Gallipoli citava Tapia, che aveva posto l'accento su quell'inconveniente nel trattare delle modalità di perseguimento della sodomia: cfr. *supra*, nt. 70. L'abbondanza di testimoni falsi era, fra l'altro, un *topos* della letteratura antinquisitoriale, su cui cfr. D. Luongo, *Il giurisdizionalismo*, cit., *passim*. Per la confutazione della tesi secondo cui la Vicaria non aveva mai tenuto conto della coartata cfr. P. Maradei, *Singularia*, cit., *annotationes, et observationes ad singul. CCCXCI*, n. 3, p. 336.

[181] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. X, § III, n. 6, pp. 277-278.

[182] Ivi, vol. I, tit. X, § IV, nn. 32-33, p. 284.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Briganti – non era da respingere alcuna *excusatio* pure a fronte di seicento confessioni: al reo non doveva essere mai precluso di provare le eccezioni e le 'qualità aggiunte' non menzionate nel costituto[183].

L'autore della *Pratica* teneva inoltre a puntualizzare che gli interrogatori fiscali non dovevano essere cavillosi e capziosi. Egli citava come esempi di interrogatori di quel tipo quelli suggeriti «sfrontatamente» da Bartolomeo Cepolla. Ad esempio, questi aveva consigliato di chiedere al testimone se credeva in quello che stava per deporre. Se il testimone rispondeva in senso affermativo, se ne poteva concludere che deponeva *de credulitate*, per cui la sua deposizione non meritava fede. Al contrario, il fatto di negare faceva ovviamente venir meno la sua deposizione. Cepolla aveva suggerito inoltre di chiedere al testimone se riteneva possibile che le cose fossero andate diversamente da come sarebbe apparso dalla sua deposizione. Se lo negava, poiché le azioni umane su cui si testimoniava riguardavano sempre fatti contingenti e variabili, voleva dire che rispondeva *certudinaliter* su cose che almeno in potenza erano dubbie e incerte. Non era perciò degno di fede. Ma, se affermava che era possibile che le cose fossero andate diversamente, doveva astenersi dal deporre perché la testimonianza non poteva essere «*de possibili*». Inoltre, Cepolla aveva suggerito di chiedere al testimone quale delle due parti voleva che prevalesse nel giudizio. Se rispondeva che voleva che vincesse la giustizia, gli si doveva chiedere quale delle due parti fosse nel giusto e, se rispondeva che lo era quella che lo aveva chiamato a testimoniare, manifestava palesemente la sua parzialità. In realtà, come scriveva Briganti, Cepolla non aveva fatto che insegnare a «involvere la verità» e a «opprimere astutamente l'innocenza». Rifacendosi a un giudizio di Di Gennaro, l'autore della *Pratica* scriveva che il giurista veneto era senz'altro scrittore notevole per le altre sue opere, ma censurabile per il *De cautelis*: «Non v'è dubbio ch'egli violenti e svolga le leggi umane e divine, che consigli cautele perniciose al bene dello stato, ed insegni partiti tutti affatto peccaminosi e contro alle massime cristiane; e non sappiamo come finora» il *De cautelis* «non siasi aggregato al *catalogo* de' *libri proibiti*, che non sarebbe gran male, anzi sarebbe di gran vantaggio darsi luogo presso l'*Alcorano*». Il «giudice cristiano e di onorata divisa» non doveva tener in alcun conto quei suggerimenti relativi al modo di condurre gli interrogatori.

Non solo. Secondo Briganti non bisognava ammettere neanche gli interrogatori intenzionali, cioè quelli in cui, «deponendo il testimone, pretenda il fisco di fondare la sua intenzione ed accrescere le sue prove intorno al delitto». Altrimenti, il Fisco avrebbe ottenuto ciò che ad esso era vietato, «cioè di far passare i testimoni *ad defensam* in testimoni *ad offensam*, senza che il reo

[183] Ivi, vol. I, tit. X, § IV, nn. 2-3, p. 279.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

sia richiesto a vederne il loro giuramento». Il giudice, pertanto, era tenuto a «risegare» quel tipo di interrogatori[184].

25. *La commisurazione della pena*

Spunti significativi presentavano le considerazioni dedicate dall'autore della *Pratica* al tema della commisurazione della pena. Briganti faceva valere anche a tal proposito un'istanza garantista: bisognava osservare l'*ordo iudiciorum* perché «gli assurdi perniciosi» che potevano nascere «da un processo disordinato e fatto a capriccio» erano da temere molto di più di quelli derivanti «dall'impunità de' delitti»[185]. Era in quel contesto argomentativo che il giurista affrontava il tema della graduazione delle pene. Egli scriveva che erano due le cause che imponevano al giudice di moderare le pene: una estrinseca e una intrinseca. Rifacendosi, fra l'altro, a Francesco Maradei, l'autore della *Pratica* scriveva che il *defectus probationum* implicava che il reo fosse punito *extra ordinem*. Altrimenti, non ci sarebbe stata alcuna differenza fra il reo convinto e quello semplicemente indiziato. Né vi sarebbe stato «assurdo maggiore» che confondere le pene che meritavano l'uno e l'altro[186]. Affermazione da cui risulta che qui per Briganti l'irrogazione di una pena straordinaria per insufficienza di prove rientrava appieno nell'*ordo iudiciorum*.

La causa intrinseca era data dalle qualità personali del delinquente o dall'«imperfezione della volontà del delinquere». Fra le qualità personali Briganti contemplava, oltre alla minore età e al «sesso imbelle», l'essere utile allo Stato o l'«essere eccellente in qualche arte, carico di meriti aviti, o proprî»[187]. Ulteriore conferma del fatto che Briganti si muoveva all'interno di un ideario che non contemplava l'uguaglianza giuridica.

L'autore della *Pratica* notava poi come tutti convenissero sul fatto che in ragione dell'esistenza di una causa minorante sia intrinseca che estrinseca il giudice non poteva infliggere la pena prevista dalla legge comune o statutaria, ossia la pena ordinaria, ma era tenuto a irrogare una pena che «al suo regolato arbitrio parrà proporzionata alla colpa»[188]. Quindi, Briganti ribadiva che

[184] Ivi, vol. I, tit. X, § V, nn. 2-9, pp. 290-292. Cfr. B. Caepollae, *Varii tractatus*, Lugduni 1547, *Tractatus cautelarum*, n. LXXIIII, pp. 736-737; G. A. Di Gennaro, *Respublica jurisconsultorum*, Neapoli 1731, p. 248. Il giurista napoletano aveva scritto che la fama di Cepolla era stata piuttosto diminuita che accresciuta dalla redazione del *De cautelis*.

[185] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. I, tit. X, § II, n. 97, p. 272.

[186] Ivi, vol. I, tit. X, § II, nn. 102-103, p. 273.

[187] Ivi, vol. I, tit. X, § II, n. 104, p. 273.

[188] Ivi, vol. I, tit. X, § II, n. 105, pp. 273-274.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

l'arbitrio doveva essere limitato, oltre a confermare la sua adesione al sistema della pena straordinaria.

Notevoli erano poi le considerazioni che lo studioso dedicava alla clemenza. Questa aveva due estrinsecazioni. Quella consistente nell'esimere del tutto il reo dalla pena quando lo esigeva il fine dello Stato. Essa era di competenza del sovrano. Ma vi era un'altra estrinsecazione della clemenza, quella che competeva al magistrato. Consisteva nel diminuire la pena senza pregiudicare lo spirito delle leggi qualora concorressero circostanze «coadiuvate» da altre leggi o da ragioni naturali o dal «comune suffragio di gravi autori»[189].

Qui Briganti mostrava di muoversi appieno all'interno di una visione giurisprudenziale del diritto. Da quelle puntualizzazioni risultava come l'autore della *Pratica* ritenesse che le leggi, a differenza di quanto avrebbe sostenuto più tardi un Beccaria, potevano ancora essere interpretate secondo il loro spirito. Coerentemente, la *communis opinio*, per Briganti, non era destituita di ogni fondamento. E tuttavia per lui a occupare la scena non era solo la 'ragione artificiale' dei giuristi: contavano anche le ragioni naturali.

L'autore della *Pratica* aggiungeva poi che il potere di moderare le leggi spettava solo ai supremi magistrati, non ai giudici subalterni e alle altre corti tenute al sindacato, «le quali corrono gran rischio di tirarsi addosso faziosi affari se di loro pura autorità e per cause molto leggiere, sospendano l'esecuzione delle leggi che sono obbligate di eseguire, ancorchè per ragion particolare venissero a cessare». Il giudice inferiore non doveva «prendersi molto arbitrio di declinare dalle leggi, quantunque operasse con retta intenzione, mentre nello stato le buone intenzioni nulla operano se gli effetti non siano grati al sovrano, e se i servigi che si fanno non siano comandati, non sono mai graditi»[190].

Quella netta distinzione che Briganti operava fra corti inferiori e magistrature superiori sembrava tesa a confermare i poteri di mediazione di queste ultime. Ma nella sua visione il ridimensionamento dell'arbitrio delle magistrature non poste ai vertici dell'apparato giudiziario era un passo importante verso la realizzazione di un assetto fondato su un più stretto vincolo alla direttiva legislativa.

26. *Spunti teorici in margine al problema della 'ripulsa' dei testimoni*

All'inizio del II volume della *Pratica criminale* Briganti teneva a puntualizzare

[189] Ivi, vol. I, tit. X, § IV, n. 44, pp. 287-288.

[190] Ivi, vol. I, tit. X, § IV, nn. 44-45, p. 288.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

che la pubblicazione della testimonianza era prevista da «tutte le leggi *comuni*, *canoniche*, e del *regno*»[191]. Rilievo da cui si trae un'ulteriore conferma del fatto che il giurista per *ius commune* intendeva il solo diritto romano, non anche il canonico. E una nuova indiretta conferma della validità della tesi di Cassandro secondo cui, nella dottrina giuridica d'Antico Regime, era assolutamente prevalente l'identificazione del diritto comune col solo diritto romano e non con l'*utrumque ius*.

Briganti lamentava che, nonostante «la chiarezza di tante leggi», la dottrina si era chiesta se la mancata pubblicazione comportasse la nullità o solo la possibilità di far appello, con la conseguenza, in quest'ultimo caso, che, se il «privato» ometteva l'impugnativa, la sentenza non poteva ritenersi nulla. Al riguardo, il giurista notava che, mentre per la Glossa il difetto della pubblicazione comportava la nullità, Bartolo era stato «Antesignano» dell'opinione contraria.

Briganti, invece, non aveva dubbi sul fatto che la pubblicazione della testimonianza (ossia – precisava – tanto dei nomi dei testimoni quanto delle loro deposizioni), essendo indispensabile per effettuarne la «ripulsa», fosse condizione necessaria dell'esercizio della «difesa naturale». Il giurista aggiungeva tuttavia che, per impedire la nullità del processo, era sufficiente che le deposizioni dei testimoni fossero anche solo di fatto comunicate alle parti[192].

In ogni caso, le esigenze della difesa naturale facevano sì che il reo non potesse essere costretto a rinunciare «alla ripulsa». Negargli la «ripulsa» dei testimoni era «il colmo dell'iniquità» perché non era in potere neanche dei sovrani di privarlo della difesa naturale. Fra i motivi di «ripulsa» vi era innanzitutto l'inimicizia. Era presumibile che il nemico fosse indotto a mentire «essendo in guerra aperta coll'accusato». Pertanto – teneva a sottolineare Briganti – era da ritenere indegno di fede anche se la verità non si poteva acquisire «*aliter*». L'inimicizia, infatti, era tale da consentire la «ripulsa» dei testimoni anche nei delitti di lesa maestà. Ma nel contempo il giurista non mancava di puntualizzare che l'inimicizia non si presumeva. Basava quel punto di vista sulla tesi della naturale socievolezza dell'uomo: tesi la cui fondatezza, come si è visto, egli aveva già sostenuto in precedenza. Che lo stato di natura fosse uno stato «più tosto di pace, che di guerra» si evinceva, a suo avviso, innanzitutto dalle Sacre Scritture. A sostegno di quella visione Briganti poneva poi anche il diritto romano, oltre a grandi autori dell'antichità come Aristotele e Cicerone. Non mancavano i richiami ad alcuni fra i principali esponenti della riflessione giusnaturalistica, da Cumberland a

[191] Ivi, vol. II, tit. XI, p. 3.

[192] Ivi, vol. II, tit. XI, nn. 4-7, pp. 3-4.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Pufendorf. Invece, Briganti definiva «stravagante» l'opinione di Hobbes secondo cui lo stato di natura era «un vero stato di guerra». Opinione che «vien validamente morsa e diverberata da tutti gli scrittori *de jure publico*, come un paradosso empio e scellerato piuttosto degno di fuoco, che di lettura»[193].

Di seguito, nel trattare dell'*infamia juris*, Briganti ribadiva che era da ritenere massima «irrefragabile» quella secondo cui ciascuno si doveva presumere buono fino a prova contraria. Nel farlo, egli definiva nuovamente «stravagante» la tesi di matrice hobbesiana secondo cui ciascuno era da presumere malvagio fino a prova contraria, avendo gli uomini «il potere e la volontà di farsi del male scambievolmente». Opinione confutata da Pufendorf e da Thomasius[194].

È significativo che Briganti ascrivesse Pufendorf ai sostenitori della *socialitas* dell'uomo, mostrando di ignorare l'ascendenza hobbesiana di molte delle posizioni del filosofo sassone[195]. Era vero infatti che Pufendorf aveva criticato la configurazione hobbesiana dello stato di natura come stato di guerra, scrivendo che gli scarsi contatti fra gli uomini posti in quella condizione escludevano che essi fossero reciprocamente ostili. Inoltre, l'uguaglianza di forze fra gli uomini di cui aveva parlato Hobbes era un deterrente ad assumere atteggiamenti aggressivi nei confronti degli altri. Peraltro, secondo Pufendorf, l'emulazione non si estrinsecava fra tutti, ma solo fra persone fuori del comune. Ma il filosofo aveva scritto che la pace assicurata dallo stato di natura era precaria e incerta, per cui, se non le si prestava qualche soccorso, non era in grado di assicurare la conservazione del genere umano. E ciò a causa dell'«effraenis augendae propriae potentiae libido, alienisque imminens cupiditas»[196]. Era una rappresentazione dello stato di natura non del tutto coincidente con quella hobbesiana, ma nemmeno del tutto divergente da essa.

Pufendorf, inoltre, pur precisando di non ritenere che l'uomo non fosse «animal sociabile», aveva scritto che dall'esistenza dell'*adpetitus societatis* non si poteva dedurre che gli uomini fossero portati per natura a dar vita alle

[193] Ivi, vol. II, tit. XII, nn. 1-17, pp. 5-9. Briganti citava la tesi del giureconsulto romano Fiorentino (D. 1, 1, 3) secondo cui «inter nos cognationem quandam natura constituit». Quanto alle fonti giusnaturalistiche qui richiamate, cfr. R. Cumberland, *De legibus naturae*, Dublini 1720, cap. II, § XVIII, pp. 111-113; S. Pufendorf, *De jure*, cit., t. I, lib. II, cap. II, §§ VII-VIII, pp. 122-125; T. Hobbes, *Leviatano*, cit., vol. I, cap. XIII, p. 109.

[194] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XII, n. 26, p. 10. Le posizioni del giurista di Lipsia richiamate da Briganti erano in C. Thomasii, *Dissertationum academicarum*, t. II, Halae Magdeburgicae 1774, *Dissertatio de praesumptione bonitatis*, pp. 458-480.

[195] Ascendenza dimostrata in maniera puntuale da F. Palladini, *Pufendorf discepolo di Hobbes. Per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, Bologna 1990.

[196] S. Pufendorf, *De jure*, cit., t. I, lib. II, cap. II, pp. 112-129.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

comunità politiche. Rifacendosi qui esplicitamente a Hobbes, l'autore del *De jure* aveva scritto che gli uomini, al momento della nascita, erano inadatti alle società civili e alcuni lo rimanevano per l'intera vita. Era l'educazione, non la natura a renderli adatti alla convivenza in una comunità politica. Solo la necessità poteva infatti aver indotto gli uomini a entrare nelle società civili. Essi avevano compiuto quella scelta non spontaneamente, ma spinti dalla volontà di evitare mali più gravi. D'altro canto, non vi era animale più feroce e indomabile dell'uomo. Di qui la critica di Pufendorf a Horn, che aveva fatto delle comunità politiche un'espressione dell'ordine naturale[197].

Il tema dell'inimicizia offriva a Briganti lo spunto per trattare la questione della naturale socievolezza dell'uomo, ma gli consentiva anche di gettare uno sguardo su stili di vita che rinviavano a codici di comportamento all'epoca profondamente radicati. Basti pensare che il non togliersi il cappello era causa di ricusazione[198]. Il giurista pugliese si chiedeva, ad esempio, se il saluto scambievole facesse estinguere l'inimicizia. Dava una risposta negativa giacché la riconciliazione non poteva «mai togliere il sospetto dell'impresso sdegno»[199].

Invece, era rivelatrice di una presa di distanza dall'ideologia dell'*utrumque ius* la sottolineatura delle differenze esistenti fra la disciplina civilistica e quella canonistica dell'*infamia juris*. A suo avviso, era al *Digestum* e al *Codex* di Giustiniano che bisognava rivolgersi per individuare le categorie di soggetti passibili di *infamia juris*. Briganti puntualizzava che, secondo il diritto civile, non tutte le «cattive azioni» e non tutti i delitti comportavano la perdita della stima, ma solo i delitti a cui la legge attribuiva una nota d'infamia. Invece, secondo il diritto canonico, ogni delitto e ogni peccato comportavano l'infamia. Ad esempio, il mancato adempimento del precetto pasquale e la trasgressione dell'obbligo di confessarsi una volta all'anno erano causa di infamia canonica. Discipline rispetto alle quali l'autore della *Pratica* esprimeva un netto dissenso[200].

Rivelatrici erano anche le considerazioni dedicate dal giurista all'*infamia facti*. Egli trattava in primo luogo delle condizioni che riteneva non avessero «naturalmente nulla […] di disonesto»: quella di schiavo, figlio incestuoso, figlio adulterino e figlio sacrilego. Quei soggetti erano «riguardati sopra un piede assai disavantaggioso, benchè in nulla siano colpevoli, se per loro mala sorte siano venuti al mondo con un commercio vietato dalle leggi divine ed umane». Invece, Briganti riteneva del tutto pacifico che l'infamia fosse

[197] Ivi, t. III, lib. VII, cap. I, §§ II-VII, pp. 3-13.

[198] Sull'influenza esercitata sulla ricusazione dagli stili di vita dominanti nell'Antico Regime cfr. P. L. Rovito, *Respublica*, cit., *passim*.

[199] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XII, n. 23, p. 10.

[200] Ivi, vol. II, tit. XII, nn. 24-30, pp. 10-11.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

connessa a certe condizioni sociali. Condizioni «accompagnate dalla professione di un mestiere sì abominevole e villano» che «non possono ritrovarsi se non se anime di fango che vogliano esercitarlo». Tali erano i «manigoldi», i «birri, i macellai, le meretrici, i giuocatori perduti, i beccamorti, quelli che nettano le fogne, gli scolatoi, le chiaviche, i cessi, e tutti quegli altri, che secondo i costumi di ciascuno stato si hanno in abbominazione, e vengono reputati infami dalla più sana gente del paese, i quali tengono a disonore d'avere il menomo commercio con loro, sia perchè non si ritrovano se non che anime di pece che abbraccino volontariamente simili professioni, sia perchè i loro costumi corrispondano ordinariamente all'impiego infame ch'esercitano»[201].

Quindi, secondo Briganti, certi mestieri che ponevano chi li esercitava ai livelli più bassi della scala sociale erano scelti volontariamente. Il giurista sembrava ignorare i duri condizionamenti derivanti dalle logiche ferree dei meccanismi di esclusione sociale. È significativo, inoltre, che egli ponesse gli esponenti delle polizie ai livelli infimi della scala sociale. E, se questi erano da considerare soggetti infami, voleva dire che erano inaffidabili. Briganti riprendeva qui una questione di grande rilevanza: quella della qualificazione e dell'affidabilità delle forze di polizia nell'Antico Regime.

Di seguito ribadiva infatti che fra i soggetti infami andavano annoverati «i birri, gli algozini, ed i servienti delle corti». I quali, se pure non si volevano ritenere infami per *infamia facti*, dovevano ritenersi «ripulsabili *propter vilitatem*», essendo le «persone […] più vili ed abiette del mondo». Potevano essere sentiti solo qualora riferissero che erano stati loro sottratti i rei che avevano catturato o che erano stati impediti nel procedere all'esecuzione civile o criminale o che erano stati malmenati e percossi.

Nell'affrontare il problema cruciale dell'affidabilità delle forze di polizia, Briganti metteva in evidenza la varietà delle posizioni che la dottrina giuridica esibiva in quella materia: da quella secondo cui ai loro esponenti poteva essere prestata «fede indiziaria» dopo che avevano purgato l'infamia con la tortura a quella secondo cui le loro deposizioni non potevano costituire che una semplice presunzione. Altri avevano sostenuto che non si poteva tenere conto delle loro deposizioni solo nelle cause capitali. Secondo quel punto di vista, se essi deponevano su fatti riguardanti il loro ufficio e i rei se ne stavano «con le mani nella cintola» non facendo valere «altri motivi di ripulsa», le testimonianze dei birri, degli algozini e dei «servienti» facevano piena prova. Si citavano come pacifiche le testimonianze dei «servienti di corte» contro i rei colti in flagranza, dei custodi notturni contro i ladri e contro coloro che erano

[201] Ivi, vol. II, tit. XII, nn. 31-32, p. 11. Al riguardo Briganti richiamava S. Pufendorf, *De jure*, cit., t. III, lib. VIII, cap. IV, § VI, pp. 214-216.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

stati trovati per strada di notte e dei guardiani dei passi contro coloro i quali 'frodavano' le gabelle. Ma Briganti rammentava come la Vicaria non fosse solita esaminare quei soggetti né come testimoni né come «principali»[202].

Erano poi senz'altro «ripulsabili» *nautae*, *caupones* e *stabularii* in quanto «vilissimi artefici, e di vilissima condizione». Infatti, come aveva scritto Maradei, in persone di quella condizione dovevano «sempre presumersi la falsità ed il mendacio». Perché ad esse si potesse dar credito, dovevano purgarsi con la tortura. Fra i soggetti non degni di fede Briganti annoverava infine anche i cocchieri, «riputati da tutti di somma indiscretezza e temerità»[203].

In generale, l'autore della *Pratica* riteneva che dovesse essere drasticamente limitato l'impiego dei testimoni infami. I soggetti «notati» per *infamia juris* o per *infamia facti* non meritavano alcun credito, a meno che la verità non potesse essere provata in altro modo o si trattasse di delitto commesso in luogo infame o fra persone infami. L'infamia, inoltre, andava purgata con la tortura. Ma la testimonianza degli infami non valeva nemmeno come un indizio quando era verosimilmente possibile trovare altri testimoni degni di fede, benché «nell'atto» non ve ne fossero. Comunque, la testimonianza dei carcerati, «come infami di fatto», era «di debolissima fede» e non costituiva nemmeno una prova indiziaria, purché non si trattasse di delitto commesso nelle carceri[204].

Ed era nella trattazione dei requisiti richiesti perché si potesse essere considerati infami che Briganti riprendeva la questione cruciale del *consensus gentium*. Tema centrale nei dibattiti preilluministici e a cui egli aveva già accennato in precedenza. Il giurista notava che non era sufficiente che taluni testimoni fossero ritenuti infami dal popolo. Era necessario che fossero ritenuti tali «dalle buone ed oneste genti universalmente». Il popolo, infatti, «se si restringe nel volgo, dee considerarsi come un mostro cieco e movibile ad ogni vento da non fidarsene, perchè essendo di una natura girevole, oggi battezza taluno per santo e domani per infame»[205].

L'accento cadeva ancora una volta sulla volubilità delle masse popolari. Briganti sembrava far propri spunti significativi che provenivano dalla critica che il pensiero moderno aveva rivolto al *consensus gentium*. Locke aveva scritto che *vox populi vox Dei* era una «massima apportatrice di mali»[206]. Ma il

[202] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XII, nn. 64-65, pp.17-18.

[203] Ivi, vol. II, tit. XII, n. 63, p. 17. Cfr. F. Maradei, *Tractatus*, cit., *pars I*, cap. XII, nn. 10-12, pp. 45-46.

[204] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XII, n. 34, p. 12.

[205] Ivi, vol. II, tit. XII, n. 33, pp. 11-12.

[206] J. Locke, *Saggi sulla legge naturale*, a cura di M. Cristiani, con introduzione di G. Bedeschi, Roma-Bari 1996, pp. 41-42.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

riferimento al consenso universale «delle buone ed oneste genti» sembrava implicare un'accettazione di quel consenso qualitativo che Bayle aveva posto in discussione.

Limitata era, secondo Briganti, anche la portata della testimonianza dei congiunti, che era ammissibile solo quando non fosse possibile ricercare la verità in altro modo o nei delitti atroci ed «eccettuati»[207].

Parole molto forti il giurista usava poi per denunciare l'abuso consistente nel far testimoniare contro i rei avvocati e procuratori: in tal modo veniva violata «la legge del segreto a loro commesso e confidato, cosa la più perfida, iniqua, e nefaria, che» mai potesse compiere un difensore perché, «rivelando l'arcano che il cliente» aveva «depositato […] alla sua coscienza ed alla sua fede», ingannava la fiducia in lui riposta, macchiava «la sua coscienza» e offendeva «la giustizia». Il segreto doveva certamente riguardare i fatti di cui il difensore era venuto a conoscenza nell'adempimento del suo patrocinio. Era invece dubbio se questi potesse essere chiamato a testimoniare su fatti di cui era venuto a conoscenza al di fuori del suo patrocinio professionale. Chi aveva sostenuto l'opinione contraria si era rifatto al diritto romano, che vietava al patrono di testimoniare contro i clienti. Ma Briganti riteneva errato applicare arbitrariamente all'attualità discipline del passato. Pertanto, riteneva che il segreto non si estendesse agli atti di cui l'avvocato non fosse venuto a conoscenza come difensore del reo[208].

La coscienza antifeudale portava poi Briganti a ritenere senz'altro «ripulsabili» i vassalli che deponevano in favore del loro barone. Ma «ripulsabili» erano a suo avviso i soli vassalli angari e perangari, che erano «i soli […] ignobili e villani», non quelli «nobili ed opulenti», che non temevano i loro baroni, anzi erano temuti da questi: distinzione che aveva «bene» operato Maradei[209].

Circa i riflessi dell'*imbecillitas sexus* delle donne sulla loro attitudine a testimoniare Briganti non mancava di far propri anche qui i consueti stereotipi antifemminili. Evocava al riguardo la posizione di Platone e le rigide preclusioni del mondo antico, a poco a poco tuttavia attenuatesi a Roma. Non mancava di rammentare che dalla «ragion canonica […] il sesso imbelle» era «del tutto discreditato». Nel Regno di Napoli le testimonianze della donne, anche se «uniformi e conteste *de visu immediato delicti*», non valevano se non come prova indiziaria e pertanto costituivano solo un indizio sufficiente a giustificare la sottoposizione del reo alla tortura o la sua condanna a una pena

[207] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XII, nn. 35-37, p. 12.

[208] Ivi, vol. II, tit. XII, nn. 45-49, pp.14-15.

[209] Ivi, vol. II, tit. XII, n. 54, pp. 15-16. Cfr. F. Maradei, *Tractatus*, cit., *pars I*, cap. XII, n. 15, p. 46.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

straordinaria. Ma Briganti riteneva ovvio che le donne facessero piena prova a favore del reo[210]. Qui il giurista faceva senz'altro valere l'istanza garantista tesa a valorizzare le testimonianze in favore del reo in un contesto in cui si dava ancora un risalto pressoché esclusivo a quelle fiscali.

Di grande interesse erano anche le considerazioni che Briganti dedicava alla povertà come causa di «ripulsa». Egli notava che povertà e ricchezza erano materia senza forma. Erano cioè «atte a ricevere impressioni contrarie». Pertanto, la povertà non andava considerata come cosa assolutamente contraria ai buoni costumi. Anzi, un'esperienza plurisecolare insegnava come fosse «sventura ordinaria degli uomini assai dabbene il ritrovarsi sempre abbracciati coll'indigenza». La sola povertà non era perciò sufficiente a «ripulsare» chi ne fosse vittima. Perché ciò avvenisse alla povertà si dovevano accompagnare altri «difetti», come il «vile artificio», la «servitù», la «soggezione», la «familiarità», l'ubriachezza e l'infamia[211].

L'accento cadeva ancora una volta sul «vile artificio», che, come si è visto, Briganti riteneva frutto di scelta consapevole, come se esso non nascesse da condizioni di difficoltà che non rendevano possibile esercitare altre professioni e non fosse esso stesso conseguenza della povertà. Tuttavia, è significativo che qui il giurista mostrasse un'apprezzabile percezione delle origini sociali della povertà e tendesse a ridimensionare il divieto di avvalersi della testimonianza dei poveri. Ed è altrettanto significativo che egli escludesse la validità della testimonianza di coloro i quali erano in rapporti di subordinazione. Si trattava in tal caso di uno scrupolo apprezzabile, considerato la stato di coazione in cui si trovava chi era in una condizione di subalternità.

27. *Usare cautela nell'armonizzare le testimonianze*

Sulla necessità che i testimoni fossero almeno due Briganti richiamava fonti scritturistiche e discipline romane. Era presso i Turchi che faceva piena fede la testimonianza di uno solo che si fosse recato alla Mecca[212]. La giustizia turca, per Briganti come per altri esponenti della cultura settecentesca come Rapolla e Martinelli, costituiva una sorta di modello negativo. Ma «presso di noi» – scriveva l'autore della *Pratica* – una sola testimonianza non era che una prova semipiena. Ulteriore dimostrazione del fatto che il giurista pugliese non

[210] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XII, nn. 56-61, pp. 16-17.

[211] Ivi, vol. II, tit. XII, nn. 66-68, p. 18.

[212] Ivi, vol. II, tit. XII, nn. 69-70, pp. 18-19.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

metteva in discussione quel dispositivo giurisprudenziale e quello ad esso connesso della pena straordinaria. Ma è significativo che egli si rifacesse a Montesquieu per sostenere che era da ritenere pericolosa la legge che faceva morire un uomo in virtù della testimonianza di un solo uomo. Briganti ammetteva che, richiedendosi due testimoni, rischiavano di restare impuniti alcuni delitti, ma riteneva senz'altro preferibile che «un picciol numero di colpevoli non» fosse «punito» piuttosto che «molti innocenti» fossero «ingiustamente» condannati[213].

Il giurista teneva inoltre a puntualizzare che, quando i testimoni non potevano «ridursi ad armonia», valevano come uno solo anche se erano più di mille. Egli contemplava tre classi di «singolarità de' testimoni», «Ostativa», «Diversificativa» e «Amminicolativa»[214].

La «singolarità» era «ostativa» quando i testimoni discordavano radicalmente circa il luogo, il tempo e l'«atto». Al riguardo Briganti condivideva la tesi di Francesco Maradei secondo cui la «singolarità» non era da ritenere ostativa quando la varietà delle testimonianze non riguardava la sostanza del fatto principale. Ma, secondo l'autore della *Pratica*, Maradei aveva dilatato in maniera eccessiva la portata di quella massima. A Briganti costava molto prendere le distanze da un giurista di cui aveva la massima stima e che considerava, per la qualità del suo lascito scientifico, un alleato prezioso nella battaglia per l'estensione delle garanzie. Infatti, non taceva quel disagio: «Cerchiamo noi la verità, o cerchiamo soltanto di credere e tenere per vero ciò che un solo ha scritto? E se cerchiamo la verità, perchè acconsentire sì tosto, che un solo autore sempre l'abbia raggiunta, e che niun altro meglio di lui abbia in veruna parte, o in veruna questione scoverto il vero? Senza che da noi si pregiudichi la sua stima, la quale veneriamo ed ossequiamo sempre, pensiamo, e forse non a torto, che tale sua opinione dà molta ampliazione alla massima per altro vera, che le circostanze non appartenentino al fatto principale, ove consista la sostanza del negozio, non siano di ostacolo se si ritrovassero varie e diverse».

La libertà intellettuale doveva fare premio su ogni appartenenza di scuola. Briganti concedeva, con Maradei, che bisognava fare di tutto per armonizzare le testimonianze. Ma, a suo avviso, si potevano ritenere non ostative le sole circostanze che non riguardavano in alcun modo il fatto principale. Ad esempio, era irrilevante che testimoni che concordavano sul luogo, sul tempo e sulle armi usate non concordassero sulle condizioni atmosferiche del giorno in cui era stato commesso il delitto. Limpida era al riguardo la conclusione di Briganti: «Adunque quanto vera è la massima addotta da *Maradei* altrettanto è

[213] Ivi, vol. II, tit. XII, nn. 70-71, p. 19.

[214] Ivi, vol. II, tit. XII, n. 72, p. 19.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

manifesto l'abbaglio nel malamente applicarla»[215].

Della «*singolarità diversificativa*», caratterizzata dal fatto che le deposizioni erano del tutto diverse, ma l'una non distruggeva l'altra, per cui restavano «singolari» (fattispecie che si verificava quando un testimone deponeva che Tizio aveva ucciso Sempronio e l'altro che aveva ucciso Caio) risultava invece una prova semipiena[216].

Infine, la «*singolarità amminicolativa*», (che si verificava, ad esempio, quando un testimone rivelava l'ingresso dello stupratore nell'abitazione della stuprata, un altro che questa aveva ricevuto doni dallo stupratore e un altro ancora che fra i due vi erano stati baci e amoreggiamenti) consentiva di combinare le circostanze[217].

Briganti offriva qui un'ulteriore dimostrazione del fatto che non si era lasciato alle spalle un dispositivo giurisprudenziale d'Antico Regime quale era quello della prova semipiena. Ma era vigile nel ricercare tutti i mezzi che consentissero di sottrarre il reo a un uso esorbitante della repressione penale. Se necessario, anche contro quanto aveva sostenuto Maradei. Il giurista pugliese riteneva, fra l'altro, che fosse senz'altro possibile proporre la «ripulsa» dei testimoni *ex capite inimicitiae* nei delitti di lesa maestà divina e umana, bestemmia e «assassinio»[218]. Quanto alla possibilità di negare la «ripulsa» per i delitti 'privilegiati', ossia per quelli che si commettevano in maniera occulta, come l'adulterio e la sodomia, egli si sforzava invece di correggere quella che,

[215] Ivi, vol. II, tit. XII, nn. 73-78, pp. 19-20. Ad esempio, F. Maradei (*Tractatus*, cit, *pars I*, cap. III, nn. 6-11, pp. 14-15) aveva affermato: «Plane admittuntur ad concordiam testes, qui inter se non conveniunt de tempore, nempe si unus dixerit, quinquennium; alter septennium; quia non censendi sunt discordes, dum inter se conveniunt saltem quoad quinquennium […]. Quare si unus testis deponat homicidium fuisse factum die lunae, & alii testes deponant alio die fuisse factum homicidium, reducuntur ad concordiam […] ubi quod non est curandum de singularitate testium in circumstantiis ad facti substantiam non pertinentibus. […] Nec quoque est habenda ratio de varietate, si unus deponit percussorem cum ense vulnerasse punctim, & alius affirmet vulnerasse cesim, quia dum concordant circa percussionem, & sic in facto principali non est in consideratione varietas percussionis […]. Ideo si Titius dicat vidisse Titium cum ense, & alius testis dicat cum ronca plene probant». Il giurista pugliese dissentiva dall'eccessiva larghezza con cui Maradei aveva ritenuto possibile 'concordare' le testimonianze. Ma poco dopo T. Briganti (*Pratica*, cit., vol. II, tit. XIII, n. 53, p. 37) ribadiva la sua profonda stima nei confronti di Maradei, lodando «la penetrazione della» sua «dotta mente» e scrivendo che nessuno meglio di lui era in grado di «eleggere i veri principî» secondo cui giudicare. Maradei era «nerboruto ne' suoi argomenti» e «chiaro nelle materie difficilissime del foro», mostrandosi capace di andare «nel fondo delle cose».

[216] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XII, n. 79, pp. 20-21.

[217] Ivi, vol. II, tit. XII, n. 80, p. 21.

[218] Ivi, vol. II, tit. XII, n. 99, p. 24.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

a suo avviso, era l'errata interpretazione data a un passo di Capecelatro, che veniva frequentemente citato in materia. Il decisionista veniva interpretato nel senso che andava ammessa la testimonianza anche di soggetti infami perché nei luoghi in cui si commettevano quei delitti non era possibile trovare persone irreprensibili, per cui non c'era altro modo di ricercare la verità. Ma Capecelatro – notava Briganti – non aveva mai scritto che si doveva negare al reo di sodomia la facoltà di chiedere la «ripulsa»[219].

Infine, l'autore della *Pratica*, richiamando, fra gli altri, Grammatico e Tapia, aderiva alla comune opinione secondo cui nel Regno di Napoli vi era un gran numero di testimoni falsi. Che era, a suo avviso, il «vero motivo» per cui vi era stato tanto temuto «lo stabilimento del S. ufficio». Da un esponente della cultura giuridica dei *novatores* ci si sarebbe potuto attendere qualcosa di più circa le complesse motivazioni della lotta antinquisitoriale. Comunque, l'autore della *Pratica* ammetteva che quello dei testimoni falsi non era un problema solo napoletano. Fra l'altro, egli richiamava infatti quanto affermato da Maynard circa l'abbondanza di testimoni falsi a Tolosa[220].

28. *La tortura*

L'esordio della trattazione dedicata da Briganti alla tortura era solenne: come se non fossero state sufficienti le tante sventure a cui era esposto l'uomo, «superbo ragionevole animale, destinato a comandare a tutto l'universo, nel tempo istesso» che era vittima di «tante infermità», si era aggiunto «il tormento de' patiboli, rinvenuti dalla spietatezza di crudeli tiranni, propagati da barbara iniquità, ed introdotti nel foro per vie più affliggere l'umana natura»[221]. L'autore della *Pratica* teneva in primo luogo a ridimensionare la diffusione di quel mezzo di prova, escludendo, fra l'altro, che presso i Romani vi fossero stati sottoposti i liberi[222]. Estranea alla legge

[219] Ivi, vol. II, tit. XII, nn. 101-102, p. 25. Capecelatro aveva scritto che «in delictis occultis, & maxime in hoc nefando crimine admittuntur testes, qui alias idonei non reputantur, & hoc vitium sodomiticum per testes singulares etiam probari potest, qui coniunguntur, & faciunt plenam probationem […] ea ratione, quia ex natura negotij & loci non potest haberi copia testium, & veritas aliter haberi non posset». Cfr. H. Capycio Latro, *Decisionum novissimarum Sacri Reg. Cons. Neap.*, Genevae 1661, lib. II, *decisio CLXIII*, nn. 61-62, p. 136. Probabilmente Briganti leggeva Capecelatro nel senso che, a suo avviso, non si potesse escludere la possibilità della ripulsa quando fosse dettata da ragioni specifiche.

[220] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XII, nn. 91-95, p. 24.

[221] Ivi, vol. II, tit. XIII, n. 1, pp. 26-27.

[222] Ivi, vol. II, tit. XIII, n. 3, p. 28.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

mosaica, la tortura, come egli teneva a sottolineare, era stata criticata da Sant'Agostino[223].

Su quella materia Briganti richiamava inoltre i dibattiti giusnaturalistici. Ma non mancava un significativo riferimento a Montaigne, che aveva considerato la tortura piuttosto un cimento di pazienza che di verità. Briganti condivideva appieno quella posizione: «Colui che può soffrire tien celata la verità, e colui che non può soffrire dirà la bugia. Per qual ragione il dolore farà piuttosto confessare la verità, che non isforzerà a dire la bugia? Per opposto, se colui che non ha fatto altrimenti quello di cui viene accusato, sarà assai paziente per sopportare la tortura, perchè non sarà colui che l'ha fatto, promettendoglisi un sì bel guiderdone, com'è quello della vita?»[224].

Efficace era la descrizione che il giurista pugliese faceva delle efferatezze praticate nel corso della tortura: crudeltà tanto gravi che molti avevano preferito darsi la morte piuttosto che sottoporvisi. E vibrante la denuncia degli errori giudiziari causati dall'impiego di quel mezzo di prova[225].

Nel ribadire che il ricorso generalizzato alla tortura era stato estraneo al mondo classico, Briganti evocava il duello giudiziario, giacché anche «il costume di vicendevolmente svenarsi e di decidere col sangue tutte le differenze» era stato «ignoto ne' primitivi secoli culti». La sua introduzione era stata dovuta «a quei famosi conquistatori che dominarono la maggior parte dell'universo». Fu infatti solo dopo le invasioni barbariche che si diffuse in Italia l'uso dei duelli: «Calò dal settentrione questo esegrando abuso». Briganti ricollegava con notevole consapevolezza storica il duello giudiziario agli assetti politico-istituzionali dei popoli germanici, ossia all'«indipendenza estrema» di cui presso quei popoli godevano le famiglie[226]. Dando però nel contempo un'ulteriore dimostrazione del fatto che, a differenza di Muratori e di Giannone e analogamente a Rapolla, egli non apprezzava affatto le istituzioni dei popoli germanici. Del pari, anche qui, in analogia a Rapolla, Briganti confermava la sua avversione per il mondo ottomano: analogamente ai popoli germanici, i Turchi, «nelle loro guerre civili», consideravano «la loro prima vittoria come un giudizio d'Iddio»[227].

L'autore della *Pratica* non mancava di rilevare esattamente come, con la restaurazione dell'Impero ad opera degli Ottoni, «la pratica de' duelli» avesse

[223] Ivi, vol. II, tit. XIII, n. 26, p. 32.

[224] Ivi, vol. II, tit. XIII, n. 5, p. 28. Cfr. M. de Montaigne, *Saggi*, cit., vol. I, lib. II, cap. V, p. 474.

[225] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XIII, nn. 6-9, pp. 28-29.

[226] Ivi, vol. II, tit. XIII, nn. 13-14, p. 30.

[227] Ivi, vol. II, tit. XIII, n. 15, p. 30.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

ricevuto «voga, e maggiore ampliazione»[228]. Era da ritenere, a suo avviso, che quell'«uso mostruoso», di cui non vi era nulla di maggiormente contrario «al buon senso», nel Mezzogiorno fosse sopravvissuto finché avevano continuato ad avervi applicazione le leggi longobarde. Naturalmente, Briganti non perdeva l'occasione per sottolineare il ruolo svolto da Federico II nell'abolizione del duello giudiziario. E, se il duello era stato abolito perché era facile che il più forte, «benchè reo e colpevole», abbattesse «il debole benchè innocente», la stessa ragione militava per l'abolizione della tortura[229].

In perfetta coerenza con la sua netta opzione per la centralità del momento legislativo, Briganti esprimeva l'auspicio che «qualche supremo nostro monarca» emanasse una prammatica per estirpare quella «barbara iniquità». Ma non sottovalutava il ruolo della critica scientifica. In ogni paese – notava – non erano mai mancati uomini che avevano criticato la tortura. Ed era compito della scienza denunciare gli abusi per promuovere le riforme: «la sommessione de' sudditi basta che si dimostri nell'ubbidienza a' magistrati, ma non esige da noi che si creda come articolo di fede che i tribunali operino sempre giustamente e che tra' due usi non abbiano essi scelto qualche volta il peggiore»[230].

La libertà intellettuale non doveva arrestarsi di fronte alla preoccupazione di mettere in discussione il prestigio delle magistrature. In ogni caso, era stato lo stesso apparato giudiziario, negli ultimi tempi, a limitare le conseguenze devastanti dell'applicazione della tortura. Nella Vicaria, fatta eccezione per i delitti gravi e atroci, era ormai invalso l'uso di irrogare la pena straordinaria quando mancava la prova piena in modo da evitare «la frequenza del tormento». Ciò faceva ben sperare che «col decorrere degli anni» la tortura fosse totalmente abolita[231].

---

[228] Ivi, vol. II, tit. XIII, n. 16, pp. 30-31. Sul punto cfr. E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, vol. I, *L'Alto Medioevo*, Roma 1995, p. 170.

[229] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XIII, nn. 17-25, p. 31. Il giurista portava a sostegno della sua critica del duello P. Giannone (*Istoria civile*, cit., vol. II, Milano 1970, lib. V, cap. V, pp. 56-57), il quale aveva affermato che si trattava certo di «un esperimento fiero ed irragionevole», ma aveva aggiunto che i popoli si erano «assuefatti […] lungamente» a quell'«usanza», ritenendola un male minore, utile a «placare l'ira e lo sdegno di quegli animi feroci» perché affidava «l'affare al periglio di pochi» piuttosto che abbandonare «intere famiglie» alle «discordie civili». Lo storico dauno aveva richiamato, fra l'altro, la posizione di Liutprando, che, da «principe prudentissimo», pur riconoscendo la fallacia di quella prova, non aveva potuto non ammetterla perché conforme alle consuetudini e alla mentalità del suo popolo. Inoltre, aveva posto l'accento sul ruolo svolto da Federico II nell'eliminazione del duello.

[230] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XIII, nn. 27-28, p. 32.

[231] Ivi, vol. II, tit. XIII, n. 29, p. 32.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Quanto riferito da Briganti costituiva un'ulteriore parziale conferma dell'affermazione di Niccola Nicolini secondo cui nel Settecento la tortura era stata, di fatto, sostanzialmente abolita nei tribunali napoletani. In attesa di un radicale intervento legislativo, perché un'opera dottrinale come la *Pratica* servisse ad accompagnare quell'evoluzione giurisprudenziale, bisognava sfruttare tutti i varchi offerti dalla legislazione per circoscrivere il ricorso alla tortura. Si trattava in primo luogo di dimostrare che era limitatissima la possibilità di avvalersene nel processo informativo. Briganti non escludeva che la facoltà di disporla, concessa col capitolo *Si cum sceleratis* nel 1313 dal re Roberto al Reggente della Vicaria Giovanni de Haya, «personaggio di gran merito e di nobile grido», fosse stata intesa dal sovrano angioino come personale. E, se col tempo anche le udienze si erano arrogate il potere di disporre la tortura nel processo informativo, non era stato infrequente che gli uditori fossero stati querelati nel sindacato per averla disposta «nullis datis defensionibus». Perciò, nel 1616 era stato necessario intervenire con una prammatica *de officio iudicum* per limitare i casi in cui in cui le udienze potevano avvalersi di quella facoltà[232].

Ma era certo, secondo Briganti, che le corti inferiori non potevano disporre la tortura nel processo informativo. La concessione del mero e misto imperio e, nel caso delle corti baronali, anche delle facoltà previste dalle lettere arbitrarie, non contemplava infatti il potere di procedere contro le leggi con modi irregolari ed *extra ordinem*. Quella concessione non consentiva di procedere se non in base alle leggi comuni e del Regno *causa cognita*, cioè sentendo il reo. Essa non contemplava la possibilità di adottare la tortura, che arrecava danni e ignominia irreparabili, «col solo informativo, *nullis datis defensionibus*», ossia col «modo più violento e straordinario che» potesse «mai imaginarsi», comportando la negazione della difesa. Né le «preminenze straordinarie» concesse dal sovrano alla Vicaria ed estese alle udienze erano da ritenere comprese nelle clausole generali, anche se «molto pregnanti», delle investiture feudali[233].

Ma anche al «tormento» adottato «*datis defensionibus*» Briganti poneva stringenti limitazioni[234]. Il giurista pugliese, pur molto critico nei confronti dell'arbitrio, riteneva quest'ultimo un espediente utile a limitare il ricorso alla

[232] Ivi, vol. II, tit. XIII, nn. 31-32, pp. 32-33. Al n. 22 (e non al n. 48, come scriveva Briganti) della prammatica *de officio iudicum*, emanata il 31 maggio 1616 dal conte di Lemos (XII nell'edizione Giustiniani), si leggeva: «Ordiniamo, che i decreti di tortura nelle […] Regie Udienze si facciano almeno con due Uditori, i quali si soscrivano, altrimenti sieno nulli, ed invalidi». Cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t. IX, p. 359.

[233] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XIII, n. 33, p. 33.

[234] Ivi, vol. II, tit. XIII, n. 34, p. 33.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

tortura. Perciò, scriveva che, nel caso di indizi più che urgenti *ad torturam*, il giudice aveva l'arbitrio di disporre la tortura o di condannare il reo a una pena straordinaria. Nel caso di sussistenza di indizi più che urgenti – ammetteva l'autore della *Pratica* – il reo andava condannato a una pena straordinaria anche se, sopportando la tortura, si manteneva sulla negativa perché gli indizi, anche se «snervati», non erano «totalmente estinti». Ma Briganti puntualizzava che in quel caso solo i tribunali supremi, in quanto «a dovizia ricolmi di maggiori preminenze», potevano condannare il reo al remo. Invece le corti inferiori, che erano «da angusti cancelli circoscritte», non potevano condannare il reo che avesse sopportato la tortura a una pena più grave dell'esilio. Infatti il giudice, in base al suo arbitrio, poteva risparmiare al reo la tortura condannandolo alla pena straordinaria della galera. Sarebbe stato iniquo che lo condannasse alla stessa pena dopo averlo sottoposto alla tortura, «come se il tormento nulla operato avesse».

Nel caso di sussistenza di indizi indubitati o urgentissimi, invece, i tribunali collegiati potevano certo condannare il reo alla pena ordinaria in base alla prammatica *de officio iudicum* del 1621 (XIV nell'edizione Giustiniani). Ma – puntualizzava Briganti – si trattava di una semplice facoltà. I tribunali collegiati, in alternativa alla condanna alla pena ordinaria, potevano sottoporre il reo gravato da indizi urgentissimi al «tormento acre». Sopportata la tortura, il reo, non potendo essere condannato alla pena ordinaria, doveva esserlo a quella straordinaria perché, se non si estinguevano gli indizi molto urgenti, *a fortiori* non si estinguevano quelli urgentissimi. In tal caso i tribunali erano soliti infliggere la condanna al remo per sette anni.

Ma la facoltà di irrogare la pena straordinaria era interdetta alle corti inferiori. Infatti, la prammatica *de officio iudicum* del 1622 (XV nell'edizione Giustiniani) l'aveva limitata al Sacro Regio Consiglio, alla Sommaria, alla Vicaria e alle udienze. Pertanto, sulla base degli indizi indubitati, i tribunali inferiori non potevano condannare il reo alla pena ordinaria, ma solo a una pena straordinaria. E, se l'accusatore si appellava al tribunale collegiato, questo non poteva «cangiare» la pena straordinaria in ordinaria, «ma si» doveva «regolare con quelle basse facoltà che tenea il giudice inferiore» che aveva trattato la causa in prima istanza. Come aveva già affermato Maradei[235].

A ciò Briganti aggiungeva l'importante puntualizzazione secondo cui, non essendo possibile disporre la tortura se non nel caso in cui il reo «nelle sue difese non» avesse «evacuati gli indizi fiscali», il modo migliore di «evacuare» quegli indizi era di «ripulsare» i testimoni fiscali. Che, una volta «ripulsati»,

[235] Ivi, vol. II, tit. XIII, nn. 38-43, pp. 34-35. Per la prammatica *de officio iudicum* del 1622 cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t. IX, p. 370. La posizione del giurista richiamata da Briganti era in F. Maradei, *Tractatus*, cit., *pars II*, cap. VII, n. 6, p. 156.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

erano da ritenere come se non fossero stati mai esaminati. Eppure, vi erano giuristi che avevano avuto l'ardire di sostenere che, mentre per condannare il reo erano necessari testimoni al di sopra di ogni sospetto, per sottoporlo alla tortura erano sufficienti testimoni non idonei. Era il caso di Guazzini, Maiorana e Scoppa[236].

La polemica con quelle posizioni era un'energica rivendicazione della libertà intellettuale contro il principio di autorità: «non la fama, non il nome, non le sole voci de' celebri *autori* sono ragioni, ma bensì gli argomenti sodi e veri sono quelli che debbono farci entrare a parte del loro parere; mentre gl'ingegni più eccellenti anche spesso fallano; e quello ch'è più maraviglioso, infin gl'ingegni di minor carato, non rade volte giungono a scovrire i difetti e paralogismi di coloro che fanno pompa d'ingegno di alta levatura. La critica è quella che insegna a guardarsi dall'errore»[237].

Briganti teneva inoltre a puntualizzare che si poteva disporre la tortura solo per delitti gravi e atroci. Era infatti vero che il diritto comune consentiva la tortura anche per i delitti lievi e addirittura per i «civili affari», ma le «leggi municipali» avevano temperato quel rigore, limitandone il ricorso alla prova dei soli delitti per i quali fosse prevista una pena *ultra relegationem*, ossia quella della morte naturale o della deportazione. La tortura non si poteva invece disporre per la prova dei reati per i quali erano previste le pene della relegazione *aut infra*, ossia la galera a tempo, l'esilio, la pena pecuniaria e simili. E ciò affinché non fosse inflitta con la tortura una pena maggiore di quella prevista come sanzione. Di qui la critica di Briganti ai giuristi napoletani che, nel trattare della materia, si rifacevano a quelli stranieri, senza tenere conto del fatto che il diritto comune, a cui questi ultimi si rifacevano, era stato corretto dal *jus Regni*[238].

«E pure questo non è tutto il bello»: così l'autore della *Pratica*, con la consueta amara ironia, preannunciava il suo dissenso dalla tesi secondo cui il giudice poteva disporre la tortura per delitti per i quali la pena era arbitraria. Era il punto di vista, ad esempio, di De Rosa. Ma Briganti, nel replicare, non esitava a sostenere che quella posizione era un «falso», perché non si era mai visto che il giudice potesse infliggere per mero arbitrio una pena *ultra relegationem*. Perciò, quando dagli atti processuali non risultava in maniera evidente che il reo meritava una pena *ultra relegationem*, non poteva essere disposta la tortura. L'arbitrio, infatti, come l'autore della *Pratica* ribadiva,

[236] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XIII, n. 45, pp. 35-36. Ad esempio, F. Maiorana (*Opopraxis*, cit., lib. II, cap. VI, n. 8, p. 165) aveva recisamente affermato che «testes repulsati ad torturam sufficiant».

[237] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XIII, n. 46, p. 36.

[238] Ivi, vol. II, tit. XIII, nn. 56-57, p. 38.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

doveva essere regolato dalla legge[239].

Fra gli espedienti impiegati per estendere l'applicazione della tortura vi era quello di assimilare la relegazione alla galera a tempo. Mentre infatti vi erano giuristi che sostenevano il consolidato punto di vista secondo cui pene *ultra relegationem* erano solo quelle di morte e della deportazione (pena, quest'ultima, che, secondo la consuetudine del Regno, si poteva ritenere surrogata da quella della galera perpetua), alcuni «moderni dottori regnicoli» ritenevano che, per disporre la tortura, fosse sufficiente un reato per il quale fosse prevista la pena del remo per un periodo superiore al biennio. Con ciò confondendo galera perpetua e temporanea. Senza specificare quando e perché era avvenuto quel cambiamento, Briganti scriveva che gli antichi giuristi erano andati invece alla ricerca di «motivi, ragioni, eccezioni, scuse, e pretesti» per tenere il più possibile lontana dal foro la tortura. E ciò in conformità a un preciso orientamento legislativo che aveva avuto già una chiara estrinsecazione in epoca angioina (capitolo CXC) ed era stato confermato nel 1738 da Carlo di Borbone.

L'autore della *Pratica* attribuiva a un processo imitativo l'imporsi di una severità che aveva finito per disattendere lo stesso dato legislativo. Quei giuristi, adattandosi «alla tirannia della moda», si rendevano «schiavi volontari di una tirannia»[240]. In quell'accenno alla servitù volontaria si avvertivano gli echi di dibattiti culturali a cui Briganti, giurista apertissimo alla cultura extragiuridica, era particolarmente sensibile.

Quello che l'autore della *Pratica* chiamava 'spirito di severità' era alla base, fra l'altro, dell'opinione secondo cui era possibile disporre anche in presenza di indizi lievi la cosiddetta tortura *per territionem*: il giudice ordinava che il reo fosse spogliato, legato alla corda e accostato al patibolo, senza che a quegli atti preliminari seguisse l'effettiva «elevazione […] in aria». Netta era la presa di distanza di Briganti da siffatta posizione: quel punto di vista era «falso», anzi «falsissimo», giacché la «terrizione» era anch'essa una tortura. E la confessione resa sotto tortura in mancanza di indizi legittimi era da ritenere nulla [241].

L'autore della *Pratica* sosteneva inoltre che i decreti di tortura dovevano essere notificati al reo perché contenevano un «gravame irreparabile» e, benché fossero decreti interlocutori, erano suscettibili di essere appellati. Inappellabili erano solo quelli emanati dalla Vicaria, dalle udienze e dagli altri tribunali superiori. Ma la dottrina giuridica non aveva mancato di escogitare un espediente per eludere il controllo esercitato dalle corti superiori su quelle

[239] Ivi, vol. II, tit. XIII, n. 58, pp. 38-39. Il punto di vista criticato da Briganti era in C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. I, cap. VIII, n.79, pp. 67-68.

[240] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XIII, nn. 59-60, p. 39.

[241] Ivi, vol. II, tit. XIII, nn. 83-87, p. 42.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

inferiori: superava «le mete tutte dell'iniquità» la «diabolica invenzione» di Roberto Maranta, che aveva suggerito al giudice di condurre il reo nella camera della tortura, farlo legare e, nell'atto dell'elevazione, notificargli il decreto di tortura in modo da impedirgli di poterlo appellare. Numerosi giudici, facendosi forti dell'autorità di Maranta, non avevano esitato a vantarsi di aver praticato quell'abuso. Abuso aspramente criticato da Giovanni Antonio De Nigris. Il commento di Briganti non avrebbe potuto essere più severo: «Qual cuore inumano non istupirebbe in vedendo tanta empiezza, se ne rimane sopraffatto il pensiero al solo racconto!»[242].

Anche Maiorana – rammentava l'autore della *Pratica* - aveva inveito «Assai bene» contro i giudici che privavano i rei del rimedio dell'appello, scrivendo che erano avidi di sangue piuttosto che animati dal desiderio di amministrare la giustizia. La contrarietà di Briganti a quegli abusi era nettissima: «Credono gl'infelici di migliorare la condizione loro con usare facce brusche e modi di procedere sì barbari ed ingiusti, e non si avvedono che tenendo in conto di giustizia la ferocia e la severità, confondono le ingenite naturali idee della virtù e del vizio, ed in vece di acquistarsi onorata fama, come si lusingano, di retti e giusti giudici, si acquistano piuttosto il bel marchio di eccellenti carnefici e manigoldi»[243].

29. *La pena straordinaria in discussione*

Da giurista culturalmente provveduto, nell'introdurre il tema della condanna del reo, Briganti polemizzava in maniera brillante contro chi si era sforzato di ascrivere questa a una delle specie della giustizia (distributiva, «espletrice» e universale). Egli diceva di aderire appieno alle posizioni di Le

[242] Ivi, vol. II, tit. XIII, nn. 90-96, pp. 44-45. Maranta aveva sfrontatamente scritto: «Solent hic cauti Iudices non interponere decretum palam de torquendo reum, ne detur materia appellandi: […] sed ducto reo in pede tonduli, statim cum incipit ligari, solent interponere decretum detorquendo, & eo interposito immediate torquetur» Cfr. R. Maranta, *Praxis, sive de ordine iudiciorum tractatus*, Coloniae Agrippinae 1614, *pars IV*, *De questione, quae duplici nomine admittitur*, n. 14, p. 362. Briganti richiamava inoltre la vivida descrizione che De Nigris aveva fatto delle spietate modalità con cui era spesso praticata la tortura e la critica severa che il giurista aveva rivolto ai giudici che si rendevano responsabili di quelle efferatezze: «Reperiuntur […] quidam immanissimi iudices qui non Iudices, sed canes curiarum, Lupi rapaces devoratores hominum dici debent, & Lestrigones, qui vescuntur carnibus humanis». Cfr. I. A. De Nigris, *Capitula Regni una cum apparatu, ac utilissimis, et necessariis prioribus, et novis supplectionibus*, s.l. 1561, *C. CCLXXII*, *Si cum sceleratis*, *additio*, n. 53, f. 285 *r.*

[243] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XIII, nn. 97-98, p. 45. Cfr. F. Maiorana, *Opopraxis*, cit., lib. II, cap. VII, nn. 12-16, pp. 200-201.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Clerc, che aveva ironizzato su quelle distinzioni scolastiche, ritenendole pure logomachie[244].

Ma era sull'eccessiva larghezza con cui si dava applicazione alla pena straordinaria che si concentrava l'attenzione di Briganti. Dopo aver ripetutamente fatto riferimento all'applicazione della pena straordinaria, egli apriva un discorso di vasta portata sulla legittimità di quel dispositivo giurisprudenziale. L'autore della *Pratica* avvertiva che, mentre era pacifico che il suo impiego fosse giustificato da una causa estrinseca, ossia dalla «qualità personale del delinquente» o dall'«imperfezione della volontà nel delinquere», era controverso se per difetto o imperfezione delle prove il giudice potesse condannare il reo a una pena straordinaria oppure dovesse assolverlo o liberarlo. In realtà, non «vi è in tutto il corpo delle nostre leggi legge veruna, la quale detti al giudice che per mancanza di prove venir possa alle pene straordinarie».

Briganti teneva quindi a sottolineare che la pena straordinaria era un dispositivo prettamente giurisprudenziale. Al riguardo, egli non mancava di rammentare che la sentenza del pretore romano consisteva in un *absolvo*, in un *condemno* o in un *non liquet*, che corrispondevano, rispettivamente, all'assoluzione come innocente, alla condanna a pena ordinaria e alla liberazione *in forma*. I Romani, quindi, ignoravano del tutto la pena straordinaria. E che per l'imperfezione delle prove o sulla base dei soli indizi non si potesse condannare il reo a una pena straordinaria risultava non solo dalla «ragion civile», ma anche dalle Sacre Scritture e dalla «ragion canonica».

Briganti non usava qui mezze misure nel sottolineare l'assurdità della pena straordinaria. Condannare un presunto omicida a una pena straordinaria, ad esempio, voleva dire nello stesso tempo che lo si condannava come reo e lo si assolveva come innocente, «profferendo un decreto contraddittorio, *occidisse, et non occidisse*». E ciò benché «il fatto» fosse «individuo, o uccise o non uccise», e non ammettesse «mezzo». Ne risultava «un assurdo […] mostruoso» e un'«ingiustizia manifesta» perché il condannato a una pena straordinaria, se innocente, era punito per un delitto non commesso e, se colpevole, gli si risparmiava la pena che meritava per il «misfatto» commesso. Peraltro, dalle stesse fonti romane (D. 48, 18, 16 e D. 48, 18, 18), risultava che, se gli indizi erano molto urgenti, bisognava ripetere la tortura. Il giudice, «saltando dalla tortura alla pena straordinaria», non faceva che «procedere di pura sua fantasia, e contro a tutte le leggi civili e canoniche»[245]. Per quanto possa apparire paradossale, qui Briganti, nell'intento di mettere in discussione la fondatezza della pena straordinaria, non esitava a evocare discipline legislative

[244] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, § 1, n. 1, p. 53.

[245] Ivi, vol. II, tit. XV, § 1, nn. 19-22, pp. 56-57.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

che legittimavano il ricorso a quella tortura che pure egli, come si è visto, avversava in maniera decisa.

L'autore della *Pratica* non si asteneva dal ricostruire in maniera attenta gli argomenti posti a sostegno della pena straordinaria. Questa veniva giustificata in base al fatto che l'accusato gravato da indizi molto urgenti era da ritenere piuttosto reo che innocente. La massima secondo cui era più giusto «dimettere » il colpevole che condannare l'innocente si addiceva al caso in cui innocenza e colpevolezza si bilanciavano. Per cui era meglio «licenziare» che condannare il reo gravato da indizi semplici. Ma «dimettere» i rei gravati da indizi molto urgenti rischiava di avere come conseguenza che questi diventassero più pericolosi. E, come non si arrecava alcuna ingiustizia al reo gravato da indizi molto urgenti ripetendo la tortura, così non gli si arrecava alcuna ingiustizia condannandolo a una pena straordinaria perché, risparmiandogli la seconda tortura, gli si evitava il rischio che potesse confessare non sopportando il dolore[246]. Quell'opinione era stata recepita nella prassi di tutti i tribunali del Regno di Napoli.

Briganti non dissentiva da quella posizione. Ma escludeva recisamente che la pena straordinaria potesse essere irrogata per una causa intrinseca dalle corti inferiori. A differenza di queste ultime, le magistrature supreme e i tribunali collegiati, oltre che titolari della giurisdizione ordinaria, lo erano di «una più sublime e più degna potestà», detta «*Economica*, o sia *politica*, di giudicare *secundum conscientiam*». Invece, «nelle nostre corti inferiori risiede la potestà da stretti cancelli segnata e molto limitata, dovendo ogni giudice ordinario ed inferiore esattamente eseguire le leggi, nè può punto quelle alterare, diminuire, nè dispensare». Perciò, il potere di risparmiare al reo la tortura condannandolo a una pena straordinaria non si poteva estendere alle corti inferiori. Contro quella parte della dottrina che non si era fatta «molti scrupoli» nel sostenere che era «indubitato» che le corti inferiori avessero l'arbitrio di sottoporre il reo a pena straordinaria sulla base di prove indiziarie Briganti aderiva all'orientamento dottrinale secondo cui esse, nell'irrogare un pena straordinaria, dovevano limitarsi all'esilio, a una pena pecuniaria o a una pena *corporis afflictiva minima*[247].

Ma lo studioso doveva ammettere che in quella materia giocava un ruolo importante l'arbitrio del giudice. Infatti, nel caso di sussistenza di indizi urgenti, come egli ribadiva, il giudice poteva sottoporre il reo negativo alla tortura o liberarlo *in forma*. Nel caso fossero invece presenti indizi molto urgenti o urgentissimi poteva: 1) sottoporlo per una volta alla tortura e,

[246] Ivi, vol. II, tit. XV, § 1, nn. 25-26, p. 57. Come rappresentante di quella posizione Briganti indicava C. A. De Rosa, *Criminalis*, cit., lib. I, cap. VIII, n. 11, p. 54.

[247] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, nn. 26-34, pp. 57-58.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

mantenendosi sulla negativa, condannarlo a una pena straordinaria più mite di quella edittale; 2) sottoporlo per due volte alla tortura e, mantenendosi sulla negativa, liberarlo *in forma*; 3) non sottoporlo alla tortura e infliggergli la pena straordinaria «più aspra». La «ragione» era «palpabile». Poiché gli indizi molto urgenti o urgentissimi si avvicinavano alla prova piena, non si potevano estinguere con una sola tortura. L'accusato che ne fosse gravato si poteva ritenere piuttosto reo che innocente. Decidendo di disporre una sola tortura, il giudice compensava con la pena straordinaria il fatto di non disporre la seconda tortura[248].

A Briganti quella condotta sembrava coerente col suo auspicio di un uso più mite dello strumento penale. Poiché da molti o «forse» da tutti i rei si desiderava piuttosto la condanna a una pena straordinaria che la sottoposizione alla tortura, si faceva un «piacere» al reo adottando la pena straordinaria. E, se il giudice risparmiava all'inquisito la seconda tortura, compensando quest'ultima con una pena straordinaria, non si poteva dire «a buona equità» che abusasse del suo potere. Tuttavia, secondo Briganti, la pena straordinaria era legittima solo quando, essendovi le condizioni per disporre la tortura, si compensava con quella pena la mancata adozione di quella prova: «Ma avendo voi qualche causa nelle mani, che non dà luogo nè al primo nè al secondo tormento, a mirare dritto, condannandosi il reo a pena straordinaria, qual è il compenso? E non può dirsi col tormento, perchè questo non si permette, nè si merita dal reo, e non meritandosi dal reo, non può il giudice in compenso di quello infliggere pena straordinaria, la quale solamente si sostiene col compenso del tormento, e verrebbe il giudice ad abusare delle leggi e della sua potestà, trascendendo la proporzione geometrica ed aritmetica».

Né – scriveva Briganti – valeva obiettare che la pena straordinaria si poteva infliggere anche al reo gravato da indizi solo urgenti perché questi non erano sufficienti a sottoporlo alla tortura. Infatti, l'accusato che fosse gravato da indizi solo urgenti non poteva dirsi reo, ma sospetto, ed era da ritenere piuttosto innocente che reo. Invece, poteva dirsi piuttosto reo che innocente l'accusato nei confronti del quale concorrevano indizi molto urgenti o urgentissimi, che si avvicinavano alla prova perfetta e non si estinguevano con

[248] Ivi, vol. II, tit. XV, § 1, nn. 41-42, pp. 59-60. Al riguardo Briganti richiamava C. A. De Rosa (*Criminalis*, cit., lib. I, cap. VIII, n. 12, p. 54), il quale aveva affermato che «firmum […] remanet, quod sit in Judicis arbitrium, aut devenire ad torturam, aut ad poenam extraordinariam contra reum indiciis multum urgentibus gravatum». Nel sostenere quel punto di vista, De Rosa si era rifatto a Menochio, autore a cui pure Briganti, attraverso Duck, non aveva risparmiato critiche.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

la sola tortura[249].

La conclusione che si può trarre da quel complesso *iter* argomentativo è che Briganti, pur ridimensionandone nettamente il raggio d'applicazione, non sembrava ritenere possibile fuoriuscire dalla logica della pena straordinaria[250]. Tuttavia, anche nel trattare di quella spinosa questione, egli faceva valere quell'istanza di mitigazione del rigore repressivo che costituiva il *leitmotiv* dell'intera opera. Inoltre, è significativo che egli si fosse posto interrogativi radicali sulla legittimità della pena straordinaria.

30. *L'annoso problema delle composizioni e delle transazioni pecuniarie*

Anche nel trattare delle composizioni Briganti esordiva con una critica radicale dell'istituto per poi ricercare tutti i varchi che consentissero di ridimensionarne l'incidenza. «Colui che con penetrazione di mente il punto consideri, riconoscerà ben chiaramente che non sono gli averi e le sostanze del reo che hanno delinquito, e lasciasi impunito il reo a cui spettava la pena». Rilasciando il reo a seguito della composizione, lo si incoraggiava a commettere nuovamente lo stesso delitto e la parte offesa rischiava di subire nuovamente la stessa sorte. La professione legale finiva per esserne svilita: «Quello ch'è peggio, […] nulla giova la scienza degli avvocati i più insigni di nobile grido: si affatichino costoro di notte e di giorno quanto più possano a ricavare dal seno della giurisprudenza saldi e fermissimi argomenti, motivi e ragioni in difesa del loro cliente e dell'infelice carcerato». Destinato a prevalere era il «più idoneo e versato nel maneggiare le composizioni»[251].

Queste erano, insieme alle transazioni, una delle manifestazioni più eclatanti della venalità della giustizia. Alla quale Briganti attribuiva la decisione di Alessandro d'Alessandro di abbandonare il foro: decisione di cui offriva una vivace descrizione, rifacendosi, fra l'altro, a Bayle[252]. Come offriva una vivida descrizione delle estorsioni che, a causa delle composizioni e delle transazioni, erano costretti a subire gli innocenti: «quell'inquisito che non merita pena veruna o per lo difetto della prova, o per altre cause estrinseche,

[249] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, § 1, nn. 43-44, p. 60.

[250] Appare perciò condivisibile il giudizio di G. Alessi Palazzolo (*Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo medio e moderno,* Napoli 1979, p. 203) circa la sostanziale difficoltà di Briganti di «sciogliere in modo radicale i legami con concezioni ed *auctoritates* del diritto comune».

[251] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, § IV, nn. 2-3, pp. 68-69.

[252] Ivi, vol. II, tit. XV, § IV, n. 5, pp. 69-70. Cfr. P. Bayle, *Dictionnaire* cit., t. I, *Alexander ab Alexandro*, pp. 158-159.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

basterà a tale sorta di giudici che sia nelle forze e tra le loro zampe, unque mai scamperà via»[253].

Espresso il suo radicale dissenso dall'istituto della composizione, Briganti, come si è accennato, si sforzava di limitarne la portata. In primo luogo, a suo avviso, non si doveva tener conto della remissione del moribondo. Questi, infatti, nell'imminenza della morte, poteva avere «da cristiano rimesso […] il rancore e l'odio», ma non l'ingiuria[254]. Né era sufficiente che fra l'accusato e l'accusatore fosse intervenuta una riconciliazione tacita o espressa, richiedendosi, per effettuare la rimessione, un «atto formale giudiziario»[255].

Ma l'accento cadeva soprattutto sugli abusi che attraverso le composizioni e la transazioni venivano perpetrati dai baroni: «i consultori baronali non saranno reputati valentuomini, nè degni di onorificenza da' loro baroni, anzi li sarà tolta la patente se non sappiano, nè s'ingegnino di empiere la borsa baronale per via di composizioni, e continue transazioni»[256]. Sul rischio che correvano i consultori di non essere confermati in carica se non si facevano ligi esecutori delle direttive baronali avrebbe richiamato di lì a poco l'attenzione anche Filangieri[257].

Nel trattare dei reati non componibili, Briganti accennava ai dubbi circa la possibilità di estendere alle corti baronali l'applicazione del capitolo CCLXII, che annoverava fra questi il ratto e il bacio violento e che era stato indirizzato alla sola Vicaria, e la prammatica V *de compositionibus*, che vi annoverava l'aiuto prestato ai fuoriusciti[258].

In generale, Briganti non taceva che, in materia di composizioni e di transazioni, le corti baronali avevano poteri maggiori delle corti regie e degli

[253] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, § IV, n. 7, p. 70.

[254] Ivi, vol. II, tit. XV, § IV, n. 9, p. 70. Al riguardo, egli citava la prammatica VI *de compositionibus*, emanta il 16 settembre 1560, nella quale si leggeva: «non vogliamo le remissioni *tantum* di quello, che muore, ma di tutti quelli, che restano, e che possono querelare». Cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t. III, Napoli 1804, p. 251.

[255] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, § IV, n. 15, p. 71.

[256] Ivi, vol. II, tit. XV, § IV, n. 3, p. 69.

[257] G. Filangieri, *La scienza*, cit., vol. III, lib. III, parte prima, cap. XVII, pp. 161-163.

[258] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, § IV, n. 22, p. 72. Tuttavia, il divieto della prammatica V *de compositionibus*, emanata il 26 agosto 1560, non era assoluto. In essa si leggeva che «la volontà nostra è che non si ammetta a composizione persona alcuna, la quale fosse inquisita di ricettazione di fuoriusciti, *seu* di aver dato sussidio, o prestato in qualsivoglia modo ajuto, o favore alcuno a quelli senza prima consultarlo con Noi». In realtà, con quella norma il vertice sovrano, lungi dall'impedirle del tutto, si riservava un controllo sulle composizioni aventi ad oggetto fattispecie di reato che avevano una grande rilevanza ai fini del mantenimento dell'ordine pubblico. Cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t. III, p. 251.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

stessi tribunali collegiati: «imperocchè essendosi per i bisogni del regno concesse o vendute ai baroni dal regio fisco le *quattro lettere arbitrarie*, che comprendono ampia facoltà di componere, fu poi reputato non convenire al retto ed onesto il privarneli, e richiamare al regio demanio la cosa concessa o venduta con legge d'investitura, senza la restituzione del prezzo, e senza veduta ragione»[259]. In definitiva – sembrava dire Briganti – gli apparati pubblici erano anelastici perché in larga misura alienati e quindi 'privatizzati'[260].

Con quella difficoltà dovevano fare i conti le discipline tese a realizzare un controllo del vertice sovrano sugli apparati giudiziari. Ad esempio, le prammatiche IX *de officio magistri iustitiarii* e I e II *de compositionibus* disponevano che, per i delitti per i quali erano previste le pene di morte e di mutilazione di membra, i tribunali dovevano farne relazione al viceré perché questi, col voto del Collaterale, decidesse se era possibile effettuare la composizione. Ma la dottrina giuridica riteneva che quelle prammatiche si applicassero alle corti regie e non anche a quelle baronali, che, in virtù delle quattro lettere arbitrarie, avevano la facoltà di «aggraziare, componere, e permutare le pene in tutto o in parte»[261]. Avendo una prammatica *de officio iudicum* vietato di effettuare composizioni per i delitti sanzionati con la pena di morte naturale o di mutilazione di membra o con altra pena afflittiva corporale, la facoltà di composizione delle corti regie era stata limitata ai delitti per i quali erano previsti l'esilio o pene lievi. Invece quella prammatica era stata interpretata nel senso che le corti baronali potessero effettuare composizioni anche per i delitti puniti con la pena di morte, la deportazione, la relegazione e la mutilazione di membra. Il che – sottolineava Briganti – dipendeva dalla «larga prodigalità» con cui le facoltà previste dalle lettere arbitrarie erano state «concesse […] grado grado a' baroni dai nostri monarchi». Quelle concessioni non erano state mai revocate né vi era la possibilità che lo fossero[262].

[259] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, n. 23, p. 72.

[260] Era un assetto dei pubblici poteri difeso ancora, nel Settecento, dagli esponenti del ceto ministeriale meno sensibili alle istanze riformatrici: cfr. D. Luongo, *Vis jurisprudentiae*, cit., pp. 384-388. Briganti era costretto a fare i conti con quella difficoltà.

[261] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, n. 24, p. 72. Per la prammatica IX *de officio magistri iustitiarii* cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t. X, p. 121; per le prammatiche I e II *de compositionibus*, ivi, t. III, pp. 249 e 249-250.

[262] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, n. 25, pp. 72-73. Nel riferire quella disciplina, Briganti citava il n. 13 di una prammatica *de officio iudicum* che sarebbe stata emanata nel 1621. In realtà, era stata una prammatica *de officio iudicum* emanata nel 1616 dal conte di Lemos (XII nell'edizione Giustiniani) a prevedere che governatori e capitani regi non potessero «far composizioni ne' casi, ne' quali verrebbe ad imporsi pena di morte naturale, o civile, mutilazione di membro, o di Galea, o altra *corporis afflictiva*; ma solamente nelle pene

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

I poteri fondamentali della feudalità apparivano a Briganti un dato intangibile. Si poteva operare per ridurre la presa del baronaggio sull'amministrazione della giustizia, ma non fino al punto da intaccare i gangli vitali del suo sistema di potere. D'altro canto, la storia del Regno aveva visto una progressiva espansione dei poteri giurisdizionali della feudalità. Briganti teneva a sottolineare che Roberto d'Angiò, «reputato universalmente un Salomone», non avrebbe potuto mai immaginare che «col volgere degli anni» le quattro lettere arbitrarie causassero tanti danni[263]. Peraltro, il sovrano angioino aveva limitato la facoltà di composizione concessa ai suoi officiali «a certi non gravi delitti»[264]. I baroni, fino al tempo di Alfonso I d'Aragona o tutt'al più di Giovanna II, non erano stati titolari che della giurisdizione civile e, in materia criminale, si erano limitati a esercitare la giurisdizione «infima e bassa, indrizzata unicamente a sedare le liti e le discordie» che nascevano fra i residenti[265]. E se anche Roberto d'Angiò e qualche suo successore avevano concesso per liberalità la giurisdizione criminale a qualche barone, era stato solo a partire dall'età aragonese che aveva iniziato a essere stabilmente attribuita ai baroni quella giurisdizione e che nelle investiture loro concesse avevano cominciato a essere attribuiti loro i poteri previsti dalle quattro lettere arbitrarie. Nelle investiture feudali il riferimento a queste ultime era diventato quasi una clausola di stile, mentre non si faceva alcun cenno ad esse nelle patenti dei governatori e dei giudici regi[266].

Briganti descriveva con grande efficacia la vanità degli sforzi messi in atto per limitare i poteri giurisdizionali esercitati dai baroni. Analogamente a quanto sostenuto da Giannone, che tuttavia qui non era citato, Briganti scriveva che Carlo VIII, nel breve periodo in cui aveva regnato a Napoli, aveva cercato inutilmente di privare i baroni degli amplissimi poteri che esercitavano «con ridurli all'uso di Francia». L'autore della *Pratica* ne traeva un radicale scetticismo: «Oggi che il male è già invecchiato, tanto meno è da sperarsi, nè senza grandi rivolgimenti ed iscompigli potrebbe ridursi ad effetto». Non era un caso che i baroni non si fossero curati dell'«ammonizione» di un imperatore come Carlo V tesa a limitare il ricorso

d'esilio semplice, precedendo remissione di parte». La stessa prammatica prevedeva che, in caso di inottemperanza, la composizione fosse *ipso jure* nulla e che gli uditori, i capitani e i giudici che vi avevano acconsentito fossero *ipso jure* inabilitati a poter ricoprire altri uffici regi, oltre a essere sottoposti a pene arbitrarie anche corporali. Cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t. IX, p. 358.

[263] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, § IV, n. 26, p. 73.

[264] Ivi, vol. II, tit. XV, § IV, nn. 30-31, p. 73.

[265] Ivi, vol. II, tit. XV, § IV, n. 34, p. 74.

[266] Ivi, vol. II, tit. XV, § IV, n. 39, p. 75.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

alle composizioni. Era contenuta nella prammatica VI *de baronibus*[267].

Briganti citava come esempio di una normativa tesa a realizzare uno stringente controllo sui rami bassi degli apparati la prammatica *de officio iudicum* del 1616 (XII nell'edizione Giustiniani). Questa aveva previsto che i capitani delle città demaniali ogni quattro mesi inviassero all'udienza una nota dettagliata e sottoscritta dal giudice delle composizioni effettuate in quel lasso di tempo. Verificato il mancato rispetto della disciplina in materia di composizioni l'udienza avrebbe dovuto darne immediatamente comunicazione al viceré per l'adozione dei dovuti provvedimenti[268]. Ma la prammatica riguardava le sole corti demaniali «senza affatto intaccare le baronali». Perciò, Carlo di Borbone era dovuto intervenire con una costituzione, emanata nel marzo del 1738, per disporre che governatori e assessori delle corti baronali inviassero ogni mese all'udienza una nota, sottoscritta dai consultori, avente ad oggetto le composizioni effettuate in quel lasso di tempo, prevedendo, in caso di inottemperanza, a carico di quegli officiali, l'immediata privazione dei loro uffici. Qualora l'udienza avesse accertato che non era stata osservata la normativa sulle composizioni, avrebbe dovuto metterne al corrente il sovrano perché fossero adottate le misure necessarie. Ma poco dopo, nel giugno dello stesso anno, Carlo aveva emanato un'altra costituzione, nella quale, premesso che non intendeva pregiudicare la giurisdizione dei baroni, aveva confermato che questi ultimi avevano la facoltà di comporre anche il delitto di omicidio, limitandosi a prevedere che non potevano dar esecuzione alla composizione e liberare l'inquisito senza aver informato il sovrano e atteso le sue deliberazioni.

Briganti non usava mezzi termini nel sottolineare la forza della reazione baronale che era seguita all'adozione della normativa del marzo 1738. Reazione vittoriosa[269]. Si trattava di dinamiche che oltre un cinquantennio fa furono descritte con estrema puntualità da Raffaele Ajello[270].

Briganti era costretto ad arrampicarsi sugli specchi per edulcorare i cedimenti del potere centrale: «Non tocca a noi l'intraprendere la

[267] Ivi, vol. II, tit. XV, § IV, nn. 41-42, p. 75. P. Giannone (*Istoria civile*, cit., vol. I, Milano 1970, lib. III, cap. II, n. 3, p. 214), nel contesto di un'aspra polemica con le giurisdizioni feudali, aveva scritto che «Carlo VIII re di Francia, in que' pochi mesi che tenne questo regno, avea conceputo di togliere a' baroni ogni giurisdizione ed imperio, e ridurgli a somiglianza di quelli di Francia, e dell'altre province d'Europa». Per la prammatica VI *de baronibus* cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t. III, pp. 97-98.

[268] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, § IV, n. 44, p. 75. Per la prammatica cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t. IX, pp. 357-358.

[269] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, § IV, nn. 46-50, pp. 75-77.

[270] R. Ajello, *Il problema*, cit., vol. I, *passim*.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

dichiarazione di questo mistero; e di togliere il velo ad una cosa che la provvidenza di chi governa vuole che stia nascosta. Vi sono nelle materie di stato affari così pericolosi per i particolari, che ne vogliano parlare come sono gli scogli per i naviganti, ed appresso di essi i motivi del governo de' principi prudenti devono rassomigliare alle radici degli alberi, le quali stanno coverte […]. Così non bisogna punto dubitare, che non abbia avuto il Re […] se non fondate ragioni di moderare» la disciplina in precedenza adottata e che «la mira da lui avuta in questa parte non sia stata se non se molto giusta, benchè ella trapassi la verità della nostra vista»[271].

Atteso che la stagione riformatrice inaugurata dalla nascita del Regno indipendente si era ben presto esaurita, bisognava utilizzare tutti i varchi normativi utili a limitare gli abusi, a cominciare dal Rito CCLXXVI, secondo il quale, per poter effettuare la composizione, il delitto doveva pienamente constare per convinzione o per confessione. Altrimenti, il giudice era tenuto a risponderne nel sindacato. Infatti, la composizione non era che una commutazione, «o sia cambio della pena afflittiva di corpo in pena pecuniaria». Non potendosi imporre una pena afflittiva, mancava una pena a cui surrogare quella pecuniaria. Ma – notava Briganti – l'ingordigia non aveva tardato a trovare il modo di eludere il Rito: si faceva consegnare al giudice un memoriale in cui il reo si dichiarava colpevole del delitto di cui era accusato e chiedeva di essere ammesso alla composizione. Il Rito non escludeva certo che, per il reo non convinto e confesso, si potesse procedere alla transazione, che era «un […] modo totalmente diverso dalla composizione». Mentre quest'ultima era una vera condanna penale, non lo era la transazione, che non era una commutazione di pena. Perciò, nella transazione, a differenza che nella composizione, non era richiesta la prova piena del delitto. Ma ciò, come sottolineava Briganti, non significava che non dovesse essere ben provato il delitto in genere e che non dovessero sussistere indizi sufficienti alla tortura.

Composizioni e transazioni, inoltre, come avvertiva l'autore della *Pratica*, avevano in comune il fatto di non poter prescindere dal consenso espresso del reo. Ma non era difficile esercitare una coazione su chi, privato della libertà, si attendeva un destino poca fausto: «è una barbara pratica che rinchiuso il reo nel fondo di un penoso ed orrendo carcere, gli si ordini con truce volto e ciera brusca ed arcigna, che dia il memoriale per cui chiegga indefinitamente di essere ammesso a tollerabile transazione, senza offerir somma veruna, ed indi si tassi in somme che a loro pareranno; quandochè una tale tassa, ancorchè si facesse con decreto di giudice, neppure merita nome di transazione, ma di vera e formale estorsione».

Briganti non mancava poi di avvertire che nelle composizioni il giudice

[271] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. XV, § IV, n. 55, p. 77.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

doveva sempre «commensurare la pena pecuniaria con l'afflittiva geometricamente e non aritmeticamente, non dovendo ugualmente trattare il povero come tratta il ricco, la qual cosa sarebbe una somma empiezza». Sollecitudine per i più deboli di cui Briganti dava prova a più riprese nel suo scritto. Egli precisava poi che la somma versata per la transazione, che presupponeva il dubbio sulla colpevolezza del reo, doveva essere sempre minore di quella versata per la composizione. Il contrario sarebbe stato «il colmo delle iniquità». Ma quel «gran volpone» che era l'«amore del danaro» aveva trovato il modo di eludere le leggi che vietavano di effettuare composizioni «per alcuni enormi ed atroci delitti». In quei casi le corti effettuavano transazioni col pretesto che il delitto non poteva essere pienamente provato. Perciò, secondo Briganti, bisognava ribadire la disciplina della prammatica III *de compositionibus*, che aveva vietato di effettuare le composizioni sotto forma di transazioni[272].

31. *Gerarchie sociali e pene*

Il tema delle gerarchie sociali e quello connesso del pauperismo occupavano un posto centrale nella *Pratica*. Nel trattare della «condanna *delle spese*», Briganti scriveva che non doveva esservi sottoposto il povero, sia che si trattasse di delitto lieve che grave[273]. Invece, nel trattare delle «*formole delle condanne, e delle pene*», il giurista ribadiva la sua convinzione secondo cui era legittima l'esistenza di diverse modalità di esecuzione delle sanzioni penali in ragione dell'appartenenza sociale. Il nobile era decapitato, mentre il plebeo era condannato alla forca. Il nobile era condannato alla deportazione, il plebeo alla galera a vita. Corrispettivi della deportazione a vita erano, per i plebei, il presidio chiuso e la galera temporanea[274]. La pena della fustigazione non si infliggeva ai «nobili» e alle «persone oneste», ma ai «delinquenti, turpi, infami e vili», quali erano «i ladri, marioncelli, incisori di borse, testimoni falsi, bestemmiatori e simili facinorosi»[275].

Quanto alla berlina, poteva essere «indubitatamente» inflitta dalle corti inferiori. Infatti, «in ogni piazza di qualsisia menoma corte baronale in segno di tal potestà vedesi appesa la catena di ferro per tal uopo». Ma, al pari della fustigazione, la berlina, «irrogando infamia», non doveva infliggersi «se non se

[272] Ivi, vol. II, tit. XV, § IV, nn. 56-66, pp. 77-80.

[273] Ivi, vol. II, tit. XV, § V, n. 3, p. 87.

[274] Ivi, vol. II, tit. XV, § VI, nn. 5-15, p. 91.

[275] Ivi, vol. II, tit. XV, § VI, n. 41, p. 97.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

a persone vili e di bassa estrazione». Era pena non capitale, ma lieve. Pertanto, poteva essere irrogata anche senza formale processo per le ingiurie verbali, i piccoli furti e simili. Anche se di recente, nel 1748, un «onestissimo mercante scozzese» era stato «condannato e posto in berlina» a Stoccolma «per delitto di stato dal Collegio del re di Svezia»[276].

Da quelle notazioni emerge come Briganti non fosse contrario alle pene infamanti. E, ritenendo che esse non potessero essere inflitte che a persone di modesta estrazione sociale, se ne trae un'ulteriore conferma del fatto che egli era ancora legato alla visione secondo cui la penalità doveva essere modulata in rapporto all'estrazione sociale dei rei. Nel contempo il giurista ritornava sulla sua opzione per un temperamento della repressione penale. Ribadito che l'arbitrio doveva «sentire il morso ed il freno delle leggi» e che non poteva consistere in un «dispotismo ricavato dai gabinetti del […] capriccio», precisava che il suo esercizio non era interdetto alle corti inferiori, ma che queste, nel farne uso, dovevano tendere a diminuire il più possibile le pene. Le corti inferiori dovevano servirsi dell'arbitrio come di «una teriaca per raddolcire il veleno amaro delle pene». L'arbitrio doveva essere usato a vantaggio del reo e non del Fisco. Sottolineatura che non riguardava solo le corti inferiori. Infatti, Briganti scriveva che non solo gli «onorati baroni», ma anche i «generosi principi» dovevano mostrare di non essere da meno di due imperatori pagani, quali Traiano e Marco Aurelio, che non avevano mai favorito il Fisco. Eppure, non mancavano giuristi che avevano dilatato fino all'inverosimile i privilegi del Fisco, enumerandone fino a centoquaranta. Giuristi che erano da ascrivere all'*iniquuum genus* degli adulatori[277].

La trattazione delle pene offriva a Briganti anche lo spunto per ribadire la sua tesi della naturale socievolezza degli uomini. Fra le cause per cui questi avevano superato l'originaria situazione di dispersione in famiglie separate, il giurista poneva «l'inclinazione naturale dello spirito umano alla società, per essere l'uomo animal sociabile destinato dalla natura a vivere in compagnia, donde tragge la sua utilità». Ma l'accento cadeva significativamente sui bisogni della vita e sul «desiderio di renderla più comoda e più grata», salvaguardando i propri beni. Di seguito Briganti scriveva che la diversità dei temperamenti, la loro incostanza, l'ambizione e l'avidità avrebbero impedito agli uomini entrati in società di convivere se non ci fosse stato «qualche freno comune», costituito innanzitutto dal timore delle pene[278].

Era una visione in cui apparivano evidenti gli echi pufendorfiani. Al pari

[276] Ivi, vol. II, tit. XV, § VI, n. 44, p. 97.

[277] Ivi, vol. II, tit. XV, § VI, nn. 55-57, p. 99.

[278] Ivi, vol. II, tit. XV, § VI, nn. 1-2, p. 90.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

del filosofo sassone, Briganti si mostrava attento alle dinamiche dei bisogni e degli appetiti. Erano questi a esigere, in ultima istanza, l'esistenza di un potere coercitivo. Nel *De iure* convivevano la *socialitas*, trattata nel II libro (una *socialitas*, come si è visto, esposta allo scacco delle pulsioni egoistiche, che, sia pure non generalizzate, non erano estranee a una parte degli uomini), e la rappresentazione palesemente hobbesiana della genesi delle società politicamente organizzate che trovava posto nel VII libro. Non dissimile appariva la visione di Briganti.

32. *La libertà intellettuale del giurista*

Nel trattare della «*condanna delle spese*» l'autore della *Pratica* dedicava poi alcune interessanti considerazioni al ruolo della dottrina giuridica: «L'autorità di» giuristi quali «*Caravita*, […] *Giuseppe de Angelis*» e il «signor Reggente *Sanfelice* è grande, nè punto è disprezzabile: *non adeo tamen* […] *ut rationem vincant, aut legem*». Briganti riecheggiava qui la formulazione della nota costituzione di Costantino sulla consuetudine (C, 8, 52 [53], 2). L'autore della *Pratica* teneva a sottolineare che non si poteva seguire «ciecamente» ogni opinione dei dottori «privati» (significativa puntualizzazione, che escludeva in maniera netta la dottrina giuridica dal novero delle fonti del diritto) che argomentavano senza il saldo ancoraggio rappresentato dalle leggi, anzi percorrendo itinerari diametralmente opposti. Seguire a «occhi chiusi» quelle opinioni significava rinunciare alla ragione e ai «lumi naturali» forniti da Dio. Riferimento, quest'ultimo, tutt'altro che privo di valore: evidentemente, per Briganti, la scienza giuridica non era mera 'ragione artificiale'.

Di seguito l'autore della *Pratica* puntualizzava che, a suo avviso, bisognava seguire gli autori che si accostavano maggiormente alle leggi, alla ragione e ai «principî irrefragabili della giurisprudenza»[279]. Riemergeva qui la convinzione secondo cui esisteva un nucleo intangibile di princìpi giuridici, che stava a monte della varietà delle opinioni dottrinali. In quella sintetica formulazione di Briganti era riassunta la sua visione del diritto: leggi, ragione (naturale) e princìpi consolidati della giurisprudenza dovevano essere gli imprescindibili punti di riferimento dell'operatore del diritto.

Nell'ultimo capitolo del II volume trovavano poi posto alcuni rilevanti spunti sui rapporti fra legislazione e giurisprudenza. I giudici – scriveva Briganti – dovevano essere «fedeli esecutori della volontà de' loro sovrani». L'autore della *Pratica* citava al riguardo l'affermazione di San Girolamo secondo cui gli eretici, con le loro diverse interpretazioni delle Sacre Scritture,

[279] Ivi, vol. II, tit. XV, § V, n. 15, p. 85.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

sostituivano il «vangelo di un uomo» al Vangelo di Dio. Così facevano i giuristi, interpretando le leggi dei sovrani «a loro piacimento» e quindi sostituendo quelle che non erano se non «leggi de' privati» alla legislazione dello Stato. Parole da cui si desume che per Briganti l'interpretazione, ovviamente corretta, era un momento irrinunciabile dell'applicazione della legge[280]. Il che costituiva un'ulteriore dimostrazione della distanza che separava l'autore della *Pratica* dal radicalismo di certe correnti del tardo Illuminismo, che avrebbero auspicato la messa in opera di una legislazione tanto chiara e semplice da poter fare del tutto a meno dell'interpretazione.

In ogni caso Briganti, con chiari accenti hobbesiani, insisteva sulla radicale differenza esistente fra legge e consiglio. La prima era un comando proveniente dall'autorità del sovrano, a cui era annesso il potere di costringere e di assoggettare a pena i trasgressori. Il consiglio era «un avviso» che traeva la ragione della sua obbedienza dalla cosa prescritta. A differenza del comando, che traeva la ragione della sua obbedienza dalla volontà di colui il quale lo prescriveva. Perciò la legge non era un consiglio, ma un comando. Mentre la legge promanava da un soggetto che aveva un potere sul soggetto a cui si rivolgeva, il consiglio proveniva da chi non aveva quel potere. Il consiglio era dato a vantaggio di colui che lo riceveva, mentre la legge era finalizzata all'utilità di chi la emanava e alla tranquillità pubblica. L'autorità di chi dava il consiglio era «tolta e spenta» a discrezione di colui al quale era rivolta. L'autorità del legislatore, invece, non veniva meno «a piacere di colui» al quale era imposta la legge. Il consiglio obbligava con la ragione. La legge sosteneva l'obbligazione con la forza perché i sovrani comandavano, non esortavano. Erano re, non oratori[281].

La distinzione fra comandi e consigli era palesemente diretta, come in Hobbes, a compiere una netta demarcazione fra legge e dottrina giuridica e a escludere quest'ultima dal novero delle fonti del diritto[282]. Ma di seguito Briganti ribadiva il ruolo imprescindibile della dottrina: «Si ha a decifrare un articolo? Non tocca solamente al nostro cervello il deciderlo col capriccio ricavato da' propri gabinetti, come è lecito a' poeti ed a' filosofi». Nelle controversie forensi le armi da maneggiare erano «le ragioni convincenti, e le dottrine puntuali». A nulla servivano i «soli nostri pensieri discompagnati dalle autorità»[283].

Qui Briganti sembrava maggiormente avvicinarsi alla visione della

[280] Ivi, vol. II, tit. ult. , n. 10, p. 118.

[281] Ivi, vol. II, tit. ult. , nn. 11-12, pp. 118-119.

[282] Sulla distinzione hobbesiana fra comando e consiglio cfr. D. Luongo, *Consensus gentium*, cit., vol. II, pp. 626-627.

[283] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. ult. , n. 15, p. 119.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

giurisprudenza come 'ragione artificiale' e mostrava un certo apprezzamento per le *auctoritates*[284]. Di seguito puntualizzava che l'operatore del diritto doveva cercare i suoi sostegni «principalmente» nelle leggi. Se queste erano «chiare e nette», bisognava valutare solo se erano adatte al caso, senza chiedersi se erano giuste o ingiuste[285]. Briganti confermava anche qui di aver gettato alle ortiche quel sindacato equitativo delle leggi che era uno degli assi portanti della scienza giuridica d'Antico Regime.

Invece, era nettissimo il suo richiamo alla giurisprudenza umanistica e alla Scuola olandese. Nel caso di antinomie – scriveva – bisognava avvalersi delle «istorie». Gli apprezzamenti del giurista pugliese andavano al riguardo a «*Cujacio*, *Donello*, *Duareno*, *Ottomano*», ai Gotofredo, a Noodt, Bynkershoek, Schulting, Eineccio e «agli altri «Oltremontani» che avevano «scoverto più di mondo, che non fece in tanti secoli l'antichità a noi nota». Ma, dopo aver mostrato una qualche acquiescenza nei confronti delle *auctoritates*, Briganti rivalutava il «raziocinio» individuale, che, in caso di contrasto fra giuristi, era necessario per confrontare le loro opinioni e scegliere. Non vi era giurista che potesse essere ritenuto «un Angiolo sceso quaggiù dal Paradiso ad illuminare le carte» perché tutti gli uomini erano soggetti all'errore. Né si faceva alcun torto se si scriveva che alcuni giuristi avevano adulterato la verità e spacciato il falso[286]. La *Pratica* si chiudeva con un'enfatica esaltazione di quella libertà intellettuale che costituiva la cifra dell'intera opera.

33. *La critica degli statuti aristocratici e le aperture alla tolleranza*

Nel trattato sulle ingiurie posto in appendice alla *Pratica* Briganti riprendeva la tesi della socievolezza dell'uomo. Rivelatrici le considerazioni che egli dedicava alle teoriche giusnaturalistiche fiorite fra Sei e Settecento. Nel rammentare che per Hobbes il primo principio della legge di natura era la propria conservazione, diceva di ritenere molto vicina alla tesi hobbesiana la posizione di Thomasius secondo cui quel principio era la felicità. A differenza di quanto aveva fatto in precedenza, qui Briganti avvicinava Thomasius a Hobbes. Criticando quelle posizioni, egli sosteneva che il primo principio della legge di natura era la 'sociabilità'. Di seguito, nel sottolineare che la stessa parola uomo implicava un'idea di dignità, il giurista pugliese citava Pufendorf

[284] Sulla critica di Hobbes alla 'ragione artificiale' dei giuristi cfr. D. Luongo, *Consensus gentium*, cit., vol. II, pp. 628-631.

[285] T. Briganti, *Pratica*, cit., vol. II, tit. ult. , n. 15, p. 119.

[286] Ivi, vol. II, tit. ult. , nn. 16-18, pp.119-120.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

e Cumberland[287]. Si rifaceva poi a Muratori nel porre l'accento sull'uguaglianza naturale degli uomini.

Uguaglianza che – scriveva Briganti – era stata certamente «di molto menomata per lo stabilimento delle società civili». Al qual proposito è da notare che l'autore della *Pratica* impiegava il sintagma usato dal giusnaturalismo per designare le società politicamente organizzate. Ma – aggiungeva Briganti – «l'inegualità civile» non avrebbe potuto «distruggere da' fondamenti e totalmente le massime tirate dal principio della ugualità naturale degli uomini». Pertanto, non era lecito «ad un barone, ad un cavaliere, ad un nobile di trattare il suo suddito, il suo vassallo, il plebeo, come […] fosse un cane, caricandolo d'ingiurie, e di villanie a suo bell'agio, ed impunemente». Una cosa erano l'«autorità legittima dipendente dalla giurisdizione», i riguardi che meritava «una chiara nobiltà» e «il merito singolare che» innalzava «alcuni sopra gli altri»; altra cosa erano «l'orgoglio ridicolo e l'alta idea di se stesso»[288]. Notazione in cui non è difficile cogliere una presa di distanza dall'albagia nobiliare.

Quello di essere considerato un uomo era quasi un «diritto perfetto». Ma non aveva il diritto di querelare quando era vittima di un'ingiuria verbale chi non agiva «da animale sociabile» e non era «ben disposto a praticare verso gli altri i doveri essenziali della sociabilità». Era il caso dei corsari, dei ladroni e degli assassini. Erano del pari esclusi dal diritto di querelare quanti «esercitino una tale arte nel mondo, che non può esercitarsi senza delitto, come sono le meretrici, i lenoni ed altri di consimile farina». Ma il diritto di querela era precluso anche a quanti si fossero dati a «un mestiere sì villano, che soltanto anime di fango voglino esercitarlo, come sono i birri, i boia, i giuocatori perduti, coloro che nettano le» fogne «ed i cessi». Si chiedeva al riguardo Briganti: «volete che a costoro competa il punto di onore, ed il perfetto dritto di querelare, per farsi rendere ragione di una semplice ingiuria verbale?».

Quindi, ad avviso di Briganti, l'esercizio di mestieri vili toglieva l'onore e privava del diritto di querelare qualora si fosse ricevuta un'ingiuria. Infatti – puntualizzava il giurista – ogni uomo che fosse colpito da *infamia iuris* o da *infamia facti* perdeva «la stima semplice e la stima di distinzione»: quindi, non aveva alcun diritto alla buona fama. L'infamia verbale a lui arrecata era da ascrivere alle ingiurie lievi. Pertanto, non andava accolta la querela di «un facchino», di «un rustico» o di una «vile persona» non perché gli si potesse negare il diritto perfetto all'uguaglianza, che spettava a ogni uomo, ma perché

[287] T. Briganti, *Delle ingiurie*, nn. 1-5, in Id., *Pratica*, cit., vol. II, p. 124. Cfr. S. Pufendorf, *De jure*, cit., t. I, lib. III, cap. II, pp. 238-247; R. Cumberland, *De legibus*, cit., cap. XI, pp. 384-385.

[288] T. Briganti, *Delle ingiurie*, cit., nn. 6-14, pp. 124-126.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

l'ingiuria a lui arrecata era da ritenere lieve[289].

Briganti si mostrava ancora ben lontano dal prefigurare quell'uguaglianza giuridica 'formale' che sarebbe nata col crollo dell'Antico Regime. Ma mostrava una percezione chiara dei condizionamenti esercitati dal sistema di valori dell'aristocrazia sulla domanda di giustizia degli appartenenti a quel ceto: «Il nobile per le ingiurie verbali a lui fatte» non si decideva «mai» a querelare, ritenendo «bassezza di spirito e suo disonore l'implorare […] il soccorso del magistrato» e temendo per questo di esporsi «alla derisione». Lo aveva sostenuto, fra gli altri, Capecelatro, che, come nobile di seggio, «dovea molto saperne»[290].

Briganti commentava: «Dura, e strana condizione!». Rilievo in cui non è peregrino cogliere una critica degli statuti aristocratici. Il nobile – scriveva il giurista – doveva soffrire l'ingiuria senza mostrarsene offeso oppure, come sovente accadeva, vendicarla «con la punta della spada». Al riguardo vi erano due orientamenti dottrinali. Secondo una parte della dottrina, vendicandosi, il nobile non meritava alcuna pena. Invece, «con più giusto fondamento», un'altra parte della dottrina aveva sostenuto che doveva essere sottoposto a pena, sia pure molto mite. Ma – aggiungeva Briganti – «convengono tutt'i savi, che sia della grandezza d'animo e della generosità di spirito nel disprezzare certe ingiurie». In proposito il giurista pugliese citava non solo Seneca, ma anche Hobbes, «che tanto si piccò di una sopraffina politica». Ebbene, il filosofo inglese, nel *De cive*, aveva sostenuto «vigorosamente» che per legge di natura bisognava perdonare le ingiurie[291].

Gli esempi venivano anche dal mondo animale: «Riguardisi la natura degli animali più nobili, e più generosi, nè il fiero e stupendo leone, nè il nobile e generoso cavallo, punto si aizzano al baiare de' minuti cani». *A fortiori* chi viveva in uno Stato dove la vendetta era espressamente vietata poteva, senza alcuna nota d'infamia, preferire l'obbedienza alle leggi piuttosto che esporsi al duello, col duplice pericolo di «restare ucciso nel conflitto» e di soggiacere alle severe norme che lo punivano. Non era viltà rinunciare a vendicare un'offesa.

[289] Ivi, § I, nn. 13-17, p. 128.

[290] Ivi, § I, n. 18, p. 128. In compenso Capecelatro aveva ammesso senza difficoltà che, in ragione della *disparitas personarum*, cioè della differente condizione sociale, l'ingiuriante poteva «impune occidi» dall'ingiuriato. Cfr. H. Capycio Latro, *Decisionum novissimarun Sacri Reg. Cons. Neap.*, lib. I, Venetiis 1667, *decisio LXXV*, nn. 12-15, p. 294. Un'acuta consapevolezza dell'incidenza degli statuti nobiliari sull'evoluzione della giustizia aveva mostrato De Luca scrivendo che l'orgoglio nobiliare, ritenendo disonorevole accusare, aveva contribuito all'eclissi dell'accusa. Sul punto cfr. E. Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia 2013, pp. 63-65.

[291] T. Briganti, *Delle ingiurie*, cit., § I, nn. 19-20, pp. 128-129. Cfr. T. Hobbes, *Elementi*, cit., cap. III, n. XI, p. 117.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

Vi erano altre «occasioni innocenti, e molto più nobili» di mostrare il proprio valore di quanto non fossero quei «combattimenti vani ed inutili». Il «vero onore del cittadino» dipendeva dal sovrano e dalle leggi, non dall'«opinione de' fanatici e de' pazzi, la quale non è degna di altro, che di un generoso disprezzo».

Briganti esprimeva perciò il proprio dissenso dalla posizione espressa da Hobbes nel *Leviatano* secondo cui il duello, benché contrario alle leggi, era ammirato in quanto prova di coraggio. Il giurista pugliese non metteva in relazione quella tesi con la posizione hobbesiana prima richiamata secondo cui era la stessa legge naturale che obbligava a perdonare le ingiurie. E ometteva di considerare che lo stesso filosofo inglese non aveva escluso che un giorno sarebbe stato considerato onorevole rifiutare il duello e sarebbe stata ritenuta un'ignominia battersi[292].

Dalla sua netta presa di distanza dal puntiglio nobiliare Briganti traeva conclusioni stringenti sul piano giuridico. Chi, ricevendo un'ingiuria, si vendicava ferendo o uccidendo l'ingiuriante, meritava certo una pena minore di quella che avrebbe meritato se avesse commesso lo stesso fatto senza essere stato provocato. Ma non era «in alcun modo da approvarsi il pensiero di» quanti ritenevano «non solamente che si» potesse «legittimamente uccidere colui» il quale offendeva l'«onore con parole ingiuriose», ma che si potesse inseguire e uccidere l'ingiuriante che si fosse dato alla fuga «per riparazione dell'onore offeso, come sostennero molti *probabilisti*, egregiamente confutati» da Pascal[293].

Nell'argomentazione di Briganti non mancavano i richiami al diritto romano, a cominciare da D. 48, 4, 7. In quel testo Modestino si era fatto scappare di bocca che non bisognava ritenersi offesi per un'intemperanza verbale che i giudici si mostravano propensi a non perseguire ritenendo che quegli oltraggiatori erano da considerare dei pazzi. Seguiva un richiamo all'attitudine alla tolleranza di cui avevano dato prova gli imperatori romani Teodosio, Arcadio e Onorio emanando una costituzione (C. 9, 7, 1) «la cui bellezza e rettitudine non si sa abbastanza lodare». Su quella costituzione Alberico Gentili aveva «dato in luce una elegantissima *disputazione*». Testo in cui il giurista di San Ginesio aveva messo in luce la generosità dei grandi nel disprezzare le ingiurie[294]. Invece, Briganti dissentiva in maniera radicale

[292] T. Briganti, *Delle ingiurie*, cit., § I, nn. 21-24, p. 129. Cfr. T. Hobbes, *Leviatano*, cit., vol. I, cap. X, pp. 78-79.

[293] T. Briganti, *Delle ingiurie*, cit., § I, n. 25, p. 129. Sul punto Briganti richiamava anche H. Grotii, *De iure*, cit., t. I, lib. II, cap. I, n. X, pp. 194-196 e S. Pufendorf, *De jure*, t. I, lib. II, cap. V, § XII, pp. 202-204.

[294] T. Briganti, *Delle ingiurie*, cit., § I, nn. 29-30, p. 130. Cfr. A. Gentilis, *In titulos Codicis Si*

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

dall'interpretazione che della costituzione aveva dato la Glossa. Questa, «tirando per capelli» la parola *remittendum*, l'aveva interpretata non nel senso che si dovesse perdonare al reo, ma che questi dovesse essere incarcerato e consegnato all'imperatore. Secondo il giurista pugliese si trattava di un'«esposizione violentissima».

Nella brillante polemica di Briganti con Accursio si avvertiva appieno la sensibilità del giurista che si era formato sui testi umanistici: «O distillatori delle sagrosante leggi, voi sareste meno biasimevoli se vi abusassivo del vostro tempo nelle distillazioni chimiche, per la ricerca della *pietra filosofale*». Le leggi romane erano sacrosante, ma l'interpretazione di Accursio era aberrante. *Remittere* non stava per incarcerare e consegnare il carcerato, ma per perdonare[295].

Non è senza significato che quella costituzione fosse stata richiamata dall'anticurialismo napoletano nella polemica antinquisitoriale[296]. Ma è altrettanto significativo che Briganti citasse il richiamo che Montesquieu aveva fatto alla lezione di tolleranza di cui aveva dato prova in Inghilterra Carlo II[297]. Del resto, l'eco del relativismo montesquieuiano si avvertiva nelle considerazioni dedicate da Briganti alle diverse ingiurie ritenute da ciascuno dei popoli più gravi in ragione del sistema di valori dominante[298].

Nell'intera argomentazione del giurista pugliese, pur prudentissimo nel ribadire in ogni occasione il proprio lealismo politico, era ravvisabile una chiara opzione per l'apertura di spazi di tolleranza. Altrimenti, non ci sarebbe stato bisogno di chiamare in causa i sovrani in un ragionamento che riguardava le ingiurie fra comuni cittadini. A proteggere i sovrani dalle offese era non il delitto di ingiuria, ma il *crimen laesae maiestatis*[299].

Briganti sembrava poi accennare a una separazione di piani fra diritto e morale quando affermava che erano lasciati giustamente impuniti quanti tacciavano altri di essere avari, ambiziosi, disumani, orgogliosi e collerici (ma

quis Imperatori maledixerit, Ad legem Iuliam maiestatis, Disputationes decem, Hanoviae 1607.

[295] T. Briganti, *Delle ingiurie*, cit., § I, n. 31, p. 130.

[296] Cfr. D. Luongo, *Il giurisdizionalismo*, cit., p. 297.

[297] T. Briganti, *Delle ingiurie*, cit., § I, n. 32, p.130. Secondo quanto riferito dal filosofo francese, il sovrano inglese, nel vedere un uomo condannato alla gogna per aver scritto dei libelli contro i ministri, aveva detto che non sarebbe stato sottoposto ad alcuna sanzione se li avesse scritti contro di lui. Cfr. C.-L. de Secondat de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, Milano 1967, vol. I, lib. VI, cap. XVI, p. 132.

[298] T. Briganti, *Delle ingiurie*, cit., § I, nn. 34-37, p. 131.

[299] Sulle valenze ideologiche e tecniche della repressione del dissenso politico nell'Antico Regime cfr. M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

anche, aggiungeva, ebrei). Egli scriveva significativamente che non era opportuno reprimere passioni che potevano essere perseguite solo al prezzo di causare la distruzione dello Stato[300]. Forse pensava alla tesi di Mandeville, che pure non citava, secondo cui i vizi privati si tramutavano in pubbliche virtù, ossia all'assunto secondo cui gli egoismi erano la molla che faceva funzionare la società.

Ma se, come si è visto, Briganti mostrava più di un'apertura verso la tolleranza, prendeva decisamente le distanze dalla possibilità di configurare un diritto di resistenza nei confronti dei sovrani. Era la trattazione dedicata alle «*ingiurie Reali*» a offrirgli lo spunto per affrontare il tema. Vi erano giuristi - scriveva – che ritenevano lecito uccidere gli infami anche in chiesa e anche se si trattasse di persone «costituite in suprema dignità», come i cardinali, i pontefici e altri «principi supremi». A sostegno di quella posizione argomentavano che la difesa era fondata sulla legge naturale e apparteneva quindi a «un ordine più sublime» di tutti i precetti umani. Ma il giurista pugliese prendeva nettamente le distanze da quelle posizioni: «Gran temerità! Voi guardatevi come dal fuoco da queste opinioni […] false ed arroganti. Il Sovrano per nessun conto devesi offendere come persona sagra ed inviolabile, perchè è potestà data da Dio, e per flagello de' rei, e per esercizio de' buoni». Briganti scriveva che «l'ingiustizia» era «sempre inseparabile dalla resistenza contro al Sovrano, o buono o cattivo» che fosse, poiché il suddito cristiano, seguendo «le chiare lezioni» delle Sacre Scritture, doveva «sopportare» e «compatire» anche i «padroni discoli» senza venire mai meno all'obbedienza ad essi dovuta, chiedendo a Dio «il dono della pazienza»[301].

L'ossequio dovuto ai soggetti posti ai vertici delle istituzioni imponeva pertanto che fossero severamente sanzionate le ingiurie reali commesse al loro cospetto. Al riguardo Briganti ritornava sui dibattiti svoltisi in Collaterale su una vicenda che aveva avuto per protagonisti due avvocati, Antonio Gomez e Antonio De Ponte. Il primo, essendo stato provocato con parole offensive, aveva scagliato un cappello contro il secondo alla presenza di un'intera ruota del Sacro Regio Consiglio. Per quanto «l'incomparabile D. Francesco *d'Andrea*» avesse molto efficacemente perorato a favore di Gomez, questi fu condannato al presidio a tempo e si ritenne che solo «per grazia» avesse «evitato l'ultimo supplicio che si meritava». Briganti accennava poi al caso del duca di Telese, che uccise Pompeo d'Anna nel teatro di San Bartolomeo alla presenza del viceré. Fu difeso dal futuro reggente Vincenzo De Miro con un'allegazione che fu ritenuta un «capo d'opera». Ma il duca fu condannato

[300] T. Briganti, *Delle ingiurie*, cit., § I, nn. 53-54, p. 134.

[301] Ivi, § III, nn. 28-31, pp. 151-152.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

alla deportazione *in insulam*[302].

Nel trattare delle «*ingiurie Reali*» l'autore della *Pratica* dava infine un'ulteriore dimostrazione della sua consapevolezza di come gli statuti nobiliari incidessero sull'amministrazione della giustizia. Era facendo riferimento a Montesquieu che egli spiegava per quale ragione fossero severamente vietate le guanciate inferte ai nobili: nei secoli barbari erano solo questi ultimi a battersi a cavallo con la corazza e con la visiera, mentre i plebei si battevano a piedi con i bastoni. «Una guanciata divenne un'ingiuria che dovea lavarsi col solo sangue, perchè un uomo che l'avea ricevuta era stato trattato come un villano»[303].

34. *La disciplina del furto paradigma dell'eversione legislativa?*

La trattazione dedicata da Briganti al furto in appendice alla *Pratica* costituiva un'ulteriore chiara esemplificazione della netta preferenza del giurista pugliese per una mitigazione della repressione penale. Egli esordiva descrivendo in maniera efficace la diffusione del furto e l'ampiezza della sua repressione: «Si veggono giornalmente i ladri senza clemenza veruna sotto il gastigo: quì forche piantate, e ladri appiccati; là affissi i quarti su gli alberi, e le teste in una grata di ferro; altri al remare condannati; molti fustigati, ed esiliati; non pochi esposti alla berlina, e rilegati; le carceri piene di ladri; ed i presidi serviti da ladri». Ma alquanto generica e di maniera era la spiegazione che Briganti dava delle cause di quella diffusione. Egli evocava l'«ingorda e sfrenata avarizia dell'uomo», l'«infingardaggine», che spingeva alcuni a «menar […] i loro giorni senza sudore e fatica, […] il giuoco, il fasto» e «la disolutezza»[304].

Ma il giurista prendeva spunto dalla trattazione dedicata al furto domestico per polemizzare aspramente contro i monasteri femminili: «Crudeltà orribile […] praticata da alcuni padri cristiani, che non consacrano, ma crudelmente condannano alcune loro figliuole ad entrare loro malgrado ne'chiostri vittime della paterna avarizia»[305]. Invece, quanto al furto commesso dai servitori nei confronti dei loro padroni, Briganti, pure in generale incline a mitigare la severità della repressione penale, non prendeva le distanze dall'orientamento dottrinale, seguito «da tutti i magistrati di Europa», secondo cui esso andava

[302] Ivi, § III, nn. 34-35, p.152.

[303] Ivi, § III, n. 10, p. 148.

[304] T. Briganti, *Del furto*, nn. 1-2, in Id., *Pratica*, cit., vol. II, p. 175.

[305] Ivi, n. 80, p. 187.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

punito in maniera più severa a causa del tradimento perpetrato dai domestici a danno dei loro signori[306].

È tuttavia significativo che egli citasse la legislazione in materia di furto come un esempio della permeabilità della dottrina giuridica a valutazioni di ordine politico. Una legge contenuta nei *Libri feudorum* (lib. II, tit. XXVII, n. 8) comminava la pena di morte per il furto di cinque soldi. Di seguito era intervenuto il capitolo X di Carlo I d'Angiò, che aveva previsto anch'esso una disciplina molto severa, comminando la fustigazione, il marchio in fronte e l'esilio per il furto di un augustale; il taglio della mano per quello di valore compreso fra un augustale e un'oncia; l'impiccagione e la decapitazione per quello di valore superiore a un'oncia e per i furti plurimi anche di minima entità. Era dubbio – notava Briganti – se la legge contenuta nei *Libri feudorum* fosse di Federico I o di Federico II. Ma i giuristi di obbedienza guelfa, dando per scontato che la paternità della legge fosse del secondo, si erano violentemente scagliati contro di lui, tacciandolo di barbaro, crudele e disumano. Anzi, «erigendosi consiglieri intimi de' gabinetti d'Iddio e de' suoi arcani imperscrutabili», avevano affermato che a causa di quella legge Federico era stato punito dalla giustizia divina insieme ai suoi discendenti, tutti condannati al fuoco eterno. Il giurista pugliese citava, fra gli altri, Paride del Pozzo, De Nigris, Moscatello, Gizzarello e Petra. Sottile era in proposito la sua ironia: «Tutti costoro pretendendo fare da profeti, farsi conoscere indovini, e guarda suggelli della segreteria d'Iddio, e come interpetri della provvidenza s'ingeriscono nel giudicare de' disegni divini». Ma, mentre tutti quegli autori avevano aspramente criticato Federico II, nessuno di essi aveva obiettato alcunché a Carlo I, giustificando il suo rigore repressivo con la frequenza assunta dai furti alla sua epoca.

Briganti non usava mezze misure nel denunciare il filocurialismo che aveva condizionato in maniera massiccia la dottrina giuridica. In ogni caso, a suo avviso, quegli autori basavano le loro critiche su un falso presupposto, non conoscendo il valore delle monete. Tema su cui lo studioso richiamava un'abbondante letteratura, non solo giuridica, pur ammettendo che la materia era controversa. Ma per Briganti decisivo era il fatto che la legge fridericiana era andata in desuetudine in tutt'Italia e che lo stesso capitolo angioino non aveva avuto un'applicazione integrale, essendosene nel corso del tempo in larga misura ristretta la portata applicativa[307].

Pertanto, a Briganti sembrava ozioso interrogarsi sul valore dell'oncia. Se il capitolo angioino «non è in pratica, che occorre schiccherar le carte per tal quistione impropria?». A voler prendere sul serio il problema del valore delle

[306] Ivi, n. 91, p. 189.

[307] Ivi, § III, nn. 7-17, pp. 201-203.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

monete, non si sarebbe dovuto comunque prescindere dall'«esattissimo conto» di Montesquieu, dal quale risultava che, dopo la scoperta del Nuovo Mondo, il prezzo dell'oro era calato della metà. Ma il giurista pugliese riteneva quella del valore dell'oncia questione «vana ed impropria: e sempre sarà meglio il dire che la legge di Carlo, come severissima, l'abolirono i giudici cristiani»[308].

Briganti, pure in generale attentissimo a sottolineare l'esigenza di rispettare la primazia del momento legislativo, qui non aveva difficoltà ad apprezzare l'erosione del dettato normativo avvenuta ad opera della giurisprudenza. Quella stessa giurisprudenza di cui spesso l'autore della *Pratica* denunciava lo 'spirito di severità' in quel caso aveva svolto un ruolo prezioso nel mitigare il rigore del dettato normativo.

Era vero – aggiungeva Briganti – che spesso erano state inflitte pene severe per il furto «poco eccedente l'oncia di ducati sei, e ben'anche infra questa somma». Ma ciò era accaduto quando concorrevano circostanze per cui il furto non era da ritenere semplice, ma qualificato. Ad esempio, il reo di sacrilegio era condannato a pena capitale senza tenere conto del valore della cosa. Briganti non dissentiva da quella severità né prendeva le distanze dalla posizione secondo cui per cosa sacra non s'intendeva solo quella consacrata. Ma teneva a sottolineare che non si poteva dire che, infliggendo la pena di morte al sacrilego, fosse stata data applicazione al capitolo angioino, che non contemplava il sacrilegio. Del pari, se il furto era praticato «con iscaliazione», si infliggeva la pena capitale non in applicazione del capitolo angioino, ma della prammatica unica *de scalarum prohibitione*, che non solo si applicava solo nella città di Napoli e nei suoi sobborghi, ma richiedeva, per essere applicata, che il ladro fosse colto in flagrante. Né andava confuso col furto il *latrocinium*, punito con la morte, ad esempio, dalla prammatica *de exulibus* del 1684 (XXXII nell'edizione Giustiniani)[309].

La conclusione di Briganti era che il capitolo angioino era privo di forza di legge. La sua «severità» era «andata in disuso con la connivenza de' Monarchi successori, acquiescenza de' popoli, e per lo contrario uso di giudicare». Briganti faceva di tutto per escludere che il capitolo avesse subìto un vero e proprio processo di eversione legislativa. Perciò, evocava l'acquiescenza dei

[308] Ivi, § III, nn. 24-27, pp. 204-205.

[309] Ivi, § III, nn. 28-35, pp. 205-206. Per la prammatica *de scalarum prohibitione* cfr. L. Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t.. XI , Napoli 1805, p. 30. La prammatica XXXII *de exulibus* (ivi, t. IV, Napoli 1804, p.383) prevedeva che fossero sottoposti alla pena di morte naturale e si condannassero come «Banditi, diffidati e forgiudicati» quanti «per una sola volta, benchè non armati, e soli», avessero commesso furti di strada pubblica «eccedendo il valore di dieci carlini, o sia in robe, o in denari». Nel testo si precisava inoltre che furti di strada pubblica si consideravano anche quelli commessi fuori delle città in taverne, case, masserie e pagliai quando lo fossero «pensatamente, e in comitiva almeno di due altri».

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

successori di Carlo. Ma non mancava di richiamare il *consensus populi* e il *contrarius usus* dei tribunali[310]. Che erano tuttavia dispositivi prettamente giurisprudenziali. Infatti, erano pur sempre i giuristi, attraverso collaudati dispositivi tecnici e ideologici, a ritenersi interpreti del consenso popolare, ossia a dare voce a un popolo disincarnato e privo di determinazioni storiche concrete. Non era un caso che Rapolla, invece, avesse citato l'inosservanza del capitolo angioino come vicenda paradigmatica dell'eversione legislativa[311].

L'autore della *Difesa della giurisprudenza* aveva polemizzato con il lassismo della dottrina giuridica pratica, a suo avviso responsabile di dare voce a interessi particolaristici a scapito del bene comune. Al contrario, anche nel trattare della correità nel delitto di furto, Briganti polemizzava con l'eccessiva severità di una parte della dottrina. Ad esempio, egli precisava che bisognava distinguere a seconda che l'aiuto fosse prestato al ladro prima, durante o dopo il furto. Nel primo caso i giuristi erano accorsi «a folla» ad aderire alla dottrina di Bartolo secondo cui non vi doveva essere alcuna differenza fra la pena a cui andava assoggettato il correo e quella a cui andava sottoposto il ladro principale. I giuristi avevano aderito a quell'opinione «come le gru a torme a torme». Ma non era mancato chi aveva francamente riconosciuto che essi, seguendo un autore severissimo come Bartolo, avevano perso l'anima[312].

Secondo Briganti si poteva condannare l'ausiliatore alla stessa pena del ladro principale solo quando senza il suo aiuto non sarebbe stato possibile commettere il delitto. Ma se l'aiuto era stato fornito con un atto remoto, come rendendo noto al ladro «il modo, il tempo, il luogo, e l'occasione di rubare», l'ausiliatore doveva essere sottoposto a una più mite pena straordinaria. E mentre andava sottoposto alla stessa pena del ladro principale chi gli prestava aiuto nell'atto stesso del furto, doveva essere sottoposto a una pena minore chi prestava aiuto al ladro dopo il furto, ad esempio aiutandolo a scappare o nascondendolo o attraverso la ricettazione della cosa rubata.

Così concludeva Briganti: «è vero, come lo è senza meno, che le pene si devono raddolcire, e non esasperare, […] e mai irrogarsi pena ordinaria, se

[310] T. Briganti, *Del furto*, cit., § III, n. 45, p. 207.

[311] Rapolla aveva scritto che spesso i sovrani legiferavano per abrogare consuetudini che disapprovavano. Ad esempio, Carlo I d'Angiò era intervenuto per abolire la consuetudine, largamente diffusa in Italia, di non punire il furto con la pena di morte se non vi concorresse una 'qualità aggravante'. Perciò, secondo lo studioso, la dottrina, in ossequio alla *voluntas principis*, non avrebbe potuto subordinare l'inflizione della pena di morte per furto all'esistenza di 'qualità aggravanti': non era lecito ritenere consuetudine un'errata interpretazione della legge. Cfr. F. Rapolla, *Difesa della giurisprudenza*, Napoli 1744, pp. 65-66.

[312] T. Briganti, *Del furto*, cit., § III, nn. 59-60, p. 210.

HISTORIA ET IUS - 15 DICEMBRE 2020 - DOI 10.32064/19.2021.01 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 1

non quando si addita e comanda dalla legge, non dipendendo questo genere di pene dal dispotismo del giudice, ma dall'autorità della legge […]. Ed a verun giudice è lecito stravagare fuori de' segnati cancelli, ma contento esser dee delle pene dalle leggi costituite […]; e come che pena estrema non leggesi ordinata contro gli approvatori del furto nel corpo delle nostre leggi, non può egli affatto ugualmente punire gli approvatori del furto, come punisce il ladro principale, ed i veri ausiliatori, che sono causa immediata del furto; ma restagli solamente l'uso delle pene arbitrarie, di cui può servirsi il giudice qualora *in jure* non ritrovisi certa e determinata pena definita»[313]. Qui la mitezza veniva fondata sull'ossequio alle leggi. Ma a renderla operante era un dispositivo endogiurisprudenziale.

Un punto di vista che sintetizzava appieno la cifra dell'elaborazione scientifica di Briganti: il convivere, nella sua opera, di una forte spinta verso la valorizzazione del momento legislativo e di un altrettanto massiccio impiego di tecniche ermeneutiche e di dispositivi concettuali mutuati dalla tradizione del diritto comune. Una convivenza che sarebbe fuorviante leggere come emblema di una contraddizione. Essa era piuttosto attestazione dello sforzo di un intellettuale innegabilmente partecipe delle tensioni riformatrici della sua epoca di far valere, con gli strumenti a disposizione nel tempo in cui si trovò a operare, una linea di rinnovamento in una materia cruciale quale era quella della repressione penale. La tortuosità dei percorsi era imposta dalle condizioni storiche: ma in quei sentieri accidentati si stagliava in maniera nitida una prospettiva la cui sostanziale coerenza appare difficilmente discutibile.

[313] Ivi, § III, nn. 62-69, pp. 211-212.