

«L'ECCEZIONE PERMANENTE».
SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE SUI CARATTERI COSTITUTIVI
DELL'ORDINAMENTO PENALE NAPOLEONICO¹.

Stefano Solimano
Università Cattolica del Sacro Cuore
stefano.solimano@unicatt.it

Abstract: Con il presente saggio si intende evidenziare come la strategia napoleonica *in criminalibus* non si esaurisca nel pur severo codice penale del 1810. Accanto ad esso, secondo un disegno concepito da Napoleone fin dalle origini, si collocano altri due livelli di repressione, apparentemente più nascosti. Intendiamo alludere in primo luogo ai tribunali speciali istituiti nel 1801 per far fronte al dilagare del brigantaggio e che sarebbero stati successivamente incastonati nel tessuto stesso del codice di procedura penale. L'ulteriore livello di repressione sarebbe emerso ufficialmente solo nel 1810 con l'istituzionalizzazione della detenzione nelle *prisons* di Stato. Ci troviamo di fronte a strumenti concepiti per potenziare la già di per sé possente azione punitiva, livelli di repressione destinati *pour cause* a dissolvere il sistema di garanzie sigillate nel codice penale e in quello processuale. È opinione dell'autore che la cifra dell'ordinamento repressivo napoleonico vada colta, appunto, nella sua unitarietà.

Parole chiave: ordinamento repressivo napoleonico; codice penale 1810; corti speciali; prigionieri di stato

Sommario: 1. Prologo – 2. Sullo sfondo del *code pénal*: contesto antropologico e giusfilosofico (1794-1810). – 3. La strategia repressiva di Napoleone (1801-1810). – 3.1 Il *code pénal* quale “*pacte de guerre*”. – 3.2. Dai Tribunali speciali (1801) alle Corti speciali (1808). Benjamin Constant *versus* Portalis. – 3.3. Il ritorno della Bastiglia.

¹Si ringrazia la redazione per aver qui accolto una nuova versione del saggio che è stato pubblicato con il medesimo titolo negli Studi in onore di Mario Romano, vol. IV, Napoli 2011, p. 2933-2964.

«Le système étroit qui ne permet aux juges de condamner que d'après une disposition qui qualifie formellement de crime ou de délit le fait qu'on leur défère, a *les plus graves inconvénients: tout ce qui n'a pas été prévu demeure impuni.* [...] Avec des lois qui entravent l'action de la justice, je suis obligé de rechercher moi-même les désordres capables de troubler l'Etat et de les réprimer arbitrairement».

Napoléon, Conseil d'Etat, Séance du 4 janvier 1811, *Discussion relative à l'application de l'art. 207 du Code Pénal aux ecclésiastiques qui, au mépris des lois de l'Etat, entretiennent des correspondances illicites avec le Pape*, in G. Loqué, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou commentaire et complément des codes français*, Paris 1832, XXX, pp. 316-317, corsivi nostri.

«Puisque la cour spéciale doit être permanente et universelle, elle doit faire partie du code général; elle doit, comme exception, se trouver à côté de la règle, parce que, ici, l'exception est permanente et durable comme la règle elle-même».

Du titre VI du livre II du code d'instruction criminelle, fait par M.Réal, conseiller d'état et orateur du gouvernement, dans la séance du corps législatifs du 5 décembre 1808, in Loqué, *Législation civile et criminelle* cit., 14 (ed. Bruxelles 1836), p. 309.

1. *Prologo.*

Il codice penale del 1810 non ha entusiasmato davvero né i contemporanei, né i penalisti e nemmeno gli storici del diritto². Nato sotto il segno

² Le celebrazioni del primo centenario del *code pénal* erano avvenute un po' in sordina, stando a quanto riferiva il Leroy nel 1911: «le code pénal n'a pas frappé l'imagination des contemporains et la postérité, à laquelle ses rédacteurs ont souvent fait appel, lui a laissé le rang subordonné que les circonstances du temps lui avaient imposé. C'est modeste-

dell'emergenza, la «macchina da guerra del cesarismo napoleonico»³ non può vantare quei caratteri di eccellenza tecnico-scientifica che sono stati riconosciuti alla ben più famosa *masse de granit*. Al di là di tutto, esso è stato pur sempre salutato come un codice che ha accolto il canone archetipico della nostra civiltà giuridica occidentale⁴, vale a dire il principio di legalità⁵. Orbene, se questo è vero, è altrettanto vero che guardare al solo codice penale ritenendo di cogliervi la cifra unitaria dell'ordinamento penalistico d'età napoleonica costituirebbe un'operazione storicamente non corretta. Il legislatore ha infatti edificato più livelli di repressione, concepiti per potenziare la già di per sé possente azione punitiva, livelli destinati

ment, par un banquet et deux courtes conférences de M. Sabatier et de M. Garraud, que la Société des prisons a célébré, il y a quelques mois, un centenaire prématuré sans aucune des pompes qui entourèrent, en 1904, celui du Code Napoléon»: M. Leroy, *Le centenaire du code pénal*, « La revue de Paris », 1 (1911), pp. 571-572. Cfr. J. M. Carbasse, *Etat autoritaire et justice répressive: l'évolution de la législation pénale de 1789 au Code de 1810*, in *All'ombra dell'aquila imperiale*, Roma 1994, p. 312.

³ A. Cavanna, *Il codice penale napoleonico. Qualche considerazione generalissima*, in *Codice dei delitti e delle pene pel regno d'Italia (1811)*, ristampa anastatica, con scritti raccolti da S. Vinciguerra, Padova 2002, p. XIII.

⁴ Il Pradel, riferendosi alla circostanza che l'art. 4 del codice penale francese del 1810 abbia accolto il principio di legalità, considera siffatto testo come «un compromis entre le droit monarchique et le droit révolutionnaire»: J. Pradel, *Droit pénal général*, 16 ed., Paris 2006, p. 91. Muovendo dalla necessità di storicizzare siffatto principio (che, com'è noto può essere declinato anche entro una prospettiva statualistica: è il caso, ad esempio, del codice penale austriaco del 1787 di Giuseppe II: v. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975, p. 250) il Costa ha osservato, all'interno di una prospettiva di lunga durata, che «in tutto l'arco della civiltà liberale (dai suoi esordi fino alla crisi novecentesca) il principio di legalità è sì, un indispensabile punto di riferimento, ma è al contempo il polo di un campo di tensione che ha all'altro estremo la fatale attrazione del potere per la logica dell'eccezione. È appunto su questo fragile gioco di equilibrio, su questa improbabile armonizzazione dei contrari che la civiltà liberale si regge» (P. Costa, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), I, p. 9). Quanto al problema dell'eccezione, in una prospettiva di ancor più lunga durata, cfr. la ricostruzione di M. Meccarelli, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica*, «Quaderni storici», XLIV, 2 (2009), pp. 493-521; v. M. Sbricoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, 14. *Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, p. 487 e segg.

⁵ M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano 2004, I, pp. 30-31.

pour cause a dissolvere il sistema di garanzie sigillate nel codice penale e in quello processuale. Intendiamo riferirci ai tribunali speciali — istituiti nel 1801 e successivamente incastonati nel tessuto connettivo del *code d'instruction criminelle* del 1808/1811 — e alla prassi della detenzione amministrativa (un ritorno alle *lettres de cachets*, è stato giustamente osservato) introdotta à *pas de lous*, come direbbero i Francesi, con un decreto del 1810.

2. *Sullo sfondo del code pénal: il contesto antropologico e giusfilosofico (1794-1810).*

«Que de choses dans une loi!»

J. Bentham, *Traité de législation civile et criminelle*, Paris, 1802, I, p. XXV.

Potrà apparire singolare che la nostra indagine muova da alcune riflessioni sull'ambiente non solo politico ma anche culturale, filosofico e finanche antropologico che caratterizza il periodo che corre dal 1794 al 1810. Ci sembra che prescindere da tale aspetto significherebbe restituire in maniera assai parziale *l'esprit* dell'ordinamento penalistico napoleonico. L'opzione del triplice livello di repressione non si spiega esclusivamente alla luce del desiderio di normalizzazione di una società effettivamente infestata da un'endemica criminalità, da bande di malfattori che depredano le campagne a man salva, prima fra tutte la famigerata *Bande d'Orgères*⁶. E nemmeno si giustifica solo sulla scorta della *volonté puissante* di Napoleone (e della sua *volonté de puissance*)⁷. Risulterebbero bastevoli già questi

⁶R. Cobb, *Reactions to the French Revolution*, Oxford, 1972, (éd. it. Adelphi 1990), Cap. V; B. Schnapper, *Compression et répression sous le Consulat et l'Empire*, «Revue historique de droit français», LIX (1991), p. 23; v. ora R. Martucci, *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all'Impero 1789-1810*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), I, p. 256 e segg.

⁷L'espressione è dell'immaginario civilista Jean Carbonnier tratta da un saggio risalente agli anni Ottanta del Novecento, non a caso riproposto nel volume celebrativo del secondo bicentenario del *code civil*: J. Carbonnier, *Le code civil*, in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris 2004, p. 21: «Puissante volonté, volonté de puissance: le Code civil s'est inséré dans le dessein politique d'un gouvernement autoritaire».

due elementi, non lo neghiamo. Eppure va tenuto in debito conto che sullo sfondo della scena si muove una società profondamente segnata dal regime del Terrore, una società che ha perso ogni ardore riformistico e che, ancor peggio, ha maturato una concezione dell'essere umano radicalmente pessimistica. Se compulsiamo la produzione scientifica di quest'ora storica, oppure se analizziamo i discorsi degli oratori che si succedono alla tribuna delle assemblee — fatta la tara per i giacobini incipriati, i politici voltagabbana che ora sono pronti a servire il potente di turno (Merlin *in primis*, finissimo giurista durante l'*ancien régime* che ha saputo prestare la sua *prudencia iuris* per confezionare la legge sui sospetti, adesso dedito ad alfabetizzare giuridicamente il novello Giustiniano in gran segreto⁸) — si ricava un'immagine fedele del fenomeno che in altra sede abbiamo definito 'disincanto post rivoluzionario'⁹. *Exempli gratia*, Siméon, deputato e futuro codificatore, ammonisce a non lasciarsi irretire dalla «[...] séduisante douceur d'une philosophie abstraite qui voit les hommes comme elle voudrait qu'ils fussent... et qui ne les voit pas tels qu'ils sont»¹⁰. I discorsi di Rousseau, che ipotizzava uno stato di natura caratterizzato dall'intrinseca bontà dell'uomo, il mito del buon selvaggio sono considerati imprudenti e ingenua *rêveries*¹¹. L'assioma roussoviano in base al quale l'uomo è cattivo perché cattive leggi lo hanno desocializzato sicché buone leggi lo risocializzeranno è considerato adesso non tanto utopistico quanto profondamente erroneo. Il processo da seguire è semmai l'inverso. A considerare l'uomo nello stato di natura esso appare, per impiegare le parole di due professionisti della

⁸ Sulla figura di Merlin v. H. Leuwers, *Merlin de Douai, un juriste au temps des Révolutions (1754-1838) Contribution à l'étude du premier libéralisme conservateur*, Arras 1994, pp. 235-290.

⁹ Ci si permetta qui e nelle pagine successive il rinvio al nostro lavoro: S. Solimano, *Verso il Code Napoléon. Il Progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, 1998, *passim*.

¹⁰ Siméon, 18 germinal an V, *Archives Nationales*, Paris, AD XVIII C 396.

¹¹ Era invece Machiavelli, ch'era vissuto «au milieu des troubles politiques» e che aveva visto «les hommes ignorants, fanatiques, intéressés, tels qu'ils seront jusqu'à la consommation des siècles, et dans tous les pays», ad aver colto nel segno: «Ce sont ces hommes-là que vous êtes appelés à gouverner; et non pas ceux de Jean-Jacques»: Horace Say, 10 frimaire an V, *Décade philosophique*, p. 443

giustizia che occuperanno posti di primo piano nell'alta burocrazia napoleonica, come «un état de misère, d'imbecillité, de déraison»¹² e di conflittualità. Il selvaggio è un uomo tutt'altro che mite, scrive Bernardi, futuro capo di divisione della sezione civile del Ministero della Giustizia, in un passo che vale la pena riprodurre nella sua interezza, significativamente intitolato «De la véritable nature de l'homme»:

«Quand on quitte les régions ténébreuses de la Philosophie, et que, mettant de côté tous les rêves qu'elle nous débite sur la bonté naturelle des hommes, on les considère tels que l'expérience les a montré de tous les tems, la scène devient bien différente [...]. Il est donc à peu-près évident que l'homme dégagé des liens de la civilisation doit être un animal bien féroce et bien terrible [...] Pour apprivoiser les hommes on eût sans doute besoin les mêmes moyens qu'on a employés depuis pour apprivoiser les animaux sauvages. Il fallut les lier, les emmuseler, les accoutumer peu à peu à voir leurs semblables sans les mordre ou les dévorer»¹³.

¹²A. Perreau, *Etudes de l'homme physique et moral considéré dans ses différents âges*, Paris 1797, p. 367 n. 30.

¹³J. E. Bernardi, *De l'influence de la philosophie sur les forfaits de la Révolution*, Paris 1800, p. 44, p. 45 p. 49. E dire che dodici anni prima egli non aveva esitato ad affermare che «le vrai but de la nature est donc que les hommes vivent en société, pour s'y secourir mutuellement et pour perfectionner les facultés qu'elle leur a données, et au développement desquelles elle attache leur félicité. Ceux qui nient l'existence de cette première Loi, et qui voudroient renvoyer les hommes dans les forêts, raisonnent aussi sensément que s'ils proposoient de faire habiter les villes par les lions ou par les ours»: *Principes des Loix criminelles suivis d'observations impartiales sur le droit romain*, Paris 1788, pp. 5-6: v. Solimano, *Verso il code* [nt. 9], pp. 92-96. In questa direzione già Perreau: «le sauvage est généralement l'homme d'une nature dégradée, misérable, souffrante, vouée tantôt à une stupidité absolue, tantôt au délire de l'imagination la plus extravagante: voilà pour le moral; et généralement pour le physique, déformé souvent d'une manière hideuse. Quelques efforts que l'on a fait depuis long tems pour embellir cet état, convenons donc de bonne foi que ce n'est pas là qu'il faut prendre nos modèles de régénération, quoi qu'il en soit des choses dignes d'estime et d'admiration que nous y pouvons quelquefois remarquer»: Perreau, *Etudes* [nt. 12], p. 157.

Addomesticare l'essere umano, mettergli la museruola... Un congedo da Rousseau e, ahimè, un chiaro approdo alla visione «lupesca» di Hobbes, noterebbe qui Adriano Cavanna¹⁴.

A questo quadro, di per sé sconfortante, si aggiunge un altro elemento che rende il clima ancora più cupo. Siffatto pessimismo antropologico si viene a innestare infatti sulle speculazioni filosofiche di Pierre George Cabanis e di Jeremy Bentham (sia pur mediato attraverso la traduzione del suo divulgatore Etienne Dumont¹⁵), concezioni che accreditano un'immagine pavloviana dell'essere umano e una rappresentazione della sua libertà interiore quale chimica di sensazioni¹⁶ e che sostanzialmente giungono a suggerire l'immagine dell'uomo quale puro mezzo nelle mani di un legislatore onnipotente¹⁷. L'uomo appare loro come un essere total-

¹⁴ A. Cavanna, *Onora il padre. Storia dell'art. 315 cod. civ. (ovvero: il ritorno del flautista di Hamelin)*, ora in *Scritti. (1968-2002)*, [Università Cattolica del Sacro Cuore Milano, Istituto giuridico, *Raccolte di Studi*, 3] II, Napoli 2007, p. 823.

¹⁵ Su quest'aspetto e per la bibliografia Solimano [nt. 9], p. 64 segg.; v. ora C. Blamires, *The French Revolution and the creation of Benthamism*, Houndmills, New York, 2008.

¹⁶ V. *infra* nota

¹⁷ Influenzato dal sensismo ed in virtù della sua formazione scientifica di medico, Cabanis persegue l'obiettivo di coniugare filosofia, medicina e fisiologia, approdando, come risultato finale delle proprie ricerche, ad una concezione antropologica riduzionistica e materialistica. Pur proclamandosi debitore dei suoi numi ispiratori (Helvétius, Condillac, Cartesio, D'Holbach e La Mettrie) egli rimprovera loro di aver elaborato concezioni filosofiche caratterizzate da una eccessiva astrattezza. Ciò che fa difetto alle loro teorizzazioni è, in sostanza, un'indagine sperimentale rigorosa. In altri termini, l'intraprendente *idéologue* è intenzionato a verificare "sul campo" ciò che i maestri del sensismo hanno formulato solo in via ipotetica. Un'indagine esclusivamente esperienziale anche nell'ambito della morale può condurre a risultati scientificamente accettabili. E unicamente uno studio della natura umana fondato sull'*analyse* (vero e proprio «slogan *idéologique*») e sull'*évidence* può legittimare la pretesa di giungere a risultati matematicizzabili e ripetibili. Di qui il proposito di scrivere un nuovo *Traité des sensations*. L'uomo di Cabanis per certi aspetti si avvicina a quello rappresentato da La Mettrie e da Condillac, poiché agisce in quanto mosso dalle sollecitazioni del mondo esterno; per altri se ne discosta, in quanto appare influenzato anche – ed è questa la novità – dalle sensazioni che gli organi interni esercitano sul corpo. Né statua, né macchina: per Cabanis ogni fenomeno dev'essere ricondotto alla fisicità. In questa prospettiva, gli stessi sentimenti, come l'amore e la simpatia, derivano da «un mélange d'influence organique directe, qui semble indépendante de la réflexion». Ma se il comportamento dell'uomo appare assolutamente prevedibile e meccanicamente necessari-

mente subordinato alle leggi naturalistiche della causalità, quale creatura mossa in primo luogo dalla ricerca del piacere e soggetto di una condotta macchinale prevedibile e quantizzabile, e di tali evidenze il legislatore non può non tenere conto. Egli infatti è chiamato a programmare secondo artificiali schemi prestabiliti la condotta degli individui. Cabanis osserva come «sous ce point de vue que l'étude physique de l'homme est principalement intéressante; c'est là que le philosophe, le moraliste, le législateur, doivent fixer leurs regards, et qu'ils peuvent trouver à la fois et des lumières nouvelles sur la nature humaine, et des vues fondamentales sur son perfectionnement»¹⁸. E Bentham lo segue sulla stessa via. «Veiller à l'éducation d'un homme signifie veiller à toutes ses actions: c'est le placer dans une position où l'on peut influer sur lui comme on le veut, par le choix des objets dont on l'entoure et des idées qu'on lui fait naître»¹⁹. E ancora: «les

tato, quale può essere il margine ed il ruolo dell'educatore e, ciò che a noi più interessa, quello del legislatore? Orbene, Cabanis lascia aperta una breccia nel muro del suo determinismo: egli osserva che la condotta dell'uomo può variare in base al clima, al sesso e soprattutto in base all'*habitude*. L'essere umano dunque, proprio perché «singulièrement disposé à l'imitation», è infatti generalmente portato ad imitare e a reiterare determinati comportamenti. E la ripetizione costante di questi comportamenti da parte sua produce, secondo Cabanis, una conseguenza fondamentale a livello fisico e cioè una trasformazione nell'«état de la sensibilité des différens organes». Pertanto, il maestro per il tramite delle pratiche pedagogiche ed il legislatore attraverso la tecnica legislativa possono educare e governare l'uomo condizionandone le abitudini. Queste a loro volta agiscono sugli organi interni dell'individuo, determinando una loro modificazione morfologica; gli organi interni, infine, producono correlative manifestazioni psichiche, come il pensiero o il sentimento. V. S. Moravia, *Il pensiero degli idéologues, Scienza e filosofia in Francia (1780-1815)*, Firenze 1974, pp. 8-288; Solimano [nt. 9], pp. 61-66.

¹⁸ *Considérations générales sur l'étude de l'homme, et sur les rapports de son organisation physique avec ses facultés intellectuelles et morales*, in *Mémoires de l'Institut national des sciences et arts Sciences morales et politiques*, Paris, an VI, I, p. 67.

¹⁹ J. Bentham, *Panoptique*, in *Traité de législation civile et pénale*, III, Paris, 1802, p. 212. Su questo aspetto v. M. A. E. H. El Shakankiri, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris 1970; C. Laval, *Jeremy Bentham, Le pouvoir des fictions*, Paris 1994, p. 16. Lo Shakankiri giunge ad affermare che «Bentham définit donc l'homme, par la division, comme un *animal raisonnable*. Le terme *animal* désigne ici un ensemble de qualités bien connues. Ce sont les qualités de tous les animaux machines qui sont régis, comme le chien de Pavlov, par la loi du désir et de la satisfaction du désir, ou encore, par les lois du réflexe conditionné. Le terme *raisonnable*, à lui seul, ne veut rien dire. La raison n'existe pas pour

sensations des hommes sont assez régulières pour devenir l'objet d'une science et d'un art»²⁰. In sostanza, l'uomo è una marionetta, il legislatore un Grande Burattinaio²¹.

Il nostro discorso non avrebbe senso — si tratterebbe di erudizione fine a se stessa — se queste teoriche non avessero riscosso un indubbio successo tra i giuristi. Ci limitiamo ad una sola citazione, fra le tante possibili. Il passo che riproduciamo esce dalla penna di un criminalista, Scipion Bexon, autore di un grosso trattato *in folio* intitolato *Application de la théorie des lois à l'homme considéré dans ses penchants et dans ses passions ou droit primitif des sociétés et à leur droit particulier ou Code criminel*, pubblicato a Parigi nel 1807:

«Il semblerait que l'observation physique de l'homme ne doit appartenir qu'à la science de la médecine ou de la physiologie; la considération de l'homme intellectuel à la philosophie, à la science de la métaphysique, et qu'il suffise à l'étude de la morale et à la science de la Législation de l'examiner dans l'état social, et de le suivre dans ses actions, sans chercher à en connaître les causes. C'est d'après *cette grande erreur*, que beaucoup de moralistes et de Législateurs ne s'attachant qu'à la superficie de l'homme, *sans étudier les secrets et les variétés de son organisation, les principes de ses facultés intellectuelles et la génération de ses idées*, ont écrit leurs maximes et dicté

Bentham, nous le savons, en tant que telle...» (*ibidem*, p. 197). V. anche F. Zanuso, *Utopia e Utilità, Saggio sul pensiero filosofico-giuridico di Jeremy Bentham*, Padova 1989, pp. 37-38 e p. 158, laddove la studiosa afferma che «scopo della sanzione secondo Bentham è il soggiogare le passioni comuni per realizzare un'ottemperanza meccanica e pertanto effettiva alle disposizioni normative»; v. pure J.-M. Varaut, *L'utilitarisme de Jeremy Bentham prémisses et mesure de la justice pénale*, «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», (1982), p. 263 e segg.; P. ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Paris 1990, pp. 120-121; J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, 1991, p. 49; D. Baranger, *Bentham et la codification*, «Droits», 27 (1997), pp. 17-38. Importanti valutazioni sulla concezione benthamiana nel contesto d'origine in P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano 1974, ai nostri fini, pp. 361-370. V. anche il già citato volume del Blamires, *The French Revolution* [nt. 15], *passim*.

²⁰ J. Bentham, *Principes du code civil*, nei citt. *Traité de législation* [nt. 19], II, p. 18.

²¹ Solimano [nt. 9], p. 66.

leurs lois; tandis que la connaissance de l'homme dans toutes les parties de son organisation physique et morale, et des différences qui s'y rencontrent, appliquée à leurs effets, dans les diverses actions de la vie, est une seule et même science en morale et en législation, parce que toutes ces facultés agissant, simultanément, les unes sur les autres, se modifient mutuellement, concourent ensemble à la détermination des actions de l'homme dans tous les temps de la vie et dans toutes les circonstances; parce qu'elles produisent, par leurs différents combinaisons, la diversité des dispositions, la nature de ses penchans, l'intensité des passions»²².

Nulla, meglio del giudizio di questo criminalista, potrebbe rendere evidente l'avvenuta recezione dell'approccio sensista nel *milieu* dei giuristi. E che si tratti davvero di una recezione del pensiero di Cabanis e di Bentham e non solo di un influsso filosofico più risalente, come quello elveziano o empiristico di marca anglossassone, lo ricaviamo dall'introduzione all'opera nella quale il Bexon, oltre a rivelare le proprie fonti, si profonde in un elogio di Cabanis e delle sue indagini scientifiche:

«On trouvera, dans cette Introduction, plusieurs idées d'écrivains célèbres, tels que Montesquieu, *Bentham*, Filangieri, Blackstone, exposition de la doctrine de Gall, sans nom d'auteur, Pastoret et *Cabanis dont le bel ouvrage des Rapports du physique et du moral de l'homme, est loin d'être étranger aux principes de la Législation*, et à l'auteur duquel je me plais à offrir l'hommage de ma reconnaissance, par l'obligeance avec laquelle il m'a permis d'en faire usage»²³.

Come si vede, ai suoi occhi le scoperte di Cabanis e di Bentham sono imprescindibili per i giuristi e per il legislatore: quest'ultimo deve prendere

²² S. Bexon, *Application de la théorie des lois à l'homme considéré dans ses penchans et dans ses passions ou droit primitif des sociétés et à leur droit particulier ou Code criminel*, Paris 1807, p. i. Su questo criminalista v. M. Da Passano, *Una fonte d'ispirazione per il codice penale piombinese: il progetto di Bexon per il Re di Baviera*, in *Codice penale per il Principato di Piombino (1808)*, Ristampa anastatica, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 2000, LXIX-CXIV; Id., *Un'«istituzione morale approvata dalla virtù»*. *Bexon e il tribunale di correzione paterna*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXII (2002), pp. 427-451.

²³ Bexon, [nt. 21], *ibidem*.

atto che è chiamato a pianificare e guidare la condotta dei cittadini-individui sfruttandone gli automatismi psichici.

Dobbiamo sostare ancora un momento su queste concezioni giusfilosofiche, con particolare attenzione a quella di Bentham, poiché, com'è noto, l'Utilitarista dedica non poche energie al problema della questione penale e perché le sue proposte si accordano perfettamente alle attese di coloro che dalla caduta di Robespierre vanno predicando una riforma del sistema criminale²⁴.

La prima sintetica traduzione in francese della concezione penalistica benthamiana risale al 1797. L'aspetto interessante della vicenda è rappresentato dalla circostanza che tale traduzione viene collocata in appendice alla quinta edizione della traduzione del trattato di Beccaria. Il giurista inglese viene percepito come il perfetto continuatore delle teorie del giusfilosofo milanese. L'editore Roederer esordisce in questo modo:

«les tables de Jérémie Bentham que nous avons imprimées à la suite, sont une précieuse esquisse d'un magnifique travail. Elles se trouvent là tout à fait à leur place, car elles paraissent avoir été rédigées pour l'accomplissement des vues de Beccaria»²⁵.

Si tratta di un clamoroso abbaglio quello di Roederer? Oppure Beccaria viene scientemente utilizzato per avallare le nuove esigenze repressive propagandate da Bentham? La risposta non è né semplice, né agevole. Sappiamo bene che il trattatello beccariano è concepito entro una prospettiva dichiaratamente utilitaristica, ma d'altra parte sappiamo anche che Beccaria non infrequentemente corregge il tiro, allorché si accorge che un'impostazione radicalmente utilitaristica verrebbe a mortificare principi

²⁴ Sulla diffusione della concezione benthamiana in Francia v. *retro nota*

²⁵ *Traité des délits et des peines par Beccaria; traduit de l'italien par André Morellet; nouvelle édition corrigée; précédée d'une Correspondance de l'Auteur avec le Traducteur; accompagnée de notes de Diderot; et suivie d'une Théorie des lois pénales, par Jérémie Bentham; traduite de l'Anglais par Saint-Aubin*, Paris, De l'Imprimerie du Journal d'Economie Publique de Morale et de Politique, 9, An V-1797. Solimano [nt. 9], pp. 71-72, p. 150 n.147 e p. 228.

di giustizia. Certo, non mancano fallenze nell'opera beccariana, come hanno rilevato lo Sbriccoli²⁶ e il Cavanna²⁷, tuttavia Beccaria è pur sempre in grado di rendersi conto che non sempre ciò che è utile è anche giusto. Bentham invece, dal momento che non fa altro che potenziare a dismisura la dimensione dell'Utile, appare sordo ai *caveat* del suo mentore. Se è in questo che si sostanzia l'*accomplissement* della teoria di Beccaria compiuto da Bentham a cui allude Roederer, allora non possiamo dar torto a quest'ultimo. Nella misura in cui, beninteso, perfezionamento significhi allineamento rigido alla dirittura utilitaristica.

Com'è noto, il giusfilosofo inglese avanza una concezione della pena ispirata alla logica della difesa sociale e dell'intimidazione. La « *punition doit être économique et exemplaire* » scrive nel 1797²⁸. Nel 1802, si perita di precisare in che cosa si sostanzia l'esemplarità:

«Rendez vos peines exemplaires, donnez aux cérémonies qui les accompagnent une sorte de pompe lugubre. Appelez à votre secours tous les arts imitatifs, et que les représentations de ces importantes opérations soient parmi les premiers objets qui frappent les yeux. Un échafaud tendu de noir, cette livrée de la douleur — les officiers de la justice en habit de deuil — l'exécuteur revêtu d'un masque qui serve à la fois à augmenter la Terreur et à dérober celui qui le porte à une indignation mal fondée des emblèmes du crime placés sur la tête du criminel, afin que les tèmoinis de ses souffrances soient instruits du délit qui les lui attire. Que tous les personnages de ce drame terrible

²⁶ M. Sbriccoli, *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale*, in *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, ed. M. Porret, Genève, 1997, ora pubblicato in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia, Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, 2009, pp. 396-397.

²⁷ A. Cavanna *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Milano 2005, pp. 201-202, p. 210 e p. 220.

²⁸ *Traité des délits et des peines par Beccaria; traduit de l'italien par André Morellet; nouvelle édition corrigée; précédée d'une Correspondance de l'Auteur avec le Traducteur; accompagnée de notes de Diderot; et suivie d'une Théorie des lois pénales, par Jérémie Bentham* [nt. 25], p. 204.

se meuvent dans une procession solennelle — qu'une musique grave et religieuse prépare les coeurs»²⁹.

Di primo acchito, nulla di particolarmente sorprendente: Bentham non sembra far altro che recuperare il collaudatissimo principio del castigo esemplare³⁰. La novità risiede piuttosto nel fatto che il discorso sia supportato da asserite rigorose premesse scientifiche e che sia pensato per una società atomizzata perfettamente etero-dirigibile. V'è di più: siffatta teorica, lo si è detto poc'anzi, incontra non poca fortuna proprio perché si viene a porre in perfetta sintonia con le attese di quei politici e giuristi che reclamano una riforma del diritto penale. Proprio così. Il codice del 1791 (il primo codice penale varato dall'assemblea rivoluzionaria)³¹ è considerato inadatto a respingere la criminalità e presenta il difetto, ai loro occhi, di essere stato concepito partendo da un'errata concezione dell'essere umano. Allorché nel 1796 viene introdotta la figura del tentativo di delitto come figura autonoma³², il relatore Pastoret indica la filosofia che deve guidare il legislatore: «Une grande pensée occupa l'assemblée constituante quand elle proscrit la perpétuité des peines. Elle compte sur la puissance du repentir: la commission n'a pas pu résister encore à cette espérance»³³. Oppure l'anno successivo, il deputato Rousseau, che con Jean-Jacques non condivide che una singolare omonimia, non usa mezzi termini: «è con

²⁹ J. Bentham, *Traité de Législation civile et pénale* [nt. 19], III, *Principes du Code pénal*, p. 71.

³⁰ Sulla concezione benthamiana v. *retro nota*

³¹ Sul *code pénal* del 1791 v. H. Rémy, *Les principes généraux du Code pénal du 1791*, Paris 1910, P. Lascoumes, P. Poncela, P. Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris 1989, pp. 63-151, Carbasse, *Etat autoritaire et justice répressive* [nt. 2]., pp. 315-318; Id., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, II ed., Paris, 2006, pp. 416-419; Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, 2, [nt. 27], pp. 474-494; Martucci, *Logiche della transizione penale* [nt. 6], p. 188 e segg.

³² V. R. Isotton, *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli 2006, p. 339 e segg.

³³ *Rapport fait au nom de la classification et de la revision des lois par Emmanuel Pastoret, Sur l'état actuel de la législation pour la répression du vol et du brigandage, et sur quelques erreurs ou quelques omissions de nos lois correctionnelles et pénales*, 25 pluviôse an 5.

l'immagine di una morte cruenta e disonorevole che bisogna colpire il delinquente. Con un salutare terrore»³⁴.

Da non pochi di questi giuristi il codice del 1791 viene presentato, a ragione o torto poco importa, come il frutto della fallace e filantropica teoria di Beccaria. L'autore del *Dei delitti e delle pene* ai loro occhi appare responsabile d'aver contribuito «à affoiblir une vérité, triste si l'on veut, mais que le législateur doit avoir toujours présente à la pensée» e cioè che la società «renferme dans son sein une masse d'hommes, sur qui la civilisation n'a jamais pu avoir d'empire, et qui cherchant sans cesse à briser le joug salutaire des lois, voudroient vivre dans une anarchie, dont les profits ne fussent que pour eux»³⁵. L'opera di Beccaria, insomma, viene ritenuta responsabile di aver prodotto «une imprudente sensibilité»³⁶. Un giudizio condiviso da Portalis, il giurista normotipo napoleonico: «si l'on n'eut point abandonné l'observation et l'expérience, on ne se fut jamais livré à d'aussi vaines théories»³⁷. Nel mondo dei giuristi sembra ergersi Bentham a modello ispiratore. Che poi la teorica del giusfilosofo inglese venga semplificata e accolta sostanzialmente per fondare la 'nuova' filosofia del diritto di punire, mentre sul piano del contenuto, eccezion fatta per l'arsenale repressivo, essa cada sostanzialmente nel vuoto, è un altro discorso³⁸. È

³⁴ Rousseau, 18 floréal an 5, *Archives Nationales*, Paris, AD XVIII C 396.

³⁵ J. E. Bernardi, *Nouvelles Théorie des lois civiles*, Paris an IX, pp. 189-190. Un aspetto non irrilevante di questa vicenda è rappresentato dal fatto che Bernardi rappresenta uno dei giuristi che hanno contribuito a veicolare il pensiero di Jeremy Bentham: Solimano [nt. 9], p. 89 e segg.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ J. E. M. Portalis, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII ème siècle*, ed. Paris 1834, II, pp. 308-309. Sulla figura di Portalis rinviamo, soprattutto per la bibliografia, alla voce del *Dictionnaire historiques des juristes français (XIIe-XXe siècle)*, sous la direction de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin, Jacques Krynen, Paris 2007, pp. 634-636.

³⁸ Bentham, facendo riferimento all'effettiva recezione del suo pensiero in Francia si sarebbe infatti espresso in questi termini: «quoique les Rédacteurs de ces Codes aient cité mes ouvrages, quoiqu'ils en aient emprunté quelques idées, la base de leur travail est l'ancienne Jurisprudence romaine et n'a rien de commun avec le mien. Le Code pénal de Napoléon, ce qu'on a fait de mieux en ce genre, me paroît encore bien loin de ce qu'il devoit être» (17 January 1814, From Etienne Dumont, *The Correspondence of Jeremy*

importante rilevare che, giusta questa prospettiva (antropologica e giusfilosofica), il diritto penale viene concepito dal codificatore unicamente come strumento di controllo sociale. Utile per uno scopo ben preciso: ridurre al minimo i danni che l'uomo può arrecare alla società. Se compulsiamo il *Rapport* di Target al progetto di codice penale del 1801, un discorso che riscuote i più ampi consensi all'interno dei corpi giudiziari e che sarà conservato come '*Discours préliminaire*' del testo definitivo del 1810, rinveniamo una riprova della nostra ipotesi. La reintroduzione delle sanzioni corporali (come la mutilazione per il parricida o il marchio rovente per ladri e falsari) o l'allestimento di un apparato scenico impressionante per l'esecuzione della pena di morte (sanzione ritenuta «encore évidemment nécessaire»³⁹) sono concepiti come misure drasticamente indifferibili e risanatrici: «la patrie, délivrée par la terreur de l'exemple», ci ringrazierà, esclama Target, che appare assolutamente rassegnato a prender atto dei limiti e della precarietà dell'idea che postula un progressivo miglioramento nei secoli dell'umanità⁴⁰. Ai suoi occhi ogni consorzio umano pullula di «âmes dures, sèches, farouches, dénuées d'idées morales», di creature dalle «fibres grossières» che obbediscono unicamente «à leurs grossières sensations»⁴¹. E si badi: Target non è sempre stato un forcaiolo. Nel 1789 si era mostrato un campione dell'umanizzazione dell'arsenale repressivo d'*ancien régime* e aveva guardato al popolo con la sollecitudine di un padre, fiducioso che esso potesse essere guidato verso il bene «avec sagesse et prudence»⁴². Ora, nella popolazione criminale da sottoporsi a tratta-

Bentham, edited by S. Conway, 8 (January 1809-December 1816), Oxford 1988, p. 366. Insomma, un conto è il pensiero originale, altro è l'uso posteriore che ne è stato fatto. Perché Bentham dovrebbe avere un destino diverso di quello di Montesquieu? Una suggestione che ci arriva da G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 296 e segg.

³⁹ *Observations sur le Projet de code criminel, première partie, Délits et peines, présentées par M. Target, membre de la commission chargée de la composition de ce Projet*, in Loqué, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou commentaire et complément des codes français*, cit., XV (ed. Bruxelles 1837), p. 6.

⁴⁰ *Ivi*, p. 8.

⁴¹ *Ivi*, p. 5.

⁴² Solimano [nt. 9], p. 206. V. ora anche J. P. Andrieux, «*En style lapidaire et avec la concision du décalogue*». *Les observations de Target sur le projet de code criminel*, in *Livre du*

mento repressivo non scorge che una «race abatardie [...] dont la régénération se laisse à peine entrevoir»⁴³. Colui che all'alba della Rivoluzione credeva sinceramente nel valore dell'educazione e nella funzione pedagogica della legge, ora ritiene che l'idea di «perfectibilité» sia «rarement applicable»⁴⁴. Essa è divenuta un'idea «presque chimérique»⁴⁵. Bisogna sostanzialmente prendere atto che «les sociétés aux quelles on donne des lois doivent être considérées telles qu'elles sont et non telles qu'elles pourraient être» e soprattutto che «l'efficacité de la peine se mesure moins sur sa rigueur que sur la crainte qu'elle inspire»⁴⁶. Su questo, lo abbiamo anticipato, Target non è un giurista isolato: i magistrati francesi chiamati a compiere delle osservazioni sul testo del progetto ritengono che l'esemplarità della pena sia indispensabile per la difesa sociale⁴⁷. Bastino le parole del Presidente del tribunale di Marsiglia, Ricard D'Allauck:

«Le code pénal est un pacte de guerre, il faut qu'on tremble en le lisant; il faut par humanité que tout y soit terrible, jusqu'au style employé pour sa rédaction»⁴⁸.

Siamo, indubbiamente, all'igienismo sociale⁴⁹.

3. *La strategia repressiva di Napoleone (1801-1810).*

«Le secret du législateur doit être de savoir tirer parti même des travers de ceux qu'il prétend régir»⁵⁰: «l'utile circonscrit tout»⁵¹. Pure Napo-

bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle, ed. Université Panthéon Assas (Paris II), Paris 2010, pp. 55-71.

⁴³ *Observations sur le Projet de code criminel* cit., p. 5.

⁴⁴ *Ivi*, p. 7.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ivi*, p. 7.

⁴⁷ Solimano, *op. cit.* [nt. 9], pp. 153-154.

⁴⁸ *Quelques Observations sur le projet de réunir les tribunaux criminels aux Cours d'Appel*, Paris an XII, p. 12, *Archives Nationales*, Paris, BB 30 527.

⁴⁹ A. Cavanna, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica. Giuseppe Luosi e il diritto penale*, ora in *Scritti* [nt. 14], II, p. 916.

leone sembra essere conquistato dal 'nuovo' credo ideologico cabaniano/benthamiano. E se prestiamo fede a quanto riferisce Bentham a suo fratello, l'autocrate avrebbe apprezzato l'opera del giusfilosofo inglese definendola addirittura «un livre de génie»⁵².

Non ci stupiamo del fatto che Napoleone abbia accolto le speculazioni filosofiche in voga e soprattutto che le abbia piegate a propri fini. È noto come costui, lucido statista-tiranno, sia riuscito a edificare un vero e proprio Stato personale⁵³. Dal momento in cui ha preso le redini del potere ha

⁵⁰ «Le génie de l'ouvrier doit être de savoir employer les matériaux qu'il a sous la main; – osservava Napoleone il 18 luglio 1816 – et voilà, mon cher, un des secrets de la reprise de toutes les formes monarchiques, du retour des titres, des croix, des cordons. Le secret du législateur doit être de savoir tirer parti même des travers de ceux qu'il prétend régir»: *Le Mémoire de Saint Hélène*, Comte de Las Cases, ed. G. WALTER, Paris 1956, I, p. 896.

⁵¹ X. Martin, *Nature humaine et Révolution française. Du siècle des lumières au code Napoléon*, Bouère 1994, p. 237.

⁵² Bentham a suo fratello, 2 ottobre 1804: «Bonaparte had had in his hands Dumonts books. He said to I don't know who 'C'est un livre de génie'» (*The Correspondence of Jeremy Bentham*, ed. J. Dinwiddy, Oxford 1998, 7, n. 1852, p. 281).

⁵³ Che Napoleone abbia dato vita ad una vera e propria dittatura è un giudizio condiviso dalla storiografia: anche da chi, come il Tulard, afferma che si trattava comunque di una 'dittatura à la romaine' (*Napoleone, Il mito del salvatore*, ed. it., Milano 1994, p. 411). Di certo, come hanno osservato L. Bergeron (*Napoleone e la società francese*, Napoli 1975, pp. 9-22), S. Mastellone, (*Storia ideologica d'Europa da Sieyès a Marx*, Firenze 1974, p. 105) e J. Solé (*La Révolution en questions*, Paris 1988, pp. 245-46), la politica interna di Napoleone presenta manifeste ambiguità: l'ultimo dei despoti 'illuminati' riuscì ad essere simultaneamente il fondatore di un «système rationnel et unifié qui nous gouverne toujours»; inoltre, «sans fonder une dictature militaire ni une monarchie classique, il établit un type nouveau de pouvoir concentrant l'autorité dans les mains d'un homme attaché à la modernisation de l'Etat et de la société» (*ibidem*). Nel contempo, Napoleone conservò alcune conquiste della *Révolution*, come il principio dell'uguaglianza civile e il principio di legalità: salvo poi disattenderli nella prassi, come vedremo. J. P. Bertaud, *Le Consulat et l'Empire (1799-1815)*, Paris 1989, p. 5: «Héritier de la Révolution, Napoléon fut parfois un légataire infidèle: il bafoue le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, refuse aux esclaves noirs la liberté et, en dépit de la reconnaissance formelle de la souveraineté nationale, confisque en grande partie l'exercice de la liberté». V. anche A. Cavanna, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, ora nei *citt. Scritti* [nt. 14], II, p. 1190 n. 19, il quale parla di vero e proprio "Stato personale". V. ora N. Petiteau, *Napoléon, de la mythologie à l'histoire*, ed. Paris 2004, ai nostri fini pp. 197-237; Ead., *Les Français et l'Empire (1799-1815)*, Paris 2008, *passim*.

dato mostra di sapere come costruire il consenso attorno a sé e come colpire nel contempo gli oppositori che via via hanno tentato di sbarrare la sua inarrestabile ascesa. Un uomo politico, Napoleone, che ha immediatamente fiutato quale fosse la primaria aspirazione di una società ossessionata dall'incubo di vivere una mobilitazione rivoluzionaria infinita: quella di *tornare alla normalità*. Risponderà per lui Portalis nel 1801, presentando il progetto del codice civile: «aujourd'hui la France respire»⁵⁴. Oggi la Francia, grazie a Napoleone, può tirare il fiato. Certo è che quella francese dell'anno IX della Repubblica non è una società del tutto pacificata. Tra gli elementi che turbano la collettività rientra senza dubbio la questione dell'ordine pubblico. Le campagne, lo si è detto, vengono depredate a man salva da truppe di criminali allo sbando, i cosiddetti *chauffeurs*, le vetture pubbliche sono sistematicamente assaltate, sicché si può ben comprendere come l'allarme sociale stia registrando picchi preoccupanti⁵⁵. D'altra parte Napoleone, scampato miracolosamente all'attentato della 'macchina infernale' ordito dai *royalistes* ma che verrà surrettiziamente attribuito ai *terroristes* per eliminare ogni possibile rigurgito giacobino, deve appunto fare i conti con il problema dei sovversivi. È in tale contesto che allora prende forma la questione penale, una questione che postula da un lato l'istituzione di tribunali speciali, d'altro lato la riforma del codice del 1791. Si tratterebbe dunque di una strategia repressiva progettata per il breve e il lungo periodo: in realtà Napoleone, *ab origine*, ha concepito questi due strumenti da applicare in coppia *à jamais*. Sarà lui stesso a rivelarlo. Prima di approfondire tale aspetto, appare opportuno svolgere qualche rapida osservazione sul codice penale.

3.1. *Il code pénal quale "pacte de guerre"*.

Sappiamo che per Napoleone il codice (e la codificazione) rappresenta, a un tempo, un mezzo di glorificazione del proprio trionfo e un impre-

⁵⁴ J. E. M. Portalis, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du Gouvernement*, in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827, (éd. anast. Osnabrück, O. Zeller, 1968), I, p. 465.

⁵⁵ V. *retro p.*

scindibile *instrumentum regni*⁵⁶. E se il *code civil* è finalizzato a stabilizzare la società civile, il testo penalistico è pensato essenzialmente per blindare il potere costituito e per reprimere il dissenso politico. Che il Primo Console sia particolarmente attento al primo aspetto lo ricaviamo anche da una lettera che il segretario di Stato invia al Ministro della Giustizia, una missiva inedita che abbiamo ritrovato alle *Archives Nationales* di Parigi. Corre il 1804, il progetto del *Code Criminel correctionnel et de police* — un testo che disciplina sia il penale sostanziale, sia la materia processuale —, appena uscito dai torchi dell'*Imprimerie d'Etat*, è pronto per essere distribuito alla magistratura per raccoglierne le osservazioni, così come è stato fatto per il *code civil*. Napoleone ordina di fermare l'invio. Occorre stralciarne una parte:

«Citoyen,

Le Premier Consul a jeté les yeux sur le projet de Code Criminel, correctionnel et de police, dont il a ordonné la communication aux tribunaux d'appel.

Il a pensé que les Chapitres *relatifs à la manière de procéder contre les auteurs ou complices de crimes contre la Constitution [jusqu'] à la mise en jugement des ministres à la Haute Cour; traitent d'objet de haute politique qui ne peuvent être soumis à l'examen et aux observations des tribunaux d'appel, ni livrés sans inconvénients à la discussion, avant un examen préalable de la part du gouvernement. Le premier Consul désire en conséquence que ces trois chapitres ne se trouvent pas dans les exemplaires dont il a ordonné la distribution aux tribunaux et que vous suspendiez l'envoi du projet pour ne lui donner cours, qu'après qu'il aura été cartonné.*

Il juge convenable que vous profitiez de ce délai nécessaire pour faire rédiger un chapitre sur les jugements, et la punition, des délits qui auroient pour objet d'attenter à la vie du Chef de l'Etat»⁵⁷.

⁵⁶ V. P. Grossi, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Il bicentenario del codice napoleonico (Roma, 20 dicembre 2004)*, *Atti dei Convegni Lincei* 221, Roma 2006, p. 26.

⁵⁷ *Le Secrétaire d'Etat au Grand Juge Ministre de la Justice*, (Hugues Bernard Maret a Claude Ambroise Régnier), 18 pluviôse an XII, *Archives Nationales*, Paris, BB 30 185.

Come si vede, Napoleone non vuole che i giudici — nei confronti dei quali, è noto, non nutre molta fiducia⁵⁸, al punto da procedere a due successive epurazioni⁵⁹ — possano mettere il naso nelle materie ad alta densità politica, come nell'ipotesi dei crimini contro la Costituzione e contro il Capo dello Stato. Napoleone non reputa negoziabili le scelte penalistiche in materia di 'alta politica': e questo, forse, dimostra che anche il codice penale *in fieri* nasconde quella volontà di potenza dell'uomo solo, nonché quella carica antigiusprudenziale che siamo soliti annettere al *code civil*, come pure al *code de procédure civile*⁶⁰. La lettura della missiva alimenta anzi il sospetto che l'invio dei progetti alla magistratura rappresenti principalmente un mezzo per far credere alla stessa di svolgere un ruolo attivo nella fabbricazione dei codici.

Si è detto che il codice penale è concepito come presidio dello Stato, che la tutela del potere costituito rappresenta il bene giuridico primario. Orbene, l'analisi quantitativa è già di per sé emblematica: su 484 articoli ben 197 vengono destinati a difendere la sicurezza esterna ed interna dello Stato, ha notato il Carbasse⁶¹. Del resto, le parole del relatore Dhaubersart

⁵⁸ Agli occhi di Napoleone i magistrati non dovevano essere altro se non «machines physiques au moyen desquelles les lois sont exécutées comme l'heure est marquée par l'aiguille d'une montre» (cit. in Martin, *Nature humaine* [nt. 51], p. 241).

⁵⁹ J. P. Royer, *Histoire de la justice*, Paris 1995, pp. 454-457; A. Giuliani, N. Picardi *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, in *L'educazione giuridica*, III, *La responsabilità del giudice*, Perugia 1978, p. 40; N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano 1995, p. 79.

⁶⁰ S. Dauchy, *La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1806*, in *1806-1976-2006. De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France, sous la direction de L. Cadiet et G. Canivet*, Paris 2006, pp. 82-83; N. Picardi, *Le Code de procédure civile français de 1806 et le monopole étatique de la juridiction*, *ibidem*, p. 187; S. Solimano, *Le rôle de Pigeau dans l'élaboration du Code de procédure civile de 1806*, in *Modèles français, enjeux politiques et élaborations des grands textes de procédure en Europe*, ed. J. Hautebert, S. Soleil, I, *Le code de 1806 et la procédure civile en Europe, Les décrets de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe, (Actes du colloque organisé à Rennes, les 9 et 10 novembre 2006)*, Paris 2007, in particolare pp. 47-48.

⁶¹ Molto opportunamente il Carbasse osserva «que c'était déjà l'ordre adopté par le code de 1791 mais la similitude s'arrête là. En effet, au titre Des crimes et attentats contre la chose publique, le Code de 1791 incriminait surtout les infractions commises par les ministres, chefs militaires et autres agents publics dans l'exercice de leurs fonctions : il s'agissait — dans la ligne de la Déclaration des droits —, de défendre les citoyens contre les

al corpo legislativo illustrando il libro I del *code pénal* non lasciano adito a dubbi: «Occorre distinguere i crimini che attentano all'esistenza politica di un impero da quelli che ledono gli interessi privati. Contro i primi il legislatore deve servirsi di tutti i mezzi utili a impedirli, anche laddove questi rimedi danneggino i diritti di un terzo, *perché in fatto di legislazione la conservazione dello Stato e della società è la legge suprema*»⁶². Di conseguenza non stupisce accertare quale importanza venga riconnessa alla repressione dei delitti politici, formulati, non casualmente, lo ha osservato il Neppi Modona, «in maniera talmente generica e indeterminata da consentire l'incriminazione di ogni forma di dissenso»⁶³, circostanza che ha spinto il Dal Rì a parlare di un ritorno del proteiforme (e dunque famigerato) *crimen laesae maiestatis*⁶⁴. E si tratta, lo sappiamo, di fattispecie incriminatrici che prevedono, oltre alla pena di morte, anche l'odiosa sanzione della confisca generale dei beni, gli effetti della quale, inesorabilmente, vanno a ricadere sugli innocenti⁶⁵. In sostanza, non è andato lontano dal vero il Cavanna quando ha presentato il codice del 1810 come «uno strumento imperialistico di impressionante potenza»⁶⁶. Se questo costituisce

abus de pouvoir des agents de l'autorité, toujours suspects de pulsions despotiques et donc placés sous stricte surveillance. *En 1810, en revanche, la perspective est totalement inverse: le crime de forfaiture n'est plus qu'une infraction marginale et il s'agit avant tout de défendre l'Etat et son appareil contre tout ce qui pourrait l'affaiblir ou le contester*»: Carbasse, *Histoire du droit pénal*, [nt. 36], p. 441, corsivi nostri.

⁶² *Rapport fait au corps législatif, dans la séance du 12 février 1810, par M. Dhaubersart, en présentant le vœu d'adoption émis par la commission législative, sur le Livre I^{er} du code pénal*, in Locré, cit. [nt. 39], 15, p. 103, fonte valorizzata dal Cavanna, *Il codice penale napoleonico* [nt. 2], p. XV. V. Martucci, *Logiche della transizione penale* [nt. 6], pp. 272-273.

⁶³ G. Neppi Modona, *Il codice napoleonico del 1810*, in *La Scienza e la colpa: crimini, criminali, criminologi: un volto dell'Ottocento*, ed. U. Levra, Torino 1985, p. 145.

⁶⁴ A. Dal Rì Júnior, *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*, Rio de Janeiro 2006, pp. 209-210. Sul *crimen laesae maiestatis* è d'obbligo il rinvio al capolavoro di M. Sbriccoli, *Crimen laesae Maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974.

⁶⁵ M. A. Cattaneo, *L'autoritarismo penale napoleonico*, nel cit. *Codice dei delitti e delle pene pel regno d'Italia (1811)*, [nt. 3], pp. XXVII-XXVIII.

⁶⁶ Cavanna, *Il codice penale napoleonico* [nt. 2], p. XIII; F. Colao, *Il "dolente regno delle pene". Storie della "varietà della idea fondamentale del giure punitivo" tra Ottocento e*

il volto oscuro del codice, è noto d'altra parte che esso non taglia la gomena da quei principi garantistici consacrati nel codice del 1791, diretta emanazione della *Déclaration* ottantanovarda. Intendiamo alludere al fatto che vi ritroviamo sigillati comunque il principio di legalità della pena e quello di irretroattività della legge penale, sicché la storiografia e la penalistica hanno parlato non a torto di compromesso tra pratiche d'*ancien régime* e principi illuministici. Orbene, Napoleone non è uomo che realizza compromessi, fa piuttosto credere di averli realizzati. Ed è quello che è accaduto, noi crediamo, con l'ordinamento penale. Che il codice abbia accolto nel suo grembo il principio di legalità è sotto la luce del sole, che poi questo principio sia stato disapplicato ufficialmente nei confronti dei dissidenti politici e dei perturbatori dello Stato è ciò che è avvenuto un po' nascostamente nel 1810, allorché è stato introdotto l'incarceramento amministrativo: *extra codicem* appunto, come vedremo tra breve. In epigrafe alla nostra indagine abbiamo collocato un passo, non del tutto ignoto alla storiografia⁶⁷, in cui l'*Empereur* manifesta la sua insofferenza nei confronti del principio di legalità. Si dirà: proprio siffatto passaggio è una prova che il principio di legalità ha rappresentato una barriera all'autoritarismo napoleonico. A ben vedere, se badiamo al momento in cui Napoleone prorompe in questa sua affermazione — corre il 4 gennaio 1811 — possiamo rilevare che essa interviene quando l'*opus* codificatorio è appena entrato in vigore, già affiancato, è questo il punto, da quegli strumenti che dissolvono *pour cause* il sistema delle garanzie accolte nei due codici. Quando Napoleone dichiara che «avec des lois qui entravent l'action de la justice, je suis obligé de rechercher moi-même les désordres capables de troubler l'Etat et de les réprimer arbitrairement»⁶⁸, in cuor suo si compiace di aver elaborato la strategia repressiva che ruota intorno ad un triplice livello di repressione e forse pensa di non doverlo limitare ai soli sovversivi e ai pericolosi criminali.

È giunto quindi il momento di illustrare il secondo livello della repressione.

Novecento, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XL, 1, (2010), p. 129 e segg.

⁶⁷ È citato, ad esempio, dal Carbasse, *Etat autoritaire et justice répressive* [nt. 2], p. 329.

⁶⁸ V. il testo citato in epigrafe

3.2. *Dai Tribunali speciali (1801) alle Corti speciali (1808). Benjamin Constant versus Portalis.*

«En votant le maintien du jury, je n'ai été déterminé que par la certitude qu'il existerait des tribunaux d'exception; car, dans beaucoup de cas le jury ne déploie pas assez de fermeté pour qu'on puisse se flatter que seul il remédiera à tous les désordres», osserva Napoleone in Consiglio di Stato nel 1804⁶⁹. Il Primo Console si mostra disposto ad accogliere la giuria nel codice di procedura, venendo incontro a coloro che guardano ancora ad essa come al Palladio della libertà, come a uno dei prodotti più rappresentativi della *Révolution*⁷⁰ (della quale comunque egli vuol fare credere di restare il legatario), proprio perché fin dall'origine ha concepito di reprimere i crimini entro un duplice e permanente (!) livello di giurisdizione. Il punto decisivo risiede proprio nel carattere permanente dei tribunali speciali. Il sintagma *tribunaux d'exception* per Napoleone significa che questi organi possono deviare *per statuto* dalle norme di diritto comune. In altri termini lo scostamento dai principi garantistici non viene pensato come un sacrificio temporaneo imposto per far fronte a una situazione contingente, in nome dell'*eccezionalità*. Acclarato questo, va detto che nel 1801, allorché viene presentata e successivamente approvata la legge che istituisce i tribunali speciali⁷¹, il legislatore utilizza scientemente il registro dell'*eccezionalità*,

⁶⁹ Locré, *La législation civile* [nt. 39], XXIV, p. 106.

⁷⁰ Sulla giuria v. A. Padoa Schioppa, *La giuria penale in Francia. Dai «Philosophes» alla Costituente*, Milano 1994.

⁷¹ Sui tribunali speciali d'età napoleonica v. A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, Paris 1882, pp. 461-480; J. Godechot, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris 1967, p. 636 e segg.; L. Lacché, «Ordo non servatus». *Anomalie processuali, giustizia militare e «specialia» in antico regime*, «Studi storici», 29 (1988), pp. 373-374; B. Schnapper, *Compression et répression*, cit. [nt. 6], p. 26 e segg.; J.L. Halpérin, *Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale de 1795 à 1810*, in *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales (1780-1830)*, Paris Montréal, 1999 p. 123; G. Landron, *Les tribunaux criminels spéciaux contre les tribunaux criminels avec jury (France, an IX-1811)*, *ivi*, pp. 189-198; B. Schnapper, *Les systèmes repressifs français de 1789 à 1815*, *ivi*, p. 31; P. Alvazzi del Frate, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'Ancien Régime alla Restaurazione*, Roma, 1999, pp. 176-179; M. Da Passano, *Emen-*

registro che nel 1808 si rivelerà per quello che è, ossia una cortina fumogena. Ascoltiamo quanto afferma Portalis, il padre nobile del *code civil* e relatore del progetto: «après des troubles civils, après une grande révolution, il reste des désordres à réprimer; c'est la tourmente qui suit la tempête; on ne remue pas impunément la lie et le fond des Etats»⁷². In primo luogo, dunque, l'istituzione di siffatti tribunali speciali è richiesta dalla straordinarietà degli eventi: si tratta di eradicare il brigantaggio e ogni possibile forma di sedizione. E «dans ces grands occasions, de grands exemples sont nécessaires»⁷³. Di qui la conseguenza ulteriore di attribuire ai tribunali speciali poteri *extra ordinem*. In nome della *salus reipublicae* a siffatti organi è permesso infatti di giudicare senza impiegare la giuria (né di accusa, né di giudizio), così come viene impedito all'imputato di poter ricorrere per Cassazione (eccezion fatta per il regolamento di competenza), derogando in tal modo ai canoni di giustizia accolti prima di tutto nella Costituzione dell'anno VIII (artt. 62⁷⁴, 63⁷⁵, 65⁷⁶ e 66⁷⁷). Ora, se è vero che agli occhi di Portalis tali deviazioni costituiscono un sacrificio necessario e

dare o intimidire? La codificazione del diritto penale La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero, Torino 2000, pp. 90-91; G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma, Bari 2004, pp. 161-163; Martucci, *Logiche della transizione penale* [nt. 6], pp. 267-268.

⁷² 17 nivôse an IX, *Archives parlementaires, Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises de 1800 à 1860*, II, Paris, 1863, p. 71.

⁷³ *Ivi*, p. 72.

⁷⁴ Art. 62. «En matière de délits emportant peine afflictive ou infamante, un premier jury admet ou rejette l'accusation: si elle est admise, un second jury reconnaît le fait; et les juges formant un tribunal criminel, appliquent la peine. Leur jugement est sans appel»: *Constitution française de l'an VIII, suivie des Sénatus-consultes organiques et de l'acte additionnel aux constitutions de l'Empire*, Paris, 1815).

⁷⁵ Art. 63 «La fonction d'accusateur public près un tribunal criminel est remplie par le commissaire du Gouvernement».

⁷⁶ Art. 65 «Il y a, pour toute la République, un tribunal de cassation, qui prononce sur les demandes en cassation contre les jugements en dernier ressort rendus par les tribunaux; sur les demandes en renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime ou de sureté publique; sur les prises à partie contre un tribunal entier» (*ibid.*).

⁷⁷ Art. 66. «Le tribunal de cassation ne connaît point du fond des affaires; mais il casse les jugements rendus sur des procédures dans lesquelles les formes ont été violées; et il renvoie le fond du procès au tribunal qui doit en connaître» (*ibid.*).

soprattutto temporaneo, poiché i tribunali speciali sono destinati a rimanere in vigore non oltre i due anni successivi alla proclamazione della pace generale⁷⁸, è vero anche che la giustificazione da lui addotta lascia alquanto perplessi, se solo ci ricordiamo che egli stesso era un uomo scampato miracolosamente al patibolo e che successivamente alla caduta di Robespierre non ha mancato di denunciare i rinnegamenti dei diritti fondamentali operati durante la Rivoluzione⁷⁹. «La marche et la lenteur de ces formes demandent un espace de temps qui serait perdu pour l'exemple, pour la preuve, pour la société...»⁸⁰, osserva. E ancora: «la lenteur qu'entraînerait» il ricorso per Cassazione «compromettrait l'ordre public, en diminuant l'effet de l'exemple»⁸¹. Parole che francamente ci aspetteremmo più da un ex-terrorista come Merlin. Orbene, questo progetto di legge viene duramente attaccato in Tribunale da un manipolo di intellettuali, fra i quali spicca Benjamin Constant⁸². Costoro denunciano non solo la fondamentale contrarietà della legge alla Costituzione, la pericolosa vaghezza del dettato normativo (non a torto, poiché esso è tratto pressoché di peso dalla disciplina delle *juridictions prévôtales d'ancien régime* emanata tra il 1670 e il 1731⁸³), lo spaventoso arbitrio concesso al giudice⁸⁴ e il simultaneo dissol-

⁷⁸ L'art. 31 del progetto dispone che «le tribunal spécial demeurera révoqué de plein droit deux ans après la paix générale» (*Archives parlementaires* cit. [nt. 72], p. 71).

⁷⁹ Sulla 'legislazione speciale' della Rivoluzione v. ora la ricostruzione del Martucci, *Logiche della transizione penale*, cit. [nt. 6], pp. 224-240.

⁸⁰ 17 nivôse an IX, *Archives parlementaires* cit. [nt. 72], p. 73. Nel celebre e celebrato *Discours Préliminaire* al progetto di codice civile Portalis si era scagliato contro quello che aveva definito l'*esprit révolutionnaire*, peritandosi di precisare in che cosa si sostanziasse: «Nous appelons *esprit révolutionnaire*, le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'état» (Portalis, *Discours préliminaire*, cit. [nt. 54], p. 465, corsivi nel testo). Sulla figura di Constant, M. Barberis, *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Bologna 1988; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle Rivoluzioni*, Roma, Bari 2000, pp. 224-242.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Sull'azione dei Tribuni vicini a Constant, diretta a contrastare la deriva autoritaria napoleonica v. S. Moravia, *Il tramonto dell'illuminismo*, Roma, Bari 1986, pp. 480-484.

⁸³ B. Constant, 5 pluviôse, in *Archives Parlementaires* [nt. 72], p. 179: «Il soumet aux tribunaux spéciaux [...] des délits de toute nature. Il désigne, de la manière la plus arbitraire».

vimento di ogni reale difesa dell'imputato a causa del diniego di ricorrere per Cassazione⁸⁵, ma paventano anche il protrarsi *ad infinitum* dei tribunali speciali. In sostanza vi scorgono un progetto di legge «qui, dirigé contre quelques brigands, menacerait tous les citoyens»⁸⁶. Ovviamente Bonaparte

traire, les menaces, excès et voies de fait contre les acquéreurs de biens nationaux, les machinations pratiquées hors l'armée par des individus non militaires, les rassemblement séditieux [...] les expressions dont le projet de loi se sert pour les indiquer ne sont ni précises, ni à l'abri d'une foule d'interprétations et d'extensions dangereuses» (v. anche le considerazioni che svolge a p. 182). Le *juridictions prévôtales* erano state istituite al fine di reprimere il vagabondaggio, le rapine o gli assalti alle diligenze e la sedizione. Per la comparazione fra le norme accolte nel 1670 e nel 1731 e quelle contenute nella legge dell'anno IX, cfr. Esmein, *Histoire* [nt. 71], pp. 471-473. La legge non si limitava in realtà a seguire il solo modello d'*ancien régime*: se infatti ci volgiamo ad analizzare le disposizioni che regolano la composizione dell'organo giudicante notiamo come egli avesse attinto dall'esperienza rivoluzionaria. Erano chiamati a farne parte tre giudici togati, tre militari con almeno il grado di capitano e due cittadini. Orbene, i tre militari e i due cittadini erano nominati dall'esecutivo, dal Primo Console in persona (art.2), analogamente a quanto era avvenuto durante il periodo del Terrore con riferimento ai tribunali rivoluzionari. E a ben vedere pure il divieto di ricorrere per cassazione costituiva un'eredità dei tribunali testé menzionati. V. Royer, *Histoire de la justice* [nt. 59], p. 373 e segg.; Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* cit. [nt. 36], pp. 422-423; CAVANNA, *Storia* [nt. 27], p. 494 e segg.

⁸⁴ «[...] nous voyons tous les jours des juges ordinaires manquer aux formes par erreur, par oubli: les membres du tribunal spécial auront-ils un privilège surnaturel? Seront ils plus que d'autres exempts d'erreurs, d'oubli, de passions? Si, après le jugement, il n'y a pas appel pour vices de formes, pour fausse application de la loi, ce ne sont plus de juges que vous instituez; *ce sont des hommes auxquels vous donnez la disposition illimitée de la vie des citoyens*» (Constant, 5 pluviôse, in *Archives Parlementaires* [nt. 72], p. 184, corsivi nostri).

⁸⁵ «Le tribunal peut, par exemple, juger en secret, tandis que la loi qui l'institue veut que ses jugements soient rendus en public; il peut juger au nombre de cinq, tandis que la lois exige six juges; il peut juger sans confronter les témoins, sans entendre le prévenu ou ses défenseurs: où est le recours contre ces vices de formes ? L'on nous répond que la publicité nous garantit l'observance des formalités prescrites; mais puisqu'il n'y a point de recours, je ne vois rien qui nous garantisse cette garantie, la publicité» (*ibidem*).

⁸⁶ *Ivi*, p. 188. Due giorni dopo è Daunou ad attaccare il progetto di legge: «Citoyens tribuns, tout peut se réduire dans cette discussion à un seul fait et à sa conséquence immédiate. Le fait, c'est que le projet qui vous occupe est inconstitutionnel; la conséquence, c'est qu'aucune considération ne peut vous déterminer à l'adopter. J'exposerai d'abord les preuves du fait, et j'établirai ensuite l'indéclinable nécessité de la conséquence. En ma-

non gradisce l'opposizione. Sul *Journal de Paris* fa pubblicare un violento articolo: «ils sont douze ou quinze, et se croient un parti. [...] Déraisonneurs intarissables, ils se disent orateurs. Ils débitent depuis cinq ou six jours de grands discours qu'ils croient perfides, et qui ne sont que ridicules misérables métaphysiciens... »⁸⁷. Un intervento che risulta determinante per far approvare la legge dal Tribunato, anche se per uno scarto di pochi

tière de délits emportant peine afflictive ou infamante, un premier jury admet ou rejette l'accusation; si elle est admise, un second jury reconnaît le fait; s'il est reconnu, des juges appliquent la peine; leur jugement est sans appel, mais il est soumis au recours en cassation: voilà l'ordre constitutionnel. Pour un très grand nombre de délits emportant peine afflictive ou infamante, il n'y aura ni jury d'accusation ni jury de jugement; un tribunal de six ou huit juges cumulera les trois fonctions d'admettre l'accusation, de reconnaître le délit, d'appliquer la peine; et pourvu que la compétence de ce tribunal soit vérifiée, ses jugements sans appel seront aussi sans recours en cassation, ni pour violation des formes, ni pour fausse application de la loi: voilà le projet. La contradiction se montre d'elle-même; elle est dans l'ensemble et dans les détails; le projet nie textuellement tout ce que la Constitution affirme; et tout ce qu'elle repousse, il l'établit» (Daunou, 7 pluviôse, *Archives parlementaires* [nt. 72], p. 222). L'indomani tocca a Chénier evidenziare gli aspetti illiberali del progetto. In primo luogo osserva come gli accusati siano «enlevés à leurs juges naturels, privés des formes ordinaires, des formes protectrices déterminées par le Code pénal» (Chénier, 8 pluviôse, *Archives parlementaires* citt. [nt. 72], p. 238), secondariamente mette in luce come la designazione dei giudici da parte del Primo Console trasformi l'organo in una «véritable commission sous la main du Gouvernement» (*ibidem*). Infine denuncia l'enorme potere concesso al giudice in ragione della non tassatività delle fattispecie incriminatrici: «[...] leurs attributions sont immenses. Ils prononcent d'abord exclusivement sur une foule de délits publics dont plusieurs, comme on l'a suffisamment développé, ne sont nullement définis dans le projet de loi» (*ivi*, p. 239). L'epilogo di Chénier è non dissimile da quello di Constant o di Daunou: «Il est surabondamment démontré que le projet de loi, s'il est adopté par le Corps législatif, renverse les institutions les plus sages; qu'il détruit les formes les plus salutaires; qu'il affaiblit l'influence utile du tribunal de cassation; qu'il corrompt la législation criminelle; qu'il anéantit la garantie de l'accusé; qu'il attaque la liberté civile; qu'il viole ouvertement le pacte social; que sous quelque point de vue que l'on envisage, d'après la théorie des philosophes législateurs, d'après l'exemple de toutes les nations libres, d'après le texte formel de notre Constitution, en principes généraux, en droit positif, il est absolument inadmissible» (*ivi*, p. 240). Anche Ginguené tre giorni dopo adopererà la stessa strategia discorsiva (*ivi*, pp. 247-255).

⁸⁷ *Journal de Paris*, 15 pluviôse an IX, da noi compulsato nell'opera di M.A.H. Taillandier, *Documents biographiques sur P.C.F. Daunou*, Paris 1847, p. 197 n. 2.

voti (49 a 41)⁸⁸, e dal Corpo legislativo⁸⁹. In ogni caso alla fine del 1801 Napoleone dà fiato alle trombe. In un solo semestre sono stati celebrati più di settecento processi: «de grands coupables ont été saisis, les témoins ont cessé d'être muets»⁹⁰. A che cosa mira l'enfatizzazione del successo? La risposta è scontata. Alla proroga naturalmente, che, rinnovata più volte, giunge sino all'entrata in vigore della nuova codificazione. Ma v'è di più. Nel corso dei lavori preparatori del codice della giustizia criminale, nella nuova versione del progetto del codice di procedura penale compaiono le *Cours spéciales*, organi che il legislatore disciplina seguendo dappresso la legge del 1801. Ci troviamo di fronte allo snodo del nostro discorso: *l'eccezione è stata incastonata nel corpo del codice*. Ma come è stato possibile rendere permanente ciò che doveva presentare il carattere dell'eccezionalità? La giustificazione è duplice. In primo luogo si evidenzia come il problema del brigantaggio sia in via di risoluzione proprio grazie a siffatta legge, secondariamente si vuole persuadere che tali disposizioni si rivolgono in realtà *a non-cittadini, a nemici*:

«Dans le sixième titre qui établit l'exception, la loi s'occupe plus essentiellement de la société considérée en masse, en poursuivant par des moyens plus répressifs, soit certains crimes, quels qu'en soient les auteurs parce que ces crimes troublent et désorganisent l'ordre social, soit certaines classes d'individus quels que soient leurs crimes parce que les accusés sont en guerre ouverte avec la société et devraient être traités par elle *moins comme des criminels que comme des ennemis armés pour sa destruction*»⁹¹.

⁸⁸ Tribunat, 16 pluviôse, *Archives parlementaires* [nt. 72], p. 302.

⁸⁹ Corps législatif, 18 pluviôse, *Archives parlementaires* [nt. 72], p. 339.

⁹⁰ *Exposé de la situation de la République*, 1^{er} frimaire an X (22 novembre 1801), in *Correspondance de Napoléon I^{er}*, publiée par ordre de l'Empereur Napoléon III, Paris 1861, VII, p. 327.

⁹¹ *Du titre VI du livre II du code d'instruction criminelle, fait par M. Réal, conseiller d'état et orateur du gouvernement, dans la séance du corps législatifs du 5 décembre 1808*, in Locré, *Législation civile et criminelle*, cit. [nt. 39], 14 (ed. Bruxelles 1836), p. 304. Anche Réal, e cioè nella stessa misura dei giuristi post termidoriani, come Target, denuncia l'ingenuità del legislatore rivoluzionario, autore del *code pénal* del 1791: «A cette grande et heureuse époque, l'assemblée nationale réunissait à beaucoup d'enthousiasme un peu

Come si vede, una logica non poi così diversa rispetto a quella impiegata da coloro che avevano giustificato l'esistenza dei tribunali rivoluzionari e ancor prima il varo della legislazione finalizzata a perseguire gli antirivoluzionari⁹²: da 'nemici della Repubblica' a 'nemici dello Stato/Napoleone'⁹³.

de cette inexpérience qui caractérise aussi bien la jeunesse des assemblées politiques que la jeunesse de l'homme. A cette époque brillante où toutes les idées philanthropiques étaient exaltées, le législateur, plongé dans le centre de l'exaltation, dans le moment même où, murissant les éléments du code criminel, il s'occupait des moyens de comprimer les passions de l'homme, supposa que les hommes étaient ce qu'ils devraient être, et dans son *code philanthropique, oubliant les hommes tels qu'ils sont*, ce législateur fut bien éloigné de s'occuper de l'homme dépravé, plus méchant encore, du vagabond et du bandit. Chose étrange!» (ivi, p. 306, corsivi nostri).

⁹² V. le persuasive suggestioni di P. Gueniffey, *La politique de la Terreur. Essai sur la violence révolutionnaire 1789-1794*, Paris 2000, in particolare il capitolo VII, significativamente intitolato *Le contrat social à l'épreuve de l'exception*, pp. 163-196. Quanto alla legislazione diretta a perseguire i nemici della *Révolution* v. Martucci, *Logiche della transizione penale* [nt. 6], pp. 224-240. V. ora l'importante recente volume dei *Quaderni fiorentini* nel quale si tematizza ampiamente questo fenomeno («Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38 (2009). *I diritti dei nemici*, I e II): ci limitiamo a segnalare i contributi di P. Costa, *I diritti dei nemici: un ossimoro?*, in particolare ai nostri fini, I, pp. 14-18.; R. Martucci, *Les nazionae, lato oscuro dell'Ottantanove. La Rivoluzione francese e il suo nemico interno (1789-1791)*, p. 321 e segg.; G. Cazzetta, *Qui delinquit amat poenam. Il nemico e la coscienza dell'ordine in età moderna*, pp. 435-437 e pp. 454-464. Questa strategia discorsiva conduce inevitabilmente a interrogarci sulle nuove tendenze di una parte della criminalistica europea e americana posta di fronte all'emergenza del terrorismo internazionale, criminalistica che accoglie la logica della contrapposizione cittadino/nemico: v. i rilievi critici di G. Fiandaca, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, ed. A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna 2007, pp. 179-197; M. Donini - M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano 2007; C. de Maglie - S. Seminara, *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova 2007; L. Eusebi, *Dinnanzi all'«altro» che ci è problema: l'«incostituzionalità» di ogni configurazione dell'«altro» come nemico*, «Archivio giuridico Filippo Serafini», CCXXIX, (2009/4), pp. 433-454.

⁹³ Il tribuno Ginguené, ai nostri occhi, era stato davvero acuto sette anni prima. Sentiamolo: «Si j'en crois les discours de quelques-uns des défenseurs du projet de loi, le mal, dont personne assurément n'est tenté de nier la gravité, ne peut être guéri que par les remèdes les plus violents, les plus extrêmes, que par une dérogations aux principes, et , s'il le faut même, à la Constitution. Je respecte assurément les intentions de ces orateurs; mais ils ne savent pas ou ils ne se rappellent plus où conduisent de pareilles maximes. Ils seraient bien étonnés eux-mêmes de la ressemblance de ces assertions avec celles qui

V'è di più ancora: nella stessa Relazione il *rapporteur* non fa mistero di una circostanza, e cioè che fin dal 1801 si era pensato di inserire stabilmente degli organi straordinari all'interno dell'ordinamento. La cortina fumogena alla quale avevamo fatto riferimento in precedenza è dunque dissolta...⁹⁴

eurent cours à une époque dont ils sont loin d'être partisans, avec celles mêmes des chefs les plus effrénés de la démagogie de 1793» (Ginguené, 11 pluviôse an IX, *Archives parlementaires* [nt. 72], p. 254, corsivi nostri).

⁹⁴ «Il a été bientôt reconnu que la loi devait être permanente et universelle. La même expérience qui avait prononcé sur la nécessité de son existence, avait aussi prononcé sur la nécessité de sa permanence et de son universalité; et les célèbres ordonnances, les ordonnances vraiment populaires et nationales d'Orléans, de Moulins et de Blois, avaient décrété cette institution spéciale pour tous les temps, pour tous les lieux. Les commissaires qui rédigèrent l'ordonnance de 1670 avaient eu le bon esprit de placer l'exception à coté de la règle commune et ce n'est que pendant la révolution qu'obligés de traduire chaque jour tous les actes d'administration en autant de lois, les législateurs, métamorphosés en gouvernants, donnèrent à presque toutes leurs lois ce caractère local et passager qui ne peut convenir qu'aux actes d'administration; et douze années d'abus avaient dépravé l'opinion à ce point qu'au moment même où l'on revenait aux principes, un gouvernement instruit et fort, mais modéré et prudent, et qui ne voulait rien obtenir que de l'expérience et de la conviction, fut obligé de transiger avec cette opinion, et la loi du 18 pluviôse an IX reçut, non dans son universalité, puisque le gouvernement pouvait l'appliquer à tous les départements, mais dans sa durée, une limitation puisqu'elle devait cesser d'exister deux ans après la paix. Mais s'il était de la sagesse d'un gouvernement réparateur de n'arriver à la permanence de l'institution qu'après avoir passé par l'épreuve de l'établissement momentané, ce gouvernement devrait être accusé d'imprévoyance et de cruauté, si aujourd'hui, foulant aux pieds les leçons de l'expérience des siècles passés, l'expérience plus récente de nos derniers malheurs, l'expérience incontestée de l'efficacité du remède, il indiquait, en ne présentant qu'une institution passagère, une époque de malheurs et de désolation où la sécurité publique serait encore une fois livrée à la merci de tous les brigands. Une institution provisoire sur cette matière, et dans les circonstances où nous nous trouvons, ne pourrait qu'encourager les méchants, et condamnerait le gouvernement à des demandes en prorogation de délai qui accuseraient sa marche de faiblesse et sa législation d'instabilité [...]. *Puisque l'institution doit être permanente et universelle, elle doit faire partie du code général; elle doit, comme, exception, se trouver à coté de la règle, parce que, ici, l'exception est permanente et durable comme la règle elle-même*»: Du titre VI du livre II du code d'instruction criminelle, fait par M. Réal, conseiller d'état et orateur du gouvernement, dans la séance du corps législatifs du 5 décembre 1808, in Locré, *Législation civile et criminelle* cit. [nt. 39], 14 (ed. Bruxelles 1836), pp. 308-309.

Occorre comunque rilevare che, rispetto alla legge del pluvioso anno IX, si scorge una differenza, e cioè che tra i comportamenti punibili non si rinviene più la sedizione o la macchinazione. Non è agevole spiegare quest'ultima opzione. Si può ipotizzare che il legislatore abbia ritenuto di per sé bastevole il codice penale, ora che *royalistes* e giacobini sono stati annientati. Tale risposta appaga solo in parte. Siamo persuasi che Napoleone abbia continuato a perseguire i sovversivi attraverso uno strumento già sperimentato, subdolo e silenzioso, e cioè quello che impropriamente potremmo definire 'detenzione amministrativa', poiché è qualcosa di più e di peggio. E siamo così arrivati al terzo livello di repressione.

3.3. *Il ritorno della Bastiglia.*

Quella della 'detenzione amministrativa' rappresenta una prassi utilizzata dalla polizia nei confronti di soggetti ritenuti potenzialmente pericolosi per la sicurezza dello Stato, un apparato poliziesco chiamato a rispondere al solo Ministro della Polizia⁹⁵. Ora, durante la primavera del 1810 Napoleone decide di 'legalizzare' tale prassi attraverso un decreto. Non si pensi tuttavia che egli sia mosso da propositi garantistici, *in primis* quello di affidare la gestione dei soggetti pericolosi al potere giudiziario. Lo scopo dell'autocrate è piuttosto sottrarre questo potere di incarcerazione dalle mani del ministro della polizia per riservarlo a sé, attraverso l'istituzione di un consiglio privato. È davvero singolare quanto afferma Napoleone durante la discussione di questo decreto. Invoca il principio del giudice naturale – «il n'y a plus de garantie pour tous les citoyens s'il est possible qu'un simple mandat du ministre les distraie de leurs juges naturels»⁹⁶ – e con *nonchalance* dichiara che «les prisons de haute police ne sont que des prisons d'exception et il n'appartient qu'au souverain de décider si les

⁹⁵ Su queste «nouvelles bastilles», come le ha pertinentemente definite lo Schnapper, v. Schnapper, *Les systèmes repressifs* cit. [nt. 71], p. 32; J.-G. Petit, *Ces peines obscures; la prison pénale en France, 1780-1875*, Paris 1990, pp. 128-129; Da Passano, *Emendare o intimidire* cit. [nt. 71], pp. 96- 98; J. C. Vimont, *La prison politique en France, Genèse d'un mode d'incarcération spécifique XVIII e-XXe siècles*, Paris 1993, pp. 69-82. Cfr. P. Hicks, *The napoleonic 'police' or 'security state in context*, «Napoleonica. La revue», 4 (2009), pp. 3-19.

⁹⁶ Napoleone in Consiglio di Stato, 16 novembre 1809, in J. Bourdon, *Napoléon au Conseil d'Etat, Notes et procès-verbaux inédits de Jean Guillaume Locré, Secrétaire général du Conseil d'Etat*, Paris 1963, p. 104.

circonstances obligent de s'écarter des règles communes»⁹⁷. Dall'*arbitrium* del Ministro alla volontà dell'*Empereur*, dunque. Certo, Napoleone è mosso anche dal desiderio di disciplinare organicamente questo potente strumento⁹⁸. Il decreto, che visualizza in sequenza i destinatari della carcerazione amministrativa, stabilisce che la detenzione non dovrebbe superare la durata di un anno. La realtà, come documenta la ricerca degli storici francesi, è assai diversa: qualcuno viene dimenticato nelle prigioni di Stato disseminate lungo l'Impero⁹⁹. Una di queste è collocata in Italia, sull'appennino emiliano, a Compiano¹⁰⁰. Si badi: non si tratta di una carcerazione preventiva, né di una di quelle misure di polizia disciplinate dagli articoli 44-55 del *Code pénal*¹⁰¹.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Interessante ciò che scrive Cambacérès al riguardo nei suoi *Mémoires*: «L'Empereur, éclairé par l'expérience, savait que la sureté de l'Etat commande de séquestrer de la société un certain nombre de sujets, qu'il n'est pas convenable de faire traduire devant les tribunaux, et qu'il serait dangereux de mettre en liberté. Après avoir longtemps réfléchi sur les moyens d'organiser une institution analogue à ce besoin, il chargea une Commission du Conseil d'Etat de rédiger, sous ma présidence, un projet de décret, dont il fournit lui-même les principales bases»: J.J. R. de Cambacérès, *Mémoires inédits*, Présentation et notes de Laurence Chatel de Brancion, 2, Paris 1999, pp. 329-330. Certo, va detto che Napoleone avrebbe assegnato a cinque consiglieri di Stato funzioni ispettive: v. R. Ferrante, *Tra diritto commerciale e diritto penale: Luigi Emanuele Corvetto codificatore*, in *Luigi Emanuele Corvetto (1756-1821) tra finanza, diritto e politica, Atti del Convegno, Genova, 11-12 maggio 2007*, ed. P. Massa Piergiovanni, Genova 2007, pp. 212-214.

⁹⁹ Vimont, *La prison politique en France* [nt. 95], p. 98 e segg.

¹⁰⁰ Da Passano, *Emendare o intimidire* [nt. 71], p. 98

¹⁰¹ Sia concesso di riportare le disposizioni più significative. Art. 44: «L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police de l'état, sera de donner au gouvernement, ainsi qu'à la partie intéressée, le droit d'exiger, soit de l'individu placé dans cet état, après qu'il aura subi sa peine, soit de ses père et mère, tuteur ou curateur, s'il est en âge de minorité, une caution solvable de bonne conduite, jusqu'à la somme qui sera fixée par l'arrêt ou le jugement: toute personne pourra être admise à fournir cette caution. Faute de fournir ce cautionnement, le condamné demeure à la disposition du gouvernement, qui a le droit d'ordonner, soit l'éloignement de l'individu d'un certain lieu, soit sa résidence continue dans un lieu déterminé de l'un des départements de l'empire».

Art. 45: «En cas de désobéissance à cet ordre, le gouvernement aura le droit de faire arrêter et détenir le condamné, durant un intervalle de temps qui pourra s'étendre jusqu'à l'expiration du temps fixé pour l'état de la surveillance spéciale».

L'*incipit* del decreto nel suo asciutto linguaggio burocratico lascia senza fiato:

« [...] il est un certain nombre de nos sujets détenus dans les prisons de l'Etat; sans qu'ils soit convenable ni de les faire traduire devant les tribunaux, ni de les faire mettre en liberté»¹⁰². Né giudizio, né rilascio. Verrebbe da rimpiangere la formula *ad amplius cognoscendum* dei tribunali d'*ancien régime*...

Ecco le quattro categorie che la ragion di Stato, sempre la *salus rei publicae*, incombenne come una spada di Damocle sui sudditi imperiali, impone di tenere segregate. In primo luogo coloro che hanno attentato alla sicurezza dello Stato; in secondo luogo i capipopolo catturati durante la guerra civile. Per gli uni e per gli altri vale la stessa regola: motivi d'interesse generale consigliano che costoro non vengano sottoposti a giudizio. La terza categoria è individuata nei ladri e nelle persone dedite al crimine «que nos cours n'ont pu condamner, *quoiqu'elles eussent la certitude de leur culpabilité*, et dont elles ont reconnu que l'élargissement serait contraire à l'intérêt et à la sureté de la société»¹⁰³. Infine «les hommes dangereux [...] appartenant aux différents pays réunis qui ne peuvent être mis en jugement, parce que leurs délits sont ou politiques ou antérieurs à

Art. 46: «Lorsque la personne mise sous la surveillance spéciale du gouvernement, et ayant obtenu sa liberté sous caution, aura été condamnée par un arrêt ou jugement devenu irrévocable, pour un ou plusieurs crimes, ou pour un ou plusieurs délits commis dans l'intervalle déterminé par l'acte de cautionnement, les cautions seront contraintes, même par corps, au paiement des sommes portées dans cet acte. Les sommes recouvrées seront affectées de préférence aux restitutions, aux dommages et intérêts, et frais adjugés aux parties lésées par ces crimes ou ces délits».

Art. 47: «Les coupables condamnés aux travaux forcés à temps et à la réclusion, seront de plein droit, après qu'ils auront subi leur peine, et pendant toute la vie, sous la surveillance de la haute police de l'état».

Art. 48: «Les coupables condamnés au bannissement, seront de plein droit, sous la même surveillance pendant un temps égal à la durée de la peine qu'ils auront subie».

Art. 49: «Devront être renvoyés sous la même surveillance, ceux qui auront été condamnés pour crimes ou délits qui intéressent la sûreté intérieure ou extérieure de l'état».

¹⁰² *Décret concernant les prisons d'Etat*, 3 mars 1810, in J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil d'Etat*, XVII, Paris 1836, p. 53.

¹⁰³ *Ibidem*.

la réunion, et qu'ils ne pourraient être mis en liberté sans compromettre les intérêts de l'Etat»¹⁰⁴. Come si vede, molti degli imprigionati non incontreranno mai un giudice. Altri invece hanno subito un regolare processo e sono stati addirittura assolti, altri ancora non hanno mai beneficiato di una sentenza. Temendo di doverli assolvere, i giudici hanno sospeso il processo.

C'è comunque una speranza per questi detenuti di poter un giorno lasciare il carcere. Tutto dipende dalla riunione annuale del consiglio privato che potrebbe dichiarare venuta meno la ragion di Stato¹⁰⁵.

Quanti siano i *prisonniers d'Etat* è lo stesso Napoleone a rivelarcelo due anni dopo. «Sur environ 700 personnes arrêtées par mesure de haute police, il n'y en a réellement qu'à peu près 60 qui soient de véritables prisonniers d'Etat; le reste se compose de bandits que l'imperfection des lois criminelles a forcé les cours d'acquitter, que ces cours elles-mêmes regardent comme très dangereux»¹⁰⁶. Un'affermazione, questa dell'*Empereur*, che conforta il nostro assunto iniziale e cioè che la 'detenzione amministrativa' va ben al di là del suo obiettivo principale e cioè di perseguire esclusivamente i sovversivi. Essa ci appare in realtà come uno strumento per blindare la repressione penale. Il cerchio è chiuso¹⁰⁷.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Artt. 1 e 2, *ibid.* Art 5: «Une colonne d'observations contiendra l'analyse des motifs pour faire cesser ou prolonger la détention de chaque prisonnier» (*ivi*, p. 54).

¹⁰⁶ Napoleone in Consiglio di Stato, 3 aprile 1812, in Bourdon, *Napoléon au Conseil d'Etat, Notes et procès-verbaux inédits* [nt. 96], p. 106.

¹⁰⁷ A completare il quadro si consideri che, seguendo la ricostruzione di Jean Tulard, uno storico certamente non antinapoleonico, l'Imperatore tollera l'uso della tortura durante gli interrogatori di polizia: «la torture était de pratique courante, bien qu'interdite, dans la police impériale. Nodier en parle longuement dans ses *Souvenirs* et donne le nom du principal tortionnaire de la préfecture, Bertrand. Lors du procès de Cadoudal, un chouan, Picot, montra, dans un geste qui fit impression sur l'auditoire, ses mains mutilées par le redoutable interrogateur» (J. Tulard, *Napoléon et les droits de l'homme*, «Revue des sciences morales et politiques», 144, 2, (1989), p. 269). Certo è che successivamente agli anni Trenta dell'Ottocento il quadro appena rappresentato muterà non poco. Le corti speciali saranno abolite, così come gli aspetti più granguignoleschi del codice del 1810 verranno eliminati con la nota riforma del 1832: v. A. Chauveau, *Code pénal progressif. Commentaire sur la loi modificative du code pénal*, Paris 1832, *passim*; G. Sicard, *Doctrine pénale et débats parlementaires: la réformation du Code pénal en 1831-1832*, «Revue d'histoire des facultés de droits», 14 (1993), pp. 137-165; e soprattutto lo studio di P.

Vielfaure, *L'évolution du droit pénal sous la monarchie de Juillet, entre exigences politiques et interrogations de société*, Aix Marseille, 2001, in particolare p. 335 e segg.; v. pure il recentissimo saggio già citato della Colao (*Il "dolente regno delle pene". Storie della "varietà della idea fondamentale del giure punitivo"*) [nt. 66], pp. 133-135). E pure l'approccio utilitaristico più radicale sarà destinato a trascolorare, se pensiamo alla nota concezione eclettica di un Pellegrino Rossi. E proprio con Pellegrino Rossi desideriamo chiudere il discorso riportando alcune sue riflessioni tratte dal suo celebre Trattato di diritto penale nell'edizione del 1829, precedente la riforma e gli stessi avvenimenti politici del '30. La diagnosi da lui compiuta sul contenuto del codice del 1810, sulla filosofia che lo pervade e sull'ordinamento penalistico nel suo complesso è davvero interessante e rivelatrice, tra l'altro, della disgiunzione tra *code civil* e *code pénal* che sarebbe rimasta fino all'età contemporanea: «la France a une législation pénale qui est, sans doute, plus rationnelle et plus humaine que celle qui existait avant la révolution. Cependant un code, *œuvre précipitée d'un pouvoir qui rétablissait la confiscation et rouvrait des bastilles*, devait être, comme il est en effet, fort au dessous de la civilisation française [...]. Il y a là un tel mépris de l'espèce humaine, une telle prétention au despotisme en tout, même en morale, qu'on pourrait, sans trop hasarder, juger de l'esprit du code entier par la lecture de l'art 1^{er} [...]. Les cours prévôtales n'iront plus, nous le croyons, effrayer la France de leurs terribles exploits. [...] Le Code pénal (il en est autrement du Code civil) n'est pas le Code de la France; c'était le Code de Napoléon. Il est l'expression de l'individualité impériale»: P. Rossi, *Traité de droit pénal*, ed. Bruxelles 1829, pp. 32-33, p. 46, p. 60, corsivi nostri. E, ciò che più conta, Rossi individua il nesso imprescindibile che deve legare il codice ad un certo tipo di costituzione e di governo: «la justice pénale sous un gouvernement absolu, lorsqu'elle est aussi bonne qu'il est possible, y est toujours de deux couleurs: équitable pour les délits privés, exagérée pour les délits publics, et toujours appliquée à l'aide d'une procédure sans garanties [...]. La liaison du système pénal avec le système politique est si intime, qu'on pourrait presque douter de la bonne foi de ceux qui osent encore affirmer que l'établissement d'une bonne législation, surtout criminelle, soit chose possible sous un pouvoir absolu»: Rossi, *Traité cit. supra*, *Introduction*, chap. III, p. 64; *livre IV*, chap. II, p. 509. Sulla figura di Pellegrino Rossi v. M. Sbriccoli, *Pellegrino Rossi et la science juridique*, in *Des libertés et des peines. Actes du colloque Pellegrino Rossi*, Genève, 1980, pp. 179-194; Id., *Il diritto come mediazione. Note sul pensiero giuridico-politico di Pellegrino Rossi*, «Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Macerata», 1982, III, pp. 1625-1644; v. *Un liberale europeo. Pellegrino Rossi (1787-1848): atti della giornata di studio, Macerata, 20 novembre 1998*, ed. L. Lacchè, Milano 2001; v. anche A. Dufour, *Pellegrino Rossi*, nel cit. *Dictionnaire historique des juristes français* [nt. 37], pp. 678-679; sul contesto politico-costituzionale e sul ruolo dello stesso Rossi v. L. Lacchè, *La Libertà che guida il Popolo. Le Tre Gloriose Giornate del luglio del 1830 e le «Chartes» nel costituzionalismo francese*, Bologna 2002.