HISTORIA ET IUS - ISSN 2279-7416 - DOI 10.32064/19.2021.11 - 1 aprile 2021

rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

Marco P. Geri

Tra *codice* e «*osservanze giudiciali*»: Giuseppe Puccioni al crepuscolo del diritto penale del Granducato (1838-1860)

Between code and «osservanze giudiciali»: *Giuseppe Puccioni at the twilight of the criminal law of the Grand Duchy (1838-1856)*

ABSTRACT: The research, taking into consideration the particularity of the sources of the law of the Grand Duchy of Tuscany and the role within them of the «osservanze giudiciali», investigates the activity of Giuseppe Puccioni, author of various draft codes and, during the period in which he was judge of the Court Cassation, of the *Saggio di diritto penale teorico-pratico*, also intended for teaching criminal matters, and of a commentary on the Tuscan Penal Code of 1853.

KEYWORDS: Criminal code, judicial activity, legal interpretation.

SOMMARIO: 1. Magistrati e leggi – 2. Una piega della riforma del 1838 e le sue conseguenze – 3. Di un progettista e dei suoi progetti – 4. «Della ermeneutica legale» – 5. Il *Codice penale toscano illustrato*: l'edificio – 6. Uno sguardo d'insieme – 7. Sotto le lenti di Puccioni: il diritto previgente e la completezza – 8. Sotto le lenti di Puccioni: alcuni confini di antica data – 9. Opera *conservatrice del tecnicismo della scienza*? – 10. «Il popolo nostro la rispetta, ed ascolta i di lei consigli» – 11. Giudici e codice: primi sondaggi.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

1. *Magistrati e leggi*

I protagonisti di questa vicenda, circoscritta nel tempo ma dalle radici profonde, sono un testo legislativo appena nato (il *Codice penale pel Granducato di Toscana*[1]) e un «giudice da sempre»[2]: Giuseppe Puccioni[3]. Le loro vicende, che per un breve tratto della relativa vita/vigenza si incontrarono, assumono rilievo nella logica delle riflessioni intorno al rapporto tra norma e interprete, in specie quando l'interprete è giudice[4]. La questione nell'Ottocento assunse importanza elevata per via del generale mutamento avvenuto nel modo di intendere le fonti del diritto[5], nel quale si stagliò la legislazione statale[6], in un

[1] Il *Codice penale pel Granducato di Toscana* fu promulgato il venti giugno 1853 ed entrò in vigore il successivo primo settembre. Tuttavia, nel Granducato i lavori intorno ad un testo legislativo penalistico iniziarono subito dopo il ritorno dei Lorena in Toscana nel 1814: M. Da Passano, *La storia esterna del Codice penale toscano (1814-1853)*, in *Istituzioni e società in Toscana nell'età moderna,* Roma 1994, II, pp. 564-589.

[2] Così ne parla P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Milano 1988, p. 7.

[3] Dopo le pagine di Floriana Colao (*Puccioni Giuseppe*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, Bologna 2013, II, pp. 1632-1633), anche M. P. Geri, *Puccioni Giuseppe*, in *Dizionario Biografico degli italiani*, LXXXVI, Roma 2016, pp. 611-614.

[4] Dopo le considerazioni di L. Garlati, *L'intramontabile apporto interpretativo del giudice*, in E. Tavilla (cur.), *La giustizia criminale: premesse per un terreno di indagine comune*, Bologna 2012, pp. 42-43, il recentissimo e di più ampio respiro R. Ferrante, *Ideologie della giurisdizione e cultura giuridica togata. Tradizione, nomofilachia, formanti e metodo storico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XLIX (2020), pp. 307-345.

[5] Tra i molti, il primo, P. Grossi, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli atti di un convegno milanese e alla ricerca di segni)*, ora in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, pp. 13-31 e Id., *Assolutismo giuridico e diritto penale (a proposito di recenti appuntamenti carrariani e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXIV, 1995, pp. 469-475.

[6] Non necessariamente e immediatamente con tutti i canoni che la storiografia giuridica ha a suo tempo individuato e, poi, successivamente passato al vaglio critico per il *codice*. Si tratta di questioni che hanno dato da riflettere a non pochi studiosi. Tra di essi Ugo Petronio [es. *Una categoria storiografica da rivedere*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XIII (1984), pp. 705-717; Id., *La nozione di Code Civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa «completezza»*, ivi, XXVII (1998), pp. 83-115; Id., *La lotta per la codificazione*, Torino 2002], Riccardo Ferrante (es. *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Torino 2015) e Pio Caroni che, dopo molti interventi e cospicue riflessioni [tra le quali, ovviamente, i *Saggi sulla stoia della codificazione*, Milano 1998 e gli scritti raccolti entro *La solitudine dello storico del diritto*, Milano 2009 (pp. 178-236, in particolare)], ultimamente è tornato ancora in maniera

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

quadro di «legalità legislativa nazionale»[7]. In quelle realtà dove si condusse in porto il rinnovamento della legislazione, si usò lo strumento *codice*, tecnico o ideologico che fosse[8], per coprire con la disciplina statale (in modo ampio, se non completo) i vari settori dell'ordinamento maturati tempo addietro quali partizioni dell'indistinto *ius civile*. Anche dove i *codici* furono soltanto progettati, comunque, il cambiamento del panorama di riferimento fece maturare riflessioni delle quali le istanze e i metodi di quella che è stata detta *école d'exégèse*[9], della *historische Schule*[10] e, poi, della Pandettistica[11] sono il prodotto più elevato. Entro questo quadro, Alberto Spinosa[12] ha trattato di recente del panorama italiano con un occhio di riguardo al settore civilistico. Tale attenzione era giustificata anche dal fatto incontestabile che la pretesa dell'istituzione politica di occupare interamente il settore penalistico si presentava più legittimata, matura e radicata. Inoltre, per il penale la necessaria incidenza dell'ormai affermato principio di legalità in tutte le sue sfaccettature e dunque il ruolo più vincolante e persino garantista esercitato dal testo normativo[13] rafforzava tale legittimazione e riduceva al minimo i problemi

penetrante sul tema: P. Caroni, *E se anche il codice fosse un messaggio?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XLVII (2018), pp. 57-109.

[7] R. Ferrante, *Ideologie della giurisdizione*, cit., p. 307.

[8] A. Spinosa, «*Civili in diversissimo modo*». *Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento*, Milano 2017, p. 103.

[9] A parte i già citati, per la sua diffusione in Italia si tenga conto almeno di G. Tarello, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, ora in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1998, pp. 69-102; F. Marinelli, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari 2018 (specie cap. VIII); R. Ferrante, *Dans l'ordre établi par la Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico,* Milano 2002.

[10] Sulla diffusione delle metodologie dalla scuola storica nelle varie realtà dell'Italia preunitaria: L. Moscati, *Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie*, in F. Liotta (cur.), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Bologna 1999, pp. 277-321.

[11] Da ultimo F. Furfaro, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino 2016.

[12] A. Spinosa, «*L'Economia dei codici moderni*». *Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'Ottocento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XL (2011), II, pp. 747-780 e poi in maniera più dettagliata e completa Id., «*Civili in diversissimo modo*», cit., pp. 101-182 (per la Toscana lorenese).

[13] F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari 1999, p. 300-301; F. Palazzo, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI (2007), II, pp. 1279-1294; M. Pifferi, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le «zone grigie» della legalità penale tra Otto e novecento*, ivi, I, pp. 745-753; L. Lacchè, *«Alzate l'architrave carpentieri». I livelli di legalità penale e le «crisi» tra Otto e Novecento*, in C. Storti (cur.), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino 2016, pp. 184-205.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

scaturenti dal rapporto tra norma e interprete, ridimensionando decisamente l'impatto di quest'ultimo sulle fonti del diritto o ricollocando l'operatore giuridico nel pur pregiato ruolo di studioso della scienza di redigere le leggi[14]. E se il caso della Francia è emblematico di quanto detto, perché prima della promulgazione del *code civil* si registrano due codici penali, quello del 1791 e il Merlin del 1795[15] (il primo, tra l'altro, come si sa, con un livello di meccanicismo applicativo piuttosto elevato[16]), la stessa cosa potrebbe esser sostenuta per il piccolo Granducato di Toscana, dove, prima del breve periodo della dominazione francese e della entrata in vigore del *code pénal* (1811-1814)[17], si ebbero tre momenti di rinnovamento della legislazione penale, preceduti da una stagione di riflessioni e modifiche dell'assetto normativo[18]. Mi riferisco alla tradizione legislativa che prese avvio con la *Riforma della legislazione criminale* di Pietro Leopoldo, proseguì con la cosiddetta *Ferdinandina* del 1795[19] e, prima dell'estensione della normativa francese alla Toscana, fece tappa anche durante il Regno d'Etruria (1807)[20]. Al ritorno dei Lorena in Toscana, rimesso in piedi il vecchio assetto normativo penalistico, ci si prodigò subito per riordinare (se non rinnovare) la legislazione penale del Granducato[21], cosa che si realizzò proprio con il *Codice penale* del 1853; testo ritenuto di livello tecnico elevato[22] e anche per questo destinato a godere di

[14] Per l'esempio di Carmignani: M. P. Geri, *Il magistero di un criminalista di fòro. Giovanni Carmignani* «*avvocato professore di Leggi*», Pisa 2015, pp. 272-275.

[15] Per tutti, M. Da Passano, *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero*, Torino 2000, pp. 19-86 (e appendici).

[16] Con l'introduzione della fissità delle pene comminate: M. Da Passano, *Emendare o intimidire*, cit., p. 45.

[17] Sull'atteggiamento della cultura giuridica toscana nei confronti del codice del 1810: F. Colao, *Il Codice penale francese in Toscana. Prime note e indicazioni di ricerca*, in *Codice dei delitti e delle pene pel Regno d'Italia (1811)*, Padova 2001, pp. CCXXIII-CCXLVII e M. P. Geri, *Il Magistero di un criminalista di fòro*, cit., pp. 149-191.

[18] D. Edigati, *Prima della "leopoldina: la giustizia criminale toscana tra prassi e riforme legislative nel XVIII secolo*, Napoli 2011, pp. 15-79.

[19] M. Da Passano, *Il diritto penale toscano dai Lorena Borbone (1786-1807). Dalla «Mitigazione delle pene» alla «Protezione che esige l'ordine pubblico»*, Milano 1988, pp. 105-153 e appendici

[20] Ivi, pp. 155-171 e appendici; M. Da Passano, *Emendare e intimidire?* cit., pp. 195-203 e il recentissimo D. Edigati, *Intimidire e prevenire, la* «*terza riforma*» *criminale toscana (1807)*, in «Rivista di Storia del diritto italiano», XCIII (1/2020), pp. 119 -176.

[21] M. Da Passano, *La storia esterna del Codice penale toscano,* cit., pp. 567-568.

[22] Anche se oggetto di significativi interventi di modifica nel giro di poco tempo: M. Da Passano, *La codificazione penale nel Granducato di Toscana (1814-1860)*, in M. Da Passano et alii (cur.), *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853). Ristampa anastatica*, Padova 1993, pp. XXXIX-XLVII.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

una *fortuna* che andò oltre la vita del Granducato e si prolungò nei territori toscani fino all'entrata in vigore del Codice Zanardelli[23].

Come molti hanno potuto toccare con mano, tuttavia, l'esperienza giuridica della Toscana della fine del '700 e della Restaurazione, pur nella non indifferente presenza dei corpi normativi appena richiamati, pur passata dalle forche caudine della vigenza di un codice penale importato dalla Francia[24], spicca anche in campo penalistico per la inclinazione verso l'attribuzione di una decisiva rilevanza ad un diritto nato in sede giurisprudenziale, da considerare quale vera trama del diritto penale; una trama capace di fornire più della legislazione un valore intrinseco di garanzia[25]. Non a caso, infatti, nella pagina di Carmignani si legge che

> ricco e prezioso deposito di utili suggerimenti per la compilazione d'un nuovo codice penale somministrano i voti, e le decisioni de' Biondi, de' Paoletti, de' Poggi[26].

Nel Granducato di Toscana, a fianco dell'attività progettuale e legislativa in ambito penalistico[27], stava una cultura giuridica profondamente fiduciosa delle

[23] Per tutti: M. Da Passano, *Il problema della unificazione legislativa e l'abrogazione del codice napoletano*, in M. Da passano e alii (cur.) *Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Parte seconda. Leggi penale (1819). Ristampa anastatica*, Padova 1998, pp. C-CVI.

[24] All'epoca per sottolineare la sua estraneità rispetto alla cultura giuridica e alla coscienza civile del popolo toscano, legate alla tradizione e al mito leopoldino [C. Mangio, *Rivoluzione e riformismo a confronto. La nascita del mito leopoldino in Toscana*, in «Studio storici», XXX (1989), pp. 947-967; Z. Ciuffoletti, *I moderati toscani e la tradizione leopoldina*, in C. Rotondi (cur.), *I Lorena in Toscana*, Firenze 1989, pp. 121-138] si diceva *sulla punta delle baionette*. In campo penale, in particolare, contribuì in maniera decisiva ad alimentare il mito della legislazione leopoldina Carmignani, definito da Forti «apologista» del principe Lorena: F. Colao, *Francesco Forti. Un civilista «pubblico ministero». nella toscana del primo Ottocento*, in S. Pagliantini, E. Quadri, D. Sinesio (cur.), *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano 2008, cit., p. 813.

[25] È la visione di Carmignani (F. Colao, *Pratica sapiente e codificazione dalla Toscana di Francesco Forti all'Italia di Francesco Carrara*, in *Sapere accademico e pratica legale*, a cura di V. Piergiovanni, Genova 2009, p. 99), largamente condivisa dagli operatori toscani del penale.

[26] G. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, I, Pisa 1831, p. 275-276. Un'utilità così elevata che Carmignani in nota sottolineava come «una scelta raccolta a stampa dei voti criminali di tutti è sempre desiderata» (p. 276). Ne ho trattato in M. P. Geri, *Il magistero di un criminalista di foro*, cit., pp. 351-352.

[27] Tra i non pochi interventi, a parte quelli giudicati minori tutto sommato a ragione da Mario Da Passano [*I tentativi di codificazione penale nel Granducato di Toscana. Il progetto di Giuseppe Puccioni (1838)*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVI (1996), pp. 319-320], si segnala la legge sui «furti violenti» del 1816 (M. Da Passano, *Il primo progetto di codice penale toscano,* in «Materiali per la storia della cultura giuridica moderna», XXII (1/1992), pp. 49-54), la normativa in tema di «falsità in recapiti commerciali» del 1823 (*Leggi*

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

risorse offerte dalla radicata tradizione giurisprudenziale[28], che mai era stata intaccata; risorse che erano considerate così decisive da esser oggetto di teorizzazione nel progetto di edificazione delle scienze criminalistiche di Giovanni Carmignani[29] e che erano prodotte da operatori considerati indispensabili per la formazione di quella schiera di soggetti da adibire al lavoro di rinnovamento della legislazione[30]. D'altronde, se parte del diritto viveva nelle aule dei tribunali, era del tutto normale che i soggetti ai quali era attribuito il compito di applicare il futuro diritto facessero parte del novero di operatori dediti alla sua formazione[31]. Così che appare come un caso davvero isolato, una scelta estemporanea imposta dall'autorità dell'anziano professore, la richiesta di un parere al cattedratico (anch'egli, però, criminalista di fòro) Carmignani nel1839[32].

La magistratura toscana già da prima dell'età dei *giudici che applicarono la Leopoldina*[33] aveva radicato una forte autostima operativa[34], dalle profonde e

del Granducato della Toscana, Firenze 1823, X, p. I, pp. 14-15) e quella del 6 agosto 1827 sui *fallimenti dolosi* (*Leggi del Granducato della Toscana*, Firenze 1827, XIV, p. II, pp. 43-45).

[28] Per intendersi, bastino le parole di G. Carmignani (*Elementi di diritto criminale* […] *prima versione italiana del professor Caruana Dingli sulla quinta ed ultima edizione latina di Pisa,* I, Malta 1847, § 28, nt. 1, p. 17: «Della illustrazione delle leggi penali della nostra Toscana si era utilmente occupato il Savelli nella sua *Pratica Universale*. Ma dopo la pubblicazione del Codice Leopoldino era necessaria agli studenti una nuova guida al diritto patrio. Questo assunto fu dottamente e laboriosamente disimpegnato dal chiarissimo Jacopo Paoletti» e poi da Angelo Poggi che *illustrò* la opera di Paoletti «con nuove e squisite annotazioni tuttora manoscritte». Non a caso si tratta in tutti e tre i casi di magistrati o assessori giudiziari.

[29] M. P. Geri, *Il magistero di un criminalista di fòro*, cit., pp. 347-360.

[30] F. Colao, *Progetti di codificazione civile*, cit., p. 15. Siamo di fronte ad uno degli aspetti dell'alleanza tra sovrano e giureconsulti che nella Toscana lorenese era ancora scenario istituzionale del tutto congeniale ad entrambe le parti (F. Colao, *Francesco Forti. Un civilista «pubblico ministero»,* cit., p. 806; M. P. Geri, *Il magistero di un criminalista di fòro*, cit., pp. 28-30).

[31] F. Colao, *Progetti di codificazione,* cit., pp. 14-15. Di un diritto vivente nelle aule dei tribunali ha parlato anche A. Spinosa, «*Civili in diversissimo modo*», cit. 117.

[32] D. Fozzi, *Carmignani e la codificazione penale toscana*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847). Maestro di scienze criminali e pratico del foro sulle soglie del Diritto penale contemporaneo*, Pisa, 2003, pp. 181-196; M. Da Passano, *La storia esterna*, cit., pp. 575-580.

[33] M. Montorzi, *I giudici che applicarono la Leopoldina*, ora in Id., *Pontedera e le guerre del contado. Studi sull'esercizio della giurisdizione nel territorio pontederese e pisano in età moderna*, Firenze 1997, pp. 193-252.

[34] Eco in F. Carrara, *Giuseppe Puccioni e il giure penale*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, *seconda edizione corretta, ampliata, riordinata*, Lucca 1870, I, p. 73: «condurre la legge all'unisono con le idee e con i bisogni contemporanei. Tale fu sempre il pensiero al quale si uniformò come a debito di coscienza la toscana magistratura».

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

salde radici, che legittimava l'inserimento tra i maestri da ascoltare di operatori giuridici della tradizione come Marcantonio Savelli[35] (lo fa chiaramente Forti[36] sulla scia di Carmignani[37] e, più avanti, potremo vedere Puccioni sulla stessa linea) e un certo ridimensionamento della *Riforma* del 1786 rispetto alle *Istruzioni ai giusdicenti* impartite dal Granduca nel 1781[38].

D'altronde, al di là di discussioni ormai superate sulla natura di *codice* della Leopoldina[39], con Mario da Passano[40] e Floriana Colao[41], non si può negare che il suo contenuto si deve al confronto tra le idee del Granduca e quelle di marca tradizionalista di alcuni trai più rilevanti magistrati dell'epoca[42]. Lo stesso avvenne per la revisione della *Leopoldina* nel 1795[43], mentre le recenti

[35] Su Savelli D. Edigati, *Una vita nelle istituzioni. Marcantonio Savelli giurista e cancelliere tra Stato Pontificio e Toscana medicea*, Modigliana 2005; Id., *Gli occhi del Granduca. Tecniche inquisitorie e arbitrio giudiziale tra stylus curiae e ius commune nella Toscana secentesca*, Pisa 2009, *ad nomen*.

[36] F. Colao, *Francesco Forti. Un civilista «pubblico ministero»*, cit., pp. 808, 812.

[37] Carmignani ricorda nella *Teoria* di aver difeso in due cause nelle quali i giudici erano giunti a conclusioni non corrette perché avevano tenuto conto del solo dettato della Leopoldina, non prendendo in considerazione le proficuità della *Pratica* di Savelli. Ne ho trattato nel contesto della proposta del giurista pisano di costruzione di un sapere penalistico *teorico-pratico* in M. P. Geri, *Il magistero di un criminalista di fòro*, cit., p. 350.

[38] È farina molto significativa del sacco del «*pubblico ministero*» Forti: F. Colao, *Francesco Forti. Un civilista «pubblico ministero»*, cit., p. 812.

[39] Mario Da Passano, *La Leopoldina è un codice moderno*?, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVII (2/1987), pp. 469-478; T. Padovani, *Lettura della Leopoldina. Una analisi strutturale*, in L. Berlinguer, F. Colao (cur.), *La Leopoldina nel diritto e nella giustizia in Toscana*, Milano 1989, pp. 1-29. Sugli atteggiamenti della storiografia in ordine ai vari testi normativi approvati tra la fine del '700 e il secolo successivo, mettendo in evidenza ulteriori chiavi di lettura: P. Caroni, *E se anche il codice fosse un messaggio?*, cit., pp. 65-82.

[40] M. Da Passano, *Il diritto penale toscano dai Lorena ai Borbone*, cit., pp. 11-101 e appendici.

[41] F. Colao, *L'«interpretativa giurisprudenza» nella giustizia criminale della Toscana moderna*, cit., p. 284.

[42] Ivi, pp. 285-286. L'azione di Pietro Leopoldo fu sempre qualificata dalla necessaria valutazione del rapporto tra trono e magistrati. Ne sono prova le già citate *Istruzioni per i giusdicenti* e per la *giurisdizione criminale* del 1781 (sulle quali D. Edigati, *Prima della Leopoldina*, cit., pp. 58-68) e anche lo stile persuasivo della *Leopoldina*, che in alcuni passi somiglia più a un manuale per giusdicenti che ad un testo normativo. D'altronde, con la Leopoldina sulla scrivania, Jacopo Maria Paoletti non esiterà ad affidare la certezza del processo non alla legge, ma alla pazienza e prudenza del ministro preposto alla sua compilazione (es. G. M. Paoletti, *Istruzioni per compilare i processi criminali e nuovo formulario criminale, terza edizione con aggiunte, e note*, Firenze 1820, § XXI, p. 121: «… ceto universale de' criminalisti […] buoni ministri d'una scienza per se stessa santissima al pari delle leggi, ed alla sussistenza della civil società necessaria…»). Un chiaro *endorsment* per la letteratura d'apparato e per l'annessa cultura giuridica.

[43] M. Da Passano, *Il diritto penale toscano dai Lorena ai Borbone*, cit., pp. 123-153 e appendici.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

indagini di Daniele Edigati hanno evidenziato prassi interpretative e applicative della riforma del principe Lorena non proprio ligie al dettato normativo[44] e hanno messo in luce come anche la normativa borbonica del 1807 fu in sostanza «una vera e propria opera collettiva di numerosi magistrati e giudici di notevole esperienza e vena pragmatica»[45].

Chiaramente, dal primario ruolo riconosciuto alla magistratura toscana derivava anche l'assoluta rilevanza della sua produzione e l'attribuzione di una posizione del tutto peculiare a quel «*consentimento del foro*»[46] di cui trattava Forti. Era maturato, anzi, secondo le più incisive parole di Francesco Carrara,

> in certa guisa un *secondo codice criminale* da un lato alle leggi del 1786 e del 1795 e fu quello che si disse delle giudiciali osservanze[47].

Affermazione questa del tutto in linea col ruolo attribuito da Carmignani nel 1826[48] alla «*interpretativa giurisprudenza*», destinata a fare da «norma e guida nel sentenziare»[49]. Una massa di sapienza prodotta giurisdizionalmente, insomma, non limitata alle tecniche di stesura degli atti e di conduzione dei procedimenti, ma riguardante tutti gli aspetti del penale che, senza apparentemente intaccare le pietre miliari legislative dell'ordinamento, si proponeva quale garanzia di una legalità intesa come certezza e rispetto della regole giuridiche che anch'essa contribuiva a cesellare e che affidava la tutela del suddito alla mediazione del giudice prudente e competente controllato dal sovrano[50].

---

[44] D. Edigati, *Prima della «leopoldina»*, cit., pp. 68-79.

[45] D. Edigati, *Intimidire e prevenire*, cit., p. 175.

[46] A. Landi, *Tra diritto comune e Codice civile. Francesco Forti e il problema della* interpretatio *nella Toscana della Restaurazione*, ora in Id., *Storia giuridica per futuri giuristi. Temi e questioni*, Torino 2015, pp. 197-201; A. Spinosa, «*Civili in diversissimo modo*», cit., pp. 118-137.

[47] F. Carrara, *Giuseppe Puccioni ed il giure penale,* cit., p. 44. La conclusione del discorso di Carrara è ancora più importante: «e veramente queste *giudiciali* osservanze meritarono il nome di legge o di codice suppletivo».

[48] G. Carmignani, *Saggio teorico-pratico sulla fede giuridica e su i vari metodi nelle materie penali*, in Id., *Scritti inediti*, VI, Lucca 1852, § DCCXLVII, p. 458.

[49] Lo ha posto in luce F. Colao, *L'«interpretativa giurisprudenza» nella giustizia criminale della Toscana moderna*, in M. Cavina (cur.), *La giustizia criminale nell'Italia moderna (XVI-XVIII sec.)*, Bologna 2012, pp. 279-291.

[50] Un aspetto di quel *diritto forense* che anche in ambito penale finiva per essere la matrice del tutto: M. Montorzi, *Echi di Baldo in terra di Riforma. Mätthaus Wesenbeck e gli spazi di una «simplex diffinitio dominii»*, ora in Id., *Processi istituzionali episodi di formalizzazione giuridica ed evenienze d'aggregazione istituzionale attorno ed oltre il feudo: saggi e documenti*, Padova 2005, pp. 14-15; F. Colao, *Pratica sapiente e codificazione,* cit., p. 93; M. P. Geri, *Il magistero di un criminalista di foro*, cit., pp. 352-353.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

Oltre alle varie fasi di predisposizione di un codice penale, oltrepassato il XVIII secolo e terminata l'epoca della dominazione francese, anche la scelta di abrogare il *Code d'instruction criminelle* impose immediatamente, soprattutto nella gestione quotidiana degli atti processuali e in assenza di una legislazione processuale, la rivalutazione del patrimonio di prassi consolidate delle quali si diceva. È per questo che dopo aver abolito i codici francesi si stabilì che

> per la compilazione dei processi informativi si eseguiranno le leggi, ordini, regole, *e consuetudini*, che esistevano, e si praticavano sotto il governo di Sua Altezza Imperiale e Regia salve le modificazioni provvisoriamente ordinate col presente regolamento[51].

E nelle successive *Istruzioni* dell'8 luglio si chiarì che con il richiamare «in osservanza le antiche regole e consuetudini» si era inteso

> rimandare i processanti alle antiche pratiche anche in quella parte in cui non sono il resultato di veruna legge, atto del Governo, o altra disposizione scritta dall'autorità legittima[52].

Pratiche che in realtà non erano per nulla limitate alle tecniche di mera compilazione attuariale dei procedimenti penali. Solo a partire dalla fine degli anni Trenta con la riorganizzazione dell'intero ordinamento giudiziario le cose cominciarono a porsi in maniera differente. Ma non si deve dimenticare che ancora nel Regolamento processuale del 1849 la questione continuava per certi aspetti a presentarsi nella solita maniera, dato che si era sancito, usando una tecnica non certo sconosciuta, che

> in tutto ciò che non è contrario alla presente legge rimangono in vigore le leggi e le *osservanze*, che hanno fin qui dato norma ai giudizj criminali[53].

Quanto detto sino ad ora voleva fare da preludio alla constatazione che ad un certo punto del percorso, differentemente dal settore civilistico, anche in Toscana le cose cambiarono, perché un testo legislativo di carattere generale,

[51] *Abolizione del codice penale, e della procedura, e criminale, ripristinazione delle leggi di Sua Altezza Imperiale e Regia*, in *Leggi del Gran Ducato di Toscana pubblica dal 27 aprile 1814 a tutto l'anno corrente per ordine di tempi*, I, Firenze 1814, p. 148, art. II.

[52] *Istruzioni sul Regolamento criminale del dì 8 luglio 1814*, in *Leggi del Gran Ducato di Toscana pubblica dal 27 aprile 1814*, cit., p. 169, art. 3. Il successivo articolo tra queste prassi indica in specie quella della stesura dei verbali degli interrogatori e in particolare di quelli dei testimoni. Un accenno alla questione in D. Edigati, *Il codice mancato. Tentativi di codificazione della procedura e riforma della giustizia criminale nella Toscana ottocentesca*, Roma 2013, p. 22.

[53] *Decreto del dì 22 novembre 1849 che istituisce il Regolamento per la istruzione dei processi criminali*, Firenze 1849, art. 154.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

tale da candidarsi a matrice dell'ordinamento e da sostituirsi (in quanto *codice*) alla precedente legislazione principesca, arrivò[54]. È corretto, allora, chiedersi quale fu la sorte della citata *interpretativa giurisprudenza*, magari di fronte alla esplicita abrogazione delle *osservanze* (che in fondo era nelle cose dell'intervento codicistico), ma anche alla luce della avvenuta costituzione pochi anni prima della giurisdizione di Cassazione. E, al tempo stesso, è corretto chiedersi che tipo di atteggiamento assunsero i giudici che, partecipi da anni di un lungo processo di riforma, si trovarono ad operare entro un contesto almeno in chiave generale del tutto differente. Se la questione sia liquidabile con l'idea di una *tabula rasa* per il primo interrogativo e con l'affermazione di una naturale riottosità per il secondo, le pagine che seguono vorrebbero verificarlo in relazione a Giuseppe Puccioni. Il profilo del giudice senese, infatti, si presta bene ad una indagine del genere per via dell'ampiezza dello spettro del suo intervento. Dopo aver partecipato alla sperimentazione della riforma dell'ordinamento giudiziario del 1838[55] ed esser divenuto in occasione del suo impianto giudice d'appello presso la *Corte Regia* di Firenze, fu investito dell'incarico di stendere un progetto di codice penale e di lavorare ad un progetto di codice procedurale. Salito, poi, agli scranni della Cassazione toscana, negli anni successivi alla promulgazione del codice del 1853 fu autore di un *Saggio di diritto penale teorico pratico* (1858)[56] destinato principalmente alla didattica e di un esteso commento al codice in cinque volumi: *Il Codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza* (1855-1858[57]). Durante l'esperienza del Governo provvisorio toscano, infine, fu investito della responsabilità della revisione del codice del 1853, sebbene le proposte maturate in seno alla commissione della quale fece parte furono inascoltate[58]. Da giudice, ebbe, insomma, a che fare continuamente con le norme, le leggi e

[54] Prima dell'arrivo del codice privatistico, che per ragioni che risultano evidenti dalle ricerche di Floriana Colao (F. Colao, *Progetti di codificazione civile*, cit., passim) non arriverà mai. Penetranti riflessioni in merito in P. Caroni, *Se il codice penale anticipa quello civile*, in P. Caroni, S. Gilardoni (curr.), *Il codice sgradito. Atti del convegno sul codice penale della Repubblica e Cantone del Ticino (1816)*, in «Archivio Storico Ticinese», CXLII (2007), pp. 425-438; Id., *Codificare sui due versanti: quello civile e quello penale. Riflessioni sul mito del codice guida*, in E. Tavilla (cur.), *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed Europe. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione. A 200 anni dalla traduzione in italiano del Code Napoléon (1806-2006)*, Modena 2009, pp. 337-361.

[55] Quale giudice al tribunale di Grosseto nel 1836: F. Colao, *Puccioni Giuseppe*, cit., p. 1632.

[56] D'ora in poi *Saggio*.

[57] Ma l'ultimo fascicolo del quinto volume fu stampato alla fine del 1859. D'ora in poi *Codice penale toscano illustrato*.

[58] F. Carrara, *Giuseppe Puccioni e il giure penale*, cit., pp. 57-58; M. Da Passano, *La codificazione penale nel Granducato*, cit., pp. XL-XLIX.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

con la loro creazione e interpretazione in un periodo che va dagli anni Trenta alla fine del Granducato.

2. *Una piega della riforma del 1838 e le sue conseguenze.*

La riforma dell'ordinamento giudiziario del 1838 disciplinò le forme del ricorso in cassazione attribuendone l'esercizio alla *Regia Consulta*[59]. L'art. CLIV stabilì l'ammissibilità del ricorso contro una «sentenza» o un «decreto» che contenesse «una contravvenzione alla legge», o nel caso di applicazione alla controversia risolta di «una legge diversa da quella che doveva influirvi», o ancora in quello nel quale non si fosse data «la giusta intelligenza alla legge applicata», o, infine, per «omissione di una forma sostanziale»[60]. Se, però, alcuni testi più o meno ufficiali[61] si limitarono a mettere un po' in ordine l'articolo appena citato, le successive *Istruzioni* del novembre 1838 (alla stesura delle quali partecipò anche Puccioni[62]) presero per l'ordinamento penalistico toscano un impegno ben preciso. Scrive il giudice senese:

> le teorie della scienza profondamente studiate sui migliori scrittori, congiunte a quei principj di equità e di moderazione che furono sempre la guida della magistratura nostra, accompagnate alla perfetta conoscenza degli usi, bisogni, costumi e consuetudini del paese, e ad una lunga esperienza, *formarono quella consuetudine di giudicare*, mediante la quale venne largamente e con sano criterio

[59] Gli studi su questa riorganizzazione dell'ordinamento giudiziario del Granducato non sono molti. A parte le pagine di Daniele Edigati (*Il codice mancato*, cit., pp. 59-82) e Floriana Colao (*Avvocati del Risorgimento nella Toscana della Restaurazione*, Bologna 2006, pp. 187-198), si può segnalare solo la tesi dottorale di A. Calussi, *Il processo penale del Granducato di Toscana nella restaurazione: dibattiti, progetti e provvedimenti* (Università di Genova, XIII ciclo, 2001). Per quanto riguarda la giurisdizione di cassazione, un richiamo alla Consulta a procedere in alcuni casi «con le massime proprie della così detta Corte di Cassazione» era già contenuto nella disposizione di *Abolizione del codice penale e della procedura criminale dell'8 luglio 1814,* in *Leggi del Gran Ducato della Toscana pubblicate dal dì 27 aprile 1814*, cit., p. 158. Nel 1838, poi, con la riorganizzazione dell'ordinamento giudiziario la Cassazione fu stabilizzata come effettiva sezione della Regia Consulta, alla quale fu confermata la prerogativa di «formarsi in Corte Suprema di Cassazione». Successivamente nel 1841 la giurisdizione di cassazione fu strutturata in un organo giudiziario a sé stante: P. Calamandrei, *La Cassazione civile. Parte I*, in Id., *Opere giuridiche*, VI, Roma 2019 (ried.), pp. 659-662.

[60] *Reale Motuproprio del 2 agosto 1838 contenente l'organizzazione dei nuovi tribunali toscani al quale viene unita per la più sollecita intelligenza ed esecuzione del medesimo un'analisi ragionata con ordine di materia del Regio Motuproprio predett*o, Firenze 1838, p. 53.

[61] *Analisi della legge organica dei nuovi tribunali toscani*, Firenze 1838, pp. 25-26; 40-41.

[62] Senza che, peraltro, si possa isolare il suo contributo: M. Da Passano, *La storia esterna del codice penale toscano*, cit., p. 572, nt. 33.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

> supplito a quei *vuoti* che le leggi nostre sciaguratamente presentavano, a quelle *anomalie* che fra esse esistevano, a quelle *imperfezioni* delle quali abbondavano.

Vuoti, *anomalie*, *imperfezioni*. Una dimensione di operatività piuttosto vasta per questa *consuetudine di giudicare* che, conclude Puccioni,

> *venne dal legislatore* nel 2 agosto 1838 *elevata* alla potenza della legge[63].

Leggendo con attenzione le *Istruzioni* del novembre 1838 si apprende che fu certificato un rango normativo, in definitiva già posseduto, a favore di queste *osservanze* e *consuetudini* (non proprio determinate, ma determinabili). Senza tale riconoscimento, del resto, il nuovo ordinamento giudiziario non poteva coordinarsi col corpo della normativa penalistica, in considerazione del fatto che esso era adesso informato al suo massimo grado alla giurisdizione di cassazione. La pagina di Carrara di qualche decennio dopo è al solito piuttosto chiara[64]:

> quando nel 1838 il Principe della Toscana volle correggere gli abusi dei procedimenti penali, e questi [ricostruì] in una foggia più omogena alla civiltà del nostro paese, dettò tassativo precetto che i giudici dovessero irrogare le pene non solo secondo le leggi sovrane, ma ben anche a seconda delle osservanze giudiciali: di guisa che impose dover esser motivo di cassazione e di annullamento di un giudizio criminale non solo la violazione delle leggi, ma la violazione ancora della pratica di giudicare ed il discesso e la dimenticanza di questa.

A mezzo del ricorso in Cassazione e delle potenzialità della violazione di legge, dunque, si era provocato un riconoscimento ufficiale delle *osservanze giudiciali*. L'articolo 500 delle *Istruzioni* del novembre 1838 era chiaro. Vi si fissava il contenuto della sentenza di Cassazione e si precisava che nel caso di «legge penale che [rilasciava] al prudente criterio dei Giudici la scelta della pena» si sarebbe dovuta indicare la norma e «nella parte motiva della sentenza ciò che [aveva] determinato il gius penale esistente». Se la «legge penale», invece, fosse risultata privata di efficacia con riferimento alla pena sanzione da essa prevista per effetto del meccanismo di coordinamento interpretativo con la normativa previgente previsto nell'articolo CXVIII della Leopoldina del 1786[65], allora si sarebbe dovuta citare «la legge abrogata» e ciò che avevano «determinato le osservanze giudiciali». In ultimo, nel caso di «mancanza

[63] *Codice penale toscano illustrato*, I, p. XIV.

[64] F. Carrara, *Giuseppe Puccioni e il giure penale,* cit., pp. 44-45.

[65] Si tratta del noto paragrafo secondo il quale nei «casi in questa legge omessi ricorreranno i giudici alle altre leggi osservate nel Granducato, che ne disponessero in particolare, sempre però secondo lo spirito della presente riforma, e compatibilmente con le espresse disposizioni in essa contenute».

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

assoluta di legge penale patria, e (dunque della necessità del) ricorso alle disposizioni del gius comune» si stabiliva l'obbligo di richiamare il gius comune stesso e motivare «la sentenza referendo la pratica di giudicare».

Siamo di fronte, dunque, alla soluzione escogitata da un ordinamento che introduce il ricorso in cassazione, ma non si professa capace di individuare con una norma statuale tutto il diritto penale, tutta le legge sulla cui applicazione la Cassazione è destinata a vigilare.

Nelle primissime fasi di applicazione del nuovo ordinamento giudiziario, con questo articolo ebbe a che fare proprio Puccioni quale giudice estensore di una sentenza[66]. Il provvedimento, in tema di caccia e porto d'armi, prendeva atto senza esitazioni che le norme del 1838 avevano «elevato al grado e alla forza di legge» la *consuetudine di giudicare* che si era formata col «concorso di più sentenze dei Tribunali toscani interpretative, modificative e suppletive delle leggi penali attualmente in vigore», sia con riferimento all'applicazione della pena, sia relativamente alla soluzione di tutte le altre questioni di diritto criminale. Ciò, precisava la sentenza, aveva avuto l'effetto di fissare che in entrambi i settori del penale i magistrati avevano il vincolo

> di non discostarsi minimamente dalla rammentata consuetudine, non solo nei casi relativi all'applicazione della pena, ma anche nella soluzione di tutte le questioni relative ai criminali giudizi, onde, nello stato in cui trovasi attualmente la legislazione toscana, riguardante i delitti e le punizioni, impedire quei gravissimi inciampi e danni che all'amministrazione della giustizia recherebbe il sottoporre a nuove esame e a nuove dispute delle teorie, per un numero imponente di anni e da parecchie successioni di magistrati, costantemente osservate e rispettate[67].

Questa era la posizione della *Corte Regia* (mai successivamente smentita), ma da meno non si mostravano in quel torno di tempo la Cassazione[68] e la letteratura penalistica di stampo pratico[69]. Il ruolo documentato per le *giudiciali*

[66] «*Annali di giurisprudenza. Raccolta di decisioni della Corte Suprema di Cassazione, della Corte Regia e dei tribunali di prima istanza per opera di una società di giureconsulti toscani*» (d'ora in poi *Annali di giurisprudenza*), I, 1839, p. II, pp. 496-498.

[67] Ivi, p. 497.

[68] A mo' di esempio: «*Annali di giurisprudenza*», X, 1848, p. I, pp. 224-226 (tratta di indicare nelle sentenze il «difetto di legge patria [o] la massima o proposizione stabilita dalla pratica di giudicare e dalle giudiciali osservanze alle quale intendono d'uniformarsi» e aggiunge che il *gius comune* in caso di lacuna di legge si cita solo se da esso si è ricavata la pena, non se le pene previste dal gius comune «sono state dalle osservanze giudiciali abrogate»). Identici riscontri sono presenti anche in altre sentenze dello stesso anno: «*Annali di giurisprudenza*», parte I, pp. 271-273 e p. 378 («siccome manca una patria disposizione […] così serve allegare le osservanze giudiciali che ci suppliscono»).

[69] D. Facchini, *Nozioni giuridiche delle pubbliche discussioni e delle sentenze criminali formanti motivo di*

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

osservanze dopo il 1838 non fu, insomma, una alzata di ingegno della Corte Regia e dell'estensore della sentenza. Tanto più che, come si è già ricordato, nel 1849 ci si trovò ancora a fare i conti con il «vigore» delle

> leggi e le *osservanze*, che hanno fin qui dato norma ai giudizj criminali[70].

Dove, in realtà, il termine *osservanze*, per via di quanto disposto nel 1838, era solo parzialmente sinonimo di *consuetudini*.

Con queste premesse, potremo vedere più avanti come si atteggiò la magistratura quando la norma potenzialmente occupante tutte le latitudini del penale e dispiegante la sua efficacia abrogativa giunse in Toscana.

3. *Di un progettista e dei suoi progetti*

Quasi certamente sponsorizzato dall'influente ministro Aurelio Puccini[71], sin dagli anni Trenta Puccioni era entrato in quel gruppo di magistrati dei quali il trono si era avvalso per tutti i suoi programmi di progettazione normativa. Si ha notizia di un suo progetto di codice procedurale steso nel 1834[72] e del fatto che, ripreso in mano il materiale prodotto sette anni prima, aveva predisposto la bozza iniziale di un codice sulla quale una commissione da lui presieduta avrebbe lavorato fino alla produzione di un progetto e di un *Rapporto* illustrativo nel 1841[73].

Ma è di tre anni prima il prodotto totalmente targato Puccioni e dedicato al diritto penale sostanziale. Incoraggiato[74] a riflettere da solo su un testo legislativo penalistico, il giudice senese corrispose alle aspettative del sovrano producendo un progetto di *Codice penale*, al quale, poi, su richiesta del trono, allegò un *Rapporto* contenente alla francese i *motivi* del progetto[75]. Poco dopo,

---

cassazione, Pisa 1846, p. 8, n. 3 (dove si tratta di «pratica di giudicare» distinta dalle «osservanze giudiciali»).

[70] *Decreto del dì 22 novembre 1849 che istituisce il Regolamento per la istruzione dei processi criminali*, Firenze 1849, art. 154.

[71] G. Ciappelli, *Un ministro del Granducato di Toscana nell'età della Restaurazione. Aurelio Puccini (1773-1840) e le sue «Memorie»*, Roma 2007; A. Capelli, *Il carcere degli intellettuali. Lettere di italiani a Karl Mittermaier (1835-1865)*, Milano 1993, pp. 353-359 e *ad nomen*.

[72] D. Edigati, *Il codice mancato*, cit., p. 63.

[73] Ivi, pp. 83-97.

[74] F. Carrara, *Giuseppe Puccioni e il giure penale*, cit., p. 47.

[75] Ne ha trattato M. Da Passano, *I tentativi di codificazione penale nel Granducato di Toscana. Il progetto di Giuseppe Puccioni (1838)*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVI (1996), pp. 319-357. L'unico esemplare del progetto Puccioni che si conosca è conservato

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

risultato il suo lavoro non soddisfacente[76], troviamo ancora il giurista senese tra i membri della commissione che produsse quelle *Istruzioni* per la compilazione di un codice sulle quali sarebbe poi stato chiesto il parere a Carmignani. Da tutte queste carte emerge con chiarezza il profilo di un «operatore aperto e sensibile»[77], ma anche di un giudice senza fronzoli, che non si sogna nemmeno lontanamente di alterare gli equilibri esistenti e col suo progetto intende con orgoglio[78]

> ordinare le materie sparse in tante e tante leggi ed in migliaia di decisioni dei tribunali [e] accomodarle alle esigenze dei tempi[79].

Un «progetto nazionalista», come notò Mario Da Passano anni fa, ma di un nazionalismo che si reggeva sui pilastri delle *leggi* e delle *decisioni* dei tribunali toscani (che nel rapporto sono richiamate al pari delle norme vigenti, se non maggiormente, quale giustificazione delle scelte compiute[80]). Fino al punto che, al contrario di quanto detto, si potrebbe parlare per Puccioni di chiusura intellettuale, specie dando rilievo al fatto che nel *Rapporto*, mentre abbondano i riferimenti ai Paoletti, Cremani, Poggi e anche a Carmignani, quelli comparativi ad altri testi legislativi scarseggiano e che, tra i giuristi richiamati, quelli estranei alla cultura giuridica toscana sono limitati a Renazzi e a una occasionale, ma sotto altri aspetti significativa, citazione di Gian Domanico Rinaldi[81]. Si tratta, invece, di una scelta di fondo che non deve esser legata a nessuna forma di chiusura municipalistica o alla ridotta taratura intellettuale dell'estensore. Il codice deve essere *toscano* perché appropriato alla Toscana, all'indole del suo popolo, alla sua cultura e alla sua storia. Il codice si poteva e si doveva fare, ma con questo tipo di approccio. Solo in questa maniera si sarebbe potuto giungere ad un prodotto «pari almeno di tutti i codici penali

tra le carte di Francesco Carrara, al quale lo donò il figlio Piero: Biblioteca Universitaria di Pisa (d'ora in poi BUPi), *Manoscritti Carrara*, 6-7.

[76] M. Da Passano, *I tentativi di codificazione penale nel Granducato*, cit., p. 357.

[77] P. Grossi, *Stile fiorentino*, cit., p. 8.

[78] BUPi, *manoscritti Carrara*, 6 (*Rapporto e motivi sul progetto di un codice penale toscano. 1838*), fo. 4: «È indubitato che pochissimi sin qui tra i legali, ed i magistrati hanno avuto cura di studiare lo spirito e le disposizione delle leggi penali toscane e molto meno di tener dietro alla giurisprudenza che ne è sorta».

[79] Ivi, fo. 2.

[80] Es. ivi, fo. 19: «… prescritte dalle nostre leggi, o dalla Giurisprudenza dei Tribunali toscani».

[81] Lo aveva già messo in evidenza M. Da Passano, *I tentativi di codificazione penale nel Granducato*, cit., p. 323.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

moderni»[82]. In questa logica la base delle leggi toscane e del materiale giurisprudenziale maturato intorno ad esse e in particolare intorno alla *Leopoldina* e alla sua riforma del 1795 s'impone in quantità e qualità. Ma, quando occorre, Puccioni sa guardare anche oltre. Quando riscontra delle lacune nella complessiva normativa toscana, quando individua l'esigenza di «cose affatto nuove in Toscana», ma presenti «in tutti i codici penali moderni» e «coerenti alla ragione» non ha difficoltà a inserirle nel suo progetto[83]. Con l'effetto alla fine di veder riconosciuta alla comparazione giuridica anche una certa efficacia legittimante. Lo stesso vale per le «teorie della scienza». A parte l'incontestabile lavoro di assimilazione compiuto dalla giurisprudenza, nel caso del *famulato*, ad esempio, egli chiarisce nella relazione di aver

> definito i caratteri del famulato secondo le teorie della scienza, rettificando così la pratica di giudicare, la quale aveva ciecamente seguitate dottrine adattate a leggi atroci, e barbare[84]

lontane dal tenore di quelle attuali. Potremo osservare lo stesso atteggiamento da parte del giudice senese nel commento al codice. Adesso preme evidenziare che l'impostazione che Puccioni dà al suo lavoro progettuale non nega la possibilità di riconoscere ad un testo legislativo il ruolo di unica (o tendenzialmente tale) sede nella quale il suddito e gli operatori giuridici possono individuare gli illeciti penali. Uno dei

> più marcati errori della nostra Giurisprudenza era quello di ricercare la punibilità di un fatto o di una omissione non previsti dalle leggi patrie, o nel testo delle leggi romane, o nei polverosi libri degli interpreti delle medesime[85].

Era un «errore» (aggiungiamo, per molti versi giustificato) che «non meritava di più esistere», ma la cosa non doveva essere portata alle estreme e positivistiche conseguenze. *Cliché* dei libri polverosi e dei loro interpreti a parte, Puccioni interpreta il suo ruolo di giurista al servizio dell'istituzione politica senza riottosità, ma al contempo non supinamente. Il testo legislativo, ad esempio, gli appare anche come una opportunità per far uscire «dal vago» determinate questioni che lì erano state lasciate dalla *pratica giurisprudenza*[86].

[82] L'affermazione è fatta in tema di minore età, ma si ritrova più volte nel testo: BUPi, *manoscritti Carrara*, 6, fo. 26. Del tema a riguardo del progetto Puccioni ha parlato anche Da Passano, *I tentativi di codificazione penale nel Granducato,* cit., p. 327.

[83] BUPi, *manoscritti Carrara*, 6, fo. 26.

[84] Ivi, fo. 168.

[85] Ivi, fo. 14.

[86] In tema di attenuanti: BUPi, *manoscritti Carrara*, 6, fo. 37. Il profilo è indicato anche da Mario Da Passano intrecciando la descrizione del progetto col *Rapporto*: *I tentativi di*

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

Rifarsi solo alla precedente legislazione patria, d'altronde, si sarebbe rivelato impossibile. C'erano profili intorno ai quali essa non dava nessun tipo di indicazione, come per la «complicità» e la «correità», che erano del tutto ignote alle «nostre leggi penali[87] come principi generali applicabili a tutte le delinquenze»[88]. Ciò aveva indotto «i *magistrati* [a rifarsi] ai principi della scienza, e su di essi modellare le pene», che per questo erano «tutte di creazione della giurisprudenza»[89]. Inoltre, proprio sulle pene comminate nella legislazione patria occorreva intendersi. In un passo sul quale si era già soffermato Mario Da Passano[90] in una chiave differente, si spiega che per quanto riguardava il novero delle pene ci si era rifatti a quelle in uso e non a quelle testualmente in vigore perché indicate dalla legislazione. Era stato ad esempio il caso della *fustigazione pubblica e privata*, prevista dalla Leopoldina[91], ma poi «andata in disuso per la civiltà e la temperanza del secolo in cui viviamo». In questo e in altri casi, all'esigenza di individuare una sanzione al passo con i tempi aveva «supplito la pratica giurisprudenza»[92], senza che si fosse mai pensato a recepirne i canoni in una norma. Non ce n'era stato bisogno proprio per il ruolo peculiare svolto dalle *osservanze giudiciali* e, perché, come già detto, tutti erano concordi nell'individuare la tradizione giuridica

codificazione penale nel Granducato, cit., p. 328.

[87] In questo passo Puccioni fa riferimento alle leggi del 1786 e del 1795 che «non ne hanno parlato, che per alcuni delitti, e in modo vago, privo affatto di classificazione e di ordine», ma il giudizio viene, poi, esteso a «tutte le altre leggi precedenti e susseguenti»: BUPi, *manoscritti Carrara*, 6, ff. 45-46.

[88] Problema che Puccioni aveva già percepito nello stendere il progetto del 1838: BUPi, *manoscritti Carrara*, 6, fo. 41.

[89] BUPi, *manoscritti Carrara*, 6, fo. 45. M. Da Passano, *I tentativi di codificazione penale nel Granducato,* cit., p. 330.

[90] Ivi, p. 332.

[91] Per esattezza, essa compariva nel § LIV (Staffilate in privato, Frusta pubblica e Frusta pubblica sull'asino), ma, al di là dei ricorrenti poteri arbitrari attribuiti ai giudici in fase di irrogazione, era poi comminata direttamente, da sola o con altre sanzioni, solo per gli «atti impudici» diversi dalle varie manifestazioni dello *stupro* (§ C: frusta privata) e per il lenocinio (§ CI: frusta pubblica sull'asino). La riforma del 1795 non aveva aggiunto alcunché.

[92] Naturalmente Puccioni era ben cosciente che si trattava di un intervento «saltuario e sovente accompagnato da arbitrio», al punto da avvertire l'esigenza di regolare minuziosamente i casi di discrezionalità del giudice sia, per gli «spostamenti» nella scala penale sia, relativamente alla irrogazione delle sanzioni accessorie. Si potrebbe aggiungere: a che serviva sennò un codice nella sua logica se non a codificare il diritto vivente nei tribunali (dove *codificare* non era solo trascrivere, ma anche ordinare) aggiungiamo noi? Il passo è documentato anche da M. Da Passano, *I tentativi di codificazione penale nel Granducato,* cit., p. 334-335.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

leopoldina non solo nel testo del 1786, ma anche nella attività dei giudici che lo avevano applicato. Identiche indicazioni, dunque conferme, si trovano per la questione delle circostanze aggravanti speciali relative ai comportamenti sediziosi e ai tumulti, a quelle violenze pubbliche, cioè, nelle quali Pietro Leopoldo aveva fatto confluire anche i vari aspetti del *crimen laesae*[93]. In questo caso Puccioni dichiara espressamente di aver «codificato» le regole elaborate dalla «pratica giurisprudenza» e di aver inteso così rimediare alla «immensa latitudine lasciata ai giudici» proprio dalla *Riforma* di Pietro Leopoldo[94].

Ancora. È per la ragione sopra indicata che nello stendere la parte dedicata al novero degli illeciti il giurista senese dichiara di essersi ispirato

> alle leggi esistenti *spiegate*, *supplite*, *ed illustrate* da più generazioni di magistrati, tutti educati alla scuola del rammentato monarca, e tutti meritevoli di conservare il prezioso deposito che egli aveva loro confidato[95].

Il problema era che l'ispirazione lo aveva portato ad una scelta non pienamente condivisibile nella logica del principio di legalità penale. In relazione alla individuazione dei comportamenti criminosi, infatti, il docente di Istituzioni criminali comunicava di aver omesso di indicare una definizione per «i delitti di comune intelligenza» e di aver scelto di fornirla solo per «quei meno conosciuti» e, anche in questo caso, con riferimento alle «circostanze e particolarità» veramente essenziali[96]. Era una scelta compiuta in spregio del principio di legalità codicistica, ma del tutto in linea con i prodotti legislativi del 1786 e del 1795 e con la loro necessità di integrarsi con quanto prodotto dalla giurisprudenza toscana e, in definitiva, con le logiche del tardo diritto comune.

Le coordinate dei comportamenti criminosi non stavano solo nel codice e per questo, concludendo sul progetto, non sorprende che esso contempli lo *stellionato* e che esso sia assolutamente inquadrato come si deve: «ogni azione delittuosa commessa a danno della proprietà e per oggetto di lucro, la quale *non abbia special nome*, o non sia individualmente contemplata» nel titolo «dei delitti contro la proprietà dei cittadini»[97].

---

[93] Sul punto, gli approfondimenti di L. Arnaudo, *Leopoldina e lesa maestà: i brevi lumi di una grande riforma*, in «Nuova rivista storica», LXXXIII (1999), pp. 345-381.

[94] BUPi, *manoscritti Carrara*, 6, fo. 109.

[95] Ivi, fo. 104. Il corsivo è del sottoscritto.

[96] Ivi, fo. 101.

[97] BUPi, *manoscritti Carrara*, 7 (*Progetto di codice penale toscano. 1838*), art. 347. Sulle vicende di questo profilo criminoso nell'Ottocento si veda: M. Sbriccoli, *Truffa (storia),* ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, I, pp. 359-369; R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino 2011, pp. 211-219; Id., *Il diritto penale dell'economia nell'età dei codici. Dall'illuminismo*

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

Come è noto, il progetto di Puccioni non fu accolto, ma pochi mesi dopo egli era di nuovo al lavoro tra coloro che stesero le *Istruzioni* sulle quali si pronunciò Carmignani[98]. Rispetto al progetto del 1838, le *Istruzioni* hanno il crisma dell'ufficialità e, pur non predisposte *in toto* dal giurista senese, si dimostrano in linea con quanto da lui manifestato pochi mesi prima. In ordine alle circostanze, la richiesta di chiarezza e precisione è affiancata da quella di doversi rifare non solo «ai principi della scienza», ma anche (verrebbe da dire soprattutto) alle «giudiciali osservanze toscane»[99]. Allo stesso modo, per il tema della correità si richiama la necessità della valutazione della «giurisprudenza dei tribunali» del Granducato[100]. Infine, sembra quasi di aver tra le mani il *Rapporto* steso da Puccioni nel 1838 quando si legge che

> sarà definita in modo chiaro, ed intuitivo la natura, indole e carattere, di quelle azioni delittuose, le quali per essere meno conosciute non possono da chicchessia essere intese[101].

Due anni dopo Puccioni era ancora all'opera, stavolta per la stesura di un codice procedurale. Come detto la commissione di cui fece parte lavorò su una sua bozza e del progetto nel manoscritto egli si dice relatore[102]. È anche per questo che la *Relazione* al progetto non perde mai l'occasione di sottolineare che le norme composte a codice in realtà «non hanno nulla di nuovo di fronte alla nostra giurisprudenza»[103]. Ma il passaggio che più interessa per le problematiche interpretative è quello della soluzione che la commissione dà al rapporto tra *Corte regolatrice* e tribunali inferiori[104]:

> I codici moderni […] concordemente cominciano dall'ammettere che la indipendenza dei tribunali non può essere attaccata da un primo giudizio della Corte Regolatrice.

giuridico ai «nuovi reati», in *Itinerari in comune. Ricerche di storia del diritto per Vito Piergiovanni*, Milano 2011, pp. 67-71; M. P. Geri, *Il magistero di un criminalista di foro*, cit., pp. 96-98.

[98] E per questo sono consultabili nel sesto volume dei suoi *Scritti inediti*: G. Carmignani, *Scritti inediti*, VI, Lucca 1852, pp. 15-24.

[99] *Istruzioni per norma dei redattori del nuovo codice penale toscano*, n. 7, p. 16. Lo stesso per le aggravanti: tener dietro alla «pratica giurisprudenza toscana» (ivi, p. 17, n. 8).

[100] Ivi, n. 9, p. 17.

[101] Ivi, n. 27, p. 23.

[102] ASFi, *Segreteria di gabinetto*, 176, ins. 20 fasc. B, fo. 165, § 615.

[103] Accade anche con riferimento al primo libro del progetto, ad esclusione si precisa, delle «disposizioni preliminari che lo precedono e che racchiudono delle teorie generali che informano tutto» il testo: ivi, ff. 9v-10.

[104] Ha accennato al problema D. Edigati, *Il codice mancato*, cit., p. 90.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

È corretto, cioè, far sì che essi risolvano

> la questione in senso contrario a quello dalla corte medesima ha adottato, confutandone i motivi o allegandone di nuovi, e così non trattati, né discussi.

Se questo, a giudizio della commissione, era il sentire comune, contrario, però, a quanto si può leggere nel *Regolamento* dell'agosto 1838[105], altrettanto univoche non erano, come è noto, le soluzioni adottate. Spiega così la *Relazione* che alcuni codici propendevano per la previsione di un secondo giudizio presso la *Corte regolatrice* tenuto in *adunanza plenaria*, che se si fosse allineato alla sua prima decisione avrebbe formato il giudicato da «osservarsi come legge nei casi futuri»[106], mentre altri giudicavano opportuno prevedere la possibilità per i tribunali inferiori di pronunciarsi difformemente aprendo la strada, dopo una seconda «scissura», alla «interpretazione della legge per i casi a venire, la quale è riservata al Principe». Nei §§ 615-619 il progetto sceglieva questa seconda opzione, facendo passare per il *Consiglio di Stato* la soluzione del *dubbio di legge*[107]. Era chiaramente una soluzione che consentiva alla parte politica di esercitare una funzione nomofilattica della quale nel progetto era privata qualunque magistratura, ivi compresa la *Corte Regolatrice*. Ad essa, in maniera differente dal *Regolamento* del 1838, si proponeva di attribuire il solo potere di annullare le sentenze e rinviarle ai giudici inferiori fino a provocare l'intervento del Principe. Per quanto riguarda le *osservanze giudiciali*, infine, nel progetto si diceva poco o nulla, anche se l'indicazione contenuta nel § 980[108], che imponeva il dovere in caso di stesura di motivi di ricorso in cassazione di indicare «il testo della legge relativa», era del tutto in linea con le indicazioni del novembre 1838.

4. «Della ermeneutica legale»

Nello stesso anno in cui venne promulgato il codice penale, il Granduca provvide alla riorganizzazione degli studi a Firenze e diede vita al *Liceo Fiorentino*, entro il quale confluirono anche i vecchi insegnamenti riorganizzati

[105] Il cui § CLVII (esteso agli affari penali dal successivo § CCXLVII) recitava: «La camera civile della Corte Regia (d'appello), il Tribunale o Giusdicente cui verrà commesso il nuovo giudizio, dovrà nella risoluzione del caso particolare uniformarsi interamente alla dichiarazione sull'articolo di diritto che sarà stata emessa dalla detta Corte di Cassazione col decreto che avrà cassato il precedente sentenza» (*Real Motuproprio del 2 Agosto 1838 contenente l'organizzazione dei nuovi tribunali toscani*…, Firenze 1838, pp. 54, 74).

[106] ASFi, *Segreteria di gabinetto*, 176, ins. 2, fasc. B, fo. 10.

[107] Ivi, fo. 165.

[108] Ivi, fo. 183.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

da Pietro Leopoldo di *Istituzioni civili* e *Istituzioni criminali*[109]. Ottenuta la conferma del corso criminalistico che presiedeva dal 1832, Puccioni stese quel *Saggio di diritto penale teorico-pratico* che, destinato a finalità prettamente didattiche, prima dell'introduzione del *Programma* sarebbe stato anche il testo del corso pisano tenuto da Carrara[110]. Non dimenticando che dal 1841 Puccioni era anche *Consigliere* della Cassazione del Granducato, non si resta sorpresi leggendo nell'*Avvertenza* editoriale anteposta al testo l'intenzione dell'autore di «esporre contemporaneamente i principi elementari della scienza penale e il modo di attuarli nella loro pratica applicazione». L'obiettivo era chiarire il tipo di prodotto e rafforzare negli studenti la convinzione della bontà della scelta di un corso destinato alla formazione dei ranghi della amministrazione giudiziaria. Nessun volo pindarico, bensì un testo che intendeva impastare e armonizzate norme e conoscenze scientifiche col «secondo codice» di Carrara, con la «interpretativa giurisprudenza» di Carmignani e con il «consentimento del foro» di Forti (espressioni che significavano la stessa cosa):

> porre la legge e la scienza in armonia con la giurisprudenza.

Senonché, occorrerà non dimenticare che questa armonia era del tutto da rifondare, lo anticipiamo qui, per via del fatto che le *osservanze giudiciali* erano state eliminate dall'ordinamento ad opera dell'art. 4 del Decreto di promulgazione del codice[111].

In un impianto nel quale sono presenti una *Legge* (il testo codicistico, ma, vedremo, non solo), una *scienza giuridica* e una *giurisprudenza*, il *codice*, nuovo venuto, non sembra a prima vista alterare gli equilibri tradizionali e l'atteggiamento dell'autore[112]. Tuttavia, sfogliando il libro primo (*Dei delitti in genere*), dopo un titolo riguardante il diritto di punire[113] e uno focalizzato sulla

[109] P. Grossi, *Stile fiorentino*, cit., pp. 3-4.

[110] M. P. Geri, *Il magistero di un criminalista di fòro*, cit., 237-238.

[111] «… cesseranno d'aver vigore tutte le precedenti leggi, ed osservanze giudiciali, in materia penale, salvo, quanto alle Leggi, quelle espressamente conservate sì nel Codice […] che nel contemporaneo regolamento di polizia punitiva, e nel Decreto che ordina la pubblicazione di questo».

[112] Sebbene Puccioni nel quadro storico introduttivo (*Saggio*, pp. 15-17) dimostri la consapevolezza di un certo mutamento e, anche per questo, collochi la sua epoca entro il periodo «che parte dalla seconda metà del XVIII secolo e si spinge fino ai nostri giorni» qualificato dalla «creazione del diritto penale posto a livello dei lumi diffusi dalla filosofia che spargeva il suo impero sull'Europa incivilita»

[113] Ivi, pp. 19-26.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

legge penale[114], l'avvio della sezione dedicata alla *ermeneutica legale*[115] (investigata nel solo ambito penalistico: «ci restringeremo a ciò che si riferisce alla legge penale», tralasciando la «legge civile, le sentenze, ed i contratti») sgombra immediatamente il campo da illusioni:

> la parola *ermeneutica*, che corrisponde nel nostro idioma all'altra *interpretazione*, si riferisce ad insegnare i modi e le regole atte a spiegare una *legge oscura o dubbia*[116].

L'impostazione è tradizionale. Per di più ora l'attività interpretativa è destinata a incidere su un testo che cala dall'alto e quindi per l'interpretazione sembra davvero preclusa non solo ogni dimensione creativa o normativa, ma anche (sebbene ciò potrebbe anche dipendere dalla destinazione principalmente didattica che ha il *Saggio*) qualsiasi tipo di analisi fatta in vista del progressivo miglioramento della legislazione.

Stando alla impostazione del problema offerta da Puccioni, la chiarezza del linguaggio chiude la strada alla interpretazione. L'interprete deve solo rendere chiara una norma non scritta bene: *oscura o dubbia*. Fissato a terra il macigno, però, Puccioni lo lavora sapientemente. Seguendo una suddivisione già proposta a suo tempo da Lorenzo Quartieri[117], distingue i modi di osservare e individuare l'interpretazione a seconda della persona che la realizza e in relazione agli effetti che essa produce. Sotto il primo aspetto, dietro anche a Forti, ma in verità accodandosi con lui e Quartieri ad una tradizione di lungo corso e di larga diffusione[118], Puccioni distingue l'interpretazione in relazione alla persona che la realizza in *autentica*, *usuale* e *dottrinale*. La prima è quella «fatta dal supremo imperante col *dichiarare* o *spiegare* la legge da lui precedentemente promulgata». Non si dice di più sulle modalità con cui ciò avviene e si è detto che, almeno con riferimento al *dubbio di legge*, la legislazione vigente pareva aver preso altre strade. Per Puccioni si può far riferimento a quanto già detto a riguardo del progetto di codice procedurale del 1841 (dove, volendo inforcare gli occhiali del giudice senese, ci si trova di fronte ad un

[114] Ivi, pp. 26-30.

[115] Ivi, pp. 30-34.

[116] Ivi, p. 30.

[117] L. Quartieri, *Hermeneuticae legalis libri* IV, Pisa 1820, I, § V, pp. 4-7.

[118] L'uso di tale suddivisione, già notato in Toscana relativamente a Forti e Tommaso Branchi da Landi (*Tra diritto comune e codice civile*, cit., pp. 173-174; 178-180), ricorre anche nella cultura giuridica lombarda dell'epoca (E. D'Amico, *Agostino Reale e la civilistica lombarda nell'età della Restaurazione*, in *Studi di storia del diritto*, II, Milano 1999, p. 796). Ma una tripartizione siffatta, sia pur con sfumature anche significative è propria dei giuristi già a partire dall'epoca dei glossatori. Per conferme è ancora sufficiente: V. Piano *Mortati, Ricerche sulla teoria dell'interpretazione nel secolo XVI*, I, *Le premesse*, Milano 1956, p. 9 e pp. 39-62.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

intervento del principe provocato dall'attività della magistratura) e al fatto che commentando il codice toscano egli si troverà nella condizione di auspicare proprio l'intervento della lettura autentica del sovrano a riguardo della necessità dell'interpretazione «nella piena sua latitudine» di una norma che, invece, era stata secondo lui oggetto di lettura restrittiva in seno alla giurisprudenza toscana[119].

Il secondo colpo di scalpello al macigno è rappresentato dal modo di concepire l'interpretazione «usuale». Se solo l'attività giudiziale parte di una «consuetudine di giudicare» assume ruolo, si può dire che questo tipo di interpretazione somiglia molto alle vecchie *osservanze giudiciali* che il codice aveva eliminato e, se si vuole, allo stratificarsi di una opinione, radicata se non *comune*, dei tribunali. Ma nella proposta di Puccioni essa è sottoposta ad un confinamento: siccome il giudice senese ragiona entro un ordinamento nel quale era in piedi una giurisdizione di Cassazione, i necessari «più giudicati tutti consoni fra loro» devono provenire dalla

> superiore magistratura […] alla quale il legislatore ha dato il grave incarico di *regolare e dirigere i tribunali inferiori* nel difficile arringo di *applicare* la legge penale ai relativi casi.

Sono le decisioni conformi di questa magistratura, non delle altre inferiori, che comportano maturazione di usualità. Ma il percorso di Puccioni non si ferma qui. Anzi sembrano mischiarsi schemi mentali tradizionali con nuovi modelli di entità giudiziarie, ma con un ragionamento che tutto sommato è più informato ad una logica da *Supremo tribunale* che a quella della *cassation*, quando Puccioni afferma che

> la interpretazione di cui ci occupiamo ha un grave peso, perché procede da chi è dal principe delegato ad amministrare in sua vece la giustizia.

La Toscana, d'altronde, non viveva di separazione dei poteri, ma di sapienza giuridica e di quella alleanza tra trono e giuristi della quale abbiamo

[119] Si trattava dell'art. 275, § 2 («va immune da ogni pena ancora colui, che, mentre non doveva, secondo le leggi, essere interrogato come testimone, ha deposto il falso, o negato il vero in giudizio») relativo alla testimonianza ed espressione del principio generale *nemo tenetur prodere se ipsum*. In questo caso, Puccioni richiama il vigore dell'art. 537 delle *Istruzioni* del novembre 1838 (contenente i divieti di svolgere le funzioni di testimone) e conclude con un invito pieno di contenuto: «lo diciamo con rammarico», ma la «nostra giurisprudenza interpretativa» ha «sensibilmente ristretta l'applicazione» di tale articolo prima e dopo il vigore del codice. «Noi abbiamo voluto alquanto trattenerci su la accennata giurisprudenza […] perché nutriamo lusinga che l'Augusto Legislatore conoscendola, con autentica interpretazione richiami i tribunali ad applicare [l'articolo rammentato] nella piena sua latitudine»: *Codice penale toscano illustrato*, IV, p. 238.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

già parlato. È per questo che, oltre alla precisazione che la usualità si reggeva sulla naturale ripetitività per «un periodo non breve di tempo» senza che essa fosse «contraddetta dal Principe» che, anzi, col suo «silenzio l'approva[va]», compare per l'interpretazione *usuale* anche un secondo ancoraggio: l'essere frutto di «chi si presume dotato di dottrina e di esperienza nel giudicare» al punto da essere stato individuato dal sovrano come giudice del tribunale più importante dell'istituzione politica. Un nuovo principio di autorità riconosciuto dal Sovrano, verrebbe da dire, ma un'autorità funzionale, non personale, quasi, da *auditore di Rota*.

Detto della interpretazione usuale, non so quanto le parole che seguono nel testo avrebbero trovato d'accordo Carmignani, maestro criminalista toscano per eccellenza (che comunque dei giudici criminalisti toscani aveva enorme stima), né, per citare uno dal quale il giudice senese aveva preso spunto, Lorenzo Quartieri, che per la interpretazione *dottrinale* ancora si muoveva in una logica tradizionale. Fatto è che per Puccioni «di assai minore importanza» è proprio l'interpretazione dottrinale. Lo è perché si basa sulla opinione di *privati scrittori* (e per fortuna qui Puccioni non aggiunge *oscuri* alla maniera di Beccaria!) e ha «peso solo quando è appoggiata a ragioni desunte dai principii del diritto penale», gli unici capaci di ammantarla di «verità e rettitudine». Per converso, di norma, volendo consultare gli scrittori, si rinviene «un modo di interpretare contraddittorio e pugnante», entro il quale ognuno può scegliere quale posizione prediligere a suo totale arbitrio. Non si può negare di avvertire in questo passo il sentore di una forzatura. Perché il ragionamento di Puccioni, condotto alle estreme conseguenze, porta a sostenere che in ambito dottrinale un sentire giuridico comune non può mai maturare se non casualmente. Ma si tratta forse, oltre che della esaltazione del lavoro del corpo giudiziario, di *refrain* ormai triti.

Terminata l'analisi dei modi di atteggiarsi dell'interpretazione a riguardo dei soggetti che la praticano, quest'ultima viene analizzata nel suo produrre effetti[120] e da questo lato del problema, anche qui in maniera allineata ad altri precedenti giuristi non solo toscani, essa viene osservata come *declarativa*, *estensiva* e *restrittiva*. Le definizioni fornite sono piuttosto ordinarie[121], anche perché Puccioni limita la sua indagine, come già avvertito, alle «regole che la

[120] *Saggio*, p. 32.

[121] La prima ricorre nel caso nel quale si dà ai termini da chiarire «quel significato e quel valore che si presta al di lui concetto e alla materia su cui ha disposto» il legislatore, la seconda quando essendo il precetto limitato «ad un solo o più casi si estende ad altri non compresi», la terza quando parole dotate dal legislatore «di un valore complessivo di più casi simili o fraternizzanti si restringono […] dietro la presunta volontà del legislatore medesimo, ad alcuni fra essi» (*Saggio*, pp. 32-33).

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

scienza insegna sulla interpretazione delle leggi penali»[122]. Cosicché, se non fosse per alcune significative sfumature, il materiale offerto rischierebbe di assumere la sostanza di un quadro didattico persino sterile e, comunque, alimentato da materiali consolidati. Riprendendo la questione nello stesso modo in cui l'aveva impostata, tra le regole «che la scienza insegna sulla interpretazione della leggi penale» Puccioni colloca intanto quella secondo cui «non è luogo a interpretazione» se non quando

> dal contesto della legge non chiaro, non a pieno apparisca il concetto del legislatore.

Senonché anche il *concetto* del legislatore non poteva essere percepito che con una attività in qualche modo interpretativa di assegnazione di un significato e conoscendo la volontà che con essa colui che aveva confezionato la norma mirava a esprimere. Se si era individuato questo *concetto* la questione apparentemente si faceva agevole: bastava applicare la norma «nella sua lettera e nel suo spirito». Ma non è del tutto così, perché se la chiarezza della lettera tutto sommato può dirsi una sorta di finzione[123], lo *spirito* della norma, lo vedremo tra poco, anche secondo Puccioni, si desumeva da materiali, da segni che potevano condurre in direzioni anche opposte a quelle del *concetto* che si era palesato, magari proprio perché lo si era percepito. Ferma restando la considerazione tradizionale derivante dal noto passo di Celso, d'obbligo in questi casi, che l'interpretazione doveva essere condotta su «tutto il contesto della legge», sull'«insieme delle disposizioni» adottate, dato che solo in questo modo si riusciva a toccare con mano quale fosse «stata la volontà del legislatore»[124], subito dopo la questione per Puccioni si complica e al tempo stesso apre scenari non ordinari.

Intanto, non si può evitare di sottolineare che l'accostamento compiuto tra *non apparire a pieno* e il successivo affiancamento del lemma *sufficiente* a *chiarezza* («quando la legge di per sé stessa con sufficiente chiarezza esprime…») sembrano il segno di un margine scoperto. Si nota un barlume di consapevolezza che anche la *lettera* può essere dotata di ambiguità e che la

[122] *Saggio*, p. 33.

[123] Ancora oggi la dottrina lo mette in evidenza senza esitazioni: es. A. Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Torino 2015, p. 413.

[124] La regola, che non è certo una scoperta dei giuristi dell'epoca, ricorre, ad esempio, in Quartieri (L. Quartieri, *Hermeneuticae legalis libri* IV, Pisa 1820, lib. I, § XVIII, pp. 14-15) e Forti (Landi, *Tra diritto comune e Codice civile*, cit., p. 185). Si tratta, infatti, di questioni tradizionalissime nella scienza giuridica, qui asseverate col classico rimando al noto passo di Celso indicato, peraltro, non del tutto correttamente: «leg. 14 ff. De legibus» per D. 1.3.24 (e non 14, appunto).

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

percezione della *chiarezza* è il punto di arrivo di un procedimento di *apprensione* da parte dell'operatore, che non può che essere già di carattere interpretativo.

Tanto che la possibilità di superare il *deficit* di quest'ultima e arrivare a una *sufficiente chiarezza* sta nell'esame congiunto della lettera e dello spirito. Non prima l'una e poi l'altro, ma «congiuntamente […] la lettera e lo spirito di essa». La *lettera*

> trovasi riposta nelle espressioni delle quali il legislatore si è servito [e] lo spirito consiste nell'indagare lo scopo che esso si è proposto nell'emanare la legge.

È chiaro che dire che la *lettera* è rappresentata dai termini scelti dal legislatore apre almeno il problema della scelta e della condivisione del vocabolario da lui usato se diverso dalla normalità del significato che si attribuisce alle parole, in ambito tecnico o meno. Ma, soprattutto, il richiamo allo *spirito* della norma può postulare non solo la ricostruzione dell'intenzione del legislatore, ma anche una lettura nella chiave dei principi cardine ai quali costui deve restare ancorato, tenendo conto dell'ordinamento in cui si cala. Sicché, percepito lo *scopo*, la norma poteva non farvi fronte. Per non parlare dei casi in cui pure lo *scopo* si manifestava come sindacabile. Tanto più se si pensa che l'ordinamento sulla scorta del quale Puccioni ragionava era espressione di una cultura giuridica che fino all'entrata in vigore del codice del 1853 ragionava anche sulla base del § CXVIII della *Leopoldina*, che legava a sé le norme rimaste in vigore con la forza di una interpretazione «secondo [il suo] spirito». Insomma, la norma penale di Puccioni aveva un dettato che poteva andare al di là della mera e cruda *lettera*, perché la sua chiarezza e la sua oscurità si giocavano non intorno alla semplice volontà arbitraria del legislatore, ma alla percezione di una volontà necessariamente qualificata dai principi e dall'indole di una cultura giuridica e di una tradizione legislativa alla quale egli si doveva conformare. Compito dell'interprete, allora, poteva anche essere anche quello di una sorta di riduzione della nuova legislazione a quella cultura e a quella tradizione legislativa[125]. E questo poteva esser fatto non solo valutando «il comune significato delle parole», ma anche individuando la «natura della disposizione» e soprattutto confrontando la disposizione da interpretare con le «leggi precedenti» (tra le quali, ovviamente, la *Leopoldina*). Con la precisazione che il gradualismo interpretativo che muove dalla *lettera* e segue con lo *spirito* era alterato dal fatto che lo *spirito* prevaleva sul significato letterale:

> se il significato delle parole si oppone manifestamente allo spirito da cui la legge

[125] *Saggio*, p. 33.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

è informata, a quest'ultimo deve darsi la preferenza nello interpretare[126].

Ma non è finita. L'interprete, nonostante i risultati prodotti dalla considerazione della *lettera* e dello *spirito*, doveva anche evitare

> ogni assurdo che potrebbe resultare, sia contro i precetti della giustizia universale, sia contro gli altri dettati del comune diritto, sia contro il pubblico bene, sia infine contro la equità, mentre le leggi avendo per scopo la utilità pubblica, non possono essere intese che in un modo ad essa conforme.

Una sintesi di concetti e termini che spesso si trovano nelle pagine dei giuristi precedenti che, però, entro una logica di partenza di carattere ricognitivo, giunge a concedere uno spazio all'interprete della norma penale che lascia aperto un continuo confronto tra la norma da interpretare, la tradizione giuridica del paese (le «leggi precedenti») e tutta una serie di cardini che privano in partenza la legge di una fetta della sua astratta forza volontaristica. Concentrandosi, infine, nell'ambito strettamente tecnico e penalistico, Puccioni conclude osservando che all'interpretazione *estensiva* si doveva ricorrere in relazione a tutte quelle leggi che favorivano «la naturale libertà, i buoni costumi, che diminuiscono le pene, che vertono sulle grazie emanate dal principe». Mentre quella *restrittiva* doveva essere praticata quando in ambito penalistico ci si trovava di fronte «quel principio insito nella natura del cuore umano, che vuol doversi preferire nel dubbio alla severità la benignità e la clemenza, e che ci fa presumere che consona a questo principio sia stata la volontà del legislatore». Tutto in chiave garantista, con una forte sottolineatura da parte di un magistrato del principio del *favor rei* come criterio risolutore:

> si adotta la interpretazione estensiva quando portar possa favore, e si nega, a lei sostituendo la restrittiva, in quelle contingenze nelle quali, estendendo la legge da un caso previsto ad un altro omesso, possa recarsi pregiudizio al delinquente[127].

Vedremo come questo canone nelle decisioni della Cassazione successive al 1853 si intreccerà con le sorti delle *osservanze giudiciali*. Adesso, anche sulla base di quanto detto, si deve cominciare a sfogliare il commento al codice.

5. Il *Codice penale toscano illustrato*: l'edificio

[126] Ivi, p. 33.

[127] Ivi, p. 34. Un criterio che nel caso della interpretazione restrittiva trovava un'unica eccezione quando «chiara essendo la ragione della legge, la di lei disapplicazione all'evento non contemplato conduca all'assurdo, e produca così uno scandalo».

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

Il commento al codice prese corpo a partire dal 1855[128]. Carrara lo dipinse con tratti forse troppo appassionati[129], perché suonano altisonanti le sue parole quando lo giudica un «monumento perpetuo di criminale dottrina»[130]. Eppure, rispetto agli altri commentari allestiti[131], il materiale contenuto in questi volumi non è esiguo, né insignificante. Anzi, fatta un po' di tara ai termini usati, si può dar ragione al maestro criminalista quando poco prima giudica il commento di Puccioni «opera rigurgitante di dottrina, e di perpetuo giovamento ai cultori del giure penale»[132].

A differenza del *Saggio*[133], l'esposizione segue l'ordine del codice, articolo per articolo, se del caso, paragrafo per paragrafo. Sovente con riferimento ai vari titoli e capi del testo e, a volte, anche per i singoli articoli, Puccioni premette in capitoletti introduttivi su questo o quel tema delle *Osservazioni generali* che egli stesso indica come formate da quei «canoni di ermeneutica» ritenuti necessari «a farne la giuridica applicazione, a schiarirle» e a porre le varie norme di un capo o di un titolo in «armonia tra loro»[134]. Il contributo ad

[128] Solo all'ultima pagina del quinto volume Puccioni ne rivendica la paternità. Egli indica per il passato comprensibili «motivi di prudenza, di delicatezza, e di giusta modestia», mentre in quel momento (4 novembre 1859; data di pubblicazione dell'ultimo fascicolo del quinto volume) il «sommo imperante» aveva anche ufficialmente abdicato e dunque, ogni remora al riconoscimento di paternità dopo «i politici ravvolgimenti sopravvenuti» era venuta meno (*Codice penale toscano illustrato*, V, p. 409).

[129] P. Grossi, *Stile fiorentino*, cit., p. 7.

[130] F. Carrara, *Giuseppe Puccioni e il giure penale*, cit., p. 58.

[131] B. Paoli, *Guida del nuovo Codice penale toscano per Granducato di Toscana*, Firenze 1853; G. Feri, *Indice alfabetico-analitico delle disposizioni contenute nel Codice penale Toscano*, Siena, 1853; Id., *Diario della giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione sul codice penale toscano sul Regolamento di polizia punitiva e leggi relative*, 2 voll., Firenze, 1854-1858; G. De Giudici, *Il codice penale toscano. Lettere ad un amico*, Lucca, 1853-1854; J. Bonfanti, *Teoria del Codice penale toscano*, Lucca 1854; B. Fiani, *Breve corso di istituzioni di diritto criminale combinato con le teorie del codice toscano*, 1854. Oltre a questi ultimi (già segnalati da F. Colao, *"Pratica sapiente" e codificazione*, cit., p. 103), si tenga conto anche di G. Tofano, *Commentario del Codice penale pel Granducato di Toscana e del Regolamento di polizia punitiva*, Napoli 1853; F. Ambrosoli, *Studi sul Codice penale toscano confrontato con l'austriaco*, Mantova 1857.

[132] F. Carrara, *Giuseppe Puccioni e il giure penale*, cit., p. 53, nt. 1.

[133] Le cui sezioni relative ai delitti sono organizzate sulla base di titoli e paragrafi che paiono un misto tra la nomenclatura del codice e quella presente negli *Elementa* di Carmignani, che, per inciso, secondo Puccioni sarebbe stata molto più adatta di quella scelta dal codice del 1853: *Codice penale toscano illustrato*, III, pp. 5-7.

[134] Per tutti, le *Osservazioni generali sulla rubrica* (*Codice penale toscano illustrato*, II, pp. 66-117) del titolo V del libro I del codice (*Del concorso di più partecipanti ad uno stesso delitto, e dei fautori del delitto altrui*); una vera e propria sinossi della dottrina sul tema.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

ogni articolo contiene normalmente (usando i titoli delle varie sezioni proposte) la specifica delle *Leggi e giurisprudenza patrie* (a volte indicato come *gius patrio*), delle *Leggi romane*, o del *Gius romano* e, nei casi nei quali Puccioni si dilunga maggiormente in ragione della avvertita problematicità, anche il ricorso a sezioni dedicate alle *Opinioni dei dottori*, … *degli antichi giureconsulti*, … *degli scrittori di scienza penale*, alle *Teorie ritenute dagli scrittori di diritto penale*, ai *Principi di scienze penale* e così via. Segno di una stesura durata a lungo sono l'inserimento delle appendici e degli inserti relativi alle novità legislative intervenute durante la stessa (contenenti materiali necessari ad una corretta lettura del sistema penale creato dal codice), la traccia del lavoro della Corte di Cassazione che mentre uno dei suoi *Consiglieri* scriveva il commento operava applicando il nuovo codice[135] e la presenza di ulteriori riflessioni di Puccioni[136]. Il tutto, fino alle ultimissime novità legislative del 1859, riguardanti la riorganizzazione della scala penale[137]. Conclude l'opera un *Indice delle materie*[138], nel quale non si riportano solo le materie vere e proprie del codice (*rapina*, *usura prava*, *complicità*, *colpa*, e così via), ma anche quelle dell'*Introduzione* (es. *Ermeneutica*[139]) e del commento. Così, in anticipazione di temi che tratteremo più avanti, compaiono voci quali: *Giurisprudenza della Corte Suprema*[140]*, Leggi penali anteriori al codice e conservate*, *Leggi penali posteriori al codice*[141], *Regalia (leggi di)*, *Stellionato (vedi Frode)*[142].

I materiali che il Nostro si propone di usare per il commento sono ampi ma tutto sommato non sorprendenti[143]. Intanto, deve essere rilevato il continuo confronto con la *Teorica del codice penale toscano* di Francescantonio Mori, della quale spesso Puccioni riporta interi passi. La cosa deve essere giudicata anche considerando che il lavoro di Mori si era basato largamente sul *rapporto* da lui stesso steso dopo la predisposizione del progetto sul quale sarebbe maturato il testo del codice del 1853[144]. Tanto che esso può essere

[135] A parte le varie sentenze citate nel testo, si segnala la rassegna della *Giurisprudenza della Corte Suprema sopra alcuni articoli del Libro I del codice*: *Codice penale toscano illustrato*, II, pp. 411-417.

[136] *Osservazioni sul combinato disposto degli artt 20 §1, 69 § 1 e 70 del codice penale*: *Codice penale toscano illustrato*, II, pp. 418-426 (in tema di computo della «carcerazione di custodia»).

[137] Ivi, V, pp. 408-409.

[138] Ivi, V, pp. 415-445.

[139] Ivi, V, p. 424.

[140] Ivi, V, p. 429.

[141] Ivi, V, p. 431.

[142] Ivi, V, p. 441.

[143] Essi sono indicati in generale alle pp. IV-V della *Introduzione*.

[144] F. A. Mori, *Teorica del codice penale toscano*, Firenze 1854, pp. 3-4.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

visto in larga parte come un testo contenente i *motifs* del codice[145]. A riguardo del lavoro di Mori e di coloro che contribuirono alla compilazione del codice, spicca l'ammissione di Puccioni di non sapere se corrispondesse al vero la notizia secondo la quale «al codice nostro abbia servito di modello, quello del Granducato del Baden»[146]. Si potrebbe pensare ad una nota polemica avverso la sua esclusione dal novero di coloro che avevano lavorato dal 1847 in poi al codice. Ma c'è qualcosa di più. Al di là del dibattito sui vari articoli[147], per la soluzione del quale in alcuni casi si rimette alla «futura giurisprudenza"[148], la principale e ricorrente accusa che il magistrato senese muove a Mori è quella di aver preso le distanze dalla tradizione toscana, scegliendo come modello un codice straniero[149] e attentando alla «fama e l'onore della magistratura». A quest'ultima, nello specifico, muovendole l'accusa di «scandalosa indulgenza» e manifestandosi critico al punto da «mordere secondo il suo solito la nostra patria giurisprudenza»[150], a volte anche con vere e proprie forzature[151]. Tra Puccioni e Mori (e con lui gli altri che avevano collaborato al codice) non c'era sintonia di fondo: da una parte si era scelto un modello di codice straniero, rinnegando e criticando il prestigio dei tribunali toscani e il prodotto della loro attività, dall'altra, sin dal 1838, ci si era fatti promotori dell'esatto contrario.

Tra gli autori richiamati, oltre ai frequenti rimandi alle fonti romanistiche[152], sono di casa i più noti studiosi di materie criminali operativi

[145] Della cosa era cosciente Puccioni, che, ad esempio, nel secondo volume giudicava necessario il testo di Mori per comprendere bene lo «spirito da cui è mosso» il legislatore (*Codice penale toscano illustrato*, II, p. 134).

[146] Ivi, I, p. VI.

[147] Ad es. *Codice penale toscano illustrato*, III, pp. 183-188 e p. 191 e IV, pp. 62, 65 e 74.

[148] Ad es. ivi, III, pp. 215-216: «Checché sia di ciò, attenderemo in proposito il giudizio dei tribunali per sapere quale delle due intelligenze (quella da lui proposta e quella di Mori) debba darsi alla legge penali nel caso proposto».

[149] Per tutti: T. Padovani, *La tradizione penalistica toscana nel codice Zanardelli*, in S. Vinciguerra (cur.), *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova 1993, pp. 402-405.

[150] Es. *Codice penale toscano illustrato*, IV, p. 106 e pp. 508-509.

[151] *Codice penale toscano illustrato*, IV, pp. 525-526 [per il caso nel quale l'autore incontra Mori ad affermare (*Teorica del codice penale toscano*, Firenze 1854, p. 347) che in tema di lesioni personali il codice aveva «totalmente rifusa la materia, e tolte di mezzo le aberrazioni, e gli errori in che erano cadute le leggi precedenti, e la pratica giurisprudenza», cosa da lui ritenuta assolutamente falsa, dato che «a noi sembra al contrario, che le leggi e la giurisprudenza procedessero dietro i precetti della scienza»].

[152] Ivi, I, *Introduzione*, p. V: «… perché, sebbene nelle discipline criminali incompleta, è, e sarà sempre ad ogni popolo civile guida e maestra di ogni più perfetta legislazione […]: la ragione universale scritta».

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

dopo la metà del '700[153] (le varie opere di Carmignani, Giuliani, Paoletti, Guido Angelo Poggi, Pellegrino Rossi, Nicolini, il *Corso completo* di Roberti, il *Foro criminale* di Raffaele Ala e la *Nomotesia penale* del Raffaelli, Nicola Niccolini) e, anche se in maniera minore, Filangieri, Renazzi, Cremani, De Simoni e Francesco Puccinotti[154]). Si nota anche la presenza massiccia di rimandi ad Anton Matthes, mentre più sporadico è il richiamo degli altri testi della tradizione criminalistica (Claro, Farinacci[155], Carpzov e le *Observationes* di Böhmer alla sua opera principale[156] e Pietro Cavallo). In assenza del richiamo di autori di area continentale, tra i giuristi francesi si deve segnalare l'uso del *Traité de la justice criminelle* di Jousse, del *Repertoire* di Merlin[157], del *Traité de l'instruction criminelle* di Faustine Helie, del *Traité* di Jean H. C. Mangin[158], del *Traité de la législation criminelle* di Le Graverend[159] e di uno degli scritti in tema di regime penitenziario di Charles Lucas[160].

Per motivi occasionali e contingenti compaiono anche alcune citazioni di Bartolo[161], Baldo[162], un rimando all'*Abbas* panormitano[163], uno ai *consilia* di Fulgosio[164], giuristi non propriamente criminalisti (es. Richeri[165], Forti[166]), nonché i vari giusnaturalisti e pensatori settecenteschi (Pufendorf[167], Montesquieu, Barbeyrac, Burlamaqui, Grozio[168], Vattel[169] e Lampredi[170]) e i

[153] Ivi, I, p. V: «a questi soltanto si deve cui oggi è giunta la scienza penale, avendola essi spogliata da quelle atrocità e da quelle brutture, nelle quali per tanti secoli era rimasta involta». Un registro senza acuti, con un unico rimando a Beccaria: Ivi, I, p. 97.

[154] Ivi, I, p. 290.

[155] Farinacci è citato sia, dalla *Praxis, et theoricae criminalis*, sia, attingendo dal *Succus* di Giovan Battista Volpini (*Codice penale toscano illustrato*, I, p. 77).

[156] Stampato anche a Firenze in quel torno di tempo: *apud Societatem tipographicam Ad signum spei*, 1833.

[157] Ivi, I, pp. 37-38.

[158] Ivi, I, p. 38. Si tratta del *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle* pubblicato per la prima volta a Parigi nel 1837.

[159] Ivi, I, p. 38.

[160] C. Lucas, *Des moyens et des conditions d'une réforme pénitentiaire en France*, Parigi 1840 (*Codice penale toscano illustrato*, I, p. 106).

[161] *Codice penale toscano illustrato*, III, pp. 276, 512, 225 e I, 51.

[162] Ivi, I, 51.

[163] Ivi, I, 52.

[164] Ivi, I, p. 231.

[165] Ivi, I, p. 6.

[166] Ivi, I, pp. 108 e 140, 142, 145.

[167] Ivi, II, p. 332.

[168] Ivi, I, pp. 36-37 (per i richiami agli ultimi tre autori citati).

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

culti della prima e delle successive generazioni (Doneau[171], Duaren[172], Domat[173], vari trattati di Pothier[174], Voet[175], Stryk[176], Guadagni[177]).

Frequentissimi sono, poi, gli attingimenti dai repertori giurisprudenziali toscani. Anche perché l'obiettivo indicato dall'*Avvertenza* al *Saggio* si ritrova immediatamente espresso nell'*Introduzione*: «ci siamo studiati di innestare al nostro commento la giurisprudenza nostra»[178]. Parlo del repertorio di Pier Antonio Cerretelli, pubblicato tra il 1840 e il 1844, e dei meno noti repertori del Catellacci[179] e di Antonio Ciaccheri[180] rimasti manoscritti. Non infrequentemente Puccioni ricorre anche all'autorità della *Pratica universale* di Savelli[181], mentre l'attualità della giurisprudenza toscana è governata indicando decisioni della cassazione toscana e richiamando con continuità gli *Annali di giurisprudenza*[182] pubblicati a Firenze a partire dal 1839 (con un semplice rimando alle sentenze[183] o all'occorrenza trascrivendone parte del testo[184]).

[169] Ivi, I, pp. 37, 39 e 40, e 52, 57, 63.

[170] Ivi, I, 40, 52, 76.

[171] Ivi, II, p. 413.

[172] Ivi, II, p. 508.

[173] Ivi, V, p. 166.

[174] Ivi, I, 203 e II, p. 273.

[175] Ivi, II, 222, 273; III, p. 331.

[176] Ivi, I, p. 231.

[177] Ivi, I, p. 40.

[178] «… perché, dandoci essa continue lezioni di esperienza pratica, ci insegna a diffidare delle splendide teorie, che, attuate mostrano, talvolta, o la loro nullità, o l'inciampo che arrecano alla amministrazione della giustizia» (ivi, I, *Introduzione*, p. V).

[179] Si tratta di un repertorio di cui si conoscono oggi almeno due esemplari, una di proprietà di Francesco Carrara (Biblioteca Universitaria di Pisa, *manoscritti Carrara*, 9) e uno conservato a Firenze: BNCFi, *Corte d'appello*, ms. 6. Un altro esemplare era sicuramente conservato, magari per la copia a mo' di pecia, nella biblioteca del collegio degli avvocati fiorentini: G. Rocchi, *Catalogo della biblioteca appartenente al collegio degli avvocati in Firenze*, Firenze 1870, p. 19, n. 536.

[180] Puccioni lo cita nel volume IV (p. 508) in relazione all'infanticidio. Del repertorio dà notizia G. Bandi, *Memoria dell'Auditore Pietro Ciaccheri*, Firenze 1870, p. 4-8. L'autore narra che il padre di Pietro, Antonio Ciaccheri, Assessore della Presidenza del Buongoverno ad inizio Ottocento, poi Auditore e Presidente della Ruota Criminale di Firenze, avrebbe redatto questo testo col materiale prodotto per l'istruzione sul campo del figlio magistrato. Un esemplare era presente, magari per la copia, nella biblioteca del collegio degli avvocati fiorentini: G. Rocchi, *Catalogo della biblioteca*, cit., p. 21, n. 603.

[181] Per tutti: *Codice penale toscano illustrato*, I, pp. 226, 228.

[182] Es. ivi, IV, p. 225; IV, p. 643; IV, p. 683; IV, pp. 30-31.

[183] Ivi, I, pp. 11-13; II, pp. 55-65; II, pp. 58-64 e pp. 260-261, pp. 291-297, 354-356 e 368-

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

Stando alle pagine introduttive[185], tra i codici stranieri Puccioni annunciava di volersi confrontare in via privilegiata con il modello di molti di essi: il codice penale francese. Ma in verità, specialmente in relazione alle soluzioni sanzionatorie, il confronto con tutti quelli italiani è costante. Anzi, con riferimento al codice penale estense del 1855, fresco di promulgazione e di diffusione «quando era già sotto il torchio l'ultimo fascicolo di questo [secondo] volume», Puccioni compie una riflessione di ampio respiro proponendo in relazione alla parte dedicata ai *delitti in generale* un raffronto con quello toscano. Tale confronto gli consente, per così dire, dato che nel primo e nel secondo volume non l'aveva maneggiato, di rimettersi in termini e di usare il codice estense nei volumi successivi alla stessa stregua degli altri codici[186].

6. *Uno sguardo d'insieme*

Nelle pagine introduttive dell'illustrazione al codice Puccioni si mostra ben cosciente dell'importanza del momento: «la pubblicazione di un Codice penale è tal fatto, che forma epoca, ed epoca memorabile». Di progetti se ne erano stesi molti, ma adesso il *codice* era arrivato a destinazione e dal momento della sua promulgazione insisteva sulla società e cominciava a destare interesse, se non in tutti i cittadini, «almeno nelle classi più colte»[187] e si poteva notare in genere un darsi d'intorno per «meditarne le disposizioni». Esse, però, potevano esser e spesso venivano fraintese, vuoi perché non si aveva la padronanza dei «più notori precetti della scienza», vuoi «per leggerezza, o per mania di censurare, o per spregio dell'autorità». Da tutto ciò poteva solo derivare una corruzione degli «elementi atti a fondare la pubblica opinione» e una visione del tutto superficiale che andava rettificata. L'obiettivo[188] del

373; III, pp. 404-405; III, pp. 501-5; III, pp. 506-507; IV, pp. 392-394.

[184] Ad esempio: Ivi, V, p. 113; IV, p. 242; IV, pp. 284-287; IV, pp. 331-333; IV, pp. 363-365.

[185] Ivi, I, p. VI.

[186] Ivi, II, pp. 427-433 («suppliremo alla impossibilità del ritornare indietro, con collocare a luogo opportuno le nostri osservazioni e i nostri confronti, percorrendo rapidamente tutte le disposizioni che trovansi nel libro I di detto codice»). Su questo testo: A. Martini, *Il codice criminale estense del 1855*, in *Diritto penale dell'Ottocento*, cit., pp. 300-349 (sulla parte generale: pp. 324-342); E. Tavilla, *Il diritto penale nel Ducato di Modena. Il codice criminale del 1855: premesse, modelli, problemi*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVII (2/2007), pp. 313-336.

[187] *Codice penale toscano illustrato*, I, p. III.

[188] Ivi, I, pp. III-VIII.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

giudice senese era, dunque, quello, per così dire, di *riportare il Codice nel mondo del diritto*, fornendo una serie di materiali

> ai magistrati, alla curia, ed ai giovani diretti allo studio delle discipline criminali ai quali tutti si apre largo campo a indagarne lo spirito, a interpretarla ed applicarla[189].

Un pubblico di destinatari così vasto potrebbe far pensare che sfogliando i volumi ci si trovi di fronte un prodotto quasi di contorno, di semplice orientamento, solo più pingue dei prontuari pubblicati da Baldassarre Paoli e Giulio Feri[190]. Non è del tutto così, perché Puccioni si mostra molto più cosciente del fatto che il lavoro dell'operatore giuridico era destinato non solo allo «schiarimento», ma anche a tutte quelle attività destinate a «supplir[e]» alla norma nel rispetto degli «insegnamenti della scienza». Si trattava, però, di un'attività fattibile solo col sussidio della conoscenza di quei «principi generali» che il legislatore aveva seguito (o, stando a quanto si è detto in tema di interpretazione, *avrebbe* dovuto seguire) nello stendere il codice. Riflessioni del genere si depositano via via nei capitoletti dei quali s'è già trattato «come a modo di proemio»[191], ma sono anche individuabili nei tre paragrafi conclusivi dell'*Introduzione*, dove, prima, Puccioni riannoda le fila della tradizione penalistica toscana proponendo una sintesi dello *stato della legislazione penale toscana* precedente al 1853[192], poi, si cimenta in una serie di prime *Osservazioni generali sul codice*[193].

Precedute pure da una sorta di *disclaimer*[194] che va a braccetto con la natura

[189] Ivi, I, *Introduzione*, p. IV. Si potrebbe pensare che in questo passo Puccioni dica due cose diverse, perché prende in considerazione il codice che giunge entro la società e ne resta oggetto di appropriazione (sia pur tendenzialmente maldestra) e poi piega verso un gruppo di destinatari del suo lavoro che è esclusivamente tecnico. In realtà, invece, Puccioni vuole richiamare i tecnici del diritto (soprattutto i giudici, ma dopo quelle che si è detto non sorprende) a perfezione il *messaggio* del codice e a farsi mediatori tra esso e la società sulla quale, regolando i comportamenti illeciti va a incidere. Sulla fase di operatività del codice, fa studiare e considerare al pari di quella della sua formazione, fase che propriamente gli consente di dire che il codice è un messaggio: P. Caroni, *E se il codice fosse un messaggio?*, cit., pp. 57-65 (in particolare).

[190] Si veda sopra nt. 134.

[191] Ivi, I, p. VII.

[192] Ivi, I, pp. VIII-XVII.

[193] Ivi, I, *Introduzione*: § 3 *Osservazione generali sul Codice*, pp. XVIII-XXXIII.

[194] L'autore indica di aver inserito nel testo la sua opinione «con animo franco e leale, in termini remissivi, moderati e rispettosi», lontani «dal tono cattedratico di che si ammantano gli uomini mediocri». Specifica, poi, che le critiche avanzate non sono mai derivate dalla volontà di denigrazione dell'«autorità e della legge», ma dall'«amore della scienza» e dalla

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

anonima dell'opera, le *Osservazioni* si basano, dice Puccioni, sui *desiderata* manifestati per la compilazione di un codice penale in Toscana dagli «amici della scienza e del paese». Tra questi *desiderata*, oltre a quelli inerenti alle tecniche di redazione dei quali ci occuperemo più avanti, spicca una necessità ben specifica. Si chiedeva che

> fosse conservata, per quanto era possibile, la nostra giurisprudenza, resultato del senno dei nostri maggiori, e dei loro pratici studi.

Essa, si aggiunge, si era formata dai tempi di Pietro Leopoldo e, «giammai allontanandosi dai precetti della scuola italiana», aveva basato i propri

> responsi sulle abitudini, sui costumi, sul morale carattere, e sui bisogni della nostra patria [e per questo di faceva fregio] di temperanza e di moderazione nel punire, e di esser proclive alla misericordia per quei trascorsi [derivanti non da] prava intenzione, ma dalla forza di passioni improvvise e di per sé stesse non ree, e da fatali e non prevedute emergenze.

La lontananza da questa tradizione rendeva il giurista nato a Siena non del tutto soddisfatto del prodotto finito. Lui che una quindicina di anni prima aveva consegnato al Granduca un progetto di codice che tra le sue basi aveva proprio la tradizione giurisprudenziale del Granducato, se ne trovava uno sulla scrivania nel quale in molti casi si era andati al di là del «nostro gius penale». Tra le pecche più evidenti c'erano quella dell'incremento né desiderato, né auspicato di casi di delitti «della minima importanza politica» per i quali era stata sancita l'«azione penale pubblica»[195], la completa eliminazione del canone «dell'assorbimento delle pene minori nella maggiore»[196] con l'introduzione della regola del cumulo materiale (art. 72) e la comminazione del *carcere* a illeciti di poco conto come le «lievissime lesioni personali»[197] e le «semplici

convinzione, osservata «anche presso nazioni e governi colti e civili», che anche i testi già pubblicato possono essere oggetto di perfezionamento, per essere posti «meglio di quello che in principio lo erano, in armonia con le esigenze sociali» (ivi, I, p. VIII).

[195] Un caso era ad esempio quello delle «lesioni improvvise leggiere [tali da non impedire] per più di otto giorni all'offeso di valersi delle sue forze fisiche e mentali» dell'art. 331 e perseguibili nella versione originale con *azione pubblica*, poi, tornando nel solco della tradizione giuridica toscana con le modifiche apportate al codice nel 1856, trasformata in perseguibilità a querela di parte.

[196] Il riferimento va all'art. 72 del codice («Al colpevole di più delitti si applicano tutte le pene, nelle quali è incorso, *ognoraché* le disposizioni dei seguenti articoli non prescrivano altrimenti»). Le osservazioni sull'articolo (*Codice penale toscano illustrato*, II, pp. 231-232) sono già sufficienti per conoscere con quale disagio Puccioni affronta il problema.

[197] In effetti negli articoli attinenti a questo profilo illecito si commina esclusivamente il *carcere*: cfr. artt. 329 lett. c) e 331.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

ingiurie»[198]. Ancora, ad uno sguardo d'insieme appariva chiaro l'eccessivo ricorso in fase di comminazione di sanzioni alla *casa di forza* (art. 16[199]) per delitti «prima repressi con pene correzionali» e si erano codificate e annesse all'ordinamento, circostanze «aggravanti o qualificanti» che «la scienza e il nostro gius penale rigettavano».

Erano così maturati non pochi problemi di applicazione, tutti derivanti dal non aver accoppiato, come da sempre in Toscana si faceva, «la teoria alla esperienza»[200] e tutti destinati ad avere riflessi sul momento di esecuzione della pena.

Intanto, era dato riscontrare un consistente aumento di soggetti reclusi nelle *case di forza* (art. 16 del codice) o nelle *carceri* (articolo 17 del codice). Il più ampio ventaglio di operatività della azione pubblica aveva fatto aumentare le condanne e l'introduzione del meccanismo del cumulo materiale aveva ampliato i tempi di permanenza nelle case di espiazione. Lo stesso valeva per l'aver comminato per certi reati di ampia diffusione (perché legati alle «private contese, nate da cause improvvise, e presto col cessare della collera dimenticate») il *carcere* in luogo della pena pecuniaria precedentemente prevista o irrogata[201]. Identiche valutazioni potevano esser fatte per la questione della disciplina delle circostanze che, se non aveva aumentato il numero dei condannati, di certo aveva ampliato il ventaglio dei casi di «detenzioni di mera custodia»[202]. L'effetto di tutto ciò era stato *quello di* un sovraccarico di lavoro per i tribunali, che aveva provocato un ritardo nella amministrazione della giustizia e un aggravio della finanza pubblica.

Erano tutte questioni sulle quali Puccioni aveva riflettuto a lungo e che in

[198] Un esame anche veloce degli articoli 366 e 368 del codice consente di verificare la verità di quanto affermato dal magistrato senese.

[199] Se condannato alla *casa di forza* (secondo Puccioni corrispondente nella scala penale precedente al codice a quella dei «lavori pubblici») il reo «lavora nella sua cella o in altra stanza assegnatagli, e rimane per tutta la durata delle pena in segregazione continua dagli altri condannati».

[200] *Codice penale toscano illustrato*, I, p. XXVIII.

[201] Per dimostrare che non erano affermazioni fuori luogo, mi limito a segnalare le «desioni improvvise leggiere» dell'art. 331, sanzionate con pena pecuniaria dalla Leopoldina (§ LXXII) e con «la carcere sino a un mese» dal codice.

[202] L'articolo 297 della Istruzioni del novembre 1838 fissava i casi nei quali si doveva procedere alla «custodia preventiva degli imputati» (*Dichiarazioni e istruzioni per la piena esecuzione del Motuproprio del dì 2 agosto sopra la riforma giudiciaria*, in *Leggi del Gran Ducato della Toscana*, XXV, p. II, Firenze 1838, p. 345). Alcuni dei punti dell'articolo individuavano lo scattare di tale misura in presenza semplicemente di un reato per il quale era prevista una certa pena, era dunque possibile che in ragione della presenza di aggravanti si salisse la scala penale con effetti anche sulla custodia preventiva.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

parte trovano conferma nelle valutazioni contenute nei *Pensieri di un filantropo sul sistema penitenziario* pubblicati a Pistoia nel 1847 e orientati verso la «necessità inevitabile che [il] sistema penitenziario rimanesse dominatore esclusivo del magistero penale», anche per via della finalizzazione della pena alla *correzione* del reo[203]. La tendenza nel tempo non era positiva, giacché in Toscana si era prossimi alla mancanza «di locali destinati a ricevere i condannati», con il rischio del sovraffollamento delle carceri e di problemi a garantire concretamente «la correzione dei reclusi»[204]. Puccioni riconosceva senza difficoltà che l'uso per l'architettura del codice di un modello straniero aveva favorito un elevato rigore tecnico, ma non poteva evitare di sottolineare che questa scelta, assieme alla mancata sequela dell'esperienza maturata sul campo, aveva dato vita ad un complesso di misure foriere di non pochi problemi per il magistero penale nel suo complesso.

Questa visione d'insieme, problematica per non dire negativa, ben presto subì un ridimensionamento. Gli anni Cinquanta dell'Ottocento furono per il Granducato anni di intensa produzione legislativa. Alcune di queste norme intaccarono l'integrità originaria del codice. A titolo di esempio, seguendo le riflessioni di Puccioni, si può indicare l'art. 427, che il giurista senese riteneva implicitamente abrogato a seguito della promulgazione della legge sulla caccia del 1856[205]. Ma vi fu anche una norma che modificò esplicitamente il testo da poco entrato in vigore e che al giudice senese parve del tutto in linea con i palesati *desiderata*. Tale intervento dell'aprile 1856 era andato in una direzione ben precisa con una serie di mitigazioni delle sanzioni del codice[206]:

[203] G. Puccioni, *Pensieri di un filantropo sul sistema penitenziario*, Pistoia 1847, p. 25.

[204] Tutte misure secondo Puccioni che non erano giustificabili con il mutato «morale carattere» dimostrato dei toscani nel recente «turbine di politiche contese» (il Quarantotto), dato che il carattere di un popolo non mutava per via di avvenimenti eccezionali (*Codice penale toscano illustrat*o, I, pp. XXX-XXXI).

[205] Il tenore dell'articolo era il seguente: «Incorre in una multa fino a 150 lire, chiunque, senza licenza del proprietario o di chi lo rappresenti, s'introduce ad esercitare qualunque maniera di caccia, o d'aucupio, ne' fondi altrui, che non sieno spogliati, o costantemente incolti». Questo articolo, in pratica, pur non abrogando la normativa precedente, aveva convertito «in delitto ciò che prima era trasgressione», esaltando la tutela della proprietà privata a scapito dell'interesse pubblico. L'impatto della normativa sulla caccia del 1856 (che all'art. 2 aveva nuovamente disciplinato in maniera completa le sorti dei comportamenti previsti dall'art. 427) aveva determinato una inversione di rotta, riportando «il fatto dell'esercizio della caccia nei fondi altrui senza licenza» tra le *trasgressioni* (rispetto alla qualifica di delitti che derivava dalla collocazione nel codice penale). Dunque, Puccioni poteva sostenere che «l'articolo in esame è rimasto abrogato» (ivi, V, pp. 284-286).

[206] *Codice penale toscano*, II, p. 404. Le modifiche del 1856 per quanto riguarda il libro primo intervenivano sull'art. 45 relativo al tentativo e sull'art. 82 in tema di recidiva. Sul testo riformato dei due articoli Puccioni fornisce ulteriori considerazioni in calce alla trascrizione

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

> Questo primo saggio di ritorno graduato *alle nostre consuetudini di giudicare*, sorto dopo un così breve tempo, fomenta quella lusinga che non abbiamo potuto celare fino dai primordi del nostro povero lavoro.

La sterzata rispetto alle scelte originarie, non poteva che essere valutata positivamente. Per questo, proponendo il testo via via aggiornato e non quello originario (ma ricordando sempre la modifica avvenuta e il testo di partenza), si poteva continuare il lavoro, certi che altri interventi sarebbero seguiti, riportando il diritto penale entro la carreggiata da sempre occupata:

> noi non cesseremo adunque dal rispettosamente [invocarli], là ove nella nostra tenuità opineremo che possano attuarsi[207].

Il lavoro di illustrazione, dunque, aveva preso avvio con l'atteggiamento critico appena indicato, ma dal 1856 continuava con una aspettativa del tutto nuova.

7. *Sotto le lenti di Puccioni: il diritto previgente e la completezza.*

Uno dei primi problemi con i quali si confronta il giudice senese è quella della completezza del codice e della sorte del diritto previgente; problema apparentemente inesistente dato che il Decreto 20 giugno 1853[208] di promulgazione del codice aveva sancito la generale clausola abrogatoria già documentata.

Nemmeno Puccioni poteva negare, dunque, che il codice si fosse candidato ad essere «la unica norma regolatrice di tutte le azioni ed omissioni» qualificabili come *delitti*. Tuttavia, a ben vedere, non solo lo stesso codice si era dotato di una apertura nelle sue maglie in corrispondenza dei comportamenti *lato sensu* frodatori[209], ma, oltre a ciò, il successivo *Decreto* di promulgazione

degli stessi (*Codice penale toscano illustrato*, II, pp. 408-410). Su tali modifiche, gli appunti di M. Da Passano, *La codificazione penale nel Granducato*, cit., pp. XXXIX-XLI.

[207] Ivi, II, p. 404

[208] È consultabile in M. Da Passano et alii (cur.), *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, Padova 1995, pp. III-VI (della ristampa anastatica).

[209] L'apertura delle maglie del codice era rinvenibile in corrispondenza dell'art. 404, che si rifaceva per i comportamenti frodatori e truffaldini a ben determinati modelli tradizionali. Era una operazione subito smascherata da Puccioni: «Questo articolo ci richiama a parlare del delitto di stellionato, al quale il codice dà il nome di frode» (*Codice penale toscano illustrato*, V, p. 193). Tanto più che l'articolo alla fine ne ometteva la «nozione giuridica» e, poi, nelle varie lettere del § 1 dell'art. 404 proponeva una casistica usando parte di quella maturata per lo stellionato. Ma lo *stellionato* non era illecito da star rinchiuso in un circolo definito. Per

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

aveva ammesso che per far fronte alla candidatura avanzata sarebbe stato necessario allungare i suoi tentacoli su spazi già occupati in relazione ai quali non era stata fatta *tabula rasa*.

Intanto, vi erano almeno tre casi in relazione ai quali il codice interveniva semplicemente per fissare la sanzione penale per illeciti contenuti fuori da esso. Mi riferisco all'art. 409 relativa al fallimento *doloso* e *colposo*, nel quale il codice richiamava per la individuazione dei confini dell'illecito le norme del codice di commercio francese ancora in vigore[210] e all'art. 400, nel quale si dava per vigente e presupposto l'assetto dell'Editto di navigazione del 1748[211] e, richiamandolo, si fissava per la *baratteria marittima* lì contemplata la pena che il codice comminava per il furto qualificato (art. 386)[212]. Ma più rilevante è il terzo caso di riaggancio a norme vigenti col fine di statuizione della pena. L'art. 379[213] richiamava l'art. 47 del *Regolamento per il porto, darsena, e fossi* di Livorno del 17 luglio 1840[214], riguardante il *furto di ancore, cavi, o altri oggetti*. Quest'ultimo stabiliva, per evidenti ragioni che esulavano dalla mera tutela della proprietà, che nella valutazione della gravità dell'illecito non si sarebbe dovuto aver

questo la lettera f) dell'articolo appena citato non poteva far a meno di lasciargli le porte spalancate con una formula di chiusura di scarso ossequio ai principi di tassatività e determinatezza della norma penale: «chiunque, sorprendendo l'altrui buona fede con artifizi o raggiri diversi da quelli contemplati sotto le lettere precedenti, o nel seguente art. 405, si procura un ingiusto guadagno in danno altrui». Per il giudice senese educato anche alla cultura giuridica tradizionale non era un problema, per un codice che si candidasse a coprire ogni spazio del penale in maniera tassativa poteva esserlo.

[210] *Codice penale toscano illustrato*, V, pp. 222-223.

[211] Su questo provvedimento normativo l'analisi di D. Edigati, *L'editto toscano del 1748 e la legislazione d'Antico Regime sul diritto marittimo*, in «Rivista storica italiana», CXXIV (2012), pp. 686-733.

[212] *Codice penale toscano illustrato*, V, pp. 173-174. Già nel 1838 Puccioni aveva fatto la stessa scelta del codice, spiegando nel rapporto al Granduca che la pena capitale con la quale era sanzionata la *baratteria marittima* «nell'Editto di marina mercantile del 10 ottobre 1748 [fu] ridotta alla pena del furto qualificato dalla pratica moderna» (BUPi, *manoscritti Carrara*, 7, fo. 168-169. Sugli aspetti penalistici della baratteria marittima: M. P. Geri, *Baratteria: vicende e fortune di un termine dal senso non buono*, in Historia et ius [www.historiaetius.eu], 12 (2017), paper 20, pp. 31-40.

[213] *Codice penale toscano illustrato*, V, pp. 81-86.

[214] Il testo dell'art. 47 è riportato da Puccioni (*Codice penale toscano illustrato*, V, p. 81), ma è consultabile anche nella versione del *Bullettino delle leggi, e ordini sovrani*, 5 (1840), n. 38, pp. 118-119 e nella *Raccolta delle leggi toscane delle quali fu ordinata la pubblicazione nella città e territorio di Lucca con Regio Decreto del 26 febbraio 1848*, Firenze 1848, DXV, pp. 1495-1507.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

riguardo alla tenuità del valore delle cose furtive, ma al pericolo dei bastimenti, ed al danno che ne potrebbe ai medesimi resultare, o che di fatto abbiano sofferto.

Dalle modalità di valutazione dell'entità del danno emergeva, così, il profilo di un differente ordine di tutela. Per questo la pena era fissata nell'articolo come «sempre afflittiva e non minore di mesi sei di reclusione nella casa dei lavori forzati» al di là del verificarsi del danno, che rendeva irrogabile una pena più elevata alla sola condizione che esso fosse superiore a 25 scudi[215]. Col richiamo alla disciplina del furto qualificato, legata al solo valore dei beni, il codice aveva eliminato la graduazione di pena ancorata alla effettiva provocazione di un danno[216]. All'analisi del giudice senese emergevano, così, due differenti interrogativi, dei quali uno, lo si dice sin da ora, era frutto di un ragionamento condotto con una logica più generale che il codice non pareva far propria in questo frangente. In primo luogo, ci si doveva chiedere quale criterio si sarebbe dovuto usare in fase applicativa: quello del furto qualificato di cui all'art. 386 o quello del Regolamento del 1840? Come abbiamo accennato più che una differenza di criteri in questo caso emergeva tra le due norme, se non una differenza, almeno una sfasatura tra i beni e valori protetti. Stando dentro le maglie del codice, però, l'unica soluzione possibile era quella di non ritenere «abrogata dall'articolo in esame» la legge del 1840 «quanto alla misura del danno influente sulla pena», anche in considerazione del fatto che il codice, eccettuata la comminazione della sanzione, si riportava in tutto a quella norma. Sulla base di ciò il coordinamento tra le due norme poteva essere fatto graduando la pena oltre che sul *valore* anche sulla avvenuta provocazione del danno[217]. A questo punto, al di là della equilibrata e pragmatica soluzione proposta da Puccioni[218], interessa sottolineare

[215] Identica sanzione era prevista per coloro «che rinnuovassero, tagliassero, o sciogliessero le ancora, i cavi ecc. senza [sottrarli], o ponessero *in pericolo i bastimenti*». Per inciso la norma faceva salva, la «regola di ragion comune» secondo la quale il comportamento non era sindacabile nel caso in cui «i cavi, o le gomene fossero tagliate, o sciolte dalla gente di un bastimento per liberarsi dal danno che gli cagioni, o gli minacci un altro bastimento vicino» (*Codice penale toscano illustrato*, V, p. 81).

[216] Ivi, V. pp. 82-83.

[217] *Codice penale toscano illustrat*o, V, p. 85.

[218] Seguendo l'art. 47 del Regolamento livornese prendevano corpo tre situazioni: quella di mero pericolo e quelle di un danno provocato inferiore o superiore ad una certa cifra. Mentre i livelli di graduazione dell'art. 386 erano solo due ed ancorati al *valore del tolto* (al di là di come determinato). Applicando il canone dell'art. 386 si rischiava di perseguire un

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

> che il giudice senese non si stanca di sottolineare, pur trattandosi di furto, la presenza di interessi che esulavano dalla questione patrimoniale: «interessa al più altro grado il commercio, e [alla] sicurezza che ogni governo deve accordare ai legni ricevuti nei porti, e situati così sotto l'egida della fede, e della protezione pubblica». Era questa la ragione, «lo *scopo* che ha indotto il legislatore a minacciare gravi pene ad un furto, che ordinariamente si riduce a cose di vile prezzo»; che però era andato in contro a difficoltà «non avvertite» che maturavano quando si adottavano
>
> > le mezze misure di tenere in vigore due leggi guidate da diverso spirito, e influenzate da regole tra di loro pugnanti[219].

Ma c'era anche un secondo aspetto da valutare. Come si legava la tecnica della attribuzione di pena ad una norma estranea al codice con l'interesse retrostante a questa scelta normativa? Se era incontestabile che il *Regolamento* del 1840 riguardava il porto di Livorno, il codice quali potenzialità manifestava? Ricadevano nella previsione dell'art. 379 solo i comportamenti realizzati nel porto di Livorno o anche tutti quelli identici nel fatto, ma commessi in altri ricetti, magari non qualificabili "porto", ma capaci di garantire comunque un comodo approdo ai bastimenti? Cioè, questo articolo poteva essere inteso per quel che formalmente non era, ovvero una norma destinata a proteggere in generale le attività di approdo dei navigli? Lo *spirito* non la *lettera*, ma si è detto che lo *spirito* doveva prevalere sulla *lettera*, viene in soccorso di Puccioni, il quale puntualizza che stando

> alla lettera della legge si dovrebbe rispondere per la negativa [ma stando] allo *spirito* dovrebbe nel suo intiero contesto applicarsi, mentre è ben difficile di trovar la ragione che autorizzi a punire per Livorno il fatto come furto qualificato, e come furto semplice[220] altrove […] come se la legge

(che stando dietro al suo *spirito* può e deve dire anche qualcosa di più di ciò

fatto che aveva provocato un danno di importo inferiore a lire cento (soglia del codice, mentre quella del Regolamento era fissata in lire 25) nella stessa maniera di un altro nel quale il danno non si era verificato. La soluzione proposta da Puccioni era quella di dare anche al danno in atto inferiore alle 100 lire la pena dovuta al danno in potenza, sfruttando i «larghissimi limiti» che concessi per il carcere nell'art. 386 e così riconoscendo «la differenza che passa fra il danno in atto, e il danno potenziale».

[219] *Codice penale toscano illustrat*o, V, p. 85.

[220] Il semplice e non qualificato (perché privo di quelle «circostanze» che lo rendono tale) atto di chi «s'impossessa» di funi, cavi, e così via «senza il consenso del proprietario […] per farne lucro», per usare le parole degli artt. 374 e 376 del codice.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

che ha detto il legislatore)

> non dovesse protezione e tutela, che a quei soli legni che si refugiano nel porto di Livorno,

o fissasse una tutela qualificata solo per chi approdava in quel ricetto, «come se il danno, o il pregiudizio del proprietario» si potesse verificare solo lì[221].

Avviando il discorso sulla completezza non si era volutamente accennato ad una sua assenza o claudicanza. Se le situazioni delle quali s'è appena trattato, pur con le difficoltà che recavano con sé, rispondevano ad una tecnica legislativa nota, chi scorra le pagine del commento di Puccioni si avvede ben presto che il giurista senese non evita mai di rimarcare la presenza di lacune, di spazi del penale che non gli risultavano coperti dall'intervento del codice. Ciò accade, ad esempio, in relazione, agli illeciti dei pubblici ufficiali[222], nei vari profili di stupro[223] e in altri casi giudicati dal giudice senese «omissioni

[221] Ivi, p. 85.

[222] «Nelle disposizioni contenute in questo capo non troviamo fatta parola dei seguenti delitti: del delitto d'ambito di cui parlano i digesti, e il Codice al titolo *de lege Julia de ambitu*, e di cui tenevano proposito le nostre antiche patrie leggi del 12 Febbraio 1549, 19 Dicembre 1576», fatte oggetto di applicazione «dalla nostra giurisprudenza» sulla scorta della «moderazione voluta dalla Costituzione Leopoldina del 30 Novembre 1786 art. 118», dello «abuso di potere negli agenti della pubblica forza negli arresti degli imputati o condannati» (norme presenti nel § LXIX della Leopoldina e nell'art. 15 della riforma del 1795), della «soppressione, distruzione, sottrazione e trafugamento di atti e documenti di cui fosse depositario il pubblico ufficiale per ragione di ufficio, operata senza corruzione e senz'animo di far lucro, ma per favore, odio, inimicizia, o per qualunque altra passione privata» e, infine, di «quell'abuso di autorità che pone il pubblico ufficiale in aperta ribellione con la legge, e con gli ordini dei suoi superiori, coll'impedire la esecuzione dell'una e degli altri, col vietare la riscossione dei pubblici tributi, col favorire i rei conosciuti sottraendoli alla pubblica giustizia» (*Codice penale toscano illustrato,* III, pp. 459-463).

[223] *Codice penale toscano illustrato,* IV, pp. 392-393. Si rileva l'assenza di una norma disciplinante lo stupro commesso «dai carcerieri, custodi, o agenti della forza pubblica su fanciulla affidata alla loro custodia». Manca anche, secondo Puccioni, il profilo dello stupro commesso da «impiegati superiori in abuso delle loro funzioni». La sua proposta per tutti e due i casi è procedere non per stupro, ma per abuso di autorità. Infine, rileva l'assenza di disciplina dello «stupro qualificato, scevro per altro da violenza, commesso su vergine a Dio dedicata con solenni voti», che non poteva esser giudicato, come facevano altri codici nella penisola (es. codice sardo: art. 334), nella logica delle circostanze aggravanti riferibili al luogo di commissione dell'illecito («interno di un chiostro di monache»).

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

di non lieve entità»[224]. Si tratta di situazioni che solo raramente egli riesce ad incastrare nelle maglie del codice. Per queste situazioni le risposte fornite in ordine alla lacuna emersa sono differenti, ma ugualmente rilevanti e vanno a seconda dei casi dal comunicare che «nutriamo lusinga» che il principe «vorrà supplire al silenzio della legge» (o «che al vuoto della legge fosse necessario supplire con nuove disposizioni»[225]), al rimandare al futuro lavoro delle corti giudiziarie («i tribunali decideranno»[226]), all'indicare, infine, che non si potrà che «ricorrere alla nostra antica giurisprudenza, che non può credersi abrogata»[227]. Ovviamente, ognuno potrà notare che un discorso era l'esortazione ad una integrazione legislativa, altro era il rimando al lavoro delle corti giudiziarie (perché non ci si muoveva in *obscuris*, ma a riguardo di lacune), altro ancora la proposta della rilevanza della *antica giurisprudenza* come non abrogata. Come se il decreto di promulgazione del codice lo avesse consentito in caso di lacuna. Mentre, invece, l'efficacia di quel decreto era totale, non parlava di norme, consuetudini incompatibili, contrarie e quanto altro di simile si voglia, ma come abbiamo già visto di «tutte le precedenti leggi, e osservanze giudiciali in materia penale».

Una mancanza del codice che a Puccioni appariva macroscopica era quella in tema di tentativo di *delitti contro la sicurezza interna dello stato*. Del passaggio «dagli atti preparatorii [al] cominciamento di esecuzione»[228] e della esigenza di ravvisare e distinguere tra «conato prossimo» e «remoto»[229] il giudice senese

[224] *Codice penale toscano*, IV, pp. 154-155. Il codice era giudicato carente della disciplina del comportamento «dell'oste che [scientemente o con negligenza] iscrive sotto falso nome o sotto nome inventato» (mentre tale profilo era contemplato solo per gli ospiti che si facessero iscrivere sotto falso nome o sotto falsa «qualità» nel Regolamento di polizia punitiva). Nota anche l'omissione dei casi di «carte di soggiorno» rilasciate ai forestieri dalla autorità politica o in relazione ai «salvacondotti rilasciati dai tribunali in caso di fallimenti o altre eventualità». La riposta negativa lo conduce ad affermare che.

[225] Ivi, IV, p. 154

[226] Ivi, IV, p. 155.

[227] Ivi, III, p. 461.

[228] Ivi, p. 72.

[229] Su questi profili e in particolare per l'enucleazione di questa distinzione da parte di Romagnosi e per il transito della stessa nel maestro criminalista toscano Carmignani: R. Isotton, *Crimen in itinere: profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli 2006, pp. 254-284. Riflessioni sulla disciplina del tentativo nel codice toscano in S. Del Corso, *Il tentativo nel codice Zanardelli,* in *Diritto penale dell'Ottocento*, cit., pp. 543-554; S. Seminara, *Il delitto tentato*, Milano 2012, pp. 3-110 (per la realtà della penisola nella prima metà dell'800 fino grosso modo al codice Zanardelli). Il volume di Seminara è stato oggetto di discussione nell'annata 2013 del Quaderni fiorentini: cfr. G. Chiodi, *Il tentativo e la penalistica europea dal XIX al XXI secolo: una riflessione storica per il giurista contemporaneo*, in

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

aveva già trattato entro la sintesi delle teorie sul tentativo contenuta nel secondo volume[230], mettendo in luce che essa stava «a dimostrare quel più o quel meno che il delinquente si [era] impegnato nella via del delitto», ma anche la «maggiore o minore civile responsabilità che egli [contraeva] di fronte alla legge penale»[231]. Concludendo l'illustrazione di alcuni degli illeciti *contro la sicurezza interna dello stato*[232], egli nota che il codice non aveva espressamente regolato per questi illeciti la questione degli «atti esecutivi remoti». Si puniva severamente «il preparativo di esecuzione» all'art. 103[233], si puniva «con pena capitale l'attentato» contro il Granduca e il «governo» e si individuava l'attentato punibile «subito che è stato commesso o intrapreso un atto esecutivo prossimo» (art. 98). Nulla di più. A modo di vedere di Puccioni era una scelta sindacabile, che conduceva all'assurdo di punire severamente gli atti preparatori e ignorare «gli atti esecutivi remoti» che in definitiva erano «un meno nella via del delitto» e che, soprattutto, ignorava una parte dell'edificio costruito dalla scienza giuridica per il tentativo. Tanto era che, nota il Nostro, Mori era ricorso all'art. 45 del codice e aveva fatto rientrare gli «atti esecutivi remoti» in quei casi per i quali «la legge non contenga più speciale disposizione», proponendone la punizione con la pena ridotta prevista della lett. a) di quell'articolo, che mitigava la sanzione nei casi in cui il delitto consumato era sanzionato con la pena di morte[234]. Lo sforzo di Mori (tutto sommato, si può notare oggi, ben calibrato rispetto alla lettera del codice) non meritava particolare credito non tanto dal punto di vista tecnico, quanto per il fatto che

> non è questa la prima volta, né sarà l'ultima, che noi vediamo dall'acuto ingegno del lodato autore supplire ai vuoti che nella legge penale talora si incontra in disposizioni speciali ed eccezionali, col ricorso alle regole generali precedentemente determinate[235].

«Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XLII (2013), pp. 610-611 (per la Toscana, richiamando anche la pagina di Puccioni); G. De Francesco, *Sul tentativo: tra storia, dogmatica e politica criminale*, ivi, pp. 637-641 (in particolare sugli aspetti della anticipazione della tutela) e pp. 647-450 (sugli atti esecutivi e sul *conato remoto* alla Carrara) e la replica dello stesso Seminara (pp. 653-658).

[230] *Codice penale toscano illustrato*, II, pp. 6-35.

[231] Ivi, II, p. 11.

[232] Ivi, III, pp. 70-75.

[233] L'art. 103 del codice, che commina la «casa di forza da cinque a venti anni» per coloro che «senza cospirazione, [hanno] fatto preparativi di esecuzione» idonei a commettere uno dei delitti contemplati negli articoli 96 e 97.

[234] F. Mori, *Teorica del codice penale toscano*, cit., pp. 128-129.

[235] *Codice penale toscano illustrato*, III, p. 73.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

Si trattava per Puccioni di un ripiego (che non faceva altro che evidenziare l'avvenuta omissione) e, soprattutto, della semplice «opinione di un valente giureconsulto», quindi di una *interpretazione dottrinale*. Nulla di ufficiale, nonostante le ben precisa origine della *Teorica* di Mori. Il problema presente nel codice, insomma, non poteva dirsi superato soprattutto pensando che l'attenzione recata agli atti preparatori e l'anticipazione della soglia di punibilità all'attentato avevano aperto per il legislatore la strada alla presa in considerazione del «caso medio» rappresentato dagli atti esecutivi remoti. Una previsione come quella carente, invece, avrebbe condotto ad un maggior livello di coerenza «con le teorie premesse» nella parte generale ed evitato attività interpretative come quella di Mori, compiute in un territorio nel quale il legislatore aveva invece reso palese la sua volontà di applicare ad un profilo di tentativo (in forza di una estesissima anticipazione della soglia di punibilità) le conseguenze del «delitto formale»[236]. La stessa posizione, senza Mori a porre inciampi, tornava anche in tema *violato sepolcro*, regolato dal codice agli articoli 218-221. Secondo Puccioni il codice aveva omesso di fornire indicazioni a riguardo dei «marmi, le pietre, i materiali che compongono la sepoltura o il monumento»[237], portando l'attento lettore a chiedersi, dato che indicazioni specifiche non ce n'erano, se tali ipotesi di sottrazione potevano rientrare o meno nel disposto dell'art. 218[238]. Ognuno può notare che stando alla lettera («in dosso a un cadavere») spazio non ce n'era. C'era invece l'esigenza di sanzionare in maniera specifica determinati comportamenti che il codice aveva ignorato. In questo caso, però, il giurista senese, rinunciando a delineare ipotesi specifiche di tutela, sceglie di non forzare il dettato di legge e

> onde non crearla, sotto manto d'interpretarla [la norma], noi crediamo che dovrà, per il caso che abbiamo previsto, procedersi con l'azione penale di furto, come se si trattasse di caso ordinario di furto.

Dentro le maglie del codice, insomma, l'unica possibilità era quella di negare ruolo alla natura dei beni sottratti e considerare il comportamento

[236] Ivi, III, p. 74.

[237] Ivi, III, p. 535. Su questo profilo sono da tener in considerazione le riflessioni di C. Ciancio, *Requiescant in pace. Alcune osservazioni sulla protezione del cadavere nel Regno d'Italia*, in C. Cianco (cur.), *La morte nel prisma criminale*, in Historia et ius [www.historiaetius.eu], 10 (2016), pp. 66 (sul codice del 1853), e p. 70 (dove si documenta che nel codice penale austriaco del 1852 i fatti su cui si interrogava Puccioni erano sanzionati espressamente come furti non qualificati)

[238] «Chiunque, per cupidità di guadagno, sottrae qualche cosa, posta in dosso a un cadavere, e destinata ad esser sepolta con esso…».

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

illecito come sottrazione di beni di proprietà privata a fine di lucro. Col solo scoglio di dover riflettere, ci sentiamo di sottolineare, sul possibile ostacolo derivante in alcuni casi dalla natura mobile dei beni richiesta dall'art. 374, § 1; che l'assenza dello scopo di lucro poteva essere aggirata ricorrendo al profilo del danno dato[239].

Un'altra manchevolezza, frutto in questo caso davvero della scelta del legislatore di ignorare la pratica di giudicare dei tribunali toscani, era quella che riguardava l'omicidio. Il codice, infatti, trattava solo del profilo di *omicidio premeditato* sanzionandolo con la pena di morte (art. 309, § 1). Mentre nulla diceva di un altro profilo maturato in seno alla giurisprudenza toscana e denominato *omicidio deliberato.* Il problema è affrontato da Puccioni in una serie di *generalia* riguardanti i *delitti contro la vita, e contro l'integrità personale*[240], dove il giurista senese distingue com'era prassi l'omicidio *semplice* da quello *qualificato* e colloca entro quest'ultimo l'*omicidio premeditato*, qualificato (appunto) dalla presenza del «dolo di proposito o di nequizia»[241].

Premesso ciò, il giurista senese riferisce che la «pratica giurisprudenza» a riguardo della volontà meditata di uccidere aveva «distinto due gradazioni, cioè la deliberazione semplice e la deliberazione qualificata, ossia la vera e propria premeditazione dalla impropria». Veniva così a strutturarsi una differenza tra «omicidio deliberato» o «semplice premeditazione» (qualificato dal *dolo di proposito* in qualche modo non pieno) e «omicidio premeditato» (con presenza della pienezza del *dolo di proposito*).

Questa distinzione, maturata quale limatura delle rigidità dell'art. 13 della Ferdinandina del 1795, con l'intento di offrire strumenti che conducessero all'irrogazione molto meditata della pena di morte e solo nei casi di accertamento pieno dell'animo freddo e pacato, era ora tornata ad essere opportuna per la reintroduzione della pena di morte ad opera del codice. Si trattava di una distinzione invisa a Mori[242] ma lodevole sotto vari profili, tutti

[239] Se si fosse trattato, infatti, di «delinquente [che] non con spirito di lucro ma per fare ingiuria guastasse, rompesse il sepolcro o i marmi ivi esistenti», allora si sarebbe potuto configurare un *danno dato* («chiunque dolosamente guasta, disperde, distrugge, o altrimenti danneggia cose altrui, o delle quali non ha il diritto di disporre…») aggravato dall'oggetto, secondo quanto disposto dall'art. 450 lett. B («… se il delitto è commesso […] su cimiteri o monumenti sepolcrali»).

[240] *Codice penale toscano illustrato*, IV, pp. 396-440.

[241] Ivi, IV, p. 398. Si ricalcavano, così le orme di Carmignani («deliberazione di uccidere presa con animo freddo e pacato, e con scelta di tempo opportuno per consumare il delitto»: G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, cit., II, § 903, p. 95.

[242] Mori (*Teorica del codice penale toscano*, cit., p. 248) affermava che essa in pratica aveva contribuito a rendere lettera morta la comminazione della pena capitale, perché sminuzzava un profilo soggettivo non graduabile: il «dolo di proposito che non ha gradazioni». Dal lato

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

capaci di sconfessare le opinioni contrarie. Tanto più che il codice, concludeva Puccioni, omettendo di fornire una «nozione giuridica della premeditazione» aveva indicato nei fatti di rifarsi ai «precetti della scienza». Per la verità il codice poteva anche offrire una soluzione. Per dar valore alle situazioni di premeditazione non piena (omicidio solo *deliberato*) si potevano sfruttare le *circostanze di straordinaria importanza* dell'art. 309 § 2, capaci di far scattare una riduzione di pena, al punto che agli occhi di Puccioni questo articolo sembrava aver consacrato «la medesima dottrina con altre parole». Tutto ciò, però, a patto di non ritenere, come aveva fatto Mori e come, tutto sommato, non era fuori luogo, che queste *circostanze* dovessero essere desunte non «dall'intenzione dell'agente, ma dai fatti, e dagli avvenimenti che hanno accompagnato il delitto»[243]. Certo, per il giudice senese non era arduo rilevare che quelli richiamati in campo da Mori erano elementi circostanziali talmente sempre presenti che davvero avevano la potenzialità, quasi più della teoria dell'*omicidio deliberato*, di rendere nulla la comminazione della pena di morte per l'*omicidio premeditato*[244]. Così come era agevole mettere in luce che in assenza dell'ulteriore grado della *premeditazione impropria* (omicidio *deliberato*), nei casi nei quali non si era in grado di provare l'esistenza della pienezza della premeditazione e quindi della qualificazione dell'omicidio, si doveva per forza di cose «applicare all'omicida la pena dell'omicidio improvviso», passando «d'un salto dalla pena capitale alla casa di forza, che era la sanzione prevista dall'art. 310 del codice per l'omicidio *improvviso*. Tutte questioni che rendevano appetibile la proposta di Puccioni[245]. Della *sopravvivenza* del profilo dell'omicidio *deliberato* e dell'uso della proposta del giudice senese occorrerebbe verificare la sorte nelle decisioni dei tribunali, cosa che, però, ci porterebbe fuori dal seminato. Anche perché del tema dichiara di essersi occupato in quegli anni anche Carrara, in uno scritto del 1853 che al momento non son riuscito ad individuare[246].

---

di Puccioni, invece, e della magistratura toscana, impediva che si considerassero gli omicidi premeditati «tutti ordinariamente di ugual gravità», nonostante vi fossero o fossero pensabili casi che «o non dimostravano nell'animo del delinquente, quella calma, e quel sangue freddo, che sono i resultati di un odio profondo, ma un residuo di ira furente, o che erano accompagnati a casi, e a circostanze straordinarie da rendere eccessiva la pena» comminata (*Codice penale toscano illustrato*, IV, p. 402).

[243] F. Mori, *Teorica del codice penale*, cit., pp. 248-249.

[244] *Codice penale toscano illustrato*, IV, p. 455.

[245] Nell'illustrare l'art. 309, § 2 Puccioni non aggiunge ulteriori elementi (ivi, IV, pp. 457-462).

[246] Lo riferisce lo stesso autore, in F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale, ossia esposizione dei delitti in specie*. terza edizione, I, Lucca 1872, § 1123, nt. 1, p. 125.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

Fino ad ora abbiamo dibattuto di lacune, manchevolezze della normativa codicistica percepibili, per così dire, tra le righe. In alcuni casi, però, la manchevolezza del codice faceva riferimento ad interi apparati normativi ed era emersa immediatamente agli occhi del legislatore che aveva scelto di conservare in vigore una serie di norme contenenti profili penalistici.

Prima ancora che il codice entrasse in vigore, nell'agosto 1853 e nella prospettiva dell'apertura della caccia, si era stati costretti a indicare come ancora vigenti tutte le norme relative al *colombicidio*[247]. Questo frangente, messo in luce da Puccioni, è ricordato anche da Mario Da Passano, il quale, però, parla del *colombicidio* come di una violazione secondaria, la cui regolamentazione era stata rinviata al momento del rinnovamento della normativa sulla caccia. Una proposta del genere faceva presagire la depenalizzazione dell'illecito, ma l'urgenza dell'apertura della caccia aveva reso necessario un intervento immediato. Nonostante ciò, nel *Saggio* il giudice senese evidenza per tale violazione la destinazione al

> doppio scopo di conservare la specie, e di far rispettare le altrui proprietà[248].

Era questo un modo di vedere radicato nella giurisprudenza Toscana[249], sebbene la dottrina, anche la più attenta ai risvolti pratici e consapevole della disciplina patria[250], si fosse limitata a incasellarlo tra i comportamenti a

[247] Inserito da Puccioni tra i *Delitti che attaccano le proprietà semoventi*, era definito dal giurista senese come «la uccisione o la appropriazione dei colombi domestici, eseguita alla aperta campagna con qualunque mezzo, e con animo di far lucro» (*Saggio*, pp. 559-561).

[248] *Saggio*, pp. 559-562.

[249] P. A. Cerretelli, *L'ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana con note e illustrazione*, I, Firenze 1840, v. *colombicidio*, n. 10, p. 543.

[250] Un sondaggio che parta dai primi anni di Pietro Leopoldo riconsegna l'*Editto proibente l'ammazzare colombi domestici* (*Bandi e ordini da osservarsi nel Granducato di Toscana*, V, Firenze 1771, n. CXXII; la norma proibisce l'uccisione e la caccia a pena di dieci scudi per ogni colombo ucciso o catturato e, in caso di impossibilità a far fronte alla sanzione pecuniaria un mese di carcere) e il Motuproprio sopra i *colombicidi* dell'8 giugno 1775 (*Bandi e ordini da osservarsi nel Granducato di Toscana*, VII, Firenze 1776, n. XLVIII; la norma aggiunge alle sanzioni appena indicate la «pena di Carcere o d'esilio per quel maggiore, o minor tempo, che sembrerà proporzionato alla respettiva [dei rei] malizia», da norme ulteriori in tema di prova dell'illecito e indica pena più gravi in caso di realizzazione di *colombicidio* da parte di qualsiasi «famiglio, o altro esecutore di giustizia». La Leopoldina sanzionava il *colombicidio* nella stessa maniera delle norme appena citate, mitigando, però, la pena per i *famigli* e gli *esecutori di giustizia* (§ XCII, II cpv.). Un successivo *Motuproprio* del novembre 1791, infine, ampliava lo spazio di operatività della norma a tutte le «città, terre e castelli» (lo documenta G. Paoletti, *Insititutiones theorico practicae*, cit., p. 93). Nel 1814, infine, si rinnovò il vigore del Motuproprio del 1791, dando anche ulteriori indicazioni ed in particolare disciplinando nello specifico la recidiva (*Leggi del Gran Ducato della Toscana pubblicate dal 27 aprile 1814*, cit.,

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

rilevanza penale sindacabili in ordine all'aggressione ai beni dei privati[251]. La sparizione del *colombicidio* aveva messo in imbarazzo, nota Puccioni, Baldassarre Paoli autore della primissima *Guida* del codice toscano, il quale constatando che «non si trova[va] questo titolo di delitto nel nuovo codice», aveva risolto il problema riconducendo al *danno dato* (artt. 448-453) i comportamenti afferenti un tempo al *colombicidio* e se l'uccisione dei colombi era stata fatta «con animo di lucro», al furto aggravato (377 lett. g)[252]. L'intervento dell'agosto 1853 aveva nei fatti smentito Paoli, così come, lo vedremo tra breve, l'approvazione della già ricordata legge in tema di caccia nel 1856 avrebbe indotto Puccioni a mutare posizione piegandosi al dettato di legge. Prima occorre dire che il *colombicidio* non era l'unico settore ignorato dal Codice e dal decreto di promulgazione. Il § 5 del *Decreto* indicava un elenco di norme i cui precetti penali erano lasciati in vigore. Si trattava delle «leggi di sanità marittima»[253], delle norme in tema di tratta degli schiavi (*Motuproprio* 15 gennaio 1839[254]) e dei profili penalistici della norma del 21 luglio 1852 relativa ai *telegrafi elettrici*. Alle esplicite indicazioni del Decreto, Puccioni aggiungeva le «leggi di finanza pubblica e di regalia»[255], i cui risvolti penalistici avevano dunque bisogno di essere trattati assieme alle altre norme lasciate in vigore.

---

pp. 198-200). Del problema si parlò anche 1807: D. Edigati, *Intimidire e prevenire, la "terza riforma" criminale toscana (1807),* cit. p. 143.

[251] La classificazione come delitto «contro le cose semoventi» era già presa in considerazione dagli *Elementa* di Carmignani (§ 1127, nt. 2), che si limitava, però, ad un inciso in nota legittimato dalla necessità di esporre le normative patrie (M. P. Geri, Il *magistero di un criminalista di foro*, cit., p. 197), mentre Paoletti ne aveva trattato più diffusamente (*Institutiones theorico practicae criminales*, II, Firenze 1820, pp. 90-94.

[252] B. Paoli, *Guida del nuovo Codice penale toscano per Granducato di Toscana*, Firenze 1853, p. 28.

[253] Prevedendo, però, che con riferimento alle sanzioni avvenisse la sostituzione con quelle previste dal codice penale «fino alla casa di forza inclusive».

[254] Con la sostituzione del *carcere* con la «detenzione nella fortezza di Volterra» e della *casa di forza* ai *lavori pubblici*. Sul fenomeno, i molti scritti di Marco Fioravanti, a partire da *Il pregiudizio del colore. Diritto e giustizia nelle Antille francesi durante la Restaurazione*, Roma 2012 e da *Il lato oscuro del moderno. Diritti dell'uomo, schiavitù e emancipazione tra storia e storiografia*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XLII (2013), pp. 9-41. Nella prospettiva delle *compagnie azionarie privilegiate* (ma con ampia bibliografia) risulta utile anche: G. Acerbi, *Un dibattito sulle compagnie azionarie privilegiate all'antivigilia delle Rivoluzione francese, aspetti connessi e ricadute successive*, in L. A. Bianchi et alii (cur.), *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano 2010, pp. 663-707.

[255] Puccioni non si scompone più di tanto ad aggiungere queste norme. Forse accade perché il suo progetto del 1838 finiva con alcune disposizioni «aggiunte, che mantengono tutte le leggi relative alla finanza ed all'arruolamento militare attualmente veglianti»: BUPi, *manoscritti Carrara*, 6, fo. 10.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

All'osservazione del giudice senese, in relazione a queste norme si aprivano due ordini di interrogativi. Il primo riguardava la natura da attribuire loro alla luce dell'ordinamento penalistico edificato dal codice che, come è noto, aveva organizzato gli illeciti in delitti e trasgressioni[256] e scelto di non contemplare le trasgressioni nel codice, confinandole in un *Regolamento di polizia punitiva* anch'esso emanato nel 1853. Era «questione non di parole, ma di sostanza, e gravissima»[257] chiarire se le norme lasciate in vigore dovessero essere considerate, con tutte le conseguenze in punto di disciplina generale, delitti o trasgressioni. Facendo il punto, Puccioni compie una prima valutazione della idoneità di un criterio distintivo ancorato alla destinazione/collocazione nell'uno o nell'altro dei due corpi normativi del 1853 degli illeciti esaminati (nel codice penale, e allora *delitti*, o nel Regolamento di polizia, e allora *trasgressioni*). Una soluzione in fondo ragionevole, che affidava la necessaria qualificazione all'opera di annessione al nuovo sistema penalistico effettuata dal legislatore, ma che, tuttavia, eccepiva Puccioni, non era in linea «né (con) la lettera né (con) lo spirito» delle norme contenute nei decreti di promulgazione, perché

> ambedue nell'applicazione delle pene o riferisconsi all'uno, e all'altro copro di leggi, o parlano di pene affatto diverse da quelle che il regolamento di polizia punitiva minaccia per le trasgressioni[258].

Inoltre, il decreto di promulgazione del codice penale complicava le cose, stabilendo che «queste leggi si dovranno applicare, ognoraché non disponga altrimenti il codice penale, o il nuovo Regolamento di polizia». Lo stesso faceva il decreto sulle trasgressioni, perché, strutturato nella stessa maniera del proprio omologo relativo al codice penale, abrogava la normativa previgente (qui senza far riferimento a eventuali *osservanze giudiciali*) e indicava ai §§ 5 e 6 tutta una serie di norme da lasciare in vigore (individuate in questo caso in relazione alle tematiche trattate e non al provvedimento formalmente promulgato[259]) e tra queste inseriva anche «le leggi, ed i regolamenti anteriori

[256] T. Padovani, *La tradizione penalistica toscana nel codice Zanardelli*, cit., pp. 405-408.

[257] *Codice penale toscano illustrato*, I, p. 19.

[258] Ivi, I, p. 20.

[259] In un lungo elenco che, per fare alcuni esempi, va dalla caccia e pesca alle strade ferrate, dai gazometri, ai teatri, dalle foreste di pubblica proprietà ai ponti con pedaggio. Tra queste, Puccioni lo documentava commentando il capo dedicato ai *delitti contro il buon nome altrui*, c'erano anche le trasgressioni in materia di stampa (art. 6 lett. g) contenute nella legge generale sulla stampa del maggio 1847 (ritoccata un anno dopo: cfr. *Repertorio del diritto patrio toscano vigente*…, Firenze 1850, XVI, pp. 16-34). Essa era tra quelle norme che contemplavano anche dei delitti (*Codice penale toscano illustrato,* IV, pp. 686-687) e quindi a

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

intorno alla finanza pubblica, ed alla regalia», alimentando, così, altri inciampi[260]. La verità era che «nei fatti ed omissioni» previsti da queste norme a guardarle con attenzione, era dato individuare sia «il delitto vero, e proprio [sia] la trasgressione». Dunque, etichettarle sulla base della collocazione e delle sanzioni richiamate non poteva essere una soluzione ottimale. Servivano proposte «migliori, e più giuridiche»[261] e a questo punto sulle indecisioni del legislatore non poteva che emergere la criminalistica toscana e la proposta del noto criterio distintivo di carattere ontologico[262]:

> La soluzione del quesito si trova a parer nostro nella *natura e indole* dei diversi fatti ed omissioni.

Una sintesi degli *Elementa* di Carmignani sul tema che a questo punto per affermare il metro di misura si rivelava più che sufficiente per Puccioni[263], non gli consentiva, però, di superare le evidenti falle presenti nella pur elevata rigidità delle maglie codicistiche. Sicché, non è sorprendente incontrare il giudice senese a sfoderare tutta la sua vena pragmatica e fornire una soluzione per ognuna di queste norme che mischia *natura*, *indole* e osservazioni pratiche, evitando di rendere la proposta non praticabile.

Per quanto riguarda la *sanità marittim*a dopo aver elencato una serie di

---

prenderla in considerazione ingarbugliava la questione. Sul controllo della stampa nell'Ottocento Toscano per tutti si tenga conto di D. M. Bruni, *L'organizzazione della censura preventiva nel Granducato di Toscana dal 1814 al 1847*, «Archivio storico italiano», CLX (2002), pp. 515-554; Id., *Per uno studio della legge sulla censura in Toscana: appunti sulla legge del 6 maggio 1847*, in «Rassegna storica toscana», XLVI (2000), pp. 43-60.

[260] Non fosse altro per il fatto che nel disporre un riallineamento alla nuova scala penale sostituiva le pene per le trasgressioni usando sanzioni che o erano previste solo nella scala penale del codice (*Casa di forza*: vedi art. 13), o in entrambi i testi (il *carcere*: art. 13 e art. 5 del Regolamento di polizia punitiva).

[261] *Codice penale toscano illustrato*, I, p. 21

[262] T. Padovani, *Il binomio irriducibile: la distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni tra storia e politica criminale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (cur.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano 1985, pp. 429-435 (partic. 421); M. Pifferi, *Difendere i confini, superare le frontiere*, cit., pp. 753-766.

[263] *Codice penale toscano illustrato*, I, pp. 21-22. Il richiamo fatto a «G. Carmignani, *Juris criminalis elementa*, § 1145 e segg» non corretto se riferito all'ultima edizione degli *Elementa*, dove la definizione compendiata sta ai §§ 1213-1216. Forse, Puccioni aveva tra le mani l'edizione 1822-23, nella quale la definizione da lui compendiata era contenuta nel § 1165. In ogni modo la questione gli era già chiara nel 1838, quando nel Rapporto sul suo progetto di codice specificava che le trasgressioni consistevano in «quelle mancanze […] che senza appartenere direttamente alla classe de' veri e propri delitti violano delle disposizioni penali di semplice creazione politica»: BUPi, *manoscritti Carrara*, 6, fo. 9.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

norme «che a noi non costa essere stata da posteriori abrogate» (parte delle quale sono anche risalenti a Ferdinando Medici), Puccioni osserva che in tutti i casi le pene erano «rilasciate al prudente arbitrio dei magistrati», fino alla possibilità di irrogare la pena di morte in ragione dell'entità del danno o del pericolo di danno fatto maturare alla «salute pubblica». Entrata in vigore la nuova scala penale e per gli effetti del decreto di promulgazione del codice, restava un ampio potere del giudice, limitato, però, alla «casa di forza inclusive». Da questo lato niente poteva venire in soccorso di Puccioni. Si poteva, però, sostenere senza esitazione che siccome le leggi di *sanità marittima* facevano parte delle norme appartenenti «al gius pubblico di tutte le nazioni»[264], esse nelle sezioni a rilevanza penale non potevano che contenere *delitti*. Ciò era valido per quei comportamenti illeciti previsti nelle norme di sanità marittima che si sostanziavano in

> falsi deposti emessi davanti la pubblica autorità, originati da dolo o da frode in danno alla pubblica salute[265],

ma anche per quelli finalizzati alla appropriazione «di cose galleggianti in mare, o gettate dal mare stesso sulla riva»[266].

Identici ragionamenti sono fatti da Puccioni per quanto riguarda la normativa sulla tratta degli schiavi africani contenuta nel *Motuproprio* del 1839[267], ricordando la sua natura di «delitto assimilabile alla pirateria marittima»[268]. Pertanto, salvo le modifiche di pena introdotte dal decreto di promulgazione, gli illeciti in questione dovevano esser considerati *delitti* a tutti

[264] *Codice penale toscano illustrato*, I, p. 23. Il dettaglio delle singole norme nazionali poteva essere eventualmente differente, ma tutte, concludeva Puccioni, contemplavano sanzioni severe e tutte «convengo nello scopo».

[265] Sebbene rilevi che nessuno poteva revocare in dubbio che il «falso deposto … anche di minimo conto» fosse da ritiene delitto e non trasgressione, Puccioni non ipotizza, ma il legislatore con l'espresso richiamo gli lo impediva, la possibilità di ricondurre queste figure al regime del falso del codice.

[266] Si commettevano in questo caso, a suo dire, due delitti: l'appropriazione di cose altrui (dato che chi getta le cose in mare per evitare il naufragio di persone o cose del carico, «o chi ne fa jattura per la forza maggiore della tempesta, non rinunzia alla proprietà dei suoi effetti»: p. 23) e il comportamento di colui che «per un meschino lucro» mette a repentaglio la sua salute e quella «di un intiera popolazione». Nel *Saggio* questi comportamenti illeciti, con considerazioni identiche al commento al codice, sono poi inseriti tra i *delitti contro la pubblica tranquillità e l'ordine pubblico*: *Saggio*, pp. 326-327.

[267] *Codice penale toscano illustrato*, I, pp. 23-24.

[268] Ad esser franchi la motivazione di questa assimilazione non è documentata se non rinviando al «comune consenso» (ivi, I, p. 24).

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

gli effetti, come la pirateria[269].

Per quanto riguarda la normativa sui *telegrafi elettrici*[270], la questione viene risolta da Puccioni sulla scorta della valutazione del ruolo ricoperto dal «dolo»[271]. Le violazioni che erano inquadrate come dolose non potevano che essere *delitti*, dato che l'indagine sulla «parte intenzionale» era loro propria, mentre, com'era noto, nelle trasgressioni «il giudizio [era] affrancato da tale ispezione»[272]. Dovevano, invece, essere qualificate come trasgressioni tutte le violazioni di natura colposa previste nella norma del 1852, non perché non esistevano *delitti* colposi[273], ma perché

> per il modo di procedere adottato dalla legge in simili infrazioni, modo di procedere che non si applica che alle trasgressioni, [che] di per sé stesso esclude ogni indagine sulla intenzione dell'agente[274].

Quando Puccioni parla di «leggi di finanza, e di regalia» si riferisce al controllo e alla repressione del contrabbando del sale e del tabacco. Si trattava di illeciti di lunga data, a riguardo dei quali nel § CV della *Leopoldina* e nelle successive norme del 1819 e 1851, opportunamente documentate[275], Puccioni ravvisa sempre la presenza della «violenza sia fisica sia morale», tendente a «opporsi ad una legge esistente». In alcuni casi essa assumeva la sostanza e i caratteri della «pubblica violenza, talora gli altri meno gravi della resistenza», specie nei casi di «contrabbando per impresa». La valutazione della natura dell'illecito viene allora compiuta sulla base dell'indole dello stesso (presenza della violenza) e in ragione delle modalità realizzative (presenza di una organizzazione criminosa). Se c'è *violenza* o se la preordinazione è tale da

[269] Sanzionata con le pene previste per il *furto violento* (art. 395). In linea con quanto detto, nel *Saggio* la *tratta* è collocata tra i *delitti contro il gius delle genti*: *Saggio*, pp. 306-308.

[270] «doloso danneggiamento, ovvero di sottrazione alle opere, ed al materiale che serve in qualunque modo alla corrispondenza telegrafica»: *Codice penale toscano illustrato*, I, p. 24.

[271] Sull'impiego sistematico nelle fattispecie dei singoli reati del codice penale toscano di espressioni connotative del dolo con la conseguente certezza per molti profili criminosi della responsabilità dolosa, l'appunto di S. Vinciguerra, *Fonti culturali ed eredità del codice penale toscano*, cit., pp. CLXX-CLXXIII.

[272] *Codice penale toscano illustrato*, I, p. 25.

[273] Un accenno al tema, nella logica del principio di imputabilità-colpevolezza e dell'art. 35 del codice in F. Mantovani, *Pregi e limiti del codice penale toscano del 1853*, in *Codice penale pel Granducato di Toscana*, cit., p. CXLIII e S. Vinciguerra, *Fonti culturali ed eredità del codice penale toscano*, cit., pp. CLXX-CLXXIII.

[274] *Codice penale toscano illustrato*, I, p. 26. Questi delitti compaiono nel *Saggio* di seguito alle violazioni relative alla sanità marittima e sempre tra i *delitti contro la pubblica tranquillità e l'ordine pubblico*: *Saggio*, pp. 327-329.

[275] *Codice penale toscano illustrato*, I, pp. 26-27.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

configurare la costituzione di una organizzazione criminosa, trasgressione non si dà.

È adesso possibile, in conclusione, tornare sul *colombicidio*. Perché Puccioni, fermo nella illustrazione al codice sulla sua qualificazione come *delitto*[276], deve, però, in stile Kirchmann, cedere alla parola del legislatore e alla espressa qualificazione quale trasgressione dello stesso contenuta nella legge sulla caccia del 1856. Accade così che dalla decisa qualificazione «come un delitto vero e proprio» del primo volume (1855), Puccioni è costretto nel quinto (1858-1859) a tornare sui propri passi, documentando l'avvenuta abrogazione della normativa richiamata in vigore nel 1853 e prendendo atto della esplicita qualifica contenuta nell'art. 3 della normativa del 1856[277] («la *trasgressione* al disposto del § precedente è punita…»), che non lasciava margini.

Seconda questione intorno alla quale si interroga il giudice senese, ancora più rilevante per ciò che abbiamo affrontato sino a qui, è quella di chiedersi quale fosse l'efficacia del provvedimento che aveva lasciato in vigore le norme sopra indicate. Puccioni avverte, cioè, l'esigenza di chiarire quale doveva ritenersi il testo mantenuto in vigore tra quello originario e quello che si era venuto modellando, principalmente con riferimento all'apparato sanzionatorio, in forza della maturazione delle *osservanze giudiciali* ad esso relative. Un interrogativo del genere, la scelta tra il testo originario della norma e il frutto della interpretazione intorno ad essa, si legittimava sulla scorta di quel vigore normativo riconosciuto alle *osservanze* nel 1838. Era questo un problema generale che, al momento, si poneva solo per le leggi di sanità marittima, mentre in relazione alle due norme più recenti, quella sulla *tratta* e quella sui *telegrafi* «non si [erano] fino a qui presentati ai nostri Tribunali casi alle legge in discorso relativi»[278]. La risposta fornita sul punto da Puccioni è scarsamente motivata, ma in definitiva, rispetto a quel che era successo nel 1838, di grandi argomentazioni non c'era bisogno. Il giurista senese si limita ad affermare la regola che aveva già assunto nel 1838 compilando il suo progetto di codice:

> il legislatore lasciando in vigore le leggi di sanità marittima, ha conservato necessariamente con esse le *osservanze giudiciali* sulle medesime create.

Una conferma di questa posizione sarebbe arrivata di lì a poco dalla Cassazione. Nel 1860 vi fu occasione di discutere davanti alla *Corte Regolatrice* del tema della vigenza di norme antecedenti al codice e contenenti profili di illecito penalmente rilevante, nel caso di specie l'*Editto* di marina

[276] Ivi, I, p. 30.

[277] Il testo della norma è trascritto da Puccioni: ivi, V, pp. 407-408.

[278] Ivi, V, p. 376.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

mercantile del 1748[279]. La Corte, in questo caso, partì dalla considerazione che in relazione alle leggi che il Decreto di promulgazione aveva sottratto dalla generale clausola abrogativa del suo § 4 e che dunque erano rimaste in vigore dovevano

pur ritenersi conservate e mantenute in vigore le osservanze giudiciali alle dette leggi relative per servire di norma nell'interpretazione ed applicazione delle medesime.

In conseguenza di ciò, nel caso di specie,

> trattandosi di delinquenze speciali non contemplate dal nuovo codice penale toscano, ma da leggi preesistenti espressamente dal medesimo conservate, non può aversi ricorso al codice precitato per desumere la norma di repressione, sia quanto alla scelta della pena, sia quanto al modo di applicarla

e si deve far riferimento alle *osservanze giudiciali*. E non era irrilevante il rigetto di un altro motivo di ricorso che si agganciava alla *Leopoldina*, questa sì espressamente abrogata nel 1853[280]. Ora, ad esser franchi, dell'*Editto* del 1748 nel Decreto di promulgazione non si fa menzione, mentre come abbiamo visto il codice dava questa norma per presupposta e vigente fissando la sanzione per la baratteria marittima. Carrara indica questa decisione come l'esempio della «salutare libertà d'interpretazione»[281]. Salutare perché, Carrara correggeva un po' il tiro rispetto al testo, il decreto di promulgazione aveva risposto ad una situazione nella quale le *osservanze giudiciali* erano «divenute esose in un momento di stizza al nomoteta di allora» e perciò malauguratamente eliminate dall'ordinamento. Sul punto, dunque, era intervenuta la Cassazione a rimettere le cose a posto. E su questo dovremo tornare nel paragrafo finale. Appare intanto con chiarezza dalle deduzioni di Puccioni, Carrara e dalla sentenza della Cassazione che il testo da applicare era quello maturato a seguito della sua applicazione e munito dei sedimenti dell'attività giurisdizionale.

8. *Sotto le lenti di Puccioni: alcuni confini di antica data.*

Non era questione di completezza, ma di confini rispetto ad altri ordinamenti l'esistenza, al di là della natura che avevano assunto nel pieno '800 (non più privilegi di corpo[282], ma giurisdizione speciali), di realtà come

[279] *Annali di giurisprudenza*, serie II, I (XXII), 1860, parte I, pp. 31-37.

[280] Ivi, p. 34.

[281] F. Carrara, *Giuseppe Puccioni e il giure penale*, cit., p. 79.

[282] Una pluralità di corpi che aveva dato origine in ambito penalistico a più suddivisioni dei reati: M. P. Geri, *Dal textus all'ordine sanzionatorio. La classificazione dei crimini tra tecnica giuridica e logica di edificazione istituzionale*, Pisa 2011, pp. 104-128; 201-204.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

quella della giurisdizione militare[283].

Si notava dal tenore degli artt. 3 § 2[284] e 11 del codice[285] che trattavano della non applicazione delle norme del codice ai «soldati al servizio dello stato» e di sottoposizione dei *paesani* alla giurisdizione e alle sanzioni militari in caso di stato di assedio[286]. Presupposto della seconda norma, rilevava correttamente Puccioni, era l'esistenza di «leggi speciali» che sottraevano «al fòro ordinario e comune i cittadini per farli giudicare dal Tribunale militare» quale «tribunale di eccezione». Ma la ricerca di norme di questo tipo aveva dato risultati scarsi[287]. Nel momento della stesura del primo volume[288] il giudice senese ammetteva sconsolato di aver potuto rintracciare tre sole norme, delle quali solo una era presente nel *Repertorio del diritto patrio toscano*[289] e avanzava la supposizione che l'articolo in esame accennasse «alla prossima pubblicazione di una legge sullo stato d'assedio» (caso nel quale, appunto, ai laici si applicavano le norme dell'ordinamento militare), nonostante che i «legislatori toscani [fossero] stati sempre alieni dal creare Tribunali straordinarj» nel rispetto del principio del giudice naturale[290]. La supposizione era giusta. Dopo la promulgazione del

[283] C. Latini, *"Una società armata". La giustizia penale militare e le libertà nei secoli XIX-XX*, in F. Colao, L. Lacchè, C. Storti (cur.), *Giustizia penale e politica tra Otto e Novecento. Modelli e esperienze tra integrazione e conflitto*, Milano 2018, pp. 29-61.

[284] «Sotto la disposizione del § precedente (che esprimeva un canone generale di sottoposizione alle norme del codice) non cadono per altro i soldati al servizio dello Stato, ognoraché i loro delitti sieno contemplati nelle leggi militari»

[285] «Le disposizioni del presente codice non hanno luogo nei casi, in cui, per le regole stabilite dalle leggi militari, anche i paesani vanno *per eccezione* soggetti alla giurisdizione ed alla penalità militare».

[286] Sullo "stato di assedio" si vedano le considerazioni e la bibliografia offerta da C. Latini, *Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Otto e Novecento*, Firenze 2010, pp. 115-126.

[287] E la cosa nel panorama italiano non era una eccezione: C. Latini, *Cittadini e nemici*, cit., p. 123.

[288] *Codice penale toscano illustrato*, I, p. 89.

[289] Ivi, vol. I, pp. 89-90 col. II. Si trattava di due notificazioni relative alla piazza militare di Livorno «e suo distretto» durante il periodo immediatamente successivo ai *moti* del 1849 (che riguardavano, appunto, la messa in stato di assedio e la sottoposizione alla legge marziale) e di una *Notificazione* del Prefetto del Compartimento di Firenze del 2 luglio 1849 del medesimo tenore.

[290] Sicché, passi per «alcune supreme contingenze» nella quali è anche ammissibile una prassi e scelte di politica legislativa del genere, ma «all'infuori» di esse «il sottoporre i cittadini alla giurisdizione militare sarebbe una misura repugnante ai più ovvi principj di diritto e alla nostra *consuetudini*». Sull'intreccio tra giurisdizione militare e principio del giudice naturale si vedano le indicazioni di C. Latini, *Cittadini e nemici*, cit., pp. 21 e 216-223 (e note).

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

codice la stagione legislativa di inizio anni Cinquanta aveva riguardato anche il diritto penale militare. Era per questo che tra le «leggi penali toscane promulgate nel tempo che il nostro commento era in corso di pubblicazione», proposte al termine del secondo volume[291], ne compariva anche una, poi seguita dalla promulgazione del codice penale militare, i cui articoli dovevano per questo ritenersi confluiti in quel codice che sarebbe entrato in vigore di lì a poco (agosto 1856)[292].

Quanto al caso di esclusione dei militari dalla giurisdizione ordinaria[293], le norme non mancavano davvero. Dopo averle elencate[294], il magistrato senese mette in luce che i nodi problematici erano essenzialmente due: la determinazione dell'ampiezza del concetto di *militare* e quello della individuazione del criterio idoneo a risolvere i casi di *concorso nel giudizio di paesani e militari* (sia nel caso di unico delitto commesso da più soggetti dei quali alcuni militari altri *paesani*, sia in quello di più illeciti realizzati «nello stesso contesto d'azione»). Il primo problema era risolto passando al vaglio il regime di alcuni corpi speciali come la *Imperiale e Regia Gendarmeria*[295]*,* la *Guardia di finanza*[296] e i «cacciatorj volontari di costa»[297] e ponendo in evidenza le situazioni nelle quali questi ultimi rientravano o meno nelle logiche della giurisdizione militare. Quanto al secondo, Puccioni rigettata l'ipotesi di tener in piedi due distinti procedimenti per i distinti soggetti, suggerisce (sottolineando la cosa con un «naturalmente» pieno di significati) la «regola di commettere, di delegare ad un solo dei citati Tribunali tutta la causa ed a esso

[291] *Codice penale toscano illustrato*, II, pp. 395-410.

[292] Di questo codice Puccioni documenta uno stralcio di quegli articoli che si legavano al citato art. 11 con una serie di indicazioni esplicative. È questa l'occasione per criticarne decisamente l'impianto (che non distingueva tra tempo di pace e di «guerra o pubblica difesa» e sottoponeva i civili alla stessa disciplina nei due frangenti), formulare un auspicio di riforma rivolto direttamente al sovrano (ivi, II, p. 403) e rinviare al più completo Baldassarre Paoli (1811-1888; all'epoca Regio Procuratore del Tribunale di Firenze), *Nozioni elementari di diritto penale militare secondo il combinato disposto dei Codici penali militare e comune vigenti in Toscana*, Firenze 1856. Non metteva, invece in luce, Puccioni, ma la cosa non lo interessava, che anche il decreto di promulgazione di questo codice dichiarava abrogate tutte le norme e le *osservanze giudiciali* riguardanti il diritto penale militare (art. 4).

[293] Ivi, I, pp. 47-50.

[294] Ivi, I, p. 41.

[295] Ivi, I, pp. 44-47. D. Edigati, *Fra birri, carabinieri e gendarmi: la difficile formazione di un corpo di polizia moderna nel Granducato preunitario*, in L. Antonielli – S. Levati, *Tra polizie e controllo del territorio: alla ricerca delle discontinuità*, Soveria Mannelli 2017, pp. 78-106 (per la particolare situazione dei Gendarmi in ordine al privilegio del foro: p. 83).

[296] *Codice penale toscano illustrato,* I, p. 44.

[297] Ivi, I, pp. 42-44.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

attribuire la piena giurisdizione»[298]. E la scelta non aveva «bisogno di autorità» per esser sostenuta, perché si poteva pacificamente sostenere che la «giurisdizione che abbraccia la generalità dei cittadini» prevale su quella concernente «una sola casta, una sola classe di essi». Oltre a ciò, notava il giudice senese, «le regole stabilite dalle leggi militari» non avrebbero comunque consentito che si derogasse alla sottoposizione al foro civile ordinario dei militari condannati da un tribunale militare la cui sentenza di condanna fosse stata oggetto di ricorso in Cassazione; corte unica per tutto il regno e per tutte le giurisdizioni fino alla riorganizzazione della giustizia militare nel 1856[299]. Ma il punto problematico, nel rapporto tra vecchia normativa e codice stava nella questione delle pene da irrogare ed emergeva quando Puccioni in ordine alla scala penale prendeva in considerazione la distinzione fatta dal codice tra sanzioni penali comuni e *pene proprie* (artt. 12 e 24). Si trattava di verificare se determinati apparati sanzionatori riferiti non solo ai militari e conservati nella logica della sopravvivenza di normative eccezionali (o ancora di corpo che fossero) fossero ancora in piedi nonostante il silenzio del codice, che trattava solo delle pene *proprie* a carattere accessorio fissate per i pubblici ufficiali e per gli appartenenti ai ranghi forensi.

Oltre ai «militari soggetti al foro ordinario o comune, e rei di delitti comuni», si dovevano prendere in considerazione per la realtà toscana la situazione privilegiata riguardante le «pene canoniche» comminate ai «chierici delinquenti per delitti comuni» e quella delle sanzioni «dette conventuali» previste per i «cavalieri delinquenti del Sacro Ordine Militare di Santo Stefano».

A riguardo del privilegio dei chierici, come ha indicato Daniele Edigati[300] e come Puccioni a grandissime linee già riepilogava[301], prima del concordato del 1851[302], che aveva lasciate impregiudicate poche sfumature messe peraltro in evidenza problematicamente dal giudice senese[303], si era assistito dai tempi di

[298] Ivi, p. 47.

[299] Sul punto Puccioni si aggancia senza difficoltà alla riforma dell'ordinamento giudiziario del 1838 (*Reale Motuproprio del 2 agosto 1838 contenente l'organizzazione die nuovi tribunali toscani*…, cit., art. CCXLVIII, p. 74)

[300] D. Edigati, *L'abolizione della giurisdizione temporale della Chiesa in Toscana. Linee ricostruttive di una lunga e complessa riforma leopoldina (1776-1784)*, in Studi senesi, CXXI (2009), pp. 281-336 e 456-517.

[301] *Codice penale toscano illustrato*, I, pp. 217-222

[302] Sul quale si veda M. Pignotti, *Potestà laica e religiosa autorità: il concordato del 1851 fra Granducato di Toscana e Santa Sede*, Firenze 2007.

[303] Puccioni, pur rimarcando la prevalenza del concordato sul codice e dunque il fatto che quest'ultimo non aveva avuto effetto sulla disciplina pattizia del concordato (p. 227), sollevava in chiusura una questione sulla quale riscontrava il silenzio di norme nazionali e

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

Pietro Leopoldo ad una lenta scarnificazione del privilegio del foro, anche sulla base della netta distinzione tra controversie meramente spirituali e non e sul maturare di un interesse per l'ordinamento secolare per i soli comportamenti ritenuti dannosi per la «pubblica quiete» o arrecanti pubblico scandalo. Tuttavia, aggiunge Puccioni, né la questione si sopì del tutto[304], né videro la fine le posizioni privilegiate riguardanti le sanzioni per via di quanto disposto da una precedente norma dell'ottobre 1782[305], limata da un *Rescritto* dell'anno successivo[306]. Siccome, però, la norma del 1782 non comminava le pene da irrogare era maturata «una *consuetudine giudiciale*»[307] idonea a indirizzava il compito dei tribunali nella irrogazione di sanzioni di stampo canonistico in caso di reati comuni.

Il Concordato, confermando l'esistenza di una giustizia spirituale nei termini precedentemente praticati[308], regolamentava l'esercizio della giurisdizione spirituale e le prerogative su questa dell'autorità civile nel caso di «offesa fatta *all'ordine pubblico*, e per impedire lo *scandalo*». In tema di pene, invece, da una parte eliminava all'art. 10 tutte le questioni, imponendo alla autorità civile solo norme in ordine alla esecuzione della pena detentiva: «in locali separati e ad essi specialmente destinati negli stabilimenti penali»[309], dall'altra sottoponeva il governo granducale all'obbligo, in caso di ristabilimento della pena di morte e di altre pene infamanti «presentemente

patti internazionali: «come si condurranno i tribunali laici nei casi di delitti meramente ecclesiastici [che sono contemplati dal codice] e nei quali è stata mantenuta la *giurisdizione mista*»*?* La soluzione proposta era quella già praticata un tempo: consentire il dispiego preventivo della giurisdizione ecclesiastica osservandolo giungere eventualmente alla irrogazione di una «pena canonica» e solo dopo «per il pubblico interesse» e «senza riconoscere autorità alcuna alla sentenza ecclesiastica» procedere ulteriormente (p. 228).

[304] Ivi, pp. 513-517.

[305] *Bandi e ordini del Granducato di Toscana*…, XI, n. XCI: «sieno le predette cause decise con le regole, e pene stabilite dai canoni, e dall'altre sanzioni ecclesiastiche, derogando in questa parte a qualunque altro ordine».

[306] D. Edigati, *L'abolizione della giurisdizione temporale*, cit., pp. 516.

[307] Comunica Puccioni che la prassi individuò per i delitti le seguenti pene: reclusione in un monastero di stretta osservanza (che faceva le veci delle pene comuni corrispondenti ai pubblici lavori a vita o a tempo e del confino – poi mutate nella reclusione nella casa di forza di Volterra e dalla detenzione nella fortezza di detta città – e che per questo era stata divisa in tre "classi" graduate secondo la gravità: reclusione nel convento della Verna, convento di San Vivaldo presso Volterra, convento dei minori riformati di Fucecchio o in altro (ma sempre di stretta osservanza), esilio parziale, carcere, pena pecuniaria (*Codice penale toscano illustrato*, I, pp. 219-220).

[308] Ivi, pp. 226-228.

[309] *Codice penale toscano illustrato,* I, p. 220.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

abolite» (si era nel 1851), di concertare politicamente il da farsi con la Santa Sede nel caso in cui di queste pene si fosse presentata la possibilità dell'irrogazione a un chierico[310]. Della vecchia «*consuetudine giudiciale*» in questo caso, davvero, non c'era più bisogno.

La realtà dei Cavalieri di Santo Stefano[311] aveva subito nel corso dei tre secoli di vita una evoluzione nella natura e nella struttura. L'ordine aveva «cessato la sua missione», ma esisteva «come una famiglia separata» con i suoi statuti, alla quale erano rimasti, però, solo i connotati di «un corpo militare»[312]. L'originario privilegio del foro *in criminalibus*[313] aveva subito la stessa sorte di quello dei chierici, anche se nessuno fino al 1838 l'aveva messo formalmente in dubbio. L'esercizio della giurisdizione sui Cavalieri da parte dei tribunali ordinari in forza di una delega del Gran Maestro e Gran Duca aveva salvato capra e cavoli[314]. Poi, chiaramente, nel 1838, eliminate tutto le giurisdizioni non ordinarie non fatte salve dalla riforma dell'ordinamento giudiziario, le cose erano cambiate. Restava, però, anche qui, a modo di vedere di Puccioni, la questione delle sanzioni irrogabili. Perché fino a che era rimasta in piedi la giurisdizione dell'Ordine, sia pur delegata, le sanzioni irrogate erano state non quelle ordinarie, ma quelle proprie dei Cavalieri[315] e per il periodo successivo

[310] Ivi, p. 221 (con trascrizione del testo). Per le trasgressioni (art. 11), chiamate "reati contravvenzionali", si stabilì, invece, la irrogabilità delle sole pene pecuniarie, "esclusa ogni altra corporale".

[311] Ivi, pp. 222-224.

[312] Era già questa una questione da verificare. Certamente entro l'ordinamento toscano il privilegio dei Cavalieri era da legarsi alla qualifica militare, ma le ricerche di Daniele Edigati [*Note sul privilegio del foro dei cavalieri stefaniani fra Sette e Ottocento*, in «Quaderni stefaniani», XXXIII (2014), pp. 211-214, 241-242] hanno messo in luce che negli Stati del Papa la qualifica privilegiata legata alla natura clericale faceva ancora breccia negli anni Trenta dell'Ottocento per via della sopravvivenza dell'immunità giudiziaria degli ecclesiastici.

[313] Sul quale insisteva comunque la figura dell'Auditore della Religione nominato dal Granduca e Gran Maestro della stessa: F. Angiolini, *Il Principe, l'Auditore, i Cavalieri*, in Id., *I cavalieri e il Principe. L'ordine di Santo Stefano e la società toscana in età moderna*, Firenze 1996, pp. 47-65; Id., *Il principe e i cavalieri: l'Auditore del Gran Maestro e l'Ordine di Santo Stefano nell'età di Cosimo III*, in F. Angiolini, V. Becagli, M. Verga (cur.), *La Toscana nell'età di Cosimo III*, Firenze 1993, pp. 181-196. Sull'operato di uno di questi auditori, il noto giurista Pietro Cavallo: M. P. Geri, *Cavalli e (i) Cavalieri. Tracce di un'esperienza istituzionale stefaniana*, in «Quaderni stefaniani», XXXIII (2014), pp. 243-272.

[314] D. Edigati, *Il privilegio del foro dei Cavalieri dell'Ordine di Santo Stefano nell'opera di Francesco Ansaldi*, in «Quaderni stefaniani», XXXII (2013), pp. 31-63; Id., *Note sul privilegio del foro dei cavalieri stefaniani fra Sette e Ottocento*, cit., pp. 211-242.

[315] M. P. Geri, *Universi particolari: l'apparato sanzionatorio stefaniano tra statuti, prassi capitolare e consiliare*, in «Quaderni Stefaniani. Studi di storia, economia e istituzioni», XXXVI (2017), pp. 129-148. Sanzioni come la *settena* e la quarantena, come ammette anche Puccioni

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

nulla era stato disposto. Naturalmente, il problema che qui si dibatte non è quello di verificare che cosa successe (cosa che solo una non facile indagine d'archivio in molti tribunali toscani risolverebbe), ma evidenziare il modo con cui Puccioni affrontò il problema[316]. Il nodo da sciogliere, a suo modo di vedere, era quello verificare se il silenzio del Decreto di promulgazione poteva essere interpretato come volontà di eliminazione del privilegio in ordine alle sanzioni[317]. La risposta negativa di Puccioni riconduceva l'Ordine stefaniano entro le logiche di un corpo militare e del suo ordinamento[318], legittimando la possibilità di irrogare le pene da esso previste secondo quanto sancito dal codice all'articolo 3 § 2 («che sottrae alla giurisdizione e pene comuni i militari ed i subietti alla legge militare»[319]).

Il discorso sui cavalieri planava così agilmente sulle questioni attinenti ai militari, per i quali entrava in gioco la perdurante vigenza di una *Notificazione* del 13 luglio 1843[320] che, a preservazione del decoro e della disciplina e tenendo conto del fatto che «il punto d'onore, e il freno della disciplina» erano «i più forti agenti nella milizia», aveva sancito che l'esecuzione della pena doveva avvenire nel quadro del «regime militare» e con «pene militari». In questo caso, Puccioni aveva ancor meno esitazioni a sostenere che il silenzio del decreto di promulgazione non poteva che significare la volontà di abrogare la *Notificazione* del 1843[321]. A sostegno di questa posizione stava la valutazione che sia il codice, sia, la *Notificazione* consistevano in «leggi e consuetudini generali, risguardanti la massa dei cittadini». Pertanto, il loro rapporto in ordine alla sopravvenienza era regolato dall'antica «massima incontrovertibile di diritto» secondo la quale la «legge generale che revoca o modifica altra legge generale preesistente, non comprende» nella sua efficacia derogatoria la posizione particolare[322], a meno che di essa non si sia fatta esplicita menzione

ammettendo di non essere in possesso di ulteriori informazioni, erano cadute in disuso nella prassi stefaniana (ivi, p. 148).

316 Per la verità il coevo Iacopo Rignano (*Saggio di un manuale del diritto pubblico interno della Toscana*, Firenze 1857, pp. 69-71) non si pone nemmeno il problema, tutto riconducendo alla fine del privilegio del foro.

Fatta eccezione per quelle disciplinari interne al consesso.

317 *Codice penale toscano illustrato*, I, pp. 228-229.

318 *Codice penale toscano illustrato*, I, p. 228.

319 Ivi, I, p. 229.

320 Ivi, I, p. 224. La si trova in *Bullettino delle leggi, e ordini sovrani*, IV, n. 1, 1843, n. 27, pp. 26-28.

321 Ivi, I, p. 230.

322 «Che questo privilegio sia mosso da cause speciali interessanti il decoro della milizia stessa, e la conservazione di quella disciplina che ne è la forza ed il sostegno, è

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

o consti la deroga implicitamente da una clausola derogatoria generale. L'opinione di Baldo, Bartolomeo da Saliceto, Raffaele Fulgosio e Samuel Stryk, nonché una decisione della Corte Regia di Firenze del 5 marzo 1855 (senza fornire indicazioni di pubblicazione) non ammettevano eccezioni. Anche perché in una logica autoritativa Puccioni ammetteva candidamente, com'era consueto, che «si potrebbero citare molte e molte autorità»[323]. Che poi le pene proprie dei militari (condanna alla *casamatta*, ecc…) fossero ancora operative[324] era confermato da una sopravvenuta sentenza del novembre 1854 della Corte di Cassazione (pronunciata mentre Puccioni stava lavorando al commento e che poi sarebbe stata inserita negli *Annali di giurisprudenza*[325]). Essa risolveva la questione «in gran parte nel modo e con le ragioni» che Puccioni (che non ne era stato relatore) aveva esplicitato, ritenendo in vigore la norma del 1843[326]. L'avvento del codice e del *Regolamento* procedurale militare del 1856, naturalmente, avrebbero sbaragliato il banco. Ma questi erano eventi ancora a venire, dato che la trattazione di Puccioni è contenuta alla fine del primo volume e il primo fascicolo del secondo è datato 1855.

9. *Opera «conservatrice del tecnicismo della scienza»?*

Tra i *desiderata* fatti palesi nelle *Osservazioni generali* sul codice c'era anche quello relativo alla composizione di una

> opera legislativa […] sobria nelle disposizioni, chiara, concisa, semplice, e conservatrice del tecnicismo della scienza, coordinata e metodica nel suo contesto.

In ordine al rigore tecnico del codice del 1853, Puccioni ammette senza difficoltà che il «codice penale tutto preso insieme ed in complesso» aveva in fondo realizzato questa aspirazione. Il giudizio del magistrato senese era qualificato tra l'altro da una certa sensibilità per tali questioni, che egli aveva palesato nel 1838, quando nella stesura del *suo* progetto di codice aveva adottato in luogo di un linguaggio descrittivo ed esemplificato nello stile della *Leopoldina* un incedere più imperativo, ma anche tecnicamente più elevato e

evidentissimo; che accordato in favore dei militari delinquenti, è chiaro…»: *Codice penale toscano illustrato*, I, p. 231.

[323] Ivi, I, p. 231.

[324] Fatta eccezione per i membri della Guardia di Finanza, corpo per il quale si era stabilita la irrogabilità delle pene comuni (ivi, pp. 44 e 225).

[325] «*Annali di giurisprudenza*», XVI, 1854, p. I, pp. 1031-1033.

[326] Ivi, I, p. 233.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

qualificato[327]. Anche per questo, però, già nelle *Osservazioni generali* il giudice senese mette sul piatto una serie di elementi problematici che emergevano da un esame maggiormente puntuale[328]. Intanto, sebbene, Mantovani[329] e Vinciguerra[330], riflettendo sul codice, abbiano avuto modi di lodare la presenza di un folto novero di definizioni e classificazioni, Puccioni evidenziava che in non pochi casi riguardanti la trattazione degli illeciti la «minuta previsione di contingenze» poteva essere evitata[331]. Non tanto in linea con il brocardo *omnis definitio*[332], quanto perché a fianco di questa minuzia definitoria sovente si collocavano «laconiche espressioni» bisognose di chiarimenti[333] e l'alternarsi di «definizioni giuridiche» e di assenza di esse privava il testo codicistico dell'equilibro auspicabile[334]. Ugualmente sindacabili erano quelle situazioni nelle quali il codice si discostava dalla «tecnica nomenclatura senza evidente bisogno, creando nomi ignoti alla scienza», quasi volendo palesare, aggiungeva Puccioni, che essa non aveva «provveduto» opportunamente[335].

E se naturalmente vi erano dei casi nei quali le scelte del codice trovavano allineato il giurista senese[336], non erano pochi e nemmeno privi di significato quelli nei quali risultava carente l'apporto definitorio e quelli nei quali Puccioni si chiedeva se «le parole di cui si è servito [il legislatore] corrispondono alla

[327] M. Da Passano, *I tentativi di codificazione penale nel Granducato*, cit., p. 324.

[328] Tra questi anche la ricorrente sottolineatura che alcuni articoli o parti di articoli sparsi nel testo avevano «la loro naturale sede» nel libro primo del codice quali indicazioni di carattere generale: es. *Codice penale toscano illustrato*, III, p. 85 (art. 108) e p. 137 (*Osservazioni* a margine della rubrica del capo III del titolo I Libro II).

[329] F. Mantovani, *Pregi e limiti del codice penale toscano*, cit., pp. CLX-CLXI.

[330] S. Vinciguerra, *Fonti culturali e eredità del codice penale toscano*, cit., p. CLXIV.

[331]La cosa gli stava a cuore sin dai tempi del progetto del 1838: «…mi sono guardato dal discendere alle specialità dei casi, dappoiché in qualunque legge, che parli degli interessi pubblici e privati, lo sminuzzare, il particolareggiare è indizio di mente gretta, e di animo alla pedanteria inclinato»: BUPI, *manoscritti Carrara*, 6, fo. 102.

[332] Sul tema ha cominciato a riflettere anni fa M. Da Passano, *Le definizioni nella storia del diritto penale italiano contemporaneo*, in A. Cadoppi (cur.), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, pp. 95-108 (in particolare sul codice penale toscano: pp. 102-102).

[333] È il caso, ad esempio, dell'art. 34 del codice: vedi più avanti a p. …

[334] Ivi, III, pp. 457-458.

[335] *Codice penale toscano illustrato*, I, p. XXXIII.

[336] Nel caso, ad esempio, della scelta dei termini per individuare i delitti politici (*Codice penale toscano illustrato*, III**,** pp. 45): «il codice nostro, come tutti i codici moderni, ha saviamente abbandonato il titolo di maestà, di cui […] si è usato ed abusato. Era questo un omaggio dovuto ai progressi della scienza ed alla civiltà dei tempi».

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

pienezza di questo [o quel] concetto»[337]. In tutti questi casi si sottolineava che il codice non poteva che aver lasciato la porta della integrazione aperta, per la quale si guardava di volta in volta, per fare alcuni esempi, ai «precetti della scienza»[338], al «prudente arbitrio dei tribunali»[339] o, addirittura, alle «disposizioni del comune diritto»[340].

D'altronde, quella delle definizioni era stata da sempre una partita delicata, specie in relazione ai profili di carattere soggettivo dell'illecito penale. Il noto art. 34 del codice[341], ad esempio, offriva a Puccioni uno spunto per reclamare un ruolo e una competenza da spendere a favore del legislatore[342], ma soprattutto per prendere posizione di fronte a

> quei che ritengono, e non sono sciaguratamente pochi, che la esistenza di un codice penale dispensi gli uomini di legge dallo studio della scienza e ad essi si imponga tutto il loro studio restringere al Codice stesso.

Costoro, «nel leggere ed esaminare questo articolo in questione», cambierebbero

[337] Per tutti *Codice penale toscano illustrato*, IV, p. 232 (art. 275).

[338] È il caso del tentativo (ivi, II, p. 36, art. 43), in merito al quale Puccioni indica che l'articolo «non ci dà la definizione giuridica di esso» e che il «legislatore toscano, sebbene siasi mostrato soverchiamente laconico nella dataci indicazione del conato, ci ha detto quanto basta, perché noi ne intendiamo la natura ed indole giuridica, sia togliendola dalle poche parole delle quale egli si è servito, sia rinviando ai precetti della scienza penale nel rimanente». E conclude: «fin qui ha parlato il legislatore; la scienza supplisce al resto».

[339] Per la *bestemmia* (ivi, III, p. 205, art. 136): «non avendo il legislatore data la definizione di questo delitto, deve necessariamente ritenersi che in ordine alla di lui indole e natura giuridica siasi riportato ai precetti della scienza». E ancora «il legislatore non si occupa dei diversi caratteri che può assumere la bestemmia, sia essa mediata o immediata, sia semplice o ereticale, sia attributiva io imprecativa». Ciò non poteva che significare che col termine *bestemmia* si era scelto di comprenderle tutte, demandando la distinzione dei vari gradi con la «di civile imputabilità che sorgono […] al prudente arbitrio dei tribunali», nella logica della applicazione della pena.

[340] A riguardo della *falsa moneta* (ivi, IV, pp. 22-24), dove spiega che il codice ha proposto «teorie e principii affatto nuovi di fronte alla scienza, al gius penale presso di noi esistente» e persino «alle legislazioni vigenti in Italia e in Francia» e non ha dato «nozione giuridica alcuna del delitto di falsa moneta, ed ha così taciuto gli estremi, che la scienza gli assegna. Da ciò necessariamente emerge, essersi il codice stesso riportato in proposito alle disposizioni del comune diritto …».

[341] Noto per la formula «le violazioni della legge penale non sono imputabili, quando chi le commise non ebbe coscienza dei suoi atti, e libertà di elezione»: cfr. E. Dezza, *Imputabilità e infermità mentale: la genesi dell'articolo 46 del Codice Zanardelli*, ora in Id., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano 1992, pp. 281-316 e S. Vinciguerra, *Fonti culturali ed eredità*, cit., pp. CLXVII-CLXIX.

[342] *Codice penale toscano illustrato*, I, p. 277.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

immediatamente idea, perché è vero che esso pone e propone «una teoria generale netta e chiara», ma essa risulta

> tanto laconicamente espressa, che rimane impossibile lo intenderla e lo applicarla, senza ricorrere ai precetti che, prima le leggi romane, quindi gli scrittori di diritto penale di ogni età, hanno sulla imputazione delle azioni criminose stabiliti e ritenuti.

Eppure, la tendenza al «laconismo» di cui Puccioni accusa più volte il dettato del codice, non sempre è un elemento negativo, anzi si rivela a volte profilo positivo: un «argomento di elogio». Perché

> nel trattare materie di sì alta importanza, la legge deve restringersi a regole generali, positive e tassative, giammai estendersi alle secondarie ispezioni, le quali o distinguendo o limitando o ampliando recano imbarazzo alla di lei intelligenza, oscurità e confusione al giudice che deve applicarla.

Sicché, alla fine il dettato dell'art. 34 si rivela del tutto positivo, perché il legislatore ha scelto, se consapevolmente non rileva più di tanto, di far sì che il giudice dovesse far tesoro delle

> regole e alle teorie di diritto […] così il gius nuovo ha saviamente ed opportunamente rinviato al gius antico[343].

Rispetto alle parole usate e alla formulazione delle norme, pur avendo un progetto di codice nel cassetto della scrivania e pur passando al vaglio ogni singolo articolo, mentre non poche volte si sofferma a criticare l'uso fatto dal codice di determinate espressioni[344], solo in un caso Puccioni propone la riformulazione del testo. È il caso dell'art. 129 del codice e della «manifestazioni sediziose, che, senza l'animo di eccitare ai delitti» precedentemente indicati nell'art. 126, «sono fatte in luogo pubblico, o con pubblico scandalo». Intanto, qui e in altri luoghi, ma già anche nelle osservazioni generali del primo volume, si dichiarano sgradite formule come quella contenuta in questo articolo tendenti a lasciare aperta la sindacabilità delle pene da irrogare («ognora che non cadano sotto una pena più grave») o, addirittura, dell'illecito da contestare («ognoraché la legge non ordini altrimenti»[345] o «ognoraché non cada sotto una più speciale disposizione di

[343] Ivi, I, p. 278.

[344] Es. ivi, III, p. 318-319 (in ordine all'efficacia del lemma «ritogliere» dell'art. 155 («chiunque ritoglie agli agenti della forza pubblica una persona…») e suggerendo varie altre soluzioni).

[345] A riguardo ad esempio dell'art. 168 del codice (ivi, III, pp. 359- 360).

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

legge»[346] e così via). Esse, secondo Puccioni, «nuocciono e non poco alla chiarezza dei concetti e rendono incerto il giudice a quale delle disposizioni ricorrere»[347]. Ma il punto critico dell'articolo era l'espressione «manifestazioni sediziose», già usato dai compilatori del codice in altri articoli precedenti. Il giurista senese spiega che Mori aveva legittimato questa espressione alla luce dell'impossibilità di scolpire con margini ben definiti il delitto politico («ove lo spirito di partito può facilmente eccedere quel prudente e misurato concetto che guida il legislatore, sempre calmo, sempre estraneo alle umane passioni», si puntualizza[348]). Certo la risposta del giurista senese, volta a evidenziare che «di fronte a tale impossibilità conveniva contentarsi di un appellativo generico sì, ma di aperta significazione», lasciando alla magistratura la prerogativa di attribuire «alle parole ed allo spirito da cui è anima la legge quel significato, che senza essere pericoloso alla privata libertà, tende a guarentire da ogni danno il civile consorzio», lascia un po' interdetti perché ad un'indeterminatezza pare sostituirne un'altra. Sembra di cogliere lo stesso disagio di fondo che poi sarebbe esploso nella famosa rinuncia di Carrara[349]. Anche perché Puccioni forniva una formula più dettagliata di quella del codice[350], giudicando che questo era l'unico modo per fornire «quanto [era] necessario per indicare la natura giuridica dei fatti minacciati di pena», evitando al tempo stesso di «porre i giudici nel pericoloso agone di indagare il pensiero del legislatore sulla natura dei fatti da lui non precisati e ravvolti in espressioni generali ed equivoche». Che era quasi il contrario di ciò che il giurista senese aveva affermato poco prima.

10. *«Il popolo nostro la rispetta, ed ascolta i di lei consigli»*

[346] Art. 60, § 1 in tema di complicità. Questo tipo di rinvio ricorre, ad una veloce verifica, oltre cinquanta volte nel testo del codice.

[347] Ivi, I, p. XXXIII.

[348] Ivi, III, p. 150.

[349] M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal* Programma *di Carrara al* Trattato *di Manzini*, ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti*, II, Milano 2009, pp. 755-761; Id., *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, ivi, I, pp. 485-492.

[350] La proposta di Puccioni suona così: «le altre manifestazioni sediziose non aventi lo scopo di eccitare ai delitti indicati nell'art. 126, che, eseguite in luogo pubblico o con pubblico scandalo, sono mosse dal desiderio di futuri ordinamenti politici, e tendono talora, con allusione a fatti presenti o passati, a censurare gli ordinamenti esistenti, o le misure precedentemente adottare per reprimerli, e così ad impegnare indirettamente il governo a cambiare…» (*Codice penale toscano illustrato*, III, p. 150).

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

Della magistratura di cui fa parte, del resto, Puccioni tende a difendere il ruolo e a esaltare gli strumenti[351]. Trattando della *riprensione giudiciale*, ultima sanzione della scala penale (artt. 13, 23)[352], il giurista senese ne esalta il ruolo di «ammonizione, [di] paterno avvertimento», svolto in «pubblica udienza» (unico elemento comune con le altre sanzioni) e capace di sottoporre il reo «al rossore e alla vergogna, nati dalla presenza di quei che nell'aula della giustizia si trovano»[353]. Da qui il discorso piega verso la sottolineatura della autorità e autorevolezza della magistratura toscana[354]. Nonostante i tempi non fossero «normali», nonostante il non elevato credito tributato alla «autorità» in Toscana, la magistratura toscana da quasi due secoli (dai tempi di Savelli, si potrebbe dire) «il popolo nostro la rispetta, ed ascolta i di lei consigli con deferenza, e riceve le di lei correzioni con gratitudine» e i problemi nell'esercizio della giustizia si erano verificati nei momenti in cui il governo era «non nella reggia, ma nella piazza». Un giusto e significativo equilibro tra trono e tribunale, che pure consentiva a Puccioni, in casi specifici, di sollecitare la magistratura verso determinati lidi[355].

A metà strada tra difesa della giurisprudenza toscana e necessario confronto con le scelte del codice stavano, invece, di volta in volta, tutti quei passi del commento nei quali Puccioni metteva in evidenza le differenze tra le scelte del codice e quelle della *pratica giurisprudenza* dei tribunali toscani antecedente al 1853. Fermo restando che a livello di semplice affermazione e non di uso argomentativo di sentenze l'appunto su come la *pratica giurisprudenza* trattava un certo illecito è costante[356], di confronti ed emersione di differenze se ne trovavano a iosa e se ne potrebbe fare un lungo anche se probabilmente infruttuoso catalogo[357]. Le scelte di fondo del codice e,

[351] A volte anche con diretti inviti al loro uso (ivi, III, p. 292): «noi siamo convinti che i tribunali […] faranno uso della latitudine che la legge loro dà…».

[352] Ivi, I, pp. 207-215

[353] Ivi, I, p. 207.

[354] Ivi, I, pp. 208-211.

[355] Ivi, III, pp. 498-503 (in relazione all'art. 205 riguardante la detenzione illeciti di «ammasso di armi, o di polvere pirica, o di munizione», si fa una esortazione ben precisa (p. 499): «… raccomandiamo ai tribunali le teorie della nostra giurisprudenza adottate in materia».

[356] Quasi ad ogni articolo si trova l'indicazione: «la nostra pratica giurisprudenza…»: ivi, V, p. 204.

[357] Meritano segnalazione entro un novero estesissimo quelli in tema di minore età (ivi, I, pp. 346-350), *delitti contro il buon nome altrui* (Ivi, IV, pp. 650-660), *delitti contro il pudore e contro l'ordine delle famiglie* (ivi, IV, pp. 389-394), *delitti contro le proprietà immobili* (ivi, V, pp. 288-297) e di complicità (ivi, II, pp. 129), *omicidio doloso non premeditato contro un ministro della Religione di stato nell'esercizio delle sue funzioni* (ivi, III, p. 224) e *lesione personale arrecata ad un ministro della*

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

dunque, non solo l'atteggiamento di Puccioni, come abbiamo detto, lo giustificavano.

Due esempi. Affrontando in dettaglio il già richiamato problema del cumulo materiale delle pene in caso di concorso materiale dei reati durante l'esame degli articoli 72-79[358], Puccioni rispetto alle *Osservazioni generali* rincara la dose: il codice

> ha risoluta la questione del concorso di più pene in un modo affatto contrario all'antichissima e costante nostra giurisprudenza[359].

Si era allontano dalla prassi toscana che faceva capo alla *Pratica Universale* di Savelli[360] e non trovava smentite né prima, né dopo la promulgazione della *Leopoldina*[361]. Non era, tra l'altro, una questione solo toscana:

> la già indicata consuetudine […] era quasi generale[362] […] autori di molta reputazione sì antichi che moderni la propugnano, una consuetudine più che secolare vegliante in paesi civili lo raccomanda, [molte] legislazione penali [l'hanno] adottato; la ragione politica e la equità lo sostengono.

Mori[363], invece, e ciò aveva determinato il suo abbandono, aveva visto in questa posizione la conseguenza di un atteggiamento dei giuristi moderni «che hanno ambito soverchiamente la gloria della clemenza»[364].

Ma il confronto in certi casi conduce anche alla proposta di rivitalizzazione di meccanismi pratici che il codice si era lasciato alle spalle. In tema di «estinzione della penalità»[365] Puccioni ricorda che la prassi toscana per i delitti «di azione privata» o di «azione semipubblica»[366] ammetteva alcuni modi di

religione di Stato (ivi, III, p. 228).

[358] Ivi, II, p. 217.

[359] Si applicava lo «assorbimento delle pene minori nella maggiore senza contraddizione adottata, e al reo di più delitti per la prava abitudine da lui dimostrata *soleva di poco aumentarsi la pena più grave*; si eccettuava, peraltro, il concorso della pena afflittiva con la pecuniaria e in tal caso erano ambedue pronunziate contemporaneamente».

[360] M. Savelli, *Pratica Universale*, Firenze 1681, v. Pene, n. 19, p. 294.

[361] In una continuità di riscontri mi limito a segnalare P. A. Cerretelli, *L'ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana*, III, Firenze 1844, v. pena, n. 3, p. 233: «attesoché la pena dell'incesto come maggiore assorbendo l'altra dello stupro come minore… condanna alla pena afflittiva dell'incesto, e in essa dichiara confusa quella dello stupro…».

[362] *Codice penale toscano illustrato*, II, p. 229.

[363] F. Mori, *Teorica del codice penale toscano*, cit., p. 100.

[364] *Codice penale toscano illustrato*, II, p. 232.

[365] Ivi, II, pp. 312-315.

[366] Ivi, II, p. 387.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

estinzione a risvolti satisfattivi affatto singolari (*dissimulazione*, transazione, novazione e *compensazione*) che si aggiungevano alla quietanza, al pagamento e alla prescrizione[367]. Ora se la transazione e la novazione erano giudicate «dai nostri pratici» equivalenti alla quietanza (art. 88)[368], perché avevano in fondo l'effetto di far perdere il «diritto di querelare», eventualmente anche se eccepiti, gli altri due trasmettevano maggiormente l'idea di una «tacita rinunzia alla azione criminale»[369].

La *compensazione* consentiva di disporre l'assoluzione di entrambe le parti, salva la condanna «nelle spese della procedura e del giudizio», nel caso in cui esse si fossero scambiate offese o ingiurie

> leggiere, e respettivamente semplici, del medesimo genere e della medesima importanza, e nascevano da dolo d'impeto non da proposito[370].

In questo caso, in via potremmo dire equitativa, anziché condannare i rispettivi querelanti, si assolvevano entrambi[371]. Ancora più singolare era la *dissimulazione*, che trovava spazio in relazione alle *ingiurie semplici*. Essa portava alla estinzione dell'azione penale o alla impossibilità di avviarla, quando un soggetto, dopo aver subito una ingiuria teneva «con l'ingiuriante lo stesso contegno che con lui precedentemente praticava», dimostrando con ciò di non dar peso all'offesa subita e, dunque, «senza nuova causa», vedendosi inibita la possibilità di avviare l'azione penale o, addirittura dovendo subire la pronuncia di estinzione, perché «col proprio fatto [aveva] obliato» le offese. Di entrambi gli strumenti estintivi, praticati dalla giurisprudenza toscana, il codice aveva taciuto[372]. E, come in altre occasioni, Puccioni si trovava a dare un significato a quel silenzio. Veniva, però, in suo soccorso la Cassazione fiorentina, che si era espressa dopo la promulgazione del codice intorno alla compensazione, giudicandola ancora operativa. Sicché,

---

[367] Ivi, II, pp. 387-391.

[368] Che era disciplinata, sebbene Puccioni non ne faccia parola, dal Regolamento del 1849: *Decreto del dì 22 novembre 1849 che istituisce il Regolamento per la istruzione dei processi criminali*, cit., artt. 5-7, p. 5.

[369] Puccioni offre riscontri insindacabili: es. P. A. Cerretelli, *L'ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana,* cit., III, v. stellionato, n. 18, pp. 562-563 (quietanza), n. 20, pp. 564-565 (novazione) e v. truffa, n. 4, p. 753 (novazione e quietanza), 6, p. 754 (transazione), n. 31, pp. 771-772 (novazione; con richiamo nella sentenza schedata della Summa di Savelli).

[370] Ivi, II, p. 388

[371] Lo ricorda anche Carmignani, richiamando Anton Matthes: G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, cit., I, § 429, p. 213-214.

[372] *Codice penale toscano illustrato*, II, p. 389.

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

> noi crediamo che sebbene la decisione che essa proferì, si riferisce a questo solo mezzo, possa però essere applicabile anche agli altri, purché per altro cadano su delitti di azione privata, mentre le teorie da cui la corte regolatrice si è partita, sono dirette a conservare *la preziosa nostra giurisprudenza antica* in quella parte in cui la legge nuova non l'ha abrogata.

Al di là del profilo della *dissumulazione* o della *compensazione*, questa ultima affermazione assume una rilevanza enorme e potrà essere oggetto di approfondimenti nel prossimo paragrafo e in future ricerche[373]. Qui ci contentiamo di sottolineare che dallo stralcio della sentenza riportata[374] si apprende che, al di là delle argomentazioni romanistiche usate, l'appello del Pubblico Ministero si reggeva sulla asserita efficacia abrogativa del Decreto di promulgazione del quale più volte abbiamo parlato, mentre le sentenza rivalutava il «temperamento equitativo suggerito dal diritto comune» sostenendo che «non si ha nel recente codice disposizione che resista» ad usarlo e, per questo, rigettava il ricorso avanzato avverso il provvedimento di compensazione e di estinzione dell'azione penale, disposto dal giudice d'appello.

10. *Giudici e codice: primi sondaggi*

A scorrere l'indice del prezioso lavoro di Giulio Feri, contenente la documentazione dei primi mesi di attività della cassazione fiorentina col codice del 1853, parrebbe che le istanze di ascolto delle radicate *osservanze* fossero state respinte al mittente e che l'idea di Puccioni, che poi sarebbe passata nella sentenza relativa all'*Editto di Marina*, fosse rimasta isolata e inascoltata. C'era, insomma, un nuovo testo legislativo e su quello si doveva discutere e riflettere. Feri documenta infatti decisioni che affermano o argomentano che

> essendo rimaste abrogate, insieme con tutte le altre non eccettuate le Leggi principalmente del 30 novembre 1786, e 30 agosto 1795 […] ed avendo insieme con le dette Leggi cessato di aver vigore le relative Osservanze giudiciali…[375].

[373] Intanto si segnala che lo stesso meccanismo affiora in relazione all'art. 410 del codice (ivi, V, pp. 232-234) e a due sentenze della Corte di Cassazione del 10 febbraio 1855 e 9 maggio 1857, delle quali Puccioni riporta alcuni stralci.

[374] *Codice penale toscano illustrato*, II, pp. 389-391.

[375] G. Feri, *Diario della giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione sul Codice penale toscano, sul Regolamento di polizia punitiva ossia estratto ragionato dei decreti proferiti della Corte Suprema in applicazione e interpretazione del nuovo Codice penale toscano, del nuovo Regolamento di Polizia punitiva, e leggi relative, dal 1° settembre 1853 compilato e corredato di note ed osservazioni,* vol. I, Firenze 1854,

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

E ancora che:

> deve ritenersi assoluta e generale l'abolizione delle osservanze giudiziali nel nuovo gius penale tanto che ciò che concerne i delitti, che per quel che riguarda le trasgressioni[376].

La sentenza dalla quale è tratto quest'ultimo brano, però, sembra rappresentare, dopo nemmeno un anno dall'entrata in vigore del codice, l'ultimo atto di un orientamento, potremmo dire, filo-legislativo. Essa aveva argomentato l'affermazione di cui sopra sulla base del «combinato disposto» dei due Decreti di promulgazione. L'esegetico *combinato disposto* era stato necessario alla Cassazione perché trattandosi di trasgressioni il decreto di promulgazione relativo al *Regolamento di polizia punitiva* aveva omesso di indicare, spandendo la sua efficacia abrogativa, le *osservanze giudiciali.* Per respingere, dunque, la richiesta di prendere in considerazione l'*osservanza giudiciale* che in caso di trasgressioni applicava una riduzione di pena in «ragione della modicità» dell'illecito non accolta già in sede Pretorile occorreva una lettura integrata.

Pochi mesi dopo, alla fine di novembre, in un altro procedimento con Puccioni sempre consigliere (ma non relatore), la Cassazione mutò completamente indirizzo e sostenne che la «giurisprudenza interpretativa» intorno ad una legge conservata in vigore dal Decreto di promulgazione del *Regolamento di polizia punitiva* doveva ritenersi «tutt'ora in vigore, come appendice di quella legge» e, dunque, una sentenza che disponeva contrariamente ad essa era «violatrice di quella giurisprudenza»[377]. Tanto era che in un redazionale annesso alla sentenza negli *Annali di giurisprudenza*, ricordando la sentenza di aprile, si notava icasticamente che

> o è forza di ritenere che la Corte Suprema abbia adesso derogato alla massima precedentemente stabilita, ritenendo che le giudiciali osservanze relative alle leggi conservate in vigore, debbano, come un appendice, ed un complemento delle medesime, considerarsi esenti dalla abolizione, e tuttora vigenti, o bisognerebbe credere per conciliare le due opposte sentenze, che la corte abbia fatta una essenziale distinzione fra osservanze giudiciali, e giurisprudenza interpretativa, innuovando il senso del linguaggio pratico adottato innanzi la promulgazione del codice penale per il quale le frasi giudiciali osservanze, giurisprudenza

11 marzo 1854, n. 71, pp. 143-145.

[376] *Diario della giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione sul Codice penale toscano*, cit., 29 aprile 1854, n. 104, pp. 209-212.

[377] *Annali di giurisprudenza*, XVI, 1854, p. I, pp. 511-513 (in tema di trasgressioni per «frodata gabella»).

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

> interpretativa, pratica di giudicare, consuetudine di giudicare, venivano usate promiscuamente come sinonimi tra loro[378].

Ma qualche traccia di sopravvivenza all'impatto del codice c'era stata anche in relazione ai delitti. In un procedimento relativo all'«oltraggio al pudore», perché così qualificato il comportamento di chi aveva praticato «violenze» contro una «fanciulla renitente all'oggetto di sodisfare ad atti di libidine» impediti dal «sopravvenire della madre» e fatto collimare con la previsione degli artt. 282 (per via della *violenza* lì richiesta) e 301[379] del codice penale del 1853 e con quella del § XXIII della riforma del 1795 (sotto l'impero della quale si erano svolti i fatti), la corte, a relazione Puccioni, ritenne che preso in considerazione

> il carattere di leggiera nella lesione altrui inferita sotto l'impero dell'antica legge, bene e rettamente si ravvisano applicate al giudicabile sotto l'impero del nuovo Codice penale le osservanze giudiciali precedenti alla sua attivazione, come quelle che portano a coercizione più mite[380].

Il Decreto di promulgazione aveva detto qualcosa di diverso («cesseranno d'aver vigore tutte le precedenti leggi, e osservanze giudiciali in materia penale»), ma la corte, come abbiamo visto spiegare al magistrato senese nelle pagine dedicate alla interpretazione del *Saggio* del 1858[381], faceva propria un'interpretazione a favore del reo, che conduceva all'applicazione di una sanzione minore individuata dalle *osservanze giudiciali* nate intorno alla riforma del 1795. Lo stesso si può documentare (sempre con Puccioni *relatore*), perché i fatti erano cominciati prima dell'entrata in vigore del codice e si erano conclusi dopo, in una sentenza del febbraio 1854[382]. A mezzo del principio del

[378] Ivi, p. 512

[379] «Qualunque altro atto di libidine, commesso, mediante violenza […] ognora che non cada come tentativo di violenza carnale…» (art. 282) e «L'oltraggio al pudore in luogo privato e senza pubblico scandalo…» (art. 301 § 2: i fatti si erano svolti in una sala di una abitazione privata).

[380] *Annali di giurisprudenza*, XVI, 1854, p. I, pp. 43-44.

[381] Si veda sopra p. …

[382] Ivi, parte I, pp. 89-91: «Secondo le osservanze giudiciali vigenti prima dell'attivazione del nuovo codice penale toscano, anco il lenocinio improprio, ossia lo accogliere in casa propria femmine viziate e corrotte e dare alle medesime agio a comodo a prostituirsi con scienza, connivenza e partecipazione dei loro guadagni costituiva delitto passibile della pena del carcere da estendersi fino ad un anno. Di fronte alla sanzione dell'art. 300, §1 del nuovo codice penale toscano, che vuol punito con il *carcere* da sei mesi a tre anni chiunque favorisce et agevola l'altrui prostituzione, mal si lamenta dell'applicazione delle precedenti osservanze giudiciali colui che dichiarato debitore di lenocinio improprio viene punito con il carcere per due mesi».

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

favor rei e in occasione o facendo valere problematiche di transitorietà le *osservanze giudiciali* restano in vita negli interstizi dell'ordinamento penalistico toscano. Altre tracce di questa vitalità si trovano nel 1858, quando in una sentenza in tema di favoreggiamento si argomentò sulla base della «costante consuetudine dei nostri tribunali»[383] o, in un altro provvedimento del settembre dello stesso anno, dove si nota una argomentazione che muove dalla presa d'atto della sussistenza della «consuetudine di giudicare interpretativa dell'art. 93 della legge criminale del 30 Novembre 1786»[384].

Nulla o poco da dire sui casi nei quali una certa prassi giurisprudenziale coincideva con una regola di «legale ermeneutica, che non [distruggeva] la legge [ma insegnava] in quali emergenze [doveva] essere giuridicamente applicata»[385] o nei casi nei quali la giurisprudenza poteva aver «supplito al silenzio del legislatore»[386]. Queste erano cose che si davano pacificamente anche nel nuovo ordinamento. Il punto stava, invece, nella ricerca di una continuità che consentiva di appoggiarsi sulle consuetudini giudiziali preesistenti quando si poteva sostenere che

> la massima stabilita e costantemente ritenuta dalla giurisprudenza dei Tribunali toscani fino all'epoca della pubblicazione ed attuazione del nuovo Codice penale […] non incontra deroga espressa nelle disposizioni del Codice precitato[387].

O ancora nella libertà di disporre un provvedimento giudiziale (la «confisca a danno del delinquente degli oggetti che han servito o possono servire di mezzo a commettere il furto o potevano servire di mezzo a commetterne di nuovi») perché «autorizzata da una consuetudine costante dei tribunali toscani e non da uno speciale deposto del codice penale»[388], al punto da non poter sindacare la sentenza per la reclamata mancanza della indicazione del relativo articolo del codice. Perché non c'era[389]. E quando la presenza del codice fu registrata come lacunosa la Corte di Cassazione non mancò, come nel caso dell'*Editto* del 1748, di riappropriarsi di tutto lo strumentario utile, entrando in

[383] *Annali di giurisprudenza*, XX, 1858, p. I, p. 356 (Puccioni relatore).

[384] Ivi, p. I, p. 776.

[385] *Codice penale toscano illustrato*, V, pp. 200-201.

[386] Ad es. le sentenze rammentate da Puccioni in *Codice penale toscano illustrato*, IV, pp. 683-687.

[387] Ivi, p. I, 717-172.

[388] Effettivamente nel codice, dopo la previsione generale dell'art. 28 della confisca come pena accessoria, essa è prevista in lungo e in largo, ma non per il furto e non esiste una clausola generale di obbligo di confisca come quella dell'art. 10 del Regolamento di polizia punitiva.

[389] Ivi, parte I, pp. 237-238 (Puccioni relatore).

HISTORIA ET IUS -1 APRILE 2021 - DOI 10.32064/19.2021.11 www.historiaetius.eu - 19/2021 - paper 11

campo, senza ignorare il codice, per garantire un modo di essere della legalità penale che con non poche difficoltà (restando aperto il varco per una intrusione benefica della giurisprudenza) è riconducibile allo stretto principio del *nullum crimen*. Insomma, come poteva essere anche in fondo normale per un tribunale che rappresentava la continuità rispetto ad un ordinamento penalistico che da poco era cambiato, le «esose» *osservanze* erano state abrogate, ma avevano resistito negli interstizi dell'ordinamento e ripreso ben presto forza. E dove non avevano avuto spazio perché schiacciate dal codice erano cresciute nuovamente e necessariamente intorno alle norme di quest'ultimo. Già nel 1859, infatti, si trova la traccia della formazione della «giurisprudenza interpretativa del codice penale stabilita da questa corte suprema»[390]. Al di là delle lamentale di Mori, delle quali narra Carrara in una delle frequenti divagazioni presenti nel *Programma*[391], la tradizione giurisprudenziale toscana, insomma, faceva ancora capolino dopo la promulgazione del codice e questo renderà, anche oltre l'esperienza di Puccioni, invitante una futura ricerca sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione insediata a Firenze dai primordi dalla sua creazione (considerando anche la struttura che essa assunse e che si è potuto soltanto far oggetto di accenno) agli anni del Regno d'Italia.

[390] *Annali di giurisprudenza*, XXI, 1859, parte I, pp. 338-339.

[391] F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa*, III ed., I, Lucca 1872, § 1092, p. 70, nt. 1: un «continuo lamento che […] muoveva contro l'avvio della nuova giurisprudenza; la quale diceva egli guastava il suo codice, interpretando sempre contro il suo pensiero nel senso più rigido. E se ne lagnava a tal punto da sclamare che glielo facevano apposta per discreditar lui e far venire in uggia il suo lavoro legislativo».