

# IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts  
für Europäische Rechtsgeschichte  
Frankfurt am Main

X

Herausgegeben von  
DIETER SIMON und WALTER WILHELM



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1983

PAOLA BALESTRERI

Mittermaier e l'Italia  
Orientamenti politici e dottrine processualistiche  
in un carteggio di metà Ottocento

I. Nel 1844, nell'introduzione all'opera *Italienische Zustände*<sup>1</sup>, l'unica sua di rilievo fuori dal campo giuridico, KARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER<sup>2</sup> chiariva le intenzioni del libro, scritto per confutare „la molteplicità delle opinioni sull'Italia variamente sparse ne' paesi stranieri“ e derivanti dalle „descrizioni dei singoli viaggiatori, che [. . .] ciarlano della immoralità e della infingardaggine della gente, del difetto di movimento scientifico“<sup>3</sup>. Contro le deformazioni ed i luoghi comuni correnti, egli mirava ad offrire un quadro obiettivo e imparziale della situazione politica e culturale della penisola, fondato su dati precisi e notizie di prima mano, e soprattutto a informare il pubblico tedesco — come già faceva da molti anni sulla *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* — degli sviluppi della scienza giuridica e dell'esistenza di un folto numero di intellettuali e scrittori, „i quali in ogni genere di letteratura primeggiano“<sup>4</sup>.

MITTERMAIER infatti conosceva bene l'Italia e nelle sue frequenti visite aveva sempre cercato di penetrare con occhio libero da preconcetti lo „spirito

<sup>1</sup> Pubblicata a Heidelberg nel 1844, fu subito tradotta in italiano: *Delle condizioni d'Italia*, trad. it. P. MUGNA, Lipsia 1845.

<sup>2</sup> La letteratura sul Mittermaier, pur nutrita, è ben lungi dal risultare esauriente. I profili più incisivi sono quelli di E. LANDSBERG, in R. STINTZING-E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III Abt., 2. Halbbd., München u. Berlin 1910, Text, pp. 413-37; Noten, pp. 196-201; e di K. LÜDERSEN, *Karl Joseph Anton Mittermaier und der Empirismus in der Strafrechtswissenschaft. Betrachtungen aus Anlass seines 100. Todestages*, „Juristische Schulung“, 7 (1967), pp. 444-48; Id., *Einleitung a: P. J. A. FEUERBACH u. K. J. A. MITTERMAIER, Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Zwei methodische Schriften*, Frankfurt a. M. 1968, p. 42 ss. Osservazioni acute, benché incidentali, si leggono in J. RÜCKERT, *A. L. Reyschers Leben und Rechtstheorie 1802-1880*, Berlin 1974, passim. Ampie informazioni ed una bibliografia aggiornata, in un quadro però descrittivo, si leggono da ultimo in J. F. KAMMER, *Das gefängniswissenschaftliche Werk K. J. A. Mittermaiers* (Diss. jur.), Freiburg 1971.

<sup>3</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Delle condizioni d'Italia*, trad. cit., p. 3.

<sup>4</sup> Ivi, p. 4.

della popolazione<sup>4</sup> e di stringere relazioni con gli ambienti culturali più avanzati delle varie città. Aveva inoltre partecipato a congressi e discussioni scientifiche, pronto a cogliere e a valorizzare i fermenti intellettuali che vi si esprimevano, dimostrando in tal modo di voler applicare anche nell'ambito dei rapporti con studiosi stranieri quella sua esigenza di verifica concreta delle circostanze, che caratterizza l'intera sua concezione dei problemi del diritto e della cultura. Questa 'curiosità' per l'Italia, che lo spingeva ad aprirsi alle più diverse e varie esperienze, è tanto più significativa, se si pensa che proprio in quegli anni circolava tra i giuristi con insistenza il drastico giudizio pronunciato autorevolmente da Savigny sulle università della penisola<sup>5</sup>.

I vasti scambi epistolari intrecciati da MITTERMAIER con studiosi di varie discipline e con funzionari e giuristi dei diversi stati preunitari costituirono una delle fonti più vive della sua attività di comparazione del diritto e uno strumento di lavoro perfettamente funzionale al carattere empirico del suo metodo<sup>6</sup>. In proposito, nelle stesse pagine introduttive scriveva: „La corrispondenza letteraria con i dotti d'Italia, i quali più che in ogni altro paese devono combattere contro gravi ostacoli, presenta vari aspetti interessanti che danno un grande fascino alle relazioni con i letterati italiani. La vivacità dello spirito che sa sublimare i diversi argomenti, il fuoco dell'eloquenza, con cui l'italiano difende le sue opinioni, la chiarezza della sua esposizione, il tono disinvolto, allegro e naturale che regna nelle conversazioni, e quel senso pratico tutto degli italiani, che non dà spazio alla pedanteria, fanno sì che l'intrattarsi con i letterati della penisola offra un tale piacere, quale in nessun altro paese è offerto in egual maniera<sup>7</sup>“.

<sup>5</sup> Cfr. F. C. v. SAVIGNY, Ueber den juristischen Unterricht in Italien, „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“, 6 (1828), pp. 201-228, ripubblicato nelle Vermischte Schriften, IV, Berlin 1850, pp. 309-342. Sui rapporti di Savigny con la cultura giuridica italiana v. F. RANIERI, Savignys Einfluss auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft, „Ius Commune“, 8 (1979), pp. 192-219.

<sup>6</sup> K. LÜDERSSEN, K. J. A. Mittermaier und der Empirismus in der Strafrechtswissenschaft, cit., pp. 447-48, ha posto in evidenza lo stretto legame tra gli interessi di Mittermaier per i più svariati campi del diritto e la sua valorizzazione dell'esperienza pratica. Sul metodo empirico del M. e sulla sua critica alla trattazione puramente filosofica del diritto e ai fraintendimenti del metodo storico, v. anche le considerazioni di J. RÜCKERT, op. cit., pp. 165, 179, 335 ss., 340, 372. Sui rapporti di M. con la Scuola storica cfr. inoltre W. SIEMANN, Die Frankfurter Nationalversammlung 1848-49 zwischen demokratischem Liberalismus und konservativer Reform. Die Bedeutung der Juristendominanz in den Verfassungsverhandlungen des Paulskirchenparlaments, Frankfurt a. M. 1976, p. 82.

<sup>7</sup> Cfr. MITTERMAIER, Delle condizioni d'Italia, trad. cit., p. 5. La traduzione del Mugna è stata modificata. Essa infatti non è sempre felice e non risulta neppure scorrevole,

Tra le lettere dei numerosi corrispondenti italiani<sup>8</sup> di MITTERMAIER, presentano un particolare interesse quelle del milanese FILIPPO AMBROSOLI<sup>9</sup>, traduttore della *Teoria della prova*<sup>10</sup>, una delle opere più importanti del giurista tedesco, ed a lui legato da un rapporto durato quasi undici anni. Se da un lato esse offrono la possibilità di gettare lo sguardo su alcuni temi vivacemente dibattuti nella penalistica italiana e tedesca dell'Ottocento, dall'altro consentono di seguire le varie fasi di uno scambio intellettuale determinato nei toni e nei contenuti dall'atmosfera incandescente che dominava nelle province del Lombardo-Veneto negli anni delle guerre d'indipendenza.

Difatti un ulteriore e non certo secondario motivo dell'interessamento per l'Italia derivava al MITTERMAIER dalla sua sensibilità politica, che lo rendeva attento agli sviluppi di una situazione intricata, quale quella degli stati italiani preunitari, ispirandogli un giudizio che se non fu sempre univoco e costante, esercitò tuttavia un notevole influsso sui suoi stessi corrispondenti della penisola.

Rappresentante di rilievo del *südwestdeutscher Liberalismus* e di una tendenza moderatamente riformatrice, che aveva come modello il sistema costituzionale inglese<sup>11</sup>, MITTERMAIER aveva improntato la sua attività politica,

lasciando spesso invariata la struttura sintattica del testo originale, con conseguenti disarmonie ed oscurità nel periodare italiano. Difetti, questi, che in qualche modo lo stesso Mugna riconosceva nelle lettere a Mittermaier del 4. 6. 1845 e del 26. 6. 1847 (Biblioteca universitaria di Heidelberg, Heidelberg. Hs. 3468, cc. non num. Cfr. anche la lettera di F. Rezzonico a Mittermaier del 6. 6. 1845, ivi).

<sup>8</sup> Nella sezione manoscritti della Universitätsbibliothek di Heidelberg, Heidelberg. Hs. 3468-69-70, cc. non num., si conservano numerosissime lettere indirizzate da collaboratori e amici italiani a Mittermaier tra il 1830 circa e il 1867. E' in corso di preparazione un'edizione completa di questa corrispondenza inedita a cura di P. BOZZOLI, A. DE NITTO, A. DE ROSA, G. GIRARDI, L. MONACO, P. BALESTRERI, sotto la direzione di A. MAZZACANE. A questo fondo, senza ripetere gli estremi bibliografici completi, rinvio per le lettere utilizzate qui e in seguito.

<sup>9</sup> Cfr. le 54 lettere al Mittermaier scritte tra il 1856 e il 1867, UB Heidelberg, Heidelberg. Hs. 3468, cc. non. num. Notizie biografiche su Ambrosoli (nato a Milano nel 1823 e morto a Napoli nel 1872) possono leggersi nello scritto di A. MAURI, F. Ambrosoli. Commemorazione, Firenze 1873 (rip pubbl. in A. MAURI, Scritti biografici, II, Firenze 1894, pp. 148-213) e in A. AQUARONE, Ambrosoli Filippo, in: Dizionario Biografico degli Italiani, vol. 2, Roma 1960, pp. 732-34.

<sup>10</sup> Pubblicata inizialmente nel 1821 a Darmstadt col titolo *Theorie des Beweises im peinlichen Process nach den gemeinen positiven Gesetzen und den Bestimmungen der französischen Criminalgesetzgebung*, fu poi ampliata e ristampata nel 1834 col titolo *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens*.

<sup>11</sup> L'entusiasmo per la costituzione e il sistema parlamentare anglosassone traspare dai numerosi scritti sul processo inglese ed è testimoniato anche da una lunga lettera indirizzata

fin dal 1831, quando era entrato come deputato nella seconda Camera del granducato del Baden<sup>12</sup>, ai principi di libertà, di tolleranza e di progresso, partecipando alle battaglie per la costituzione e per il riconoscimento dei diritti fondamentali, per la libertà di stampa e per la pubblicità dei giudizi. Agli stessi principi s'ispirò anche il suo iniziale consenso alla causa dell'indipendenza italiana<sup>13</sup>, testimoniato tra l'altro dalla promessa che l'economista piemontese PETITTI DI RORETO riuscì ad ottenere da lui „di far tenere discorso delle cose nostre alle tribune germaniche, in ispecie di Baden e Monaco, sicché l'Europa tutta udirà almeno le nostre querele e le infamie austriache“<sup>14</sup>.

La partecipazione attiva di MITTERMAIER ai dibattiti sulla situazione della penisola, che si svolgevano nei circoli intellettuali da lui frequentati in Italia e all'estero, si espresse però principalmente nel libro già ricordato sulle *Condizioni d'Italia*. L'opera, destinata ad un largo successo sul continente, giovò in maniera non marginale a diffondere in Europa idee favorevoli al movimento risorgimentale<sup>15</sup>, per la concretezza dei temi affrontati e per le ampie notizie che l'autore forniva sul pensiero politico delle maggiori personalità dell'indipendentismo italiano. Impostata con cura minuziosa e con impegno scientifico, conteneva anche, nell'edizione italiana, una lunga lettera al traduttore PIETRO MUGNA, in cui, con tono appassionato, si esaltava il destino futuro dell'Italia, chiamata a sollevarsi dallo stato di miseria e di disgregazione presente per riconquistare „l'antica sua gloria e cooperare ai progressi dell'umanità“<sup>16</sup>.

al Mori il 20 ottobre del 1850 (Siena, Biblioteca Comunale degli Intronati, Autografi Porri, busta 129, fasc. 2, ec. non num.).

<sup>12</sup> Di cui fu presidente dal 1833 in poi. La notizia è riportata anche nelle pagine autobiografiche che Mittermaier inviava a Pasquale Stanislao Mancini e delle quali è conservata una copia a Roma, Archivio del Museo centrale del Risorgimento, Busta 674, n°37 (5).

<sup>13</sup> La posizione politica di Mittermaier nei riguardi dei movimenti risorgimentali è stata esaminata da A. BOSELLI, *Consensi stranieri alla causa dell'indipendenza italiana*, Bologna 1934, p. 7 ss.

<sup>14</sup> Cfr. A. BOSELLI, op. cit., p. 5; A. CODIGNOLA, *Dagli albori della libertà al proclama di Moncalieri*. (Lettere del Conte Ilarione Pettiti di Roreto a Michele Erede dal marzo 1846 all'aprile 1850), Torino 1931, pp. 118-19, 393, 461.

<sup>15</sup> Cfr. BOSELLI, op. cit., p. 7. Da notare ciò che Cesare Cantù scriveva a Mittermaier nel 1845: „Questi giorni ho veduto vari tedeschi, e principalmente la corte del re di Württemberg che villeggiava sul lago di Como, e s'accordavano nel dire che l'opera sua piacque tanto in Germania perché dava a conoscere *positivamente* un paese troppo spesso descritto soltanto *sentimentalmente*“. (Cantù a Mittermaier, 15. 10. 1845.) Cfr. anche il giudizio positivo sul libro dato da F. AMBROSOLI, *Studi sul codice penale toscano*, Mantova 1857, p. 93 n.

<sup>16</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Delle condizioni d'Italia*, trad. cit., p. 251. La lettera al Mugna

In quel testo MITTERMAIER, dichiarandosi contrario allo „sminuzzamento del paese“ e alla „poca o nessuna voce che una terra sì ricca di preziosi elementi ha ne' pubblici interessi“<sup>17</sup>, più che ipotizzare l'unità politica dell'Italia in un unico regno, sosteneva l'idea del GIOBERTI di una confederazione dei diversi stati italiani e aderiva nello stesso tempo alle critiche del BALBO sulla possibilità di una presidenza del papa in una tale lega<sup>18</sup>. Egli riteneva che la necessaria premessa per qualunque ipotesi di unificazione fosse una confederazione di stati, che assumesse un rilievo politico attraverso la definizione di ordinamenti comuni, come si tentava di fare in Germania, oppure si limitasse a una convergenza di interessi materiali di tipo fondamentalmente commerciale<sup>19</sup>, che avrebbe poi favorito un progressivo amalgama culturale della nazione.

Una concezione molto simile muoveva le sue scelte politiche anche a proposito del problema tedesco, caratterizzando la sua posizione all'interno del movimento nazionale negli anni dal 1846 al 1849<sup>20</sup>. Alla *Paulskirche* infatti, chiamato a decidere sul futuro della Germania, MITTERMAIER avrebbe anteposto la questione della libertà a quella dell'unità e tra la *blasse Abstraktion* costituita dall'ipotesi unitaria, e la *klare Anschauung*, cioè l'idea del *Bundesstaat*, di una federazione di stati il cui parlamento avesse finalmente una reale forza rappresentativa e poteri decisionali effettivi rispetto ai governi dei singoli stati, egli avrebbe optato per la seconda alternativa, la sola giudicata possibile<sup>21</sup>. La diversità degli stati tedeschi si contrapponeva

si intitolava Dell'importanza dell'Italia ne' progressi della civiltà in Europa e delle speranze pel suo avvenire.

<sup>17</sup> Ivi, pp. 225 e 30.

<sup>18</sup> Ivi, pp. 248 ss., 227 ss., 43 ss.

<sup>19</sup> Ivi, pp. 247-48 e 57.

<sup>20</sup> Le notizie e i documenti principali circa la partecipazione di Mittermaier alle assemblee dei germanisti del 1846 e del 1847 e al parlamento di Francoforte si trovano rispettivamente in Bericht über die Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt a. M. am 24., 25. und 26. September 1846, Frankfurt a. M. 1847; Verhandlungen der Germanisten zu Lübeck am 27., 28. und 29. September 1847, Lübeck 1848 (al „bellissimo“ congresso di Lubeca, e alla relazione da lui tenuta in quell'occasione sulla giuria popolare, accennava egli stesso nella lettera a Mori del 6 novembre del 1847, Siena, Biblioteca Comunale degli Intronati, Autografi Porri, 129.2); F. WIGARD, Stenogr. Berichte über die Verhandlungen der deutschen constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt a. M., 9 Bde., Frankfurt a. M. 1848-50. Per una prima valutazione del dibattito sui diritti fondamentali in seno all'assemblea costituente di Francoforte torna utile l'antologia curata da H. SCHOLLER, Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche. Eine Dokumentation, Darmstadt 1973.

<sup>21</sup> Oltre a Mittermaier, erano soprattutto Beseler, Dahlmann e Gervinus a ritenere che in Germania non si fosse ancora pronti per l'unità politica nazionale. Cfr. W. SIEMANN, Die Frankfurter Nationalversammlung, cit., pp. 188, 207-09; H. ROSENBERG, Gervinus und

all'elemento dell'unificazione e tuttavia, pur tenendo conto delle loro particolarità, MITTERMAIER riteneva „che un grande legame spirituale [...] stringesse stabilmente tra loro i vari stati“<sup>22</sup>. La sua propensione per la monarchia prussiana in quel momento fu perciò temporanea e in parte contraddittoria, e fu del resto ridimensionata dal rifiuto di recarsi a Berlino come membro della deputazione che nella primavera del '49 avrebbe invano offerto al re di Prussia la corona imperiale tedesca<sup>23</sup>.

Appare chiaro già da questi rapidi cenni come l'atteggiamento politico di MITTERMAIER fosse influenzato dal pensiero della Scuola storica, che esercitò — come è noto — un peso determinante sui lavori dell'assemblea nazionale di Francoforte<sup>24</sup>. Il moderato liberalismo di molti membri del parlamento, che in quel pensiero trovava gran parte dei suoi fondamenti ideologici, caratterizzò le posizioni della maggioranza anche sul problema italiano. Sul piano della politica internazionale infatti l'ideale dei liberali tedeschi, mentre non poté svincolarsi dalle suggestioni di un nuovo ordine statale in

die deutsche Republik. Ein Beitrag zur Geistesgeschichte der deutschen Demokratie, in Politische Denkströmungen im deutschen Vormärz, Göttingen 1972, pp. 115-27. La posizione moderata, liberal-conservatrice di quel gruppo è chiarita da Mittermaier stesso in una lettera indirizzata a Tommaso Gar il 14 aprile del 1847, in cui spiegava gli intenti della *Deutsche Zeitung*, un giornale fondato in quell'anno e da lui diretto insieme a Gervinus, Häusser e Mathy: „La tendenza della gazzetta che è politica, scientifica, storica, economica, e contiene notizie e corrispondenze di tutti i paesi del mondo civilizzato è il progresso, ma progresso savio, moderato, sulle basi della moralità, religione e legalità; noi combattiamo le false teorie e attentati del comunismo, socialismo e della falsa filosofia, che distrugge la religione e le basi della proprietà; la nostra tendenza <è> d'avvertire i governi, che mettono ostacoli ai progressi comandati per l'incivilimento, noi crediamo utile di criticare gli errori dei governi; lo stile della gazzetta sarà quello della franchezza e della verità, ma senza sfrenata licenza, la quale ripugna ai nobili cuori“. Cfr. UB Heidelberg, Heidelb. Hs. 3693,2. Sugli scopi del nuovo giornale, di lotta al comunismo e al radicalismo, di informazione imparziale ed esatta specialmente sulla situazione italiana, Mittermaier si esprime anche nella lettera al Mori del 15 giugno del 1847 (Siena, Biblioteca Comunale, Autografi Porri, 129.2).

<sup>22</sup> Cfr. F. WIGARD, *Stenogr. Berichte*, cit., Bd. 4, p. 2422.

<sup>23</sup> Cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., p. 416 e la lettera a Tommaso Gar del 14 aprile del 1847, cit., in cui Mittermaier definiva come „Pseudo-costituzione“ quella che stava per essere concessa in Prussia, „un primo passo — tuttavia — verso le idee liberali“. Nettissima fu invece in quegli anni la sua avversione nei confronti della politica austriaca, che gli eventi del '48 dovevano incrinare e piegare alla nuova ondata liberale. Significativo in proposito ciò che Mittermaier scriveva il 20 giugno del 1848 al Mori: „La confederazione germanica opposta ai vari interessi dei popoli, fondata solamente sugli interessi dinastici dei principi, maledetta dai popoli in riguardo del funesto sistema di Metternich non esiste più. Chi avrebbe mai creduto che sarebbe eletto un parlamento germanico destinato a decidere l'avvenire di Germania?“ (Siena, Biblioteca Comunale, Autografi Porri, 129.2.)

<sup>24</sup> Cfr. W. SIEMANN, *Die Frankfurter Nationalversammlung*, cit., p. 57 ss.

Europa, non sfuggì neppure al richiamo alle tradizioni patrie ed al *Volksgeist*, prospettando una funzione egemonica della Germania, che però in personalità come il MITTERMAIER mantenne sempre un accento spiccatamente culturale, riferendosi soprattutto al compito e alla missione di guida riservata in quel campo allo „spirito“ tedesco sul resto dell'umanità<sup>25</sup>.

I presupposti ideologici che accomunavano MITTERMAIER al „centro“ francofortese (egli militava più esattamente in un cauto „centro-sinistra“) non consentivano, in sostanza, un'incondizionata adesione al movimento risorgimentale, soprattutto quando esso prese la strada delle rivoluzioni nel 1848. La concezione di un rinnovamento nella continuità del diritto e degli ordinamenti; l'indeterminatezza delle nozioni di *Volk* e *Nation*; l'astrattezza delle categorie culturali rispetto alla sfera politico-sociale, testimoniata dalla separazione tra *Geist* e *Politik*<sup>26</sup>, limitavano fortemente la portata di una politica orientata secondo i princìpi di fratellanza e di solidarietà universale, dimostrando alla fine che il *nationales Selbstgefühl* era assai più forte di un *liberales Empfinden*<sup>27</sup>. Perciò la maggioranza dei liberali tedeschi di Francoforte contrastò decisamente le rivendicazioni indipendentistiche italiane, mentre i gravi problemi interni e l'impegno per l'elaborazione dei nuovi princìpi costituzionali portavano anche i più sensibili ai problemi dell'indipendenza e della libertà, fra i quali lo stesso Mittermaier, ad accantonare indirettamente le questioni estere<sup>28</sup>. Solo i democratici, definiti

<sup>25</sup> Cfr. in proposito il saggio di G. WOLLSTEIN, *Die Paulskirche und Oberitalien 1848/49*, „Risorgimento“, I (1980), n. 3, p. 293 e il capitolo relativo all'Italia del suo libro *Das „Grossdeutschland“ der Paulskirche. Nationale Ziele in der bürgerlichen Revolution 1848/49*, Düsseldorf 1977, pp. 223-42.

<sup>26</sup> Cfr. W. SIEMANN, *Die Frankfurter Nationalversammlung*, cit., pp. 20 e 58. Le discussioni sui rapporti tra *Wissenschaft* e *Politik* che già nel 1846 divisero i germanisti riuniti a Francoforte, sono esaminate da ultimo lucidamente, con riferimento anche al Mittermaier, da J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie*, cit., pp. 51, 172 ss., 190.

<sup>27</sup> Cfr. E. SESTAN, *La Costituente di Francoforte (1848-49)*, Firenze 1946, pp. 82-84; W. BUSSMAN, *Zur Geschichte des deutschen Liberalismus im 19. Jahrhundert*, Darmstadt 1969, pp. 9-10; F. VALSECCHI, *L'Italia del Risorgimento e l'Europa delle nazionalità. L'unificazione italiana nella politica europea*, Milano 1978, pp. 97, 108 e 112; G. WOLLSTEIN, *Die Paulskirche und Oberitalien*, cit., p. 294.

<sup>28</sup> Ivi, p. 288. Di notevole interesse è ciò che Mittermaier scriveva a Pasquale Stanislao Mancini nel 1849: „In riguardo d'Italia posso assicurarvi che non ho trascurato di sfruttare d'ogni occasione per contribuire alla causa della indipendenza e libertà d'Italia, ma ecco il gran ostacolo, che impedisce ogni premura degli amici d'Italia. E' un sentimento degno e nobile della nostra assemblea, d'ottener prima l'unità della Germania; si vuole che tutti gli altri Stati di Germania siano fusi; non si vuole indebolire le forze; l'Austria e la Prussia sono i più potenti stati della Germania: se i miei amici hanno voluto fare proposizioni nelle Assemblee in favore della Lombardia, si replicava sempre che sia un tradimento da parte

come il partito della rivoluzione, aderirono ad una legittimazione teorica della rivoluzione come momento essenziale del progresso storico<sup>29</sup>, e considerarono come un dovere dell'assemblea, riunita a combattere contro ogni tipo di sopraffazione e tirannide, quello di appoggiare la causa di altri popoli che lottavano per la libertà. La posizione frontale assunta da alcuni di essi<sup>30</sup> contro l'Austria non aveva però nessuna speranza di affermarsi e, di fatto, le vittorie austriache in Lombardia nella primavera del '48 furono vissute dall'opinione pubblica come un modo di procedere del movimento nazionale tedesco.

2. Deluso dalle esperienze del '48-'49<sup>31</sup>, MITTERMAIER si ritirò dalla vita politica, pur continuando a impegnarsi attivamente per la libertà religiosa<sup>32</sup> e per la riforma delle carceri. Intervenne di nuovo sulle questioni italiane dieci anni più tardi, in occasione della seconda guerra d'indipendenza, con un atteggiamento di tipo ancora moderato, ispirato a un'idea di continuità

d'un tedesco, di contribuire alla separazione della Lombardia dall'Austria, si diceva, che l'Austria sia una parte della Confederazione germanica e che non sarebbe permesso di diminuire la potenza dell'Austria, si voleva prima fondare la nuova costituzione della Germania, e poi proteggere anche gl'interessi della nazionalità italiana, tutte le proposizioni in favore d'Italia furono rigettate, o meglio prorogate. Credete, caro mio, che ho sofferto per queste premure, ma invano; non sarò indifferente alla indipendenza d'Italia, ma sento, che tutto è cangiato in Germania; la nostra condizione non è favorevole, i partiti politici nella assemblea trascurano i veri interessi della patria; la maggioranza è del partito conservatore, che lusinga troppo i principi, e non apprezza assai la condizione ed il bisogno del popolo". Cfr. E. DI CARLO, Pasquale Stanislao Mancini e Carlo Mittermaier (con lettere inedite), in Studi in onore di R. Filangieri, Napoli 1959, III, p. 486.

<sup>29</sup> Cfr. P. WENDE, *Radikalismus im Vormärz. Untersuchungen zur politischen Theorie der frühen deutschen Demokratie*, Wiesbaden 1975, pp. 185 ss. e 200.

<sup>30</sup> Cfr. G. WOLLSTEIN, *Die Paulskirche und Oberitalien*, cit., pp. 289-91; Nauwerck specialmente intervenne a Francoforte sostenendo la necessità di una presa di posizione della Germania in favore dell'Italia: cfr. F. WIGARD, *Stenogr. Berichte*, cit. Bd. 2, p. 1565; E. SESTAN, *La Costituente di Francoforte*, cit., pp. 84-91.

<sup>31</sup> Ne parlava anche in una lettera al Conticini del 17 ottobre del 1849 ed in una al Mori scritta nello stesso giorno, in cui affermava di aver deciso „di rinunciar alla carriera politica, e di vivere tutto alla scienza, l'unica amica che è sempre fedele, e ci fornisce dolci consolazioni" (Siena, Biblioteca Comunale, Autografi Porri, 129.2).

<sup>32</sup> Tra le battaglie in questo senso è da ricordare la sua presa di posizione, insieme a Welcker, contro il concordato che nel 1859 il Baden aveva stipulato con la curia e col quale venivano fatte rilevanti concessioni alla Chiesa cattolica. Cfr. H. MÜLLER-DIETZ, *Das Leben des Rechtslehrers und Politikers Karl Theodor Welcker*, Freiburg i. Br. 1968, pp. 51-52; K. u. F. MITTERMAIER, *Bilder aus dem Leben von K. J. A. Mittermaier*, Heidelberg 1886, p. 66 ss. Interessanti considerazioni sui rapporti tra potere statale e potere religioso nel Baden, possono leggersi nelle lettere cit. di Mittermaier a T. Gar del 2 dicembre 1845 e del 31 ottobre 1846.

delle istituzioni e degli ordinamenti e ad una preoccupazione di fronte alla radicalità degli eventi della penisola, che marcavano ormai un suo palese distacco dalla causa dell'indipendenza italiana. Ne risentirono i suoi stessi rapporti con diversi corrispondenti, che segnarono infatti un momento di sospensione o di crisi.

Scriveva AMBROSOLI, commentando molti anni più tardi la posizione assunta in quell'occasione da MITTERMAIER: „Gli avvenimenti del 1859 in Italia non lo trovarono tra gli uomini che più li esaltassero, e la voce che da Magenta chiamò gli italiani sotto le bandiere del Re, parve a lui che preludesse al regno della forza e alla estinzione di quel pacato e razionale svolgimento di civiltà e di progresso, di cui aveva dato prova la Germania anche divisa in una moltitudine di stati“. E osservava inoltre: „Qui però il suo giudizio falliva, perché il sentimento della indipendenza dallo straniero non pareva che neppur lui lo valutasse giustamente e temeva che l'influenza francese avesse a farsi sentire sull'Italia ancor più che l'austriaca“<sup>33</sup>.

Ancora una volta, i suoi atteggiamenti erano in sintonia con orientamenti largamente diffusi tra i liberali tedeschi. Gli avvenimenti del 1859 ebbero infatti ripercussioni vaste in Germania, intrecciandosi con problemi centrali della situazione tedesca: quello dei rapporti con l'Austria e con la Francia, quello del riconoscimento delle individualità nazionali. Tra le voci che vi si levarono a commentare le guerre d'Italia, dando vita a una ricca pubblicistica<sup>34</sup>, si segnarono, accanto a LASSALLE, NEIGEBEUR e RÖSSLER, i quali sottolineavano l'alto valore spirituale della civiltà italiana, ed anzi identificavano il principio stesso di nazionalità con la causa risorgimentale, quelle di chi, partendo dalle medesime considerazioni, ne deduceva conseguenze opposte e sosteneva l'antistoricità di una soluzione politica unitaria, che contraddiceva a tutta la storia della penisola<sup>35</sup>.

Altri invece, nell'intento di dimostrare l'incapacità del popolo italiano a formare una nazione, partivano da punti di vista più concreti, quali il costante stato di dominazione cui esso era stato storicamente soggetto e le

<sup>33</sup> Cfr. F. AMBROSOLI, Necrologia di Carlo Giuseppe Antonio Mittermaier, „Monitore dei Tribunali“, 8 (1867), n. 35-36, p. 824.

<sup>34</sup> L'accurata bibliografia pubblicata da H. ROSENBERG, Die Nationalpolitische Publizistik Deutschlands vom Eintritt der neuen Aera in Preussen bis zum Ausbruch des deutschen Krieges (1858-1870). Eine kritische Bibliographie, vol. I, München u. Berlin 1935, enumera circa un centinaio di pubblicazioni dedicate alla questione italiana. Sull'opinione pubblica tedesca riguardo alla guerra d'Italia, cfr. F. VALSECCHI, Italia ed Europa nel 1859, Firenze 1965, p. 121 ss.

<sup>35</sup> Cfr. J. W. LOEBELL, Ueber die Einheit Italiens, Bonn 1859; C. FRANTZ, Untersuchungen über das europäische Gleichgewicht, Berlin 1859.

rivalità tuttora esistenti tra le diverse regioni della penisola<sup>36</sup>. Una posizione assolutamente ostile alle rivendicazioni italiane fu infine assunta dal RAUMER e da uno dei giornali più influenti del Sud, la *Augsburger Allgemeine Zeitung*, diretta da GEORG VON COTTA. Nonostante le sue tendenze liberali, l'*Allgemeine Zeitung* prese posizione per la 'fedeltà' all'alleanza austriaca, proclamò „l'eterno stato di minorità“ del popolo italiano e si oppose a un'Italia liberale che si fondasse „sugli assassini e sull'aiuto francese“<sup>37</sup>.

Tuttavia la divergenza di valutazioni sulla crisi del '59 nella pubblicistica tedesca non nasceva soltanto dall'urto di due concezioni avverse, dal contrasto teorico sulla legittimità o meno del principio di nazionalità applicato all'Italia. Ciò che impedì a liberali come MITTERMAIER di aderire immediatamente alla causa della libertà italiana furono considerazioni di politica internazionale e soprattutto il sospetto che essa fosse solo un pretesto per i piani egemonici di Napoleone III. In lui poi l'idea della 'grande Germania' era fortemente viva e, pur non desiderando una soluzione austriaca del problema tedesco, che non poteva presentarsi come una soluzione di stampo liberale, egli non vedeva favorevolmente il progressivo imporsi della potenza prussiana, le cui tradizioni di autorità non erano certo meno vigorose di quelle asburgiche<sup>38</sup>. Il dualismo austro-prussiano costituiva quindi a suo avviso una garanzia, la maggiore speranza di libertà per gli stati minori, ed era preferibile mantenerlo in vita piuttosto che, schierandosi contro l'Austria, sottomettersi al giogo prussiano<sup>39</sup>.

La distanza del liberalismo di MITTERMAIER dal mondo prussiano si accentuò dopo gli anni '60, al tempo in cui la politica di BISMARCK decretava la fine per tutto un modo di concepire gli ideali e le speranze di unità culturale e spirituale del popolo tedesco<sup>40</sup>. La guerra austro-prussiana del

<sup>36</sup> Era il caso di E. FISCHER, autore dell'opuscolo *Die Despoten als Revolutionäre. An das deutsche Volk*, Berlin 1859.

<sup>37</sup> Cfr. F. VALSECCHI, *Italia ed Europa nel 1859*, cit., pp. 125 e 129. L'*Allgemeine Zeitung* era stato l'organo di guida del movimento nazionale tedesco e già nel 1848-49 aveva condotto una dura polemica contro i movimenti nazionali italiani. Cfr. G. WOLLSTEIN, *Die Paulskirche und Oberitalien*, cit., p. 288.

<sup>38</sup> Professore nell'università prussiana di Bonn e rettore dal 1819 al 1821, Mittermaier vi era stato costretto a inquisire, per ragioni politiche, i colleghi ed amici Welcker e Arndt. L'episodio confermò il suo giudizio sull'autoritarismo prussiano e lo indusse ad accettare la chiamata all'università di Heidelberg. Cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., p. 414; *Die Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität. Ihre Rektoren und berühmten Professoren*, hg. v. Rektor u. Senat zur 125. Wiederkehr des Gründungstages (18. 10. 1818), Bonn 1943, pp. 50-51, 198 ss.

<sup>39</sup> Cfr. F. VALSECCHI, *Italia ed Europa nel 1859*, cit., p. 151.

<sup>40</sup> Cfr. E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., pp. 416-17.

1866 non rappresentava soltanto la rottura di un equilibrio diplomatico, ma portava con sé l'amarezza del crollo di una visione politica per cui la guerra in corso era tout-court fraticida.

Ancora nel 1867, MITTERMAIER avrebbe rivolto un caldo invito ai giuristi suoi connazionali affinché riconoscessero il „vincolo spirituale“ della Germania, mantenendolo al riparo dai pregiudizi e dai contraccolpi delle vicende politiche, poiché „il diritto è l'abito del popolo e un diritto comune in certe condizioni fonda più di ogni altra cosa la comunanza di vita e di relazioni“<sup>41</sup>. Si manifestava così nel suo pensiero una difficoltà ad accettare la realtà dei tempi nuovi, esattamente avvertita dall'AMBROSOLI, che nel necrologio del 1867 scriveva: „Il progresso morale e civile della Germania egli poneva al di sopra delle idee d'unità politica; l'unità negli studi, nelle leggi, nei sentimenti gli pareva che rappresentasse meglio che l'unità degli eserciti il tipo della Germania libera e potente“. A conferma di tale giudizio riportava un brano della lettera ricevuta da MITTERMAIER nel settembre del 1866, in cui le vittorie prussiane erano descritte come l'ultimo colpo inferto alla Germania: „La Germania, o mio carissimo amico, non esiste più. La Prussia, che fu sempre opposta alla Germania, l'ha divorata. Il Parlamento del Nord sarà solamente un parlamento prussiano [. . .] l'unità non assicura la libertà né l'incivilimento“<sup>42</sup>.

Nel 1860, tuttavia, quando il timore che all'influenza austriaca in Italia potesse sostituirsi quella francese fu cancellato dalla nuova piega degli avvenimenti dopo l'armistizio di Villafranca<sup>43</sup>, MITTERMAIER si era dichiarato a favore dell'unificazione italiana e del nuovo regno e aveva riconosciuto la frequente parzialità dei giornali tedeschi nel commentare le vicende della penisola<sup>44</sup>. AMBROSOLI, giunto indirettamente a conoscenza del suo

<sup>41</sup> La frase è riportata in J. F. KAMMER, *Das gefängniswissenschaftliche Werk K. J. A. MITTERMAIERS*, cit., p. 21.

<sup>42</sup> Cfr. F. AMBROSOLI, *Necrologia di Mittermaier*, cit., p. 825. Nella sua lettera Mittermaier deplorava il fatto che con l'accentramento burocratico si determinassero effetti negativi sulla vitalità dei piccoli centri di cultura e trovava in Ambrosoli un oppositore altrettanto accanito del fenomeno che contemporaneamente si verificava in Italia.

<sup>43</sup> Nella citata *Necrologia di Mittermaier*, p. 824, AMBROSOLI proseguiva: „Stabilità però l'indipendenza italiana e allontanati i timori ch'egli aveva concepiti, i suoi voti furono per la grandezza del nuovo regno, nel quale sperò che sorgerebbe quel senno e quella cultura di cui la storia le faceva un dovere; speranza ben legittima e che noi purtroppo non siamo molto solleciti di giustificare“.

<sup>44</sup> Cfr. al riguardo l'interessante scambio epistolare che avveniva nello stesso periodo tra Mittermaier e l'avvocato toscano Giuseppe Panattoni, direttore della rivista giuridica *Temi*. Nella lettera del 29 aprile 1860, dopo un anno di silenzio da parte di Panattoni, Mittermaier gli scriveva: „I grandi rivolgimenti in Italia, e principalmente la nuova condizione

mutato orientamento politico, così riassume la storia dell'incomprensione intercorsa tra loro: „Da molti mesi pesava il silenzio che io serbava con Lei, da cui aveva ricevute tante squisite prove di benevolenza, e più volte aveva anche impresso a scriverle, ma non poteva cancellare l'impressione di dolore e di sorpresa lasciata dall'ultima lettera, scrittami da Lei nello scorso anno, in cui manifestava l'intima sua convinzione sulla giustizia della casa d'Austria e di Germania verso L'Italia; sicché non sperando io di poter convertire le sue opinioni, né volendo far carico a Lei di quello che io riputava un pregiudizio nazionale, risolsi di lasciare ai fatti il compito glorioso di acquistare simpatia a questo povero nostro paese. E i fatti vennero; e le simpatie sorsero anche là dove noi eravamo abituati a ricevere il danno e lo scherno“<sup>45</sup>. Pregava quindi il giurista tedesco di far valere la sua „poderosa parola“ per impedire i „conflitti fratricidi“ che la *Allgemeine Zeitung* di Augsburg, con un lungo articolo sulla situazione italiana<sup>46</sup>, aveva tentato di provocare.

Il carteggio riprese con nuova lena, affrontando anche, nel clima di entusiasmo dell'Unità, i problemi del nuovo regno e soprattutto quelli dell'unificazione legislativa, le cui tappe progressive AMBROSOLI poteva seguire da vicino grazie alla importante posizione conseguita al Ministero di Grazia e Giustizia in Firenze, capitale d'Italia<sup>47</sup>. Proprio insieme con l'ultima

politica della Toscana, sono molto importanti e spero che il cielo sarà propizio ai miei voti ardenti per l'avvenire della Toscana. E' difficile per noi in Germania, di farsi una giusta idea dello stato attuale della di lei patria: le gazzette in Germania non sono per la massima parte imparziali, o hanno corrispondenti in Italia che non sono giusti verso gli italiani“. La lettera di Mittermaier e la risposta di Panattoni furono pubblicate dalla „Temi“, 7 (1859-62), n° 78, pp. 322-25.

<sup>45</sup> Cfr. la lettera di Ambrosoli a Mittermaier del 3 marzo del 1860, in cui si legge anche che in una lettera al direttore del *Monitore dei Tribunali*, Giovanni Porro, Mittermaier aveva espresso un giudizio positivo sulla situazione italiana e aveva chiesto notizie dell'Ambrosoli.

<sup>46</sup> L'articolo, redazionale, era apparso nei numeri 61, 62, 63 e 65 del marzo del 1860 e si intitolava: *Die Lage der italienischen Frage und die völkerrechtlichen Beziehungen zu derselben*. In esso, oltre a deplorarsi la cessione di Nizza e della Savoia alla Francia da parte del governo sabauda, si contestava la giuridicità delle pretese di unità nazionale che fossero fondate solo sull'esistenza di una lingua e di una cultura comuni, mentre si sosteneva, al fine di giustificare e legittimare un intervento austriaco, che un diritto di nazionalità dovesse basarsi sulla legge del più forte e della guerra (n. 62, p. 1009).

<sup>47</sup> Nel 1864 gli venivano infatti attribuite le funzioni di Direttore capo della divisione per gli affari penali al Ministero di Grazia e Giustizia (v. lettera a Mittermaier dell'8 marzo del 1865). Con decreto del 16 dicembre 1866 era nominato sostituto procuratore generale presso la Corte d'Appello di Firenze e insieme gli veniva confermato l'incarico al Ministero per la compilazione del nuovo codice penale. Le tappe della carriera di Ambrosoli, durante i suoi 23 anni di attività, possono leggersi nei documenti contenuti nel fascicolo del perso-

lettera del 6 aprile 1867, ad esempio, egli spediva all'ormai ottantenne professore di Heidelberg il *Progetto di Libro I° del Codice Penale*, alla cui stesura AMBROSOLI aveva contribuito e che non prevedeva più la pena di morte<sup>48</sup>.

Nonostante il suo carattere vario ed occasionale, la corrispondenza che intercorse tra AMBROSOLI e MITTERMAIER dopo l'Unità lascia intendere che nel superamento dei particolarismi, delle difficoltà di comunicazione e dei rigori della censura, la realtà italiana che MITTERMAIER aveva conosciuto e aveva contribuito a far conoscere stava oramai lentamente mutando. Il giurista tedesco continuava comunque a manifestare le sue simpatie per l'Italia, interessandosi e partecipando anche con proposte ai lavori legislativi che si svolgevano in quegli anni. Il carteggio così riattivato presenta pertanto un interesse notevole, sia per l'aderenza a problemi concreti di riforma e riorganizzazione delle istituzioni giuridiche, sia per l'attenzione rivolta alla produzione scientifica, sia infine per i dettagli che illustrano i tentativi di un giurista formatosi nel clima un po' chiuso dell'Italia preunitaria, di rompere l'isolamento culturale della giurisprudenza del proprio paese, avviando un confronto con la produzione tedesca, del quale la traduzione dell'opera di MITTERMAIER doveva rappresentare un momento centrale.

3. I traduttori delle opere penalistiche di MITTERMAIER furono in prevalenza lombardi<sup>49</sup>. Ciò si spiega tenendo presente da un lato la vicinanza

nale della magistratura a lui intestato: Roma, Archivio centrale dello Stato, Ministero G. e G., Fasc. Pers. Magistratura, b. 90, fasc. 31837. Per la cortese comunicazione di un „Elenco dei servizi prestati allo Stato dal Commendator Filippo Ambrosoli“ esistente presso l'Archivio Ambrosoli a Como si ringrazia il Professor Mauro Ambrosoli.

<sup>48</sup> Il ruolo di primo piano assunto dall'Ambrosoli all'interno della commissione per il codice penale è documentato dai due grossi volumi pubblicati a cura dell'Ambrosoli stesso col titolo *Il Progetto del codice penale pel Regno d'Italia coi lavori preparatori per la sua compilazione raccolti e ordinati su documenti ufficiali*, Firenze 1870. Cfr. inoltre A. MAURI, F. A. Commemorazione, cit., p. 34.

<sup>49</sup> Oltre ad Ambrosoli, sono da ricordare soprattutto Maurizio Maltini e Carlo Francesco Gabba. Il primo tradusse l'opera *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschworenengericht*, Stuttgart-Tübingen 1845 (Il processo orale, accusatorio, pubblico e per giurati, Modena 1851); il secondo l'*Anleitung zur Verteidigungskunst im deutschen Criminalprocesse und in dem Oeffentlichkeit und Geschworenengerichte gebauten Strafverfahren*, Regensburg 1845 (Guida all'arte della difesa criminale nel processo penale tedesco e nel processo pubblico ed orale, Milano 1858) e l'altra opera *Die Todesstrafe nach den Ergebnissen der wissenschaftlichen Forschungen, der Fortschritte der Gesetzgebung und der Erfahrungen*, Heidelberg 1862 (La pena di morte considerata nella scienza e nei progressi della legislazione e dell'esperienza, a cura di F. Carrara, Lucca 1864).

culturale, oltre che geografico-territoriale, di quella provincia dell'impero austriaco al mondo germanico, e dall'altro la straordinaria fioritura di un'attività editoriale e libraria nella Milano della prima metà dell'Ottocento.

MITTERMAIER aveva lamentato spesso lo scarso interesse dei giuristi italiani per le ricerche e i progressi compiuti in Germania nel campo del diritto romano e civile, individuando le cause di tale arretratezza nelle difficili condizioni politiche del paese, nei metodi superficiali di insegnamento nelle università<sup>50</sup>, e soprattutto nell'influenza che sulle legislazioni dei vari stati della penisola aveva avuto il diritto francese: „L'ignoranza degli studi degli stranieri, specialmente della Germania, — mentre in Italia non si studiano quasi che le opere giuridiche francesi — oppose di frequente ostacoli a ciò, che le opere d'una gran parte dei dotti italiani — non mancano gloriose eccezioni — fossero profonde. In specialità convien deplorare che un gran numero di dotti italiani non conoscano le investigazioni tedesche, che espongono il vero spirito del diritto romano“<sup>51</sup>. Al contempo però aveva sempre cercato, nei suoi articoli sull'Italia, di segnalare gli scrittori e le opere che costituivano le „gloriose“ e neppur rare eccezioni ad un tale stato generale di cose. Egli riconosceva una notevole vitalità e creatività soprattutto nella scienza penalistica, dovute a suo avviso alla persistente fertilità della tradizione italiana in questa materia, all'impulso dato agli studi sulla legislazione penale dalle ricerche sui fondamenti filosofici del diritto di punire, sviluppa-

<sup>50</sup> Sulla situazione delle università italiane Mittermaier si era espresso nell'opera *Sulle condizioni d'Italia*, cit., p. 215-16, in cui aveva affermato: „Il sistema degli studi anche non abbraccia la scienza in tutta la sua estensione, e ne' vari suoi rami. In nessuna università d'Italia sono così pienamente insegnate tutte le varie materie, come nelle università di Germania. In alcune università italiane manca, per esempio, la cattedra di filosofia del diritto, in altre quella di diritto pubblico, e generalmente poi quella della storia del diritto. Ad una buona trattazione storica del diritto nemmeno si pensa“. Il giurista pugliese ANGELO RECCHIA, corrispondente di Mittermaier e autore di una *Miscellanea Germanica ad uso della più o meno prossima codificazione penale generale italiana*, Bari 1863, in cui aveva tradotto e raccolto vari scritti del professore di Heidelberg, avanzava in quell'opera (p. 94 ss.) la proposta di istituire nelle università italiane la cattedra di legislazione penale comparata, come già esisteva all'estero. Egli portava l'esempio di Mittermaier a Heidelberg, di Nypels a Liegi, di Ortolan a Parigi e di Davis in America.

<sup>51</sup> Cfr. l'articolo Ueber den gegenwärtigen Stand der Rechtswissenschaft in Italien, mit Prüfung der bedeutendsten seit drei Jahren in Italien erschienenen rechtswissenschaftlichen Werke und Zeitschriften, „*Krit. Zschr. f. RW. u. GG. d. Ausl.*“, 23 (1851), pp. 298 ss. e 471 ss., tradotto in italiano col titolo *Sullo stato attuale delle scienze legali in Italia*, con esame delle opere e dei giornali legali più importanti pubblicati in Italia da tre anni, e pubblicato sull'„*Eco dei Tribunali*“ negli anni 1851 e 1852; per le parole citate nel testo, cfr. „*Eco dei Tribunali*“, 2 (1851), n. 73, p. 578.

tesi nella penisola fin dall'inizio del secolo XVIII, e dai lavori compiuti nel 1806 per volere di Napoleone per dare al regno d'Italia un codice e un regolamento di procedura penale<sup>52</sup>.

Fu comunque grazie all'opera svolta da una serie di giornali e riviste, se nella prima metà del secolo XIX le questioni più dibattute e i temi fondamentali del diritto penale trovarono una sempre più larga diffusione e se gli scritti dei criminalisti e dei processualisti tedeschi iniziarono ad essere recensiti e tradotti in Italia. „I nostri lettori tedeschi osserveranno però con piacere, che appunto negli ultimi tempi l'interesse dei giuristi italiani a lavori di giurisprudenza si è accresciuto ed ha specialmente dato occasione a traduzioni o illustrazioni di opere tedesche“<sup>53</sup> — notava MITTERMAIER, e difatti proprio nel lavoro di traduzione di opere e articoli scientifici va forse individuato l'aspetto più importante e significativo dello scambio culturale tra i giuristi dei paesi di lingua tedesca e quelli di alcuni stati preunitari.

In Lombardia, una cassa di risonanza per i risultati della scienza giuridica tedesca era stata creata in particolare da un giornale stampato a Milano a partire dal 1851 per iniziativa di LUIGI PO: *La Gazzetta dei Tribunali*<sup>54</sup>, che poi assumeva nel 1860 il titolo di *Monitore dei Tribunali*. Gli intenti dei redattori, tra i quali spiccava AMBROSOLI, erano quelli di divulgare la produzione scientifica concernente il diritto sostanziale e processuale sia tedesco sia inglese, al fine di opporre alla generale tendenza dei giuristi italiani a rifarsi passivamente al modello francese un diritto che, pur nella linea della tradizione, tenesse conto dei progressi raggiunti dalle altre legislazioni europee.

In un articolo *Intorno ai più recenti lavori dell'Italia in materia di legislazione*<sup>55</sup> MITTERMAIER si esprimeva in termini assai positivi a proposito del *Monitore dei Tribunali*, ricordando il particolare interesse degli editori PORRO e GABELLI nei confronti della cultura giuridica tedesca e sottolineando i pregi dei lavori dell'AMBROSOLI che vi si pubblicavano. Il rilievo

<sup>52</sup> Ivi, 3 (1852), n. 174, pp. 629-30.

<sup>53</sup> Ivi, 2 (1851), n. 73, p. 578.

<sup>54</sup> La Gazzetta, in realtà, fu all'inizio solo il foglio di supplemento del Giornale per le scienze politico-legali, redatto da Po e Bellone a Milano, a partire dal giugno del 1850. Con la cessazione di questo periodico, essa diveniva nel 1853 un autonomo Giornale di Legislazione e pratica Giurisprudenza e lo spazio dedicato alla parte teorica positiva veniva ampliato. Alla morte di Luigi Po nel 1859, la direzione del giornale passava a Giovanni Porro. Cfr. la lettera di Porro a Mittermaier dell'11 febbraio 1860.

<sup>55</sup> L'articolo, tratto dagli Heidelbergger Jahrbücher der Literatur, era pubblicato sul „Monitore dei Tribunali“, 6 (1865), n. 32, pp. 745-51; per le parole citate nel testo, cfr. a p. 747.

politico delle posizioni assunte dal giornale e il ruolo in esso del magistrato lombardo gli venivano d'altra parte confermati da vari suoi corrispondenti. FILIPPO SERAFINI, professore di diritto romano a Pavia e collaboratore egli stesso del *Monitore*, gli scriveva infatti nel 1863: „L'Ambrosoli è a Milano e si distingue assai. Non è cosa improbabile che da qui a qualche tempo lo vediamo ministro di grazia e giustizia. La scienza del diritto penale sarebbe in tal caso rappresentata molto bene. Noi Lombardi lo desideriamo di cuore, perché i giuristi delle altre provincie, e specialmente i piemontesi ed i napoletani sono troppo infatuati della giurisprudenza francese. Il *Monitore dei Tribunali* ispirato dall'Ambrosoli combatte la *franciosomania*, e la combatte con buone ragioni e con buon esito ma in Piemonte prevalgono le idee antiche e non si sa staccarsi dai codici francesi, i quali hanno pure tanti difetti. Le dissertazioni di Vostra Signoria Illustrissima che vengono riportate nel suddetto *Monitore* si leggono con vera avidità in Lombardia, e vi è ragione a sperare che nel tempo convinceranno anche i ministri piemontesi e napoletani“<sup>56</sup>.

AMBROSOLI era intervenuto ripetutamente sul *Monitore*, con articoli impegnativi intorno a temi scottanti di riforma legislativa. Nel 1860, ad esempio, aveva condotto da quelle colonne una dura battaglia contro l'estensione alla Lombardia del codice penale sardo del 20 novembre 1859, che giudicava provvisorio e comunque inferiore al codice austriaco del 1852, fino a quel momento in vigore nel Lombardo-Veneto<sup>57</sup>. Di questo codice i giuristi delle province sottomesse all'Austria avevano spesso ammesso la validità logica e l'efficacia tecnica, sia pure con forti riserve suggerite dall'eccessiva durezza delle pene previste per i reati politici e dalla mancata estensione dell'istituto del giurì a quelle province<sup>58</sup>. Il problema della giuria popolare, o più precisamente, una volta ammesso il giudizio per mezzo dei giurati, il problema di una regolamentazione normativa della valutazione delle prove era difatti un tema fondamentale nella scienza del diritto processuale penale e costituiva in Italia motivo di scontro tra due distinte concezioni dottrinali e le corrispondenti soluzioni legislative di ispirazione

<sup>56</sup> Serafini a Mittermaier, 3 marzo 1863. Un'ulteriore testimonianza del ruolo di Ambrosoli e dei giuristi lombardi nelle battaglie per la legislazione si legge nella lettera dell'editore del *Monitore dei Tribunali* Aristide Gabelli al Mittermaier del 19 novembre del 1860.

<sup>57</sup> F. AMBROSOLI, Sulla necessità di sospendere per la Lombardia l'attivazione del Codice penale 20 novembre 1859, che era stata ordinata per il 1° maggio 1860, „*Monitore dei Tribunali*“, I (1860), n. 31, pp. 241-46.

<sup>58</sup> Cfr., ad esempio, la lettera di Ambrosoli a Mittermaier del 25 maggio 1860 e quella di Maltini del 9 febbraio 1851.

rispettivamente francese e tedesca. Della sua portata fu consapevole anche AMBROSOLI, che tuttavia concentrava i suoi sforzi sui problemi più generali della codificazione. Nel libro *Osservazioni e confronti sul Codice penale italiano 20 novembre '59* e in un opuscolo di minor mole dal titolo *Sulla nuova codificazione nei Regi Stati*<sup>59</sup>, egli aveva già cercato di esporre le tesi più avanzate e accreditate sui vari argomenti di diritto criminale e di dimostrare i difetti della legislazione italiana soprattutto in confronto con i progressi che in Germania compiva la codificazione. A tale riguardo, scriveva a MITTERMAIER: „Come suole accadere in tempi agitati, a Torino si confondono stranamente le idee, e tutto ciò che è tedesco si crede austriaco, e non volendosi cose austriache, si nega il valore il merito anche alle cose tedesche in generale: deplorabile confusione che ci priva delle ottime contribuzioni degli studi germanici“. E proseguiva: „Troverà nella conclusione del mio libro alcune parole che mi parve debito assoluto di dire per Lei; giacché ho voluto far comprendere ai nostri poco imparziali legislatori che confondere la Germania coll'Austria è cosa stolta e ingiusta, come Ella ha detto assai bene ai Signori editori del Politecnico nella lettera che vidi nell'ultimo fascicolo“<sup>60</sup>.

L'opera dell'AMBROSOLI ottenne il consenso di MITTERMAIER, che ne scrisse una lunga recensione per gli *Heidelberger Jahrbücher der Literatur*<sup>61</sup> del 1861. Dopo avere illustrato l'intricata situazione legislativa italiana e le gravi questioni che richiedevano soluzioni urgenti — prima tra tutte quella della pena di morte —, MITTERMAIER giungeva a parlare dell'autore del libro, elogiandone la cultura scientifica e l'imparzialità di giudizio e soprattutto la capacità di elaborare risposte concrete intorno ai problemi di riforma del codice. Egli coglieva così molto bene il senso che assumeva l'atteggiamento dell'AMBROSOLI nelle polemiche e nelle discussioni sorte in quegli anni sul problema dell'unificazione legislativa del diritto penale, il significato del suo antifrancesismo e del suo ricorso alla comparazione giuridica. Nella stessa opera recensita, infatti, l'autore aveva scritto, delineando quella che avrebbe dovuto essere — e non era stata — la missione del legislatore in Italia: „far scomparire al più presto il contrasto di diritto, senza addentrarsi in una precoce e difficile riforma di regolamenti e di organizzazione: porre la base di un comune diritto italico, su cui la nazione potesse

<sup>59</sup> Il primo pubblicato a Milano nel 1860-61, il secondo invece a Pavia nel 1861.

<sup>60</sup> Cfr. le lettere a Mittermaier del 30 giugno e del 16 luglio 1861, e quella di Mittermaier agli editori del Politecnico del 19 febbraio 1861, pubblicata sul „Politecnico“, 11 (1861), p. 124.

<sup>61</sup> Cfr. *Zustand des Criminalrechts in Italien. Neueste legislative Leistungen*, „Heid. Jahrb. d. Lit.“, 54 (1861), n. 46, pp. 721-35; per le parole citate nel testo cfr. a p. 724.

appoggiarsi in suo progressivo svolgimento; innalzare, a così dire, una bandiera giuridica, intorno a cui essa potesse raccogliersi, come aveva fatto intorno alla bandiera politica<sup>62</sup>. Per raggiungere questo scopo, occorreva concentrarsi su questioni precise di tecnica giuridica e prestare maggiore attenzione alle soluzioni prospettate dai giuristi e legislatori stranieri, per esempio i tedeschi, che avevano affrontato con la necessaria cautela e gradualità i problemi della difformità degli ordinamenti. In questa luce si dovevano collocare le proposte di un codice penalistico: se si prendeva per base quello del '59, bisognava considerare che esso si presentava vantaggi notevoli nei confronti del codice austriaco riguardo ai reati politici, ma dal punto di vista tecnico risultava per più rispetti come una copia di quello francese del 1808, ormai superato nella stessa Francia, e perciò assai inferiore ai codici della Toscana, dell'Austria, degli stati germanici, e presentava pecche notevoli per lo scarso riferimento al dolo e alla colpa nella previsione delle pene e per l'eccessivo rigore nella determinazione delle pene stesse<sup>63</sup>.

4. L'iniziativa di FILIPPO AMBROSOLI di tradurre l'opera di MITTERMAIER s'inseriva dunque in un programma politico e culturale che era andato via via maturando nell'ambiente dei giuristi lombardi tra gli ultimi anni del governo austriaco e l'unificazione. Essa poté giovare delle opportunità favorevoli offerte dal mercato editoriale e librario a Milano fin dall'epoca napoleonica. Come ha messo recentemente in luce MARINO BERENGO<sup>64</sup>, all'impulso espansivo che la politica francese aveva impresso nell'industria tipografica della capitale del regno italico seguì il periodo di riflusso della Restaurazione, in cui si tentò con qualche successo di salvaguardare la vitalità dell'editoria milanese, al di là delle tensioni instauratesi tra gli intellettuali e il governo. Ad accrescere l'immagine di Milano come grande centro di cultura contribuiva inoltre, nel periodo risorgimentale, l'esistenza nella metropoli lombarda di un ceto di 'gente di lettere' formato inizialmente da quegli ex-funzionari napoleonici e da quei giovani liberali, ai quali la vita pubblica e l'accesso alle cariche era precluso.

Tuttavia, al mito diffuso nella provincia di una vita intellettuale fervidissima in Milano, corrispondeva una realtà molto più modesta, poiché, a

<sup>62</sup> F. AMBROSOLI, Sulla nuova codificazione nei Regi Stati, cit., p. 27.

<sup>63</sup> F. AMBROSOLI, Osservazioni e confronti, cit., p. 68, e la lettera a Mittermaier del 25 maggio del 1860. Cfr. inoltre l'articolo di MITTERMAIER, Il progetto di revisione del Codice 1859 per il regno d'Italia presentato al Senato in Torino il 9 gennaio 1862, „Monitore dei Tribunali“, 4 (1863), pp. 49-52.

<sup>64</sup> Intellettuali e librai nella Milano della Restaurazione, Torino 1980, p. 6 ss.

causa della scarsità di lavoro, rimase sempre difficile per la maggioranza dei letterati trarre un guadagno dalle proprie fatiche, come anche fu arduo per gli editori riuscire a rientrare ogni volta nelle spese delle proprie operazioni. Sotto questo aspetto, le traduzioni di opere di successo pubblicate all'estero, oltre a costituire un importante servizio per il lettore italiano, consentivano all'editore di evitare i rischi di un'impresa nuova o la scarsa efficacia di una ristampa, offrendo la garanzia di un sicuro esito commerciale. Esse però non rappresentavano un lavoro creativo e gratificante per gli studiosi e perciò furono spesso considerate come un'attività secondaria, da affiancarsi, nel caso dei giuristi, a quella di avvocato, di magistrato, o all'insegnamento.

Se il lavoro del traduttore ha certamente un carattere di ripiego, avverte comunque BERENGO che nella Milano dell'Ottocento „il letterato che abbia cara la sua figura di libero professionista, e ne voglia preservare il decoro, si adatta solo di necessità a tradurre dal francese un'opera inglese o tedesca [. . .] quando un'opera è tradotta direttamente dalla lingua originale senza passare attraverso la via mediata e obbligata del francese, chi ha assolto a questo compito non manca di sottolinearlo“<sup>65</sup>. E' il caso appunto di FILIPPO AMBROSOLI, il quale, avendo affrontato il testo originale tedesco, non mancherà di ricordarlo in diversi luoghi e di rimarcare più volte gli errori di traduzione commessi dall'ALEXANDRE nella sua versione francese della *Lehre vom Beweise* e ripetuti letteralmente da un precedente traduttore italiano dell'opera di MITTERMAIER<sup>66</sup>.

La pubblicazione dei fascicoli della *Teoria della prova* tradotta dall'AMBROSOLI incontrò in principio alcune difficoltà che ne ritardarono notevol-

<sup>65</sup> Ivi, p. 341.

<sup>66</sup> Il Trattato della pruova in materia penale, stampato a Palermo presso l'editore Pedone Lauri nel 1857, non era accompagnato da prefazione, né vi compariva il nome del traduttore. „Data una scorsa al libro ho rilevato con tutta certezza che la traduzione è eseguita sulla francese e perciò reca con sé le inesattezze — e in qualche luogo gli errori — che presenta la traduzione del signor Alexandre; posso anche aggiungere che la lingua italiana vi è talmente trascurata da non esservi nulla da temere per la concorrenza. Siccome poi questa edizione manca delle aggiunte inedite, e si riferisce alle legislazioni a cui riferivasi l'edizione francese, e tra le altre all'austriaca del 1803, senza nemmeno un cenno delle leggi nuove, così è da credere che la mia traduzione nell'edizione milanese non avrà a soffrire pregiudizio, tanto più che i libri stampati nel Regno di Napoli non si possono avere che con grandi difficoltà e spesa“ (Ambrosoli a Mittermaier, 15. 4. 1858). La caratterizzazione come „nuova versione italiana“ nel frontespizio di quel volume rimandava a una precedente traduzione, sconosciuta a Ambrosoli, effettuata sull'edizione tedesca del 1834 da Casimiro De Rogatis e pubblicata a Napoli nel 1850 a cura di Camillo Attanasio, col titolo: Trattato della prova in materia penale ovvero esposizione comparata dei principi delle prove in materia penale.

mente il corso. Già nelle lettere dell'8 dicembre 1857 e del 14 gennaio 1858, il magistrato comunicava un ritardo, da imputare all'editore, nella pubblicazione del secondo fascicolo. Il 27 febbraio scriveva nuovamente scusandosi per la sospensione delle stampe e informando MITTERMAIER della situazione di dissesto finanziario della ditta NEGRETTI di Mantova, una crisi che in quegli anni colpiva varie piccole imprese di provincia e che rischiava di porre in serio pericolo il regolare svolgimento dell'opera. Per questo motivo AMBROSOLI aveva sciolto il contratto con i NEGRETTI e si riprometteva di trovare un serio editore a Milano, o per riprendere dal primo fascicolo la pubblicazione periodica, o, ed egli avrebbe preferito questa seconda soluzione, per pubblicare il volume in una sola volta.

Il 3 marzo del 1858 riferiva di aver stipulato finalmente un nuovo e assai migliore contratto con gli editori BORRONI e SCOTTI di Milano. „Questa ditta ha in corso, oltre a moltissime opere letterarie, anche una grandiosa Biblioteca del Foro Criminale Italiano in 30 volumi, nei quali figurano Filangieri, Beccaria, Pagano, Rossi, De Simoni, Marocco ed altri. Uno dei volumi pertanto sarà la *Teoria della prova*; e siccome quella Biblioteca ha largo spaccio in tutta Italia così la mia traduzione può dirsi assicurata di prospera fortuna“. In ogni caso, anche la Biblioteca del Foro Criminale usciva periodicamente e la *Teoria della prova* di MITTERMAIER fu perciò suddivisa in nove fascicoli.

Da una successiva lettera del 26 marzo 1858 è possibile dedurre che le nuove condizioni della pubblicazione avevano rianimato sia nell'autore sia nel traduttore l'entusiasmo e le energie che il lavoro richiedeva. AMBROSOLI infatti ringraziava MITTERMAIER delle dodici pagine di aggiunte che aveva ricevuto e scriveva: „Io da parte mia cerco di dare alla traduzione insieme al pregio della maggiore possibile fedeltà — sul qual rapporto spero d'aver osservato uno scrupolo che il traduttore francese non si diede gran fatto — anche quello di una proprietà di lingua e di stile che possa dirsi veramente italiana. Tradurre male è cosa facilissima, ma tradur bene è assai più difficile che lo scrivere addirittura nella propria lingua. Oltre a ciò, facendosi la stampa qui in Milano io potrò curare attentamente le correzioni, e sarà per me un vero contento di aver dato all'Italia un'opera così importante in una edizione bella e corretta“<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Tappe successive nella sua attività di traduttore furono il Progetto di codice internazionale del Dudley Field, „Monitore dei Tribunali“, 8 (1867), pp. 1119-23, 1144-49, e un Progetto di codice penale per la Confederazione Germanica, Venezia 1870.

5. L'opera di MITTERMAIER era apparsa nella sua prima edizione in un'epoca in cui il problema di un'esposizione sistematica delle prove penali si era imposto solo da poco tempo all'attenzione dei giuristi<sup>68</sup>. Se le ricche elaborazioni in materia di prove penali presenti nella trattatistica criminale dei secoli XVI e XVII testimoniavano il carattere „giurisprudenziale“ del sistema del tardo diritto comune, alle soglie del secolo XIX, nell'età delle codificazioni e delle affermazioni illuministiche sul principio di legalità e sulla necessità di limitare la funzione del giudice all'applicazione della legge, venne fissata solo con molta lentezza la via della scienza giuridica per un lavoro interpretativo e ricostruttivo dei principi generali e delle disposizioni presenti nelle legislazioni positive dei singoli stati<sup>69</sup>. Nelle varie trattazioni sulla procedura penale mancava una parte generale sulle prove e la materia era di solito frazionata secondo le diverse fasi del procedimento.

All'inizio dell'Ottocento il tema delle prove trovò una prima considerazione unitaria nei lavori di FEUERBACH e di GROLMAN<sup>70</sup>, ma solo con l'opera di MITTERMAIER si venne a configurare un esempio efficace di sistemazione razionale dell'argomento in una parte generale a carattere storico e filosofico e in numerose parti speciali relative ai vari mezzi di prova. Oltre al pregio e alla novità costituiti dal riordinamento dottrinale operato, un valore e un'importanza singolare erano conferite al suo scritto dagli ampi riferimenti al diritto processuale straniero e dall'esposizione comparata delle disposizioni legislative vigenti in materia probatoria. Successivamente, l'aspetto comparatistico e storico presente nell'opera fu accentuato e migliorato dagli aggiornamenti che si susseguirono nelle edizioni del '34 e del '48 e ancor più nella versione italiana dell'AMBROSOLI, il quale, inserendo anche le aggiunte che Mittermaier aveva comunicato al traduttore francese nel 1848, relative ai mutamenti legislativi verificatisi dal 1834 in poi<sup>71</sup>, mirava ad offrire un quadro esauriente dello svolgimento storico e dei pro-

<sup>68</sup> Difatti la *Theorie des Beweises* del 1821 era stata elaborata da Mittermaier già nel 1809, ma, a causa delle difficoltà incontrate per trovare un editore, fu pubblicata con dodici anni di ritardo.

<sup>69</sup> Per un'acuta analisi della dialettica tra gli ideali illuministici di stretta legalità e il principio del libero convincimento del giudice, cfr. G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli 1979.

<sup>70</sup> Cfr. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, herausgegeben von K. J. A. Mittermaier, (I ed. 1801), Giessen 1847<sup>14</sup>; K. GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, (I ed. 1798), Giessen 1825.

<sup>71</sup> Come si vedrà più avanti, nel 1834 in Germania vigeva ancora il sistema inquisitorio e segreto di procedura. Cfr. MITTERMAIER, *Teoria della prova*, cit., p. 7 n.

gressi che la normativa e gli studi sulle prove avevano compiuto negli ultimi decenni.

A MITTERMAIER, che proponeva di stampare le aggiunte alla fine del libro, come era stato fatto per l'opera *Il processo orale, accusatorio, pubblico e per giurati*, tradotta da MALTINI, AMBROSOLI obiettava che quel metodo, pur avendo „il vantaggio di lasciare un più lungo tempo a preparare le aggiunte, e di non obbligare l'Autore a metterle in perfetta armonia e consonanza colla distribuzione delle materie nel testo“, aveva d'altra parte „l'inconveniente di distaccare di troppo materie per sé connesse, di obbligare il lettore — non parliamo del traduttore — a studiare alcune parti, massime relative a legislazioni ora abolite, le quali poi sono distrutte dall'appendice; e finalmente di rendere meno diffuso lo smercio dell'opera, in quanto che tutta la prima parte, cioè la traduzione pura del testo del 1834, corre già per le mani di molti nella traduzione francese“<sup>72</sup>. Poiché una generale rifusione dell'opera sarebbe stata un'impresa troppo impegnativa per entrambi, egli proponeva „la via di mezzo, cioè di inserire ogni singola aggiunta nel debito luogo, lasciando stare del resto l'opera quale è“. In questo modo, offrendo nuove aggiunte anche nelle prime parti del testo, che sarebbe stato pubblicato in fascicoli, si sarebbero invogliati all'acquisto anche i possessori della traduzione francese.

In Italia — come ammetteva lo stesso AMBROSOLI — non mancavano manuali sulle prove e, oltre ai lavori dei francesi HELIE e BONNIER<sup>73</sup>, circolavano le opere di molti scrittori, tra cui quelle di GIULIANI, di BRUGNOLI e di PESCATORE<sup>74</sup>. L'opera del BRUGNOLI, in particolare, aveva ottenuto un giudizio assai positivo da parte di MITTERMAIER<sup>75</sup>, il quale apprezzava la capacità dell'autore di conciliare la forma accusatoria, pubblica e orale, con un ordinamento di „regole ragionevoli“ di prova, che dovevano guidare il giudice durante l'intero processo. Secondo la teoria del BRUGNOLI,

<sup>72</sup> Cfr. la lettera a Mittermaier del 1 dicembre 1856.

<sup>73</sup> Cfr. F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris 1845-1860; E. BONNIER, *Traité des preuves*, Paris 1852.

<sup>74</sup> Cfr. G. GIULIANI, *Delle vicende a cui soggiacquero le prove nei criminali giudizi della prima epoca*, Loreto 1843; M. PESCATORE, *Teoria delle prove civili e criminali giuridica e logica considerata tanto in sé stessa che nei suoi rapporti colle istituzioni giudiziarie*, Torino 1847; G. BRUGNOLI, *Della certezza e prova criminale, col confronto di varie legislazioni d'Europa e in specie d'Italia*, Modena 1846. Tra gli altri scritti sulle prove, da segnalare anche quello di B. CASTIGLIA, *Del criterio morale nei giudizi penali*, „Gazzetta dei Tribunali di Genova“, 5 (1853), nn. 82, 97; 6 (1854), n. 73.

<sup>75</sup> Cfr. la lunga recensione che MITTERMAIER ne dava nell'art. cit. Sullo stato attuale delle scienze legali in Italia, pp. 637-39; e nella *Teoria della prova*, cit., p. 29.

d'altra parte, anche quando i giudici fossero lasciati liberi di decidere secondo l' „intimo convincimento“, essi erano inevitabilmente guidati da una serie di principi generali, che regolavano il procedimento di valutazione delle prove e di „scoprimento della verità“<sup>76</sup>.

AMBROSOLI tuttavia, nella sua lettera a MITTERMAIER dell'11 settembre 1856, non sembrava interamente soddisfatto del panorama degli scritti sulla materia. Dell'opera del BRUGNOLI, per esempio, la cui forma, secondo quanto egli obiettava, „esprime piuttosto i risultamenti di uno studio teoretico — che del resto apparisce profondo ed esteso — di quello che si presti alla discussione delle quistioni fondamentali nella loro essenza“. Quanto agli scrittori dell'Austria — proseguiva ancora nella stessa lettera — essi „sono di solito troppo ligii alla lettera della legge e si restringono per lo più al commento di questa“. Sceglieva perciò di tradurre la *Lehre vom Beweise* di MITTERMAIER, ritenendo che il giurista tedesco avesse condensato nell'opera i risultati più avanzati della scienza giuridica del tempo, ed anzi aggiungeva: „Ivi la materia è trattata veramente in tutti i suoi aspetti, storico, filosofico, legislativo e pratico; ivi trovano utile soccorso tanto il giureconsulto quanto il magistrato ed il difensore; ivi finalmente ad una dottrina soda e razionale va unita una semplicità e lucidità di espressione ed un ordine logico che trascina potentemente il lettore“.

Effettivamente l'autore di quel trattato, trovandosi nel 1809 a dover risalire dal problema particolare delle prove ai temi fondamentali che la tradizione lasciava irrisolti, aveva tentato un'opera di sistemazione dei principi generali del processo, specialmente in relazione al valore della certezza e al modo di formazione del convincimento giudiziale. Nelle edizioni successive poi egli aveva arricchito il proprio lavoro soffermandosi sulle questioni — quella relativa a una teoria negativa di prove, ad esempio, o quella sul giurì —, che più di tutte richiedevano una presa di posizione e urgenti progetti di riforma.

La ricchezza del materiale offerto, la linearità dell'esposizione, i temi fondamentali affrontati con piena cognizione da MITTERMAIER, costituivano i pregi principali di un'opera in piena sintonia con i tempi in cui era maturata e ne garantivano la validità. Una validità che tra l'altro sarebbe durata fino ai primi decenni del secolo presente, se nel 1917 FLORIAN poteva scrivere che la *Teoria della prova* di MITTERMAIER, „intessuta in parte sui metodi e imbevuta dei principi delle prove legali“, era ancora al suo tempo il più

<sup>76</sup> Cfr. G. BRUGNOLI, *Della certezza*, cit., p. 140 ss. L'opinione era condivisa anche da MITTERMAIER, *Teoria della prova*, cit., p. 115.

importante trattato esistente sulle prove, quello al quale si continuava a ricorrere come a un modello<sup>77</sup>.

6. I principi esposti nella *Teoria della prova* si inserivano precisamente nella problematica in cui si dibatteva la scienza giuridica della prima metà dell'Ottocento e risentivano degli sviluppi che la teoria delle prove aveva avuto nell'illuminismo tedesco.

Com'è noto, in Germania il processo di rinnovamento del sistema penale fu più tardo rispetto alle esperienze della Francia e dell'Italia e per circa un cinquantennio il movimento di riforma ebbe solo carattere letterario<sup>78</sup> e non intaccò la struttura inquisitoria del processo vigente, basato sulla teoria delle prove del diritto comune, così come era stata fissata normativamente dall'antica costituzione criminale Carolina del 1532.

Se, come afferma NOBILI, „l'opera di Mittermaier, anteriore al '47, rispetta fedelmente l'esperienza tedesca nel suo complesso, posta nell'alternativa tra il vecchio processo inquisitorio e il processo creato dalla Rivoluzione Francese“<sup>79</sup>, la versione italiana del trattato sulla prova, insieme con quella dell'altro scritto *Il processo orale, accusatorio, pubblico e per giurati*, consente, specie nelle successive aggiunte elaborate dall'autore, di percepire il segno dei nuovi tempi e della svolta avvenuta in seguito alle riforme legislative della metà del secolo nelle discussioni in materia di processo penale.

Nei primi decenni del secolo XIX, l'atteggiamento della maggioranza dei giuristi progressisti in Germania era stato di netta opposizione nei confronti della *conviction intime* e della giuria popolare che „come un oracolo“ era chiamata ad esprimerla<sup>80</sup>. Se la loro polemica è stata giudicata in parte eccessiva<sup>81</sup>, essa consentì comunque che fosse spianata la via per un ripen-

<sup>77</sup> Cfr. E. FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano 1917, p. 29 n.; e più recentemente G. BRICHETTI, *L'evidenza nel processo penale*, Napoli 1950, p. 6 n.

<sup>78</sup> Cfr. U. WESTHOFF, *Ueber die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts*, Berlin 1955, p. 115.

<sup>79</sup> Cfr. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, p. 218.

<sup>80</sup> Feuerbach, Grolman, Tittmann, von Globig erano contrari all'intima convinzione perché fondata non su un procedimento razionale di ricerca della verità, ma su un ‚Wahrheitsgefühl‘, un ‚Totaleindruck‘, la cui impronta irrazionalistica contrastava con il legalismo illuministico di cui erano portatori e con la loro visione meccanicistica della funzione del giudice, limitata strettamente a quella di ‚Sprachohr‘ della legge. Cfr. W. KÜPER, *Die Richteridee der Strafprozessordnung in ihre geschichtliche Grundlagen*, Berlin 1967, pp. 143, 214; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 143.

<sup>81</sup> Cfr. per es. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 185; al quale replica G. WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen 1979, p. 71, sostenendo che tale pole-

samento critico dei principi del sistema francese del 1791 che, nelle spurie soluzioni di compromesso adottate in seguito<sup>82</sup>, sembravano aver perduto la loro originaria incisività.

Come in Italia gli sforzi di giuristi quali ROMAGNOSI e NICOLINI<sup>83</sup> erano rivolti a recepire la forme dell'oralità, della pubblicità e dell'accusa, ormai generalmente riconosciute come reali elementi di progresso rispetto alla forma scritta e alla segretezza dell'inquisizione, così anche nei paesi di lingua tedesca si comprese presto che i nuovi principi potevano sopravvivere anche indipendentemente dai giuristi. Sulla linea delle tesi di FEUERBACH<sup>84</sup>, ma fin da allora con un atteggiamento meno drastico nei confronti del sistema francese, MITTERMAIER affermava in modo esplicito che la pubblicità e l'oralità potevano coesistere con un ordinamento basato su magistrati permanenti a patto che l'inquisizione preliminare fornisse solo il materiale per decidere sulla fondatezza dell'accusa e che la sentenza definitiva fosse emanata esclusivamente in base al risultato del dibattimento<sup>85</sup>. Confutando ad una ad una le obiezioni del CARMIGNANI<sup>86</sup>, egli perciò si faceva sostenitore della forma mista di procedura — posizione che avrebbe confermato anche in seguito, nelle aggiunte dettate all'AMBROSOLI<sup>87</sup>.

Fin dalla prima stesura del trattato sulla prova nel 1809, MITTERMAIER

non impedì che le imperfezioni della soluzione francese fossero recepite acriticamente, prescindendo completamente dalle condizioni politiche assai diverse della Germania.

<sup>82</sup> Il Codice francese d'istruzione criminale del 1808 abolì infatti il giurì d'accusa, sostituendo alla precedente forma accusatoria pura un processo misto, restituendo cioè alla fase preliminare un carattere inquisitorio.

<sup>83</sup> Cfr. G. D. ROMAGNOSI, *Scienza delle costituzioni*, Firenze 1850, p. 60 ss.; N. NICOLINI, *Discorso inaugurale dell'anno giurid. 1833: Della discussione pubblica nei giudizi penali, in* *Questioni di diritto*, Livorno 1844, p. 310; e *Procedura penale del Regno delle due Sicilie*, Livorno 1843, parte III, par. 528.

<sup>84</sup> Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Giessen 1821, p. 147 ss. Recentemente A. LAUFS, *Recht und Gericht im Werk der Paulskirche, Heidelberg-Karlsruhe 1978*, p. 29 n., è tornato a sottolineare l'importanza che le elaborazioni dottrinali di Feuerbach e di Mittermaier a favore dell'oralità e della pubblicità ebbero ai fini della definitiva affermazione dei due principi alla Paulskirche. Sul Mittermaier cfr. inoltre L. STEGEMEIER, *Die Bedeutung K. J. A. Mittermaiers für die Entwicklung des reformierten Strafprozesses (Diss. jur.)*, Göttingen 1948, p. 22 ss.

<sup>85</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Teoria della prova*, cit., pp. 41 ss., 501.

<sup>86</sup> Cfr. G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa 1832, vol. IV, pp. 281-313. Sull'autore, v. A. MAZZACANE, Carmignani Giovanni, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 20, Roma 1977, p. 415-21.

<sup>87</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Teoria della prova*, cit., p. 53, dove però si segnalavano i difetti che l'attuazione del sistema ancora presentava soprattutto negli ordinamenti italiani. Cfr. anche la lettera di Ambrosoli a Mittermaier dell'1. 12. 1856.

aveva cercato di indicare le riforme necessarie per superare i difetti palesi che la teoria legale di prove portava con sé. Pur non disconoscendo i pregi originari di quella teoria — primo tra tutti la garanzia che essa forniva di un procedimento razionale nel valutare le prove contro il possibile arbitrio del giudice —, egli sottolineava i limiti del cosiddetto ‚tariffario legale‘, che riduceva il procedimento stesso ad un puro calcolo matematico, escludendo il convincimento del giudicante<sup>88</sup>. L'insufficienza della teoria legale si manifestava, a suo giudizio, soprattutto in riferimento alla prova per indizi, che a torto era considerata fallace e di secondaria importanza rispetto alle prove „naturali“, dirette, quale era, ad esempio, quella testimoniale. Egli sosteneva l'inutilità pratica della distinzione delle prove in „naturali“ e „artificiali“, affermando che il processo di rafforzamento della credibilità delle prove e di accertamento della verità dei fatti sorgeva sempre dall'esame razionale di una serie di argomentazioni e non in base alla semplice percezione dei sensi. Dimostrava pertanto che ogni mezzo di prova era sostanzialmente indiziario, perché si risolveva in definitiva in una catena di supposizioni (*eine Kette von Vermutungen*) sulle quali il giudice doveva fondare il proprio convincimento<sup>89</sup>.

Pur individuando i pericoli collegati con la prova indiziaria e puntualizzando il dovere del giudice di ponderare con la massima attenzione e diligenza tutte le connessioni tra i fatti da dimostrare, evitando di lasciarsi influenzare da impressioni contingenti, Mittermaier sosteneva quindi il valore e l'utilità della prova per indizi, soprattutto nel caso in cui vigesse la procedura orale, pubblica, e accusatoria. In quel tipo di processo, infatti, abbandonati i criteri troppo rigidi e le regole codificate di valutazione delle circostanze, e senza cadere, d'altra parte, nell'eccesso opposto di un giudizio basato sull'intimo convincimento, su un'impressione non verificata da accurate indagini, né sostenuta da serie motivazioni, era possibile, a suo giudizio, tenere gli indizi nella giusta considerazione e, dando all'imputato la facoltà di controbatterli pubblicamente davanti al giudice — sia che fosse togato, sia popolare —, si facilitava a quest'ultimo il compito di quell'operazione logica in cui doveva risolversi ogni processo<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Ivi, pp. 87 ss., 16 ss.

<sup>89</sup> Ivi, p. 517, 173 ss., 476 ss., 479.

<sup>90</sup> Ivi, p. 483. Interessanti considerazioni si leggono nella lettera di Ambrosoli del 2 luglio 1858, in cui il traduttore comunicava la propria intenzione di tener conto, nel capitolo sulla prova indiziaria, della memoria di MITTERMAIER, Ueber den neuesten Stand der Ansichten der Gesetzgebung und der Wissenschaft über den Indicienbeweis und die Vorschläge der Bedingungen, unter welchen diese Beweis-art gestattet werden soll, „Archiv des Criminalrechts“, 11 (1844), pp. 274 ss., 443 ss., 570 ss.

Intorno agli anni '40 l'insoddisfazione nei confronti della teoria legale portava all'introduzione, nelle legislazioni di alcuni stati tedeschi<sup>91</sup>, di un sistema negativo di previsioni normative, che, almeno così si sperava, avrebbe potuto conciliare la necessaria libertà del magistrato di assolvere un imputato ritenuto innocente con l'esigenza di subordinare la sentenza di condanna all'esistenza di determinati requisiti probatori richiesti dalla legge. MITTERMAIER stesso chiariva le differenze con il sistema tradizionale delle prove legali: „Questo obbligava i giudici a tener per veri e pienamente provati i fatti, tosto che concorressero certe prove [. . .] secondo noi, invece, la teoria delle prove si propone soltanto di porre all'arbitrio del giudice certi confini per meglio tutelare l'innocenza; si limita a vietargli di condannare, quando manchi l'una o l'altra delle condizioni richieste“<sup>92</sup>.

L'ipotesi da cui partivano i giuristi che sostenevano una teoria negativa<sup>93</sup>, le cui regole non imponevano di condannare, ma costituivano le condizioni alle quali si subordinava la pronuncia di condanna, era che la convinzione sulla colpevolezza fosse più difficile da raggiungere che non il numero delle prove richieste dalla legge.

In realtà, la pratica di quegli anni dimostrava che l'ipotesi contraria era molto più frequente e che le prove oggettive richieste per la condanna erano le più difficili a prodursi, in quanto le esigenze legali erano troppo alte, dal momento che non era più esperibile lo strumento regolativo costituito dalla tortura, che consentiva di estorcere la confessione dell'imputato<sup>94</sup>. Anche la teoria negativa iniziò a incontrare quindi numerose critiche, poiché, sebbene in modo attenuato, essa manteneva i vincoli di una previsione normativa nei cui confronti si era divenuti ormai insofferenti. Perciò lentamente ci si avviò in Germania ad un superamento delle obiezioni mosse all'intima convinzione e, grazie anche all'elaborazione teorica di MITTERMAIER, cominciò a diffondersi un'interpretazione razionale della *freie Beweiswürdigung*<sup>95</sup>.

A determinare tale superamento un peso rilevante ebbe la formulazione,

<sup>91</sup> Ad esempio nel Regolamento di procedura penale del Württemberg del 1843, in quello del Baden del 1845, come anche nella legislazione del cantone di Berna del 1842. Cfr. in proposito MITTERMAIER, *Teoria*, cit., p. 26.

<sup>92</sup> Ivi, p. 109.

<sup>93</sup> Oltre al Mittermaier sono da menzionare soprattutto P. J. A. FEUERBACH, *Betrachtungen über das Geschworenen-Gericht*, Landshut 1813, p. 130 ss.; e N. K. E. HENKE, *Handbuch der Criminalrechtswissenschaft und der Criminalpolitik*, Berlin u. Stettin 1838, Bd. 4, p. 415.

<sup>94</sup> Cfr. U. WESTHOFF, op. cit., p. 116.

<sup>95</sup> Cfr. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 194 ss.

fin dal 1825, di una teoria probatoria giudiziale da parte di JARCKE<sup>96</sup>, fondata sulla dottrina kantiana della conoscenza e contrapposta alle contemporanee elaborazioni dei giuristi che si rifacevano invece alla filosofia hegeliana<sup>97</sup>.

MITTERMAIER, il quale recepì in pieno questa teoria, partiva nella *Lehre vom Beweise* dal principio che la verità fosse „la concordanza tra l'idea di una cosa e quello che essa effettivamente è“<sup>98</sup>, e che il convincimento fosse a sua volta una condizione psichica, uno „stato d'animo“, in cui „noi teniamo per vera una cosa, in forza di motivi pienamente soddisfacenti e di cui abbiamo la coscienza“. Con JARCKE, egli giungeva a dedurre l'insufficienza di ogni „tener-per-vero“ che fosse solo soggettivo, solo „una vaga persuasione, tanto più facile ad illudere, perché sorge da un moto repentino dell'animo, o dalla convinzione altrui, senza fondarsi su alcun motivo accertato“<sup>99</sup>.

Tuttavia, oltre a determinazioni di carattere filosofico, un'importanza decisiva e forse anche maggiore, ai fini della maturazione di questa nuova ottica nel pensiero di MITTERMAIER, ebbe l'indirizzo specifico che egli dette ai suoi studi, risalendo dalle „fonti francesi derivate a quelle originali inglesi“<sup>100</sup>. L'esistenza in Inghilterra di un esteso diritto probatorio consuetudinario, collegato con l'istituzione dei giurati, gli suggerì il dubbio che le combinazioni fino allora proposte, che vincolavano il giurì al libero convin-

<sup>96</sup> C. F. JARCKE, *Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise*, „Neues Archiv des Criminalrechts“, 8 (1825), p. 97 ss. Cfr. W. KÜPER, *Die Richteridee*, cit., p. 222 ss.

<sup>97</sup> Cfr. E. GANS, *Die Richter als Geschworene*, in *Beiträge zur Revision der preussischen Gesetzgebung*, Berlin 1830-1832, p. 68 ss.; C. R. KÖSTLIN, *Oeffentlichkeit, Mündlichkeit, Geschworenengerichte*, „Jahrbücher der Gegenwart“, 1 (1843), n. 73, p. 289 ss.; i quali, applicando la filosofia di Hegel al giudizio dei giurati, configuravano il momento della valutazione delle prove come un atto di pura coscienza, un'informazione soggettiva del giudicante sul fatto e sulla responsabilità dell'accusato. Per Jarcke viceversa, e per una larga parte del pensiero giuridico tedesco che accolse i presupposti filosofici della teoria della conoscenza di Kant, non ultimo il Mittermaier, la valutazione delle prove non si esauriva in un momento di intuizione soggettiva, ma conteneva un'istanza di razionalità e di oggettività. Cfr. in proposito W. KÜPER, op. cit., p. 215 ss., 300 ss.

<sup>98</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Teoria*, cit., p. 65.

<sup>99</sup> Ivi, p. 70.

<sup>100</sup> Le opere di scrittori inglesi sul tema delle prove alle quali si rifaceva Mittermaier erano principalmente quelle di Gilbert, Phillips, Roscoe, Starkie, Wills e Bentham. Oltre alla *Teoria della prova*, cit., p. 27, cfr. *l'Einleitung über die Bedeutung der englischen Beweislehre*, premessa all'opera di W. M. BEST, *Grundzüge des englischen Beweisrechts*, tradotta in tedesco e annotata da H. Marquardsen, Heidelberg 1851, pp. XI-XXVII. Il saggio di Mittermaier fu tradotto in italiano con il titolo *Sull'importanza della teoria di prove inglese*, „Eco dei Tribunali“, 1 (1851), n. 92, pp. 733-36; n. 93, pp. 741-44 (a p. 747 le espressioni riportate nel testo).

cimento e i magistrati togati alla teoria legale, non esaurissero tutte le alternative possibili. Egli fu il primo, in un articolo del 1844<sup>101</sup>, a denunciare l'errore di ritenere che i giurati dovessero decidere solo in base alla convinzione soggettiva, a un *Totaleindruck* di difficile definizione, e, a sostegno delle sue tesi, citava l'esempio della *law of evidence* del processo inglese, che metteva a disposizione dei giurati un insieme di regole per decidere sulla questione di fatto, elaborate attraverso la lunga esperienza delle corti, attraverso il buon senso e la logica.

7. Sotto l'influsso del generale mutamento nel concepire la funzione del giudice nella prima metà dell'Ottocento, anche la razionalità della decisione del magistrato sulle questioni di fatto finiva per non essere più considerata come una pura conseguenza logica della teoria legale di prova<sup>102</sup>, dal momento che la verità era definita „obiettiva“, „affatto indipendente dal soggetto che giudica“, e riposava „sopra tali fondamenti, da suscitare in ogni uomo, e persino contro volontà, la stessa impressione, ossia la medesima idea“<sup>103</sup>.

A cominciare dagli anni '40 in Germania il numero di coloro che sostenevano la necessità di svincolare il giudizio da criteri legislativi di valutazione delle prove andò progressivamente aumentando. Per la maggioranza di questi giuristi, però, al consenso per le nuove concezioni in materia probatoria non corrispondeva una parallela adesione all'istituto della giuria popolare, a causa dei difetti che l'attuazione pratica del giudizio per mezzo dei giurati comportava<sup>104</sup>.

SAVIGNY in particolare negava che l'istanza di razionalità dei giudizi dovesse essere perseguita attraverso prescrizioni normative e affermava che il giudice dovesse ricercare attraverso regole scientifiche, non tassative, i criteri che presiedevano al giudizio sul fatto<sup>105</sup>. Egli riteneva sufficiente, al fine di garantire un controllo sull'operato del giudice, la nuova pubblicità del processo e l'obbligo di motivare la sentenza.

<sup>101</sup> Cfr. MITTERMAIER, Ueber den neuesten Zustand der Ansichten der Gesetzgebung und der Wissenschaft über den Indicienbeweis, cit.

<sup>102</sup> Cfr. W. KÜPER, op. cit., p. 225.

<sup>103</sup> Cfr. MITTERMAIER, Teoria, cit., p. 66.

<sup>104</sup> Il problema della stretta relazione tra il dibattito sul giurì e quello sulle prove, nella scienza giuridica tedesca della prima metà dell'Ottocento, è affrontato da E. SCHWINGE, Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung, Breslau 1926, pp. V, 18 ss., 90 ss.

<sup>105</sup> Cfr. F. C. v. SAVIGNY, Die Prinzipien in Beziehung auf eine neue Strafprozessordnung, „Goldammer's Archiv“, 6 (1858), p. 469 ss.; e le considerazioni di M. NOBILI, Il principio del libero convincimento, cit., p. 57 ss.

Al contrario, MITTERMAIER considerava inutile esigere dal giudice i motivi di un convincimento, dal momento che non esisteva alcuna regola di legge a cui si potessero rapportare<sup>106</sup>. A rafforzarlo in questa sua opinione contribuirono le esperienze negative che intorno al 1846 si facevano negli stati italiani. Nel regno sardo, in Toscana e a Napoli i motivi delle sentenze dei magistrati togati basati sull'intima persuasione, essendo strettamente collegati col dibattimento e non trovando un supporto nella previsione legislativa, non erano facilmente e validamente individuabili e indicabili, se non con espressioni indeterminate, di nessuna utilità al fine di sottrarre le decisioni all'arbitrio dei giudici stessi<sup>107</sup>. Questi ultimi erano in definitiva resi simili a giurati, senza che però possedessero quelle garanzie che i giudici popolari offrivano: l'indipendenza dal potere esecutivo, il diritto di ricusa dell'imputato, il maggior numero dei votanti<sup>108</sup>.

La tesi dell'incompatibilità tra la *freie Beweiswürdigung* e l'obbligo della motivazione fu l'argomento fondamentale addotto da MITTERMAIER al congresso giuridico dei germanisti del 1847 a Lubeca<sup>109</sup>, allo scopo di dimostrare l'urgente necessità di introdurre il giurì. In quelle sede si chiarì definitivamente la sua posizione nei confronti dell'istituto delle corti popolari, in passato non poco oscillante, giacché ad una prima difesa del giurì nel 1831 era seguito un lungo periodo di dubbi e di cautele<sup>110</sup>. Fu un'adesione espressa con pacatezza, com'era proprio dei suoi modi alieni da ogni eccesso polemico, rispettosa delle opinioni discordi e fondata più su considerazioni empiriche, che su drastiche scelte teoriche. Nell'aggiunta al capitolo sul giurì preparata per l'edizione italiana della *Teoria della prova*, egli scriveva, riferendosi alla commissione nominata a Francoforte nel '46: „Qual relatore di quella commissione, ci siamo assunto come nostro debito di prepararci a quel rapporto con nuovi e ripetuti studi, colla indagine dei dati statistici, e col richiedere informazioni da uomini sperimentati nella pratica. E il risultamento si fu, d'esserci persuasi che il giurì non sia bensì la sola via, né la migliore, per

<sup>106</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Teoria*, cit., p. 107; Il processo orale, accusatorio, pubblico e per giurati, cit., pp. 25, 542; Sull'importanza della teoria di prove inglese, cit., p. 735.

<sup>107</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Teoria*, cit., p. 111 ss.

<sup>108</sup> Cfr. MITTERMAIER, Il processo orale, accusatorio, pubblico e per giurati, cit., p. 567; *Teoria*, cit., p. 148.

<sup>109</sup> Cfr. E. SCHWINGE, op. cit., p. 148.

<sup>110</sup> Mittermaier stesso confessava d'aver mutato opinione sulla questione del giurì nelle aggiunte alle versioni italiane delle opere *Il processo orale*, cit., p. 567 ss., e *Teoria*, cit., p. 142 ss. Sulla sua iniziale adesione all'istituto delle corti popolari cfr. E. SCHWINGE, op. cit., p. 58 e la raccolta curata da G. CASPAR e H. ZEISEL, *Der Laienrichter im Strafprozess*, Heidelberg-Karlsruhe 1979, p. 22 n.

trovare la verità di fatto ne' processi penali, ma che in paragone dei giudizi composti da magistrati permanenti offre molti vantaggi; che per altro tutto dipende dal modo con cui è istituito; e che il metodo migliore per assicurarne la buona riuscita si è di instituirlo coi principi del diritto inglese<sup>111</sup>. La conclusione cui giungeva era indicativa, anche se, come si vedrà, non avrebbe portato a conseguenze pratiche in campo legislativo. Accogliendo l'istituto del giurì, ma a maggior ragione se si mantenevano i magistrati di carriera, non era necessario, a suo avviso, rinunciare a regole probatorie che garantissero la serietà e la razionalità del procedimento di formazione della certezza<sup>112</sup>.

A Lubeca la sua relazione per l'introduzione della giuria popolare<sup>113</sup> ottenne i consensi della maggioranza degli intervenuti e contribuì a dare nuovo impulso alle spinte dell'opinione pubblica per l'adozione del nuovo sistema.

Poco dopo, in seguito alle pressioni e alle richieste dei liberali dell'assemblea nazionale di Francoforte, in cui tra gli altri diritti fondamentali veniva sancito quello relativo ad un processo penale basato sull'istituzione dei giurati<sup>114</sup>, i governi degli stati tedeschi si risolsero ad abolire le precedenti regole di prova e a concedere il giurì per le materie criminali<sup>115</sup>.

Tuttavia, nonostante i continui richiami al sistema processuale vigente in Inghilterra e l'opera di chiarificazione svolta da giuristi e studiosi sulla natura del giurì inglese<sup>116</sup>, mancarono probabilmente dei concreti punti di riferimento su cui regolarsi per dare un migliore assetto alla procedura penale e le leggi tedesche successive al '48 finirono per orientarsi in generale

<sup>111</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Teoria*, cit., p. 143.

<sup>112</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Il processo orale*, cit., p. 508 ss. La combinazione proposta da Mittermaier giurì/regole legali non ebbe gran seguito dopo di lui. Recentemente ne ha parlato E. AMODIO, *I giudici senza toga*, Milano 1979, p. 13, 47.

<sup>113</sup> Cfr. *Verhandlungen zu Lübeck*, cit., p. 68.

<sup>114</sup> Cfr. L'articolo VIII del progetto della costituzione tedesca, riportato da H. SCHOLLER, *Die Grundrechtsdiskussion*, cit., p. 61.

<sup>115</sup> Intorno agli anni '48-'49, il giurì veniva istituito in Baviera, nell'Assia, nel Württemberg, in Prussia, nel Braunschweig, in Sassonia e in Hannover. Cfr. MITTERMAIER, *Teoria*, cit., p. 143; *Il processo orale*, cit., p. 557; *Sull'importanza della teoria di prove inglese*, cit., p. 733. Cfr. inoltre A. LAUFS, *Recht und Gericht*, cit., p. 35 ss.

<sup>116</sup> Oltre a Mittermaier, erano fautori del giurì inglese: F. A. BIENER, *Das englische Geschworenengericht*, Leipzig 1852-55; F. C. T. HEPP, *Vergleichung der englischen und französischen Jury*, „*Archiv des Criminalrechts*“, 17 (1850), p. 1 ss., 307 ss.; R. GNEIST, *Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland*, Berlin 1849; I. H. ABEGG, *Zur Lehre vom Beweise und dem Schwurgerichte*, „*Gerichtssaal*“, 2 (1850), Bd. II, p. 61 ss.

secondo l'esempio francese, ingiungendo in sostanza ai giurati di decidere secondo coscienza<sup>117</sup>.

Negli scritti che seguirono gli anni delle riforme legislative dei vari stati tedeschi, MITTERMAIER avrebbe comunque continuato a sostenere i pregi dei giuristi informando sui risultati positivi registrati dalla pratica in Germania, ma confermando sempre il suo attaccamento all'ideale del modello anglosassone<sup>118</sup>. In particolare nel 1850, in occasione dell'entrata in vigore nell'America settentrionale di un nuovo *Code of procedure for the State of New-York*, che dedicava ampio spazio al sistema delle prove, egli ebbe modo di precisare con chiarezza le sue idee circa la possibilità di applicare il sistema inglese in Germania. Sull'argomento intervenne con un articolo pubblicato sulla *Kritische Zeitschrift* di commento al *Progetto di un regolamento sulla prova legale per l'America settentrionale*<sup>119</sup>, nel quale, pur riconoscendo i pregi del codice progettato, che si proponeva, secondo i principi di BENTHAM, di fissare in norme di legge le regole tradizionalmente consuetudinarie della *law of evidence* e di esporre i precetti sul miglior modo di rilevare e constatare le prove, sottolineava il carattere inevitabilmente generico delle regole predisposte e l'impossibilità che tutti i principi della scienza potessero trovare posto in un codice<sup>120</sup>.

Le stesse idee vennero poi espone diffusamente nell'altro saggio già ricordato, *Sull'importanza della teoria di prove inglese*, nel quale MITTERMAIER considerava la natura tradizionale di quel sistema probatorio, il suo radicarsi nelle abitudini popolari, che ne sconsigliavano una trasposizione meccanica nelle legislazioni tedesche<sup>121</sup>. Ancora più improponibile poi era a suo avviso la codificazione di un sistema di prove sull'esempio di quello americano.

<sup>117</sup> Cfr. U. WESTHOFF, op. cit., p. 117; E. SCHWINGE, op. cit., pp. 122, 158.

<sup>118</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren*, Erlangen 1856, pp. 8-66; Il giudizio popolare nella forma dei giuristi e del tribunale degli scabini, trad. it. C. Dura, Napoli 1868, p. 24; e inoltre le aggiunte alle versioni italiane della Teoria della prova, cit., e de Il processo orale, cit., p. 564 ss.

<sup>119</sup> Tale era il titolo italiano dell'articolo tradotto sulla „Gazzetta dei Tribunali“ di Milano, 1 (1851), nn. 60, 61, 92, 93, 94. Per la traduzione cfr. la lettera di Luigi Po del 21 settembre del 1851.

<sup>120</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Sul progetto di un regolamento*, cit., p. 243.

<sup>121</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Sull'importanza della teoria di prove inglese*, cit., pp. 743 e 735, in cui affermava: „E' della natura di questo diritto il vivere nel senso legale del popolo, l'essere sorto con le idee di questo, l'essere generalmente conosciuto, e quindi più facilmente applicabile del diritto scritto“. In un altro articolo, *Il giurista in Inghilterra*, „Eco dei Tribunali“, 1 (1850), n. 42, p. 331, Mittermaier ricordava come „In ogni popolo una istituzione tanto giudiziaria, quanto politica assomiglia alla pianta, la quale ha d'uopo di terreno, clima e coltura particolare e quindi dipende da certe relazioni morali, sociali e costituzionali del popolo“. Questo saggio del giurista tedesco fu pubblicato anche nella

La proposta di MITTERMAIER per gli stati tedeschi era quindi legata alla speranza „che queste norme passino nel senso legale del popolo, e che i nostri presidenti, come quelli d'Inghilterra e d'America, rendano attenti ed ammoniscano i giurati nell'applicazione della legge al caso speciale. Per ottenere ciò non occorre alcun codice sulle prove, mentre la scienza da sola saprà sostenere il proprio assunto"<sup>122</sup>. Il sistema inglese doveva essere perciò studiato dai giuristi del continente come un esempio del metodo di procedere nel dibattimento e non come una serie di precetti normativi, che si sarebbero spesso rivelati estranei al diritto del luogo, e per di più incompleti senza il supporto dell'azione del giudice. Per quanto riguarda i giurati, il loro giudizio doveva formarsi secondo le regole ragionevoli di prova ammesse dalla giurisprudenza nel caso singolo, regole che il giudice aveva il compito di chiarire, richiamando l'attenzione sui punti più importanti e ponendo in guardia contro i possibili errori<sup>123</sup>.

In una nota alla traduzione italiana dell'articolo di MITTERMAIER, il redattore dell'*Eco dei Tribunali*, PARIDE ZAIOTTI, avrebbe avanzato dubbi sulla possibilità pratica di attuare la proposta del giurista tedesco: „Per ammettere tanta influenza dei presidenti, bisogna prima supporre l'organizzazione giudiziaria inglese, mentre altrimenti i giurati saranno di frequente organi materiali del vecchio spirito di procedura, ed il popolo non avrà più in essi quella fiducia, che, secondo lo stesso Mittermaier, è uno dei più grandi vantaggi del giurì. Giudici stabili e giurati sono, almeno presso di noi, una antitesi perfetta, ed i primi, credendosi stoltamente superiori ai secondi, cercano, per lo più, nell'applicazione delle pene, di rimediare a quella che essi chiamano ignoranza dei giurati. Se ciò non fosse un abuso di potere, se ciò non conducesse a grandi ingiustizie, la cosa sarebbe troppo ridicola per farne nemmeno cenno"<sup>124</sup>.

ZAIOTTI, letterato e magistrato di idee liberali<sup>125</sup>, fu uno dei principali corrispondenti veneti di MITTERMAIER. Sebbene l'*Eco dei Tribunali*, per gli articoli favorevoli alla legislazione vigente, fosse considerato un giornale filo-austriaco<sup>126</sup>, egli cercò tuttavia, per quanto riguardava il giudizio per „Gazzetta dei Tribunali“ di Milano, 1 (1851), p. 2 ss., e come ultimo paragrafo della versione italiana dell'opera *Il processo orale*, cit., p. 566 ss.

<sup>122</sup> Cfr. MITTERMAIER, Sul progetto di un regolamento, cit., p. 384.

<sup>123</sup> Cfr. MITTERMAIER, Sull'importanza della teoria di prove inglese, cit., p. 743.

<sup>124</sup> Ibidem.

<sup>125</sup> Egli partecipò nel 1849 alla difesa di Venezia, a differenza del padre, anch'egli di nome Paride, il quale legò invece la sua fama a quella di collaboratore fedele del governo austriaco.

<sup>126</sup> Al punto che, volendo combattere le critiche rivolte alla legislazione e alla giuri-

mezzo dei giurati, di esporre imparzialmente le diverse opinioni sulla questione prima di arrivare a proclamare la sua convinzione sulla positività di quell'istituto<sup>127</sup>, che invece il governo di Vienna, con motivazioni non molto convincenti, avrebbe nel 1850 rifiutato alle province del Lombardo-Veneto.

Un altro articolo di MITTERMAIER, scritto appositamente per l'*Eco dei Tribunali*, riguardava *Il giurì in Inghilterra*. In nota ZAIOTTI vi pubblicava una lettera ricevuta dal giurista tedesco in cui era espressa la convinzione che esistesse uno stretto rapporto tra lo sviluppo della vita politica e il progresso della procedura penale, collegato in modo particolare con l'introduzione della pubblicità, dell'oralità, dell'accusa e del giurì. MITTERMAIER vi affermava inoltre che „nelle condizioni attuali, piene di gravi sciagure, è dovere di tutti gli amici d'Italia di riunire tutte le forze per istruire il popolo, per sviluppare il vero senso morale e politico, per coltivar le scienze e di far tutto, affinché l'Italia possa vantare di una buona procedura penale che protegga la libertà“<sup>128</sup>.

Tuttavia MITTERMAIER, se auspicava un rinnovamento del processo penale e l'abolizione delle antiche forme della segretezza, della scrittura e dell'inquisizione, non sostenne in un primo tempo con altrettanta convinzione la necessità di introdurre il giurì nelle varie province italiane. Le argomentazioni tramandate da decenni per negare l'opportunità dell'istituto delle corti popolari nella penisola, fondate soprattutto sullo stato di ignoranza di larga parte della popolazione<sup>129</sup>, dovettero far presa sul suo spirito colto e prudente e suggerirgli in un primo momento come desiderabile il differimento dell'introduzione del giurì a tempi migliori<sup>130</sup>. Anche in questo

sprudenza austriache, Zaiotti ammetteva di dover pubblicare sull'*Eco* articoli tratti da altri giornali che erano immuni da quell'accusa. Cfr. la sua nota a una recensione dell'opera di HYE-GLUNEK, I principi fondamentali del Regolamento di procedura penale austriaco del 29 luglio 1853, tratta dalla *Gerichtszeitung* e pubblicata sull'*Eco dei Tribunali*, 5 (1854), n. 434, pp. 217-220 (p. 220 n.).

<sup>127</sup> Cfr. i due articoli redazionali: Ancora sul giurì, *Eco dei Tribunali*, 1 (1850), n. 42, pp. 329-30; Sulla nuova organizzazione giudiziaria. Il processo d'accusa, *ivi*, 2 (1851), n. 96, pp. 1-3.

<sup>128</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Il giurì in Inghilterra*, cit., n. 42, pp. 329-30.

<sup>129</sup> Lo stesso MITTERMAIER, nell'opera *Il processo orale*, cit., p. 114, riportava il discorso di Napoleone ai membri del corpo legislativo per la compilazione del codice penale del Regno d'Italia, tenuto il 7 giugno del 1805 e in cui si affermava che gli italiani, a causa del loro carattere incostante e passionale, non erano ancora pronti a ricevere il giurì. Questa era, d'altronde, l'opinione espressa anche dal ROMAGNOSI (cfr. *La Scienza delle costituzioni*, cit., pp. 62-65) e che verrà riaffermata nel corso dell'Ottocento dagli avversari dell'istituto.

<sup>130</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Die Gesetzgebung und Rechtsübung*, cit., p. 121, e la recen-

caso però, come nella questione dell'unità politica della penisola, il suo giudizio era destinato a confrontarsi con quello dei giuristi italiani suoi corrispondenti<sup>131</sup> e a mutare in seguito alle positive esperienze che essi gli avrebbero comunicato dopo il 1859<sup>132</sup>.

8. L'interpretazione razionale dell'intimo convincimento e il tentativo di MITTERMAIER di sviluppare un concetto di prova come „argumentum“<sup>133</sup>, come operazione logica, meglio se guidata, come avveniva in Inghilterra, da regole generali di orientamento per i giudici ed i giurati, esprimevano un'esigenza fortemente garantista, tendente a proteggere l'individuo contro gli abusi dell'autorità giudiziaria. Inoltre è stato giustamente osservato<sup>134</sup> che MITTERMAIER, pur sottolineando l'aspetto „oggettivo“ della verità storica, scopo delle ricerche del giudice, riusciva a individuare, tra la pluralità delle componenti che costituiscono il fenomeno conoscitivo, il condizionamento rappresentato dalle „ideologie dell'interprete“. Egli parlava infatti di una „disposizione individuale di chi giudica“, di „qualità individuali del giudice, per le quali il suo giudizio apparisce subbiiettivo“<sup>135</sup>. Andando più a fondo nell'esaminare tale disposizione, egli ebbe anche il merito di riconoscere l'importanza delle determinazioni politiche sulle regole processuali fondamentali di una legislazione e di fissare nella tutela del cittadino il „principio filosofico“ della procedura stessa<sup>136</sup>. Anche per questo, MITTERMAIER è

sione, pubblicata negli „Heidelberger Jahrbücher der Literatur“, 50 (1857), pp. 33-45 (p. 43), all'opera di G. PISANELLI, *Dell'istituzione dei giurati*, Torino 1856.

<sup>131</sup> Tra i quali il giudizio negativo di Mittermaier avrebbe suscitato vivaci polemiche. Cfr. A. GABELLI, *I giurati nel nuovo Regno Italiano*, Milano 1861, p. 7 ss., e la lettera di C. Pellegrini a Mittermaier del 25 luglio 1867.

<sup>132</sup> Cfr. la recensione-risposta al libro citato di Gabelli pubblicata negli „Heidelberger Jahrbücher der Literatur“, 54 (1861), pp. 289-304 e tradotta sul „Monitore dei Tribunali“, 2 (1861), nn. 54-55, pp. 425-28 e soprattutto la parte dedicata all'Italia dell'opera *Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Europa und Amerika*, Erlangen 1865, pp. 27-42, 556-604, 658-59.

<sup>133</sup> Per la tendenza della scienza giuridica attuale a rivalutare il carattere tipico del lavoro giurisprudenziale, fondato su una logica non sistematica, ma soltanto probabile, si veda, in rapporto al problema delle prove, l'importante lavoro di A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1971.

<sup>134</sup> Cfr. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 75 ss.

<sup>135</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Teoria*, cit., p. 61.

<sup>136</sup> Recentemente H. RÜPING, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, München 1981, p. 83, ha ricordato come Mittermaier avesse intuito chiaramente l'essenza del diritto processuale come „angewandtes Verfassungsrecht“. Vedi pure il lavoro di M. NOBILI, *La teoria delle prove penali e il principio della „difesa sociale“*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV (1974), pp. 417-56.

stato considerato un rappresentante significativo della teoria processuale cosiddetta „classica“, ispirata a princìpi liberali e basata su una concezione dualistica del processo<sup>137</sup>.

Il traduttore italiano della *Lehre vom Beweise* apparve subito come un interprete informato ed intelligente, consapevole della portata dei temi trattati nell'opera e delle posizioni che vi si esprimevano. In un discorso pronunciato nella qualità di procuratore regio al tribunale circondariale di Milano, AMBROSOLI infatti si dichiarava favorevole al principio „dell'intimo e razionale convincimento dei giudici“<sup>138</sup> e contrario al sistema inquisitorio puro, il quale „mentre si propone la scoperta della verità, non offre i mezzi che son necessari per conseguirla“<sup>139</sup>. Egli apparteneva però a quella schiera di giuristi i quali, seguendo l'insegnamento del CARMIGNANI<sup>140</sup>, non approvavano gli eccessi delle nuove teorie ispirate al sistema francese. Perciò, nell'introdurre l'opera sulla prova del MITTERMAIER scriveva: „La ragione può essere sacrificata in questo [sistema], come già nel vecchio, sebbene per vie diverse. Prima era oppressa e conculcata tra gli orrori della tortura; poi inceppata tra le regole inflessibili delle prove legali tassative; ed ora dimenticata, e posposta a un vago e oscuro sentimento, e ad un preteso istinto del vero: splendidi nomi sotto cui può nascondersi l'illusione, per non dire l'arbitrio“.

Nella lettera a MITTERMAIER dell'11 settembre 1856, AMBROSOLI aveva elogiato il Regolamento austriaco di procedura penale 29 luglio 1853, che aveva introdotto nel Lombardo-Veneto il sistema orale, accusatorio e pubblico, aprendo così „un largo campo per un ramo di studi che giacevano assai trascurati, e si erano ridotti ad un mero empirismo“, e legittimando di conseguenza le sue speranze di veder risorgere nuovamente „l'epoca gloriosa del foro italiano“. A suo avviso, nei dibattimenti penali le questioni di diritto assumevano di fatto minor rilievo rispetto alle questioni di procedura, in particolare in materia di prove: „In queste ultime può dirsi che si compen-

<sup>137</sup> Ivi, p. 428 ss.; E. SCHMIDT, op. cit., p. 289.

<sup>138</sup> Il discorso fu pubblicato sul „Monitore dei Tribunali“ del 19 ottobre 1862, p. 1023, in cui il nuovo principio sostituito a quello delle prove legali è indicato come il fattore principale dei miglioramenti nell'amministrazione della giustizia, rilevati dai dati statistici.

<sup>139</sup> Cfr. AMBROSOLI, Delle sentenze dubitative nei processi criminali, „Giornale per le scienze politico-legali“, 3 (1852), pp. 241-99 (p. 257).

<sup>140</sup> Ambrosoli annotava una nuova edizione dell'opera di CARMIGNANI, Elementi di diritto criminale pubblico, trad. it. di C. Dingli, Milano 1863<sup>2</sup>. Nei suoi Cenni intorno alla vita e alle opere di G. C., premessi al testo, egli muoveva tuttavia al suo maestro la critica di non aver assegnato altro fine alla pena se non quello della difesa della società, negandole ogni scopo di espiazione.

diano le vere difficoltà della pratica ed è perciò necessaria una direzione scientifica, senza della quale si erra in balia di un indeterminato convincimento morale, che assai di sovente è figlio di un'impressione che non sappiamo spiegare a noi stessi. E dove vige un sistema di prove legali, ma è temperato da savi principi, quali sono quelli espressi nell'art. 260 e nel n° III dell'art. 279 del regolamento austriaco del 1853, che, combinati insieme, danno al criterio e al convincimento del giudice tutta quella libertà che è conciliabile colla tutela dell'imputato, quivi è tanto più necessario di educare la mente ad una retta valutazione delle prove, quanto più facile sarebbe di riposarsi sull'apparente comando della legge nell'ammettere od escludere una prova“.

Nel suo trattato MITTERMAIER aveva precisamente sottolineato questa esigenza „di educare la mente ad una retta valutazione delle prove“ e di restituire alla ragione il compito di ricercare la verità. La difficoltà di tale compito costituiva la garanzia di un procedimento valido e razionale di valutazione di ogni singola prova ed era alla base della definizione che egli dava della prova stessa, come „complesso di quei motivi che producono la certezza“<sup>141</sup>.

La certezza necessaria per poter emettere una sentenza di condanna non era quindi desumibile da un „vago istinto del vero“, ma piuttosto da un'operazione logica, mediante la quale il giudice o il giurato, dopo aver esaminato, con l'ausilio di certe regole stabilite dalla ragione e dall'esperienza, tutti i motivi pro e contro un determinato fatto, potesse giungere a una decisione, della quale fosse in grado di rendere conto in modo esatto<sup>142</sup>.

L'analisi compiuta da MITTERMAIER nelle otto parti speciali della *Lehre vom Beweise* sulla natura dei singoli mezzi di prova, e sul grado di fede ad essi dovuta, costituiva un contributo di rilievo alla scienza del processo e un utile strumento di lavoro per giudici ed avvocati. Su consiglio dell'AMBROSOLI, l'autore arricchiva nel 1856 con nuove aggiunte i capitoli più importanti e che richiedevano aggiornamenti: quello sulle perizie, ad esempio, quello sulla testimonianza<sup>143</sup>, e quello sulla prova non piena. Su quest'ultimo

<sup>141</sup> Cfr. MITTERMAIER, Teoria della prova, cit., p. 60.

<sup>142</sup> Ivi, pp. VII-VIII e 76.

<sup>143</sup> Nella parte relativa a questo mezzo di prova, Mittermaier sottolineava, nell'aggiunta spedita ad Ambrosoli, l'importanza del metodo con cui i testimoni venivano interrogati e giudicava più adatto il sistema inglese, secondo il quale il giudice di pace effettuava pubblicamente un interrogatorio incrociato dei testimoni con l'imputato, rispetto a quello del codice d'istruzione criminale francese del 1808, assimilato poi in Germania e in Italia, che invece attribuiva il compito di sentire i testimoni, chiamati a deporre non in presenza dell'imputato, al giudice istruttore.

argomento poi si sarebbe creato un contrasto di opinioni tra l'autore e il traduttore italiano, destinato a non cessare nemmeno in seguito a reciproci schiarimenti e precisazioni.

Si è ricordato in precedenza che con l'abolizione della tortura nei vari stati tedeschi il meccanismo probatorio del diritto comune era stato intaccato duramente proprio nella sua parte fondamentale, costituita dalla confessione dell'imputato: di essa infatti si poteva oramai disporre solo se fosse prodotta volontariamente<sup>144</sup>. Poiché le disposizioni della costituzione Carolina non ammettevano una sentenza basata sui soli indizi o sulla testimonianza di un singolo, si era dovuto ricorrere, in mancanza della formale „prova piena“ richiesta dalla legge, a quegli strumenti che già nella pratica giuridica del tardo diritto comune, specialmente in Italia, avevano consentito di ridurre al minimo il rischio dell'insufficienza di prove<sup>145</sup>. Essi consistevano nelle pene di sospetto o straordinarie e nella formula della „absolutio ab instantia“ che permetteva di pronunciare una sentenza dubitativa. Ora, se intorno alla metà del secolo XIX la teoria delle pene straordinarie apparve generalmente superata nella dottrina come nella legislazione, una parte del merito era da attribuirsi certamente a Mittermaier. Insistendo sul concetto di non graduabilità della certezza, e comunque sull'impossibilità di commisurare la quantità della pena alla quantità della certezza, egli aveva contribuito da un lato a rivalutare la prova indiziaria e dall'altro a demolire il fondamento stesso della disposizione che autorizzava i giudici, dovunque essi potessero addurre un alto grado di probabilità della colpa, a pronunciare contro il sospettato una pena straordinaria<sup>146</sup>.

Ben diversa era la questione della „absolutio ab instantia“, formula che garantiva la facoltà di riprendere in qualunque tempo il processo in caso di dubbi del giudice, e che, oltre a contare tra i suoi fautori giuristi di rilievo, era stata mantenuta dal regolamento di procedura penale austriaco del 1853<sup>147</sup>. MITTERMAIER era contrario alle sentenze dubitative sulla innocenza dell'imputato, pronunciate dal giudice quando non esistessero prove

<sup>144</sup> Cfr. G. WALTER, op. cit., p. 61.

<sup>145</sup> Le incoerenze e i mutamenti all'interno del regime delle prove nei secoli XVI e XVII, al di là del persistere degli schemi medievali improntati alla ricerca di una verità oggettiva, non processuale, costituiscono l'argomento affrontato da G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena*, cit. Cfr. anche J. H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago 1977, pp. 45, 60, 166 ss.

<sup>146</sup> Cfr. G. WALTER, op. cit., p. 63; e MITTERMAIER, *Teoria*, cit., pp. 566, 557.

<sup>147</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Teoria*, p. 547, in cui tra i sostenitori dell'assoluzione dall'istanza era citato HYE, autore del cit. commento al codice austriaco del 1853, ed. ital. Venezia 1854.

sufficienti per dichiararne la reità, poiché considerava ingiusto non assolvere l'accusato nei casi in cui l'accusatore non fosse riuscito a dimostrare pienamente ciò che aveva l'obbligo di provare, vale a dire la colpa punibile dalla legge<sup>148</sup>. La stessa ingiustizia andava impedita in un processo inquisitorio, in cui parte avversa era tutta la società, che agiva d'ufficio. Anche in questo caso infatti il processo penale si fondava, a giudizio di MITTERMAIER, sopra un'accusa, e l'inquisizione non era che „il mezzo, con cui l'equilibrio delle forze che si contrastano nell'interesse della verità, vien regolato allo scopo di somministrare ai giudici che decidono sulla verità dell'accusa, i materiali necessari per proferire una giusta sentenza“<sup>149</sup>.

In una lettera del 1 dicembre 1856 AMBROSOLI si dichiarava invece di contraria opinione e apriva la via ad una vivace polemica: „Anche dopo matura considerazione dell'argomento delle sentenze dubitative e delle profonde discussioni fatte dall'Autore sia in quest'opera che nell'altra recentissima *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren*<sup>150</sup> [...] il traduttore crede tuttora assai sostenibile la difesa delle sentenze dubitative. E poiché Ella si compiacque di qualificare siccome „die geistreichste Verteidigung“ di queste sentenze l'opuscolo del traduttore (nota 7, p. 571 op. cit., dove però il mio nome fu erroneamente stampato Ambrosotti), così mi permetto di proporle un'aggiunta anche per questa materia ed almeno l'autorizzazione a tradurre e inserire come aggiunta le pagine 570 e seguenti dell'opera suddetta“. Egli dunque ribadiva la posizione già sostenuta nella dissertazione *Sulle sentenze dubitative nei processi criminali*<sup>151</sup>, che pure, per l'ingegnosità con la quale quelle sentenze erano state difese, aveva ottenuto l'elogio di MITTERMAIER.

Nell'aggiunta al capitolo 65<sup>o</sup> il giurista di Heidelberg, dopo aver rinnovato gli apprezzamenti per il lavoro di AMBROSOLI, scriveva che l'autore aveva però seguito le „vecchie idee del sistema inquisitorio“<sup>152</sup>.

AMBROSOLI, così chiamato direttamente in causa, replicava nella nota della stessa pagina: „Che le nostre vedute partano dal principio inquisitorio è vero, ma considerato come il carattere veramente nobile della missione che ha il Potere. L'azione d'ufficio è, secondo noi, legge suprema, tranne alcuni casi minori in cui l'interesse privato prevale al pubblico; ed è la sola che

<sup>148</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Teoria*, cit., p. 539 ss.

<sup>149</sup> Ivi, p. 45.

<sup>150</sup> Stampata a Erlangen nel 1856. Cfr. p. 570 ss.

<sup>151</sup> Citata alla nota 139 (cfr. pp. 237, 267 ss).

<sup>152</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Teoria*, cit., pp. 546-47.

corrisponda esattamente al concetto di diritto di punire nella civile società“. Ed affermava: „Il sistema accusatorio odierno non si fonda sull'accusa privata, ma sull'indagine d'ufficio. Come dunque applicare le conseguenze del più puro processo d'accusa? Come voler che si decida perentoriamente anche nel dubbio?“. „Col debito rispetto pertanto all'opinione del chiarissimo Autore, noi, non trovando una vera contraddizione tra il principio dell'azione d'ufficio e le forme d'accusa e di oralità, confessiamo di non poterci ancora convincere che la sentenza dubitativa sia un errore ed un'ingiustizia“.

Certamente AMBROSOLI protestava contro le „esorbitanze della pratica“ e l'abuso che molti giudici facevano del giudizio dubitativo, quasi per giustificarsi dell'aver avviato il processo. Egli finiva con l'avvicinarsi alla posizione di Mittermaier, quando criticava le gravose conseguenze che spesso venivano annesse ad una sentenza dubitativa, a volte solo di poco inferiori a una sentenza di condanna<sup>153</sup>. Tuttavia continuava a sostenere l'importanza delle sentenze dubitative soprattutto in quelle legislazioni nelle quali il giudice fosse vincolato ad un sistema di prove legali positive e dove dunque, verificandosi casi di insufficienza di prove, sarebbe stato incoerente ammettere soltanto la formula assolutoria di giudizio<sup>154</sup>.

Su questo punto il giurista lombardo dimostrava forse un maggiore realismo del MITTERMAIER, il cui ideale accusatorio non avrebbe trovato riscontri pratici sul continente. AMBROSOLI non riusciva d'altronde a condividere l'ammirazione di MITTERMAIER per le istituzioni inglesi, in quanto non le riteneva applicabili ai costumi dell'Italia<sup>155</sup>.

Un altro tema oggetto di discussione nella corrispondenza tra MITTERMAIER e AMBROSOLI fu quello relativo alla natura della perizia. Questa volta però si sarebbe registrata una piena concordanza di idee.

Già in una dissertazione del 1854 *Sulla condizione ed efficacia dei periti nel procedimento penale*<sup>156</sup>, MITTERMAIER aveva delineato le caratteristiche della prova per periti, con l'intento di distinguere la loro funzione sia da quella dei testimoni, sia da quella di ausiliari del giudice, il parere dei quali dovesse essere vincolante per quest'ultimo. Un errore di stampa nel capitolo sulla perizia della *Lehre vom Beweise* del 1834<sup>157</sup> aveva fuorviato

<sup>153</sup> Ivi, p. 547 n.

<sup>154</sup> Cfr. AMBROSOLI, *Sulle sentenze dubitative*, cit., pp. 264-65.

<sup>155</sup> Cfr. MITTERMAIER, *Teoria*, cit., p. 490 n.

<sup>156</sup> Pubblicata a Genova nel 1854, dopo essere apparsa in fascicoli sull'Eco dei Tribunali e sulla Gazzetta dei Tribunali di Genova dello stesso anno.

<sup>157</sup> Il passo dubbio era il seguente: „während doch in den meisten Fällen die Aussage

il traduttore francese e AMBROSOLI, in una lettera del 2 luglio 1858, in cui chiedeva a MITTERMAIER chiarimenti sul passo oscuro, accusava ALEXANDRE di aver „sciolto il nodo secondo il suo metodo, che è di inventare un concetto suo proprio, a costo di dir il contrario di quel che disse l'autore“.

In realtà, dietro al semplice problema di traduzione, c'era una ben più ampia questione dottrinale sul ruolo e sulla funzione del perito nel processo. Ponendo l'accento sull'ignoranza dei periti di tutto ciò che fosse al di fuori della loro conoscenza specialistica, ALEXANDRE lasciava aperta la possibilità all'interpretazione, combattuta da MITTERMAIER, che i periti fossero persone giudiziarie, di cui il giudice era il direttore e il cui scopo era di „illuminarlo e alleggerirgli l'incarico“<sup>158</sup>. AMBROSOLI invece, essendo a conoscenza della tesi fondamentale di MITTERMAIER, „che cioè il giudice non può dirigere il giudizio dei periti, dal momento che ignora la scienza e l'arte loro“<sup>159</sup>, traduceva la frase dubbia nel modo esatto, riferendo alla persona del giudice lo stato di ignoranza rispetto alla conoscenza tecnica dei periti. In tal modo il principio dell'indipendenza di questi ultimi veniva sostenuto validamente e l'accertamento peritale veniva ad assumere il valore di una prova e non di semplice elemento sussidiario per la valutazione di una prova o per la risoluzione di un dubbio. Inoltre non si vincolava il giudice ad accettare i risultati della perizia, come nel caso in cui i risultati fossero ottenuti da un suo ausiliare, ma gli si dava invece un ampio potere discrezionale, che lo sollevava a *peritus peritorum*.

Traspare così, dalle pieghe di una discussione sui dettagli di una versione, la portata di problemi che si ponevano su scala europea ed il ruolo che ebbero le traduzioni come veicolo di diffusione delle dottrine e di unificazione delle conoscenze nel corso dell'Ottocento<sup>160</sup>.

des Sachverständigen, der von manchen technischen Verhältnissen gar nicht versteht, eine selbständige ist, die dem urtheilenden Richter Ueberzeugung verschafft“, dove in realtà la frase „der von manchen technischen Verhältnissen gar nicht versteht“ si riferiva al giudice e non al perito. Esso indusse in errore sia il traduttore francese Alexandre, sia quello napoletano del 1850, De Rogatis.

<sup>158</sup> Cfr. MITTERMAIER, Teoria della prova, cit., p. 229; da confrontare con *Traité de la preuve*, cit., p. 198.

<sup>159</sup> Cfr. la lettera di Ambrosoli a Mittermaier del 2 luglio 1858.

<sup>160</sup> L'importanza del fenomeno delle traduzioni è stata posta in luce da F. RANIERI, *Le traduzioni e le annotazioni di opere giuridiche straniere nel sec. XIX come mezzo di penetrazione e di influenza delle dottrine*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, „Atti del III Congr. internaz. della Soc. ital. di Storia del dir.“, Firenze 1977, pp. 1487-1504.

9. Conclusa l'opera di traduzione del trattato sulla prova nel 1858, il rapporto di collaborazione tra il giurista tedesco e il corrispondente italiano continuò ancora per parecchi anni, fino al 1867.

Esso si incentrò sui temi fondamentali che allora si ponevano nei dibattiti scientifici e nelle discussioni parlamentari sulla riforma legislativa: dalla questione carceraria<sup>161</sup> al problema della pena di morte<sup>162</sup>, la cui abolizione venne sostenuta da entrambi a partire da considerazioni pratiche sulla mancanza di efficacia intimidatoria del castigo stesso, piuttosto che da riflessioni filosofiche e moralistiche sul diritto dello stato di togliere la vita ad un cittadino<sup>163</sup>.

Comune fu anche l'entusiastica adesione ai principi della statistica criminale, la nuova scienza posta in auge dal belga QUETELET<sup>164</sup>, alla quale fecero riferimento tutti gli scritti più tardi del magistrato lombardo. In essi, mentre da un lato si indicava la via per la ricerca empirica di quelle costanti strutturali che, secondo QUETELET, regolavano il mondo morale e sociale e consentivano di stabilire „con certezza matematica“ una correlazione tra la frequenza e la modalità dei reati e gli altri fenomeni della vita comunitaria, dall'altro si tentavano di scongiurare le inevitabili conseguenze deterministiche cui conduceva tale teoria e di salvare il libero arbitrio individuale<sup>165</sup>.

<sup>161</sup> Cfr. il saggio di AMBROSOLI, pubblicato sul „Monitore dei Tribunali“, 3 (1862), nn. 1-2, di commento al libro di MITTERMAIER, *Der gegenwärtige Zustand der Gefängnisfrage mit Rücksicht auf die neuesten Leistungen und Erfahrungen über Gefängnisrichtung mit besonderer Beziehung auf Einzelhaft*, Erlangen 1860, tradotto in italiano da F. BENELLI e pubblicato a Firenze nel 1861 col titolo *Sullo stato attuale della questione sulle carceri, in relazione ai moderni risultati della legislazione e dell'esperienza, specialmente rispetto all'isolamento*.

<sup>162</sup> Cfr. F. AMBROSOLI, *Ancora sulla pena di morte*, „Monitore dei Tribunali“, 4 (1863), n. 2, pp. 25-29, n. 4, pp. 73-78, in cui oltre agli scritti di Sangiorgi, Puccioni e Livi, era recensito il saggio di MITTERMAIER, *Die Todesstrafe: der neueste Stand*, „Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung“, 2 (1862), 29 novembre e 6 dicembre 1862.

<sup>163</sup> Cfr. il discorso contro la pena di morte pronunciato da Mittermaier alla Paulskirche, riportato da H. SCHOLLER, op. cit., pp. 126-27; e le lettere di Ambrosoli del 25. 2. 1863 e del 24. 4. 1866.

<sup>164</sup> Autore dell'opera *Sur l'homme et le développement de ses facultés ou essai de physique sociale*, Paris 1835 e di altri scritti in cui sono fissati i concetti fondamentali della fisica sociale e della statistica, il Quetelet fu in fitta corrispondenza col Mittermaier. La sua casa di Bruxelles, luogo di incontro per scienziati e uomini di cultura, costituì un punto di riferimento anche per molti liberali italiani esuli all'estero, tra i quali l'economista Giovanni Arrivabene, e un ambiente in cui gli avvenimenti della penisola erano seguiti con estremo interesse e partecipazione. Cfr. A. BOSELLI, op. cit., p. 8, e la lettera di Mittermaier a Petitti del 12. 9. 1847 ivi riportata, p. 12.

<sup>165</sup> Cfr. F. AMBROSOLI, *Discorso di inaugurazione dell'anno giuridico 1862-63*, „Monitore dei Tribunali“, 3 (1862), pp. 1023-29 (v. p. 1026-28); Sulla nuova codificazione nei Regi

Le contraddizioni e le disarmonie nelle affermazioni di AMBROSOLI, la frequente mancanza di rigore filosofico nelle sue considerazioni, contrastano con l'atteggiamento più ragionevole di MITTERMAIER, il quale, evitando ogni approfondimento speculativo e la ricerca di una fondazione teorica della validità dei nuovi principi, utilizzava la statistica come una delle varie fonti di informazione per l'opera dello scienziato nel mondo sociale, come „un ottimo mezzo per riconoscere l'efficacia e il valore della legislazione“<sup>166</sup>. Accanto alla statistica, nella sua instancabile opera di comparazione del diritto, trovavano infatti ampio spazio le altre scienze sociali, le cosiddette „filosofie materialistiche“, che nel corso del XIX secolo andavano acquistando sempre maggiore sviluppo<sup>167</sup>. Non a caso egli fu tra i primi ad applicare i progressi della medicina e della psichiatria al diritto, e a subordinare l'efficacia della legislazione agli sviluppi della scienza nella difficile questione dell'imputabilità in materia criminale. Dalla constatazione che veniva prestata sempre maggiore attenzione „a molte malattie che affettano lo stato dell'anima, delle quali prima non si faceva gran caso“<sup>168</sup>, MITTERMAIER deduceva la necessità di riconoscere l'inefficacia del principio d'intimidazione posto alla base della dottrina penalistica del suo maestro ANSELM FEUERBACH, e di fissare al contrario nel principio dell'emenda il vero criterio che doveva guidare le decisioni giudiziali<sup>169</sup>. La sua avversione nei confronti di concetti legislativi generali e di norme penali determinate in assoluto fu perciò costante, conferendo alla sua rigorosa opposizione ad ogni forma di *Gesetzespositivismus*, che non lasciasse spazio alla libertà del giu-

Stati, cit., p. 29; Rendiconto dell'Amministrazione della Giustizia nel circondario di Milano durante l'anno 1863-64, „Monitore dei Tribunali“, 5 (1864), pp. 1095-1103.

<sup>166</sup> Cfr. MITTERMAIER, Die Lehre von der Berechnung der Wahrscheinlichkeit, „Krit. Zschr. f. RW. u. GG. d. Ausl.“, 19 (1847), pp. 153-56; Kritische Uebersicht der Fortschritte des Strafrechts, „Archiv des Criminalrechts“, 24 (1857), p. 516 ss.

<sup>167</sup> Per i numerosi scritti di Mittermaier di medicina legale, di psicologia, di psichiatria, di criminologia, si rimanda alla bibliografia in J. F. Kammer, op. cit., pp. XVIII-XXVIII.

<sup>168</sup> Cfr. MITTERMAIER, Questione sulla imputabilità nel foro criminale, „Eco dei Tribunali“, 3 (1852-53), p. 581 ss., 4 (1853-54), p. 225 ss.; Esperienze sopra gli effetti delle disposizioni dei nuovi codici penali riguardanti l'imputazione, ivi, pp. 25-28, 41-43, 49-51.

<sup>169</sup> A sostenere in modo definitivo il „Besserungsprinzip“ e a fissare nell'opera di miglioramento del condannato lo scopo principale della pena Mittermaier giungeva nel 1858, pur restando sempre legato al „Gerechtigkeitsprinzip“, all'idea cioè che la caratteristica essenziale della pena, al di là di qualsiasi scopo contingente ad essa attribuibile, fosse quella di costituire una sofferenza posta in un „naturale rapporto“ con la colpa del reo. Egli riteneva d'altra parte che fosse proprio la consapevolezza di questo „giusto“ rapporto tra pena e colpa a generare nel reo una spinta al miglioramento e all'emenda. Cfr. MITTERMAIER, Die Gefängnisverbesserung, Erlangen 1858, p. 23 ss., 75; La pena di morte, cit., p. 78 ss.

dice, l'efficacia di una battaglia tenace in favore di istanze non solo giuridiche, ma ideali e politiche, profondamente avvertite nelle società moderne<sup>170</sup>.

Non è qui il luogo per misurare esattamente il valore teorico dell'opera di MITTERMAIER, la sua coerenza interna e i suoi limiti<sup>171</sup>. Del resto proprio il metodo sperimentale e pragmatico che la caratterizzava induce a porre l'accento piuttosto sulla funzione svolta nel promuovere le riforme legislative nei vari paesi, nel far da tramite fra esperienze diverse e nel favorire, attraverso un ampio ed accurato confronto, un generale ammodernamento della giustizia punitiva<sup>172</sup>. In questo senso, il dialogo con lui intessuto dall'AMBROSOLI sembra offrire una valida testimonianza della fertilità della sua azione e dei modi concreti coi quali, tra differenze culturali e scientifiche d'individui e di tradizioni, tra vicende politiche a volte contrapposte, si veniva realizzando, oltre i nascenti nazionalismi, una continuità di strutture unitarie nella storia giuridica dell'Ottocento europeo.

<sup>170</sup> In questo senso K. LÜDERSSEN, *Einleitung*, cit., p. 50 ss., ha visto in Mittermaier un anticipatore del „movimento del diritto libero“ („Freirechtsbewegung“), nella sua critica alle leggi penali determinate in assoluto e nelle sue battaglie per un diritto, il cui contenuto fosse sempre all'altezza delle conoscenze acquisite e dell'esperienza.

<sup>171</sup> Le discrepanze all'interno della sua teoria dell'esperienza sono state poste in luce efficacemente da LÜDERSSEN, *ivi*, p. 53 ss.

<sup>172</sup> Cfr. LÜDERSSEN, K. J. A. Mittermaier und der Empirismus, cit., p. 448. Recentemente E. JAYME, Pasquale Stanislao Mancini. Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischen Jurisprudenz, Ebelsbach 1980, p. VIII, ha ricordato l'originalità e il significato dell'opera di Mittermaier, accanto a quella di Mancini, ai fini dello sviluppo del diritto internazionale privato in Europa. Cfr. inoltre H. COING, *Rechtsvergleichung als Grundlage von Gesetzgebung im 19. Jahrhundert*, „Ius Commune“, 7 (1978), pp. 160-178.