

IL CASO BECCARIA

A 250 anni dalla pubblicazione del
«Dei delitti e delle pene»

A CURA DI
VINCENZO FERRONE E GIUSEPPE RICUPERATI

SOCIETÀ EDITRICE IL MULINO

INDICE

Introduzione. Beccaria tra celebrazioni nuove e antiche critiche, <i>di Vincenzo Ferrone</i>	p. 9
PARTE PRIMA: LA RICERCA STORICA INTERNAZIONALE SULL'OPERA DI CESARE BECCARIA	
Franco Venturi, Luigi Firpo e la riscoperta storiografica di Beccaria, <i>di Giuseppe Ricuperati</i>	25
Correggere e punire: Beccaria e la funzione rieducativa delle pene, <i>di Philippe Audegean</i>	61
Beccaria e i Verri negli anni dei Pugni e del «Caffè», <i>di Carlo Capra</i>	87
La traduzione francese del <i>Dei delitti e delle pene</i> di André Morellet, <i>di Sara Bersezio</i>	111
PARTE SECONDA: TORTURA GIUDIZIARIA E PENA DI MORTE	
La pena di morte alla vigilia dell'opera di Beccaria. Critiche e legittimazioni, <i>di Adriano Prosperi</i>	141
«Non è dunque la pena di morte un diritto»: alle origini di un dibattito ancora aperto, <i>di Pietro Costa</i>	167
Contro la pena di morte. Beccaria, Giuseppe Pelli e il Codice leopoldino, <i>di Renato Pasta</i>	191

L'«héritage» di Beccaria nel primo Ottocento europeo: il dilemma liberale, <i>di Michel Porret e Elisabeth Salvi</i>	p. 209
Verità del maleficio. Alle origini dell'abolizione della tortura giudiziaria, <i>di Franco Motta</i>	231
INTERVENTI: L'EREDITÀ DI BECCARIA NELL'ATTUALE DIBATTITO SULLA GIUSTIZIA IN ITALIA	
L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria. <i>Lectio magistralis</i> , <i>di Luigi Ferrajoli</i>	339
L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria con riferimento alle pratiche penitenziarie, <i>di Pietro Buffa</i>	372
Riflessioni sul pensiero di Cesare Beccaria nell'ottica del contrasto della criminalità organizzata di stampo mafioso, <i>di Gian Carlo Caselli</i>	379
Attualità del pensiero di Cesare Beccaria e crisi del sistema penale, <i>di Guido Neppi Modona</i>	386
«In atrocissimis, leviores conjecturae sufficiunt»? Beccaria e i delitti di prova difficile, <i>di Laura Scomparin</i>	393
Conclusioni. L'eredità di Beccaria nell'attuale dibattito sulla giustizia in Italia, <i>di Antonio Rossomando</i>	402
Indice dei nomi	413
Gli autori	425

FRANCO MOTTA

VERITÀ DEL MALEFICIO.
ALLE ORIGINI DELL'ABOLIZIONE
DELLA TORTURA GIUDIZIARIA

Però conviene che i sostenitori della tortura riflettano che i processi contro le streghe e i maghi erano, egualmente come la tortura, appoggiati all'autorità d'infiniti autori, che hanno stampato sulla scienza diabolica, che la tradizione de' più venerati uomini e tribunali insegnava di condannare al fuoco le streghe e i maghi, i quali ora si consegnano ai pazzarelli, dacché è stato dimostrato che non si danno né maghi né streghe. Tutto quello che si può dire in favore della tortura, si poteva cinquant'anni sono dire della magia.

Pietro Verri¹

1. *L'esaurimento di un paradigma*

Sommersa dall'ondata abolizionista che conquista il discorso pubblico, la tortura giudiziaria scompare dai tribunali europei nell'ultimo quarto del XVIII secolo. Quella che dal tardo medioevo era stata la pietra angolare del sistema probatorio della giustizia penale cede in pochi anni ovunque, precorrendo di poco la fine degli altri istituti giuridici d'Antico regime.

Dopo Beccaria e il suo fulminante successo di stampa, dopo i lemmi dell'*Encyclopédie* e del *Dictionnaire philosophique* di Voltaire (quest'ultimo aggiunto in un secondo momento, nell'edizione del 1769), nell'immaginario delle élite

¹ P. Verri, *Dalle «Osservazioni sulla tortura»*, in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, a cura di F. Venturi, Torino, Einaudi, 1965, pp. 146-163, cit. p. 162. Ringrazio Enzo Ferrone per la segnalazione del passo.

la tortura è definitivamente consegnata alle sopravvivenze residuali del dispotismo e della barbarie. Con espressioni analoghe a quelle del celebre paragrafo 16 del *Dei delitti e delle pene* si esprime Joseph von Sonnenfels nello scritto cui è attribuito il merito dell'abolizione in Austria nel 1776: «Barbarie», «tirannia», «oppressione». Sul frontespizio, effigiata in allegoria con il capo anguicrinato da medusa, la tortura appartiene già all'immaginario del mostruoso².

La prima ordinanza d'abolizione, singolarmente precoce, si deve a Federico il Grande, in Prussia, nel 1740, atto d'esordio del regno. Seguono buona parte dei principati tedeschi fra il 1767 e il 1770, poi la Svezia, la Polonia e la Svizzera. Nel 1767 Caterina II include fra le sue istruzioni di riforma del codice penale russo una traduzione letterale delle considerazioni di Beccaria. Nei territori austriaci la soppressione è decretata da Maria Teresa nel 1776, in Francia arriva nel 1780, in Toscana, con il codice leopoldino, nel 1786, a Venezia l'anno successivo, nel regno di Napoli nel 1789, in Russia nel 1801. Dove non provvedono gli antichi stati la missione è svolta dalle amministrazioni repubblicane che seguono gli eserciti francesi – come nello stato della Chiesa, a Modena e a Parma – o dai satelliti dell'impero napoleonico – la Baviera nel 1806, la Spagna nel 1808. In nessun caso (unica eccezione la Svizzera) la tortura sarà ripristinata negli ordinamenti della Restaurazione³.

² Ueber die Abschaffung der Tortur, Zürich, bey Orell, Gessner, Fuesslin und compagnie, 1775, su cui, fra gli altri, M.A. Cattaneo, *Beccaria e Sonnenfels. L'abolizione della tortura nell'età teresiana*, ora in Id., *Illuminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto penale nella Germania del Settecento* (1982), Milano, Led, 1993, pp. 63-76. Secondo L. Hunt, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. 51 ss. (ed. or. *Inventing Human Rights. A History*, New York-London, Norton & Company, 2007), la stesura più tarda della voce dedicata alla tortura nel *Dictionnaire* segnala in Voltaire una progressiva sensibilizzazione al tema, ancora in secondo piano nel *pamphlet* sul caso Calas.

³ P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1954, vol. II, pp. 259 ss.; E. Peters, *Torture*, New York, Basil Blackwell, 1985, pp. 79 ss. (che peraltro si rifà alla cronologia di Fiorelli). Dopo la prima abrogazione la tortura giudiziaria fu reintrodotta in Svizzera

I testi degli ultimi avvocati della tortura evocano il principio di tradizione e la difesa dell'ordine costituito, due luoghi classici del discorso antilluminista (e delle cause sconfitte).

Che pensare di un autore – scrive Muyart de Vouglans, l'anti-Beccaria per eccellenza – che pretende di costruire il suo sistema sui detriti di tutte le nozioni ricevute fino a oggi? Che per accreditarlo fa il processo a tutte le nazioni civili, che non risparmia né i legislatori, né i magistrati né i giureconsulti; che non rispetta nemmeno le sacre massime del governo, dei costumi e della religione⁴?

Oppure, secondo il giurista di Göttingen Christian Gottlieb Gmelin,

il giudice che lascia andare impunito colui che ha compiuto un assassinio premeditato non è responsabile soltanto del sangue degli altri che saranno uccisi da lui, ma porta anche la colpa per tutti quelli che, indotti da questo esempio di impunità, hanno commesso altri omicidi⁵.

nella prima metà del XIX secolo e nuovamente abolita dopo il 1845: L. Gschwend e M. Winiger, *Die Abschaffung der Folter in der Schweiz*, Zürich-St. Gallen-Baden-Baden, Dike-Nomos, 2008. Lo studio più approfondito sulle dinamiche dell'abolizione in Antico regime resta M. Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2000.

⁴ «Que penser en effet d'un auteur qui prétend élever son système sur les débris de toutes les notions qui ont été reçues jusqu'ici? Qui pour l'accréditer fait le procès à toutes les nations policées; qui n'épargne ni les législateurs, ni les magistrats, ni les jurisconsultes; qui ne respecte pas même les maximes sacrées du gouvernement, des moeurs, et de la religion»: *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et peines*, 1767, qui negli estratti in appendice a *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino, Einaudi, 1965, pp. 425-430, cit. pp. 426-427.

⁵ «Der Richter, welcher einen vorsetzlichen Mörder ungestraft gehen lässt, hat nicht nur das Blut derer, welchen von diesem getötet werden, zu verantworten, sondern er trägt auch die Schuld aller derjenigen auf sich, welche durch dieses Beispiel der Straflosigkeit gereizt, andere Mordthaten begangen haben»: *Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafe* (1785), qui cit. in A. Koch, *Folterbefürworter nach Beccaria. Überlegungen zur Geschichte der sogenannten Präventionsfolter*, in *Die*

La paura dell'anarchia e del disordine, che ha presieduto all'aggregarsi della statualità moderna e che per secoli è efficace antidoto al principio *in dubio pro reo*, nell'età del tardo Illuminismo figura dunque come un'argomentazione epigonica a fronte del dilagare della campagna per l'umanizzazione del diritto⁶. Sembra essere in atto un mutamento che conta una propria peculiare dimensione politica e culturale: l'abbandono di un paradigma che è giuridico e ideologico al tempo stesso, prima ancora che la costruzione di un nuovo sistema della pena. Tracce numerose e documentate di questo restano nella dialettica che oppone ceti di governo e opinione pubblica illuminista alle corporazioni giudiziarie, e a volte, all'interno delle stesse élite politiche, il principe ai propri ministri.

Nel caso archetipico del regno di Prussia, l'ordinanza di Federico II del 1740 elimina la tortura dai processi per crimini ordinari ma la lascia in vigore per quelli ascritti alla categoria dei *crimina excepta* – crimini eccezionali, *Ausnahmeverbrechen: eccettuati*, per la loro gravità, dalle consuete cautele procedurali –, una categoria fondamentale del diritto penale moderno sulla quale tornerò in seguito. Nello specifico, lesa maestà, alto tradimento, omicidio plurimo o compiuto con complici ignoti (la pertinenza ai *crimina excepta*, che condividono l'infrazione al *bonum commune*, denuncia una certa varietà a seconda dell'interpretazione dei giureconsulti)⁷.

Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung, a cura di K. Altenhain e N. Willenberg, Göttinge, Vandenhoeck & Ruprecht, 2011, pp. 12-24, p. 15.

⁶ Sul *Tardo Illuminismo* come categoria storica e sul suo ruolo nella sovversione dell'impianto culturale della società per ceti rinvio a V. Ferrone, *Storia dei diritti dell'uomo*, Roma-Bari, Laterza, 2014, pp. 359 ss.

⁷ La definizione del padre Adam Tanner: «Vocantur crimina excepta, ex usu loquendi doctorum illa, quae ob singularem enormitatem ac perniciem adversus bonum commune, in plerisque rebus, a communi modo procedendi speciales in iudicio exceptiones habent; qualia sunt illa, quae directe vergunt in corporale, vel spirituale damnum publicum, ut est crimen laesae maiestatis, haeresis, veneficium etc.». *Tractatus theologicus de processu adversus crimina excepta, ac speciatim adversus crimen veneficii* (1617), qui in *Diversi tractatus de potestate ecclesiastica coercendi daemones circa energumenos et maleficios, de potentia ac*

Le ragioni del provvedimento, a quanto mi consta, non hanno ancora ricevuto un'interpretazione univoca, soprattutto perché esso precede di oltre vent'anni l'avvio del processo abolizionista pur conservando il sapore di un manifesto politico (dal 1720 ogni richiesta di impiego della tortura in Prussia era comunque sottoposta al *placet regio*)⁸. La riserva per le fattispecie di reato citate sembra inoltre segnalare la persistenza della convinzione nell'effettiva efficacia istruttoria della tortura, come pure dell'idea della sua efficacia «purgativa» nell'emendazione dei sospetti (più grave il reato, più gravi i mezzi per verificarne la paternità).

Resta il fatto che l'ordinanza di Federico II trova accoglienza scettica a corte, persino da parte del ministro della giustizia Samuel von Cocceji, riformatore del diritto prussiano ed erede accademico, per parte di padre, del grande Pufendorf. Il *Criminalcollegium* di Berlino, il tribunale incaricato di convalidare le condanne capitali e le istanze di applicazione della tortura, chiede che questa sia almeno conservata per i reati di incendio, infanticidio, rapina: «Non sempre riesce di condurre alla confessione soggetti ostinati e duri; in compenso, il *Collegium* non si è mai imbattuto in casi in cui qualcuno abbia confessato sotto tortura qualcosa che non era realmente accaduto»⁹. Anche le due ordinanze

viribus daemonum, de modo procedendi contra sagas et maleficos, Coloniae Agrippinae, sumptibus Constantini Munich bibliopola, 1629, con numerazione a parte, 1.

⁸ J. Zopfs, *Die Fürsten schaffen die Folter ab. Zur Beseitigung der Folter in Preussen, Österreich und Bayern (1740-1806)*, in *Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung*, a cura di K. Altenhain e N. Willenberg, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2011, pp. 25-35, che sottolinea la centralità della volontà dei sovrani assoluti nel processo di riforma. M. Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison*, cit., pp. 173 ss., 567 ss., attribuisce il gesto di Federico II alla lettura di alcuni autori del razionalismo seicentesco, in particolare Bayle. Hunt, *La forza dell'empatia*, cit., p. 56, si limita a citare la riforma federiciana del 1754, attribuendola implicitamente al rapporto del sovrano con Voltaire.

⁹ «Es nicht immer gelinge, hartnäckige und starke Personen zum Geständnis zu bringen; dass dagegen jemand *sub tortura* etwas bekannt hätte, was er gar nicht begangen, ein solcher Fall sei dem Collegium noch nicht vorgekommen»: Zopfs, *Die Fürsten schaffen die Folter ab*, cit., p. 26.

del 1754, che eliminano la tortura pure dai processi per crimini eccezionali, sono il risultato di un intervento d'autorità da parte di Federico II.

In Austria il codice penale di Maria Teresa, la *Constitutio criminalis Theresiana* del 1768, contempla ancora pienamente l'impiego della tortura: ne illustra anzi i metodi prescritti attraverso dettagliate tavole esplicative, con spirito molto *encyclopédique*. Il decreto di abrogazione arriva nel gennaio del 1776 a chiudere un percorso quantomeno sofferto: in vista della riforma, nel 1773 l'imperatrice vieta l'irrogazione della tortura per più giorni consecutivi, a seguito di un responso della facoltà medica di Vienna sulle lesioni riportate dagli imputati; fra il 1774 e il '75 i tribunali periferici, interpellati al proposito, si esprimono però contro il suo completo abbandono.

Lo stesso Consiglio di stato non assume una posizione chiara, mentre a Sonnenfels è fatto divieto di trattare della questione, rubricata come affare di stato. Solo l'intervento di Giuseppe II (all'epoca coreggente), nel dicembre del 1775, chiude la faccenda, di nuovo contro il parere della commissione *ad hoc*. Analoga dinamica è registrata in Lombardia e nei Paesi Bassi austriaci, dove l'abolizione della tortura è una delle riforme imposte dall'imperatore contro il parere delle autorità locali. In Baviera il decreto di abolizione è stilato nel 1804, ma resta due anni in attesa di promulgazione. In Francia la famigerata *question préalable*, la tortura *in caput sociorum*, intesa cioè a estorcere i nomi dei complici ai rei di cui è già stata pronunciata la condanna, sopravvive otto anni all'abrogazione della tortura ordinaria nel 1780, per essere cassata pochi mesi prima della Rivoluzione¹⁰.

Questi esempi mi sembrano sufficienti a porre in risalto un dato, e cioè che la fine della tortura non rispose a esigenze di riforma avanzate dalle amministrazioni giudiziarie. Queste, al contrario, la ritennero fino all'ul-

¹⁰ *Ibidem*, pp. 28 ss. Come noto, il parere negativo del Senato di Milano fu redatto dal conte Gabriele Verri, padre di Pietro, che all'epoca aveva già completato le sue *Osservazioni sulla tortura*.

timo un fattore fondamentale del corretto svolgimento dei processi.

Nel dare la notizia del decreto di abrogazione firmato da Luigi XVI nell'agosto del 1780 il giornale veneziano «Nuove di diversi corti e paesi» poté rallegrarsi dell'abbandono di «un barbaro costume derivato dai secoli d'ignoranza»: ma, come aveva notato Franco Venturi, il provvedimento era giunto a concretezza solo allo zenit dell'ambizioso piano di riforme di Jacques Necker, e comunque «dopo tanta sorda resistenza da parte dei giudici»¹¹. La campagna abolizionista fu vinta tutta al di fuori dei tribunali, e per lo più contro di essi. La struttura e il linguaggio del *Dei delitti e delle pene*, pensato e scritto come un *pamphlet* di denuncia – concitato, polemico, antilegalistico –, come pure la sua fortuna, sono eloquenti al riguardo¹².

Cosa determinò allora quella vera e propria rivoluzione culturale che fu il rigetto della tortura giudiziaria al tramonto dell'Antico regime? La questione è già stata oggetto di approfondite ricerche, per cui basterà qui tracciarne un quadro di sintesi.

La prima cosa che dobbiamo chiederci, sulla scorta della letteratura scientifica in materia, tocca in realtà una questione preliminare – una *question préalable*, appunto. Quale tortura fu abolita dagli ordinamenti europei?

La domanda è solo apparentemente collaterale. Il Novecento ha testimoniato di una resurrezione della tortura su una scala mai vista in precedenza; il XXI secolo, in questi suoi primi lustri, ha assistito a un suo nuovo, e inatteso, ritorno in scena, nella forma «eufemizzata» delle *enhanced interrogation techniques* – «tecniche di interrogatorio intensificato» – impiegate dalla Cia, dalla Defense Intelligence

¹¹ *Settecento riformatore*, vol. IV, 2 tt., *La caduta dell'Antico Regime (1776-1789). I grandi stati dell'Occidente*, Torino, Einaudi, 1984, t. 1, p. 350.

¹² Per quanto riguarda l'Italia, la lunga fortuna dell'opposizione polemica fra gli intellettuali illuministi, al servizio dei principi assoluti, e il ceto dei magistrati, schierati a difesa delle *antiche libertà* garantite dal diritto comune, è testimoniata da Raffaele Ajello, «*Arcana juris*». *Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976, pp. 275 ss.

Agency e dall'esercito americano nei campi di prigionia di Guantanamo Bay, a Cuba, e di Abu Ghraib, in Iraq, durante l'amministrazione George W. Bush.

L'imperativo era come sappiamo quello della *war on terror*, della guerra al terrorismo, un imperativo che dal 2001 in poi ha inoculato nel discorso pubblico la malia della necessità di mezzi *non convenzionali* per scongiurare la minaccia dell'offensiva islamista contro l'Occidente.

Neppure sono mancati i tentativi di legittimare tecniche come il *waterboarding*, l'annegamento simulato – non privo di *pedigree*: se ne hanno esempi nel medioevo –, negandone il carattere di tortura *stricto sensu*, come nel caso del memorandum rilasciato nel 2002 dall'Office of Legal Counsel del Dipartimento di giustizia degli stati Uniti¹³. Il contributo accademico al proposito si segnala, fra l'altro, per l'apologia dell'uso della tortura nello stato d'eccezione (si noti il ricorrere della nozione) di un ipotetico imminente attentato terroristico firmata dal politologo Angelo Panebianco in un editoriale che ha occupato a suo tempo la prima pagina del «Corriere della sera» – probabilmente uno fra i punti più bassi di sempre dell'apporto delle scienze politiche e sociali al dibattito pubblico¹⁴.

Non più patrimonio esclusivo dei regimi antiliberali, la tortura ha fatto il suo ingresso – seppure entro una traiettoria ideologica che ci si augura già consumata – tra i dispositivi di controllo sociale a disposizione delle democrazie. La primogenitura in questo secolo spetta, pare, alle forze di pubblica sicurezza italiane durante il fermo illegale

¹³ Su questo e analoghi documenti prodotti a uso interno dall'amministrazione americana, desecretati nel 2004 sull'onda di una generale indignazione, collettivamente noti come *Torture Memos*, ampio materiale è disponibile online. Segnalo qui le pagine riepilogative del «New York Times» (2005), http://www.nytimes.com/ref/international/24MEMO-GUIDE.html?_r=0, e dell'«Atlantic» (2006), <http://www.theatlantic.com/national/archive/2012/02/the-torture-memos-10-years-later/252439/>.

¹⁴ *Il compromesso necessario*, in «Corriere della sera», 13 agosto 2006, pp. 1, 30. La tesi, peraltro, era già stata avanzata dall'avvocato e pubblicista americano Alan Dershowitz in *Why Terrorism Works: Understanding the Threat*, New Haven-London, Yale University Press, 2002.

dei partecipanti alle dimostrazioni indette in occasione del G8 di Genova, nella caserma di Bolzaneto, nel luglio 2001: così ha concluso la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 7 aprile 2015.

Ora, la tortura «di polizia» così comunemente praticata da un secolo a questa parte non è in realtà un'invenzione del Novecento autoritario. Ha una genesi più antica, una sua specifica storia legale. Ed essa è una storia che ci riconduce, ancora una volta, alla stagione tardoilluministica che segnò la conclusione della vicenda secolare della tortura comminata dai tribunali a termini di legge.

2. «*Practica rerum criminalium*»

Com'è facile immaginare, lo stato – o meglio, per l'epoca, i diversi attori di potere consuetudinariamente o positivamente fondati – non rinunciò propriamente alla risorsa della violenza quale mezzo di coercizione rivolto alla neutralizzazione del crimine e della devianza. Più semplicemente, ne trasferì il luogo di decisione dagli organi giudiziari a quelli esecutivi, dai tribunali alle carceri e ai presidi di polizia.

La tortura che fu abolita dalle monarchie riformatrici del XVIII secolo, con il sostegno della pubblicistica dei Lumi e contro il parere della corporazione dei giudici, fu infatti, è noto, la tortura giudiziaria. Un'entità storica che visse una parabola con una sua fine, lo abbiamo visto, e naturalmente anche un suo inizio; uno dei lasciti della civiltà tardoromana alla cultura europea del tardo medioevo e della prima modernità, come il Codice di Giustiniano, l'architettura di Vitruvio, i Padri della Chiesa latina.

Codificata dal diritto canonico con l'introduzione del processo inquisitorio contro il reato di eresia, a cavallo fra XII e XIII secolo, essa fu acquisita dagli ordinamenti delle città italiane dell'epoca comunale e signorile e quindi dalle nascenti monarchie dell'Occidente, fino a essere canonizzata e normata, come cardine dello *ius commune* in materia criminale, dai grandi testi legislativi cinquecen-

teschi come la *Constitutio criminalis Carolina* del 1532, per l'impero, e l'ordinanza di Villers-Cotterêts del 1539 per la Francia¹⁵.

A conferire alla tortura giudiziaria la sua peculiarità è il fatto di rientrare fra gli strumenti istruttori del giudice e di essere volta ad accertare la paternità – e in certi casi, lo vedremo, la stessa realtà – di un reato; formalmente, dunque, essa non costituiva una pena ma un meccanismo di accertamento della verità, e come tale era soggetta a una rigida regolamentazione.

L'accentramento dei poteri giudiziari nelle mani del principe e dei suoi apparati amministrativi, e la crescente importanza annessa alla punizione e al disciplinamento del crimine con l'ampliamento delle prerogative d'intervento *ex officio* dei magistrati ne enfatizzarono il ruolo legale e simbolico di custode dell'ordine costituito: lo stesso processo accusatorio, che legalmente restò sempre in vigore, tra XV e XVII secolo finì essenzialmente assorbito da quello *per inquisitionem* laddove l'inconsistenza delle prove portate dall'accusa non si risolveva di per sé nel proscioglimento

¹⁵ L'adozione e lo sviluppo della tortura giudiziaria nei sistemi penali europei sono oggetto di un'ingente quantità di studi, generalmente afferenti alla storia del diritto. Nello specifico, oltre che ai due documentatissimi volumi di Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., rinvio a J.H. Langbein, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago, Chicago University Press, 1977; J. Zopfs, *Der Grundsatz «in dubio pro reo»*, Baden-Baden, Nomos, 1999; *La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques*, a cura di B. Durand, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2002; A.L. Sabadell da Silva, «*Tormenta juris permissione*». *Folter und Strafverfahren auf der iberischen Halbinsel – dargestellt am Beispiel Kastiliens und Katalonien (16.-18. Jahrhundert)*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002; W. Pötzl, *Mörder, Räuber, Hexen. Kriminalgeschichte des Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, Augsburg, Heimatverein für den Landkreis Augsburg, 2005; I. Lazzarini, *L'enquête et la construction de l'État princier entre XIV^e et XV^e siècle. Quelques exemples en Italie du Nord*, in *L'enquête au Moyen Âge*, a cura di Cl. Gauvard, Rome, École française de Rome, 2008, pp. 405-427; G. Jerouschek, *Die Carolina – Antwort auf ein «Feindstrafrecht»?*, in *Strafverfolgung und Staatsraison. Deutsch-ungarische Beiträge zur Strafrechtsgeschichte*, a cura di G. Jerouschek, H. Rüping e B. Mezey, Giessen, Psychosozial, 2009, pp. 53-73.

dell'imputato, ma poteva lasciare spazio a ulteriori approfondimenti d'indagine, in particolare nel caso di categorie sociali ritenute pericolose.

Indicazioni lampanti al riguardo, ad esempio, si trovano negli articoli della *Carolina* dedicati ai due diversi riti processuali (dall'articolo 6 in avanti): dal momento in cui l'imputato è tratto in arresto, sia ciò avvenuto a causa della denuncia di un privato o per iniziativa del magistrato, la procedura è la medesima, e nei casi previsti – prove manchevoli ma indizi sufficienti – contempla la ricerca della prova piena per eccellenza, la confessione¹⁶. Un afflato inquisitorio che ricorre nei maggiori monumenti penali della prima modernità: l'*Ordonnance* di Blois del 1498, la *Malefizordnung* di Innsbruck del 1499, la *Constitutio criminalis Bambergensis* del 1507, Villers-Cotterêts, l'*Ordonnance criminelle* del 1570 di Filippo II per le Fiandre, fino alla celebre *Ordonnance* di Luigi XIV, del 1670. È proprio nel corso del Cinquecento, infatti, che la confessione assume la corona di «regina delle prove», in parallelo con lo stringersi della presa sulla società degli attori della vigilanza penale¹⁷.

In questo senso la tortura – la *quaestio*, «l'interrogatorio» per eccellenza, come spesso era definita con indicativa sineddoche – costituiva il baricentro del sistema di prova vigente in Antico regime, il sistema di prove legali, con la sua aritmetica giudiziaria che combinava indizi a carico e scarico con il fine di *produrre* una verità¹⁸.

¹⁶ G. Kleinheyer, *Tradition und Reform in der Constitutio Criminalis Carolina*, in *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, a cura di P. Landau e F.-Chr. Schroeder, Frankfurt, Klostermann, 1984, pp. 7-27, cit. pp. 10-11.

¹⁷ E. Dezza, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, Giuffré, 1989, pp. 3 ss.; P. Cipolla, *La giustizia della spada. Origini e ideologia dell'«Ordonnance Criminelle», 1670*, Roma, Aracne, 2011, pp. 59 ss. Sul diffuso intreccio procedurale fra *accusatio* e *inquisitio* anche M. Meccarelli, *Dimensions of Justice and Ordering Factors in Criminal Law from the Middle Ages till Juridical Modernity*, in *From the Judge's «Arbitrium» to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, a cura di G. Martin, A. Musson e H. Pihlajamäki, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pp. 49-67, cit. pp. 53 ss.

¹⁸ La convergenza lessicale è antica quanto il diritto romano; nel Codice teodosiano la tortura è indicata indifferentemente come *quaestio*

Il sistema di prove legali fu un'altra delle vittime della riforma del diritto penale pensata dagli illuministi e realizzata nella sua completezza dalla Rivoluzione con l'introduzione del principio della certezza morale del giudice (tale sistema resta ancora oggi in vigore, va specificato, nelle cause civili)¹⁹.

Allo sguardo della civiltà giuridica contemporanea esso si presenta come un costrutto di formalismi che del diritto mostrano soltanto il guscio: ma fra noi e quel mondo si sono imposti il giusnaturalismo, i diritti dell'uomo e il positivismo giuridico. In realtà, quando prese forma a partire dal XIII secolo con i maestri dello *ius commune* come Azzone, Alberto da Gandino e Bartolo da Sassoferrato il sistema di prove legali agì come uno straordinario dispositivo di razionalizzazione del diritto, stante il fatto che esso si sostituiva ai sistemi di prova ordalici e divinatori dominanti nell'alto medioevo. Assieme alla tortura giudiziaria, esso fu un parto della civiltà urbana del Duecento, al pari delle università²⁰.

Questo regime probatorio vincolava il giudice a regole fisse che scandivano il percorso istruttorio e la fase del giudizio: la raccolta degli indizi, la loro valutazione, la loro combinazione fino al conseguimento di una presunta realtà oggettiva che prescindeva dalle condizioni specifiche del crimine, come pure dalla soggettività dell'imputato. *L'arbitrium iudicis*, o meglio la libera interpretazione del giudice, era il rischio da scongiurare, com'era ovvio per una scienza concepita per imporre un ordine logico alla babele delle voci del diritto territoriale e consuetudinario, normalmente prive dei rudimenti del sapere giuridico distillato nelle facoltà di diritto.

e *tormentum*, dove il primo termine, traducibile più ampiamente come «interrogatorio», implica ordinariamente il secondo: L. Angliviel de la Beaumelle, *Les mots de la torture au IV^e siècle*, in *La torture judiciaire*, a cura di B. Durand, cit., vol. I, pp. 295-309.

¹⁹ Su questo mutamento di paradigma e le sue origini storiche J.Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven-London, Yale University Press, 2008.

²⁰ Dettagliatissima, sul tema, la monografia di I. Rosoni, «*Quae singula non prosunt collecta iuvant*». *La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, Giuffrè, 1995.

Tale *arbitrium* in realtà non poté mai essere del tutto compresso, e figurò tra i più angosciosi fantasmi della criminalistica moderna: resta comunque il fatto che il regime di prove legali, con la sua tipizzazione degli indizi e dei comportamenti criminali e le inferenze che ne erano fatte derivare, assolveva in linea di principio al compito di ridurre al massimo la possibilità di errore.

Il fine del dispositivo era di conseguire una certezza incontrovertibile nel giudizio su un fatto criminoso: la procedura dell'epoca, del resto, prevedeva generalmente l'alternativa fra colpevolezza e innocenza; l'istituto dell'assoluzione per insufficienza di prove non esisteva, e solo nei casi particolarmente intricati il processo poteva essere sospeso con riserva di ripresa nel caso di emersione di ulteriori indizi o sospetti²¹.

Proprio per questa ragione gli standard di prova previsti dal diritto comune erano particolarmente alti: solo la *plena probatio*, la «prova piena», dava adito alla condanna, ed essa era costituita essenzialmente dalla testimonianza di due soggetti *irreprobabiles*, dalla confessione, dall'*evidentia facti* (flagranza di reato, o opinione generale) e, in certi casi, da affidabile documentazione scritta che facesse riferimento all'autore del delitto²².

Va da sé che condizioni di tale favore erano difficilmente disponibili in sede processuale. Per questo al di sotto della prova piena si allungava una proteiforme gerarchia indiziaria la cui funzione era quella di permettere il conseguimento della *semiplena probatio*, la «prova semipiena» che imprimeva una svolta decisiva al processo poiché consentiva al giudice l'impiego della tortura per completare la prova attraverso la confessione (in alcuni casi era prevista l'emanazione di una condanna presuntiva, che prevedeva una pena *extraordinaria* inferiore a quella normalmente prevista per il reato). Era, questo sapere indiziario, la materia fondamentale della scienza criminalistica che si era sviluppata dal medioevo rivoluzionando i meccanismi della

²¹ A.L. Sabadell da Silva, «*Tormenta juris permissione*», cit., pp. 76 ss.

²² I. Rosoni, «*Quae singula non prosunt collecta iuvant*», cit., pp. 73 ss.

giustizia, la materia su cui si formò, nei secoli dell'Antico regime, il ceto dei magistrati di professione.

La tassonomia degli indizi di reato era, di suo, abbastanza trasparente. Prendiamo uno dei tanti testi *de iustitia et iure* che nell'età barocca furono consacrati alla sistematizzazione della teoria giuridica e alla sua concordanza con la teologia morale:

[Gli indizi] di primo grado sono quelli leggeri, e tuttavia probabili, tali da indurre un sospetto probabile sull'autore di un crimine. Quelli di secondo grado sono leggeri e probabili, tali da fare una presunzione, cioè un sospetto assai probabile. Quelli di terzo sono gli indizi gravi, che si definiscono legittimi e di diritto. Al quarto abbiamo la prova semipiena, che è qualcosa di più di un indizio legittimo. Al quinto abbiamo gli indizi gravissimi, detti anche indubitati²³.

Ciò assodato, la valutazione e la combinazione delle evidenze sufficienti alla tortura costituiva questione assai più complessa, visto che, varcata quella soglia, il processo si disponeva lungo il piano inclinato della sua conclusione (con gli errori che ne potevano conseguire e il connesso rischio, per il giudice, di commettere peccato mortale condannando un innocente)²⁴. Come pesare, ad esempio, un indizio ale-

²³ «In primo gradu sunt levia, probabilia tamen, quae probabilem suspicionem de auctore criminis commovent. In secundo sunt levia probabiliora, quae faciunt praesumptionem, id est, valde probabilem suspicionem. In tertio sunt indicia gravia, quae et legitima et indicia iuris vocantur. In quarto est probatio semiplena; haec amplius quid est, quam indicium legitimum. In quinto sunt indicia gravissima, quae et indubitata dicuntur»: L. Lessius, *De iustitia aliisque virtutibus morum libri quatuor*, qui nell'ed. Lugduni, sumptibus Claudii Lariot, typographi regii, 1630, dub. 17, *Ex quibus indiciis possit iudex reum subiicere torturae*, 316. Lessius (1554-1623) fu uno tra i fondatori della teologia morale della Compagnia di Gesù. Il suo *De iustitia et iure* conobbe numerose ristampe lungo tutto il XVII secolo.

²⁴ La preservazione dei giudici dal pericolo di peccare mortalmente nell'emanazione di una condanna priva di fondamento costituisce lo sfondo implicito dello sviluppo del regime di prove legali nella ricostruzione di J.Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt*, cit. A mio parere, al di là della ricchezza della documentazione prodotta e della sua finezza

atorio come la cattiva fama, che spesso si trasmetteva per linee familiari? E quale peso attribuire alle testimonianze *de auditu*, che pure non valevano prova piena ma erano potenzialmente fittissime all'interno dei tessuti comunitari?

È in questo senso che dobbiamo intendere la tortura come l'architrave del diritto penale d'Antico regime: nelle condizioni previste e normate essa *produceva* effettivamente una verità, seppure una verità di ordine formale. Lo stesso vincolo del carattere *spontaneo* della confessione, e cioè la ratifica di questa *extra tormentum* da parte dell'imputato – normalmente il giorno successivo all'interrogatorio –, costituiva in realtà una precauzione piuttosto labile dal momento che, nel caso di revoca, la tortura poteva essere ripetuta, ordinariamente due, fino a tre volte per i crimini eccezionali²⁵.

Quanto a questi ultimi, poi, essa poteva essere irrogata con più speditezza, e quindi in presenza di indizi deboli. Un'autorità come Prospero Farinacci, compilatore di quell'insuperato leviatano giurisprudenziale che è la *Praxis et theorica criminalis* (1589-1616), include fra i *crimina excepta* la frode, la simulazione, l'adulterio, la sodomia, la simonia, il furto, la falsificazione di moneta. Ma essi potevano abbracciare, secondo le interpretazioni e la giurisprudenza, ulteriori fattispecie aggravanti come quelle dei *crimina atrociora*, o *atrocissima*, fra cui l'omicidio, la blasfemia, l'eresia, la bestialità, e degli ermetici *crimina occulta* (i crimini invisibili), come di nuovo l'eresia e l'adulterio, nonché l'incesto, la stregoneria (ne analizzeremo in seguito i contenuti) e l'avvelenamento (un reato che, nel panorama delle patologie delle società preindustriali, era potenzialmente onnipresente)²⁶. Non essendo, tutte queste, categorie di diritto positivo ma di diritto comune, la loro valutazione

ermeneutica, l'autore sopravvaluta l'importanza di questa cautela morale, quantomeno per l'età moderna: gli studi sulla giustizia penale cinque-seicentesca consegnano, piuttosto, il quadro di un costante intervento delle corti d'appello contro giudici di prima istanza che interpretano gli indizi a sfavore dell'imputato o dispongono la tortura con facilità o ferocia eccessive.

²⁵ P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., pp. 152 ss.

²⁶ I. Rosoni, «*Quae singula non prosunt collecta iuvant*», cit., pp. 193 ss.

risultava sempre soggetta alle consuetudini del territorio e all'interpretazione del magistrato, e perciò consegnata a una regione di arbitrio nella quale la stessa certezza procedurale finiva per perdere valore.

La risposta giurisprudenziale all'incertezza in cui fluttuava il trattamento della tortura e della confessione prese la via della proliferazione casistica: i trattati *de indiciis et tortura* si moltiplicano dalla fine del XV secolo, sino all'apice cinque-seicentesco della criminalistica italiana di Andrea Alciato, Giulio Claro, Giacomo Menochio, Francesco Mantica.

Orizzonte comune, la determinazione delle premesse legittime e necessarie per il ricorso alla *quaestio*. Dettagliati elenchi di indizi, ben oltre il centinaio: i più tipici la confessione extragiudiziale, la testimonianza di un solo individuo, purché di chiarissima dignità, la grave inimicizia, la fuga dell'imputato, e poi il rossore, il pallore, la variabilità delle risposte, la stessa ritrattazione della confessione²⁷. Tutto converge verso una sistematica della tortura che ambisce al rango di scienza fondata su rigorose basi empiriche. Gli sconfinamenti disciplinari sono significativi: al filosofo spetta di «torturare» la natura, di «metterla in ceppi» al fine di estorcerle i suoi segreti, secondo l'assunto dell'*Advancement of Learning* di Francis Bacon²⁸.

I giuristi dipingono il profilo ideale di un giudice attento e irreprensibile, che non abbandona mai il luogo dell'interrogatorio – sommo peccato: lasciare al solo carnefice il compito di estrarre la verità dalla sofferenza – ma scruta ogni voce e ogni smorfia dell'imputato sottoposto ai tormenti: un sapere empirico che richiede assorta osservazione e ponderazione.

La tortura, come l'accesso alla sapienza, non si dà mai nella sua immediata efficacia, ma deve essere somministrata

²⁷ *Ibidem*, pp. 11 ss., 172 ss.

²⁸ L'attribuzione a Bacon di questa metafora risale, a quanto sembra, a Leibniz: C. Merchant, *The Scientific revolution and the «Death of Nature»*, in «Isis», vol. 97, 2006, pp. 513-533, cit. p. 518, che tuttavia sottolinea l'influenza sullo scienziato inglese della procedura penale sulla stregoneria teorizzata da Giacomo I.

per gradi: dalla *territio verbalis* (la semplice minaccia verbale) alla *territio realis* (l'esibizione degli strumenti) fino all'impiego nel suo massimo effetto. Nel caso della tortura più comune, il tratto di corda, fino alla sospensione dell'interrogando con pesi ai piedi e repentini rilasci della fune, che, come descrive Paolo Grillandi, *De quaestionibus et tortura*, è in grado di produrre le convulsioni incontrollabili che precedono la disarticolazione delle braccia²⁹.

La crescente attenzione dei giuristi verso le premesse istruttorie e le modalità di irrogazione della tortura riflette la sua centralità nel regime di prove legali. Per avere un esempio fra i tanti della visione prevalente in materia nella criminalistica dell'epoca mi rifaccio a Benedict Carpzov, che incroceremo di nuovo come obiettivo polemico del giusnaturalismo primosettecentesco.

Massima autorità del diritto penale tedesco del XVII secolo, Carpzov presenta un punto di vista tanto più significativo in quanto la sua *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium* (Wittenberg, 1635) riassume oltre un secolo di sapere penalistico, concordando la *Carolina*, il diritto comune (in particolare nell'interpretazione di Claro) e la giurisprudenza dei tribunali di Lipsia e Dresda, di cui l'autore è *magna pars*³⁰.

Imponente *in folio* ad uso degli attori del diritto criminale dell'impero, e non soltanto (nel 1696 è adottata dal regno d'Ungheria, aprendo anche in questo paese l'età, singolarmente tardiva, del predominio del processo inquisitorio), la *Practica* è ritenuta un caposaldo della penalistica barocca,

²⁹ H.Ch. Lea, *Torture* (1866), Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1973, p. 117.

³⁰ U. Falk, *Zur Folter im deutschen Strafprozess. Das Regelungsmodell von Benedict Carpzov (1595-1666)*, in «Forum historiae iuris» (2001), <http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/zitat/0106falk-folter.htm>; Id., *De la torture judiciaire en Saxe, en particulier chez Benedict Carpzov (1595-1666)*, in *La torture judiciaire*, a cura di B. Durand, cit., vol. II, pp. 709-742; M. Schmoekel, *Benedict Carpzov und der sächsische Prozess. Mündlichkeit und Konzentration im sächsischen Verfahren vor dem Hintergrund des Ius Commune und der Reformation*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung», vol. 126, 2009, pp. 1-37.

specchio teorico del *furor* punitivo del potere monarchico d'Antico regime. Delle tre parti in cui è divisa, la terza è dedicata alla procedura, e in essa la tortura occupa un luogo assolutamente centrale (undici titoli su quarantanove). Eppure, leggendola, ci troviamo davanti a tutto meno che a una sua apologia incondizionata.

La *quaestio*, riconosce Carpzov, compromette insanabilmente il nome di chi la subisce:

È correttissimo sostenere che attraverso la tortura si procuri un danno irreparabile. Benché chi è stato lacerato dai tormenti possa guarire, la macchia non si toglie mai, proprio come la verginità, una volta corrotta, e la castità, una volta persa, non possono più essere restituite». Inoltre essa genera errori giudiziari – alcuni casi esemplari sono puntualmente elencati –, che la fanno apparire «uno strumento non soltanto pericoloso, ma anche massimamente dubbio ai fini della ricerca della verità»³¹.

La tortura è un male necessario, sempre inflitto *sua-dēntē necessitate*; medicina amara di una lunga trafila di giureconsulti e teologi dello *ius commune* che al verminare del crimine nell'inframondo dei ladri e degli omicidi, dei bigami, delle adulate e delle donne abortienti non può che opporre il rispetto della tradizione.

Malgrado ciò, la *Practica* poggia sull'assunto dell'indiscussa efficacia istruttoria della *quaestio*: la procedura penale, per l'autore, non avrebbe senso in sua mancanza. Proprio per questo essa deve essere dosata con cautela e perizia poiché porta con sé il rischio di deposizioni false.

Carpzov, egli stesso giudice d'appello, è del tutto conscio di quanto l'abuso della tortura sia diffuso presso le

³¹ «Per torturam damnum irreparabile inferri, rectissime dicitur. Licet namque ei qui tormentis laceratus est mederi possit, nunquam tamen haec macula tollitur, quemadmodum nec virginitas semel corrupta, aut castitas amissa revera restitui possit. [...] Remedium hoc indagandae veritatis, non modo periculosum, sed et maxime dubium esse patet»: *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium in partes III divisa*, qui nell'ed. Wittebergae, sumptibus haeredum doctoris Tobiae Mevii, 1652, p. 153.

corti di prima istanza, quelle delegate agli interrogatori, e la sua trattazione è un susseguirsi minuzioso di istruzioni e ammonimenti. Si rifiutino le modalità inconsuete, *exquisitae* – aggettivo sinistro, e comune nella trattatistica dell'epoca, che adombra il serpeggiare di una triste creatività della ferocia –, e si seguano gli usi consuetudinari come la corda, il cavalletto, il fuoco e i morsetti per le dita; si presti attenzione alla insindacabilità della ratifica successiva, e si eviti la ripetizione indiscriminata delle sedute; i giudici assistano alla tortura dall'inizio alla fine, senza abbandonare l'imputato nelle mani del carnefice. Coloro che ne abusano ne rispondano davanti alla legge, anche con pene corporali, fino alla pena di morte. La si decreti solo in presenza di indizi fondati, e di un evidente *corpus delicti* (ne sono esclusi i *crimina occulta*, per i quali basta la presunzione di colpevolezza). I cinque gradi del suo impiego siano sempre rispettati. La si ripeta in assenza di ulteriori indizi solo per i *crimina atrocita*: ma anche in questo caso l'imputato che non confessa deve ritenersi purgato³².

Carpzov non è l'unico a criticare l'abuso che della *questio* fanno i giudici di prima istanza, investiti per primi dalla pressione della punizione del crimine e gelosi delle proprie prerogative arbitrali. Come lui, altri dei maggiori criminalisti cinque-seicenteschi, come Farinacci e Covarrubias, o lo stesso Martín Delrío, il sistematore della demonologia moderna e della prassi istruttoria per i casi di maleficio, dedicano ampio spazio a precisare e circoscrivere le condizioni del suo impiego, spesso rifacendosi alla *Carolina* e alle sue istruzioni in materia³³.

³² Sottolinea l'importanza di queste cautele U. Falk, *Zur Folter im deutschen Strafprozess*, cit., pp. 27 ss., che definisce Carpzov «Kritik der Folter» (critico della tortura), e gli attribuisce una «strategia di compromesso» fra la necessità dell'impiego dei tormenti e il principio di evitare, per quanto possibile, la condanna di innocenti. L'autore, a mio parere, non prende in sufficiente considerazione il fatto che queste stesse cautele erano già previste dalla *Carolina*: cfr. ad es. W. Pötzl, *Mörder, Räuber, Hexen. Kriminalgeschichte des Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, Augsburg, Heimatverein für den Landkreis Augsburg, 2005, pp. 74 ss.

³³ P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., pp. 152 ss.

In altre parole con l'abolizione della tortura giudiziaria non viene a cadere soltanto «una crudeltà consacrata dall'uso» e un vestigio delle ordalie dei secoli barbarici, come scrive Beccaria, ma anche un rituale giudiziario, un sistema empirico di accertamento delle prove indiziarie, nonché, naturalmente, un solido vettore di potere (potere nella sua accezione più cruda) conteso fra diversi attori della sfera giuridica e politica.

Come già notato, la dinamica che conosciamo oppone i giudici di prima istanza ai tribunali d'appello, siano consuetudinari o sovrani, e sono generalmente questi ultimi a invocare un più severo rispetto delle regole e a subordinare per quanto possibile l'esecuzione della tortura a una diagnosi indiziarie affidabile.

Questa dinamica si consolida nel corso del XVII e del XVIII secolo, e, in prospettiva, sembra correre parallela al radicarsi del monopolio sovrano sulla coercizione e sul disciplinamento dell'organismo sociale. Altrimenti detto, non sembra fuori luogo presumere che gli assolutismi settecenteschi, in pieno sforzo di ampliamento delle proprie prerogative sovrane e di contenimento degli istituti intermedi e consuetudinari, percepiscano nella tortura un'indebita prassi di potere a disposizione delle magistrature locali, ossia un indebito ingresso di queste ultime nella sfera sovrana della violenza.

Questa lettura sembra trarre conforto dal fatto che, come anticipato, vittima degli assolutismi riformatori fu la tortura giudiziaria, non la tortura *tout court* e meno ancora la violenza pervasivamente distillata all'interno dell'universo del controllo e della punizione.

La tortura come risorsa correzionale per i comportamenti devianti, pure se non sfocianti in atti criminosi, e ancora la tortura come strumento volto non più al conseguimento della confessione bensì all'acquisizione di informazioni, all'accumulo di sapere poliziesco – conoscenza di complici e favoreggiatori, ricostruzione di reti di connivenza, accertamento di reati precedenti –, rimase in vigore ancora a lungo. Per quanto riguarda la Germania (il caso più studiato) ne abbiamo testimonianza nella *Instruktion* criminale e nella

Kriminalordnung prussiane del 1799 e del 1805, nell'ordinanza bavarese sull'abolizione della tortura giudiziaria del 1806 e nelle ordinanze del Baden del 1767 e 1803³⁴. Ci troviamo probabilmente al capo della filiera della violenza «governamentale» che conduce alla tortura di polizia del Novecento.

Più sottile e flessibile, eseguibile anche senza le competenze tecniche del carnefice di professione, questa forma di tortura di polizia, o di punizione corporale se si preferisce, prevede l'uso della frusta, dello staffile e del bastone, la costrizione carceraria più dura e la privazione del vitto. Sfugge alla regola della graduazione e alle altre precauzioni che abbiamo visto normare il ricorso alla tortura giudiziaria. Si basa sul principio della *Verdachtsstrafe*, della punizione presuntiva, che si afferma nel corso del XVIII secolo e si rifà all'istituto già menzionato della *poena extraordinaria*: in mancanza di prove conclusive, al giudice è concesso di infliggere una pena anche senza oggetto del crimine, sulla base di una più libera valutazione degli indizi.

Pena più mite – carcere e casa di correzione, lavori forzati, servizio militare –, la *poena extraordinaria* si riverbera generalmente sugli appartenenti alle categorie marginali (ladri, prostitute, mendicanti, vagabondi, zingari) e su quanti sono imputati di reati contro la moralità e la quiete pubblica.

Per questa *via brevior* le autorità amministrative dell'età dei Lumi si svincolano dalle rigidità dello *ius commune* senza lasciare scoperte aree di pericolo sociale³⁵.

³⁴ A. Koch, *Folterbefürworter nach Beccaria*, cit., pp. 18 ss.; K. Härter, *Die Folter als Instrument polizeylicher Ermittlung im inquisitorischen Untersuchungs- und Strafverfahren des 18. und 19. Jahrhunderts*, in *Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung*, a cura di K. Altenhain e N. Willenberg, cit., pp. 83-114.

³⁵ K. Härter, *Social Control and the Enforcement of Police-Ordinances in Early Modern Criminal Procedure*, in *Institutionen, Instrumente und Akteure sozialer Kontrolle und Disziplinierung im frühneuzeitlicher Europa – Institutions, Instruments and Agents of Social Control and Discipline in Early Modern Europe*, a cura di H. Schilling, Frankfurt, Klostermann, 1999, pp. 39-63. Sulla natura giuridica della *poena extraordinaria* Rosoni, «*Quae singula non prosunt collecta iuvant*», cit., pp. 79 ss.

La funzione giudiziaria e probatoria della tortura [...] perse di significato nel XVIII secolo nella prassi della giustizia penale. [...] Di contro, nella concreta prassi processuale acquisì rilevanza la sua funzione preventiva e disciplinare, e soprattutto poliziesca e politica, nei confronti di specifici gruppi sociali e di minacce alla sicurezza, come nel caso dei vagabondi, delle bande di ladri e briganti, della criminalità politica³⁶.

Le ordinanze di abolizione della tortura del tardo Settecento lasciarono piena validità a tale regime di penalità arbitraria: l'ordinanza francese del 1780, come pure quelle di Federico II del 1754, rimisero alla disponibilità dei magistrati l'erogazione di pene minori sulla base di semplici sospetti non corroborati da prove. Da questo punto di vista non è paradossale la considerazione per cui i difensori della tortura giudiziaria di Antico regime si richiamavano a più solidi istituti di diritto allorché invocavano lo *ius commune* e la *Carolina* con i loro requisiti di prova piena per l'irrogazione della condanna³⁷.

3. Perché l'abolizione?

Interrogarsi sul perché la tortura giudiziaria sia stata abolita implica una seconda domanda: perché essa fu abolita *in quel momento storico*? Perché solo nella seconda metà del Settecento, e per la maggior parte dei casi con un processo molto rapido, non più lungo di un paio di decenni, come se all'epoca essa fosse ormai un istituto privo di legittimità, un residuo eccedente?

³⁶ «Die gerichtlich-beweisrechtliche Funktion der Folter – die im Mittelpunkt der (rechts-) historischen Forschungen steht – verlor [...] im 18. Jahrhundert in der Praxis der Strafjustiz an Bedeutung. [...] Die präventiv-disziplinierende und vor allem die polizeilych-kriminalpolitische Funktion gewann dagegen im Hinblick auf spezifische soziale Gruppen und Sicherheitsgefährdungen – vagierende Randgruppen, Diebs- und Räuberbanden, politische Verbrechen – an Relevanz in der konkreten Verfahrenspraxis»: K. Härter, *Die Folter als Instrument polizeilycher Ermittlung*, cit., pp. 94-95.

³⁷ J.H. Langbein, *Torture and the Law of Proof*, cit., pp. 61 ss.

Sappiamo che Guillaume de Lamoignon, primo presidente del Parlamento di Parigi e fra gli estensori dell'*ordonnance criminelle* di Luigi XIV, ne aveva già contemplata la possibile abrogazione nel 1670: eppure la tortura fu ancora ordinariamente impiegata in Francia per oltre un secolo, con le efferatezze denunciate da Voltaire a proposito dell'*affaire Calas*³⁸. E, come notato prima, la sua fine fu decretata contro il parere di coloro che a rigor di termini avevano più voce in capitolo al riguardo – i giudici, i giureconsulti, i funzionari di giustizia. Di che ordine fu l'impulso originario di quella vera e propria rivoluzione giuridica?

Che la tortura fosse uno strumento iniquo (ne erano esentati i ceti privilegiati e il clero) e tutt'altro che affidabile era convinzione comune da sempre. Il celebre passo di Cicerone, «la tortura è governata dal dolore [...] sicché tra simili angosce non resta alcun luogo alla verità», canonizzato dagli autori abolizionisti come Sonnenfels e Verri, era solo l'eco più antica e autorevole di un disagio che aveva punteggiato tutta l'età rinascimentale³⁹.

I giureconsulti italiani, senza mai metterne in dubbio la legittimità, erano lucidamente consci dei rischi di distorsione dei fatti che essa implicava: il *Tractatus de tormentis* di Francesco Casoni (1557) li tiene costantemente in primo piano nel susseguirsi dei capitoli – *De periculo tormentorum, et de errore iudicum; De non torquendo reo nisi formato processu, et de errore iudicum; De non torquendo, nisi publicato processu et exhibita copia indiciorum, et de errore iudicum...* –, e così fanno giuristi di primo piano come Giuseppe Mascardi e Alberico Gentili⁴⁰. Nel suo commentario alla *Carolina* destinato ai territori austriaci (1670, riedito fino al 1752) Christoph Blumbacher scrive della tortura come di una pratica disumana e delle enormi difficoltà che pongono le

³⁸ *Ibidem*, p. 55.

³⁹ Sulla critica preilluministica alla tortura cfr. P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., pp. 222 ss., che cita fra gli altri Boccaccio, Vives, Cervantes.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 226-227.

confessioni estorte attraverso di essa, ma il suo abbandono resta fuori discussione⁴¹.

Sulla base dell'imponenza di questa critica procedurale alla tortura (presso i giuristi raramente accompagnata da rilievi di ordine morale) John Langbein formulò nel 1977 la sua celebre tesi sull'origine tutta legale della sua abolizione.

L'interpretazione storiografica recepita, che vedeva nell'impatto della critica umanitaria illuminista il motivo dell'abbandono della tortura e, di conseguenza, del sistema di prove legali del diritto romano, a suo parere non era né più né meno che una *fairy tale*⁴². La relazione di causa-effetto, secondo Langbein, andava rovesciata. Il sistema di prove legali era già entrato nella sua parabola discendente almeno un secolo e mezzo prima di Voltaire e Beccaria in conseguenza degli standard di prova eccessivamente alti che esigeva, convergenti nella centralità dell'assunto del conseguimento della prova piena ai fini dell'emanazione della condanna. A fronte delle rigidità delle codificazioni cinque-seicentesche, i giudici si erano man mano orientati verso lo strumento più elastico della *poena extraordinaria*, che superava l'alternativa fra assoluzione e pena edittale consentendo, come già visto, di irrogare pene inferiori sulla base di una più libera interpretazione degli indizi⁴³. Semplicemente, la tortura sarebbe stata abolita perché, nell'età dei *philosophes*, non era più utile a un sistema penale che al patibolo aveva già largamente sostituito il carcere e la casa di lavoro.

⁴¹ M.F. Polaschek, *The history of torture in Austria*, in *La torture judiciaire*, a cura di B. Durand, cit., vol. II, pp. 599-612.

⁴² J.H. Langbein, *Torture and the Law of Proof*, cit., pp. 10 ss.

⁴³ «This new system of proof developed alongside the Roman-canon system. The Roman-canon law of proof survived in form, but in the seventeenth century lost its monopoly. Thereafter the standards of the Roman-canon law continued to be complied with for easy cases, cases where there was a voluntary confession or where there were two eyewitnesses. But for cases where there was neither, the Roman-canon standards no longer had to be complied with. That is to say, in just those case where it had previously been necessary to use torture, it now became possible to punish the accused without meeting the evidentiary standards that had led to torture», *ibidem*, pp. 11-12.

Già Piero Fiorelli prima di John Langbein aveva sottolineato il rilievo della crisi procedurale del diritto penale fra le cause del tramonto della lunga età dei *tormenta*. Più recentemente, Isabella Rosoni ha avanzato un'interpretazione parallela, seppure, mi sembra, più articolata, che tiene al centro il lato propriamente epistemico del processo che portò alla fine del regime probatorio dello *ius commune* e, con esso, della tortura.

Dal XVII secolo si assisté al crescente uso della *poena extraordinaria* da parte dei giudici, e dunque al radicarsi dell'importanza della loro libera valutazione degli indizi. Questo fenomeno tuttavia, secondo Rosoni, si sarebbe accompagnato non allo smantellamento, bensì all'evoluzione del sistema di prove legali nel corso del Settecento, anche in ragione di fattori extragiuridici; fra questi, l'affermazione dell'algebra sulla matematica classica nel campo delle scienze esatte e l'influenza che essa avrebbe esercitato sulla disciplina penalistica: alla semplice somma degli indizi i giudici avrebbero progressivamente sostituito un criterio ispirato al calcolo esponenziale, che consentiva di conferire maggior peso ad alcuni indizi rispetto ad altri. Tale evoluzione si sarebbe arrestata alle soglie della Rivoluzione davanti al generale accoglimento del principio della libera convinzione morale del giudice, che a sua volta scaturiva da un mutamento di percezione nei confronti della questione della certezza⁴⁴.

La certezza formale che le prove legali consentivano di raggiungere era una certezza filosofica che la cultura scientifica mediosettecentesca rifiutava ormai di tradurre in certezza sostanziale, e dunque in certezza morale⁴⁵. Le parole di Beccaria sull'assurdità dell'aritmetica indiziaria delle «quasi-prove» e delle «semi-prove» – «quasi che un uomo potesse essere semi-innocente o semi-reo» – rifletterebero insomma una svolta epistemica che ruota attorno alla que-

⁴⁴ I. Rosoni, «*Quae singula non prosunt collecta iuvant*», cit., pp. 20 ss.

⁴⁵ Come giustamente nota l'autrice, *ibidem*, pp. 6 ss., la certezza garantita dalle prove legali e quella dei sistemi ordalici condividono il fatto di essere simboliche, in quanto simulano una giustificazione materiale mentre forniscono una giustificazione puramente formale della sentenza.

stione della realtà⁴⁶. Una svolta, vorrei aggiungere, non poco simile a quella avvenuta oltre un secolo prima nella scienza astronomica, dove l'abbandono della cosmologia tolemaica era stato prima di tutto la traduzione dell'abbandono di una scienza formalistica che intendeva «salvare le apparenze» dei moti celesti in favore di una nuova scienza capace di rendere conto della realtà sostanziale dei fenomeni.

In breve, l'ampio studio di Rosoni sul regime di prove legali mi sembra indicare con fondatezza come la dinamica che si risolse nell'abbandono della tortura giudiziaria abbia tratto alimento, oltre che dalle pratiche dei giudici e dalle rivendicazioni morali dei polemisti dei Lumi, da una più ampia costellazione di elementi di matrice più latamente culturale (filosofica, persino scientifica). Edward Peters, che pure accoglie la proposta di Langbein, ne elenca alcuni: l'influenza decisiva del giusnaturalismo, il crescente controllo sulle magistrature da parte dei corpi legislativi, lo sviluppo dell'azione disciplinatrice delle istituzioni totali, che sovravanza il puro e semplice esercizio di punizione e deterrenza che costituiva il cuore della giustizia di Antico regime.

Gli studiosi tedeschi di storia del diritto, che negli anni recenti hanno prodotto gli studi più approfonditi sulla questione, insistono anch'essi sulla necessità di confrontarsi con un quadro più ampio e variegato di motivi: Mathias Schmoeckel si è ampiamente sforzato di documentare che non ci sarebbe stata alcuna crisi del sistema di prove legali a determinare il superamento della tortura (in Prussia, ad esempio, tale modello probatorio restò in vigore fino a metà Ottocento), ma che questo sarebbe stato invece il portato del nuovo umanesimo preilluministico e illuministico declinato come risorsa politica e propagandistica a disposizione dei sovrani assoluti⁴⁷. Più recentemente la svolta culturale mediosettecentesca determinata dallo sviluppo del sentimento dell'empatia e dall'emergere di una diversa percezione del corpo come oggetto esclusivo dello sguardo intimo, e per

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 203 ss.

⁴⁷ M. Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison*, cit., pp. 501 ss. La tesi è condivisa da J. Zopfs, *Die Fürsten schaffen die Folter ab*, cit.

questo sottratto alla dimensione pubblica (e pubblicistica) dei supplizi e delle pene infamanti, è stata l'oggetto di una fortunata tesi di Lynn Hunt⁴⁸.

Nel complesso, appare condivisibile la considerazione di Peters secondo cui «l'identificazione della tortura con un'intera visione del mondo che fu rifiutata nel tardo XVIII secolo avvenne su basi morali e legali al tempo stesso»: aggiungendo, tuttavia, che il rifiuto di quella visione del mondo ebbe anche un suo specifico spessore culturale⁴⁹.

Per precisare questa mia ipotesi e sostanziarla di contenuto compio un salto all'indietro arretrando di un sessantennio rispetto al *Dei delitti e delle pene*. Al 1705 risale infatti non il primo, ma il più celebre *memorandum* contro la tortura giudiziaria prima di Beccaria: *De tortura ex foris Christianorum proscribenda*, «per la proibizione della tortura nei tribunali cristiani», Halle, *ex Academia Fridericiana*, ossia con l'*imprimatur* dell'università che Federico I ha fondato nel 1694 per formare i quadri della burocrazia dell'elettorato del Brandeburgo, di lì a poco regno di Prussia.

Lo scritto è un manifesto della facoltà giuridica di quell'ateneo, visto che è steso per la *dissertatio inauguralis* dell'anno accademico. A pronunciarlo un allievo della facoltà, Martin Bernhard, *Pomeranus*, sotto la direzione di Christian Thomasius, cui è attribuita la paternità dell'opera⁵⁰. Il fatto

⁴⁸ L. Hunt, *La forza dell'empatia*, cit., pp. 51 ss. Va detto che l'autrice non fa distinzione fra l'istituto della tortura giudiziaria e la prassi delle pene capitali, che formalmente costituivano due ambiti diversi della procedura giudiziaria.

⁴⁹ «The late eighteenth-century identification of torture with an entire rejected world-view was made on moral as well as legal grounds», E. Peters, *Torture*, cit., p. 89.

⁵⁰ *Dissertatio inauguralis iuridica de tortura ex foris Christianorum proscribenda, quam in illustri Academia Fridericiana, [...] praeside Dn. Christiano Thomasio, [...] publico eruditorum examine submittit Martinus Bernhardt, Pomer[ano]*, ed. or. Halae, typis Ch.A. Zeitleri, 1705, qui in Chr. Thomasius, *Über die Folter. Untersuchungen zur Geschichte der Folter*, a cura di R. Lieberwirth, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1960, pp. 115-191. W. Ebner, *Christian Thomasius und die Abschaffung der Folter*, in «Lus commune», vol. 4, 1972, pp. 73-80, e M. Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison*, cit., pp. 147 ss., ritengono che Bernhard

che Thomasius, oltre che uno dei padri del giusnaturalismo europeo, fosse l'anima dell'università di Halle e della riforma degli studi superiori in Germania all'aurora del XVIII secolo è sufficiente a conferire uno spessore particolare allo scritto. Fu Thomasius, fra le altre cose, a disegnare il corso degli studi giuridici di quell'ateneo, nel quale il diritto pubblico era studiato secondo la sua evoluzione storica, a partire dal diritto romano: il che equivale a dire che lo statuto di intangibilità tradizionale dello *ius commune* vi risultava quantomeno sottovalutato⁵¹.

Il *De tortura* si compone di due parti. In questo senso lo si può definire come un testo singolare, bifronte, che da un lato si esprime secondo la grammatica della trattatistica di diritto comune mentre dall'altro anticipa l'aria che si respirerà nella critica giuridica dell'Illuminismo. Del resto la storiografia tedesca considera da tempo Thomasius come un anticipatore dei Lumi in Germania, se non come il loro primo esponente⁵².

Nella prima parte lo scritto conduce una dettagliata critica procedurale al regime della tortura giudiziaria. Perciò esso si muove entro i limiti del diritto vigente, ricalcando

debba essere considerato il vero autore del libello, al contrario di R. Lieberwirth nell'ed. ora citata e di M. Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 158 ss., che ne accettano invece senza sollevare questioni l'attribuzione a Thomasius. A mio parere quello posto da Ebner e Schmoeckel è un problema del tutto secondario: al di là della stesura materiale del testo, la sua funzione di dissertazione accademica ufficiale ne dovrebbe rendere chiara la paternità, quantomeno indiretta, del giurista più autorevole dell'ateneo. Sul libello anche F. Tomasoni, *Christian Thomasius. Spirito e identità culturale alle soglie dell'Illuminismo europeo*, Brescia, Morcelliana, 2005, pp. 245 ss.

⁵¹ M. Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania*, vol. I, *Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 383 ss. (ed. or. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. I, *Reichspublizistik und Polizeywissenschaft 1600-1800*, München, Beck, 1988).

⁵² H.-J. Engfer, *Christian Thomasius. Erste Proklamation und erste Krise der Aufklärung in Deutschland*, in *Christian Thomasius 1655-1728. Interpretationen zu Werk und Wirkung. Mit einer Bibliographie der neueren Thomasius-Literatur*, a cura di W. Schneiders, Hamburg, Meiner, 1989, pp. 21-36.

lo stile dei prontuari dedicati all'esercizio dell'ufficio giudiziario e insistendo sulle cautele previste dai codici e dai loro commentari.

Nel paragrafo quarto, ad esempio, Thomasius ricorda che la *quaestio* è contemplata solo per i delitti per i quali è prevista la pena capitale o comunque una pena corporale; una considerazione apparentemente scontata, ma che implica che il giudice abbia prima di tutto ben chiara la pena prevista per il reato che sta esaminando, in modo che la corte di seconda istanza possa dedurre con certezza dagli atti la correttezza della procedura⁵³. Nel paragrafo quinto si ricorda che la tortura «non è mezzo ordinario, bensì straordinario, o sussidiario, per l'escussione della verità»: il che comporta che, in presenza di prova piena della colpevolezza dell'imputato, essa non deve essere applicata, e il giudice deve procedere all'emanazione immediata della condanna⁵⁴.

Nel caso l'imputato ritratti la confessione dopo la terza seduta di tortura egli deve essere considerato purgato del tutto dal sospetto, e non in via provvisoria, e dunque assolto con formula piena. L'emersione di nuovi indizi può essere considerata valida per una nuova *quaestio* solo nel caso essi siano differenti nella sostanza dai precedenti, e di per sé validi per una nuova sentenza di tortura. Per questo come testimonia «Alciatus, vir maximus», errano i giudici che assolvono soltanto con formula provvisoria gli imputati dei quali non si è potuta ottenere la confessione⁵⁵.

⁵³ «Ad curam hoc proprie collegiorum pertinet, distinctionem delictorum adhibere in dicitanda tortura: interim tamen et iudex hoc nosse debet, ut qualitatem criminis bene in actis deducat, quo postea iuris periti scire possint, quatenus isti delicto competat, et an sic per consequens tortura locum habeat»: *Dissertatio inauguralis iuridica de tortura*, cit., I, 4, *De causis sive delictis ad torturam sufficientibus*, p. 132.

⁵⁴ *Ibidem*, I, 5, *De indicis ad torturam aggravantibus. Tortura est tantum subsidiarium medium eruendae veritatis*, pp. 132-134.

⁵⁵ «Plane nova indicia hic requiruntur, quae non tantum a prioribus specie diversa, sed etiam per se ad torturam inferendam sufficientia sunt», *ibidem*, I, p. 11, *Observationes quaedam circa torturam notandae hic exponuntur. Qui torturam perpressus, nihilque confessus, a crimine, non ab instantia solum absolvendus est*, pp. 148-150.

Con questo siamo alla prima sezione dello scritto. Fin qui, il *De tortura* si muove nella scia dei commentatori del diritto comune: una replica sintetica, seppure incisiva nelle conclusioni, delle specificazioni e dei *distinguo* che possiamo trovare nei dottori già citati, come Farinacci e Carpzov. È la seconda parte a rovesciare i termini della questione, allorché si propone di misurare la tortura con un metro diverso da quello del diritto comune:

Ho dunque esposto in breve la tortura e la sua pratica secondo quanto è ammesso dalle leggi civili e dalla consuetudine. Ora la esaminerò sulla base della legge naturale e della sana ragione, e vedremo quanto indegni e semplici da confutare siano gli argomenti in difesa dell'uso di questi supplizi portati dai loro fautori⁵⁶.

L'inflessione giusnaturalista è chiara sin dall'inizio: l'attenzione di Thomasiaus si concentra adesso sulla tortura non dal punto di vista del diritto oggettivo, bensì da quello del diritto soggettivo, del diritto del soggetto alla proprietà e all'integrità del suo corpo.

È infatti certissimo [...] che la tortura sia un mezzo di investigazione di un crimine ancora dubbio e incerto quanto all'autore: ma dall'altra parte non è meno sancito il fatto che i poveri imputati, dei quali ancora non è chiaro se siano colpevoli o innocenti, siano straziati da tormenti certissimi e indubitabili attraverso qualsivoglia esercizio della tortura. Dunque questa deve essere considerata più la pena per un crimine incerto che non un mezzo per investigare la verità, poiché ogni sofferenza corporale, anche se inferta prima della sentenza, deve essere ritenuta una pena⁵⁷.

⁵⁶ «Sic aspirante Numinis gratia absolvi torturam, et eius praxin, quatenus legibus civilibus et moribus approbatur. Nunc vero illam ad legis nat[uralis] ac sanae rationis normam examinabo, ubi videbimus, quod indigna et refutatu perlevia sint argumenta, quae pro stabiliendo huius carnificinae usu ab illius fautoribus in medium proferuntur», *ibidem*, II, 1, *Primum argumentum contra torturam pugnans desumptum est ab iniustitia eius*, p. 156.

⁵⁷ «Certissimum enim est, et ex antea iam dictis patet, torturam esse medium inquirendi in crimen quoad eius autorem hactenus dubium et

Non è difficile percepire in queste frasi la prefigurazione di un tema che diverrà canone della critica illuminista del diritto penale incarnata in Beccaria:

Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la podestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino mentre si dubita se sia reo o innocente? Non è nuovo questo dilemma: o il delitto è certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, e' non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i cui delitti non sono provati⁵⁸.

L'incertezza della confessione, che dipende dalla capacità dell'interrogando di tollerare il dolore, conferma la falsità della nozione della tortura quale strumento di indagine circa la verità dei fatti. Thomasius:

Gli autori di diverse età testimoniano che la tortura è stata generalmente ritenuta ingannevole ed erronea secondo due diverse modalità. In primo luogo perché non pochi, benché realmente colpevoli dei crimini loro imputati, nel caso sopportino con forza tutte le crudeltà della tortura sono legittimamente assolti grazie a essa, malgrado siano colpevoli. In secondo luogo perché, al contrario, uomini del tutto innocenti sono sopraffatti nel peggiore dei modi a causa di tanti errori e menzogne, e per questo consegnati alla morte nella massima ingiustizia in ragione di una confessione estorta con la forza⁵⁹.

incertum: iam vero et ab altera parte non minus exploratum est, miseros reos, de quibus an sontes, an vero insontes sint, nondum constat, in omni torturae exercitio certissimis et indubitatibus excarnificari cruciatibus. Poena itaque potius incerti criminis dicenda, quam medium inquirendae veritatis: quia omnis corporis cruciatus, etiamsi ante sententiam inferatur, poena est», *ibidem*.

⁵⁸ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 16, *Della tortura*, qui in *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, Milano, Mediobanca, vol. I, a cura di G. Francioni, 1984, pp. 15-129, cit. p. 62.

⁵⁹ «Duplici vero modo hanc torturam potissimum fallacem ac erroneam saepe numero compertam fuisse, plurimorum saeculorum scriptores memoriae prodiderunt. Primo, quod haud pauci, qui criminis vere rei, fortiter omnem torturae ferociam perferant, atque ita quantumvis son-

Di nuovo, Beccaria:

Egli è un voler confondere tutt'i rapporti l'esigere che un uomo sia nello stesso tempo accusatore ed accusato, che il dolore divenga il crociuolo della verità, quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre di un miserabile. Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati e di condannare i deboli innocenti⁶⁰.

A conseguirne, per Thomasius, una condizione indeterminata di dubbio che mina alle fondamenta la certezza del giudizio:

Dopo la tortura il giudice non può essere in coscienza più certo e sicuro del crimine confessato di quanto non fosse prima della tortura: mentono coloro che sono in grado di sopportare il dolore, ma mentono anche quelli che non lo sono⁶¹.

Questo riferimento alla coscienza del giudice non va, a mio parere, sottovalutato: il regime di prove legali era congegnato appunto per sottrarre spazio di autonomia alla certezza interiore del giudizio e legare quest'ultimo alle evidenze oggettive raccolte durante il procedimento, secondo la massima per cui il magistrato doveva giudicare *secundum alligata et probata, non secundum conscientiam*⁶². L'accento

tes, nihilominus legitime per illam absolvantur. Secundo, quod contra homines innocentissimi crebris fallacibus et fraudibus miserrimum in modum opprimantur, atque iniquissime, ob confessionem vi extortam, ad mortem rapiantur», *Dissertatio inauguralis iuridica de tortura*, cit., II, 1, cit. p. 158.

⁶⁰ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., pp. 62-63.

⁶¹ «Iudex post torturam non potest certior et securior de crimine confesso, in conscientia esse, quam ante torturam erat; qui mentiuntur, qui pati possunt, mentiuntur quoque, qui pati non possunt», *Dissertatio inauguralis iuridica de tortura*, cit., II, 2, *Multa nocentes patienter torturam sustinent, nihilque confitentur, et si iniuste absolvuntur*, p. 158.

⁶² Il tema della coscienza del giudice riveste capitale importanza nella storia del processo criminale d'Antico regime. Rinvio al proposito a K.W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: «Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat»*, München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1967; A. Padoa-Schioppa, *Sur*

di Thomasius alla *conscientia iudicis* sembra perciò implicare una critica al dispositivo probatorio dell'epoca che prefigura il primato accordato alla certezza morale del giudizio dal pensiero giuridico tardosettecentesco.

Esistono ragioni procedurali che smentiscono la fondatezza del processo *per tormentis*: all'atto della tortura il reale potere d'inchiesta risiede non nel giudice, ma nel carnefice.

Prova non dubbia dell'incertezza della tortura, e quindi della sua imperfezione, è il fatto che nella maggior parte delle modalità di supplizio l'inasprimento e l'alleggerimento della sofferenza dei tormenti stiano nella potestà del solo carnefice: egli infatti può a proprio arbitrio infliggere agli imputati sofferenze maggiori o minori, al punto che il giudice può a malapena comprendere se essi siano torturati in grado medio o severo⁶³.

Accanto a queste, altre solide ragioni desumibili dal diritto naturale: la tortura viola il diritto fondamentale all'autodifesa; gli imputati «con la loro propria confessione sono obbligati ad attaccare se stessi, e, torturati, a farsi traditori di loro stessi». Il che corrisponde a «estirpare alla radice quel celebre principio del diritto naturale che vuole che a nessuno sia da negare la difesa di se stesso»⁶⁴.

la conscience du juge dans le «ius commune» européen, in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, a cura di J.-M. Carbasse e L. Depambour-Tarride, Paris, PUF, 1999, pp. 95-129; J.Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt*, cit., pp. 104 ss.; F. Motta, «*Selon les preuves*», «*selon la conscience*». *Les deux personnes du juge et la condamnation légitime d'un innocent dans la théologie scolastique du xvie siècle*, in *La justice entre droit et conscience du XIII^e au XVIII^e siècle*, a cura di B. Garnot e B. Lemesle, Dijon, Editions Universitaires de Dijon, 2014, pp. 125-137.

⁶³ «*Illud quoque torturae incertitudinem, eiusque proinde imperfectiorem, non obscure arguit, quod in plerisque torquendi modis, tormentorum dolores exasperare et remittere in solius carnificis potestate sit: ille enim pro lubitu reos vel maioribus, vel minoribus affligere potest anxietatibus, ut vix immo vix iudex discernere queat, num severe, num vero mediocriter tantum torqueatur reus*»: *Dissertatio inauguralis iuridica de tortura*, cit., II, 5, *Carnifex hic iudici in applicandis instrumentis fucum facere potest*, p. 168.

⁶⁴ «*Quid, quaeso, aliud est, compellere mortales, ut per propria facta sibi exitium quaerant, quam funditus exstirpare decantatum illud iuris*

L'apparato delle fonti del *De tortura* è ridotto all'essenziale: i commentari alle Pandette e al processo inquisitorio di Johannes Brunnemann, autorità giuridica di metà Seicento e rettore dell'università brandeburghese di Francoforte sull'Oder; Anton Matthäus figlio, dell'università di Utrecht; il *Tribunal reformatum* di Johannes Grevius (1621), probabilmente la prima denuncia a stampa dell'istituto della tortura. Alciato, Farinacci e Claro contano un'unica citazione. In un caso Thomasius rinvia anche a un proprio precedente lavoro, ed è questo uno fra i salienti più interessanti dello scritto poiché vi è contemplata una specifica circostanza processuale, quella della *quaestio* condotta per ottenere la confessione di un reato di cui non esiste *corpus delicti*, e dunque nell'incertezza non soltanto della paternità del reato, ma del reato stesso.

Sembrirebbe un'ipotesi di scuola, ma così non è: la realtà del crimine era stata da sempre oggetto di contesa nel caso della stregoneria. Esempio più influente il celebre *De praestigiis daemonum* di Johann Weyer (1563), che aveva trattato dei poteri delle streghe come di mera illusione melancolica; ma si poteva risalire persino al testo più antico in materia, il *Canon Episcopi* (X sec.), che rubricava il volo magico come *delusio*, inganno perpetrato dal demonio.

Io sospetto – aveva a sua volta asserito Brunnemann – che a causa del crimine di magia si mandino al rogo molte donne innocenti: le si sottopone a tortura sulla base di indizi labilissimi, il che fa temere che molte di loro preferiscano la morte alla ripetizione delle torture, soprattutto considerando che non di rado muoiono durante i tormenti⁶⁵.

nat[uralis] principium, sui defensionem nemini esse prohibendam. Miseri enim rei [...] dum propria sua confessione contra se pugnare coguntur, sui ipsius proditore ipsi constituuntur», *ibidem*, pp. 168-170. Come nota correttamente Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, cit., p. 173, già Hobbes aveva fatto propria questa argomentazione smentendo l'affidabilità delle confessioni rilasciate sotto tortura: *Leviatano*, I, 14, *Della prima e seconda legge naturale e dei contratti*.

⁶⁵ «Suspisor et ego, ob crimen magiae multas innocentes foeminas concremari; ex infirmioribus enim argumentis torture subiciuntur,

Al proposito Thomasius rinvia a una seconda dissertazione discussa, come il *De tortura*, sotto la sua presidenza: il *De crimine magiae*, sostenuto dall'allievo Johannes Reiche nel novembre del 1701 e tradotto in tedesco (*Kurze Lehrsätze von dem Laster der Zauberey*) nel 1702 e 1704. È su questo scritto che dobbiamo portare adesso la nostra attenzione.

4. *Contro il crimine satanico: i giusnaturalisti di Halle*

Crimine inesistente per Thomasius (vedremo subito il perché), per criminalisti e demonologi dell'età aurea della caccia alle streghe – fra l'ultimo quarto del XVI e il primo terzo del XVII secolo, almeno per quanto riguarda l'Europa occidentale – il *maleficium* era piuttosto *crimen occultum*, reato invisibile in quanto svincolato dagli ordinari principi di azione e reazione della materia e perpetrato con l'ausilio dei poteri soprannaturali dei demoni.

Si capisce come al magistrato, in simili circostanze, fosse richiesto un compito quantomeno complesso: per questo lo si invitava, nei casi di stregoneria, a un più spedito ricorso alla *quaestio* per compensare indizi labili, in processi che in parecchie occasioni prendevano vita semplicemente dalla pubblica fama degli imputati (caso tipico quello dei figli di genitori già inquisiti per quel reato):

È certo, secondo il diritto – così le *Disquisitiones* del padre Delrío –, che dove la verità non si può ottenere in altro modo sia concesso di ricorrere più facilmente alla tortura, e poiché in questo crimine delle streghe raramente, o mai la verità si può ottenere altrimenti, dal momento che esse si radunano di notte e in luoghi disabitati, e che tale crimine è di difficile prova, ne

unde metuendum, ne multae praeferant mortem ulterioribus tormentis, praesertim cum sub tormentis interdum pereant»: *Dissertatio inauguralis iuridica de tortura*, cit., vol. I, p. 152. La citazione da Brunnemann, *Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum*, 1670 (a Digesto 48, 18, *De quaestionibus*). Sul *De praestigiis* di Weyer, o Wier, M. Valente, *Johann Wier. Agli albori della critica razionale dell'occulto e del demoniaco nell'Europa del Cinquecento*, Firenze, Olschki, 2003, pp. 75 ss.

consegue che in esso, come negli altri crimini occulti, il giudice deve essere più pronto a torturare⁶⁶.

Sulla base di questo assunto procedurale si erano ingrossate le grandi ondate persecutorie cinque-seicentesche, soprattutto nelle regioni occidentali e meridionali dell'impero e in particolare nei principati ecclesiastici tedeschi. Va notata la distinzione di Delrío sulla natura occulta del maleficio: esso è tale non soltanto perché «di difficile prova», ma per il fatto che i convegni delle streghe hanno luogo nella segretezza notturna. A essere qualificato di reato, in altre parole, è non soltanto l'atto magico (il sortilegio) inteso a procurare danno attraverso poteri invisibili, ma anche la partecipazione al sabba (la stregoneria), circostanza occulta non per le sue qualità intrinseche ma per le condizioni oggettive del suo svolgersi. Questa duplicità della nozione di *crimen occultum* in merito al maleficio fu una ragione fondamentale del carattere di urgenza che la repressione di esso rivestì nella criminalistica dell'epoca.

La codificazione del reato stregonesco, elaborata con l'apporto della teologia scolastica e del diritto canonico, era stata frutto della letteratura demonologica dell'età confessionale. Il tradizionale punto di riferimento restava naturalmente il *Malleus maleficarum* di Institor e Sprenger (1487), ma autori come Delrío e, prima di lui, Peter Binsfeld – *Tractatus de confessionibus maleficorum et sagarum*, 1589, con cinque successive ristampe latine e tre edizioni tedesche – avevano arricchito e perfezionato l'inquadramento teorico del tema, anche con il ricorso a un'ampia letteratura giurisprudenziale.

⁶⁶ «Iure certum est, ubi aliter veritas haberi non potest facilius concedi ut veniatur ad quaestionem, et cum in hoc crimine strigium raro, vel nunquam aliter queat veritas haberi, quia conveniunt de nocte, et in locis desertis, et talia crimina sunt difficilis probationis, sequitur in hoc crimine ut in aliis occultis promptiorem ad torquendum debere esse iudicem», *Disquisitionum magicarum libri sex, quibus continetur accurata curiosarum artium, et vanarum superstitionum confutatio*, V, q. 22, qui nell'ed. Lugduni, I. Pillehotte, 1612, p. 389.

La stregoneria divenne un crimine punibile con la morte indipendentemente dai suoi effetti: se la *Carolina* prevedeva la pena capitale per il *crimen magiae* nel caso fossero provati danni inflitti attraverso un rituale magico (art. 109), le normative tardocinquecentesche emanate in materia la estendevano al patto con il diavolo in quanto *crimen lesae maiestatis divinae et humanae*, crimine ancipite, di natura religiosa e al tempo stesso politica⁶⁷.

La proliferazione delle normative sulla stregoneria durante l'ultimo quarto del XVI secolo tradusse in termini giuridici l'irruzione della sovranità nell'universo del soprannaturale. Chiave di volta, quell'insieme di elementi simbolici e rituali che era il sabba, in cui si inanellavano il volo magico, la congiura delle streghe, l'adorazione e la sottomissione sessuale al demonio. Ne era pienamente consapevole lo stesso Binsfeld, secondo cui «distretto il fondamento» del patto diabolico «si distrugge tutto ciò che ne consegue»⁶⁸. L'accusa di partecipazione al sabba era sufficiente per essere indagati, e tale accusa era generalmente l'esito di deposizioni sui complici rilasciate dagli imputati durante la *quaestio*, non di rado quale conseguenza delle famigerate domande «suggestive».

Se la simbologia canonizzata del sabba poteva essere la traduzione nel lessico demonologico di residualità culturali emergenti dal sostrato delle religioni eurasiatiche, come ha dimostrato Carlo Ginzburg, la sua urgenza giuridica si

⁶⁷ La letteratura al proposito è imponente, soprattutto nella storiografia tedesca. Mi limito a citare J. Dillinger, «Böse Leute». *Hexenverfolgungen in Schwäbisch-Österreich und Kurtrier im Vergleich*, Trier, Paulinus – Spee, 1999, pp. 14 ss.; W. Behringer, *Hexenverfolgung in Bayern. Volksmagie, Glaubenseifer und Staatsräson in der Frühen Neuzeit*, München, Oldenbourg, 1988, pp. 124 ss.; W. Rummel e R. Voltmer, *Hexen und Hexenverfolgung in der Frühen Neuzeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2008, pp. 54 ss.; M. Sauter, *Hexenprozess und Folter. Die strafrechtliche Spruchpraxis der Juristenfakultät Tübingen im 17. und beginnenden 18. Jahrhundert*, Bielefeld, Verlag für Regionalgeschichte, 2010.

⁶⁸ P.C. van der Eerden, *Der Teufelspakt bei Petrus Binsfeld und Cornelius Loos*, in *Hexenglaube und Hexenprozesse im Raum Rhein-Mosel-Saar*, a cura di G. Franz e F. Irsigler, Trier, Paulinus-Spee, 1996, pp. 51-71, cit. p. 51.

concretizzava nell'archetipo teologico-politico del patto, con il suo rovescio criminale costituito dalla congiura – un archetipo tutt'altro che astratto nei decenni delle guerre di religione.

Il sortilegio poteva essere reato di un solo individuo; la stregoneria, suggellata dal patto delle streghe con il demonio, era affare collettivo, come l'eresia, la cui estirpazione imponeva l'indagine *in caput sociorum*, la ricerca dei complici. Al loro apice storico i processi *de maleficio* si irradiavano a famiglie, vicinati, villaggi; a volte valicavano i confini di ceto.

Senza l'idea di una setta delle streghe nessuna ricerca di complici, senza tortura nessuna prova, senza prove nessuna persecuzione di massa. Tale era, ogni volta, la regola. Non potremmo attribuire alla tortura un significato soltanto secondario⁶⁹.

In alcuni casi si trattò di aggiornare normative già esistenti alla luce delle recenti acquisizioni della scienza demonologica: la circolare emessa dal governo dei Paesi Bassi nel 1592 dispose la persecuzione sistematica di tutti i rituali di culto demoniaco, correggendo le precedenti ordinanze del 1570 che comminavano la condanna capitale alle streghe che avessero provocato la morte, la sterilità o la perdita del latte in una donna (riproducendo le disposizioni della *Carolina*, in vigore fino ad allora nel paese). I magistrati negligenti erano minacciati di provvedimenti punitivi⁷⁰.

⁶⁹ «Ohne Annahme einer Hexensekte kein Nachspüren nach weiteren Mitgliedern, ohne Folter keine Besagung, ohne Besagung keine Massenverfolgung. Jedenfalls war das die Regel. Wir können also der Folter nicht nur eine sekundäre Bedeutung beimessen», W. Trusen, *Rechtliche Grundlagen der Hexenprozesse und ihrer Beendigung*, in *Das Ende der Hexenverfolgung*, a cura di S. Lorenz e D.R. Bauer, Stuttgart, Steiner, 1995, pp. 203-226, cit. p. 209. Sul paradigma culturale del sabba, naturalmente, C. Ginzburg, *Storia notturna. Una decifrazione del sabba*, Torino, Einaudi, 1989.

⁷⁰ R. Muchembled, *Sorciers, justice et société aux 16^e et 17^e siècles*, Paris, Imago, 1987, pp. 94 ss. La circolare produsse un sensibile incremento dei processi, che nei Paesi Bassi cattolici si mantennero tuttavia a un livello di gran lunga inferiore rispetto ad altre aree europee con sole ventisei cause, di cui quattro chiuse con la pena capitale, tra il 1592 e il 1643.

In Germania furono invece creati di preferenza codici *ad hoc* che si sovrapposero alla *Carolina* rispecchiando nella giurisdizione sul maleficio la frammentazione politica del mondo tedesco.

Il doppio livello normativo, imperiale e territoriale, soffriva ancora di ampie frange di incoerenza, sulle quali spettava al giudice un decisivo potere di arbitrio. In particolare restava aperto un vasto margine di interpretazione a proposito delle regole di somministrazione della tortura: nella pratica, l'imputato aveva assai più possibilità di sottrarsi alla condanna nel caso il giudice decidesse di applicare la *Carolina*, nella quale l'impiego della tortura era regolato e subordinato a precise condizioni, anziché una normativa recente sul maleficio, che vi consentiva un accesso più indiscriminato fino all'ottenimento della confessione⁷¹.

Per quanto riguarda i territori luterani, legislazioni specifiche furono promulgate in Sassonia nel 1572, nel Palatinato nel 1587, nel margraviato del Baden nel 1588. Ma fu nella Germania cattolica, e in particolare nei principati ecclesiastici, che il moderno diritto penale sul maleficio trovò il proprio principale campo di sperimentazione.

A Bamberg, Eichstätt, Würzburg, Ellwangen, Mergentheim, Fulda l'incubo di una sovranità prestatuale esercitata con gli strumenti offerti dalla giurisdizione di misto foro raggiunse l'abisso.

Principi-abati, principi-prevosti, principi-vescovi come Balthasar von Dernbach, Johann Gottfried von Aschhausen, Julius Echter von Mespelbrunn, Philipp Adolf von Ehrenberg – esponenti di primo piano della restaurazione cattolica in Germania, a capo di *Gottenstaaten*, «repubbliche di Dio» pulsanti di prediche, visite, missioni e pellegrinaggi – furono responsabili di ondate di processi senza precedenti⁷². Il paradigma fu fornito dall'elettorato ecclesiastico di Treviri, governato da Binsfeld in qualità di ausiliario della diocesi e teatro di esecuzioni di massa a partire dal 1585, allorché,

⁷¹ M. Sauter, *Hexenprozess und Folter*, cit., p. 72.

⁷² W. Rummel e R. Voltmer, *Hexen und Hexenverfolgung in der Frühen Neuzeit*, cit., pp. 116 ss.

come testimonia l'istitutore dei principi di Baviera, Quirinus Leoninus, si vedevano «più pali di streghe bruciate che alberi verdi»⁷³.

È alla confutazione di tutto questo dispositivo giudiziario che Thomasius dedica il *De crimine magiae*. Per ammissione dell'autore, formulata in una memoria posteriore di un ventennio (1720), lo scritto prende forma da un'esperienza risalente al 1694, allorché Thomasius è chiamato a una commissione dell'appena istituita Università di Halle, incaricata di valutare gli atti di un processo per stregoneria istruito da un tribunale locale. Membri del collegio l'autorevole Samuel Stryk, genero di Brunnemann – solidità dei lignaggi dell'aristocrazia delle funzioni – e decano della facoltà giuridica, suo figlio Johann Samuel e Heinrich von Bode, che incontreremo fra breve.

In quell'occasione Thomasius, in divergenza con il voto dei colleghi, aveva dato parere favorevole alla condanna dell'imputata:

«All'epoca ero ancora così intriso delle idee correnti sulla stregoneria che avrei giurato sul fatto che le deposizioni delle povere streghe torturate, o minacciate di tortura, che si trovano nella *Praxis criminalis* di Carpzov provassero in sovrabbondanza che il diavolo stringeva patti con quella povera gente, che trespava con quelle persone, e anche che procreava elfi con le streghe e le guidava nell'aria fino al Blocksberg, e che nessun uomo ragionevole potesse dubitare della verità di questa finzione»⁷⁴.

⁷³ W. Behringer, *Das «Reichskündig Exempel» von Trier. Zur paradigmatischen Rolle einer Hexenverfolgung in Deutschland*, in *Hexenglaube und Hexenprozesse im Raum Rhein-Mosel-Saar*, cit., pp. 435-447, cit. p. 439.

⁷⁴ «Dieser gegenwärtige casus wurde auch anno 1694 in unsere Facultät geschickt in Monat September, und war ich damahls noch mit der gemeinen Meinung von den Hexen-Wesen so eingenommen, dass ich selbst dafür geschworen hätte, die in des Carpzovii *Praxi criminali* befindliche Aussagen der armen gemarterten oder mit der Marter doch bedroheten Hexen bewiesen den mit denen armen Leuten pacta machenden, und mit denen Menschen buhlenden, auch mit den Hexen Elben zeugenden, und sie durch die Lufft auff den Blockersberg führenden Teuffel überflüssig, und könte kein vernünftiger Mensch an der Wahrheit dieses Vorgebens zweifeln: Warumb?», in *Einleitung* a Christian Thomasius, *Über die*

Le pressioni dei colleghi l'avrebbero poi convinto a ritirare il giudizio e a concordare per il rilascio dell'imputata, fino a rendersi conto che le proprie convinzioni poggiavano soltanto sull'autorità di «uomini irragionevoli» e su «ragioni affrettate e insufficienti»⁷⁵.

La menzione di questo episodio si allaccia a un *tópos* che resta caratteristico della polemica contro la credenza nella stregoneria, e cioè al fatto che l'esperienza diretta (nel caso di Friedrich Spee) o indiretta (nel caso di Thomasius, attraverso i verbali del processo) della realtà processuale riveli l'inconsistenza nei fatti del costruito della demonologia.

La piattaforma teorica del *De crimine magiae* sta in una posizione filosofica intermedia che, senza negare l'esistenza del diavolo, rifiuta la possibilità che esso possa avere intercorsi materiali con gli esseri umani – come il patto di fedeltà e la conseguente consumazione dell'atto sessuale – in quanto entità fatta di puro spirito. Nel precisare questo suo punto di vista Thomasius insiste sulla differenza che lo separa tanto – scontatamente – dalla fisica aristotelica, sfondo dei presupposti della teoria demonologica (ma in quanto contaminata dal platonismo e dallo stoicismo), quanto dalla «filosofia corpuscolare e meccanica», che pochi anni prima aveva consentito a Balthasar Bekker di porre in dubbio l'esistenza stessa di Satana⁷⁶.

Hexenprozesse, a cura di R. Lieberwirth, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1967, pp. 13-30, cit. p. 14. Sul *De crimine magiae* anche M.A. Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, cit., pp. 130 ss.; W. Behringer, *Witches and Witch-Hunts. A Global History*, Cambridge, Polity Press, 2004, p. 187; F. Tomasoni, *Christian Thomasius*, cit., pp. 202 ss. Il Blocksberg, o Blokkersberg, oggi Brocken, nella catena dello Harz, era nella cultura popolare tedesca uno dei luoghi deputati alle adunanze delle streghe.

⁷⁵ *Einleitung* a Thomasius, *Über die Hexenprozesse*, a cura di R. Lieberwirth, cit., p. 15.

⁷⁶ *Theses inaugurales de crimine magiae quas [...] praeside D. Christiano Thomasio [...] solemniter eruditorum disquisitioni submittit M. Johannes Reiche*, Halae Magdeburgicae, litteris Christoph. Salfeldii, regimin. reg. Boruss. typog., 1701, *ibidem*, pp. 32-106, VII, *Differentia inter hypothesin nostram, Beckeri, et vulgarem. Definitio diaboli*, pp. 44-46. Più avanti Thomasius precisa meglio: malgrado Aristotele non

Cautela opportuna, visto che il *Mundus incantatus* aveva sollevato un vespaio di critiche ed era costato a Bekker l'accusa di ateismo e la sospensione dall'ufficio pastorale; ma, più ancora, coerenza con un antimeccanicismo che appena due anni prima lo aveva portato ad avanzare un'interpretazione di tipo paracelsiano, in termini di forze di attrazione e repulsione, del fenomeno del tubo di Torricelli⁷⁷.

È probabilmente questa la «antichissima filosofia spirituale» di cui Thomasius si dichiara seguace, e che gli fa definire il demonio «una sostanza spirituale ossia invisibile, che in modo spirituale, ossia invisibile, agisce negli uomini malvagi mediante l'aria o corpuscoli naturali, fatti d'acqua o di terra»⁷⁸. L'idea che fra una simile sostanza spirituale

abbia mai insegnato tesi sui demoni e la loro efficacia materiale, «come facevano i platonici e gli stoici», la teologia scolastica, soprattutto quella scotista, le avrebbe poi fatte proprie da questi ultimi nello sforzo di conciliare l'aristotelismo con il platonismo e lo stoicismo dei Padri dei primi secoli, *ibidem*, XLI, pp. 82-84. L'interpretazione è interessante: il ruolo dei demoni come forze mediatrici tra la sfera divina e quella umana è centrale nel platonismo ed è presente almeno nello stoicismo di Epitteto, con importanti influenze su Tertulliano: L. Albinus, *The Greek dáimon between Mythos and Logos*, in *Die Dämonen – Demons. Die Dämonologie der israelitisch-jüdischen und frühchristlicher Literatur im Kontext ihrer Umwelt – The Demonology of Israelite-Jewish and Early Christian Literature in Context of their Environment*, a cura di A. Lange, H. Lichtenberger e K.F. Diethard Römheld, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 431-446; H. Cancik, *Römische Dämonologie (Varro, Apuleius, Tertullianus)*, *ibidem*, pp. 446-460.

⁷⁷ Th. Ahnert, «*De sympathia et antipathia rerum*»: *Natural Law, Religion and the Rejection of Mechanistic Science in the Works of Christian Thomasius*, in *Early Modern Natural Law Theories. Contexts and Strategies in the Early Enlightenment*, a cura di T.J. Hochstrasser e P. Schröder, Dordrecht, Kluwer, 2003, pp. 257-277. M. Pott, *Aufklärung und Hexenaberglaube. Philosophische Ansätze zur Überwindung der Teufelspakttheorie in der deutschen Frühaufklärung*, in *Das Ende der Hexenverfolgung*, a cura di S. Lorenz e D.R. Bauer, cit., pp. 183-202, cit. pp. 196-197. Nelle stesse pagine Thomasius respinge comunque la tesi secondo cui la negazione dell'esistenza del demonio, come nel caso di Bekker, sarebbe sintomo di ateismo, cfr. Chr. Thomasius, *Theses inaugurales de crimine magiae*, cit., VIII, *Beckeri et nostra hypothesis vindicata a suspitione atheismi*, pp. 46-48.

⁷⁸ «Nos, qui philosophiam antiquissimam spiritualem sequimur, non solum credimus, sed et aliquo modo scimus, diabolum esse principem

e l'uomo possa essere stipulato un contratto, che presume due soggetti agenti materiali, è del tutto immaginaria, «una favola gonfiata dal giudaismo, dal paganesimo e dal papi-smo». Come già per Binsfeld, la nozione del patto fonda la possibilità stessa della stregoneria: negata la prima, anche la seconda si dissolve.

Da queste premesse si sviluppa una critica severa, implacabile, alla teoria del maleficio. Della folta biblioteca di opere che hanno dato fondamento alla caccia alle streghe Thomasius sceglie, con decisione all'apparenza un po' incongrua, la *Practica* di Carpzov e la *Gebrochene Macht der Finsternis*, «la potenza delle tenebre infranta» (1687), con cui il teologo luterano Gottlieb Spitzel aveva attaccato lo scetticismo in materia. La prima non rientra nemmeno, come sappiamo, nel genere demonologico; la seconda non è di certo un titolo di punta, nulla al confronto di un Delrío, un Bodin o un Binsfeld. Ma entrambi gli autori sono luterani, e Thomasius è fedele seguace di Spener e del pietismo, che si avvia a plasmare l'identità confessionale delle classi dirigenti prussiane.

Il discorso, pur intessuto di richiami alla storia sacra e profana, ha un'anima saldamente giuridica. A Thomasius sta a cuore una cosa: smentire che il crimine satanico sia comprovato da evidenze fattuali, e dunque che possa avere un qualsivoglia rilievo legale:

Ogni delitto consiste in un fatto. Il fatto non si presume. Dunque chi asserisce che sia dia crimine di magia deve provarlo, non reclamare la prova da chi lo nega. Se anche non portassimo alcuna prova in favore della negativa anche il più ignorante dei giudici dovrebbe pronunciarsi a nostro favore⁷⁹.

tenebrarum et aëris, h. e. substantiam spiritualem seu invisibilem spirituali seu invisibili modo mediante aëre vel corpusculis naturalibus aqueis aut terrestribus operantem in hominibus improbis», *ibidem*, p. 46.

⁷⁹ «Omne delictum in facto consistit. Factum non praesumitur. Ergo qui asserit, dari crimen magiae id probare debet, non a negante probationem expetere. Etiam si enim pro negativa nullam rationem afferremus, pro nobis tamen sententia etiam a iudice indoctissimo esset pronuncianda», *ibidem*, XIII, *Affirmanti dari crimen magiae incumbere probationem, non nobis*, p. 52.

Il patto demoniaco non è riscontrabile, in quanto tale, in nessuna delle fonti alleggate dai due autori: non nella Bibbia, non nella tradizione classica, non nel *Corpus iuris civilis*, e non va confuso con il sortilegio o l'avvelenamento, ai quali è generalmente associato. Lo si trova nei dottori scolastici, gli «scrittori pontifici» che «riempivano i loro libri in parte di favole da vecchiette e da preti, in parte delle deposizioni di persone melancoliche o costrette a dire le cose su cui venivano interrogate con tormenti atroci»⁸⁰. Autori protestanti, aggiunge Thomasius, dovrebbero vergognarsi di ricorrere a tali fonti.

Ecco un primo responsabile della menzogna del patto con il diavolo, la tradizione ecclesiastica. Da essa i glossatori della scuola italiana, «infetti fin dalla più tenera età di dottrine clericali», la trasmisero al diritto, con le relative conseguenze in materia penale, e cioè «che sia una forma del crimine di lesa maestà divina, che sia un crimine straordinario, atroce e occulto, nel quale gli indizi più leggeri sono sufficienti alla tortura»⁸¹. Lungo quel percorso la leggenda del patto avrebbe raggiunto la Germania, in primo luogo in ragione del *Malleus maleficarum*.

Uno scarto magistrale: Thomasius introduce la polemica confessionale in un campo dal quale, fino ad allora, essa era rimasta tutto sommato in secondo piano. Solo i demonologi gesuiti del Cinquecento, Delrío e prima di lui Juan Maldonado, avevano denunciato una continuità fra eresia e maleficio.

⁸⁰ «Respondeo pudere debuisset Carpzovium, in re, ubi momentum quaestionis situm est, nil aliud proferre, quam testimonia scriptorum pontificiorum, replentium libros suos partim fabulis anilibus ac clericalibus, partim depositionibus hominum melancholicorum aut crudelissimis tormentis ad dicendas res de quibus interrogabantur, adactorum», *ibidem*, XXI, *Ad quartum, a testimonio scriptorum pontificiorum, respondetur, esse plane impertinens*, pp. 60-62, cit. p. 60.

⁸¹ «Inde doctrinae communes de crimine magiae, non ex Iure Iustiniano derivatae, sed a Glossatoribus ex praedictio illo communi propagatae, quod magia sit species criminis laesae maiestatis divinae, quod sit crimen extraordinarium, atrox et occultum, in qui sufficient leviora indicia ad torquendum», *ibidem*, XLIII, *Glossatores Itali Iuris civilis quibus de causis erroneas multas doctrinas de crimine magiae glossis inseruerint*, p. 86.

In seguito le teorie demonologiche erano osmoticamente circolate da un lato all'altro dei confini religiosi (seppure, nei fatti, producendo più vittime nei territori cattolici).

Le conclusioni giuridiche della trafila di argomentazioni del *De crimine magiae* sono immaginabili. Se la stregoneria non appartiene al mondo della realtà essa non può che essere un prodotto dei processi, una verità fittizia che acquista una sua presunta concretezza solo nelle aule dei tribunali e nelle camere di tortura: «Tutte quelle cose [che le streghe hanno confessato] sono procurate dai giudici o estorte con i più crudeli tormenti»⁸². Tra i famigerati *crimina occulta* la stregoneria è l'unico a non constare in alcun modo di corpo del delitto, e per questa ragione è vano anche cercarne gli indizi: «Poiché in questo crimine mai c'è stato qualche vero corpo del delitto, chiunque vede come non ci sia mai potuto essere alcun verosimile indizio, dal momento che non ci sono indizi di ciò che non esiste»⁸³.

Naturalmente il problema del *corpus delicti* nel reato di maleficio – come peraltro negli altri reati occulti – non era mai stato realmente ignorato dai compilatori.

Una fra le istruzioni disciplinari più autorevoli in materia, l'*Instructio pro formandis processibus in causis strigum* del Sant'ufficio, che era circolata a lungo, prima manoscritta e poi a stampa, fra i vicariati dell'Inquisizione, esordiva proprio richiamando a un'attenta considerazione della cosa:

Procedendosi contro le streghe non deve l'inquisitore venire né a carcerazione, né ad inquisizione, né a tortura, se prima non è manifesto e provato giudizialmente il corpo del delitto, cioè il maleficio. Ed a verificare negli atti il corpo di cotal delitto [...] non basta provare che il preteso malefiziato sia stato, o sia di presente infermo, oppure anco sia morto, atteso che l'infermità

⁸² «Fac vel mille sagas illa omnia confessas, quae apud Carpzovium in sententiis quaestione 50 criminali recensentur, quilibet tamen facile palpat, quod omnia illa sint suppeditata a iudicibus et crudelissimis tormentis extorta», *ibidem*, XLVIII, *Nunquam in processu contra sagas adfuit corpus delicti, adeoque otiosum est quaerere de indicis huius delicti*, pp. 94-96, cit. p. 94.

⁸³ *Ibidem*, p. 94.

e la morte regolarmente non provengono dal solo maleficio, ma possono da molte altre cagioni naturali originarsi⁸⁴.

Ciò premesso, la cultura giuridica che aveva acquisito la credenza nella stregoneria aveva anche provveduto a sostanziarla delle relative evidenze. Il concetto stesso di maleficio si fondava su un'ampia casistica di evenienze la cui varietà discendeva proprio dal bisogno di rendere solido, tangibile, un crimine così incerto e invisibile: sterilità, aborto spontaneo, malattie che colpivano gli uomini o il bestiame, eventi meteorologici rientravano fra i corpi del delitto così come indizi quali la cattiva fama, la preveggenza, il possesso di polveri e unguenti, persino l'eccessivo sfoggio di devozione o la perdita di coscienza durante gli interrogatori. Anche i più cauti fra gli inquisitori dovevano comunque tenere conto degli elementi di questo sapere indiziario distillato dalla teoria e dalla giurisprudenza – a meno, ovviamente, di non rinunciare del tutto alla credenza nelle streghe e nel patto diabolico.

A questo apparato probatorio Thomasius nega esplicitamente ogni valore. Gli indizi allegati dalla giurisprudenza, come il possesso di oggetti magici, i gesti e le parole rituali, la frequentazione di sospette streghe, non sono che petizioni di principio perché eretti su una teoria che manca di prove, dunque su un pregiudizio⁸⁵. È senza dubbio questo il punto d'equilibrio su cui poggia tutto lo scritto, e che fa del *De crimine magiae* un documento che merita la propria fama di epocalità, di testimonianza di quella che in Germania è letta

⁸⁴ Cito dalla traduzione italiana di E. Masini, inserita nella seconda edizione (1625) del suo *Sacro arsenale, ovvero pratica dell'ufficio della Santa Inquisizione*, qui nell'ed. in Roma, nella stamperia di San Michele a Ripa, 1730, pp. 297-303, 297-298. Sull'*Instructio* rinvio alla voce di O. Di Simplicio in *Dizionario storico dell'Inquisizione*, dir. da A. Prosperi, Pisa, Edizioni della Normale, vol. II, pp. 845-847. Sulla versione che ne dà Masini cfr. ora A. Santangelo Cordani, «Del modo di procedere contro alle streghe nel Santo Officio». *Il Sacro Arsenale di Eliseo Masini e gli albori del declino della caccia alle streghe*, in «Historia et ius», vol. 7, 2015, n. 4 (www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/santangelo_7.pdf).

⁸⁵ Chr. Thomasius, *Theses inaugurales de crimine magiae*, cit., XLVIII e paragrafi seguenti.

come *Frühauflklärung* e più in generale è stata inquadrata come età del materialismo filosofico, con i suoi eponimi in Spinoza, Bayle e Bekker⁸⁶.

In effetti la critica di Thomasius al reato di maleficio, una critica non formale ma sostanziale – non in procedura, ma in diritto –, fa del *De crimine magiae* un caso forse unico, quantomeno nella storia del diritto penale, laddove a essere smentita è la materialità stessa di una fattispecie di reato, la sua possibilità di esistenza⁸⁷.

Reati come l'eresia o l'apostasia poterono essere depenalizzati – e Thomasius si espresse pure positivamente al riguardo con il *Recht evangelischen Fürsten in theologischen Streitigkeiten*, «sul diritto dei principi evangelici nelle controversie teologiche», 1696 –, ma essi conservavano comunque una loro concretezza soggettiva: se pure l'abbandono della fede può non essere punito, esso tuttavia resta un atto che rientra fra le possibili scelte dell'individuo. Non così per la stregoneria, che nell'analisi di Thomasius resta un atto puramente fittizio, del tutto sottratto alla volontà del soggetto ed esistente soltanto nel sistema immaginario d'idee dei demonologi e dei giudici, condotto a simulata realtà grazie all'impiego della tortura.

Il *De crimine magiae* è, in un certo senso, un testo di metafisica del diritto, in quanto confuta la possibilità dell'esistenza di un ente, la stregoneria, sulla base dell'insussistenza logica delle premesse che la consentono – l'efficacia materiale del demonio, il suo patto con gli uomini.

Va da sé che una simile critica radicale alla plausibilità degli indizi di maleficio era, all'epoca, tutt'altro che indiscutibile. Se alla fine del secolo in cui Thomasius scriveva il

⁸⁶ H.J. Engfer, *Christian Thomasius*, cit.; M. Pott, *Aufklärung und Hexenaberglaube*, cit. La polemica di Thomasius contro la stregoneria è analizzata anche da J. Israel, *Radical Enlightenment. Philosophy and the Making of Modernity 1650-1750*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 371 ss.

⁸⁷ In questo senso M.A. Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, cit., p. 154, fa notare che lo scritto «si svolge contemporaneamente su due livelli, sul piano del legislatore e sul piano del giudice».

dispositivo probatorio dei processi alle streghe era rubricato ormai nella categoria della superstizione dei «tempi oscuri», in quel momento esso era ancora materia corrente nei tribunali. Ricordo soltanto che per il *Mundus incantatus* di Bekker è registrata una scia polemica fatta di 175 opere in cui le accuse di ateismo, spinozismo, cartesianismo, hobbesianismo si inseguono, e che l'autore è punito dal sinodo della Chiesa riformata malgrado in Olanda, all'epoca, non si giustizino streghe da almeno tre generazioni⁸⁸.

Per questo Thomasius rientra a pieno titolo tra gli autori di un'età di passaggio, di una *Sattelzeit* in cui un paradigma condiviso entra nella sua fase di crisi (non a caso egli cita espressamente quale insuperato esempio di lotta alla superstizione un testo eponimo dell'età che sarà descritta descritta da Paul Hazard, i *Pensées sur la comète* di Pierre Bayle)⁸⁹. Lo stesso avverrà, a sessant'anni di distanza, e non senza aree di contiguità – è quanto intendo dimostrare in queste pagine – per la critica di Beccaria alla tortura e alla pena di morte.

Resta una domanda: com'era possibile pensare che generazioni intere di giuristi e teologi avessero costruito le loro teorie sul nulla, che avessero dato credito ai contenuti di confessioni estorte con la tortura ma prive di alcun sostrato di realtà?

La risposta a questa domanda chiama in causa il mutamento di paradigma culturale che passa sotto il nome di secolarizzazione, e i cui motivi trascendono i limiti di questo intervento. Resta comunque un fatto da notare, fra gli altri: gli autori dell'età della caccia alle streghe pensavano con le categorie di un *diritto altro* rispetto a quello che con Thomasius stava prendendo vita.

La fedeltà al rispetto della consuetudine, come pure dell'autorevolezza del diritto romano e della giurisprudenza poneva gli autori dello *ius commune*, come Carpzov, al di qua del discrimine della critica razionale delle fonti; era l'in-

⁸⁸ W. Behringer, *Witches and Witch-Hunts*, cit., p. 188; M. Pott, *Aufklärung und Hexenaberglaube*, cit., pp. 193-194.

⁸⁹ Chr. Thomasius, *Theses inaugurales de crimine magiae*, cit., XXVI, pp. 66-68.

terpretatio, piuttosto, lo spazio entro cui poteva esprimersi l'autonomia del giurista⁹⁰. Proprio la critica delle fonti, al contrario, è quella che vediamo all'opera negli interventi che ho analizzato finora.

È la cornice filosofico-giuridica del giusnaturalismo, fatta di un approccio alla realtà mutuato dal metodo delle nuove scienze della natura, a legittimare l'abbandono di un paradigma fondato sulla tradizione ma in questo caso estraneo all'analisi razionale dei fatti. Una considerazione tratta dal *De tortura* che potrebbe benissimo figurare nel *De crimine magiae*:

Non contesto che la consuetudine debba essere dotata dell'autorità di legge; è vero, però, che perché qualcosa possa essere insignito del nome di vera consuetudine e di conseguenza godere di virtù di legge non bastano la semplice antichità, né la frequenza dell'uso né il solo consenso dei popoli, visto che il fatto che una moltitudine sbagli non diminuisce né corregge la bruttezza di un errore, e il patrocinio di molti non purga la giustizia di una causa cattiva⁹¹.

Sono righe dedicate alla tortura: ma, lo ripeto, all'interno del discorso di Thomasius non ci si stupirebbe se fossero dedicate alla persecuzione delle streghe.

Ci troviamo, mi pare, sul crinale fra due diverse concezioni del diritto, la seconda delle quali destinata a gemmare durante l'intero XVIII secolo e a trovare concretizzazione legislativa nell'età degli assolutismi riformatori e della lenta, ma costante affermazione del diritto positivo. Non è un caso, del resto, che Thomasius figuri come teorico della sovranità

⁹⁰ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 51-52.

⁹¹ «Legis autoritate munitam esse debere consuetudinem, haud inficior ego; attamen ut aliquid verae consuetudinis insigniatur nomine, et per consequens legis virtute donetur, non sola antiquitas, non actuum frequentia, nec solus multorum populorum consensus sufficit, quia errantium multitudo non relevat aut corrigit erroris turpitudinem, nec malae causae iustitiam, multorum patrocinia purgant», *Dissertatio inauguralis iuridica de tortura*, cit., I, 8, *Resolvuntur argumenta, quae a dissidentibus pro defendenda tortura proponi solent*, pp. 178-179, cit. p. 178.

assoluta, in un'ottica di convergenza fra quest'ultima e il diritto naturale: entro i confini dello stato territoriale il principe ha autorità sovrana illimitata su tutte le materie fino ad allora considerate privilegio vassallatico di delega imperiale (il «mero e misto imperio»); ha piena potestà legislativa, e può derogare ai diritti antichi e al diritto romano⁹².

Quando, nel giugno del 1713, il nuovo re di Prussia Federico Guglielmo I emana le linee generali del suo programma di riforma della giustizia, Thomasius si dichiara subito pronto a servire la causa, e l'anno successivo è posto a presiedere la commissione della facoltà giuridica di Halle incaricata di lavorare ai nuovi codici per il Brandeburgo. Le proposte non furono mai concretizzate, ma il suo lontano influsso si fece sentire nel *Landrecht* prussiano del 1794⁹³.

In questa prospettiva, e per tornare al *De crimine magiae*, è allora ipotizzabile che Thomasius elegga a obiettivo polemico non un vero e proprio trattato *de sortilegiis*, come già notato, bensì la più autorevole collezione criminalistica in vigore nella Germania dell'epoca – la *Practica nova* di Cärpzov, appunto: l'autore era venerato come ordinatore degli *usus fori in tota Germania*⁹⁴ – proprio guardando a un fine più ampio, ossia all'attacco al diritto che essa rappresenta, mostrandone l'insussistenza delle premesse⁹⁵.

⁹² Secondo M. Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania*, cit., p. 388, «non si rinviene nella sua opera un impeto riformatore della costituzione imperiale. Le sue speranze risiedono nelle energie modernizzatrici dello stato territoriale, che egli cerca per quanto possibile di svincolare da obblighi verso l'impero, servendosi di argomenti tratti dal diritto di natura e dalla storia». Cfr. anche P. Schröder, *Naturrecht und absolutistisches Staatsrecht. Eine vergleichende Studie zu Thomas Hobbes und Christian Thomasius*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 131 ss.

⁹³ R. Lieberwirth, *Christian Thomasius und die Gesetzgebung*, in *Christian Thomasius 1655-1728*, a cura di W. Schneiders, cit., pp. 173-186, 181 ss.

⁹⁴ U. Falk, *Zur Folter im deutschen Strafprozess*, cit., p. 11.

⁹⁵ La *Practica nova* si occupa di maleficio alla fine della prima parte, nelle *quaestiones* 48, *De crimine sortilegii, et num recte magistratus in sortilegos et maleficos poena mortis animadvertat?*, 49, *Quomodo puniantur malefici ac sagae, cum daemone pactiscentes, seque ipsi mancipiantes?* e 50, *Quae sit poena ariolorum atque maleficorum, qui citra pactionem*

Sta qui, a mio parere, la profonda continuità logica fra il *De crimine magiae* e il *De tortura*, separati l'uno dall'altro da quattro anni di distanza: non soltanto entrambi sono diretti contro due capisaldi del sistema penale di diritto comune, ma il primo costituisce la premessa del secondo.

Se il maleficio è semplice *fictio* priva di realtà fattuale, sorretta dai contenuti di confessioni strappate con la tortura, allora la difesa di quest'ultima come strumento di indagine e prova risulta difficilmente sostenibile. Il maleficio, in altri termini, è il perfetto paradigma delle mostruosità giuridico-filosofiche che la tortura può generare: verità giudiziali prive di alcun rapporto con la verità dei fatti, e che tuttavia acquistano vita nei tribunali e nelle pagine della giurisprudenza criminale.

Al tempo in cui Thomasius scrive le fonti della trattatistica giurisprudenziale di cui Carpzov è esimio rappresentante – la *Carolina* (1532), il *Liber V sententiarum* di Giulio Claro (1568), il *Tractatus de quaestionibus* di Johann Zanger (1595), il *De haereticis et sortilegiis* di Paolo Grillandi (1536), la *Démonomanie* di Bodin (1580), per citarne alcune – sono vecchie di oltre un secolo. Motivo di venerazione, per la *mens* dei giureconsulti di Antico regime: ma per i giuristi dell'Università di Halle, probabilmente, indice di comune appartenenza a un sistema culturale superato, precedente la scoperta di quel «diritto naturale dei moderni» con cui il giusnaturalismo ha impresso una svolta decisiva al pensiero giuridico e filosofico europeo⁹⁶.

Un sistema culturale in cui sono comprese, e profondamente intrecciate, la tortura e la credenza nelle streghe. Lo stesso varrà, a maggior ragione, per l'età di Beccaria, nella quale il quadro normativo del diritto comune resta comunque ancora largamente in vigore.

Questa considerazione mi pare possa essere corroborata da due osservazioni. La prima è che Thomasius torna una

expressam cum daemone, artes magicas exercent? Sull'autorevolezza di Carpzov cfr. U. Falk, *Zur Folter im deutschen Strafprozess*, cit., p. 11.

⁹⁶ Prendo l'espressione da V. Ferrone, *Storia dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 46 ss.

seconda volta sulla questione della stregoneria un decennio dopo il *De crimine magiae*, nel 1712, di nuovo nella qualità di *praeses* di una dissertazione di laurea. Questa volta il soggetto è, più propriamente, la storia dei processi alle streghe, logica prosecuzione di quella storicizzazione del fenomeno che abbiamo visto essere un punto saliente del *De crimine magiae*.

Premessa una definizione precisa di strega (*saga*) secondo quanto indicato dal diritto criminale

una donna che conclude un patto espresso con il diavolo con il rinnegamento della fede, che si congiunge con lui e lo adora sotto le sembianze di un caprone o di un altro animale con gesti osceni e turpissimi durante un solenne raduno con le altre streghe⁹⁷.

Thomasius ne traccia la genealogia storica, che risulta invero abbastanza succinta in quanto coincidente con la storia dell'Inquisizione: prima dell'erezione dei tribunali ecclesiastici da parte di Innocenzo III e dell'introduzione della procedura inquisitoria il patto diabolico, il sabba e la metamorfosi di stregoni in animali non riscuotevano alcun credito, «anzi era piuttosto la fede in simili sciocchezze a essere considerata un crimine». Soltanto dopo, e soprattutto a partire dalla famigerata *Summis desiderantes affectibus* con cui Innocenzo VIII aveva affidato nel 1484 agli autori del *Malleus* la repressione del maleficio in Renania, l'immaginario di giudici e teologi era stato conquistato dal racconto della setta ereticale delle streghe⁹⁸.

⁹⁷ «Ut vero omne litigio de vocum significatione tollatur, sagram definio, quod sit femina, pactum cum diabolo faciens expressum cum abnegatione fidei, item concubitu eius utens, et in sollemni aliarum sagram conventu eum sub specie hoedi vel simili adparentem impudicis et turpissimis actibus adorans», *Disputatio iuris canonici de origine ac progressu processus inquisitorii contra sagas quam [...] praeside Dn. Christiano Thomasio [...] subiicit Iohannes Paulus Ipsen*, Halae Magdeburgicae, typis Iohann. Christiani Zahnii, 1712, in Thomasius, *Über die Hexenprozesse*, cit., pp. 108-217, cit. p. 114.

⁹⁸ «Uti vero ex hactenus dictis patet, persuasionem publicam de pactis et concubitu diaboli cum sagis, de sagram conventu, de transmutatione

Questa ricostruzione dell'origine di un mito, che, pur nella sua stringatezza, all'epoca costituì la prima rassegna di fonti sulla storia della stregoneria e del processo inquisitorio, non trovò avversari, a dimostrazione dell'efficacia della scelta di condurre la polemica sul piano storico anziché su quello filosofico o scientifico⁹⁹. E suggerisce come, nel pensiero di Thomasius, la relazione tra illusione del sabba e fallacie del processo criminale di *ius commune* fosse chiara e solida.

La seconda osservazione è desumibile dall'ambiente in cui questi testi presero vita. Thomasius non si muoveva in solitudine: con lui fu lo Studio di Halle, e in particolare la facoltà di diritto, a prendere la parola contro il processo penale sui *crimina excepta* e il maleficio. Il primo, a dire il vero, non era stato nemmeno Thomasius ma il suo collega Heinrich von Bode (Bodinus), che abbiamo già incrociato in qualità di membro del collegio giuridico in cui il primo era venuto a contatto con i processi alle streghe, nel 1694.

Nel 1697 Bode presiede alla discussione di una tesi *Sull'uso e l'abuso* della tortura, candidato Meint Johann Sassen. La tesi è un diretto atto d'accusa alle procedure ordinariamente osservate nei processi per crimini eccezionali: scarsa attenzione alla persuasività degli indizi, negligenza circa il corpo del delitto, arbitrario ricorso alla *quaestio*. «Si utilizzano tecniche di tortura cui pare del tutto impossibile resistere, dal che necessariamente consegue che, colpevoli

earum in bestias, caet. ante processum inquisitorium ab Innocentio III initio saeculi decimi tertii introductum, animis doctorum et magistratum se nequaquam insinuasse, sed potius fidem talium nugarum pro crimine fuisse habitam: ita porro recta ratio ostendit, originem processus inquisitorii contra sagas in novioribus adhuc quaerendam esse temporibus; partim quia est species processus inquisitorii, partim quia auctores *Mallei maleficarum* aperte docuerunt, haeresin maleficarum illorum tempore fuisse insolitam speciem haereticae pravitatis», *ibidem*, pp. 128-130. La storiografia contemporanea propende generalmente per l'attribuzione del libro al solo Henricus Institor (Kramer): W. Behringer, *Witches and Witch-Hunts*, cit., p. 102.

⁹⁹ R. Lieberwirth, *Einleitung* a Thomasius, *Über die Hexenprozesse*, cit., p. 26.

o meno, tutti sono costretti a confessare ciò che si desidera confessino»¹⁰⁰.

Non abbiamo ancora a che fare con un rifiuto completo della tortura: essa è ammessa per i *crimina atrociora*, ma solo a limitate condizioni, e comunque mai in assenza di indizi sufficientemente probanti. Tali crimini, poi, devono essere tali da mettere in pericolo il bene della collettività, come nel caso della lesa maestà umana, che abbraccia la sedizione e la congiura, e dell'omicidio volontario; ne sono esclusi i delitti che toccano la maestà divina, come l'eresia, lo spergiuro, la negazione di Dio, il patto con il diavolo, la blasfemia.

Se gli imputati di maleficio sono dimostrati colpevoli di avere nuociuto a persone con arti superstiziose e veleni, allora piuttosto devono essere puniti con la morte [...] affinché non provochino più danni, anziché essere sottoposti a tortura per ottenere confessioni incerte e dubbie¹⁰¹.

Lo stesso Bode, quattro anni più tardi, nell'ottobre del 1701, presiede una dissertazione accademica sui processi per stregoneria (candidato Felix Martin Brähm) che risulta interessante non soltanto perché precede di un mese quella che dà il testo al *De crimine magiae* di Thomasius, ma anche perché anticipa la questione degli indizi del maleficio, che abbiamo visto costituire un delicatissimo punto d'equilibrio di quello scritto.

¹⁰⁰ «Hodie vero in nostra Germania miseri inculpati ad hoc torquentur, ut ex propria ipsorum confessione crudelissima morte extingatur, et sic quasi furentes in se ipsos sevant: porro tales torturae modi adhibentur, quos sustinere plane impossibile videatur, ut ita necessario sive nocentes sive non, quoad ab iis desideratur, confiteri cogantur»: *Disputatio iuridica de abusu et usu torturae, quam [...] praeside Dn. Henrico Bodino [...] publicae disquisitioni submittit Meint. Iob. Sassen, Halae, typis Christoph. Andreae Zeitleri, 1697, pp. 8-9. Su Bode Allgemeines Gelehrten-Lexicon, Leipzig, in Johann Friedrich Gleditschens Buchhandlung, I, 1750, pp. 1158-1159.*

¹⁰¹ «E contra si demonomiae [*sic*] inculpati, convicti fuerint superstitionis artibus et venenis hominibus nocuisse, potius iuxta legem Dei, morte puniendi sunt, ne amplius noceant, quam ut ad eruendas incertas et dubias confessiones, torturae subiiciantur», *ibidem*, pp. 20-21.

Al crimine di maleficio la giurisprudenza connetteva una galassia di indizi che, per labilità ed eterogeneità, trovavano a stento una propria cornice logica. E in effetti, analizzandoli uno a uno, Bode non ha difficoltà a smentirne la congruenza con i reati ascritti agli imputati, o anche la loro semplice plausibilità.

La cattiva fama e la fuga dell'imputato, ad esempio, che in altri procedimenti non sono considerati nemmeno sufficienti ad aprire una *inquisitio specialis* (l'inchiesta su una persona sospetta di reato), nel caso della stregoneria sono ordinariamente usati per disporre la tortura. La partecipazione al sabba di per sé non è un indizio, in quanto non si regge che sulle accuse di altre imputate, estorte negli interrogatori:

Se questo argomento sembra stringere, in realtà non stringe. Molte cose sembrano e non sono. Le streghe stesse ingannano e si ingannano. La loro fantasia, che sia corrotta da umori melancolici o anche dall'astuzia del diavolo, fa credere loro di vedere cose che non vedono per nulla¹⁰².

Al proposito Bode reca l'autorità del nume tutelare del pietismo, Philipp Jakob Spener, all'epoca impegnato nelle ultime battaglie teologiche come decano della Nicolaikirche di Berlino: un lungo estratto dal primo volume dei *Theologische Bedenken*, in cui Spener accusa l'insensatezza delle denunce e dei processi («fossi un giurista rassegnerei l'incarico piuttosto che assistere, come giudice, a uno di quei processi»)¹⁰³. L'opera era uscita proprio a Halle l'anno

¹⁰² «Equidem forte argumentum peti posse videtur ad transvectionem istam asserendam ab ipsa lamiarum confessione: verum videtur hoc argumentum stringere, revera non stringit. Multa videntur et non sunt. Ipsae sagae fallunt et falluntur. Phantasia ips[a]rum sive melancholicis humoribus sive etiam astutia diaboli corrupta est, ut credant se illas videre, quas minime vident»: *Disputatio inauguralis de fallacibus indiciis magiae [...] praeside Dn. Henrico Bodino [...] disquisitioni submittit Felix Martinus Brähm*, Halae Magdeburgicae, litteris Christ. Henckelii, 1709, p. 12.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 13-15.

precedente (il secondo volume fu pubblicato negli stessi mesi della *Disputatio* che stiamo leggendo), il che consente, fra l'altro, di accogliere l'ipotesi di un'influenza indiretta del teologo luterano sugli attacchi alla stregoneria dei giuristi di quell'università.

Respinta la validità delle testimonianze di partecipazione al sabba, e dunque delle denunce di complicità come elementi di prova, tutti gli altri indizi perdono di sostanza, in quanto spiegabili anche con cause naturali: dai segni sul corpo alle cicatrici di presunte ferite riportate durante la metamorfosi in animali, dai sonni improvvisi agli occhi rivoltati che possono cogliere le streghe negli interrogatori, fino a corpi del delitto aleatori quali l'impotenza, l'incantamento, la presenza di pulci o pidocchi sul corpo delle vittime. Come Thomasius, anche Bode elogia lungamente Bekker, pur dichiarandosi distante dal suo materialismo e ammettendo, quantomeno a parole, l'esistenza del sortilegio¹⁰⁴.

La *Disputatio inauguralis de fallacibus indiciis magiae* è ristampata con aggiunte a Halle nel 1709. Il *De crimine magiae*, come detto, conta due versioni tedesche nel 1702 e 1704 (*Kurze Lehrsätze von dem Laster der Zauberey*) all'interno di una collezione di scritti sul tema curata proprio da Johannes Reiche. Nel 1703 partecipa al dibattito anche la facoltà medica dello Studio brandeburghese attraverso la voce di Friedrich Hoffmann, primo ordinario di medicina pratica, che da posizioni iatromeccaniciste confuta la possibilità che i demoni possano agire sui corpi fisici¹⁰⁵.

Altri due allievi di Thomasius, Nikolaus Hieronymus Gundling e Jacob Brunnemann, intervengono nel 1703 e nel 1708. Nel 1719 Thomasius scrive la prefazione alla traduzione tedesca del *Displaying of Supposed Witchcraft* (1677) di John Webster, uno dei classici dello scetticismo seicentesco in materia di stregoneria¹⁰⁶.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 4-6.

¹⁰⁵ *Philosophische und medizinische Untersuchung von Gewalt und Wirkung des Teufels in natürlichen Körpern*, su cui M. Pott, *Aufklärung und Hexenaberglaube*, cit., pp. 199 ss.

¹⁰⁶ *Untersuchung der vermeynten und so genanneten Hexereyen*,

L'anno successivo una «chiara rappresentazione delle nullità delle cosiddette stregonerie e degli infondati processi alle streghe», con la firma pseudonima di Gottfried Wahrlieb, celebra il trionfo di Thomasius riassumendo tutta la polemica con i suoi avversari, esponendo le «teorie tomasiane» (*Thomasische Lehrsätze*) sul maleficio e invocando l'immediato smantellamento dei processi in quanto pericolosi per lo stato e la quiete del paese. La data di stampa sul frontespizio reca «nell'anno 236 dall'introduzione del processo contro le streghe» (che viene fatto coincidere, appunto, con la *Summis desiderantes affectibus*)¹⁰⁷. Il testo è un lungo atto d'accusa alla tortura e al processo inquisitorio, frutto avvelenato del papismo che ha infettato la Germania protestante producendo quella che è già liquidata come «la vecchia superstizione della stregoneria»¹⁰⁸.

Fu questo l'ultimo episodio del dibattito sulle streghe nel regno di Prussia. Già nel 1714 il decreto di Federico Guglielmo I di avocazione alla corona di tutte le sentenze di tortura e di pena capitale nei processi per maleficio era stato applaudito come una vittoria personale di Thomasius¹⁰⁹.

Halle, im Magdeburgischen, in Verlegung der Neuen Buchhandlung, 1719, *Vorrede*.

¹⁰⁷ *Deutliche Vorstellung derer vermeynten Hexereyen und des ungegründeten Hexen-Processes*, Amsterdam, nach Erfindung der Hexerey im dritten Seculo, und nach Einführung des Hexen-Processes im Jahr 236. Sul testo di F. Tomasoni, *Christian Thomasius*, cit., p. 265. Il *Grosses vollständiges Universal-Lexikon aller Wissenschaften und Künste* di Johann Heinrich Zedler, 1731-54 (qui nell'ed. online curata dalla Bayerische Staatsbibliothek e dalla Herzog-August-Bibliothek di Wolfenbüttel, www.zedler-lexikon.de), pp. 52, 957, riporta come possibili autori lo stesso Thomasius, Hieronymus Brückner o Johann Christoph Francken, rispettivamente docenti di diritto a Jena e Halle.

¹⁰⁸ «Es ist vor einiger Zeit eine sogenannte Untersuchung von Kobold heraus gekommen darinnen der alte Aberglaube von der Hexerey und dem Hexen-Process aufs neue vertheydigt hingegen die wahre Thomasische Lehre mercklich verfälscht und auf eine sehr anzügliche Art widerlegt werden wollen»: così l'esordio della *Vorrede*. Sotto lo pseudonimo di Kobold era uscita a Rotterdam, nel 1719, una *Kurze untersuchung* diretta a confutare gli scritti di Thomasius.

¹⁰⁹ La correlazione è accolta da R. Lieberwirth, *Einleitung a Thomasius, Über die Hexenprozesse*, cit., p. 28, e B.P. Levack, *The Decline and End*

In poco più di vent'anni il circolo pietista di Halle aveva orchestrato una campagna senza precedenti contro i processi per stregoneria che si era largamente fondata sulla critica alla procedura contro i *crimina excepta*.

L'iniquità e l'inaffidabilità della tortura, già riconosciute, come visto, dai giuristi di *ius commune* e rese evidenti alla luce delle accuse di maleficio, minavano alle fondamenta il processo penale, e quindi l'impostazione della criminalistica vigente, di cui Carpzov era stato scelto come espressione. Il problema della conoscibilità del reale, e dunque della differenza tra verità di fatto e verità legale, non poté che porre in termini radicalmente nuovi la percezione della tortura all'interno del sistema giuridico.

5. *Verità del giudice, verità del confessore. «La Cautio criminalis» di Friedrich Spee*

Stregoneria, tortura, verità delle confessioni. È questo il perimetro entro cui abbiamo visto muoversi, finora, la critica giuridica di Christian Thomasius. È un perimetro tracciato per la prima volta dai giusnaturalisti di Halle?

Anticipando le conclusioni di quanto segue credo si possa concordare su di un *no* pieno. Era esistita sin dall'antichità, l'abbiamo visto, una tradizione di critica alla tortura, che tuttavia si faceva sentire rapsodicamente all'interno delle raccolte giurisprudenziali in formule di ammonimento alla

of Witchcraft Prosecutions, in *The Athlone History of Witchcraft and Magic in Europe*, vol. V, *The Eighteenth and Nineteenth Centuries*, a cura di M. Gijswijt-Hofstra, B.P. Levack e R. Porter, London, The Athlone Press, 1999, pp. 1-93, cit. p. 76. G. Schwerhoff, *Aufgeklärter Traditionalismus. Christian Thomasius zu Hexenprozess und Folter*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung», 1987, pp. 247-260, cit. pp. 257-258, nota invece – probabilmente con un eccesso di cautela – come non sia provata nessun'influenza diretta di Thomasius sul provvedimento. L'editto, va notato, approva esplicitamente la prosecuzione dei processi per maleficio ma sottopone al *placet regio* la somministrazione della tortura e l'esecuzione delle condanne capitali e corporali: un estratto del testo in *Hexen und Hexenprozesse in Deutschland*, a cura di W. Behringer, München, Deutscher Taschenbuch, 2002, pp. 449-450.

cautela e alla puntuale osservanza delle procedure da parte dei giudici. Solo nel XVII secolo, all'apogeo dell'età dei supplizi e del diritto sanguinario, aveva invece visto la luce una piccola costellazione di scritti espressamente dedicati a confutarne la legittimità, sia dal punto di vista procedurale, in quanto strumento d'indagine, sia da quello sostanziale, in quanto pena inflitta prima della condanna.

Uno scarnissimo elenco di titoli, provenienti da contesti eterogenei ma accomunati dal fatto di gravitare più o meno espressamente attorno ai processi per maleficio e alle confessioni su cui questi si reggevano. Non è difficile rintracciarli: Thomasius e Bode hanno cura di citarli più volte nei loro scritti.

Il più noto è senza dubbio la *Cautio criminalis* del padre Friedrich Spee. Nel *De crimine magiae* Thomasius vi dialoga costantemente, e dedica due paragrafi a descriverla: «Non crediamo possa esistere un giureconsulto o un politico sano di mente che dopo aver letto questo libello possa ancora dubitare dell'iniquità dei processi contro le streghe o tantomeno pensare di contraddirlo»¹¹⁰. Thomasius si spende addirittura per dimostrare che l'opera, pubblicata anonima un settantennio prima con la semplice attribuzione a uno «sconosciuto teologo romano» e ancora di paternità incerta, non può che essere il parto di un autore protestante che si finge cattolico, forse perché dotato di cattedra in qualche università cattolica¹¹¹.

Sulla *Cautio criminalis* esiste una letteratura più che fluente, sebbene non del tutto concorde su alcune questioni fondamentali circa la sua natura e la sua genesi. Senza voler intervenire direttamente sul tema mi limito a menzionarne l'esordio, di un'efficacia retorica indiscutibile:

¹¹⁰ «Tanti ponderis nobis videtur iste libellus, ut quemadmodum hucusque nemo eum impugnavit, ita nec putemus dari posse jurisconsultum aut politicum sanae mentis, qui perlecto isto libello vel dubitare saltem de iniquitate processus contra sagas amplius possit, tantum abest, ut refutare libellum hunc intendat», Thomasius, *Theses inaugurales de crimine magiae*, cit., IV, *Commendatur auctor «Cautionis criminalis» de processibus contra sagas*, pp. 40-42.

¹¹¹ *Ibidem*, V, *Qui tamen cum se catholicum esse fingit, multa reliquit industriae aliorum*, p. 42.

Questione I. *Esistono davvero uomini e donne che praticano la stregoneria?* Rispondo di sì. So che, a questo proposito, c'è stato un diffuso scetticismo tra gli stessi cattolici [...]; sono anche al corrente della convinzione [...] che la Chiesa in altri tempi non desse credito alcuno alla teoria secondo cui le streghe si recherebbero materialmente al sabba. Io stesso, infine, ho spesso avuto modo, durante alcune visite effettuate in carcere, di osservare con molta attenzione [...] persone imputate di questo reato, e mi sono trovato sovente perplesso, tanto da non sapere cosa pensare. [...] Tra tanti dubbi mi sono formato il preciso convincimento che sulla terra esistono effettivamente alcune persone che praticano la stregoneria [...]. Che fossero però tutte streghe quelle che finora sono finite in cenere, questo non posso crederlo. E come me non lo credono molti uomini timorati e giusti¹¹².

In queste righe d'avvio la *Cautio criminalis* dispone sul tavolo temi che abbiamo già incrociato: la stregoneria è un crimine dubbio. Ha una sua storia (la Chiesa del medioevo rifiutava la teoria del sabba). Soprattutto, non regge all'esperienza diretta della realtà dei processi e della condizione degli imputati.

La forza delle pagine di Spee – che ancora oggi disturbano per la descrizione cruda della violenza e della sopraffazione che permeavano le procedure d'inchiesta – risiedette nella sostituzione della grammatica fredda della teologia e del diritto con quella empatica ed emozionale della denuncia (una caratteristica che, per certi versi, avvicina l'opera al *Dei delitti e delle pene*); e fu una denuncia che seppe toccare gli animi, vista la fortuna editoriale di un'opera anonima il cui autore restò quasi sconosciuto per oltre sessant'anni: dopo la *princeps* del 1631 altre tre edizioni latine, di cui la seconda rivista (Francoforte, 1632), tre tedesche, una olandese, una francese e due polacche, delle quali l'ultima nel 1714¹¹³.

¹¹² *Cautio criminalis, seu de processibus contra sagas. Liber ad magistratus Germaniae hoc tempore necessarius, tum autem consiliariis, et confessariis principum, inquisitoribus, iudicibus, advocatis, confessariis reorum, concionatoribus, caeterisq. lectu utilissimus. Auctore incerto theologo Romano*, qui nella trad. di M. Timi, *I processi contro le streghe («Cautio criminalis»)*, a cura di A. Foa, Roma, Salerno, 2004 (I ed. 1986), p. 41.

¹¹³ H. Holzhauser, *Die Bedeutung von Friedrich Spees Kampf gegen die*

Non esiste accordo, fra gli studiosi, sul fatto che Spee credesse realmente nella realtà della stregoneria o abbia scelto la finzione retorica di un moderato scetticismo per dare più forza alle argomentazioni tratte dall'esperienza; è persino controverso se abbia mai davvero svolto l'incarico di confessore di streghe¹¹⁴. È certo, invece, perché dichiarato sin dal titolo dell'opera («libro attualmente necessario ai magistrati di Germania, come pure di utilissima lettura ai consiglieri e ai confessori dei principi, agli inquisitori, ai giudici, agli avvocati, ai confessori degli imputati, ai predi-

Hexenprozesse für die Strafrechtsentwicklung, in *Friedrich Spee im Licht der Wissenschaften. Beiträge und Untersuchungen*, a cura di A. Arens, Mainz, Selbstverlag der Gesellschaft für mittelrheinische Kirchengeschichte, 1984, pp. 151-164. Sulla *Cautio* anche Th.G.M. van Oorschot, *Ihrer Zeit voraus. Das Ende der Hexenverfolgung in der Cautio criminalis*, in *Das Ende der Hexenverfolgung*, a cura di S. Lorenz e D.R. Bauer, cit., pp. 1-17; G. Jerouschek, *Friedrich von Spee als Justizkritiker. Die «Cautio criminalis» im Lichte des gemeinen Strafrechts der frühen Neuzeit*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», vol. 108, 1996, n. 2, pp. 243-265; *Friedrich Spee zum 400. Geburtstag*, Kolloquium der Friedrich-Spee-Gesellschaft Trier, Paderborn, Bonifatius, 1995; *Vom Unfug des Hexen-Processes. Gegner der Hexenverfolgungen von Johann Weyer bis Friedrich Spee*, a cura di H. Lehmann e O. Ulbricht, Wiesbaden, Harassowitz, 1992; E. Segatti, *La «Cautio criminalis» di Friedrich von Spee fra precedenti e contemporanei*, in *Studi di letteratura religiosa tedesca in memoria di Sergio Lupi*, Firenze, Olschki, 1972, pp. 375-441; J.-F. Ritter, *Einführung a Cautio criminalis, oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse*, Köln, Böhlau, 1967, pp. VII-XXXVI. Spee non fu il primo gesuita a pronunciarsi contro i processi per maleficio: prima di lui lo fece il padre Adam Tanner nella *Universa theologia scholastica* (1626-27), diffusamente citata nella *Cautio criminalis*: W. Behringer, *Zur Haltung Adam Tanners in der Hexenfrage. Die Entstehung einer Argumentationsstrategie in ihrem gesellschaftlichen Kontext*, in *Vom Unfug des Hexen-Processes*, cit., pp. 161-185.

¹¹⁴ Th.G.M. van Oorschot, *Ihrer Zeit voraus*, cit., ritiene che Spee non credesse nel maleficio ma abbia preferito non essere identificato con il radicale scetticismo di autori come Weyer, mentre considera incontrovertibile la realtà della sua esperienza nelle carceri delle streghe; G. Jerouschek, *Friedrich von Spee als Justizkritiker*, cit., respinge anche questa seconda possibilità; S. Clark, *Glaube und Skepsis in der deutschen Hexenliteratur von Johann Weyer bis Friedrich von Spee*, in *Vom Unfug des Hexen-Processes*, cit., pp. 15-33, accomuna invece Spee e Tanner in una posizione di «dämonologische Konservativismus» che criticava la procedura processuale ma non negava l'esistenza della stregoneria.

catori e a tutti gli altri»), che Spee intendesse portare un attacco diretto e in grande stile al cuore del dispositivo di repressione.

Dell'ampiezza della portata di questo attacco si conservò memoria molto a lungo. Nel 1697 fu nientemeno che Leibniz a rivelare l'arcano della paternità della *Cautio criminalis* in una lettera al curatore di un *Theatrum anonymorum et pseudonymorum*, Vincent Placcius:

Lo appresi dalla bocca dell'eminentissimo principe elettore di Magonza, Giovanni Filippo [di Schönborn]. Era Friedrich Spee, prete della Compagnia di Gesù [...]. [Schönborn], da giovane, aveva fatto occasionalmente la sua conoscenza, e quando il ragazzo aveva chiesto al buon padre perché già avesse i capelli grigi alla sua età quello gli disse che li aveva ricevuti dalle streghe condotte al patibolo. [...] Malgrado infatti si fosse sforzato con molto zelo, facendo appello anche alla forza e all'influenza della confessione, non aveva scoperto nulla in tutte coloro che aveva accompagnato al rogo che l'avesse potuto convincere che esse erano giustamente accusate di stregoneria. Dapprima, per la paura di essere consegnate a nuove torture, le più ingenuie fra loro, rispondendo alle sue domande durante la confessione, si accusavano di sortilegio; poi, dopo che avevano guadagnato fiducia, notando che non dovevano temere nulla di simile dal loro confessore, cominciarono a raccontargli di qualcosa di completamente diverso. Con gemiti terribili tutte loro piangevano l'ignoranza del giudice, o la sua cattiveria, come pure la loro stessa sciagura, e ancora al momento di morire chiamavano Dio a testimone della propria innocenza¹¹⁵.

¹¹⁵ «Wer der Verfasser des mit Recht berühmten, *Cautio criminalis in processu contra sagas* betitelt Buches gewesen ist, habe ich aus dem Munde des Hochwürdigsten Kurfürsten Johann Philipp von Mainz erfahren. Es war Friedrich Spee, Priester der Gesellschaft Jesu [...]. Johann Philipp von Schönborn [...] wurde als junger Mensch gelegentlich mit ihm bekannt, und als der Jüngling fragte, woher der gute Pater graueres Haar habe als seinem Alter zukomme, da sagte jener, das habe er von den Hexen bekommen, die er zum Scheiterhaufen geleitet habe. Da Schönborn sich verwunderte, löste Spee ihm das Rätsel. Er habe mit vielem Eifer nachgeforscht, auch Macht und Einfluss der Beichte aufgeboden und doch bei keinem von all denen, die er zum Holzstoss begleitet habe, irgend etwas entdeckt, das ihn davon hätte überzeugen können, dass sie zu Recht der Hexerei beschuldigt waren. Die Einfältigeren von ihnen hätten sich, wenn er sie in der Beichte ausgefragt

Era stata l'impressione suscitata in lui da queste parole a convincere Schönborn, successivamente, a fermare i processi nei territori di sua competenza (Magonza, Würzburg e Worms); così almeno afferma Leibniz, e probabilmente siamo costretti a fidarci di lui. Di un effettivo interesse per la *Cautio criminalis* da parte della trattatistica penale dell'epoca non si hanno notizie, visto che essa non è citata né da Carpzov né da giuristi di impronta più decisamente riformatrice come Brunnemann, Stryk e Anton Matthäus II¹¹⁶. Sia Thomasius che i giuristi dell'Università di Tübingen, in un giudizio risalente al 1663, non conoscendone la vera identità lo credono uno *iurisconsultus*¹¹⁷.

Resta il fatto che il libro ha l'aspetto inconfondibile di un manifesto di riforma della procedura penale in materia di streghe, costruito su ragioni che ormai ci risultano familiari.

Nel *dubium V*, ad esempio, dopo avere attribuito al maleficio la natura di *crimen exceptum*, Spee nega che esso possa essere trattato secondo procedure arbitrarie, poiché «se questi reati sono eccezionali rispetto al diritto positivo [...] non lo sono comunque rispetto alla ragione umana e alla legge naturale» (*humana ratio seu lex naturalis*)¹¹⁸.

Nel IX Spee ribadisce la necessità che ogni processo per maleficio faccia capo direttamente all'autorità sovrana,

habe, zuerst aus Furcht, erneuten Folterqualen ausgeliefert zu werden, als Zauberer bezeichnet; nachdem sie aber Vertrauen gefasst hätten, da sie merkten, dass sie von ihrem Beichtiger nichts Derartiges zu fürchten brauchten, hätten sie dann alles ganz anders geschildert. Alle hätten sie mit schrecklichem Wehklagen entweder die Unwissenheit oder die Bosheit der Richter sowie sowie ihr eigenes Elend bejammert und hätten noch sterbend Gott zum Zeugen ihrer Unschuld angerufen»: qui cit. in J.F. Ritter, *Einführung a Cautio criminalis*, XVIII-XIX (orig. in *Theatrum anonymorum et pseudonymorum*, 1708).

¹¹⁶ H. Holzhauer, *Die Bedeutung von Friedrich Spees Kampf gegen die Hexenprozesse*, cit.

¹¹⁷ G. Jerouschek, *Friedrich von Spee als Justizkritiker*, cit., pp. 263 ss.

¹¹⁸ *I processi contro le streghe («Cautio criminalis»)*, cit., *Questione V, Se sia legittimo istruire una procedura arbitraria in presenza di delitti eccezionali*, pp. 47-48. Ho condotto il raffronto testuale con la seconda ed. della *Cautio*, Francofurti, sumptibus Ioannis Gronaei, 1632 (qui 10-12, 10).

senza delega di poteri: il principe «commette peccato se trascura ogni attenzione e vigilanza, se non prende subito personalmente visione, in questioni così importanti, degli atti e delle procedure dei funzionari»¹¹⁹. Nel XII afferma che, nel caso emerga l'implicazione di innocenti nell'inchiesta, «si devono assolutamente sospendere e rinviare tutti i processi, non solo quelli per stregoneria, ma anche gli altri, sia con procedura eccezionale, sia normale»¹²⁰.

Ma è soprattutto la tortura l'obiettivo polemico della *Cautio criminalis*: i suoi modi e gradi d'irrogazione, gli indizi considerati sufficienti a ricorrervi, i pericoli cui essa espone non soltanto i corpi, ma anche le coscienze degli imputati e, secondo i casi, dei giudici.

Nell'inanellare le sue obiezioni alla tortura – che in sé valgono come obiezioni al processo inquisitorio *tout court*, visto che, almeno formalmente, l'esistenza delle streghe non è messa in dubbio – Spee non concede nulla alla giurisprudenza criminale vigente, con argomenti che da un lato si riallacciano al vecchio tema scolastico del peccato mortale insito nella menzogna e nella falsa testimonianza, e dall'altro anticipano quelli incontrati fra i giusnaturalisti di Halle.

Ad esempio nel *dubium XX*:

La natura del dolore è tale che, nella maggior parte dei casi, pur di evitarlo, si preferisce addirittura la morte. C'è dunque il rischio che, per sfuggire alla sofferenza delle torture, molte imputate confessino delitti che non hanno commesso [...]. Altra aggravante: se una sola volta anche una sola innocente vinta dalla violenza della tortura si è dichiarata colpevole ed è finita sul rogo, subito ed inesorabilmente infinite altre innocenti verranno travolte nello stesso meccanismo¹²¹.

¹¹⁹ *Ibidem*, Questione IX, *Se i principi possano sentirsi in pace con la propria coscienza quando, nella loro scarsa sollecitudine, delegano ogni responsabilità ai loro funzionari*, pp. 58-70, cit. p. 61.

¹²⁰ *Ibidem*, Questione XII, *Se si debba sospendere l'inquisizione contro le streghe qualora risulti che di fatto vi sono implicate molte innocenti*, pp. 79-82, cit. p. 80.

¹²¹ *Ibidem*, Questione XX, *Che cosa si debba pensare della tortura e se debba essere considerata come una causa frequente di pericolo morale per gli innocenti*, pp. 123-142, cit. pp. 123, 137.

Oppure nel *dubium* XXVII:

Se l'innocenza potrà rendere tenace chi è innocente, la colpevolezza potrà rendere ostinato chi è colpevole. Quelle stesse forze della natura che sosterranno contro la tortura l'innocente, sosterranno anche il colpevole. [...] La tortura non può essere un mezzo per conoscere la verità, a meno di considerare verità quelle parole che il torturato si lascia sfuggire; ma è difficile poterlo affermare. [...] Citerò qui le sue parole [di Agostino, *De civitate Dei*], piene di finezza e di ironia: «Che dire quando uno viene torturato a causa sua?» Quando gli si domanda se è colpevole, viene torturato, e da innocente paga la pena certa per un delitto incerto¹²².

O ancora nel brevissimo, fulminante *dubium* XXIX:

Ho dimostrato [...] che, nell'estirpare la zizzania dal terreno dello stato, va evitato il rischio morale, che spesso si verifica, di estirpare insieme anche il grano. Così ci impongono il diritto naturale, lo stesso Gesù Cristo, Nostro Signore, e tutti i legittimi interpreti della sua parola nella Chiesa cattolica. [...] Ho poi dimostrato che le torture [...] comportano in effetti un rischio morale abituale anche per il grano. [...] Poste così in modo chiaro le premesse del sillogismo [...], la conclusione comporta necessariamente che *la tortura deve essere abolita [e del tutto proibita] dalla prassi, oppure almeno che ne devono essere modificati e assai attenuati tutti quegli aspetti che comportano necessariamente questo pericolo. Non si può sfuggire a queste due alternative*¹²³.

¹²² *Ibidem*, Questione XXVII, *Se la tortura sia un metodo atto a scoprire la verità*, pp. 169-172, cit. pp. 171-172. Cfr. *De civitate Dei*, XIX, 6 (PL, 41, pp. 632-633): «Quid cum in causa sua quisque torquetur et, cum quaeritur utrum sit nocens, cruciatur et innocens luit pro incerto scelere certissimas poenas [...]?».

¹²³ *Ibidem*, Questione XXIX, *Se si debba del tutto eliminare la tortura, considerati i pericoli che comporta*, pp. 181-183, cit. p. 181 (corsivo nella traduzione e nell'originale). Nell'originale latino la frase risulta «infertur, tollendam igitur penitusque ex usu proscribendam esse torturam», «si ricava che la tortura debba essere abolita e del tutto proibita dalla prassi» (*Cautio criminalis, seu de processibus contra sagas*, cit., p. 210), dove il gerundivo «proscribendam» è lo stesso, si ricorderà, usato da Thomasius, *Dissertatio inauguralis iuridica de tortura ex foris Christianorum proscribenda*.

Sono righe scritte fra il 1630 e il 1631, nelle città della Germania devastata dalla Guerra dei trent'anni e nell'alta marea dei processi di massa contro le streghe. Centotrent'anni prima del *Dei delitti e delle pene*, con parole analoghe. Non erano probabilmente le ragioni a fare difetto ai critici seicenteschi della tortura, ma il contesto culturale cui essi potevano fare appello. Un motivo in più, a mio parere, per ritenere che la riforma illuministica del diritto penale sia stata non tanto il prodotto di una svolta epistemologica, bensì di una più ampia svolta culturale che ha consegnato definitivamente all'obsolescenza istituti e pratiche che in precedenza, pur nella diffusa consapevolezza di tutte le loro incongruenze, erano percepiti dai ceti dirigenti come pienamente legittimi.

Le ragioni che spinsero Friedrich Spee a scrivere la *Cautio criminalis* e a dedicarla ai magistrati e ai principi tedeschi sono tutt'altro che assodate. Motivazioni umanitarie sono innegabili, e si fanno subito cogliere in superficie nel tono dolente che permea ogni pagina del libro¹²⁴. Questo, verosimilmente, non spiega tutto.

L'opera, si è detto, è un programma di riforma del diritto criminale sulla stregoneria, non un'esortazione alla clemenza dei giudici e tantomeno un esercizio di retorica. A mio parere non va sottovalutata la frequenza con cui ricorre il tema del peccato e della coscienza, e del rischio della morte di innocenti; è stato individuato in almeno sessanta luoghi diversi¹²⁵.

Uno fra i *dubia* più corposi è dedicato al comportamento da tenere da parte dei confessori delle streghe. Lo squallore delle celle e delle camere di tortura è infatti un'interessante area di sovrapposizione fra le due identità di un medesimo

¹²⁴ Per il curatore dell'edizione critica tedesca della *Cautio criminalis*, J.-F. Ritter, *Einführung a Cautio criminalis*, cit., XXVI, le ragioni dell'impresa di Spee sarebbero state «la carità» e «l'amore del prossimo» («Das ist der Urgrund der *Cautio*: die Charitas [*sic*] christiana, die christliche Nächstenliebe um Gottes willen»).

¹²⁵ H. Weber, *Die Bedeutung des Gewissens bei Friedrich Spee und in der Moralthologie seiner Zeit*, in *Friedrich Spee zum 400. Geburtstag*, cit., pp. 51-65, cit. p. 62.

oggetto, la confessione: quella giudiziaria cercata dal giudice e quella sacramentale cercata dal sacerdote.

Questa sovrapposizione, denuncia Spee, si risolve spesso in favore della prima accezione del termine. Confessori che trattano le imputate come fossero già colpevoli, che si muovono secondo le indicazioni dei giudici, che perseguono a tutti i costi l'ammissione del reato anziché il riconoscimento del peccato. «I giudici hanno il loro foro specifico, il sacerdote il proprio», ma se un confessore vuole svolgere con solerzia il proprio compito «ci penseranno i giudici a destituirti immediatamente, e a procurarsi un altro disposto a mescolare il foro interno e quello esterno»¹²⁶.

Il XVII fu il secolo della morale, quello in cui giunse a completa e ridondante fioritura la casuistica, la disciplina dei casi di coscienza, con i gesuiti (assieme ai francescani) a costituirne i maestri d'elezione. Spee fu uno tra i primi e più influenti tra loro nella Germania barocca: ne tenne la cattedra a Paderborn nel 1630, poi a Colonia nel '32 e a Treviri dal '33 al '35, anno della morte¹²⁷. La *Cautio criminalis* fu completata, lo abbiamo visto, nel 1631. Il più celebre casuista tedesco, il padre Hermann Busenbaum, lo onora del titolo di *princeps* della materia nel suo fortunatissimo compendio di casi di coscienza, la *Medulla theologiae moralis* del 1645¹²⁸.

Nella prima metà di quel secolo, a essere combattuta sul terreno della coscienza del soggetto fu una «battaglia» – come l'ha definita Paolo Prodi nella sua attrezzatissima analisi dello sviluppo del «dualismo tra coscienza e diritto»

¹²⁶ Questione XXX, *Quali siano le istruzioni più importanti da fornire ai confessori delle streghe*, cit., pp. 183-203, cit. p. 183. Ho reso l'originale «suum sibi forum iudices habeant, sacerdos suum» (*Cautio criminalis, seu de processibus contra sagas*, cit., p. 213) con «foro», sostituendo l'incomprensibile scelta della traduttrice che preferisce «compito».

¹²⁷ Sull'attività e il rilievo di Spee come moralista Helmut Weber, «*Casuum summam confecit*»... *Friedrich Spee als Professor der Moralthologie*, in *Friedrich Spee im Licht der Wissenschaften*, cit., pp. 179-204.

¹²⁸ *Medulla theologiae moralis, facili, ac perspicua methodo resolvens casus conscientiae*, qui nell'ed. Mantuae Carpentanae, ex officina Pauli de Val, 1656, *Praefatio ad lectorem benevolum*, n.n.

nell'età moderna – tra due sistemi normativi concorrenti, quello della teologia morale e quello del diritto positivo; una concorrenza tra foro interno e foro esterno che alimentò la genesi della distinzione fra il peccato e il reato¹²⁹.

Un saliente centrale nella riflessione teologica attorno a questo tema è stato individuato nel lavoro del padre gesuita Paul Laymann, che nella sua *Theologia moralis* del 1626 fu il primo a stabilire nella coscienza il campo d'esercizio del diritto sacerdotale sul foro interno¹³⁰.

Laymann insegnò teologia morale a Monaco dal 1609 al 1625, ed è considerato con Tanner un precoce oppositore tedesco della procedura criminale sul maleficio¹³¹. Il suo *opus magnum* teologico contiene uno specifico *Tractatus de sagis et veneficis* che è tutto dedicato al ruolo del confessore delle imputate di stregoneria: vi si trovano una dettagliata analisi del modo di procedere nella direzione del foro interno, una piena consapevolezza delle false confessioni indotte dalla tortura, nonché le indicazioni da trasmettere al magistrato per il corretto rispetto della procedura degli interrogatori¹³².

Nelle pagine della *Cautio criminalis* rivolte a precisare e contornare l'ufficio sacerdotale nei confronti di quanti sono detenuti per il reato di maleficio il confessore è invitato «ad avvicinare a sé, quanto più intimamente possibile, l'animo degli imputati, cosa questa che potrà fare se dichiarerà di essere venuto non in veste di giudice, ma come padre».

¹²⁹ P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 369.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 364.

¹³¹ S. Clark, *Thinking with Demons. The Idea of Witchcraft in Early Modern Europe*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1997, pp. 205 ss.; Id., *Glaube und Skepsis in der deutschen Hexenliteratur*, cit.; B. Duhr, *Die Stellung der Jesuiten in der deutschen Hexenprozessen*, Köln, Bachem, 1900, pp. 53 ss.

¹³² *Tractatus alter theologicus de sagis et veneficis*, qui nell'edizione pubblicata come estratto in *Diversi tractatus de potestate ecclesiastica coercendi daemones circa energumenos et maleficiatos, De potentia ac viribus daemonum. De modo procedendi adversus crimina excepta, praecipue contra sagas et maleficos, atque de mediis ad hos et illos iuvandos idonei. Ex diversis iisque celeberrimis huius aevii scriptoribus*, Coloniae Agrippinae, sumptibus Constantini Munich, 1629, pp. 99-112.

Egli deve infondere in loro completa fiducia, anche tramite giuramento, «che qualunque cosa diranno, anche fuori della confessione, lui in quanto uomo di Chiesa non ne farà trapelare neppure una parola che possa nuocere loro».

Le sfere giuridica e sacramentale devono conservarsi in scrupoloso stato di separazione: «Egli non deve avere nessuna intesa con gli addetti al tribunale in questi processi». Da questo, però, non deve discendere l'ignoranza dei dispositivi che regolano la procedura penale, al contrario:

il confessore avveduto non deve trascurare di adoperarsi per conoscere almeno i rudimenti delle procedure giudiziarie, per potersi così comportare con gli accusati nel foro della coscienza con maggiore consapevolezza e per poter richiamare i giudici al loro dovere, se ce ne fosse bisogno;

è persino raccomandabile che assista alle torture, non direttamente, onde non dare scandalo, ma «di nascosto attraverso una fessura o una piccola apertura», per avere contezza di «quanto crudeli e pericolose siano queste pratiche».

A essere in gioco è la possibilità di adempiere integralmente alla missione propria del confessore, che è quella di penetrare la coscienza per aprirla alla luce chiara della misericordia della Chiesa, arrivando fin dove è possibile alla conoscenza della verità custodita dal soggetto. Impresa difficile:

voglio che i confessori sappiano, infatti, con *assoluta certezza* che ci sono *molti* che, pur dichiarandosi colpevoli perfino nel sacramento della confessione, non lo sono, come io stesso e, come me, altri sacerdoti abbiamo avuto modo di verificare con prove evidenti¹³³.

È implicito che ci troviamo in una sfera altra rispetto al moderno regime di stratificazione tra soggetto cosciente

¹³³ *I processi contro le streghe («Cautio criminalis»)*, cit., *Questione XXX*, pp. 190-192, cit. p. 189 (corsivi nel testo).

e inconscio, come pure rispetto alla divaricazione fra la coscienza razionale e la percezione psichica dell'azione qual è stata evidenziata, in merito al mito del volo magico, dagli studi sui benandanti e sui rituali estatici legati al mondo agrario della lunga durata culturale, le cui presenze epigoniche sono registrate proprio nei decenni compresi fra Spee e Thomasius.

Al contrario, il discorso si svolge sul piano di una presa d'atto della differenza tra il soggetto e le azioni, o gli attributi, che gli sono ascritti: tra una realtà soggettiva, retta sulla consapevolezza di avere compiuto o non compiuto determinati atti, e una realtà presuntamente oggettiva in equilibrio sul costruito legale degli indizi e delle prove. Che abbia coperto o meno l'ufficio di confessore di streghe a Würzburg o a Paderborn, Spee sta raccontando ai suoi contemporanei che il sistema di prove legali, a partire dal perno su cui esso ruota, la tortura, è in grado di produrre una *verità legale* che nulla ha a che vedere con la *verità fattuale* custodita dalla coscienza e accessibile soltanto nel foro sacramentale.

Di nuovo, la concorrenza fra il giudice e il confessore, dove il confessore è tenuto a scongiurare i rischi non del corpo ma dell'anima dell'imputato, indotto a peccato mortale confessando crimini che non ha commesso, mentendo al confessore per timore di nuove torture, denunciando la falsa complicità di innocenti, disperando della misericordia divina.

La circostanzianta denuncia del processo inquisitorio sul maleficio della *Cautio criminalis*, da questo punto di vista, è anche la rivendicazione di un monopolio sulla verità da parte della teologia morale. In circostanze estreme, l'imperativo è quello di intervenire presso il magistrato:

Ci si potrebbe chiedere cosa dovrebbe fare il confessore, se [...], attraverso la confessione o in altri modi, venisse a sapere dell'innocenza di qualcuno»; se non esiste pericolo di violazione del sigillo sacramentale né di procurare danno all'imputato o ad altri, «non vedo allora perché non solo non possa, ma anzi non debba tentare di venirgli in aiuto». Nel caso l'imputato abbia incolpato persone innocenti, «è comunque cosa certa che egli

sarà tenuto a ritrattare *quanto più efficacemente possibile*. Nel caso i giudici [...] non tengano alcun conto della ritrattazione resa dai condannati dopo la pubblicazione della sentenza, subito prima della morte, in questo caso il condannato sarà tenuto [...] a renderla in modo più tempestivo, cioè prima della pubblicazione della sentenza¹³⁴.

Al netto della *caritas* cristiana e dell'indiscutibile altezza morale e intellettuale del suo autore, la *Cautio criminalis* può verosimilmente essere letta anche come la testimonianza di un confronto tra poteri che si consumò tra le pieghe dei processi contro i *crimina excepta*.

6. *Per conto del diritto naturale. Stephan Nathen, Johann Grevius, Augustin Nicolas*

La paternità della *Cautio criminalis* non era rimasta del tutto ignota prima di Leibniz; in un caso, con sufficiente rispetto per la volontà dell'anonimato, essa era stata attribuita a «un uomo nobile, dotto e religioso, che spesso ascoltò le confessioni di streghe e imputati di magia; in una parola, al di là di ogni dubbio, a un padre della Compagnia di Gesù».

Ad avanzare la tesi era stato Stephan Nathen, detto Spormacher (Spormacker), nella sua ponderosa *Iustitia vulnerata*, un trattato volto a «curare» i mali della giustizia con rimedi morali, legali, politici¹³⁵. Dell'autore non è dato di

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 199-200 (corsivo nel testo). Conclusioni analoghe si trovano in una *Theologia moralis explicata* comprendente le lezioni di casi di coscienza tenute a Colonia da un allievo di Spee, Johannes Schücking, nel 1633-1635, in particolare nella *Quaestio V de sagis: «Theologia moralis explicata»*. Ein Friedrich Spee zugeschriebenes Werk aus der Zeit des Dreißigjährigen Krieges, a cura di H. Weber, Trier, Spee, 1996, pp. 466-470.

¹³⁵ *Iustitia vulnerata, Christiane, iuridice, et politice curata*, II ed., Coloniae Agrippinae, sumptibus Hermanni Demen, 1691 (I ed. 1646), pp. 114-115: «Ita in terminis probat auctor tractatus qui inscribitur *Cautio criminalis*, cap. 46 et seq., qui tractatus maior est, quam ut mordacium hominum reprehensionem mereatur, a viro nobili, docto et religioso, qui saepius sagarum et denunciatorum de magia audivit confessiones, ac ut uno verbo dicam, a patre Soc. Iesu omni exceptione maiori compositus».

sapere granché, a quanto mi consta: una voce di pochissime righe nella *Bibliotheca Belgica* di Jean-François Foppens, Bruxelles, 1739. All'atto della stesura, nel 1646, Spormacher risultava docente di diritto nello studio di Colonia, la città in cui un quindicennio prima Spee aveva prestato servizio nel collegio della Compagnia¹³⁶.

Quello che interessa della *Iustitia vulnerata* è in primo luogo il fatto che essa rientra tra le fonti della *Disputatio iuridica de abusu et usu torturae* di Bode. In secondo luogo, il riferimento che in essa si trova alla *Cautio criminalis* come autorità che nega la realtà del volo notturno delle streghe, all'interno di un lunghissimo capitolo teso a contestare l'uso indiscriminato della tortura nel processo per maleficio.

Ecco apparire una seconda volta, nella letteratura sul tavolo dei giuristi di Halle, la stretta correlazione fra analisi della procedura penale contro la stregoneria, critica della teoria del sabba e polemica contro la tortura giudiziaria:

Gli antichi – scriveva Spormacher rivolgendosi in prima persona ai magistrati – definirono con pochissime parole l'ufficio del giudice allorché dissero [...] che la legge e il giudice devono in sé concordare come se la legge fosse l'anima del giudice e il giudice la voce della legge. Né i crimini eccezionali sono definiti tali affinché siano soggetti al vostro arbitrio cieco e sregolato. Vi sia chiaro, in futuro, che quello che le streghe depongono quando sostengono di avere visto questo o quello nelle adunanze demoniache che sono solite celebrare di notte non può essere considerato un indizio valido per un'inchiesta speciale né per l'irrogazione della tortura, poiché i maghi e le streghe, quando sostengono di ritrovarsi nelle loro danze, in realtà sono ingannati dalle illusioni dei demoni, e a causa dei raggiri e delle arti di questi vedono e ritengono vere molte cose che non sono altro che finzioni e falsità¹³⁷.

¹³⁶ *Bibliotheca Belgica, sive virorum in Belgio vita, scriptisque illustrium catalogus*, Bruxellis, per Petrum Foppens, 1739, vol. II, p. 1108.

¹³⁷ «Veteres paucissimis verbis iudicis officium conclusisse, cum ita dicerent [...] ita legem et iudicem inter se conspirare, ut sit lex quasi anima iudicis, iudex quasi vox legis, neque enim crimina excepta dicuntur, ut caeco vel irregulato vestro arbitrio subiaceant, quocirca imposterum pro comperto habeatis, veneficos deponentes, se hunc vel

Restiamo a cavallo del primo terzo del Seicento. Un'autorità citata più volte da Thomasius è il *Tribunal reformatum* di Johann Greve, latinamente Grevius. Opera singolare quanto a caratteristiche e fortuna: interamente dedicata a denunciare l'abuso della tortura nelle corti giudiziarie, pubblicata ad Amburgo nel 1624, godette di una sola ristampa, undici anni dopo, poi divenne rarissima per tutto il resto del secolo. Pierre Bayle, tuttavia, le riservò una voce nel suo *Dictionnaire*, che di fatto costituisce l'unico riferimento alla tortura e alle sue ingiustizie in quel monumento dello scetticismo europeo¹³⁸. Una nuova edizione del trattato vide la luce solo un secolo dopo, nel 1737, per opera di Johann Georg Pertsch, all'epoca assessore del tribunale ducale di Wolfenbüttel e già allievo di Thomasius e Gundling tra il 1713 e il 1716¹³⁹.

L'autore, ministro di osservanza arminiana della Chiesa riformata olandese, l'aveva composta da detenuto nella casa correzionale di Amsterdam, tra il 1620 e il '21, dove era stato rinchiuso con pena a vita in seguito alla repressione ordinata dal sinodo di Dordrecht, salvo poi evaderne mercé non meglio specificate intercessioni (comunanza di destini e sentimenti, si noterà, con Hugo de Groot). Dopo i pietisti di Halle e il padre gesuita Spee si completa così una curiosa costellazione di critici della tortura che trascende i confini confessionali.

illum in diabolica illa, quam nocturno tempore instituere solent, conventionem vidisse, ne quidem indicium ad specialem inquisitionem, ne dum ad torturam facere, quia venefici seu lamiae, cum reperiuntur in illis choreis, daemonum illusionibus deceptae, multa eorum ludificatione et arte vident, quae falsa et ficta sunt, et ipsae vera existimant», *Iustitia vulnerata, Christiane, iuridice, et politice curata*, tit. 3, *Iustitia in clementia vulnerata*, 6, *De nimio rigore in inquisitos et de magia denunciatos hodie usitato*, pp. 111-138, cit. p. 114.

¹³⁸ *Dictionnaire historique et critique*, qui nella prima ed., Rotterdam, Leers, 1697, II, pp. 610-611, consultata in Artfl Project, <http://artfl-project.uchicago.edu/content/dictionnaire-de-bayle>. Su Grevius anche Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., p. 234; *Allgemeines Gelehrten-Lexicon*, cit., II, 1750, pp. 1175-1176.

¹³⁹ Cfr. la voce di A. Ritter von Eisenhart in *Allgemeine Deutsche Biographie*, 1877, vol. 25, pp. 403-405, qui nell'ed. online <http://www.deutsche-biographie.de/sfz94725.html>.

Il *Tribunal reformatum* non può che invidiare alla *Cautio criminalis* la prontezza del discorso, il tono impressionista, la capacità di portare al lettore lo sguardo di chi ha visto con i propri occhi il sabba di iniquità che si consuma ogni giorno nelle corti giudiziarie. Al confronto dell'incisività di Spee, giocata su un registro dialogico affinato dalla sapienza del confessore, l'impianto di Grevius suona erudito e manierista: la testimonianza di prima mano, sia essa reale o fittizia, lascia spazio alla rassegna delle fonti storiche e giudiziarie e al piglio del predicatore.

Eppure il *Tribunal reformatum* è un'accusa precoce e appassionata delle atrocità della *quaestio* e del processo inquisitorio, concepita negli anni più bui del secolo di ferro, nel clima d'apocalisse che circonfonde il dilagare del conflitto confessionale in Germania, il ritorno in armi della Spagna, la chiusura identitaria del calvinismo olandese e i prodromi del conflitto tra il Parlamento di Londra e gli Stuart.

Unica luce sotto tali cieli di piombo è, per Grevius, il diritto naturale. Teologo, come Spee, anch'egli si rivolge ai magistrati entrando *in munere alieno*, in territorio altrui, facendo appello a uno *ius naturae* che non conosce confini disciplinari.

Non entro nei recessi del diritto romano, ma mi occupo di quel diritto della cui conoscenza la natura ha dotato ciascuno, il diritto che chiamiamo naturale [...]. Quello che mi interessa è se con questo diritto risultino mai coerenti la consuetudine e il modo, orrendi e mostruosi, di torturare povera gente; se mai qualche volta tale consuetudine sia stata indicata dalla luce di quel diritto, al punto da risultarne in eterno immutabile¹⁴⁰.

¹⁴⁰ «Non ego Romani iuris penetralia ingredior, sed de iure illo, cuius notitia omnes natura imbuunt, quod naturale vocamus, et quod imperator Iustinianus, divina quasi providentia dicit constitutum esse, ut semper firmum atque immutabile permaneat inquirō. Hoc disceptans, an cum hoc ipso iure, horrendus ille atque immanis torquendi miseris, mos modusque consistat, an nunquam hi mores ex iuris illius lumine commonstrati sint, qui nunc hoc ipso iure in perpetuum immutabiles esse debeant?», *Tribunal reformatum, in quo sanioris et tutioris iustitiae via iudici christiano in processu criminali commonstratur, reiecta et fugata tortura*, qui nell'edizione a cura di J.G. Pertsch, Guelpherbyti, sumptibus Io. Christophori Meisneri, 1737, *Auctoris praefatio ad lectorem*, n.n.

Avversari d'elezione, a Grevius come a Spee e Thomasius, sono i giureconsulti dello *ius commune*, il cui orizzonte è l'autorità del costume e delle fonti giurisprudenziali:

Il mio assoluto dovere, senza malevolenza nei confronti di nessuno, è quello di impugnare la tortura, di denunciare la sua ingiustizia, di provare che essa è contraria a quel diritto che è condiviso da tutti, di dissuadere i giudici dal farne uso. Se esiste un qualche dovere del teologo è quello di invitare al rispetto di un tale diritto originario e chiarissimo, parlare per suo conto, vendicarlo dalla violenza e dall'oppressione¹⁴¹.

Parlando per conto del diritto naturale Grevius scosta le quinte su di un mondo doloroso abitato da innocenti ingiustamente messi a morte per essere stati costretti a confessare delitti che non avevano commesso: mendicanti e contadini agiati, mogli accusate di adulterio e giovani sorpresi sul luogo di un omicidio a loro sconosciuto. I capitoli finali del secondo dei due libri dei quali si compone l'opera sono una rassegna di errori giudiziari indotti dalla tortura, desunti dalla cronaca recente. La tortura, per Grevius, ripugna al senso della Scrittura e alla carità cristiana; è contraria al diritto di natura, perché – argomentazione già incontrata in Thomasius e in Hobbes – costringe l'uomo a farsi traditore di se stesso¹⁴².

Le streghe trovano un loro luogo importante nell'opera. La polemica relativa ai processi sui *crimina excepta* e agli indizi sufficienti alla tortura, articolata nella prima parte del libro, è una serrata controversia con le autorità demonologiche del tempo – Delrío, Binsfeld, Boguet, Bodin, autorità che all'epoca, vecchie di appena venti o trent'anni, sono

¹⁴¹ «Impugnare autem torturam, iniquitatem eius arguere, iuri eam illi communi adversam esse commonstrare, atque ab usu eius iudices dehortari, id mihi sine cuiusquam invidia licere, omnino debuit. Hoc enim ipsum, si cuiquam, theologo certe competit, primi illius et limpidissimi iuris curam suscipere, pro eo loqui, atque illud a vi atque oppressione vindicare», *ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*, l. II, c. 2, p. 301, *Contra ius naturae est, quempiam cogere ut se ipsum prodat*.

l'avanguardia della scienza del maleficio e abitano gli scaffali delle biblioteche di qualsiasi giudice degno di rispetto.

Di nuovo, è il sistema indiziario il punto critico dei processi. Se il demonio è in grado di far credere alle streghe di avere realmente volato e partecipato alle cerimonie notturne (è la voce di Weyer a parlare, espressamente menzionato), allora le denunce di complicità devono essere considerate nulle, e così pure le confessioni di colpevolezza.

Forse che questo non è certo per irrefragabile esperienza? [...] Quello che le streghe ricordano di avere visto e osservato di notte è fittizio, fantasmi vuoti e illusioni immaginarie eccitate dalle arti del diavolo¹⁴³.

Per questo non può essere ammessa la deposizione di un solo testimone per l'irrogazione della tortura, perché quest'ultima, di per sé, è già una condanna, «più dolorosa della morte stessa». Né valgono le minacce degli imputati contro gli accusatori, né una confessione extragiudiziale, né le accuse di complicità, tantomeno se rilasciate durante la *quaestio* e in seguito alla deleteria consuetudine per cui «i giudici leggono da una scheda i nomi di coloro che vogliono che siano indicati e accusati dai colpevoli», come nella prassi delle inchieste sulle streghe¹⁴⁴.

Un'ulteriore fonte della *Disputatio iuridica* di Bode è un testo ancora meno conosciuto del *Tribunal reformatum*: il che contribuisce a renderlo singolare e, per certi versi, come vedremo, enigmatico. *Si la torture est un moyen seur a verifier les crimes secrets* («se la tortura sia un mezzo sicuro per accertare i crimini occulti»), Amsterdam, 1682, è una «dissertazione morale e giuridica» di Augustin Nicolas volta

¹⁴³ «Annon ex irrefragabili experientia id certum est? Turbata missis istis hominibus diaboli artibus phantasia, per somnia, aut morbos melancholis mira eas sibi fingere monstra, mira eis observari spectacula, variisque earum mentes imaginibus imbui; adeo ut quae de visis per noctem observatisque sibi rebus lamiae memorent, ficta sint ac futilia prorsus phantasmata et imaginariae illusiones, diaboli artibus excitatae», *ibidem*, I, I, c. 6, § 13, *Ultior declaratio de intuitu criminis magiae*, p. 186.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 148 ss.

a denunciare, precisa il sottotitolo, «gli abusi che ovunque si commettono nell'istruzione dei processi criminali, e particolarmente nella ricerca del sortilegio»¹⁴⁵.

Figura tutta barocca di militare di carriera, diplomatico in rapporti privilegiati con la corte di Madrid e autore di opere storiche e morali, Nicolas finisce la carriera con la prestigiosa carica di *maître de requêtes* al parlamento di Besançon, nella Franca Contea, e *conseiller d'État* nel 1678.

Dieci anni prima era stato fra i primi magistrati dell'antico parlamento della regione, quello di Dôle, a porgere atto di fedeltà al nuovo sovrano Luigi XIV; la Franca Contea, da sempre territorio francofono sottoposto all'autorità dei duchi di Borgogna, poi dell'impero e quindi degli Asburgo di Spagna, era appena stata occupata dai francesi, con dure resistenze da parte della popolazione¹⁴⁶. Nicolas ottenne l'onore accademico di un *Panégyrique au roi Louis XIV*: non è difficile vedere in lui un membro di quella nobiltà provinciale che dà l'ossatura al governo del Re Sole e tiene privilegiati rapporti con Versailles.

La sua *dissertation* contro la tortura conta una traduzione latina a Strasburgo nel 1697, completata in appendice dalla *Instructio pro formandis processibus in causis strigum* del Sant'ufficio e da un *Paradoxon de tortura in Christiana republica non exercenda* di Jacob Schaller, canonico di quella città¹⁴⁷. Allo stesso 1697, ricordiamo, risale la *Disputatio iuridica de abusu et usu torturae* di Bode, che infatti cita Nicolas in questa versione: ecco un transito sufficientemente breve, che da Halle ci porta subito verso i confini francesi.

¹⁴⁵ *Si la torture est un moyen seur a verifier les crimes secrets; dissertation morale et juridique, par laquelle il est amplement traité des abus qui se commettent par tout en l'instruction des procès criminels, et particulièrement en la recherche du sortilege*, à Amsterdam, chez A. Wolfgang, près de la Bourse, 1682.

¹⁴⁶ Mi rifaccio alle scarse notizie riportate nella *Nouvelle biographie générale*, Paris, Firmin Didot, vol. 37, 1863, pp. 989-990.

¹⁴⁷ J. Schaller, *An quaestione per tormenta criminum veritas elucescat, dissertatio moralis et iuridica, qua ordo et series instrumenti capitalis iudicii, praesertim in causis sortilegii serio discutitur*, Argentorati, sumptibus Ioh. Friderici Spoor, 1697. Il libello di Schaller era già stato pubblicato nel 1658 e nel 1688: non mi risulta tuttavia menzionato né da Thomasius né da Bode.

Prima di introdurre il libro di Nicolas conviene andare concisamente all'evoluzione del procedimento penale sul maleficio nella Francia del Seicento. Nel suo grande *Magistrats et sorciers*, pubblicato nel 1968 come «saggio di psicologia storica» che proseguiva la lezione della storia della mentalità di Lucien Febvre, Robert Mandrou ha mostrato come dietro il fenomeno della stregoneria si celassero conflitti giurisdizionali e interessi di potere. La Francia costituiva un interessante *case study* delle implicazioni politiche del maleficio: alle contese fra confessioni, corporazioni e consorterie il diavolo e le streghe partecipavano sempre come primi invitati. Generalmente, la dialettica si consumava fra i potentati locali, le corti d'appello e la corona, con le gerarchie ecclesiastiche e gli istituti religiosi a fornire copioso materiale alla disputa¹⁴⁸.

Nella Francia di Antico regime i maggiori affari di streghe erano prerogativa delle province di confine: Pirenei, Aquitania, Normandia, Lorena, Borgogna. Più vicini si era al cuore della monarchia, meno i demoni sembravano abili a esercitare le loro arti. «A Parigi non si crede nelle streghe né se ne ha notizia. A Rouen credono che le streghe esistano, e se ne sente parlare di continuo»: così Elisabetta Carlotta, duchessa d'Orléans, nel 1718¹⁴⁹. Mezzo secolo prima il parere non sarebbe stato molto diverso.

Nel 1624 il parlamento di Parigi, per disciplinare la scarsa cautela dei giudici locali, aveva imposto l'obbligo dell'appello alle sentenze implicanti tortura, morte o punizioni corporali per reati di maleficio. La resistenza delle magistrature inferiori era tuttavia proseguita ancora a lungo: non mancarono casi di torture e pene capitali irrogate senza attendere il parere dei parlamenti, con clamorose sanzioni nei

¹⁴⁸ R. Mandrou, *Magistrati e streghe nella Francia del Seicento. Un'analisi di psicologia storica*, Bari, Laterza, 1971 (ed. or. *Magistrats et sorciers en France au XVII^e siècle. Une analyse de psychologie historique*, Paris, Plon, 1968). Sullo spessore politico della stregoneria nella Francia cinque-seicentesca cfr. anche J.L. Pearl, *The Crime of Crimes. Demonology and Politics in France 1560-1620*, Waterloo, Ontario, Wilfrid Laurier University Press, 1999.

¹⁴⁹ *Hexen und Hexenprozesse in Deutschland*, a cura di W. Behringer, cit., p. 450.

confronti dei magistrati implicati. In certi casi i responsabili di linciaggi ed esecuzioni sommarie finirono giustiziati con la pena riservata agli assassini¹⁵⁰.

Dopo la metà del secolo il controllo sull'operato delle corti locali si fece sempre più stringente, anche per il diretto interessamento del grande *dominus* dell'apparato statale, Jean-Baptiste Colbert. Nel 1669 la corona intervenne per mitigare in condanna al bando la sentenza di morte emessa dal parlamento di Rouen contro quarantasei streghe nel quadro di una massiccia persecuzione che contò fino a cinquecento indiziati di reato. Nel 1670-72 un nuovo intervento ristabilì le corrette procedure d'indagine in casi di competenza dei parlamenti di Pau e Bordeaux¹⁵¹. Al 1670 risale la pubblicazione di un trattato che conobbe una certa fama, *L'incrédulité sçavante et la crudelité ignorante* del padre cappuccino Jacques d'Autun, che contro gli scettici difendeva l'esistenza delle streghe e contro le magistrature notava che esse erano comunque assai di meno di quelle che finivano nelle inchieste. Dieci anni prima la *Cautio criminalis* era uscita in traduzione a Lyon come *Advis aux criminalistes*¹⁵².

Nel luglio del 1682 Luigi XIV firmò l'editto che regolava le pene destinate «a tutti coloro che usano malefici e veleni, come a quanti fanno la vana professione di indovini, maghi o stregoni»¹⁵³.

¹⁵⁰ R. Mandrou, *Magistrati e streghe nella Francia del Seicento*, cit., pp. 392 ss., p. 442. Alfred Soman ha mostrato comunque come già dopo il 1610 il tasso di assoluzioni in appello emanate dal Parlamento parigino è tale da prefigurare una decriminalizzazione *de facto* della stregoneria tra l'élite dei magistrati del regno: *La décriminalisation de la sorcellerie en France*, «Histoire, économie et société», 4, 1985, pp. 179-203.

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 504 ss.; B.P. Levack, *The Decline and End of Witchcraft Prosecutions*, cit., pp. 48 ss.

¹⁵² R. Mandrou, *Magistrati e streghe nella Francia del Seicento*, cit., pp. 485 ss.

¹⁵³ «Nous avons jugé nécessaire de renouveler les anciennes ordonnances, et de prendre encore en y ajoutant de nouvelles precautions, tant à l'égard de tous ceux qui usent de malefices et des poisons, que de ceux qui sous la vaine profession de devins, magiciens, sorciers ou autres noms semblables [...] infectent et corrompent l'esprit des peuples par leurs discours et pratiques», *Edit du roy, pour la punition de differents*

Il testo è importante più per quello che non dice che per quello che dice. Ricordato come editto di depenalizzazione della stregoneria, esso in realtà è volto soprattutto a reprimere il delitto di avvelenamento (l'*Affaire des poisons* si era chiuso da poco) con l'imposizione di registri di vendita e utilizzo di sostanze velenose a categorie professionali come i medici, i farmacisti, gli orefici.

Di diavolo e patto demoniaco nell'editto non si fa parola; non è chiaro cosa si intenda per «maleficio» e «stregone»: tanto più che, insieme con l'avvelenamento, le altre due fattispecie di reato menzionate sono il sacrilegio (punito con la morte) e l'impostura (punita con il bando dal regno). Quest'ultima è propria degli «indovini, maghi e incantatori» che «per mezzo del trucco di operazioni di pretesa magia» ingannano «persone ignoranti o credule»¹⁵⁴. Il «dire o fare cose che non hanno alcun rapporto con le cause naturali» è punito in quanto «pratica superstiziosa»¹⁵⁵. Lo stato che finanziava l'Académie Royale agitava il pugno contro la cultura popolare.

Sappiamo che, all'epoca, l'età nera francese della caccia alle streghe era finita da almeno un ventennio. Singole inchieste continuarono a essere aperte fino alla fine del secolo in casi in cui la stregoneria si accompagnava alla blasfemia o all'avvelenamento, ma non più i processi collettivi fondati sul ripetuto esercizio della tortura per la ricostruzione delle complicità.

È questo il contesto in cui va letta la *Dissertation morale et juridique* di Nicolas. Verosimilmente l'autore doveva avere conosciuto i processi per maleficio attraverso la lettura

crimes. Registré en Parlement le 31 Aoust 1682, a Paris, chez François Muguet, 1682, 4. Sull'editto cfr. R. Mandrou, *Magistrati e streghe nella Francia del Seicento*, cit., pp. 544 ss; B.P. Levack, *The Decline and End of Witchcraft Prosecutions*, cit., pp. 51 ss.

¹⁵⁴ «Il seroit arrivé que sous pretexte d'horoscope et de devination, et par le moyen des prestiges des operations des pretenduës magies et autres illusions semblable [...] [ces imposteurs] auroient surpris diverses personnes ignorantes ou credules», *Edit du roy, pour la punition de differents crimes*, cit., p. 3.

¹⁵⁵ «Défendons toutes pratiques superstitieuses, [...] soit en abusant des termes de l'Ecriture Sainte [...] soit en disant ou en faisant des choses qui n'ont aucun rapport aux causes naturelles», *ibidem*, p. 4.

degli incartamenti trasmessi al parlamento di Dôle (l'ultimo picco di inchieste nella Franca Contea risaliva al 1660-64, e Mandrou ci informa che i magistrati di quel parlamento erano fra i più tradizionalisti, spesso inclini a confermare le condanne a morte)¹⁵⁶. La coincidenza temporale con l'*Edit du roy* difficilmente può ritenersi casuale; visto che Nicolas non ne fa menzione possiamo comunque ipotizzare che lo preceda, nel qual caso non sarebbe da escludere un suo influsso diretto su di esso.

Del resto la dissertazione è né più né meno che un esplicito appello a Luigi XIV affinché abolisca la tortura *tout court* nel regno e ispiri gli altri sovrani d'Europa a fare altrettanto:

Spetta a un monarca di Francia di estirpare dal proprio regno, in virtù del proprio potere assoluto, mezzi tanto ingiusti per venire alla conoscenza e al castigo del crimine, e d'invitare con un esempio nobile come il suo gli altri principi cristiani a correggerli nei loro stati. Tanti poveri innocenti che da tanto tempo periscono per le orribili violenze della tortura, tante povere donne così crudelmente martirizzate e ingiustamente condannate per sortilegio per confessioni strappate loro a forza di tormenti insopportabili tendono le mani al trono del grande monarca dell'universo, che vi ha confidato il governo di tanti popoli¹⁵⁷.

Nella *Dissertation* i processi per maleficio svolgono la funzione che, nella nascente biologia microscopica, è data

¹⁵⁶ R. Mandrou, *Magistrati e streghe nella Francia del Seicento*, cit., pp. 448-449.

¹⁵⁷ «C'est à un monarque de France d'extirper dans son royaume par son pouvoir absolu, et d'inviter par un exemple aussi noble que le sien les autres princes chrestiens à corriger dans leurs Etats tant d'injustes moyens de venir à la connoissance et au chastiment des crimes. Tant de pauvres innocens qui perissent dès si long-temps par les horribles violences de la torture. Tant de pauvres femmes aussi cruellement martirisés, qu'injustement condamnées de sortilege sur des confessions arrachées à force des tourmens insupportables, tendent leurs mains au thrône du grand Monarque de l'univers, qui vous a commis le gouvernement de tant de peuples», *Si la torture est un moyen seur a verifier les crimes secrets*, cit., dedica al re, n.n.

alla lente d'ingrandimento: basta guardare con gli strumenti adatti e la materia si mostra del tutto diversa da ciò che appare. Sono gli anni pionieristici delle osservazioni di Eustachio Divini, di Leeuwenhoek e della *Micrographia* di Robert Hooke. Nicolas parla di streghe ma non è Friedrich Spee; di streghe, verosimilmente, non ne ha mai viste, e nel suo testo esse hanno soprattutto il compito di rivelare altro: la crudeltà del regime penalistico sui *crimina excepta*, la tortura giudiziaria, gli errori che ne conseguono.

Se ho definito enigmatico il testo non è soltanto perché non è chiara la relazione che esso tiene con il decreto di Luigi XIV del 1682, ma anche per il suo registro argomentativo. Nicolas è un magistrato di provincia che ha conosciuto il grande mondo, che ha servito gli Asburgo di Spagna e poi Versailles e si diletta di storiografia e componimenti d'occasione. È un uomo che deve guardare dall'alto in basso i colleghi del parlamento di Besançon: il suo è il punto di vista delle élite delle corti e delle missioni diplomatiche, non dei gentiluomini delle accademie periferiche.

La *Dissertation* è uno scritto erudito e verboso che fa sfoggio di familiarità con le fonti antiche della storia e della giurisprudenza, e che tuttavia è punteggiato di considerazioni che anticipano il clima intellettuale del secolo successivo e il tema dell'umanizzazione del diritto criminale.

Non è il dolore del corpo umano a spingere un criminale alla confessione del crimine, ma la contrizione e il dolore dell'anima. È da questa afflizione di spirito, che produce in noi il pentimento, che arriva la vera confessione dei nostri crimini, poiché questa è fatta a Dio [...]. Bisogna odiare il crimine, non l'accusato, che può non essere colpevole; e anche dopo che è stato dimostrato tale non bisogna trattarlo con passione, ma con giustizia¹⁵⁸.

¹⁵⁸ «Ce n'est pas la douleur du corps humain qui pousse un criminel à la confession de son crime, mais la contrition et douleur de l'ame. C'est de cette affliction d'esprit qui produit en nous le repentir que procede la veritable confession de nos crimes, parce qu'elle est faite à Dieu»; «Il faut haïr le crime, mais non l'accusé, qui peut n'estre pas coupable; et mesme après qu'il est convaincu, il ne faut pas le traïtter avec passion, mais avec justice», *ibidem*, pp. 53, 140.

La chiave di volta dell'opera sta però, ancora una volta, nella denuncia della distorsione del processo indotta dalla tortura e dalle artificiose verità che ne vengono prodotte:

se riduciamo questa cosa all'ipotesi del crimine di sortilegio, e degli altri crimini che i criminalisti chiamano eccezionali [...] come si potrà dire che la denuncia, o la deposizione di un testimone infame di fatto e di diritto, che spesso non conosce un uomo che per averlo visto (a quanto crede) in queste assemblee notturne, soggette a così tante illusioni, possa meritare il nome di testimonianza, visto che le stesse confessioni di coloro che più fanno riferimento a queste assemblee diaboliche rendono noto che spessissimo gli stregoni non vi assistono realmente [...]? Non ne seguirà che un giudice procederà alla condanna di un innocente senza alcuna prova¹⁵⁹?

La procedura contro i *crimina excepta*, con i suoi inferiori standard indiziari, rovescia la logica stessa del processo penale. Più grave il crimine, più grave la pena, più lieve l'attenzione ai criteri di prova:

Quale assurdità non comporta la paurosa conseguenza di questo processo privilegiato? Un crimine, poiché è atroce e segreto e merita una pena e un'infamia maggiori, finisce per dover essere meno provato di quelli più leggeri. Dunque un'azione malvagia, difficile da essere provata, potrà in realtà esserlo più facilmente e con minori precauzioni di un crimine più lieve e meno segreto¹⁶⁰.

¹⁵⁹ «Que si nous reduisons cette chose à l'hypothèse du crime de sortilege, et des autres crimes, que les criminalistes appellent exceptez [...] comment pourra-t'on dire que la denonciation, ou la declaration d'un témoin infame de fait et de droit, qui souvent ne connoit un homme, que pour l'avoir vû (à ce qu'il croit) dans ces assemblées nocturnes, sujettes à tant d'illusions, puisse meriter le nom de témoin, puis qu'il conste par la confession mesme de ceux qui deferent le plus à ces assemblées diaboliques, que le plus souvent les sorciers n'y assistent point, et qu'ils ne voyent ces representations qu'en illusion dans leur fantaisie? Ne s'ensuivra-t'il pas qu'un juge passera à la condamnation d'un innocent sans aucune preuve?», *ibidem*, p. 17.

¹⁶⁰ «Quelle absurdité, pur Dieu, n'entraîne pas la consequence effroyable de ces procès privilegiez? Un crime, parce qu'il est atroce et secret, et qu'il merite une peine et une infamie plus grande, doit estre moins

Qui come altrove Nicolas punta il dito sulla procedura sui crimini eccezionali nella loro generalità, di cui il maleficio, fatto di «sognatori che vengono condannati per i loro sogni»¹⁶¹, rappresenta il parossismo e, per questo, l'evidenza dell'insostenibilità. Il sabba infatti esiste, ed è «un segno certissimo d'ignoranza negare l'esistenza delle streghe»: ma esiste nell'antichità pagana, nei sacrifici offerti a «Baal, Moloch, Saturno, la Buona Dea», e nelle feste «di Bacco, di Cerere, di Iside e Osiride, di Anubi e Serapide, Abraxas e Mitra»: il «sabba moderno» non è che la rappresentazione immaginaria di quel regno per sempre perduto dal demonio¹⁶².

Proiettata in una prospettiva di lungo periodo la *Dissertation* chiude, almeno idealmente, l'era del diritto d'eccezione della prima modernità, retto sui principi dello *ius commune* e aperto a vaste sacche d'incertezza lasciate all'arbitrio dei giudici nei procedimenti per lesa maestà, assassinio, sodomia, blasfemia, maleficio e quant'altro. Il nascente regime di codificazione positiva esige controllo delle magistrature e penalità ordinaria. Il maleficio, reato di più che mai labile concretezza, ne è la prima vittima, ma inevitabilmente trascina con sé l'intera normativa legata alla procedura straordinaria.

Il sistema di prove legali sembra giunto a una precoce crisi. È indicativo che Nicolas si appelli a un agente che, come già visto, i giuristi di diritto comune si sforzano di lasciare ai margini: la coscienza del giudice.

Tutte le ragioni di cui ordinariamente ci si serve per sostenere una così strana pratica [*scil.* il valore probatorio della confessione sotto tortura] si riducono a dire che nelle faccende morali non può trovarsi una sicurezza infallibile, e che di conseguenza occorre che un giudice si contenti di una sicurezza probabile, e riposi la propria coscienza su quanto le leggi e la pratica gli propongono come regola di condotta. Ma se la sua coscienza gli

prouvé que de plus legers! Donc une méchante action difficile à estre prouvée, pourra l'estre plus facilement, et avec moins de precautions qu'un crime plus leger et moins secret!», *ibidem*, pp. 59-60.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 105.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 153-154.

rimprovera con chiarezza che la prova sulla quale egli fonda il suo giudizio sulla vita d'un uomo è incerta non vedo come, in una materia tanto grave, egli possa avere sufficiente sicurezza di esserne soggettivamente certo, né la pubblica autorità che egli esercita possa infondergli sufficiente giustificazione davanti a Dio e agli uomini¹⁶³.

Idealmente, s'è detto, la tortura giudiziaria chiude qui la sua carriera, delegittimata dalle incongruenze e dalle patenti assurdità degli indizi di maleficio e dall'insussistenza delle confessioni sul sabba e il volo notturno. Nella pratica essa continua a dominare il processo criminale per un altro secolo. Resta da esaminare fino a quando, nella prassi giudiziaria e nella cultura dei ceti di governo, realmente assurdo e inconsistente sia rimasto il reato di stregoneria.

7. *Le streghe del Settecento*

Venti anni prima di Thomasius, e parecchi decenni prima di Beccaria e del caso Calas, Augustin Nicolas chiedeva dunque al Re Sole lo smantellamento della tortura giudiziaria.

La richiesta, per come era formulata nella *Dissertation*, appariva perfettamente motivata; retta sulla critica al caso esemplare del processo di maleficio, essa avanzava ragioni che sarebbero appartenute – discorso comune dei dotti, evidentemente – al *Dei delitti e delle pene*.

Con Nicolas, Grevius e Spee, alla fine del XVII secolo era disponibile un breve, ma radicale canone di critica alla

¹⁶³ «Toutes les raisons dont on se sert ordinairement pour soutenir une si étrange pratique, se reduisent à dire, que dans les choses morales on ne peut trouver une sureté infaillible, et par consequent, qu'il faut qu'un juge se contente d'une sureté probable, et repose sa conscience sur ce que les loix et la pratique luy proposent pour regle de sa conduite; mais si sa conscience luy reproche evidemment que la preuve sur laquelle il fonde son jugement sur la vie d'un homme est incertaine, je ne voy pas comment, en une matiere si grave, il peut avoir assez d'assurance pour s'en appaiser en son particulier, ni l'autorité publique qu'il exerce, assez de justification devant Dieu ni devant les hommes», *ibidem*, p. 55.

procedura criminale nel quale stregoneria e tortura apparivano strettamente connesse in un medesimo *regime di verità legale* che si presentava come dominio esclusivo delle magistrature – di quelle inferiori in primo luogo, ma anche di quelle d'appello –, spazio refrattario alla riclassificazione dei saperi e dei poteri perseguita dalle autorità sovrane e dal razionalismo filosofico. Thomasius e i giusnaturalisti dell'università di Halle tradussero questo canone nel linguaggio del diritto naturale e lo condensarono in un attacco serrato alla criminalistica di diritto comune.

All'alba del secolo dei Lumi le carte erano già tutte sul tavolo: la verità del maleficio spogliata di credibilità, l'affidabilità della tortura come strumento d'inchiesta delegittimata, e privata di consistenza. Un *paradigma giudiziario* si era esaurito. Se una parte di esso, la tortura, sopravvisse ancora a lungo, è questa la mia tesi, è perché esso dovette prima configurarsi come *paradigma culturale*, e in quanto tale entrare nel cono di luce di critiche di altro tipo, le critiche di ordine filosofico e scientifico che sono quelle che ci sono più familiari nella letteratura illuministica. Per questo resta da vedere quanto a lungo l'altro elemento di quel paradigma, la stregoneria, riuscì a sopravvivere.

La questione è già stata posta da un autorevole studioso della caccia alle streghe, Brian P. Levack, che ha comunque escluso possibili nessi tra i due fenomeni: l'abolizione della tortura seguì di diversi decenni la fine dei processi e la decriminalizzazione della stregoneria. Dunque non sono ipotizzabili relazioni di causa-effetto. Si trattò di due fenomeni storicamente diversi, in quanto temporalmente non sovrapponibili¹⁶⁴.

È accettabile questa conclusione? Per rispondere, dobbiamo ricordare che abbiamo prima di tutto a che fare con una questione di cronologia. Il XVIII fu, secondo il canone storiografico, se non il primo secolo senza streghe, almeno il primo secolo in cui le streghe furono avvicinate come fantasmi di una cultura residuale, filtrata attraverso le figure

¹⁶⁴ B.P. Levack, *The Decline and End of Witchcraft Prosecutions*, cit., p. 22.

della superstizione popolare, da un lato, e della nosologia dall'altro. Non più le minacciose streghe di Binsfeld e Delrío, strette nell'alleanza sabbatica e capaci di scatenare flagelli di vaste proporzioni, ma streghe «perdenti», vittime di afflizione melancolica relegate a contesti rurali non ancora toccati dai lumi della civiltà. Quanto c'è di vero in questo?

Nell'Europa centrale, e in particolare nei territori di lingua tedesca che ne furono l'epicentro, le grandi persecuzioni non passarono la metà del Seicento. Quando si parla di grandi persecuzioni si devono intendere processi con decine o centinaia di indiziati e condanne capitali plurime; processi cuciti assieme con la tortura, che consentiva l'identificazione di larghe reti di complicità nelle quali le deposizioni relative alla partecipazione al sabba giocavano un ruolo fondamentale.

Processi di questo tipo, dopo il *climax* del 1630-40, andarono spegnendosi. Delle ragioni del riflusso della marea persecutoria non abbiamo una teoria generale, il che è comprensibile data l'eterogeneità dei contesti e degli attori in gioco: principati sovrani e signorie feudali, corti laiche ed ecclesiastiche, tipologie dei capi d'imputazione.

Levack ha delineato tre differenti modelli di esaurimento dell'interesse giudiziario verso il maleficio. Il primo è quello di cui abbiamo un notevole esempio a Würzburg dopo l'ultimo grande processo di massa del 1627-29, che contò ben 160 esecuzioni capitali.

Qui le confessioni estorte con la tortura consentono ai giudici di ricostruire un tessuto di fedeltà demoniache che travalica il consolidato paradigma di genere e ceto – donne di bassa estrazione che hanno generalmente passato l'età fertile – per coinvolgere soggetti della più disparata provenienza sociale: ecclesiastici, studenti, dottori, persino alto personale politico, e un gran numero di bambini. Limpido esempio di meccanismo che sfugge al controllo di chi lo governa: il maleficio infrange i confini dell'ordine sociale e diventa elemento di disordine. Dopo quell'esperienza i processi proseguono – l'ultimo caso risale al 1749: lo incontreremo di nuovo tra poco –, ma con andamento rapsodico e portata di gran lunga minore.

Il secondo modello si gioca soprattutto sull'effetto dell'ingerenza dei tribunali sovrani nei casi di competenza delle corti inferiori. L'esempio citato da Levack è quello dell'epidemia di processi che affligge la Svezia tra il 1668 e il 1676 per arenarsi infine sull'intervento dei giudici della corte d'appello di Stoccolma che interrogano di persona gli imputati, senza fidarsi dei verbali prodotti dai giudici locali.

Il terzo modello chiama più direttamente in causa processi di transizione culturale, e in particolare il declino di quel longevo fenomeno antropologico che è la possessione demoniaca: in questo caso il modello è fornito dall'intervento di Roma, che arresta la macchina giudiziaria che ha preso a girare attorno alle numerose possessioni che si verificano a Paderborn nella seconda metà degli anni Cinquanta del secolo¹⁶⁵.

Come si vede, gli ostacoli che determinano l'acquietarsi del furore punitivo contro il maleficio rimontano a cause differenti: nessuna di esse, però, scaturisce dalla pura e semplice negazione del crimine demoniaco. L'arresto dei grandi processi, infatti, non significa né la fine della stregoneria, né tantomeno la fine dei processi medesimi. Per restare alla Germania, la prima metà del XVIII secolo è punteggiata di casi giudiziari che si risolvono in condanne capitali, o quantomeno in pene di alta giustizia.

L'ultima sentenza di morte è promulgata nel 1775 a Kempten, in Svevia (il noto caso di Anna Schwägelin, «l'ultima strega», che tuttavia muore in carcere sei anni dopo). Nei decenni precedenti, a prendere corpo sono generalmente inchieste contro singoli indiziati o gruppi esigui – con le dovute eccezioni: in Baviera sedici giovani mendicanti sono giustiziati fra il 1717 e il '21, un'altra quindicina negli anni immediatamente successivi¹⁶⁶. Satana non smette comunque di essere l'invitato d'onore: partecipazione al sabba e intercorso con il demone determinano un rogo in Baviera ancora nel 1756.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 8 ss.

¹⁶⁶ W. Behringer, *Witches and Witch-Hunts*, cit., pp. 188 ss.

In Sassonia e nel Brandeburgo, negli stessi anni in cui a Halle Thomasius e Bode stendono le loro denunce, i colleghi delle facoltà giuridiche redigono pareri destinati alle corti di prima istanza su casi di streghe che confessano intercorso sessuale con demoni e volo magico. Confessioni spontanee, senza tortura (va però ricordato che Spee, un settantennio prima, ha spiegato bene quali violenze non regolamentate si nascondano dietro le presunte deposizioni libere degli imputati)¹⁶⁷. Gli esperti ora dispongono visite mediche, ora confermano le condanne, ora le alleggeriscono.

Episodi sempre più sporadici, da «autunno della stregoneria», ma comunque non eccezionali fino a tutto il primo terzo del secolo. Discussioni sulla realtà del volo magico e della potenza demoniaca sono comprese negli incartamenti, ma a volte le condanne a morte di primo grado sono ratificate: così la facoltà giuridica di Tubinga nel 1726 e quella di Rostock ancora nel 1735¹⁶⁸.

Se dalla Germania ci muoviamo verso nord e verso est la cronologia appare ancora più sfasata. In Austria, Boemia e Svezia il picco dei processi si colloca fra il 1670 e il 1700; in Polonia nel primo quarto del XVIII secolo, e così in Ungheria, dove tuttavia le condanne capitali continuano a essere numerose fin oltre la metà del secolo, con quarantasette processi negli anni Sessanta e ancora tre processi, con otto condanne capitali, nei Settanta. Levack e Behringer notano opportunamente come l'alzarsi dell'onda persecutoria in Ungheria segua il *ralliement* del sistema penale magiaro – fino ad allora distinto dalla prevalenza del rito accusatorio e, in molti casi, da una longeva coda della prova per ordalia – a quello asburgico, che fa séguito alla ritirata ottomana e all'adozione della *Practica* di Carpzov nel 1696 quale codice

¹⁶⁷ F. von Spee, *I processi contro le streghe* («*Cautio criminalis*»), *Questione XX*, cit., pp. 129-130.

¹⁶⁸ S. Lorenz, *Die letzten Hexenprozesse in den Spruchakten der Juristenfakultäten. Versuch einer Beschreibung*, in *Das Ende der Hexenverfolgung*, a cura di S. Lorenz e D.R. Bauer, cit., pp. 227-247, cit. pp. 243 ss. L'espressione è citata da O. Di Simplicio, *Autunno della stregoneria. Maleficio e magia nell'Italia moderna*, Bologna, Il Mulino, 2005.

di procedura. Allo stesso modo, la grande caccia svedese del 1668-76 è assecondata dall'introduzione della *quaestio*, tradizionalmente assente dal regime giudiziario del regno, nelle inchieste dei giudici locali¹⁶⁹.

Per quanto attiene alla teoria demonologica, la cronologia ha un profilo significativamente diverso rispetto a quello dell'andamento giudiziario appena visto. In Germania le tesi di Thomasius alzano una tempesta di polemiche: contro il *De crimine magiae* si levano Elias Camerarius, di Tubinga, e Karl Friedrich Romanus, di Lipsia, nel 1703, e poi Wilhelm Hieronymus Bruckner di Jena e Johannes Schack di Greifswald nel 1706. Della *Kurze Untersuchung* uscita nel 1719 sotto lo pseudonimo di Kobold abbiamo già detto¹⁷⁰.

Se in questi casi si tratta probabilmente di membri dei collegi giuridici, debitamente pagati per i loro pareri, resta il fatto che in quegli stessi anni la scolastica luterana appare ancora pienamente impregnata della credenza nel sabba e nel patto con il demonio. Al 1689 risale uno *Specimen iuridicum de nefando lamiarum cum diabolo coitu* inteso a provare come il diavolo possa assumere un corpo fittizio plasmando acqua e terra o assumendo quello di un cadavere; nel 1690 è discussa all'università di Lipsia una *Dissertatio academica de sagis* che accetta in pieno la teoria del patto diabolico, e così ancora nel 1717 a Greifswald, in Pomerania, in una *Disputatio iuridica ordinaria de probatione criminis magiae*, che pure recepisce in parte le critiche di Bode al sistema indiziario sul maleficio¹⁷¹.

Malgrado tutto ciò può essere acquisito il fatto che la demonologia, all'epoca, è una disciplina al crepuscolo. L'ultima ambiziosa apologia dei poteri delle streghe e dei demoni è probabilmente il *Sadducismus triumphatus* di

¹⁶⁹ B.P. Levack, *The Decline and End of Witchcraft Prosecutions*, cit., pp. 68 ss.; W. Behringer, *Witches and Witch-Hunts*, cit., pp. 190 ss.; G. Klaniczay, *Hungary: The Accusations and the Universe of Popular Magic, in Early Modern European Witchcraft. Centres and Peripheries*, a cura di B. Ankarloo e G. Hennigsen, Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 219-255; B. Ankarloo, *Sweden: The Mass Burnings (1668-1676)*, *ibidem*, pp. 285-317.

¹⁷⁰ S. Lorenz, *Die letzten Hexenprozesse in den Spruchakten der Juristenfakultäten*, cit., pp. 237 ss.

¹⁷¹ F. Tomasoni, *Christian Thomasius*, cit., pp. 165 ss.

Joseph Glanvill, del 1668: ma il suo obiettivo, come pure quello dei contemporanei Henry More e Ralph Cudworth, è soprattutto la lotta allo scetticismo materialista, di cui di lì a poco saranno alfieri Webster e Bekker¹⁷². Per il resto, la letteratura dominante resta ancora quella degli autori che abbiamo già incontrato, Delrío in primo luogo, che risalgono in buona parte all'ultimo quarto del XVI secolo: superato quel tornante le loro opere sono copiosamente ristampate – oltre venti volte quella di Delrío, fino al 1755 – ma restano senza veri eredi. La demonologia è una scienza che, dal punto di vista teorico, prima della metà del Seicento è già cristallizzata in un canone privo di continuatori.

Non così per le sue ricadute pratiche. Le streghe continuano a essere contemplate nella criminalistica fino a un'età singolarmente alta, anche se estremamente variabile da regione a regione. La dinamica sulla quale si attesta la depenalizzazione *de iure* del maleficio ha infatti un andamento disomogeneo. La Francia regola la questione nel 1682. La Prussia nel 1714. Vale però la pena di notare che in nessuno dei due casi la stregoneria è oggetto di esplicito disconoscimento: l'editto di Luigi XIV, come abbiamo già visto, colpisce maghi e pretesi indovini ma non accenna al demonio; quello di Federico Guglielmo I impone il *placet regio* alle sentenze di tortura e alle pene capitali, ma di per sé non vieta la celebrazione di processi «in Hexensachen»¹⁷³.

L'episodio più familiare agli storici, in primo luogo perché inserito in quel più ampio e riconoscibile fenomeno politico e culturale che è il riformismo monarchico settecentesco, è quello della fine delle persecuzioni nei territori asburgici.

Qui l'andamento è per gradi. Il primo interesse di Maria Teresa in materia è testimoniato dal provvedimento stilato

¹⁷² R. Porter, *Witchcraft and Magic in Enlightenment, Romantic and Liberal Thought*, in *The Athlone History of Witchcraft and Magic in Europe*, vol. V, *The Eigtheenth and Nineteenth Centuries*, a cura di M. Gijswijt-Hofstra, B.P. Levack e R. Porter, cit., pp. 191-282, cit. pp. 197 ss.

¹⁷³ B.P. Levack, *The Decline and End of Witchcraft Prosecutions*, cit., pp. 75-76. Sul decreto prussiano cfr. anche *supra*, n. 108.

nel 1756 dalla commissione incaricata dell'inchiesta su un caso di riesumazione e rogo del cadavere di una donna ritenuta colpevole di vampirismo in Slesia. La faccenda attrasse l'interesse dell'opinione pubblica grazie al vigoroso intervento del protomedico imperiale Gerhard van Swieten, i cui *Remarques sur le vampyrisme de Sylesie de l'an 1755* furono accolti negli ambienti dei Lumi come un attacco da manuale alla superstizione più arcaica e tenebrosa¹⁷⁴.

L'editto del 1756 prescrive il rinvio alla corte d'appello di Vienna di tutte le procedure aperte per sospetta stregoneria. È seguito dieci anni dopo da un'ordinanza specifica, poi incorporata nella *Constitutio criminalis Theresiana* del 1768. Da notare che quest'ultima, ancora esemplata sul magistero del diritto comune e della *Carolina*, è comunemente considerata un codice «tradizionalista», sebbene apra significativi spiragli a un'idea moderna e soggettiva delle circostanze del crimine (ad esempio nel caso del tentato suicidio, rubricato come male spirituale anziché delitto nel caso di confermati quadri di malessere psichico)¹⁷⁵.

Ora, se leggiamo il testo dell'editto di Maria Teresa, notiamo che esso è inteso a impedire il ripetersi di «cossiddetti processi per sortilegio e stregoneria sulla base di pregiudizi infondati».

Nella maggior parte dei casi i processi riguardano *imbroglianti, imbecilli o pazzi* da trattare con gli strumenti della reclusione. Per questo, per «estirpare iniziative in affari di sortilegio», Maria Teresa ordina che in futuro i procedimenti siano sottoposti ad approvazione prima di divenire esecutivi, e in particolare che si abbia cura di stabilire se i capi

¹⁷⁴ R. Porter, *Witchcraft and Magic in Enlightenment, Romantic and Liberal Thought*, cit., pp. 214 ss. Sulla controversia sui vampiri F. Venturi, *Settecento riformatore*, vol. I, *Da Muratori a Beccaria*, Torino, Einaudi, 1969, pp. 379 ss.

¹⁷⁵ H. Liebel-Weckowicz, *Auf der Suche nach neuer Autorität: Raison d'Etat in den Verwaltungs- und Rechtsreformen Maria Theresias und Joseph II*, in *Österreich im Europa der Aufklärung. Kontinuität und Zäsur in Europa zur Zeit Maria Theresias und Josephs II*, Internationales Symposium in Wien, Wien, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1985, vol. I, pp. 339-364, cit. pp. 358 ss.

d'imputazione sono dettati «da falsa simulazione, finzione e inganno», da «melancolia, turbamento dei sensi e follia», dall'iniziativa «di una persona che, dimentica di Dio e della sua volontà di salvezza, si è sottomessa a quelle operazioni che mirano a un patto con il diavolo [...], benché in assenza di conseguenze ed effetti », o infine da «segni inequivocabili di un autentico, prodigioso male, tali da essere imputati ad azione diabolica»¹⁷⁶.

Accanto a un linguaggio che è già pienamente quello del *grande internamento* manicomiale si profilano ancora

¹⁷⁶ «Wir haben gleich bei Anfang Unserer Regierung auf Bemerkung, dass bei diesem sogenannten Zauber- und Hexenprozesse aus ungegründeten Vorurteilen viel Unordentliches sich mit einmenge, in Unseren Erblanden allgemein verordnet, dass solche vorkommende Prozesse vor Kundmachung eines Urtheils zu Unserer höchsten Einsicht und Entschliessung eingeschicket werden sollen; welch'Unsere höchste Verordnung die heilsame Wirkung hervorgebracht, dass derlei Inquisitionen mit sorgfältigster Behutsamkeit abgeführt und in Unserer Regierung bisher kein wahrer Zauberer, Hexenmeister oder Hexe entdeckt worden, sondern derlei Prozesse allemal auf eine boshafte Betrügerei, oder eine Dummheit und Wahnwitzigkeit des Inquisiten, oder auf ein anderes Lasten hinausgeloffen seien, und sich mit empfindlicher Bestrafung des Betrügers oder sonstigen Uebelthäters, oder mit Einsperrung des Wahnwitzigen geendet haben. [...] Wir wollen, dass gegen Personen, die der Zauberei oder Hexerei verdächtig werden, allemal aus rechtserheblichen Inzichten und überhaupt mit Grunde und rechtlichem Beweise verfahren werden solle, und hierinfallt hauptsächlich aus folgenden Unterscheid das Augenmerk zu halten sei: ob die bezichtigten Person zur Last gehenden den Anschein einer Zauberei oder Hexerei und dergleichen auf sich habenden Anmassungen, Handlungen und Unternehmungen entweder 1. aus einer falschen Verstellung und Erdichtung und Betrüge, oder 2. aus einer Melancholey, Verwirrung der Sinnen und Wahnwitz, oder aus einer besonderen Krankheit herrühren, oder 3. ob eine Gottes und ihrer Seelenheils vergessene Person solcher Sachen, die auf eine Bündniss mit dem Teufel abzielen, sich zwar ihres Ortes ernsthaft, jedoch ohne Erfolg und Wirkung unterzogen habe, oder ob endlichen 4. untrügliche Kennzeichen eines wahren, zauberischen, von teuflischer Zuthuung herkommen sollenden Unwesens vorhanden zu sein erachtet werden», *Hexen und Hexenprozesse in Deutschland*, a cura di W. Behringer, cit., pp. 451-452. In termini analoghi il decreto è ripreso in *Constitutio criminalis Theresiana*, qui nell'ed. Wien, gedruckt bey Johann Thomas Edlen von Trattlern, 1769, art. 58, *Von der Zauberey, Hexerey, Wahrsagenrey, und dergleichen*, § 4, 168. Sulla legislazione teresiana in materia di streghe B.P. Levack, *The Decline and End of Witchcraft Prosecutions*, cit., pp. 69 ss.

le fattispecie criminali del sortilegio e del patto con il diavolo. Sebbene, vietando inchieste condotte con il ricorso alla tortura o aperte in assenza di corpi del delitto chiari e incontrovertibili, il codice di Maria Teresa segni la fine dei processi alle streghe in Austria, il suo impianto teorico non abdica del tutto all'eventualità dell'effettivo crimine di maleficio, contemplato fra i delitti contro la maestà divina (lo precedono gli articoli circa la blasfemia e l'apostasia) e punito con il rogo o con altre pene straordinarie di esclusiva competenza sovrana¹⁷⁷. Si noterà che l'abolizione della tortura giudiziaria in Austria segue di soli sette anni la promulgazione di questo quadro legislativo.

Una tale condizione transitoria, nella quale l'arresto *de facto* della persecuzione del crimine di maleficio si sovrappone alla persistenza della sua possibilità, quantomeno teorica – una condizione giuridica ambigua, che domina la fase conclusiva della vicenda della caccia alle streghe in Europa –, è testimoniata nella letteratura dell'epoca. Ne abbiamo un esempio nella produzione dei giureconsulti degli antichi stati italiani della seconda metà del XVIII secolo, studiata da Maria Rosa Di Simone.

All'epoca cresce, nella penisola, l'interesse legale verso la stregoneria, verosimilmente anche in ragione del contrarsi della giurisdizione del foro ecclesiastico dovuta alla progressiva abolizione dei tribunali inquisitoriali. Le posizioni al riguardo sono però divergenti. Per quanto consapevoli dell'annoso dibattito teologico e filosofico in materia, e avvezzi alle pagine di Spee, Bekker e Thomasius, alcuni fra gli autori che abbiamo di fronte si mostrano restii ad abbandonare l'idea che il maleficio sia una teoria priva di consistenza fattuale. Nel suo *Ius criminale ad usum regni Neapolitani* (Napoli, 1752-56) Nicolò Alfani indica nella stregoneria un *crimen occultum* da trattare con i metodi speciali consentiti dal diritto comune; lo stesso fa Marco Ferro nel *Dizionario del diritto comune, e veneto* del 1778, e ancora nel 1795 il domenicano Tommaso Vincenzo Pani

¹⁷⁷ *Constitutio criminalis Theresiana*, cit., § 12, p. 172.

difende il dovere dell'Inquisizione di intervenire contro le streghe, se non altro perché colpevoli di apostasia¹⁷⁸.

Molti altri autori, la maggioranza, si assestano invece su posizioni decisamente più critiche, rifiutando la punibilità del maleficio e rubricandolo a superstizione e malattia mentale. Ma la stessa densità di questi contributi, letta in controluce, ci dice molto sull'acuirsi di un'attenzione che, per la sua altezza temporale, e per il fatto di concretizzarsi in un'area periferica rispetto alla tradizionale geografia dei processi alle streghe, può apparire singolare.

Nell'Italia tardosettecentesca è dato di assistere a un generale, e tardivo regolamento di conti con il crimine di maleficio dettato non da un'effettiva urgenza giudiziaria pari a quelle che avevano motivato Spee e, in certa misura, Thomasius – gli ultimi processi nella penisola ebbero luogo nel secondo decennio del secolo – ma da un'esigenza di riforma del diritto criminale, all'interno del quale il delitto di magia e stregoneria è percepito come una presenza anacronistica, priva di ragione e di utilità.

Un esempio è costituito dal *De sortilegio et magia liber singularis* (1792), di cui è autore uno fra i più celebri criminalisti italiani dell'epoca, Filippo Maria Renazzi, studioso vicino al pensiero di Beccaria. Nel negare sussistenza al maleficio, alla magia e alla divinazione Renazzi li tratta già come questioni del passato, da demandare alle cure del medico più che a quelle del giudice. Ciò non gli impedisce di dilungarsi sul tema del patto diabolico, rifacendosi a Delrío e Carpzov e, sul versante degli scettici, a Spee, Thomasius e agli autori moderni, come Maffei e Carli. A Spee è lasciato ampio spazio a dimostrare come la credenza nella stregoneria fosse un prodotto delle deposizioni rilasciate sotto tortura¹⁷⁹.

¹⁷⁸ M.R. Di Simone, *La stregoneria nella cultura giuridica del Settecento italiano*, in *Girolamo Tartarotti (1706-1761). Un intellettuale roveretano nella cultura europea del Settecento*, Atti del convegno, Rovereto, Accademia roveretana degli Agiati, 1997, pp. 235-253, cit. pp. 237 ss. Cfr. anche L. Parinetto, *Magia e ragione. Una polemica sulle streghe in Italia intorno al 1750*, Firenze, La nuova Italia, 1974, pp. 56 ss.

¹⁷⁹ *De sortilegio et magia liber singularis*, in «Raccolta ferrarese di opuscoli scientifici e letterari di ch. autori italiani», 22, Venezia, Stampe-

Un secondo esempio, ancora più significativo, è anteriore di un cinquantennio. Bartolomeo Melchiori, giudice criminale a Vicenza, è una figura singolare nel panorama conservatore del sistema giuridico della Serenissima. Il *Trattato de' tormenti* incluso in una sua *Miscellanea* del 1741 per certi versi anticipa l'aria che si respirerà nelle pagine del *Dei delitti e delle pene*: la prosa soprattutto, vivida, antiformalistica, apertamente tesa a persuadere il lettore.

Melchiori non si spinge a chiedere l'abolizione della tortura, ma la descrizione che fa della procedura della *quaestio* non lascia dubbi sulla sua intenzione di scoraggiare per quanto possibile i magistrati dal farvi ricorso. È questa la materia «con più tristezza e pericolo» con cui il giudice abbia a che fare: egli, «decretata che sia la tortura contro taluno», deve reggere «lo sguardo in un uomo che spasima», «trattenerlo fra le interrogazioni e i rimproveri pendente seminudo da una fune [...], anelante e grondante sudore», «fargli accrescere gradi di tormento sino all'agonia»¹⁸⁰.

Nella stessa raccolta è pubblicato anche un breve compendio di procedura per le cause di maleficio in cui l'autore – per ammettendo di non averne mai istruite – raccomanda una dettagliata analisi dei presunti corpi del delitto volta a verificare che non siano intervenute cause naturali, e diffida

ria Coleti, 1792, pp. 169-212. Cfr. M.R. Di Simone, *La stregoneria nella cultura giuridica del Settecento italiano*, cit., pp. 246 ss., con un'analisi di altri interventi coevi sul tema: L. Cremani, *De iure criminali* (1791-93), A. De Simoni, *Dei delitti di mero affetto* (1783-84), I.M. Paoletti, *Institutiones theorico-practicae criminales* (1790-91). Su Renazzi anche M.R. Di Simone, *L'influenza di Beccaria nello stato pontificio: il trattato di Filippo Maria Renazzi*, in «Rivista di storia del diritto italiano», vol. 87, 2014, pp. 365-398.

¹⁸⁰ *Miscellanea di materie criminali, volgari e latine*, Venezia, Stamperia Bragadina, 1741, pp. 96 ss. Su Melchiori L. Garlati, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, dir. da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletto, Bologna, Il Mulino, 2013, vol. II, pp. 1319-1320. Sul suo ruolo nella polemica sulle streghe cfr. M.R. Di Simone, *La stregoneria nella cultura giuridica del Settecento italiano*, cit., pp. 244-245; D. Provenzal, *Una polemica diabolica nel secolo XVIII*, Rocca San Casciano, Cappelli, 1901, pp. 40 ss.; L. Parinetto, *Magia e ragione*, cit., pp. 58 ss.

dal fare conto sulla sola confessione dell'imputato¹⁸¹. Quello che interessa è che Melchiori torna sull'argomento, e con ben maggiore vigore, alcuni anni dopo, nel pieno della controversia scatenata dal *Congresso notturno delle lammie* di Girolamo Tartarotti.

8. *Le controversie sul maleficio. Conclusione*

La controversia sulle streghe che infiamma gli eruditi italiani ed europei nella prima metà degli anni Cinquanta del secolo è troppo nota per non essere citata che per sommi capi¹⁸². Chi difese l'esistenza e i misfatti di streghe e stregoni, come il padre Georg Gaar; chi liquidò tutto il mondo magico come superstizione, come Scipione Maffei; e chi combatté la credenza nelle streghe riconoscendo però esistenza all'antica *magia naturalis*. Quest'ultima, come noto, era la posizione di Tartarotti, e fu contro di essa che, tra gli altri, si pronunciò, da magistrato, Melchiori.

Finché erano letterati e filosofi a trattare di simili punti la questione restava senza conseguenze pratiche; «ma voi ben comprendete – scriveva Melchiori al «professore di legge» cui era indirizzato lo scritto –, che l'inganno, che intorno ad essi prendessero persone di foro, o di magistrato, non potrebbe andar disgiunto da perniciosissime conseguenze»¹⁸³.

¹⁸¹ B. Melchiori, *Miscellanea*, cit., p. 13, *Di qual guisa deve regularsi il giudice negli omicidii commessi con sortilegio*, pp. 70-78.

¹⁸² La polemica costituisce uno fra i capitoli centrali di F. Venturi, *Settecento riformatore*, vol. I, cit., pp. 355 ss. Cfr. anche *Nascita del «Congresso notturno»*. I «*Cogitata circa strigas*» ed altri inediti tartarottiani, a cura di L. Parinetto, in «*Acme. Annali della Facoltà di Lettere e filosofia dell'Università degli Studi di Milano*», vol. 24, 1971, n. 1, pp. 71-96, e D. Quagliani, *Tradizione criminalistica e riforme nel Settecento. Il «Congresso notturno delle Lammie» di Girolamo Tartarotti (1749)*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di F. Liotta, Bologna, Monduzzi, 1999, pp. 253-275.

¹⁸³ B. Melchiori, *Dissertazione epistolare inviata ad un professore di legge in confermazione del capitolo XIII della sua Miscellanea di materie criminali intitolato degli omicidii commessi con sortilegio*, Venezia, P. Bassaglia, 1750, p. 4.

Nella *Miscellanea* di qualche anno prima Melchiori aveva contemplato – seppure *en passant*, con poche parole e ancor meno convinzione – la possibilità del sortilegio, senza patto demoniaco. Ora anche questo limitato spazio concesso al soprannaturale in un trattato di procedura penale sembrava eccessivo: «Vi giuro in buona fe' d'essermi raccapricciato nel rilevare dal Cardano, dallo Spe, e da altri autori citati dal signor Tartarotti, la tessitura de' processi formati nei tempi addietro senza legge, e senza fede, contro le streghe»¹⁸⁴. Per questo, da giudice, Melchiori si dedicava a confutare uno a uno l'attendibilità degli indizi raccolti nelle cause di maleficio, con uno schema che, a un quarantennio di distanza, richiama da vicino quello del *De fallacibus indiciis magiae* di Bode, e che rappresenta il primo vero intervento di critica legale ai processi alle streghe pubblicato in Italia.

«Il punto adunque essenziale consiste nel verificare i fatti, ch'esse [leggi] astrattamente suppongono, imperciocché mancando i fatti resta il gius un ente di ragione senza soggetto»¹⁸⁵. Tali fatti, cioè i presunti indizi, numerosi ed eterogenei, descritti nei trattati demonologici, dalle testimonianze sul volo notturno alle iscrizioni e agli oggetti magici, sembravano a Melchiori «un'aia spaziosa, ma scarsa di grano»; e, rimossi quelli, i processi si mostravano eretti su un unico fondamento:

Tutto lo sforzo delle prove va a terminare nelle confessioni delle streghe, o dei stregoni, delle quali i giudici ne fanno comunemente sì gran caso, che qualora o per amore, o per forza le conseguiscano, si persuadono di stringere in pugno la verità¹⁸⁶.

Le streghe di Tartarotti ebbero il merito, strategico per quanto non intenzionale, di far emergere al dibattito pubblico la cultura dell'Illuminismo italiano e di portarla a un confronto serrato con l'universo conservatore dei chierici e dei giudici d'Antico regime.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 11. Il riferimento è al *De rerum varietate* di Cardano (1557).

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 10. Cfr. M.R. Di Simone, *La stregoneria nella cultura giuridica del Settecento italiano*, cit., p. 246.

¹⁸⁶ B. Melchiori, *Dissertazione epistolare*, cit. p. 20.

Nel 1790 Andrea Rubbi, curatore delle *Opere* di Scipione Maffei, giudicava a posteriori tutta quella faccenda «un impeto di fantasia non sana» difficilmente comprensibile: «Non si può perdonare al secolo nostro tanto stravolgimento se non col dire ch'era ancora bambino»¹⁸⁷. In realtà all'epoca gli interventi contro Tartarotti e i critici del sabba – tra cui Paolo Frisi, con cui, per l'amicizia che lo legherà a Verri e Beccaria, ci troviamo a un solo passo dal *Dei delitti e delle pene* – erano stati fitti, veementi e autorevoli, dall'*Arte magica dimostrata* di Bartolomeo Preati alle *Animaversioni critiche sopra il notturno congresso delle lammie* di Benedetto Bonelli, fino a due apologeti di prim'ordine della potestà papale come Tommaso Maria Mamachi e Francesco Antonio Zaccaria¹⁸⁸.

Resta soltanto difficile credere che i paladini della stregoneria e dei processi fossero realmente convinti del pericolo onnipervasivo del maleficio e del dovere di estirparlo, come Binsfeld e Delrío, o ancora come i giudici ungheresi di quegli stessi anni. In Italia, come già detto, le condanne penali di streghe erano un ricordo del passato, e una voce importante come quella di Muratori, nella *Forza della fantasia umana*, del 1745, aveva reputato che «opinioni siffatte oggidì sono in tal maniera screditate, che non v'ha più se non la gente rozza che se le bee con facilità»¹⁸⁹.

A essere in gioco sembravano piuttosto le premesse teologiche di quelle opinioni, e cioè l'esistenza di Satana e la sua azione in questo mondo. «Il negar l'esistenza de' demoni non appiana la strada ed a dirittura non porta a negar anche l'esistenza di Dio?», si chiedeva Bonelli, replicando i timori che la Chiesa olandese, più di mezzo secolo prima, aveva sollevato contro Bekker¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Cit. in F. Venturi, *Settecento riformatore*, vol. I, cit., p. 377.

¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 369 ss.; D. Provenzal, *Una polemica diabolica*, cit., pp. 21 ss.

¹⁸⁹ L.A. Muratori, *Della forza della fantasia umana attribuita alla magia*, in Id., *Della forza della fantasia umana*, Venezia, G. Pasquali, 1745, cap. X. Cfr. L. Parinetto, *Magia e ragione*, cit., p. 108.

¹⁹⁰ F. Venturi, *Settecento riformatore*, vol. I, cit., p. 371.

Tartarotti, di suo, si era messo a voler confutare la teoria sabbatica ritenendo che Muratori avesse peccato di ottimismo (avesse scritto «da cortigiano», chiuso nell'empireo degli eruditi), e che in realtà fossero ancora all'opera «le funeste conseguenze di certi libri», scritti da autori che «facevano guerra al genere umano e preparavano il rogo a tanto sangue innocente, impennando e pervertendo colle loro fallacie, cavilli e menzogne i giudici meno esperti ed avveduti». Il patto demoniaco, infatti, «se non lo credono i più dotti lo credono i tribunali, lo credono i giudici»¹⁹¹.

In queste righe, scritte a Scipione Maffei nell'estate del 1751, nel pieno della polemica, e giustamente rimarcate da Franco Venturi, Tartarotti certificava il valore apertamente politico del proprio sforzo intellettuale, dal momento che la posta in gioco era il carcere, o la morte, di imputati accusati di un crimine inesistente. Per questo, e per l'aperta sfida all'ortodossia dei teologi e delle magistrature, Venturi ha definito la controversia sulle streghe «uno dei punti di passaggio più visibili tra il razionalismo della prima parte del secolo e l'Illuminismo della seconda»¹⁹².

Lo scrittore roveretano, infatti, era stato tragicamente profetico. Nel giugno del 1749, con il *Congresso notturno* ancora fresco di stampa, era arrivata la notizia dell'esecuzione a Würzburg di Maria Renata Singer, badessa di Unterzell decapitata e bruciata per partecipazione al sabba, patto con il diavolo e maleficio. Ai piedi del rogo il padre Gaar della Compagnia di Gesù, che di lì a poco sarebbe stato chiamato in causa nella polemica, aveva pronunciato un'apologia dei processi, poi messa su stampa e pubblicata in tre diverse edizioni tedesche¹⁹³.

Due mesi dopo, ad agosto, era stata la volta di Maria Elisabeth Goglerin, a Landshut, e l'anno successivo di

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 372.

¹⁹² Nota introduttiva a Paolo Frisi, in *Illuministi italiani*, vol. III, *Riformatori lombardi piemontesi e toscani*, a cura di F. Venturi, Milano-Napoli, Ricciardi, 1958, pp. 289-304, cit. p. 291.

¹⁹³ F. Venturi, *Settecento riformatore*, vol. I, cit., pp. 366-367; D. Provenzal, *Una polemica diabolica*, cit., pp. 21-22.

Marie Paurin a Salisburgo. Era l'ultima fiammata delle persecuzioni nella Germania sudoccidentale, che si sarebbe protratta fino al 1756¹⁹⁴. Durante il processo di Salisburgo erano stati soppesati dai giudici tutti i vecchi attrezzi della demonologia e del diritto penale, da Bodin e Delrío a Carpzov, da un lato, e, dall'altro, Spee e Tartarotti. Quest'ultimo ne informava Maffei nella lettera prima citata, confidandogli la speranza che la sua fatica letteraria potesse servire a evitare una condanna – un'ammissione che fa di questa vicenda un'anticipazione di più limitata eco del caso Calas.

Se retrocediamo alle origini del volume, tuttavia, vediamo che il peso di concreti casi giudiziari contemporanei appare molto più ridotto. Nel novembre del 1745, scrivendo al conte Ottolini di Verona dell'intenzione di trasformare in vero e proprio trattato alcune considerazioni sulle streghe e il sabba messe su carta negli anni precedenti, Tartarotti lo aveva informato che «son pochi anni che qui [a Rovereto] fu tagliata la testa a due di quelle infelici fanatiche e sarebbe seguito lo stesso con tre altre, se non fossero morte in prigione». In realtà quei processi avevano avuto luogo nel 1716-17, quasi trent'anni prima; e anche i *Vota decisiva* favorevoli alla punizione capitale delle streghe pubblicati nel 1741 da Giovanni Sebastiano Vespignani, «questo signore di belle e rare doti», nel giudizio sprezzante di Tartarotti, si riferivano proprio a quei processi, celebrati allorché Vespignani era podestà della città trentina.

A convincere Tartarotti, però, era stata soprattutto la notizia dell'imminente, ennesima ristampa delle *Disquisitiones magicae* di Delrío, uscita poi a Venezia nel 1746, e che a tutti gli effetti costituisce l'aperto obiettivo polemico del *Congresso notturno* come la *Cautio* di Spee ne è l'autorità più frequentemente menzionata¹⁹⁵.

¹⁹⁴ W. Behringer, *Hexenverfolgung in Bayern*, cit., pp. 357 ss.

¹⁹⁵ L. Parinetto, *Nascita del «Congresso notturno»*. I «*Cogitata circa strigas*» ed altri inediti tartarottiani, in «Acme. Annali della Facoltà di Lettere e filosofia dell'Università degli Studi di Milano», vol. 24, 1971, n. 1, pp. 71-96; Id., *Magia e ragione*, cit., pp. 102 ss.

Più che l'impressione suscitata dai singoli casi giudiziari, a mio parere, a motivare l'intervento di intellettuali e giuristi riformatori come Tartarotti e Maffei, o Renazzi e Melchiori fu il credito in cui erano ancora tenute nei tribunali e nei manuali di procedura penale teorie apertamente squalificate, sorrette da una letteratura risalente a un secolo e mezzo prima e non più rinverdata, e delegittimate dai vecchi scritti dei giuristi di Halle. Thomasius, insieme a Spee, è in cima alla lista di autori che Tartarotti sta cercando di procurarsi nel 1744, in vista del lavoro¹⁹⁶.

In altre parole, l'urgenza avvertita dagli autori che scrissero contro la stregoneria non fu soltanto di ordine filosofico, ma anche più ampiamente politico e culturale, ed ebbe a che fare con un problema di *riforma del diritto criminale* sulla base di principi desunti da razionalità anziché da tradizione teologica e consuetudine, com'era invece per la procedura di diritto comune. In questo senso il confronto si giocò soprattutto fra la cultura illuminista, che all'epoca stava guadagnando il favore delle élite di governo – abbiamo visto il caso di van Swieten in Austria –, e le magistrature, che negli interventi legislativi sovrani percepivano regolarmente una pericolosa ingerenza nella propria autonoma giurisdizione.

In fondo, tali sono i termini di un caso analogo a quello della polemica sul *Congresso notturno*, e non meno celebre di questa, e cioè il cosiddetto *Bayerischer Hexenkrieg*, la *guerra bavarese delle streghe* scoppiata a Monaco e che fra il 1766 e il 1770 coinvolse l'intera area germanofona, da Amburgo a Vienna, costituendo uno dei maggiori dibattiti dell'Illuminismo tedesco.

In Baviera l'ultima esecuzione di una strega, si è detto, risaliva a dieci anni prima, al 1756; il reato di maleficio era però ancora previsto nei codici dei principati tedeschi, come il *Codex iuris Bavarici* che risaliva appena al 1751. Per questo lo scontro innescato dal discorso del padre Ferdinand Sterzinger all'Accademia bavarese delle scienze, che indicava nella stregoneria «una stupida chimera», si trasformò in

¹⁹⁶ L. Parinetto, *Nascita del «Congresso notturno»*. I «*Cogitata circa strigas*» ed altri inediti tartarottiani, cit., rispettivamente pp. 75 e 95 ss.

una lotta tra fazioni alla corte dell'elettore Massimiliano III Giuseppe dove in gioco era una complessiva riforma della giustizia e dello stato, e dove i sostenitori della realtà delle streghe erano gli stessi appartenenti al blocco conservatore che si opponeva al cambiamento¹⁹⁷.

Se da Monaco andiamo a Napoli, pochi anni dopo, vediamo questo stesso problema inquadrato teoricamente in termini che più chiari non potrebbero essere.

Gaetano Filangieri tratta brevemente del maleficio nel terzo volume della *Scienza della legislazione* (1783), nel paragrafo sui «delitti che non si debbono punire» (insieme con il suicidio, l'usura, il gioco d'azzardo). Sortilegio, magia, maleficio sono per Filangieri

nomi per sempre memorandi nell'istoria delle sciagure, degli errori e della superstizione de' popoli; nomi che dopo aver bagnata di sangue l'Europa avrebbero dovuto sparire da' suoi codici ma che, ignominiosamente pe' nostri legislatori, vi conservano ancora il loro posto e non lasciano di fare, dove più e dove meno, qualche strage, malgrado i progressi de' lumi e della coltura¹⁹⁸.

Il mutamento delle convinzioni comuni, infatti, non si è tradotto in questo caso in mutamento della legislazione.

Le leggi dettate dall'ignoranza e dalla superstizione esistono nel mentre che l'ignoranza è stata dissipata e che la superstizione è stata suppiantata dall'irreligione e dall'ateismo. [...] Le feroci leggi contro questi delitti non sono state abolite, e se non sono così frequentemente eseguite come prima, questo dipende dalla virtù de' magistrati e non dalla correzione del legislatore.

¹⁹⁷ W. Behringer, *Hexenverfolgung in Bayern*, cit., pp. 371 ss.; Id., *Der «Bayerische Hexenkrieg». Die Debatte am Ende der Hexenprozesse in Deutschland*, in *Das Ende der Hexenverfolgung*, a cura di S. Lorenz e D.R. Bauer, cit., pp. 287-313. Un rapido accenno anche in F. Venturi, *Settecento riformatore*, vol. I, cit., pp. 388-389.

¹⁹⁸ *La scienza della legislazione*, vol. IV, a cura di G. Tocchini e A. Trampus, Venezia, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo «Giovanni Stiffoni», 2004, libro III/2, *Delle leggi criminali. De' delitti e delle pene*, 55, *De' delitti che non si debbono punire*, p. 321.

La moratoria nei processi, in altri termini, era ingannevole, poiché non faceva che coprire un problema che era, fra le altre cose, un problema di sovranità, di rapporto fra i poteri dello stato:

Per garantire un governo dall'ignominia di queste leggi non basta l'addurre ch'esse non si eseguono, poiché le leggi debbono esser corrette e abolite dal legislatore e non dal magistrato, dal sovrano che le fa e non dal giudice che le dee fare religiosamente eseguire¹⁹⁹.

Gli anni compresi fra il 1750 e il 1770 furono fondamentali ai fini della definitiva scomparsa del maleficio come paradigma politico e culturale, cioè come credenza ma anche come quadro di una teoria e di una prassi di repressione penale che si erano dispiegate nella piena modernità.

Il tramonto del «congresso notturno», cioè del sabba come celebrazione del patto fra il diavolo e la setta delle streghe, svuotò di significato un dispositivo giudiziario che, al suo culmine, aveva determinato l'istruzione di processi di massa, ma che aveva comunque continuato ancora a lungo a delineare un archetipo criminale. Che l'archetipo della strega come congiurata dedita alla distruzione del bene pubblico sia stato abbandonato in una fase storica in cui l'individuazione di un *nemico* non era più all'ordine del giorno, come lo era stato nella lunga età confessionale, può forse essere motivo di riflessione.

Quello che però più importa, ai fini della mia tesi, è la rilevazione di prossimità e analogie tra la fine del rilievo penale – di fatto e di diritto – della stregoneria e la fine della presenza della tortura giudiziaria negli ordinamenti europei.

Prossimità cronologiche, dal momento che la fase risolutiva della controversia sulle streghe fu coeva al ciclo legislativo dell'abolizione della tortura. Analogie morfologiche, visto che entrambi i casi si concretizzarono in ampi dibattiti pubblici e si configurarono come abbandono di idee e pratiche

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 324-325.

che presero a essere percepite come arcaiche, irrazionali, false. Analogie operative, visto che gli attori del processo furono sostanzialmente gli stessi: intellettuali dell'età del razionalismo e dell'Illuminismo e poteri sovrani, da un lato, magistrature, teologi e giuristi di *ius commune* dall'altro.

Queste prossimità e analogie possono essere disposte in una dinamica causale allorché si consideri il ruolo centrale che ebbe la tortura nella creazione del paradigma del crimine delle streghe: esaurita la credibilità di quest'ultimo, la legittimità dello strumento che più degli altri aveva contribuito ad alimentarlo non poté che dividerne il destino.