

La giuria (post)moderna in Svizzera

Storia delle aspettative riposte nelle Corti d'assise, in particolare per i processi politici



Dissertazione

della facoltà di Giurisprudenza
dell'Università di Lucerna
per l'ottenimento del titolo di *doctor iuris*

presentata

da **Filippo Contarini**

da Fribourg

approvata su proposta del
Prof. Dr. iur. Michele Luminati

e del

Prof. Dr. iur. Luigi Nuzzo

© 2020-2021 - Filippo Contarini, Maihofhalde 9, 6006 Luzern (CH)
filippo.contarini@ticino.com

In copertina: Il processo Nicole, disegno di Édouard Elzingre, pubblicato sulla *Tribune de Genève* il 26.5.1933, in: MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 67

*Und was dem Auge des Weisen entflieht,
Übt oft in Einfalt ein kindlich Gemüth.¹*

*Wenn ich unterscheiden will, kann ich
nicht zugleich
die Einheit der Unterscheidung,
die Ununterschiedenheit des Unterschiedenen
sehen wollen.²*

¹ “E ciò che l’occhio del saggio non vede, spesso l’animo semplice, ingenuamente, già lo pratica”, testo anonimo, cit. da ESCHER 1838, p. 41.

² “Quando voglio distinguere, non posso voler vedere contemporaneamente l’unità della distinzione, l’indistinzione del distinto”, LUHMANN 1991 intervista, p. 122.

Indice essenziale dei contenuti

Indice essenziale dei contenuti	5
Premessa	6
Indice generale dei contenuti	7
Indice delle abbreviazioni.....	16
1 Introduzione e struttura della ricerca	24
2 Approccio teorico e metodologico.....	32
3 Iniziare da un'assenza: il processo Bassanesi senza giurati del 1930.....	90
4 Questioni scientifiche emerse dal processo Bassanesi.....	127
5 Tra Rivoluzione e Rigenerazione, la Svizzera scopre i liberali	129
6 Anche la Svizzera accoglie il vigore della statualità liberale.....	158
7 La giuria teatrale dei “baroni federali” e la resistenza cantonale.....	211
8 La giuria come giudice: strategie liberali per passare al post-liberalismo	267
9 La psichiatria, la Nazione e i loro tribunali tecnici	340
10 La giuria intoccabile e lo scabinato compromissorio	380
11 Anni '30 del Novecento: i processi paralleli a Bassanesi come pietra di paragone.....	396
12 La caduta delle giurie: l'assoluzione significò la loro condanna	439
13 La “fine” delle giurie in Svizzera	462
14 Sintesi: l'evoluzione storica delle Corti d'assise in Svizzera	502
15 Conclusioni sull'assenza delle giurie nel caso Bassanesi	542
Indici delle fonti	557

Premessa

Questo è uno studio di confine. Indaga ciò che per molti è una componente non-giuridica del processo giudiziario, ovvero la giuria popolare. Ma il concetto di popolo è oggettivo o dipende dal punto di vista dei giuristi? La domanda sfugge ai metodi classici di studio, perché la giuria è espressione dell'operatività del diritto, ancor prima che della normatività. Per muovermi in questi ragionamenti ho elaborato quindi alcune figure retoriche: gli storici del diritto moderno sono diventati "storici del futuro"; il nostro compito è indagare una "storia della resistenza profana"; l'amministrazione della giustizia si copre con un "velo dell'incertezza"; e ai giuristi moderni è assegnato il ruolo di "guardiani della 'follia'". Si tratta di strumenti per intavolare un dialogo sulle mitologie del nostro mondo scientifico e professionale.

Ho trovato la forza di lavorare in questo campo interdisciplinare grazie alla tenacia di chi mi è stato vicino, anzitutto i miei genitori, che hanno saputo starmi vicino con i loro precisi commenti di forma e di contenuto, mia sorella, amiche e amici, coloro a cui ho voluto e voglio bene. In particolare, grazie a chi ha voluto ascoltare il mio linguaggio: Julia, che ha saputo ridarmi tempi e spazi quando la redazione mi appariva solo una grotta inaccessibile; Sofia, che tenacemente ha resistito all'onda d'urto che questa ricerca ha avuto su di me, regalandomi una serenità sconosciuta; Sepp, che dalla California mi ha subito accolto, ribadendo che il pensiero rischioso può essere ben accetto anche nel mondo accademico. Ares Bernasconi, giurista e giurato che mi ha istillato la passione per le giurie. Soprattutto a Michele Luminati, mio *Doktorvater*, che ha sempre creduto nella possibilità di operare nel diritto con la teoria dei sistemi, mi ha spronato a non mollare ed ha sempre porto una mano. Con lui Luigi Nuzzo e Stefano Solimano (Pres.), membri della commissione per la difesa *viva voce* il 16.1.2020, che mi han lasciato libero, e Christian Bignasca per essersi messo in gioco nel momento teatrale. Ringrazio la mia università, che ha avuto pazienza e mi ha garantito condizioni di lavoro impeccabili. Lo studio è dedicato al compianto proceduralista Stephen Berti, che mi ha insegnato a non sottovalutare la forza dell'operazione del diritto e mi aveva chiesto di poter accompagnarvi in questi studi. Fu lui a dirmi, di fronte a un caffè (lucernese...) che sarebbe stato il caso di approfondire la "teoria dell'imbutto di Luhmann". Senza quell'input non avrei mai avuto il coraggio di accettare questa sfida.

Quasi passata l'emergenza pandemica, ecco che la dissertazione è diventata anche un documento cartaceo. Quella sottomano è la versione completa, pubblicata in autoproduzione e così consegnata alla Facoltà. La pubblicazione di una versione ridotta in una collana specializzata in storia del diritto penale e della giustizia in Italia avverrà in seguito.

Filippo Contarini, Lucerna, agosto 2021

Indice generale dei contenuti

Indice essenziale dei contenuti.....	5
Premessa.....	6
Indice generale dei contenuti.....	7
Indice delle abbreviazioni	16
1 Introduzione e struttura della ricerca.....	24
2 Approccio teorico e metodologico	32
2.1 Architettura di questo studio.....	32
2.2 Strategie di othering: come descrivere i confini dell’alterità e non solo l’autocomprensione dei giuristi	34
2.3 Auto- ed eterodescrizione: storici del diritto moderno come storici del futuro	39
2.4 Fonti e margini di una storia senza Laienrichter	43
2.5 Terminologia sulle giurie penali popolari	46
2.5.1 La polisemia del concetto	46
2.5.2 I giurati, la giuria classica, lo scabinato.....	47
2.5.3 Criteri per definire una giuria	48
2.6 I confini metodologici di questa ricerca	50
2.6.1 Le voci sull’autocomprensione della giustizia	50
2.6.2 Mulinormatività o policontesturalità?.....	55
2.6.3 Terminologia nella teoria dei sistemi	59
2.6.4 Approccio teorico: iniziare dalla circolarità dell’obbligo di decidere.....	69
3 Iniziare da un’assenza: il processo Bassanesi senza giurati del 1930	90
3.1 Il raid su Milano di Bassanesi del 1930: un problema anzitutto politico.....	90
3.2 Che si vada a processo, ma senza giurati!	94
3.2.1 La ricerca del reato punibile da parte del PG	94
3.2.2 I giurati popolari come capro espiatorio.....	98
3.2.3 La decisione del CF: dare il caso alla Corte penale federale	104
3.2.4 <i>Excursus</i> : il CF legalista? L’ <i>omissis</i> sui reati doganali	110
3.3 Il processo Bassanesi	112
3.3.1 Il dibattito politico-giuridico: in realtà l’antifascismo a Lugano poté parlare	112
3.3.2 La sentenza “all’italiana” del processo Bassanesi	116
3.3.3 Le reazioni politico-mediatiche alla sentenza.....	120

3.3.4	Conseguenze politiche federali: l'espulsione di Bassanesi...	122
4	Questioni scientifiche emerse dal processo Bassanesi.....	127
4.1	Domanda 1.....	127
4.2	Domanda 2.....	127
4.3	Domanda 3.....	128
5	Tra Rivoluzione e Rigenerazione, la Svizzera scopre i liberali... 129	
5.1	Bartele e Baldele e l'assenza dei giuristi in Svizzera	129
5.2	Pre-storia: le giurie rivoluzionarie fra Francia e Germania	131
5.2.1	L'arrivo della giuria rivoluzionaria francese	131
5.2.2	La giuria importata in Germania come "palladio delle libertà" hegeliano.....	133
5.3	Chi è il nuovo giudice – automatico? – dei moderni	135
5.3.1	La modernità liberale come nuova apertura alla società dal futuro rischioso	135
5.3.2	L'ideologia del giudice-macchinetta, parafulmine politico..	138
5.4	Resistenza rigenerata	140
5.4.1	L'assenza generale di giurie popolari nella Rigenerazione svizzera.....	140
5.4.2	Oralità o scrittura nella Rigenerazione? L'esempio del liberale Pfyffer von Altishofen	143
5.4.3	L'opposizione alle logiche rigenerate liberali	145
5.5	Approfondimento: Keller aprì paternalisticamente alle giurie? 148	
5.5.1	Dai tedeschi a Keller, l'arrivo dello storicismo legalista in Svizzera.....	148
5.5.2	L'avanzata del liberale Keller, l'opposizione del liberale Heinrich Escher	150
5.5.3	Fra tecnicismo e rusticismo: la lite Keller vs. H. Escher	155
6	Anche la Svizzera accoglie il vigore della statualità liberale..... 158	
6.1	L'accoppiamento strutturale Ottocentesco fra diritto e politica 158	
6.1.1	Il rapporto fra il diritto moderno e lo Stato-Nazione.....	158
6.1.2	Il superamento della dottrina del diritto alla resistenza come chiusura autopoietica	159
6.1.3	Il non-funzionamento programmato dell'accoppiamento strutturale.....	162
6.2	Il Quarantotto svizzero e il suo Tribunale federale	164
6.2.1	La Svizzera come rivoluzione eterna liberale, non come <i>Willensnation</i>	164

6.2.2	Quando la Confederazione divenne una sorta di repubblica degli avvocati.....	167
6.2.3	Lo sdoganamento dei baroni federali – romanisti?.....	171
6.2.4	Il Tribunale Federale nella nuova Costituzione federale degli avvocati svizzeri	176
6.3	Il ruolo dei giuristi nel sistema giuridico moderno.....	178
6.3.1	Le professioni giuridiche come ponte della modernità.....	178
6.3.2	Il rapporto fra la professione e l’organizzazione nell’ambito dell’attività dei giuristi.....	182
6.3.3	I membri dell’organizzazione sono influenzabili, ma come?.....	184
6.3.4	Il metacodice operativo inclusione/esclusione sul codice giuridico.....	186
6.3.5	La Rivista di diritto svizzero (RDS) e il TF: organizzazioni escludenti?	192
6.4	La nuova giuria penale federale e il suo ministero pubblico	194
6.4.1	La mancata opposizione dei liberali moderati alla giuria nella Cost. 1848.....	194
6.4.2	La “organizzazione” delle Assisi federali.....	197
6.4.3	Come doveva funzionare un processo penale alle AF.....	201
6.4.4	L’arrivo e la rapida partenza del Procuratore Generale.....	204
6.4.5	Competenza delle Assisi Federali nei reati dei funzionari ai sensi del diritto penale federale nel 1853?.....	206
7	La giuria teatrale dei “baroni federali” e la resistenza cantonale	211
7.1	La tortura, i fatti e il diritto fra auto- ed eteroreferenza nella modernità.....	211
7.2	La giuria, uno strumento di lotta liberale così difficile da accogliere per i cantoni svizzeri	216
7.3	Le giurie cantonali “figlie” della passione rivoluzionaria alla francese	218
7.3.1	Ginevra	218
7.3.2	Vaud	219
7.3.3	Berna.....	220
7.3.4	Friburgo.....	221
7.4	Le giurie di Zurigo: la stessa procedura “all’inglese” di Mittermaier?.....	221
7.4.1	La giuria “all’inglese” di Mittermaier del 1847.....	221
7.4.2	La giuria “all’inglese” di Rüttimann del 1851.....	227

7.4.3	Il <i>transfer</i> rivoluzionario di Keller e quello calmo di Furrer	233
7.5	Le giurie della seconda metà del secolo, sulle orme zurighesi	238
7.5.1	Ticino	238
7.5.2	Turgovia	238
7.5.3	Argovia	239
7.5.4	Neuchâtel	239
7.5.5	Soletta	240
7.6	L'altra metà della Svizzera le giurie proprio non le voleva	241
7.6.1	Chi adottò le giurie, ma non le fece mai diventare realtà	241
7.6.2	I cantoni che non adottarono mai le giurie nemmeno nelle norme della loro Costituzione	243
7.7	Giudizi coevi sull'arrivo delle Corti d'assise in Svizzera	253
7.7.1	La reazione positiva dei giuristi alla novità delle giurie, la fatica da parte dei governi	253
7.7.2	Correzionalizzazione? Quello strano ruolo dell' <i>Autoverdikt</i>	256
7.8	Processo moderno, teatralità e pubblicità: la diversità elvetica	257
7.8.1	La giuria come fattore legittimante del teatro giudiziario	257
7.8.2	Il processo orale e pubblico come veicolo dell'individualismo moderno liberale	259
7.8.3	La realtà dello spazio pubblico elvetico e i limiti imposti alla logica delle giurie popolari	262
8	La giuria come giudice: strategie liberali per passare al post-liberalismo	267
8.1	La giuria come rischio politico	267
8.1.1	La politica di neutralità svizzera di Furrer	267
8.1.2	Il processo politico "forte" solo come attribuzione del ruolo di nemico?	268
8.1.3	La competenza delle Corti d'Assise per i delitti politici transnazionali	270
8.2	I processi al liberalismo rivoluzionario	274
8.2.1	I moti mazziniani e la politica svizzera	274
8.2.2	Le cartine al tornasole sui delitti contro Stati esteri	283
8.2.3	Per una prima analisi: rigido legalismo di Furrer?	286
8.3	Gli anni '70 dell'Ottocento come cerniera per il post-liberalismo nazionalista e tecnicista	287
8.3.1	Liberalismo democratico: il sangue di Anderwert – e di Ruchonnet	287

8.3.2	L'arrivo del discorso sullo scabinato al posto della giuria classica.....	291
8.3.3	Le giurie popolari della Cost. 1874: non si toccano!.....	294
8.3.4	Il processo di Stabio e la sovranità incandescente: una storia di rimpalli.....	298
8.4	Il primo processo federale agli anarchici: dalle parole ai fatti!	301
8.4.1	Il ritorno della già apprezzata propaganda del fatto, ora di ispirazione anarchica.....	301
8.4.2	Il processo Brousse, ovvero come i giudici si negarono senza negarsi.....	310
8.5	La norma come mero supplément	318
8.6	L'insufficienza del liberalismo nei piani egemonici liberali	323
8.6.1	La nazionalizzazione della polizia e il ritorno del PG.....	323
8.6.2	L'anarchismo solo svizzero però non venne condannato	328
8.7	Per un'analisi storica: come usare le logiche di esclusione di fronte alle contraddizioni del liberalismo e la "lezione" tratta dai penalisti...	334
9	La psichiatria, la Nazione e i loro tribunali tecnici.....	340
9.1	La crisi del liberalismo di fine Ottocento e l'apertura di nuove linee di repressione	340
9.2	L'arrivo della medicalizzazione nazionale dei modernisti	342
9.2.1	La società sana, l'anarchico malato?	342
9.2.2	I modernisti in Svizzera e la prima spinta – rovinosa – per l'unificazione	344
9.2.3	Spinte politiche e dottrinali per l'unificazione del diritto penale materiale	345
9.3	La giuria popolare di fronte alle logiche di nazionalizzazione.	348
9.3.1	I giurati come usurpatori: le dure critiche tra gli anni '70 e gli anni '80, ma senza imporre lo scabinato.....	348
9.3.2	La giuria popolare – a ben vedere un problema anche per i modernisti svizzeri.....	350
9.3.3	Tra aspettative e follia: il conflitto come espressione di normalità.....	352
9.3.4	La Corte penale federale composta da soli giuristi al posto della giuria popolare federale	359
9.3.5	Se i giuristi ricostruiscono la Costituzione	364
9.3.6	Rifare la nazione: inventare una competenza dei giudici-giuristi al posto della giuria popolare.....	369
9.3.7	I giudici tecnici e nazionali in chiave anti-anarchica?.....	371

10	La giuria intoccabile e lo scabinato compromissorio.....	380
10.1	Dopo l’apertura di Ginevra, lo scabinato ticinese	380
10.2	L’attacco scientifico alle giurie di inizio Novecento – riscrivendo la Storia!.....	381
10.3	L’esempio zurighese di inizio Novecento: quando i giuristi non riuscirono ad essere compatti contro le giurie.....	384
10.4	Intanto il Tribunale federale si prese da solo altre competenze federali.....	385
10.5	Escamotages e ipocrisie per far digerire lo scabinato bernese..	387
10.5.1	Il problema dell’affare Conradi del 1923 – la “colpa” fu veramente della giuria?.....	387
10.5.2	Tra compassione e tassonomia: Thormann e l’escamotage per imporre lo scabinato a Berna	389
10.5.3	Approfondimento: Il processo scandaloso e il suo diritto	392
10.5.4	L’interiorizzazione delle logiche dello Stato di diritto a sinistra e l’indecisione sulle giurie	393
11	Anni ’30 del Novecento: i processi paralleli a Bassanesi come pietra di paragone	396
11.1	Il dibattimento del processo De Rosa in Belgio nel settembre 1930: l’antifascismo poté parlare	396
11.2	Il processo Nicole (1932), ovvero come il giurista negò il giudizio ai giurati	399
11.2.1	I fatti in breve e le accuse reciproche	400
11.2.2	L’incriminazione e l’atto d’accusa	402
11.2.3	Il dibattimento del maggio 1933.....	404
11.2.4	In particolare: l’atteggiamento del Presidente Soldati.....	414
11.2.5	La conclusione del processo	418
11.2.6	Alcuni commenti coevi sul processo	422
11.2.7	Alcuni commenti degli storici	423
11.2.8	Sintesi critica: intendere il processo Nicole come momento rischioso.....	424
11.3	Cerniera: la comunicazione delle giurie popolari con la Corte criminale.....	426
11.3.1	Il tribunale al centro del sistema giuridico	426
11.3.2	La giuria come fenomeno-ponte nel passaggio alla modernità giuridica	429
11.3.3	La comunicazione fra i giuristi e la giuria.....	431

11.3.4	La comunicazione fra il giudice e la giuria classica: comunque gerarchica.....	433
11.3.5	<i>Order from noise</i> : e se gli scabinati aiutassero il diritto a fare ordine?	434
12	La caduta delle giurie: l'assoluzione significò la loro condanna	439
12.1	I silenzi della Legge federale sulla procedura penale del 1934	439
12.1.1	Il Codice penale unificato fermo e i suoi silenzi sulle giurie	439
12.1.2	La riforma della PPF invece dell'unificazione penale.....	441
12.1.3	Le regole sulle Assise federali della PPF 1934	442
12.1.4	I silenzi della PPF sulle giurie cantonali e la sentenza Lebet	444
12.2	Il nuovo modo di essere giuristi negli anni '30	446
12.2.1	Descrizioni sociologiche tra tecnica e altruismo	446
12.2.2	La nuova esaltazione del giudice eroe-legalista: la tesi di Cavin "sulle giurie"	448
12.3	La SSG 1938: Pfenninger vs. Graven e il nuovo ruolo del tecnicismo	451
12.3.1	La difesa paternalista: Pfenninger, paladino delle giurie classiche.....	451
12.3.2	La chiarezza di Graven, il populismo di Pfenninger: il <i>Juristentag</i> 1938	454
12.4	La trappola della certificazione dell'asimmetria	456
12.4.1	Cercare comparazioni asimmetriche.....	456
12.4.2	L'asimmetria uomo/donna come rimasuglio logico nella società moderna	457
12.4.3	L'asimmetrizzazione fra i giuristi, i <i>Laienrichter</i> e i giurati	459
13	La "fine" delle giurie in Svizzera.....	462
13.1	I silenzi che decretarono la fine della giuria popolare classica.	462
13.1.1	L'ennesima riduzione di competenze giurisdizionali per le Assisi Federali nel CPS 1937.....	462
13.1.2	Quando il TF anticipò la condanna delle giurie cantonali	463
13.1.3	Un'ultima limatura alle Assisi federali nel 1951	467
13.1.4	La fine giudiziale delle giurie popolari classiche	468
13.2	La codificazione nazionale va considerata in contrapposizione alle giurie popolari?	473
13.3	La giuria inutile: elogiare i <i>Laienrichter</i> per eliminare i giurati	477
13.3.1	Il tribunale criminale misto come panacea di tutti i mali	477
13.3.2	Le giurie degli anni '70: il problema <i>number 1</i>	480
13.3.3	La rivoluzione giurassiana e il suo tribunale costituzionale.	482

13.3.4	Anni ‘80 e ‘90 del Novecento: la spinta sul professionismo e sul diritto di essere sentiti	483
13.3.5	Il diritto d’essere sentito come nuova forma di <i>othering</i>	485
13.3.6	L’unificazione procedurale e l’ovvietà d’abolire le giurie ...	487
13.3.7	Ma quell’irriducibile villaggio cisalpino... ..	490
13.4	Elementi per chiedere ai giuristi come proseguire	493
13.4.1	La costruzione della leggenda sui giuristi – ieri come oggi?	493
13.4.2	Tra dogmatica e argomentazione: quale spazio per la varietà nel sistema?.....	496
13.4.3	Dal “disturbo” dei non togati (<i>Laienrichter</i>) ai tribunali internazionali: autoelogio giuridico?	498
14	Sintesi: l’evoluzione storica delle Corti d’assise in Svizzera	502
14.1	L’opposizione culturale ai giuristi come punto di partenza per una storia della giustizia penale elvetica.....	502
14.2	Il nuovo giudice autonomo portato dalla modernità, obbligato a decidere	504
14.3	L’assalto rigenerato alle logiche di antico regime	507
14.3.1	I giuristi svizzeri – formati dai tedeschi	507
14.3.2	La lotta radicale di Keller, l’opposizione liberal-conservatrice di H. Escher.....	508
14.3.3	La critica alle logiche di antico regime grazie alla giuria.....	510
14.4	I giurati come nuovo player giudiziario in Svizzera.....	512
14.4.1	La via fu riconoscere un ruolo giudiziale ai giurati – senza chiederglielo	512
14.4.2	Il diritto moderno grazie alla Corte d’assise.....	513
14.5	La giuria di metà Ottocento: tra rischi e paradossi	515
14.5.1	La neutralità svizzera e il problema della resistenza cantonale alle nuove logiche nazionali	515
14.5.2	Il caso Clementi e il gioco del rischio	517
14.5.3	Il rigido legalismo di Furrer e la creazione di memoria nel sistema	519
14.5.4	I contemporanei fastidi nei confronti della giuria nei cantoni svizzeri.....	520
14.6	Arrivano gli anarchici: il giurato come giudice e i suoi limiti..	523
14.6.1	Gli anarchici stranieri e il problema del tribunale politico ...	523
14.6.2	I processi agli anarchici: fra nemico straniero e svizzeri “ingenui”	524
14.6.3	La norma assente come base operativa del diritto moderno .	526

14.7	La penetrazione delle logiche nazionali e il relativo bisogno di giudici tecnici	527
14.7.1	Le logiche di esclusione della Corte penale federale.....	527
14.7.2	L’istituzione delle logiche nazionali sul codice del diritto ...	528
14.7.3	Tra psichiatria ed eroi, una nuova ondata di tecnicizzazione del diritto attraverso i suoi giudici	529
14.8	Il compromesso dello scabinato	532
14.8.1	Dalla correzionalizzazione allo scabinato: dialogo con i profani o controllo della corte?	532
14.8.2	Ma la giuria classica era veramente così pericolosa?	533
14.8.3	Lo scabinato innominato e la norma come forma.....	534
14.9	L’errore della difesa paternalista di Pfenninger.....	536
14.10	La fine silenziosa della giuria classica in Svizzera – a causa di un’assoluzione.....	537
14.11	La reinvenzione dei giudici per abbattere anche lo scabinato ..	539
15	Conclusioni sull’assenza delle giurie nel caso Bassanesi	542
15.1	Domanda 1.....	542
15.2	Domanda 2.....	547
15.3	Domanda 3.....	550
	Indici delle fonti	557
	Indice bibliografico	557
	Indice delle riviste e dei giornali	603
	Indice “Arch...” – fonti archivistiche	607
	Indice “BBl...” – “FFfr...” – “FFit...” – Foglio federale.....	610
	Indice “StenBul ...” – dibattiti parlamentari e commissionali.....	617
	Indice “SSG ...” – protocolli delle assemblee annuali della Società svizzera dei giuristi	619
	Indice “Verbale CF” – verbali del Consiglio federale	620

Indice delle abbreviazioni

a.M.	am Main
a.o.	ausserordentlich
abil.	abilitazione alla docenza accademica
Abs.	Absatz (v. cpv.)
Abt.	Abteilung
AEHMO	Association pour l'étude de l'histoire du mouvement ouvrier (v. Cahiers AEHMO nell'Indice delle riviste e dei giornali)
AF	Assisi federali
AG	Aargau
al. (et al.)	alia (et alia)
apPPF 1940	Avamprogetto del 1940 per la modifica della PPF 1934 (v. ZIEGLER/TF 1941)
ArchFed	Archivio Federale (v. Indice "Arch..." – fonti archivistiche)
ArchTF	Archivio del Tribunale federale (v. Indice "Arch..." – fonti archivistiche)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (v. Indice delle riviste e dei giornali)
art. / artt.	Articolo / articoli
AssFed	Assemblea Federale
AST	Archivio storico ticinese (v. Indice delle riviste e dei giornali)
BBl	Schweizerisches Bundesblatt (v. Indice "BBl..." – "FFfr..." – "FFit..." – Foglio federale)
BR	Bundesrat (v. CF)
BSSI	Bollettino storico della Svizzera italiana (v. Indice delle riviste e dei giornali)
BU	Bollettino Ufficiale
BuRiLex	Bundesrichterlexikon ³

³ Il lessico dei giudici federali della storia del TF ("*Lexikon der Bundesrichter*"), di Michele Luminati, è in finitura. Avendo lavorato alla cattedra di Luminati ho avuto il privilegio di

BV	Bundesverfassung (v. Cost.)
c.	considerando
cap.	capitolo
CC	Codice civile (p.e. code civil francese, CCS, ecc.)
CCC	Constitutio Criminalis Carolina 1532
CCS	Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (RS 210)
CdA	Camera d'accusa
CdSi	Consiglio degli Stati / Consigliere degli Stati (all' AssFed)
CdSo	Consiglio di Stato / Consigliere di Stato (di un cantone)
CdT	Corriere del Ticino (v. Indice delle riviste e dei giornali)
CEDU	Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Conchiusa a Roma il 4 novembre 1950. Approvata dall'Assemblea federale il 3 ottobre 1974 (RS 0.101)
CF	Consiglio federale / Consigliere federale
cfr.	confronta
CHF	franchi svizzeri
cit.	citato in / citato come
CN	Consiglio nazionale / Consigliere nazionale
Conf.	Confederazione
Corte EDU	Corte europea dei diritti dell'uomo
Cost. 1848	Costituzione federale del 12 settembre 1848 (RO I 3)
Cost. 1874	Costituzione federale del 29 maggio 1874 (RO I n.s. 1)
Cost. 1999	Costituzione federale del 18 aprile 1999 (RS 101; prima versione: RU 1999 2556)
CP	Codice penale (p.e. codice penale del canton Vaud, ecc.)
CPC	Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 (RS 272)
CPF 1853	Codice penale federale del 4 febbrajo 1853 (RO III 335)

accedere al documento e ottenere i dati ivi contenuti. Non essendo ancora pubblicato, qualora lo avessi utilizzato per questo o quel giudice, non ho potuto (ancora) possibile indicare il riferimento bibliografico, mi sono quindi limitato a indicare nel testo l'abbreviazione "BuRiLex" seguita dal nome del giudice la cui voce ho consultato sul lessico.

CPP 2007	Codice di diritto processuale penale svizzero del 5 ottobre 2007 (RS 312.0)
CPS	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (RS 311.0; prima versione: RU LIV n.s. 799)
cpv.	capoverso
cur.	a cura di
D	Tedesco
dCPP 2005	Disegno del 2005 per il futuro CPP 2007 (v. FFit 2006 1291)
Decreto1920	Decreto del 27 gennaio 1920 del Consiglio federale che regola la circolazione aerea in Svizzera (RU 36 183)
DFGP	Dipartimento federale di giustizia e polizia
diss.	dissertazione per l'ottenimento del titolo accademico di Dottore
DNA	acido desossiribonucleico
doc. / docc.	documento / documenti
DoDiS	Documenti Diplomatici Svizzeri
DoDiT	Documenti diplomatici italiani
Dr.	Dottore
DSS	Dizionario storico della Svizzera
DTF	Decisioni del Tribunale Federale
ed.	edizione / editore / editrice / editori
EDU	V. Corte EDU
F	Francese
FF	Foglio federale (v. BBl, FFfr e FFit)
FFfr	Feuille fédéral suisse (v. Indice "BBl..." – "FFfr..." – "FFit..." – Foglio federale)
FFit	Foglio federale svizzero (v. Indice "BBl..." – "FFfr..." – "FFit..." – Foglio federale)
G+L	Giustizia e Libertà (v. anche l'Indice delle riviste e dei giornali)
GC	Gran Consiglio (dei vari cantoni)
GdP	Giornale del Popolo (v. Indice delle riviste e dei giornali)

GE	Ginevra
GewRund	Gewerkschaftliche Rundschau (v. Indice delle riviste e dei giornali)
i.Br.	im Breisgau
LAnarchici 1894	Legge federale del 12 aprile 1894 a compimento del Codice penale federale del 4 febbraio 1853 (chiamata anche Legge sugli esplosivi, RO XIV n.s. 335)
LAnarchici 1906	Legge federale del 30 marzo 1906 che completa il Codice penale federale del 4 febbraio 1853 in quanto riguarda i delitti anarchici (RU XXII n.s. 446)
LBanconote 1881	Legge federale su l'emissione e il rimborso dei biglietti di banca dell'8 marzo 1881 (RO V n.s. 400)
LDogane 1925	Legge federale del 1° ottobre 1925 sulle dogane (RU 42 409)
LdV	Legitimation durch Verfahren (v. LUHMANN 1983 (1969) LdV)
lett.	lettera
LOG-TI 1910	Legge organica giudiziaria civile e penale del 24 novembre 1910 del canton Ticino
LOG-TI 2006	Legge sull'organizzazione giudiziaria del 10 maggio 2006 del Canton Ticino
LOJ-GE	Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (del canton Ginevra)
LParl 2002	Legge federale sull'Assemblea federale del 13 dicembre 2002 (RS 171.10)
LPFisc 1849	Legge federale sul modo di procedere nei casi di contravvenzioni alle leggi fiscali e di polizia della Confederazione del 30 giugno 1849 (RO I 88)
LResp 1850	Legge sulla responsabilità delle autorità e dei funzionari federali del 9 dicembre 1850 (RO II 143)
mio.	milioni
MLaw	Master of Law
N	Numero laterale
n.	numero
n.s.	nuova serie

Indice delle abbreviazioni

NB	nota bene
ndr	nota del redattore
npp.	nota a piè di pagina
NR	Nationalrat (v. CN)
nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (v. Indice delle riviste e dei giornali)
OATi	Ordine degli avvocati del Cantone Ticino (v. Bollettino OATi, Indice delle riviste e dei giornali)
OG 1849	Legge federale sull'organizzazione giudiziaria federale del 5 giugno 1849 (RO I 66)
OG 1874	Legge federale sull'organizzazione giudiziaria federale del 27 giugno 1874 (RO I n.s. 133)
OG 1893	Legge federale sull'organizzazione giudiziaria federale del 22 marzo 1893 (RO XIII n.s. 472)
OG 1911	Legge federale sull'organizzazione giudiziaria del 6 ottobre 1911 (RU XXVIII 127)
OG 1921	Legge Federale del 25 giugno 1921 che modifica la legge federale del 22 marzo 1893/6 ottobre 1911 sull'organizzazione giudiziaria federale (FF 1921 II 111)
OG 1943	Legge federale sulla organizzazione giudiziaria del 16 dicembre 1943 (RU 60 275)
p.	pagina
p.e.	per esempio
pCost. 1872	Legge federale del 5 marzo 1872 sulla Riforma della Costituzione del 12 settembre 1848 (RO X 730)
pCPF 1852	Progetto del 1852 per il futuro CPF 1853 (v. FFfr 1852 II 565)
pCPS 1918	Progetto del 1918 per il futuro CPS (v. FFit 1918 II 1, p. 113 ss.)
PG	Procuratore generale della Confederazione
PKK	Partito dei Lavoratori del Kurdistan
pOG 1888	Progetto del 1888 per la futura OG 1893 (v. HAFNER 1888 Entwurf nella bibliografia)

pOG 1943	Progetto del 1943 per la futura OG 1943 (v. BBl 1943 I 97)
pp.	pagine
PPF 1851	Legge di procedura penale federale del 27 agosto 1851 (RO II 734)
PPF 1934	Legge federale sulla procedura penale del 15 giugno 1934 (RU 50 769)
pPPF 1929	Progetto del 1929 per la futura PPF 1934 (v. FFfr 1929 II 607)
Prof.	Professore
PS	Partito socialista
Qgi	Quaderni grigionitaliani (v. Indice delle riviste e dei giornali)
RdG	Das Recht der Gesellschaft (v. LUHMANN 1995 (1993) RdG)
RDS	Rivista di diritto svizzero (v. Indice delle riviste e dei giornali)
réd.	rédigé
RepGiurPat	Repertorio di Giurisprudenza Patria (v. Indice delle riviste e dei giornali)
Rg	Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte (v. Indice delle riviste e dei giornali)
RHN	Revue historique neuchâteloise (v. Indice delle riviste e dei giornali)
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence (v. Indice delle riviste e dei giornali)
RMS	Revue militaire suisse (v. Indice delle riviste e dei giornali)
RO	Raccolta ufficiale degli atti concernenti il diritto pubblico svizzero, delle leggi federali, trattati e decreti
RPS	Rivista Penale Svizzera (v. Indice delle riviste e dei giornali)
RS	Raccolta sistematica del diritto federale
RSSP	Rivista Svizzera di Scienza Politica (v. Indice delle riviste e dei giornali)

Indice delle abbreviazioni

RU	Raccolta ufficiale delle leggi e delle ordinanze della Confederazione svizzera
s.	e seguente
SG	San Gallo (cantone)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (v. Indice delle riviste e dei giornali)
SR	Ständerat (v. CdSi)
ss.	e seguenti
SSG	Società svizzera dei giuristi (v. Indice “SSG ...” – verbali delle assemblee della Società svizzera dei giuristi)
StenBul	Bollettino stenografico dei dibattiti parlamentari federali (v. Indice “StenBul ...” – dibattiti parlamentari e commissionali)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung (v. CPP 2007)
TF	Tribunale federale
TG	Turgovia
trad.	traduzione
TSI	Televisione della Svizzera italiana
u.	und
UCK	Esercito di liberazione del Kosovo
v.	vedi
v.s.	vecchia serie
Verbale CF	Verbale del Consiglio federale (v. Indice “Verbale CF” – verbali del Consiglio federale)
vol. / voll.	volume / volumi
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (v. Indice delle riviste e dei giornali)
vs.	versus (trad.: contro)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (v. Indice delle riviste e dei giornali)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (v. CCS)
ZH	Zurigo (cantone)
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (v. Indice delle riviste e dei giornali)

ZORA	Zurich Open Repository and Archive
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (v. Indice delle riviste e dei giornali)
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International (v. Indice delle riviste e dei giornali)

1 Introduzione e struttura della ricerca

In Svizzera le Corti d'assise (ovvero quelle corti dove una parte del giudizio è svolta dalla giuria popolare – o dalla giuria assieme a dei giudici di carriera) arrivarono con le rivoluzioni di metà Ottocento. Le accolsero però soli dieci cantoni: Argovia, Berna, Friburgo, Ginevra, Neuchâtel, Soletta, Ticino, Turgovia, Vaud e Zurigo, a cui si sommano le Assisi federali (AF).

Durante la Dieta che avrebbe emanato definitivamente la nuova Costituzione federale del 1848, il radicale solettese Kaiser aveva proposto l'adozione obbligatoria delle giurie per tutti, ma accolsero l'idea solo i rappresentanti di Berna, Friburgo, Soletta, Vallese e Argovia.⁴ Il Presidente della Confederazione Feldmann nel 1956 condannò espressamente la Corte d'assise classica (che funzionava come ancora oggi si vede nei film americani, dove 12 giurati⁵ decidono sulla colpevolezza, il giudice decide sulla pena)⁶, tacciandola fra l'altro d'essere solo un'istituzione straniera.⁷ Persino uno storico accorto come Poudret nel 1981 spiegava che quella particolare suddivisione tra giudice e giurati arrivata nella prima metà dell'Ottocento in Svizzera “non rispondeva certo né a un sentimento popolare, né a un bisogno reale”.⁸ Nella maggioranza dei cantoni svizzeri le giurie quindi non arrivarono, studiarle significa orientarsi in un'incerta “storia dell'assenza”. Contemporaneamente questa è una “storia del declino”: può infatti stupire, ma dal momento dell'arrivo delle giurie la Storia disegna la costante e lenta diminuzione, per i motivi più disparati, delle competenze loro assegnate. Oggi sono praticamente scomparse, eccezion fatta per il canton Ticino.

⁴ SUTER 1940, p. 7; KÖLZ 2004, p. 527 s.; WALLNER, THOMAS: “Simon Kaiser”, in: DSS, 07.01.2014 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004786/2014-01-07/>. NB i siti internet consultati e menzionati in questa ricerca sono stati tutti verificati un'ultima volta il 31.1.2021.

⁵ Una nota sulla consapevolezza di genere: uso a malavoglia in questa ricerca la forma maschile per le figure di riferimento (giudice, giurato, ...). Il campo di analisi è però per la maggior parte situato in un periodo in cui le donne erano escluse dai pubblici uffici. Usare il femminile o una forma intergenere sarebbe stato antistorico. Ho quindi deciso, per motivi di opportunità redazionale, di usare per tutti i generi sempre il maschile, anche quando le donne abbiano cominciato ad avere accesso ai posti di magistrata.

⁶ La quasi totalità delle persone a cui ho accennato l'argomento della mia tesi in questi anni ha anzitutto richiamato la filmografia americana, per questo è doveroso citarla subito. Non analizzerò però in questa ricerca il particolare fenomeno per cui nonostante le giurie siano “morte” nella società si pensa sempre alle giurie come giudice naturale di una causa. Questo problema apre interessanti finestre sulla questione della creazione della legittimità del diritto, v. ora MACHURA 2016 Cinema e MACHURA 2016 Legitimation.

⁷ StenBul 1956 III 194, p. 201 s.; l'avvocato Dr. iur. Feldmann non notava però che, ben più dei *Geschworenengerichte*, storicamente erano estranei alla Svizzera anzitutto gli avvocati e i dottori in diritto..., v. meglio sotto, cap. 5.1.

⁸ “*Il ne répondait toutefois ni au sentiment populaire, ni à un réel besoin*”, POUURET 1981, p. 85; così ora anche GSCHWEND 2018, p. 140.

Come si fa a scrivere una Storia di qualcosa che manca? Si **può** (*dürfen*) scrivere una Storia del diritto che parli di un'assenza? Io lo ho fatto con uno scopo epistemico ben preciso: rimettere la presenza delle giurie popolari al centro dell'attenzione senza che esse siano considerate solo un gioiello al dito della Giurisprudenza. Ho voluto ragionare sulla loro funzione e sulle aspettative da parte del diritto per capire che significato abbia questa assenza, o meglio: perché la loro presenza fosse così "irritante". Nei prossimi paragrafi di questo primo capitolo introduttivo descrivo quindi in modo conciso i temi principali di questa ricerca, così da orientare chi legge in questo mio "capovolgimento" dei metodi di studio più classici.

Ho deciso anzitutto di proporre un *case study* che tematizzi l'assenza. Siamo nel 1930, in Ticino. Gli antifascisti stavano organizzando la resistenza contro Mussolini assieme al gruppo di Giustizia e Libertà a Parigi, che inviò una delegazione e un aereo francese a Bellinzona. A bordo due eroi italiani. La missione era inondare Milano di volantini, questo il tenore: "Insorgere! Risorgere!", "Milanesi non fumate!"! Se fossero stati presi, in Italia sarebbero stati processati dal Tribunale speciale per la difesa dello Stato; ma erano riusciti a tornare in Svizzera. Ripartito da Lodrino con il solo Bassanesi a bordo, tuttavia l'aereo si schiantò sul Gottardo. L'eroe fu catturato e imprigionato, l'azione essendo già sui giornali di tutto il mondo. Un processo penale era inevitabile. Agli occhi delle autorità svizzere, segretamente, una preoccupazione: come condannare l'italiano senza condannare contemporaneamente gli svizzeri che lo aiutarono? Dal punto di vista giuridico la questione è stimolante: è sul serio un reato lanciare innocui volantini?

L'incontro tra politica e il diritto rivela qui strategie e pregiudizi. Alla base di questa ricerca l'approccio sistemico: come un sistema immunitario della società, il diritto moderno isola i conflitti in una bolla temporale, dà ai partecipanti un nuovo costume di scena, mette in moto il teatro giudiziario e riproduce una storia dell'accaduto. L'imbutto del processo permette a dettagli insignificanti di prendere il centro della scena. Nel caso specifico: il teatro doveva rilanciare l'azione antifascista e mettere la maschera del reo a Bassanesi, gli aiutanti svizzeri sarebbero stati invece trasfigurati (Chi aveva fornito la benzina? Chi aveva stampato i volantini? Chi aveva messo a disposizione il terreno per il decollo? Queste domande non contavano più, il loro atto diventava nullo). In effetti, né l'Italia era interessata a parlare troppo del caso, né la Svizzera poteva rischiare di essere definita un luogo insicuro in Europa. La politica, insieme ai media: pronti alle danze mediatiche. Le fonti scoprono però un dettaglio interessante, e spesso bistrattato: tutto si giocò sull'assenza della giuria a quel processo.

Il compito dello storico del diritto è quello di esaminare le irritazioni reciproche che danno forma al contatto intersistemico fra politica e diritto per capire quale attore capisca quale gioco. Nel processo Bassanesi, che alla fine si è svolto davanti al Tribunale penale federale (composto da soli giudici

giuristi professionisti), il gioco era chiaro a tutti gli attori principali. Si era disquisito di organizzazione e di natura del reato, da cui la questione se dare competenza o a un tribunale composto da soli giudici professionisti, o alle Assise Federali con i loro giurati. L'inadeguatezza della giuria veniva qui esaltata da tutti; venne esclusa poi interpretando ad arte il reato, ma quell'interpretazione era stata possibile proprio premettendo l'inadeguatezza della giuria; prendendo poi atto dell'inesorabilità della scelta. I giuristi avrebbero capito la posta in gioco, i giurati no, questa l'anticipazione ipocrita che aleggiava nella discussione. I giuristi avrebbero insomma "applicato il diritto". Che alla fine dei conti in realtà il tribunale svizzero abbia condannato Bassanesi sulla base di un "diritto italiano" inesistente in Svizzera, non interessò praticamente nessuno dopo il processo. E sembra non interessare nemmeno oggi, quando si parla di quell'atto eroico.

Ciò che emerge dal processo Bassanesi è difficile da trovare nelle fonti, bisogna interpretarle in modo ampio. Vanno lette in ottica contemporaneamente giuridica e storico-sociale. Bisogna individuare comunicazioni segrete, perizie che manipolano dizionari giuridici, opinioni dottrinali interpretate in modo fin troppo esteso, biografie, riti giudiziari. Come detto, come "cappello" vale la sfilza surreale di connotazioni negative appioppate alle giurie a plasmare il discorso. Accusati di essere incapaci di comprendere la posta in gioco, i giurati vivevano infatti una vera e propria *reductio ad stultum*. Dal profilo metodologico, la Corte d'assise emerge come attore silenzioso del diritto. Funziona da negativa, nelle descrizioni che ne fanno i giuristi si possono leggere i pensieri più reconditi di come in realtà i giuristi vedano sé stessi. È contemporaneamente un'immagine frattale: i discorsi sulle giurie continuano a ripetersi ricorsivamente, riportati sia dai giuristi, sia dagli storici del diritto, per continuare a legittimare la razionalità del sistema. Viene costruito un discorso di continuità e si parla sempre al posto dei giurati, mai con loro. E mai riflettendo su come i giuristi parlino dei giurati. La giuria è quindi sempre descritta come un elemento negativo del diritto. È vista come una non-corte, i giurati come non-giuristi, coloro che non-sanno applicare il diritto. Diventa chiara l'urgenza di scrivere una nuova Storia sulle aspettative riposte nei giurati.

In Svizzera il terreno per questo studio è fertile. All'inizio del 19° secolo valeva qui un raro odio verso gli avvocati. Ancora oggi, p.e. in Appenzello, si ammonisce chi disturba di "non fare il dottore". Almeno metà della Svizzera ha poi resistito con ardore durante tutto il secolo contro l'avvento della razionalità giuridica tecnicista portata avanti dai legislatori centrali. Ancora oggi abbiamo cantoni i cui giudici non hanno studiato giurisprudenza. All'estero bisogna sempre spiegare con pazienza come questo sia possibile. Far capire che no, gli svizzeri non sono dei mostri. Semplicemente qui vale un doppio binario storico: modernità e premodernità hanno continuato a correre una a fianco all'altra. Il risultato della mia ricerca, come si vedrà, sta nell'identificare le strategie usate dalla modernità per

sbarazzarsi di quelle logiche “altre”. Sollevo l’idea che le giurie, un’istituzione sconosciuta nel diritto svizzero ancora a metà Ottocento, furono lo strumento con cui i giuristi cercarono di prendere il controllo del sistema giuridico – per poi mantenerlo. La giuria non è qui un elemento “popolare”, perché la “popolarità” in Svizzera non era necessaria: i giudici non-togati (*Laienrichter*) già c’erano.

La svolta partì da Zurigo, con la nascita dell’Università e l’attivismo del giurista storicista liberal-radical Friedrich Ludwig Keller, allievo di Savigny. Con i suoi Giovani giuristi ha perseguito la modernizzazione. Il metodo dell’astrazione e della sussunzione dovevano ora dominare. Anglofilo, andò anche a Londra per osservare le giurie e vi mandò anche il suo allievo Rüttimann, poi grande riformatore del diritto zurighese. I due volevano abolire la tortura, far rispettare il principio di legalità, rendere indipendenti i tribunali, pubblicare sentenze nelle riviste giuridiche e discuterle. L’idea geniale è dotarsi delle “giurie inglesi” come grimaldello per ottenere tutto questo. D’altronde le giurie erano di moda in Europa, in alcuni cantoni erano state introdotte dai rivoluzionari sul modello francese, con la procedura cosiddetta inquisitoria, e decidevano sui fatti (questo era ciò che statuivano i codici di procedura). L’opposizione culturale di fronte a queste giurie “alla francese” era però evidente. Se si voleva davvero modernizzare il processo, se si voleva passare al modello della società del rischio, i liberali dovevano costruire un compromesso, riconoscendo la difficoltà di scalzare i giudici non togati (*Laienrichter*) dal processo.

Come spiega la teoria dei sistemi, la professione dell’avvocato moderno può essere intesa come un ponte per entrare nella modernità. Dal profilo storico bisogna quindi individuare le strategie che gli avvocati hanno usato per rendersi indispensabili al sistema. Come detto, inizialmente i giuristi, specialmente i romanisti, si trovavano “dalla parte sbagliata della differenza” nel diritto svizzero: venivano regolarmente esclusi dal processo. Da qui l’idea geniale di Keller e Rüttimann: usare la moda delle giurie per attribuire un nuovo valore alla “differenza”. Rüttimann ha quindi inventato le sue giurie all’inglese, affidando la presidenza del processo a un giurista che conoscesse la procedura e lasciando ai giurati sia la libera valutazione delle prove, sia l’interpretazione del diritto. I giurati erano quindi come giudici laici, ma intanto destabilizzava il processo attraverso il dibattito pubblico incrociato e attraverso la proceduralizzazione controllata dal giurista. La giuria, questa l’idea, aveva la possibilità di essere accolta in Svizzera solo ad una condizione, cioè che i giurati fossero autonomi dai giuristi. In questo modo la differenza tra giudice e giurato però svaniva in entrambi i sensi: si permetteva così ai giuristi di stabilirsi nel processo senza risultare usurpatori.

Il giudice-giudice entrava dunque nel processo senza il simbolismo dell’arroganza scientifica. Era una cosiddetta simmetrizzazione, l’eliminazione della differenza, con l’obiettivo poi di costruire una nuova asimmetria a favore dei giuristi. Può sembrare paradossale, ma in realtà la

giuria ha portato con sé la tecnicizzazione e non la “profanazione” del diritto svizzero. La giuria era l’elemento dell’autopoiesi, non la sua antitesi. Come indicato: da lì, cioè dalla loro nascita, si può osservare una storia del declino. D’altronde erano una costruzione top-down voluta dagli storicisti tecnicisti, peraltro affini alle logiche del libero mercato. Nulla avevano a che fare con la democrazia, come sottolineava il Movimento democratico. E per molti cantoni nulla avevano nemmeno da spartire con le logiche della gestione del diritto locale.

Nel declino delle giurie la Storia della procedura penale svizzera segue sostanzialmente quella del resto dell’Europa. Le parole del tedesco Binding accompagnano tutto il discorso. La giuria popolare “classica” cade definitivamente per mano del Tribunale federale negli anni ’50, autore di un “agguato” giuridico a tutela del progetto tecnicista del diritto federale elvetico. Venne sostituita da uno scabinato, mentre i giuristi svizzeri elogiavano a voce sempre più alta una narrativa surrettizia legata alla sussunzione e alla legalità. Quando sono in gioco i limiti del sistema, infatti, la sussunzione non è metodo, ma identità. Ovviamente un’identità mitologica: il diritto rimane un campo di conflitto e di gestione organizzativa, non di applicazione lineare. Ed infatti non appena ottenuto il controllo, entrambe possono essere sacrificate alla razionalità autoreferenziale del sistema. I legami interpersonali interni diventano il riferimento più rilevante. I giurati in questa logica disturbano. Fanno “rumore”.

Coloro che hanno cercato di salvare l’immagine dei tribunali con la giuria nella prima metà del XX secolo hanno tutti fallito a causa della loro stessa autocomprensione di giuristi nel contesto del diritto moderno. Se Rüttimann riconosceva ai giurati la dignità di saper decidere, nella prima metà del Novecento viene esaltata la loro ingenuità. La *reductio ad stultum* dovrebbe garantire l’emotività del diritto, questo il loro approccio intrinseco. I giurati venivano disegnati paternalisticamente come vittime del sistema, ma nessuno questionava i modi di lavoro dell’organizzazione dei giuristi. Pensare di poter veramente “salvare” in quanto composte da una manica di stolti appare oggi assurdo, allora risuonava romantico. Era, però, evidentemente il modo migliore per condannarle a morte. Ed infatti, con l’internazionalizzazione e la professionalizzazione della magistratura svizzera sono state eliminate non solo le giurie, ma anche i giudici non togati (*Laienrichter*).

I giuristi hanno “vinto”? Questo è tutto da dimostrare. Ho scelto di studiare alcuni processi a rivoluzionari liberali, anarchici e antifascisti perché proprio lì (questa la mia ipotesi di lavoro) avrei forse trovato più luce attraverso processi altamente contraddittori. Le contraddizioni del liberalismo emergono anzitutto perché nei processi con la giuria intervenivano queste persone segnate da logiche **altre** che non quelle corporative giuridiche: i giurati coltivavano strutture di memoria diverse

(incontrollabili) rispetto ai giudici tecnici. Da qui emerge anche con chiarezza che l'attività giudiziale nello schema dello Stato di diritto è più complessa di quanto non voglia affermare la narrativa dominante, che impone come riferimenti culturali l'ordine, la razionalità e la linearità. Osservando l'accoppiamento strutturale tra la politica e il diritto emergono paradossi luminosi, il progetto nazionale e tecnicista mostra i suoi limiti, la psichiatrizzazione si mostra come un processo autoreferenziale (e non invece eteroreferenziale come si potrebbe immaginare a prima vista). Emerge, studiando il diritto vivo, che l'Ottocento e il Novecento sono sul serio i secoli della differenziazione funzionale. E che studiare la giuria effettivamente permette di scoperchiare alcuni pregiudizi che noi giuristi coltiviamo sul diritto.

Tornando a Bassanesi: il diritto moderno è una macchina del tempo. Da un lato: il presente istantaneo, che detta il suo passato e il suo futuro, inscritto nella norma, ora codificata nelle leggi scritte dalla politica. Dall'altro: il "presente ampio", che appartiene allo storicismo e comincia precisamente in quell'Ottocento tecnicista⁹ attraverso il processo pubblico. Qui il presente viene sommerso dal suo passato, allo scopo di destabilizzare il futuro. Il processo con la giuria è il simbolo di questa destabilizzazione e questa storicizzazione del diritto. Una volta ottenuta, la giuria aveva fatto il suo compito e poteva andarsene: l'autopoiesi poteva ora essere garantita dai suoi attori sistemici. La giuria nel processo Bassanesi non c'era, ma c'era il suo lascito. Nelle prossime pagine la spiegazione in dettaglio di come funzioni tutto ciò.

Anzitutto, fedele alla massima della trasparenza, nel **capitolo 2** esporrò il mio approccio intellettuale e metodologico a questa ricerca. Si tratta di proporre i risultati di un lavoro che ho fatto anzitutto su di me come giurista che cerca di interrogarsi su come raccontare una storia del diritto senza essere auto-elogiativo. Qui espongo anche i limiti del campo di studio, il contesto storiografico giuridico in cui mi muovo e, soprattutto, quali saranno i miei arnesi teorici. Mostro le conseguenze del cambio di prospettiva sul diritto e sull'attività giudiziaria quando al centro dell'osservazione non si pone il sistema giuridico come un insieme gerarchico di norme, ma piuttosto il paradosso del giudice moderno che viene obbligato a decidere liberamente. È una premessa dovuta, che scavalca i margini consueti della storia del diritto e che cerca il confronto sul piano della costruzione delle idee. Chi mi legge potrà decidere liberamente di dedicarsi alla lettura di quelle pagine anche **dopo** aver letto il resto della ricerca, vivendole come proposta critica per un cambiamento nel nostro modo di approcciarci alla scienza come storici del diritto.

Come già indicato, essendo (stata) la Corte d'assise in Svizzera un oggetto sfuggente e assente dell'organizzazione giudiziaria, ho deciso

⁹ In questo senso ampio le riflessioni di GUMBRECHT 2010.

d'iniziare le mie riflessioni di contenuto con un *case study*, ovvero dal palesamento di un'assenza: il mancato intervento della giuria popolare federale nel caso Bassanesi del 1930 (**capitolo 3**). Era un'assenza programmata, voluta, accompagnata da molte parole proprio sui giurati popolari. Era quindi un'assenza molto "presente". Non è raro affrontare un tema giuridico partendo da un *case study*. L'idea non è trattarlo come esempio, ma piuttosto come strumento di contestualizzazione e di apertura a nuove domande.¹⁰ Rileggere un processo giudiziario permette di continuare a stupirsi, ragionando su come sia stata possibile l'assenza di indignazione sociale dopo una sentenza di un tribunale presa "contro qualsiasi logica". Il processo Bassanesi apre a delle domande profonde su come si intenda l'organizzazione giudiziaria e che ruolo abbia il diritto nella nostra società. Per questo le questioni scientifiche cardine di questa ricerca si trovano alla fine del *case study* (**capitolo 4**). La collezione delle risposte vale come conclusione ed è posta in fondo (**capitolo 15**).

Date le domande, riavvolgo il nastro e scrivo una Storia cronologica del diritto svizzero ragionando sul modo in cui i giuristi (in particolare quando attivi come principali attori politici) abbiano accolto e inteso le giurie popolari nel processo penale nel contesto del creando *ius puniendi*¹¹ federale e nazionale elvetico. Con il **capitolo 5** si comincia il viaggio cronologico. Propongo uno sguardo "dall'alto", mostrando le logiche rigenerate e quelle federali. Qui si scoprirà una Svizzera che combatte con vigore contro l'arrivo dei giuristi moderni, che però con il favore della Storia riescono a imporre la figura del giurista moderno. Qui vengono in particolare mostrate le tecniche paternaliste dei tecnicisti, che però dicevano di sé stesse di essere un antidoto contro il paternalismo di antico regime. Il **capitolo 6** si concentra sul contesto del nuovo costituzionalismo federale elvetico. Spesso studiando le giurie popolari ci si concentra sul loro funzionamento, dimenticandosi il contesto ampio in cui venivano proposte e adottate. Io amplio lo spettro d'analisi proprio per cogliere come mai le giurie riuscirono a trovare accoglienza in Svizzera, ma contemporaneamente perché non trovarono favore generale. Il **capitolo 7** mostra le giurie popolari nei vari cantoni. Viene in particolare dato peso al ruolo dei giuristi storicisti zurighesi sulle soluzioni trovate. Questo capitolo vale come prima proposta di studio, i suoi contenuti dovranno essere nuovamente affrontati in studi futuri dedicati ad ogni cantone individualmente.

Il **capitolo 8** è chiaramente più empirico, al centro sono esposti tre processi condotti dalle Assisi federali. Ho cercato di mostrare il contesto storico-giuridico dell'azione della giuria e come mai in un momento di passaggio ad una nazione più unitaria e centrale essa si sia rivelata altamente

¹⁰ Questa proposta metodologica viene da GINZBURG 2007, p. 29 ss.

¹¹ Il concetto di *ius puniendi*, ovvero la pretesa del monopolio statale sul diritto di punire, mi seguirà in tutta la ricerca. Per un primo approfondimento su questo tema v. GARRÉ 2010.

problematica: il suo essere “popolare” era comodo ai giudici liberali per scrollarsi di dosso il peso della decisione. Contemporaneamente però non corrispondeva all’immagine di “popolo” di cui abbisognava la costruzione della Nazione come oggetto politico compatto. Rispetto a vari pregiudizi che dominano sul tema, mostro qui in particolare come mai la giuria non necessariamente valesse come elemento di disturbo, ma anzi veniva utile in determinate costellazioni politiche.

La nazionalizzazione è poi ampiamente tematizzata nel **capitolo 9**, in particolare ragionando sul legame che intercorre fra la psichiatrizzazione del diritto penale, la costruzione del nemico anarchico-straniero e la conseguente legittimazione di tribunali composti espressamente solo da giudici giuristi professionisti. Mostro come il sistema giuridico sia riuscito a chiudersi meglio su sé stesso proprio all’interno dell’evoluzione nazionalista dello schema dello Stato di diritto. I **capitoli 10 e 11** discutono della relazione fra giuristi e giurati nella prima metà del Novecento. Le giurie popolari nella loro forma classica hanno cominciato ad essere apertamente aggredite dal sistema giuridico a causa della loro possibilità di dominare una parte del codice del diritto. Il problema principale era che le giurie assolvevano gli imputati e su quell’assoluzione i giuristi non avevano più competenza giuridica. La strategia discorsiva usata dai giuristi contro le giurie è stata di aperto discredito. Osservando però con precisione la proposta organizzativa e l’aspettativa normativa espressa da quei giuristi, si coglie con precisione quale relazione intercorra fra i giudici-giuristi e le Corti d’assise. Nei **capitoli 12 e 13** mostro la caduta delle giurie popolari, prima nella loro forma classica, quindi nella forma scabinale. Può sembrare assurdo, ma negli ultimi decenni le giurie, che erano servite a mettere fuori gioco i giudici non togati (*Laienrichter*), vennero “abbattute” proprio richiamando la bontà di questi *Laienrichter* nel sistema giuridico svizzero. Erano argomentazioni surrettizie usate dai giuristi che, evidentemente, avevano solo bisogno di un punto di attacco per poi prendersi tutto il sistema richiamandosi a motivi superiori di equità procedurale. Mostro qui come i giuristi abbiano saputo elevare sé stessi a figure apicali del sistema giuridico e come mai i tentativi di difendere le giurie di fronte a quell’auto-narrativa tecnicista siano falliti uno ad uno.

Nel **capitolo 14** ho elaborato infine una sintesi di questo studio che ripercorre la storia delle Corti d’assise in Svizzera rinunciando a (quasi tutte le) citazioni e note a piè di pagina. Mi sono concentrato anzitutto sulla scrittura di una narrativa coerente che mostri come i giuristi svizzeri siano riusciti, grazie all’appoggio della politica, a ottenere il dominio professionale e organizzativo sul sistema giuridico elvetico e perché a queste condizioni non ci sia più stato posto per le giurie popolari.

2 Approccio teorico e metodologico

2.1 Architettura di questo studio

Avvicinandosi alla giuria nel diritto penale si scopre che si tratta di una creatura sfuggente. Quando opera nella sua forma classica sembra tutto chiarissimo: ascolta il processo, poi si chiude dietro ad una porta, decide se l'imputato sia colpevole o meno, infine si esprime con un verdetto di fronte al pubblico e il giudice stabilisce la pena. Non appena la si osservi con cura, si ha un sentimento di smarrimento: non si capisce se i giurati siano giudici o no, se abbiano effettivamente potere, se conti qualcosa chi è la loro persona, se il modo in cui ci si rivolge loro abbia influsso sulla decisione finale, se applichino il diritto, se il giudice li influenzi, se capiscano cosa dicono gli avvocati... Insomma, è come fare delle fotografie panoramiche e poi, con le stesse impostazioni dell'obiettivo, provare a scattare un primo piano: diventa tutto sfocato e contraddittorio.¹² "Sarebbe interessante studiare [... le ...] incoerenze in un campo così ossessionato dall'idea della coerenza come quello del diritto" scriveva Hannah Arendt nel 1963.¹³ È importante unirsi a lei in questo suo interesse e le giurie sono un campo di studio adatto allo scopo.

Senza dubbio un autore che è riuscito a mostrare le logiche giuridiche oltrepassando il problema dell'illogicità è stato Niklas Luhmann,¹⁴ da cui mi sono fatto prendere per mano per svolgere tutta questa ricerca. Un autore bistrattato nella teoria del diritto svizzero, che vorrei quindi presentare, nonché verificare nelle sue idee principali. Questo studio è quindi contemporaneamente storico e teorico, ragionando sui due livelli della teoria del diritto e del metodo della storia del diritto. Con trasparenza, mostrerò a chi mi legge i ragionamenti che mi hanno portato a compiere determinate scelte di narrativa storica e questionare la sua Teoria dei sistemi.

¹² Così anche COLLIN 2015, p. 339, che si chiede in base a quali criteri strutturare una scala di appartenenza sociale: ogni fenomeno di lapidazione spontanea, ad esempio, è una forma di giustizia popolare? E d'altro canto, quanto dev'essere importante l'elemento "profano" (non giuridico) per parlare ancora di giustizia popolare?

¹³ ARENDT 2014 (1963), p. 295; anche LACCHÉ 2009, p. 15 e NUZZO 2006, p. 155, citando subito il suo "Le origini del totalitarismo", si rifanno alle lucide riflessioni su società e oppressione della Arendt per cogliere i punti di intersezione fra teoria e storia del diritto.

¹⁴ Sull'illogicità del diritto si veda ad esempio LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 545; sempre dissacrante Daumier, che in una vignetta del 1845-1848 faceva dialogare due avvocati: "*Dites donc, confrère, vous allez soutenir aujourd'hui contre moi absolument ce que je plaçais il y a trois semaines, dans une cause identique... hé hé hé !!.. c'est drôle !!.. - Et moi je vais vous redébiter ce que vous me ripostiez à cette époque.... c'est très amusant, au besoin nous pourrions nous souffler mutuellement..... hi hi hi !!..*", richiamabile ora su <http://parismuseescollections.paris.fr/fr/musee-carnavalet/oeuvres/dites-donc-confrere-ndeg14#infos-principales>.

L'approccio di fondo di tutto lo studio è che il diritto moderno venga **stabilizzato**¹⁵ da tre momenti strutturali: **dall'organizzazione giudiziaria, dalle professioni giuridiche e dal processo giudiziario.**¹⁶ Questi tre momenti permetterebbero, così nell'idea della modernità, di limitare che lo status sociale o le relazioni personali abbiano influenza determinante sulla decisione giudiziaria. Permettevano quindi di andare oltre la società di antico regime. Sono funzionali al legame che intercorre fra l'indipendenza personale del giudice, la sua dipendenza dal testo giuridico e il divieto di diniego di giustizia (ovvero: l'obbligo di decidere).¹⁷ D'interesse notare che in tutte le sue digressioni su questo tema, Luhmann non abbia quasi mai affrontato il ruolo delle giurie popolari, né quello dei non-giuristi che agiscono come giudici nel diritto.¹⁸

Mostrare apertamente le mie riflessioni teoriche in un lavoro storico significa proporre ciò che ha provato l'architettura decostruttivista: permettere di osservare contemporaneamente il "dentro" e il "fuori" della propria opera. Mostro il "dentro" della mia tesi proponendo alcuni paragrafi spiccatamente teorici. Contemporaneamente la logica del fuori/dentro vale anche per ciò che dissero i giuristi sulle giurie, presentandole come elemento non-giuridico nel processo giudiziario. Qui si palesa il paradosso: ogni volta che si "tiri fuori" un contenuto, se ne nasconde uno nuovo al suo interno. Si scopre che parlare delle giurie popolari significa parlare di qualcosa di inaccessibile. Ciò che viene nascosto sono i giurati popolari in carne ed ossa, con la loro auto-descrizione (accessibile, forse, attraverso studi empirici innovativi che osservino la differenza da un'altra prospettiva). Bisogna affrontare questo problema con serenità, cercando di ricordare che un'opera non solo mostra un'idea di sé, ma contemporaneamente nasconde un contenuto che porta con sé, anche quando cerchi di disvelarsi. L'esempio dell'edificio qui sotto è illuminante: dentro c'è un altro dentro, comunque nascosto!

¹⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 204.

¹⁶ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 332; si noti che Luhmann rifiuta l'idea che le professioni e le organizzazioni siano strutture sociali più razionali rispetto ai singoli individui, v. KURTZ 2011, p. 44.

¹⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 329 ss.

¹⁸ I termini *Schöffe*, *Geschworene* e *Jury* non si trovano sulle *Zettel* di Luhmann, ora accessibili - digitalizzate - sul sito <https://niklas-luhmann-archiv.de/>.



Peter Eisenman, Wexner Center for the Arts, foto del 11.10.2010 di Richie Diesterheft, su www.flickr.com

2.2 Strategie di othering: come descrivere i confini dell'alterità e non solo l'autocomprensione dei giuristi

Approfondendo l'Ottocento, propongo l'idea che i giurati siano (stati) uno strumento creato e voluto dai giuristi per riuscire a imporsi sul sistema giuridico svizzero. I giuristi volevano ottenere un nuovo ruolo nella società che la Svizzera non concedeva loro. I giudici non togati (*Laienrichter*), una particolarità elvetica¹⁹ ancora esistente, sembravano però "inscardinabili". Studiare la giuria svizzera non significa quindi studiare la "presenza del popolo" nelle corti giudicanti, quanto piuttosto indagare come i giuristi siano riusciti a "scardinare" le logiche di una società elvetica, spesso definita premoderna, che non ne voleva sapere di lasciar i tribunali ai tecnici. Studiare "le giurie" è divenuto quindi studiare "i giuristi e le loro giurie".

Per riuscire ad orientarmi in questo contesto di ricerca ho dovuto operare in senso contemporaneamente "interno" ed "esterno", ovvero ragionando

¹⁹ Si noti che anche altrove i giuristi si imposero solo nel 19° secolo, p.e. in Finlandia, LETTO-VANAMO 2007, p. 100. In questa ricerca mi limito alla Storia svizzera. La Svizzera ha però il problema di essere da secoli dannatamente plurale, è un luogo di intrecci e irritazioni reciproche con i territori circostanti interni ed esterni, e globali in genere. Già studiare questo piccolo "oggetto" impone fatiche memorabili. Limitarsi alla Svizzera comunque non significa per me operare in uno "spazio di ricerca unitario" (*einheitliches Forschungsgebiet*) che ignori la circolazione del sapere (giuridico) e le sue interdipendenze culturali, come peraltro giustamente criticato dalla storiografia giuridica recente, v. p.e. DUVE 2014, p. 49 ss.

contemporaneamente sul “diritto” e sul “non-diritto”, sui giudici e sui giurati, consapevole

- a) che non è possibile osservare contemporaneamente due cose distinte e
- b) che le giurie popolari sono un elemento oscuro nel diritto, servito anzitutto ai giuristi per definire i giudici-giuristi in quanto non-giurati. Siccome i giurati non sono definibili come corpo sociale compatto e dipendono anzi dalla definizione che ne danno i giuristi, l’idea di fondo è che i giuristi abbiano potuto auto-imporsi senza che ci si rendesse veramente conto di ciò che stava succedendo.

Il mio studio si basa quindi su una teoria della differenza intesa in senso performativo. Proprio per questo la teoria dei sistemi di Luhmann, presentata in particolare nel suo *Das Recht der Gesellschaft*,²⁰ è apparsa subito utile allo scopo. Essa è infatti una teoria dell’osservazione, ovvero una teoria policontesturale,²¹ costruita sulla possibilità di osservare l’unità contemporaneamente come unità e come differenza.

²⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG. Si tratta di un testo labirintico e giocoso, radical-costruttivista. Ho impiegato anni a cercare di “farlo mio”, anche perché a prima vista sembra completamente illogico. Luhmann scriveva infatti in un rapporto di continuo scambio (simbiotico?) con la sua “memoria secondaria”, uno schedario in cui raccoglieva tutti i suoi pensieri (v. su questo punto SCHMIDT 2012, p. 7): una tecnica di “ipertesto” che si ritrova chiaramente nell’esposizione delle sue idee. Si noti che, nonostante Luhmann sia mancato nel 1998, uso in questa ricerca il tempo presente quando propongo la sua opinione. Infine una nota sulla lingua: non ho usato per questa ricerca la traduzione di Luisa AVITABILE (NIKLAS LUHMANN, *Il diritto della società*, Torino 2012, trad.), siccome vi si trovano troppi errori linguistici, p.e. per AVITABILE “*Justizwesen*” diventa (lei comunque consapevole della debolezza di quella traduzione, tanto da indicarlo tra parentesi) “essenza giuridica” (p. 277) invece che “amministrazione della giustizia”; “*Format*” diventa “forma” (p. 300) invece che “formato”; “*man könnte*” diventa “si potrebbe” (p. 300), sebbene il *Konjunktiv II* tradotto al condizionale qui non renda la frase logicamente accettabile in italiano, bisognava quindi tradurre come periodo ipotetico, usando in italiano il congiuntivo imperfetto “si potesse”; “*Rekursionen*” diventa “ricorsi” (p. 301) invece che “ricorsività”; la frase iniziale del cap. 7 VIII attacca con un “Ci si orienta soltanto” (p. 307), in tedesco “*Orientiert man sich allein*”: l’attacco in italiano doveva essere “Se ci si...”, l’ipotetica avrebbe insomma cambiato completamente il senso logico della frase.

²¹ Luhmann usa il concetto di policonstesturalità di Gotthard Günther. L’idea è che la società moderna si descriva come policonstesturale, ovvero con l’aiuto di una pluralità di distinzioni, dove queste distinzioni sia sono compiute da chi osserva la società, sia sono usate dall’osservatore per distinguersi da ciò che osserva, LUHMANN 1993 *Gibt es...*, p. 7; anche GOEBEL 2007, p. 272, sottolinea che l’analisi della teoria dei sistemi è policonstesturale; che l’approccio della policonstesturalità come teoria della modernità sembri poco logico è già previsto, a causa dell’insufficienza della lingua: “*Da [das] Verstehen aber in seiner unmittelbaren elementaren Evidenz fest an die menschliche Sprache gebunden ist, muß mit einem partiellen Versagen des Denkens auch sein ursprüngliches Vehikel, die konventionelle Sprache, versagen. Speziell in der Physik ist schon lange darauf hingewiesen worden, daß gewisse naturwissenschaftliche Tatbestände sich überhaupt nicht mehr in normaler Umgangssprache ausdrücken lassen, sondern nur behelfsmäßig vermittelt einer mathematischen Kunstsprache*”, GÜNTHER 1979, Vorwort.

Quasi tutti i testi di giuristi e storici che ho incontrato in questi anni che hanno studiato le giurie popolari le hanno osservate dalla prospettiva giuridica, costruendo quindi la differenza. Di studi sulle giurie popolari ce ne sono a bizzeffe, ma praticamente nessuno usa approcci radical-costruttivisti²² che permettano di cambiare il piano di osservazione e descrivere le condizioni dell'*othering* come momento auto-descrittivo. Insomma: non si riesce a trovare uno studio che apertamente dichiari il proprio *bias* in quanto socializzato come giurista e cerchi, con tutte le difficoltà, di alzare il livello di osservazione. Questa situazione mi ha causato non pochi problemi anche nella ricerca di un apparato discorsivo: **chi** bisognava ascoltare e **su quale medium**? Ho dovuto procedere per tentativi, applicando un metodo di ricerca piuttosto sincretico, lasciandomi guidare dalle confuse citazioni che trovo sui testi che leggevo, consapevole che spesso si rivelavano manipolazioni. Quando siamo nella storia del diritto ci troviamo infatti di fronte a un ambito che è sì scientifico, ma quando è esercitata dai giuristi assume anche una connotazione normativa per riuscire a rimanere all'interno del sistema giuridico. Può lo storico del diritto elevarsi dal diritto senza essere espulso dalla corporazione dei giuristi?

Luhmann è utilissimo perché ha concepito il diritto come codice binario “diritto/non-diritto” (*Recht/Unrecht*), ragionando sul “non-diritto” come costruzione operata dal diritto,²³ quindi senza escluderlo aprioristicamente dal sistema. L'idea è che il diritto operi sempre con due valori: quello positivo, che è il valore *diritto* e quello negativo, che è il valore *non-diritto*.²⁴

²² Mentre nelle altre scienze in tanti hanno già messo il soggetto osservatore al centro, v. ODIFREDDI 2001, p. 183, Luhmann riesce a mettere al centro il soggetto semplicemente cambiando le domande che la filosofia classicamente si pone, v. p.e. LUHMANN 1996 *Zeit*, p. 328; per una critica alla modernità v. sempre CALVINO 1993 (1985), p. 12, che si chiedeva: “è legittimo estrapolare dal discorso delle scienze un'immagine del mondo che corrisponda ai miei desideri?”.

²³ A prima vista lavorare con un codice può sembrare un'ovvietà: con la Rivoluzione si aprì in effetti l'età dei Codici, ovvero quei libri dalla pretesa razionalista che dovrebbero contenere una legislazione completa (il Codice penale, il Codice delle obbligazioni, ecc.). La teoria dei sistemi usa però la parola “codice” in un altro modo, cibernetico e binario, un po' come lo userebbe l'informatica. Si veda comunque CARONI 2018, p. 106, che afferma: “Se dunque nel codice vediamo un messaggio, lo sguardo iniziale per catturare [le parole] *deve essere binario*, cioè afferrare sia il progetto iniziale, che la sua realizzazione” (italico anche nell'originale). La differenza dell'analisi binaria fra me e Caroni è quindi che il suo è un approccio diacronico, il mio invece sincronico, sebbene poi anche io mi muova – sempre in cerca di equilibrio – sulla linea del tempo.

²⁴ Si noti che alcuni traducono il codice *Recht/Unrecht* con il binomio “lecito/illecito”, p.e. SCHMIDT 1990, p. 758; Gli allievi di Luhmann lo hanno tradotto con il binomio ragione/torto, CORSI 1995 *Diritto*. Proprio l'operazione delle giurie popolari, come mostro nella ricerca, corre sul verdetto colpevole/non-colpevole, che però mal si sovrappone al binomio lecito/illecito o ragione/torto: la colpevolezza significava un'entrata, un'inclusione, nel diritto dato che dopo il verdetto i giudici avrebbero – così perlomeno nella teoria – composto la sussunzione. Per questo motivo mi atterro piuttosto alla traduzione letterale diritto/non-diritto.

Questi due valori *diritto/non-diritto* garantiscono che una discussione giuridica avrebbe sempre potuto avere come risultato anche l'altra possibilità, dato che essi si applicano ricorsivamente a sé stessi. Ovvero il diritto continua a porre la stessa domanda: "ma quella comunicazione, che è stata segnalata come diritto, è veramente diritto o in realtà è non-diritto (p.e.: è politica?)".²⁵ Il valore positivo permette connettività – ovvero: "questa comunicazione in effetti è giuridica" – mentre quello negativo permette una riflessione di contingenza – ovvero: "stavolta non è diritto, ma la prossima volta potrebbe esserlo".²⁶ Per capire se una comunicazione sia giuridica o no c'è quindi un andare e venire di possibilità contrastanti, si ragiona per ipotesi. Le ipotesi si troncano con la decisione del tribunale e con il passaggio in giudicato.²⁷

Questo approccio comunicativo riguarda sia il modo di decidere, sia gli attori del diritto. Ad esempio, un consiglio di amministrazione di un'azienda farmaceutica non è, evidentemente, un tribunale. Non è giuridico.²⁸ Non c'è quindi un'aspettativa che quel cda decida come centro del diritto. L'ambivalenza del diritto non riguarda quindi solo il codice decisionale, ma riguarda anche gli attori che si immedesimano in quel codice e ne rappresentano i valori. I giuristi si sono autonominati come rappresentanti del valore "diritto". I "profani" (non giuristi) stanno (dal punto di vista dei giuristi) nel valore "non-diritto". Il problema: in Svizzera i giudici spesso sono stati e sono ancora oggi non togati (*Laienrichter*), stando quindi nel cuore del diritto senza che ciò riesca a incontrare il favore dei giuristi moderni. Disturbano. Rappresentano il pericolo di non condividere le logiche operative individualiste e rischiose dei giuristi moderni.

Ribadisco che l'idea alla base di questa ricerca è che la giuria vale come fenomeno di passaggio voluto dai giuristi per superare questo problema: istituendola al posto dei giudici non togati (*Laienrichter*), si può permettere ai giuristi di concepire un diritto che è **contemporaneamente** il loro diritto,

²⁵ Ho vissuto personalmente un'interessante situazione in una commissione universitaria che distribuisce fondi alla ricerca. Di fronte ad una questione sull'elargizione di una somma a uno studente che aveva già ricevuto un sostegno, il presidente interruppe l'accesa discussione fra noi commissari e disse: "questo è un problema giuridico, non dobbiamo occuparcene noi".

²⁶ Per un'ampia spiegazione a livello di dinamiche dell'osservazione (ovvero: cosa osserva il sistema?), v. LUHMANN 1992 *Beobachtung*, p. 81; anche per altri sistemi LUHMANN ha individuato codici di funzionamento: se per il diritto il codice è diritto/non-diritto, per la scienza p.e. è vero/falso, per l'economia è liquidità/non-liquidità, per la politica è potere/impotenza, ecc.; v. anche ESPOSITO 1995 *Codice*; contrario alle analisi sociali binarie è invece BOURDIEU 1991, p. 95.

²⁷ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 182; si noti che la procedura di revisione permette sempre di mettere in discussione il passaggio in giudicato, p.e. nel caso si scopra che un giudice era corrotto.

²⁸ Un consiglio d'amministrazione può, però, chiedersi se effettivamente una decisione di un tribunale sia stata composta secondo il diritto, potendo anche dare risposta negativa e quindi chiedere che la decisione venga rivista. Quindi in realtà anche il CdA può dire il diritto – ma non è al centro del sistema. Su questo ultimo punto v. meglio sotto, cap. 11.3.1.

quello dei giuristi che lo dominano, e il diritto degli altri, quelli che – a dire dei giuristi – non sono “giuridici” (e non solo: non sono giuristi), ma che decidono nel diritto.

Non è una novità sdoppiare un’unità per osservarla meglio, pensando l’altra metà come una cosa un po’ oscura, un po’ sbagliata, ma che in effetti c’è. Come Pincopanco e Pancopinco (*Tweedledum* e *Tweedledee*) di “Alice nel paese delle meraviglie” di Carroll,

“entrambi erano costruzioni della mente umana, entrambi rappresentavano certi aspetti della natura, pur non essendone sinonimi. Essi però rappresentavano *la* realtà in modi differenti e in contesti diversi”.²⁹

O, come scriveva Calvino, parlando di dimezzamento, ma intendendo questo sdoppiamento,

– Così si potesse dimezzare ogni cosa intera, – disse mio zio coricato bocconi sullo scoglio, carezzando quelle convulse metà di polpo, – così ognuno potesse uscire dalla sua ottusa e ignorante interezza. Ero intero e tutte le cose erano per me naturali e confuse, stupide come l’aria; credevo di vedere tutto e non era che la scorza. Se mai tu diventerai metà di te stesso, e te lo auguro, ragazzo, capirai cose al di là della comune intelligenza dei cervelli interi. Avrai perso metà di te nel mondo, ma la metà rimasta sarà mille volte più profonda e preziosa. E tu pure vorrai che tutto sia dimezzato e straziato a tua immagine, perché bellezza e sapienza e giustizia ci sono solo in ciò che è fatto a brani.³⁰

Mi sembra di poter dire che l’arrivo della modernità consiste proprio in questo sdoppiamento. Siamo nell’ambito di ciò che la matematica conosce almeno dal 16° secolo, quando Cardano ipotizzò i numeri immaginari: tecnicamente un’assurdità, che permetteva di risolvere le equazioni cubiche. Numeri che, per essere visualizzati necessitavano un cambio di prospettiva, di un piano cartesiano che potesse comprenderli, diventando infine comunemente accettati e alla base della fisica quantistica che ci permette oggi di vivere tutte le comodità tecnologiche.³¹ Così in questa ricerca: l’idea è cambiare piano di osservazione attraverso lo sdoppiamento, con la pretesa

²⁹ STEWART 2018 (2012), p. 120.

³⁰ CALVINO 2016 (1952), p. 41. Ringrazio Nathalie Campana per avermi reso attento a questo passaggio; CESERANI 1997, p. 173, definiva Calvino un cartografo, ovvero consapevole dei temi della postmodernità: “la complessità del mondo, la misura planetaria delle trasformazioni, l’instabilità delle strutture portanti delle nostre società, la necessità di porsi a una certa distanza per cercare di capire i fenomeni così complessi, l’importanza, se si vuole tentare di tradurli in discorso comprensibile, di fare ricorso a strumenti narrativi”. Nonostante lo stile moderno si muoveva insomma all’interno dei caratteri della narrativa postmoderna: “la parodia, l’interstualità, l’atteggiamento problematico ‘postcognitivo’”, *ivi*, p. 170.

³¹ STEWART 2018 (2012), p. 119 ss.; per una critica alla fisica quantistica, AGAMBEN 2016; per una relativizzazione indiretta della critica agambiana v. ROVELLI 2017.

di rimanere all'interno del sistema di riferimento. Lì la matematica, qui il diritto.

È chiaro: questo approccio deve fare i conti con l'idea sociale dei giuristi come membri di una corporazione potente (ma storicamente disprezzata)³² che si vuole prendere il diritto degli altri. Non voglio disprezzare a mia volta, ma questionarne la mitologia sì. La giuria è in questo senso rivelatrice di qualcosa che il sistema e il suo discorso autodescrittivo interno non riescono a far emergere: è un *marker* dell'evoluzione dello Stato di diritto. Studiare le aspettative sulle giurie permette quindi di dare un contributo teorico alla comprensione del sistema giuridico moderno.

Una domanda qui sorge spontanea: segnato dalla mia condizione di giurista, io posso veramente avere voce in capitolo discutendo di alterità?³³ La risposta è doppiamente sì, ed è il nucleo di una teoria del diritto che voglia definirsi contemporanea. Il primo sì riguarda le condizioni di ricerca: cerco di pormi su un piano di osservazione di secondo livello, ovvero osservo la relazione fra giuristi e giurati così come costruita dai giuristi. Parlo di aspettative, non parlo di giurati. Sono peraltro consapevole che la mia osservazione può essere serenamente questionata da altri osservatori perché non è univoca. Inoltre, metto particolarmente luce sul lato opprimente della differenza, ovvero quello dei giuristi: osservo quindi i giuristi quando osservano (e quindi: creano, descrivono, discriminano) i giurati. In questo senso la critica che potrebbe giungermi non è tanto di essere a mia volta opprimente, ma d'essere piuttosto uno *Spielverderber*, un guastafeste.

2.3 Auto- ed eterodescrizione: storici del diritto moderno come storici del futuro

Wenn wir [...] von der Abschaffung der absoluten Verjährungsfrist reden, [...] Wir wollen auch für die Unternehmen bei der Kalkulation ihrer Risiken vermehrt Rechtssicherheit schaffen. Sie sollen wissen können, was in etwa auf sie zukommt. Mit einer absoluten Verjährungsfrist von zehn Jahren ist das überschaubar, bei zwanzig Jahren ist das schwieriger und bei dreissig Jahren eher eine Lotterie.³⁴

Usando la teoria dei sistemi, cerco di scrivere una storia del diritto come un sistema autoglorificante, che di sé stesso dice sempre che si possono risolvere i problemi del mondo usando la sua ottica. Che fare di fronte ai

³² Per un confronto storico sull'immagine popolare dell'avvocato si veda BOLLA 2008; sul contrasto contro gli avvocati in Svizzera in particolare da parte di Gotthelf e sulla metaforica popolare che sollevava v. SIEGRIST 1996, vol. 1, p. 320 ss; v. anche l'indicazione di GARRÉ 1999, p. 194 npp. 180.

³³ Uso qui, leggermente modificato, il metodo così come indicato da ESPOSITO 2003 (1992), p. 72 s.

³⁴ Voto di Christa Markwalder (vicepresidentessa del CN) nella discussione sulla modifica del diritto della prescrizione nel CO, StenBul 2014 CN.

giuristi che non vogliono ammetter d'essere "profani" (inesperti) in ciò che non è diritto? Soprattutto: possono ammetterlo, in questo diritto? Bisogna scrivere una storia del diritto moderno che sia contemporaneamente una storia *nel* diritto moderno, che osservi il suo confine e dica quanto si senta al sicuro entro i suoi confini. Che descrive gli altri al di fuori dei confini, senza chiedersi chi veramente siano questi altri. Li ipotizza, quindi costruendo dei confini che siano adatti a quell'ipotesi.

Come detto, la teoria dei sistemi è una teoria della differenza,³⁵ ovvero chiede di descrivere la realtà in base a un "dentro" e un "fuori", consapevole che è impossibile descrivere contemporaneamente il dentro, il fuori e la differenza fra dentro e fuori.³⁶ In base a questa teoria bisogna quindi fare attenzione alla differenza fra l'autodescrizione (p.e.: i giuristi che parlano dei giuristi) e l'eterodescrizione (p.e.: i giuristi che parlano dei giurati), a quanto l'eterodescrizione è usata per compiere l'autodescrizione, nonché agli strumenti che vengono usati per gestire questa differenza. Io cerco di osservare, qualora sia osservabile, la costruzione che gli attori nel campo di gioco fanno dei confini del campo e delle tribune che lo attorniano. Non si tratta di definire le tribune in sé, ma si tratta piuttosto di cogliere che la costruzione delle tribune dipende dal campo di gioco, che usa la costruzione della differenza con l'esterno per garantire il gioco all'interno.

La mia è quindi anche una proposta metodologica: con l'approccio policontesturale cerco anzitutto di ipotizzare vie per un accesso alla storia moderna dell'organizzazione giudiziaria osservando la differenza tra giuristi e giurati, consapevole peraltro che io osservo provenendo da una parte della differenza. Cerco di capire le logiche di costruzione dell'alterità, consapevole che quel lato della differenza in sé non esiste, o perlomeno non si può pretendere che abbia quelle caratteristiche di unità ed eterogeneità che gli si assegna quando lo descrive partendo da questo nostro lato di giuristi. In parole povere: il "giurato" non esiste singolarmente, in senso ontologico, ma è anzitutto un elemento della lingua utile al giurista per autodefinirsi.

³⁵ Già KNORR CETINA 1992, p. 406, ricordava che ci sono critiche che chiedono di fare attenzione all'eurocentrismo quando si usano le teorie della differenza. BHAMBRA 2007, p. 34, sostiene che il pensiero che si sviluppò nel Settecento e Ottocento è solo un *modo* di pensare la civilizzazione, fondato sul mito di una rottura col passato e sull'unicità dell'Occidente, orientati verso un miglioramento progressivo. Ribadisco quindi che questo studio vuole mostrare le tecniche di creazione dell'alterità di questo diritto moderno, ben consapevole di quanto siano state usate per condurre logiche di espansione coloniale. Mostra ad esempio quanto anche il sempre elogiato Jellinek vi sguazzasse, NUZZO 2018, p. 595 s.; troppo tenero su Jellinek è invece Michael STOLLEIS nel suo contributo "Rechtsstaat und Unrechtsstaat im 20. Jh.", visualizzabile online su <https://www.youtube.com/watch?v=Zs77eifQQuU>.

³⁶ "Wenn ich unterscheiden will, kann ich nicht zugleich die Einheit der Unterscheidung, die Ununterschiedenheit des Unterschiedenen sehen wollen", LUHMANN 1991 intervista, p. 122. È proprio accogliendo la natura policontesturale della teoria dei sistemi che si può evitare di incappare nell'errore, come ammonisce GROSSI 2009, p. 1903, di lavorare con Luhmann in modo inconsapevole e decorativo.

Il concetto di giurato va di pari passo con quello di popolo (la “giuria popolare”). In particolare, in quest’epoca di populismi, il concetto di popolo nazionale va questionato nella sua dimensione storica. Bisogna chiedersi come i giuristi abbiano fatto a costruirne uno a propria immagine e somiglianza.³⁷ Comprendere la tecnica giuridica moderna significa elaborare ipotesi di lavoro che possono essere state intraprese o tralasciate.³⁸ Una teoria contemporanea del diritto deve essere consapevole di questo problema e quindi questionare i pregiudizi che nascono attraverso la categorizzazione nel diritto. Deve identificare il potenziale di irritazione nel rapporto fra il giurista moderno e il “profano” (non giurista).³⁹ Deve occuparsi delle condizioni sociali dell’autonomia funzionale del sistema giuridico.⁴⁰ Deve porgere attenzione:

- alla diversità delle prospettive d’osservazione,
- alla sostituzione del passato conosciuto con il futuro sconosciuto
e
- alla continua creazione di contingenza.⁴¹

Rimane peraltro chiaro che mi sto muovendo nei margini di una teoria della società applicata a una narrazione storica, non si tratta qui di dare indicazioni pratiche su come dare forma al diritto. Si aprono però spazi di possibilità, in particolare una discussione sui fenomeni di esclusione come espressione tipica della modernità liberale.⁴² Questo approccio fornisce ad esempio strumenti innovativi per cogliere come i giuristi oggi stiano riducendo gli spazi della pubblicità nel processo penale.⁴³

Bisogna essere coscienti che i giuristi operano su un contesto in cui sono stati suddivisi sistemi che hanno pretesa di lettura su tutte le comunicazioni

³⁷ Altri si sono posti questa domanda in Svizzera, v. p.e. CIRIGLIANO 2015, che nella sua introduzione metodologica a p. 4 parla di “*Konstruktion des ‘Aargauer Bürgers’*”. Ne parla comunque anzitutto dall’ottica delle leggi che vennero create nell’Ottocento sul tema in Argovia. Sebbene lui indichi che affronta il tema da ottica politica e giuridica, ragionando sull’accoppiamento strutturale, mi sembra che si tratti più di un’analisi politica – della politica che emana le leggi e quindi è giuridicamente periferia del diritto (sulla differenza centro/periferia v. sotto, cap. 11.3.2). Mancano soprattutto analisi dei processi e dei discorsi accademici. Diverso quindi dal mio approccio.

³⁸ Sebbene si riferisca alla ricerca empirica, v. su questo punto anche REHBINDER 2009, N 136; non stupisce che AYMARD riconoscesse la difficoltà degli storici ad apprezzare il diritto e la relativa necessità di conoscerne gli strumenti, AYMARD 2007, p. 450; così pure il giurista deve riconoscere che il mondo della normatività è una costruzione parziale di un’ipotesi di realtà, GROSSI 2007, p. 454.

³⁹ Ribadisco che quando LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 548, parla dei “profani”, li individua archetipicamente (e stranamente) solo nella figura del cliente del giurista e non in quella dei giurati.

⁴⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 533 s., in particolare npp. 86.

⁴¹ Metodo indicato da LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 538.

⁴² Così anche ESPOSITO 2003 (1992), p. 68, quando discute di logiche femministe.

⁴³ V. meglio sotto, cap. 13.3.6.

(p.e. l'economia pretende ora che tutto sia leggibile come "economico").⁴⁴ La Storia del diritto non può qui confondere la Storia con le storie. Il teorico del diritto moderno non si dimentica che il giurista che si richiama alla Storia ne sta costruendo una.⁴⁵ Di sicuro non è storico il "metodo storico" dell'interpretazione. Ci muoviamo in un sistema atemporale, dove passato, presente e futuro si confondono.⁴⁶

Come sottolineato anche da Caroni, il "vero" passato non è convocabile nemmeno dagli storici,⁴⁷ non si può interpretarlo pescando dal suo futuro (ovvero il nostro presente).⁴⁸ Anche in senso storiografico si tratta sempre di questionare il nostro presente sapendo, gioiosamente, di compiere un'operazione illegittima. Certo il presente che è avvenuto nel passato è stato condizione di esistenza di ciò che esiste e ciò che è esistito,⁴⁹ ma anche di ciò che non è esistito. Loro – come noi d'altronde – potevano avere un certo interesse a maneggiare la realtà, in particolare il gioco dei silenzi: può essere che nelle fonti venga omesso qualcosa di esistente, oppure si raccontino storie di qualcosa che non si è mai verificato, o anche che si prospettasse come certo qualcosa che poi mai accadde. In tutto ciò si scopre che il silenzio può sempre avere un ruolo performativo, così come normativo, ma bisogna disporre degli strumenti adeguati a intercettarlo. Come ho già indicato nella premessa, se usassimo un lessico postmoderno diremmo che scrivo qui un'antiricerca, nel senso di pretendere assurdamente di indagare anche qualcosa che non c'è stato. Bisogna avere il coraggio di scrivere anche una storia dell'assenza.

Bisogna inoltre saper intercettare anche l'assenza di ciò che molti vedono come presenza. Ad esempio, il famoso **ordine** proposto dalle teorie liberali, in realtà **non esiste**. Come non c'è mai stata la fedeltà alla norma, feticcio dei giuristi moderni. Quasi sempre non c'è stata nemmeno la tanto sbandierata differenza giudici/giurati... Presento nelle pagine di questa ricerca quindi un mondo gius-politico confuso, intrecciato, paradossale. Ma era prevedibile: dato che la società moderna come società globale è una

⁴⁴ KASTNER 2015, p. 263, ricorda che questa pretesa dei sistemi è una fantasticheria, dato che nessun sistema può pretendere di fungere da meta-narrativa per gli altri sistemi. Ma deve dirselo, altrimenti collassa...

⁴⁵ "Auch in der berühmten Diskussion über ‚original intent‘ als Maxime der Verfassungsauslegung in den Vereinigten Staaten hat nie jemand ernstlich an historische Forschung gedacht, sondern es ging immer nur um die Frage, welche Grenzen einer aktiven Interpretation moralistischer Eiferer gezogen seien", LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 89 s.; HUSSERL 1998 (1955), p. 20, non mi sembra completamente consapevole di questo problema.

⁴⁶ Un buon resoconto sulla teoria della temporalità di Luhmann lo dà HOLMES 2013, p. 57; sul presente ampio v. sempre GUMBRECHT 2010.

⁴⁷ CARONI 2009, p. 47 ss.

⁴⁸ CARONI 2009, p. 202 ss.; d'altronde il diritto cambia anche solo col silenzio, *ivi*, p. 227; ci si ricordi della difficoltà di prevedere la storia, considerando che è complicatissimo capire quali siano le cause di un avvenimento, cfr. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 380 s.

⁴⁹ Cfr. AMSTUTZ 2008, p. 131.

società del rischio, una società delle decisioni che porta l'incertezza del futuro nel presente,⁵⁰ nella storia del diritto moderno per individuare la norma bisogna esplorare quale futuro si prospettava come desiderabile in quei passati irraggiungibili: si tratta di maneggiare finzioni, presunzioni, desideri, manipolazioni. Financo provocazioni⁵¹ e, come detto, assenze.

Bisogna qui intendere la storicizzazione del diritto moderno come osservazione della manipolazione del futuro partendo dal proprio presente in quanto futuro di un passato che non necessariamente voleva essere passato del suo futuro. Per questo vedo gli storici del diritto moderno liberale come storici del futuro:⁵² non necessariamente il futuro in cui siamo noi, piuttosto il futuro che poteva essere rappresentato o nascosto da loro. Si tratta in sostanza di scrivere una storia dell'incertezza.

2.4 *Fonti e margini di una storia senza Laienrichter*

Non è previsto che i giurati popolari abbiano voce. Cerco di comprendere allora attraverso il discorso su di loro quali strategie potrebbero essere state usate per imporre alla società la differenza fra il diritto moderno e il suo ambiente. Si tratta di una ricerca al contrario: userò per la maggior parte materiale scritto da persone che non si ritengono giurati, ma che parlano di giurati. Non farò qui una storia delle idee, né una microstoria, né una storia globale. Cerco piuttosto di capire se si può ipotizzare una storia concreta del diritto che si faccia guidare dalla teoria dei sistemi, contemporaneamente cerco di dare sostanza alla teoria dei sistemi muovendomi nella Storia. Si tratta di ragionare *in the book* e contemporaneamente *in action*. È una ricerca arcobaleno che però non trova la sua pignatta d'oro all'orizzonte, è un inizio, una proposta, che spero sarà accolta da chi mi seguirà e vorrà continuare molti punti che in questo studio sono stati solo accennati.

Si tratta di un lavoro di confine. Uso materiale vario: testi normativi, sentenze, manuali di diritto, arringhe, resoconti processuali, missive diplomatiche, articoli di giornali, lettere segrete, rapporti di procuratori, messaggi all'assemblea federale, resoconti amministrativi, dizionari specialistici. Tutti questi materiali, qualora trattino i giurati popolari,

⁵⁰ “Proprio perché ci preoccupiamo del rischio non possiamo evitarlo, poiché più ci si pensa più si capisce che ogni decisione (anche la non decisione) è rischiosa e la sicurezza è un'illusione”. E quindi si presentano sempre nuove situazioni di stallo, ESPOSITO 2009, p. 10; sul diritto come sistema di gestione del rischio v. anche SCHERZBERG 2002.

⁵¹ P.e. nel rapporto fra germanofoni e francofoni nel Giura bernese v. LUMINATI/LINDER 2006, p. 277.

⁵² Con questa proposta concettuale in realtà mi discosto solo parzialmente dalla lettura di Caroni, che presentava i giuristi come “*Vergangenheitsmenschen*”, uomini il cui immaginario è colonizzato dal passato. Io coltivo però un approccio meno statico da quello che presentava lui allora, quando sosteneva che “*alle heute geltenden rechtlichen Regeln und Vorschriften jeweils in einer (nahen oder entrückten) Vergangenheit einmal erlassen worden sind*”, per cui il diritto andrebbe compreso come prodotto del tempo, come storia clinica del paziente del giurista, CARONI 1998, p. 35.

descrivono il sistema giuridico anche grazie alle giurie, che vengono usate come ambiente del sistema giuridico, sebbene operino proprio al centro del sistema. La giuria è sistema e non-sistema contemporaneamente, è un paradosso del diritto. Come già indicato, nemmeno io mi occupo qui di questionare cosa i giurati pensino e abbiano pensato di sé. Questa ricerca tratta delle aspettative *sulle* giurie, *non delle* giurie. È una ricerca di carattere testuale, non uso materiale sociologico empirico se non in alcuni punti dove le tronfie affermazioni dei giuristi necessitano un'immediata relativizzazione.

La storia del diritto svizzero è particolarmente sfaccettata e spesso lacunosa, dato che non c'è stato subito un forte processo di centralizzazione statale delle fonti normative. I cantoni, spesso minuscoli, sono rimasti a lungo sovrani su aspetti giudiziari impensabili in altre realtà nazionali confinanti. Dato che ho lavorato anzitutto su processi politici federali, ho riposto più attenzione sullo studio delle fonti primarie a quel livello. L'analisi dell'evoluzione delle aspettative sulle giurie nei (26...) cantoni si basa quindi anzitutto su letteratura secondaria, talvolta coeva. Per la metà dell'Ottocento non raramente mi sono riferito ai resoconti di Mittermaier, che aveva una rete epistolare amplissima e grazie alla ramificazione capillare in Svizzera era tenuto regolarmente al corrente di ciò che succedeva a livello legislativo.⁵³

La giuria popolare è comunque solo uno dei possibili punti di riferimento per questa mia analisi. Esistono tante altre figure popolari o "profane" che emergono con vigore nel(la storia del) diritto su cui non posso qui soffermarmi: giudici di pace, probiviri, corti professionali miste, arbitri del lavoro e giudici non giuristi specialisti di materie non giuridiche. Sono solo alcuni esempi di campi su cui è necessaria ulteriore ricerca con i metodi che esporrò nelle prossime pagine. Tralascio inoltre il diritto penale militare, un tema comunque portante e *importante* nella vita dello Stato liberale del 19° secolo, come pure rinuncio alla storia della mancata adozione delle giurie popolari nel processo civile, chiesta da più voci a metà Ottocento.

Va soprattutto sottolineato che non indago qui la storia dei "giudici non togati" (nel senso di *Laienrichter*⁵⁴). Nell'ambito della ricerca, spiego solo il loro ruolo nell'arrivo delle giurie popolari in alcuni cantoni e perché proprio i *Laienrichter* impedirono l'arrivo delle giurie in altri. Mostrerò che, di rimbalzo, furono infine pure usati per eliminarle.

In questo punto il problema linguistico mostra immediatamente muri culturali che si sovrappongono a strutture di autocomprensione professionale. Una traduzione del termine *Laienrichter* non c'è nell'italiano in uso in Svizzera, come nemmeno in Italia. L'immagine che emerge a coloro

⁵³ V. p.e. RIEMER 2005 o JELOWIK 2001.

⁵⁴ Questa figura non va confusa con il concetto in uso in Germania di "*ehrenamtlichen Richter*", su cui si può leggere ora COLLIN 2017.

che leggono in italiano il concetto di “non togato” non è la stessa che emerge a una persona originaria della Svizzera tedesca quando legge *Laienrichter*. In Svizzera è (era) infatti normale essere giudicati da giudici ordinari non giuristi. Ecco che per il termine *Laienrichter* uso la traduzione “giudici non togati” per esser meglio compreso nello spazio linguistico italiano (andrebbe bene anche tradurre con “giudici profani” o “giudici laici”) consapevole di parlar d’altro. Per questo specificherò sempre questa dizione. Peraltro, la parola tedesca “*Laie*” non trova una traduzione perfetta nella nostra cultura italiana. Io tendo a tradurlo con “persona profana”, nel senso di persona inesperta (ma non: dilettante). Mentre in italiano l’antonimo di “profano” è “sacro”, in tedesco l’antonimo di “*Laie*” (dal latino *laicus*) è “*Gelehrte*” (“dotto”, “erudito”, e ancor prima “ecclesiastico” nel senso di “*Gestliche*”). Anche la traduzione con “laico” in italiano non è utilizzabile, siccome in Italia p.e. i membri “laici” del Consiglio Superiore della Magistratura sono tutti giuristi...

Si consideri sempre che il termine “*Laienrichter*” si associa a una figura del diritto (!) peraltro molto rara nelle organizzazioni giudiziarie moderne europee. Nemmeno in Ticino la conosciamo. Ecco che il sito di traduzione della Confederazione www.termdat.ch non propone (!) una traduzione in italiano di “*Laienrichter*”, mentre in francese indica “*juge non professionnel*”, una traduzione evidentemente sbagliata. I *Laienrichter* hanno svolto e talvolta ancora svolgono un ruolo centrale nel processo penale dei cantoni svizzeri e spesso in questa ricerca mi imbattevo nella loro presenza. Nel diritto penale di alcuni cantoni elvetici si tende a indicare con il termine di “tribunale criminale” quel tribunale composto (anche) da *Laienrichter*, mentre vale come “corte d’assise” quel tribunale composto da una giuria popolare (anche nella forma dello scabinato).⁵⁵ Non è raro in Svizzera però imbattersi in opinioni che assimilano un tribunale criminale ad uno scabinato (v. meglio qui sotto, cap. 2.5.2). È però subito chiarissimo che i *Laienrichter*, che sono eletti come non togati proprio come i giudici a lungo termine in una corte, non sono giurati selezionati per mezzo della sorte per un singolo processo.

Va comunque detto che nel 1990 il TF è riuscito nella difficile impresa di confondere qualsiasi tentativo di catalogazione. Nella DTF 116 Ia 14 (Baragiola), tradusse il termine “*Laienrichter*” con il francese “*juges laïques*” e l’italiano “giudici popolari”, sebbene in gioco nel caso concreto ci fosse una “corte d’assise” (giurati popolari)! Riunendo i giudici non togati (*Laienrichter*) e le giurie popolari in un unico calderone, i giudici federali riuscirono a stigmatizzarli entrambi in quanto forfettariamente non provvisti

⁵⁵ PIQUEREZ 2006, N 442 però li confonde...; ancora peggio anni prima, PIQUEREZ 2000, p. 249, quando chiamava i tribunali criminali composti di giuristi e giudici non togati (*Laienrichter*) “*tribunaux d’échevinage*”, mentre gli scabinati tipo quello ticinese diventavano “*tribunaux criminels siégant avec le jury*”...

di formazione universitaria in giurisprudenza⁵⁶ e quindi potenzialmente più “influenzabili” dalla stampa.⁵⁷ Improvvisamente nel 1990 il “*Laienrichter*” non solo non era un giurista, non solo non era un professionista, ma non era più nemmeno un giudice e diventava un giurato popolare, peraltro pure considerato cretino. Finalmente con questa *reductio ad stultum* (di cui spesso si dirà in questa ricerca) poteva essere messo in discussione dai giuristi come corpo estraneo.⁵⁸

2.5 Terminologia sulle giurie penali popolari

2.5.1 La polisemia del concetto

Quando si parla di giurie popolari bisogna fare attenzione alla polisemia del concetto. Anzitutto c’è un problema cronologico: si parla di giurie oggi con lo stesso nome che si usava ieri, ma c’è da chiedersi se non si tratti di omofonia,⁵⁹ ovvero di parole e concetti che si risuonano uguali, ma che in realtà sono figli di contesti diversi e quindi portano con sé un senso diverso.⁶⁰ In questo senso va compresa anche la storicizzazione del diritto: anche di fronte agli *stessi* testi, alle stesse istituzioni, alle stesse giurie, ci si muove in con-testi (!) *diversi*. A questo problema diacronico si somma quello sincronico: già nel 1849, quando in Svizzera si istituiva una giuria popolare di “profani” (*jury*) per decidere i casi penali federali, contemporaneamente la stessa parola *jury* era usata per definire un gruppo di esperti, ad esempio la commissione di nomina di un professore di diritto romano all’università.⁶¹ Come noto ancora oggi quella doppia accezione “giuria come gruppo di profani” / “giuria come gruppo di esperti” vale in vari contesti culturali.⁶² In tedesco la situazione è ancora più fastidiosa: la nuova giuria venne sin dall’Ottocento chiamata *Geschworenengericht*. La parola però non era assolutamente nuova: in vari cantoni alcuni tribunali (in genere composti da notabili del luogo, sia nel civile, sia nel penale) venivano già chiamati

⁵⁶ Sebbene non sia vero che tutti i giurati popolari necessariamente non siano laureati in giurisprudenza.

⁵⁷ DTF 116 Ia 14, c. 7b), p. 23.

⁵⁸ Questa evoluzione fa specie ed è ora spiegata nelle sue linee più ampie in LUMINATI/CONTARINI 2019.

⁵⁹ Concetto usato anche da CARONI 2011, p. 64, sui temi della codificazione civile.

⁶⁰ Si pensi qui, per dare concretezza a questo pensiero, a ciò che percepiamo quando ascoltiamo oggi “*Kind of blue*” di Miles Davis, album del 1959. Sebbene si tratti della *stessa* registrazione, della *stessa* musica, è vero che l’ascoltatore ascolta la stessa cosa? Si riceve lo stesso messaggio musicale quando si è immersi nel contesto *beat* di allora rispetto all’ascolto di un brano in automatico su *Youtube* dopo aver sentito una melodia *techno* in esecuzione automatizzata? L’esperienza musicale è infatti necessariamente **diversa**. Il mondo dell’ascoltatore – ed egli stesso – è diverso; sul Codice come messaggio v. ora CARONI 2018.

⁶¹ V. *Journal de Genève* del 20.11.1849, p. 4.

⁶² Si pensi p.e. alla contemporanea esistenza al Festival di Sanremo di una *giuria* di esperti e di una *giuria* demoscopica...

Geschworenengerichte,⁶³ senza tuttavia aver nulla a che vedere con la giuria popolare di matrice moderna oggetto di questa ricerca. Il termine *iurati*, d'altronde, identificava anticamente solo un comitato di persone insignito di svolgere un compito sotto giuramento.⁶⁴

2.5.2 I giurati, la giuria classica, lo scabinato

Arrivando ai nostri giorni l'istituzione in Svizzera trasuda di storie mancate, ammiccamenti, conflitti vissuti, vinti e persi. Siamo di fronte a una stratificazione. I concetti "giurato", "giurato popolare" e "assessore giurato" si possono generalmente tradurre in francese con "*juré*", talvolta con "*juge assesseur*", in tedesco con "*Geschworne*" o "*Geschworene*", talvolta anche "*Schöffe*". I concetti "giuria", "giuria popolare" e "giurì" si traducono in genere con "*jury*" e con "*Schwurgericht*", "*Geschwornengericht*" e "*Geschworenengericht*", intendendo la giuria classica di ispirazione inglese o francese, dove i giudici e i giurati avevano compiti distinti e sedevano in camere di consiglio separate. Come mostro meglio sotto,⁶⁵ nel tempo i concetti di "*Schwurgericht*" e di "*Jury*" sono rimasti sostanzialmente legati alla giuria classica, mentre quello di "*Geschworenengericht*", come anche il termine "giuria popolare", è stato gradualmente traslato anche sulla forma del cosiddetto "scabinato" ("*échevinage*" e "*Schöffengericht*").⁶⁶ Il termine "scabino" si traduce in genere con il francese "*échevin*" e con il tedesco "*Schöffe*". Si tratta di una figura giurisdizionale antica, persa e poi ripescata, rinnovandola, al posto delle giurie popolari classiche nella seconda metà dell'Ottocento. Lo scabino moderno è quel giurato popolare che siede in camera di consiglio e decide assieme ai giudici professionisti su tutto il caso penale. Il Ticino fu il primo cantone a prevedere uno scabinato e chiamò i suoi scabini "assessori giurati".⁶⁷ Si noti che già nel 1929 il Consiglio federale (CF) faceva confusione con i nomi, scrivendo in un Messaggio in tedesco la parola *Schöffengericht*,⁶⁸ mentre nello stesso Messaggio in francese ci si richiama a più incerti *tribunaux de prud'hommes*⁶⁹ che secondo la tradizione non hanno molto a che vedere con il concetto delle Corti d'assise in quel momento storico. Di rilievo notare che una "corte d'assise" (*Assisengericht, Cour d'Assises*) può essere sia uno scabinato (p.e.

⁶³ A titolo d'esempio il canton Obwaldo conosceva il suo *Geschworenengericht* sin dal 14° secolo, BACHER/BECCHI 2014, p. 30; per i *Geschworene* di Lucerna v. PFYFFER VON ALTISHOFEN 1849, p. 1 s; sul "*geschworen gericht*" di Appenzello Esterno v. MEYER 1945, p. 15; nel canton Uri c'erano i "*geschworenen Fünfzehn*", MUHEIM 1889, p. 23 s.; ecc.

⁶⁴ SELLERT 2008, p. 281.

⁶⁵ Sulla storia degli scabinati si veda sotto nel capitolo loro dedicato, cap. 8.3.2.

⁶⁶ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI 2011, N 302, usano, a mio modo di vedere erroneamente, il concetto di *Schwurgericht* come termine cappello per i *klassische Schwurgerichte* e per gli *Schöffengerichte*.

⁶⁷ LORENZELLI 1911, p. 73.

⁶⁸ BBl 1929 II 575, p. 577.

⁶⁹ FFfr 1929 II 607, p. 609).

in Ticino), sia una giuria classica (p.e. la giuria della Confederazione dal 1848 al 1999).

Questa confusione sul nome è stata infine fatale alle giurie. All'inizio degli anni 2000 la confusione, anche fra le lingue, era tale che nessuno sapeva più veramente di cosa stesse parlando, creando le condizioni per dare sia a livello cantonale, sia federale il colpo di grazia senza molte discussioni. Il CF nel 2006, nel suo Messaggio per un Codice di procedura penale unificato, sosteneva di voler rinunciare agli "*Schwur- oder Geschworenengerichte*",⁷⁰ traducendo in italiano con il termine di "corte d'assise".⁷¹ Non era però assolutamente chiaro se intendesse rinunciare anche agli scabinati, che per alcune voci portanti erano ancora tollerati.⁷²

2.5.3 Criteri per definire una giuria

Sebbene alcune voci ancora oggi vedano come giurati solo i giudici non-giuristi attivi occasionalmente (mentre tutti gli altri sarebbero giudici permanenti),⁷³ in realtà ci sono sempre stati giurati che intervengono sì occasionalmente, ma svolgono una professione giuridica nella loro restante vita. Esistono inoltre molti giudici a latere giuristi che giudicano solo qualche caso saltuariamente. Né la semplice occasionalità, né la "profanità" (il non essere giuristi) possono valere come criterio di discriminazione necessario.⁷⁴ E non lo erano peraltro nemmeno agli inizi, a metà Ottocento! Per Mittermaier, che incontro meglio in seguito,⁷⁵ la giuria popolare era:

un tribunale composto da cittadini dello Stato che non hanno bisogno di conoscenze giuridiche e che non sono impiegati come giudici, che si forma per un procedimento penale o per alcuni casi penali da giudicare avvenuti in un determinato distretto entro un certo periodo di tempo così che, dopo una udienza orale, questo tribunale decida, senza dover esporre i motivi della decisione né esserne responsabile, se l'imputato è colpevole del reato imputatogli.⁷⁶

⁷⁰ BBl 2006 1085, p. 1138.

⁷¹ FFit 2006 989, p. 1045; nella versione francese si parla di „*cour d'assises*”, v. FFfr 2006 1057, p. 1115.

⁷² p.e. SCHMID 2009, p. 144; su tutta la questione v. meglio sotto, cap. 8.3.2.

⁷³ p.e. VERNIORY 2005, p. 126 s.

⁷⁴ Un esempio è Ares Bernasconi, cancelliere al Tribunale federale a Lucerna e assessore giurato d'appello in Ticino (sui 60 giurati d'appello, comunque attualmente solo in due sono giuristi).

⁷⁵ In particolare sotto, cap. 7.4.1.

⁷⁶ "*ein aus Staatsbürgern, die keine Rechtskenntnisse zu besitzen nötig haben und nicht als Richter angestellt sind, bestehendes Gericht gebildet wird, welche für einen Straffall oder für gewisse, in einem bestimmten Bezirke in einer bestimmten Zeit zur Aburtheilung kommenden Straffälle in der Art gebildet wird, dass dasselbe nach statt gefundener mündlicher Verhandlung, ohne über die Gründe seiner Entscheidung Rechenschaft zu geben oder dafür verantwortlich zu seyn, darüber entscheidet, ob der Angeklagte des ihm angeschuldigten*

Per Mittermaier il **chi** decidesse era segnato dell'aspetto negativo (non era necessario essere giuristi, non si poteva essere già giudici), più rilevante era in senso positivo **come** la giuria decidesse, in particolare distinguendo la decisione dei giurati da quella dei giudici. Si tratta però di un discrimine che non funziona più da quando gli scabinati sono stati assimilati alle giurie. Altri dopo di lui hanno messo l'accento sul modo di agire nel processo per definire la giuria popolare, in particolare legandola al principio di immediatezza,⁷⁷ ma in Svizzera si tratta di un tentativo debole, dato che lo stesso principio è stato adottato in forme di tribunali collegiali con i giudici non togati (*Laienrichter*), senza che però si trattasse di giurie popolari moderne.⁷⁸

Nella storia del diritto svizzero si può osservare una lotta per la definizione della giuria come lotta indiretta per l'affermazione dei giuristi nel processo penale. Il risultato di questa lotta è che si è rinunciato sempre di più a definire un chi, e sempre di più ci si è diretti verso un come. Come risultato, per trovare una definizione che riesca a coprire gli ultimi due secoli, bisogna quindi accettare di essere di fronte ad un chi fluido e individuare gli strumenti del come, che ho identificato nel ruolo della casualità nella procedura di selezione dei giurati popolari.⁷⁹ È quindi una corte d'assise quel tribunale composto da giurati che:

- non sono considerati giudici ordinari dalle leggi di organizzazione giudiziaria,
- vengono nominati o eletti su una *Urliste*⁸⁰ più o meno ampia,
- da essa sono estratti a sorte in un dato numero, e
- una parte di loro è ruscata arbitrariamente delle parti.⁸¹

Come mostrerò sotto (cap. 10.5.2) questa definizione è soprattutto figlia dell'evoluzione impressa da Thormann, quando riuscì a introdurre lo scabinato a Berna dando strumenti alla politica per non dover cambiare la costituzione nonostante l'innovazione. La uso perché è il concetto che è usato ancora oggi di Corte d'assise in Svizzera, penso che mi permetta di trovare più recettività nel mio contesto sociale attuale parlando di questo tema (ormai) storico.

Verbrechens schuldig ist", MITTERMAIER 1845, p. 360, richiamandosi ad una definizione già data da Höpfner.

⁷⁷ P.e. ARN/KUHN/SAURER 2011, p. 54.

⁷⁸ Ad esempio, era così nel canton Obvaldo a metà degli anni '70 del Novecento, v. RASELLI 2008, p. 98.

⁷⁹ Così grossomodo anche FEHR 1975, p. 4.

⁸⁰ Per comodità in questa ricerca chiamo sempre con questo nome tedesco la lista dei giurati composta (nei modi più svariati) per un'intera giurisdizione territoriale.

⁸¹ Questa invece la definizione di PFENNINGER 1966 (1929), p. 258, solo per la giuria classica: "*Ein Strafgericht, in welchem ständige und nichtständige Rechtsprecher die Urteilsaufgabe in der Weise lösen, dass den nichtständigen Rechtsprechern ein Teil der Urteilsaufgabe, und zwar mindestens die Schuldfrage zur alleinigen Lösung überlassen bleibt*". Dato che l'evoluzione della corte d'assise ha portato a intendere in questo concetto anche lo scabinato, penso che la mia definizione sia più adatta perché riesce a coprire entrambe le forme.

2.6 *I confini metodologici di questa ricerca*

2.6.1 Le voci sull'autocomprensione della giustizia

Importanti ed originali Storie sui giudici sono già state scritte. Luminati e Aerschmann si sono concentrati sulla loro autocomprensione. Quando parlano di sé stessi, si scopre che i giudici non sono d'accordo fra loro su quali siano i punti cardine del loro mestiere, sembra che parlino di funzioni diverse. Si tratta di una lotta di campo per riuscire ad avere il dominio discorsivo su cosa i giudici debbano essere, un campo che descrive i suoi stessi margini e che viene anche osservato dall'esterno, con irritazioni reciproche.⁸² Ogorek in Germania, che legge Luhmann e peraltro è citata dallo stesso a piene mani,⁸³ ha invece scritto un'intensa storia delle discussioni ottocentesche sull'immagine del giudice all'interno delle teorie processuali, corredata dai conflitti sociali che queste teorie portavano con sé. Si è mossa nell'idea che il 19° secolo sia stato un momento in cui si cercava di costruire un mondo percettivo nuovo, in cui ognuno cercava di costruire il suo futuro presente. Ha ripercorso quindi i discorsi che volevano il giudice come una macchinetta logica, il giudice come interprete, il giudice libero, ecc. Ha cercato di indagare quale logica si stesse cercando attorno alla funzione giudiziale e ha ritrovato nella voglia di dare validità generale alle decisioni dei giudici i campi di aperta opposizione sociale.⁸⁴ Questi studi non hanno scritto però una Storia specificatamente di confine, sono piuttosto Storie della lotta nell'arena discorsiva.⁸⁵ Hanno descritto, in tutte le sue sfaccettature e le sue ipocrisie, una Storia del centro del sistema giuridico dall'ottica giuridico-giudiziale, eventualmente aprendo a ciò che altri (giuristi) dicevano su quel centro del sistema. Nemmeno le tante dissertazioni sulle giurie popolari hanno raccontato la costruzione della storia del confine.⁸⁶

Eppure, la narrativa sulle giurie segna il discorso sull'organizzazione giudiziaria penale elvetica e cantonale. I dottorandi svizzeri hanno solleticato

⁸² p.e. LUMINATI 2007 (sull'autocomprensione in Italia) e AERSCHMANN 2014 per la Svizzera; per altre indicazioni su quel metodo v. LUMINATI/CONTARINI 2019.

⁸³ p.e. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 416.

⁸⁴ V. per un riassunto OGOREK 2008 (1986), p. 368 ss.

⁸⁵ Nemmeno i Quaderni fiorentini 40 (2011) lo hanno fatto. Scriveva COSTA 2011, p. 2: "Il 'Quaderno' intende chiedersi che cosa i doctores iuris (i giuristi accademici, i teorici del diritto) pensino dei giudici (quale sia la loro rappresentazione di ciò che i giudici fanno e di ciò che essi dovrebbero o non dovrebbero fare) e, viceversa, che cosa i giudici siano disposti a recepire delle teorie e delle argomentazioni 'dottrinarie'".

⁸⁶ Per evitare liste chilometriche, peraltro avendo già proposto nelle prime pagine di questo volume una bibliografia copiosa, indico che già solo nella biblioteca di Lucerna ho potuto aver sottomano Dissertazioni germanofone sul tema di SPONA 2000, LINKENHEIL 2003, GRUBE 2005, SADOGLI 2007, LÖHR 2008, LIEBER 2010, ANDOOR 2013 e LEMKE-KÜCH 2014... In Svizzera comunque l'interesse alla questione è quasi inesistente.

il tema soprattutto nei periodi di “svolta”.⁸⁷ Sempre giocando sul campo del giurista che descrive la giuria da ottica giuridica (con l’eccezione di Cavin, che tratto più a fondo sotto, cap. 12.2.2). Rimanevano nel solco della discussione fra giuristi che osservano “l’altro” per costruire l’altro. Quello che oggi viene chiamato *othering*. Soprattutto laddove scrivevano la storia della giuria (ovvero: quasi sempre) si pensavano come letteratura secondaria, ma in realtà era letteratura primaria. Come mostrerò ampiamente, costruendo una storia della differenza in realtà costruivano una differenza presente.

Quando si osserva la storia dell’organizzazione giudiziaria contemporanea si può sentire una lamentela di sottofondo, autorevoli voci sostengono che ci si muove in una sorta di buco nero. Oestmann ha usato un concetto di moda fra i tedeschi, sostenendo che si tratti del “punto cieco” (*blinder Fleck*) della storiografia giuridica.⁸⁸ Gschwend/Good/Winiger sostengono che la storia dell’amministrazione della giustizia del 19° secolo sia stata poco studiata a causa della complessità delle strutture politiche e giuridiche. In particolare, in Svizzera questa complessità consisterebbe nella struttura federale e la relativa competenza cantonale sui processi.⁸⁹ Non si può dar ragione a nessuno di loro.

Il problema sta nel fatto che i loro strumenti di analisi non sono sufficientemente articolati. Tralasciano regolarmente di comprendere le logiche autodescrittive e il loro utilizzo della costruzione dell’alterità come momento fondante del sé. La conseguenza è che per loro l’oggetto osservato diventa troppo “complesso” o “oscuro” perché intersecato fra più linguaggi. Difficile è soprattutto, nella loro ottica, riuscire a scrivere di logiche giuridiche assenti. Qua sta il mio contributo metodologico centrale: anche l’assenza è degna d’essere studiata, per riuscire a scrivere una storia della modernità che non sia in fin dei conti un mero autoelogio corporativo. Questo è ancor più urgente in Svizzera, dove fra giuristi e non togati (*Laienrichter*) ci si trovò di fronte ad un vero e proprio scontro culturale.

La teoria dei sistemi dà gli strumenti per osservare quell’oscurità con agilità,⁹⁰ mettendo luce su un’ombra causata da un’oscillazione di senso. In questo senso vanno **vigorosamente** rigettate le parole di Kradolfer, che ritiene che la teoria dei sistemi sia banalmente un’arte di dire con parole difficili ciò che tutti già sanno, *bref* una teoria inutile.⁹¹ L’approccio di Kradolfer, ora giudice federale supplente in Svizzera, è tipico fra i giuristi

⁸⁷ p.e. ROTHENBERGER 1903; SCHUDEL 1914; OBERLI 1934; CAVIN 1937; SUTER 1940; MÜLLER 1958; KOCHER 1965; HAUERT 1974; FEHR 1975.

⁸⁸ OESTMANN 2015, p. 216.

⁸⁹ GSCHWEND/GOOD/WINIGER 2010, p. 49.

⁹⁰ Anche HESPANHA 2003 (1999) aveva intravisto quanto fosse importante per gli storici del diritto aprirsi a Luhmann.

⁹¹ KRADOLFER 2011, p. 12; Kradolfer omette di dire che la teoria dei sistemi anzitutto mette in questione la riduzione degli individui ad anonime persone, come spiega LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 35 npp. 47; sul ruolo dell’Umano nella società *ivi*, p. 48.

svizzeri che parlano di Luhmann. Banalizzano tacciando di banalità. Sembra quasi manchi la volontà di chinarsi sul significato epistemico del diritto e quindi sul contributo critico che una teoria dell'osservazione possa fornire al sistema. Cassare già solo pregiudizialmente le teorie radical-costruttiviste significa rinunciare a chiedersi come il centro del sistema giuridico⁹² abbia saputo farsi-centro attraverso la costruzione dell'alterità, nel senso di come i giudici-giuristi siano riusciti con la collaborazione degli altri giuristi a descrivere il loro ambiente respingendo coloro che avevano una pretesa – non certo illegittima! – di stare al centro del sistema al posto loro.⁹³

Io cerco di aprire all'osservazione di *ego* che proietta sé stesso quando parla di *alter*, che costruisce *alter* connotandolo negativamente, soprattutto nel caso *alter* occupi un posto occupato anche da *ego*. Bisogna osservare come i giuristi descrivono gli altri che stanno nell'operazione del diritto, così da cogliere il ribaltamento di quell'osservazione su sé stessi. La teoria dei sistemi, nella sua applicazione analitica policontesturale, può a mio modo di vedere fornire gli strumenti per quest'analisi di confine, anzitutto perché è una teoria dell'osservazione che ricorda che bisogna sempre considerare la propria prospettiva solo come una delle tante possibili.⁹⁴ Capisco, però, che il relativismo possa intimorire. Questo è ancor più vero in un mondo scientifico che sempre più vuole fornire certezze invece che dubbi alla società.

In Svizzera Mahlmann ha cassato la teoria dei sistemi proprio perché è troppo relativista.⁹⁵ È inoltre infastidito dall'idea che la teoria dei sistemi operi solo con la comunicazione.⁹⁶ All'estero Machura sostiene che Luhmann è inadeguato per studiare la teoria dell'organizzazione penale, dato che la teoria dei sistemi fa l'errore di non approfondire a sufficienza la professionalizzazione delle competenze giuridiche nel diritto.⁹⁷ Il risultato

⁹² Sulla differenza centro/periferia v. sotto, cap. 11.3.2.

⁹³ Chi ha scritto un'interessante storia di confine (fra diritto criminale, nazionalizzazione e psichiatria) è GERMANN 2015, non provenendo però dal diritto e non concentrandosi quindi sull'operazione giudiziale.

⁹⁴ ESPOSITO 2003 (1992), p. 72.

⁹⁵ MAHLMANN 2000, p. 247 (si tratta di tutto un contributo dedicato a confutare la teoria dei sistemi).

⁹⁶ MAHLMANN 2012, p. 217.

⁹⁷ Come spiega KURTZ 2002, p. 55 ss., la teoria sulle professioni luhmaniana è stata elaborata nelle sue riflessioni sulla religione. Ha concepito la professione nell'ambito della differenziazione in sistemi operativi secondo codici binari. Per Luhmann il professionista non può garantire di poter riuscire ad ottenere l'altro lato della differenza. Rimarca inoltre che, così Kurtz, dato che i professionisti sono esseri umani, bisogna accettare che ci siano dei deficit tecnologici e quindi delle incertezze. In effetti il primo approccio di Luhmann alla professionalità dei giuristi era lontano dalle sue ultime teorie sull'autopoiesi, vedeva il giurista come una persona distante, con un pensiero normativo, in grado di osservare le parti del conflitto come legate al singolo caso e non nel loro contesto generale. Un giurista che cercava la regola e poi giudicava il comportamento, abituato a lavorare con poche premesse e poche informazioni e a decidere con acuta riduzione, velocemente, su pochi punti di vista rilevanti

sarebbe l'incapacità della teoria di ordinare la funzione dei giudici "profani" (non giuristi) nel sistema del diritto penale.⁹⁸ Questi ultimi sarebbero però latori di una morale, di un "sentimento" giuridico, di un "*Judiz*" spontaneo che entra in conflitto con i codici del diritto.⁹⁹

Hesse dal canto suo ha accusato Luhmann d'essere un costruttore di leggende.¹⁰⁰ A suo dire, secondo Luhmann i discorsi "profani" apparterrebbero sì programmaticamente al sistema giuridico, ma sarebbero tenuti a distanza attraverso la qualificazione che il sistema giuridico dà alla sua propria sostanza. I *Laien-Gespräche*¹⁰¹ diventerebbero null'altro che mormorii da marciapiede, approccio problematico in particolare quando si ragiona sulla società del rischio: la gestione dei rischi necessiterebbe non tanto della dicotomia esperto-laico, quanto di quella decisore-coinvolto.¹⁰² Secondo Hesse, insomma, Luhmann non butta via l'antico modello esperto-laico, storicamente ben conosciuto soprattutto in ambito clericale. Il problema è che ragionerebbe su questo approccio nell'ambito di una comunicazione ora composta solo da specialisti, come se un problema potesse essere risolto solo nel singolo contesto in cui sorge, come se solo là

per il caso, LUHMANN 1999 (1975), p. 180. Questo primo Luhmann costruiva leggende sul tecnicismo, da cui però si allontanò e di cui poi Stichweh ha approfondito il pensiero, come mostro nel resto della ricerca (in particolare sotto, cap. 6.3.4.2).

⁹⁸ Se è inevitabile che Mahlmann si schieri contro Luhmann... più strano l'approccio di Machura. In particolare, infastidisce l'idea che quest'ultimo come soluzione allo scontro di culture fra giuristi e giurati alla fine proponga di insegnare il diritto ai giurati, snaturandoli! Cfr. MACHURA 2001, p. 298 ss.

⁹⁹ MACHURA 2001, p. 17 s.; in realtà il giudice può sempre chiedersi quale sia la morale degli altri, così come possono chiederselo i giurati. Diverso è che questa morale abbia accesso all'operazione: con la positivizzazione del diritto nella modernità i due sistemi "diritto" e "morale" sono ormai distinti. Chiaramente quello che succede sulla morale (ma anche su altri sistemi, ad esempio sulla legislazione) nell'operazione giuridica viene pre-considerato, è un cosiddetto *re-entry*, ma non è un'influenza diretta. E quindi può essere questionato e isolato come influenza e non come operazione. Il diritto funziona qui da "filtro" anche sulle idee proprie dell'interprete, non c'è impatto diretto, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 90. Luhmann comunque non nega che ci siano degli equivalenti delle operazioni giuridiche nei sistemi coscienti ("nella testa" degli individui, insomma, che osservano il diritto), ma per parlare di diritto moderno bisogna premetterlo: come sistema giuridico o anche solo come "sedimentazioni testuali parziali" di quel sistema, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 48.

¹⁰⁰ HESSE 1998, p. 170; dieci anni dopo riteneva ancora come inadeguata (*unzureichend*) l'opinione di Luhmann secondo cui il diritto stabilisce i confini del diritto e ciò che appartiene al diritto, HESSE 2008, p. 235.

¹⁰¹ Concetto che può essere tradotto come "discorsi profani", ma anche "discorsi fra profani".

¹⁰² HESSE 1998, p. 161; sui rumori nel diritto v. meglio sotto, cap. 11.3.5; l'evoluzione di Luhmann nei decenni imporrebbe di parlare di almeno due Luhmann, basta leggerne i libri. Già FOUCAULT 1979 (1970), p. 142, metteva in guardia dal pensare un autore come un'identità irremovibile. Come insegna ECO 1986, p. 20, le critiche scientifiche dovrebbero essere scevre di approcci suasi, quindi è altamente problematico che molti non sottolineino quest'evoluzione; si noti peraltro che tutto è avvenuto alla luce del sole. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 442, npp. 5, ha p.e. corretto il suo approccio epistemico del 1973/1974, mentre le sue idee sulla legittimazione attraverso i processi espresse in LUHMANN 1983 (1969) LdV sono state confermate in LUHMANN 1995 (1993) RdG, in particolare p. 318, npp. 45.

si sviluppasse le capacità necessarie per risolverlo. Un'impostazione che Hesse critica ferocemente, dato che mancante di qualsiasi sostanza empirica.¹⁰³ Io penso che Hesse in realtà non abbia "visto" sul serio il messaggio della teoria dei sistemi, che è molto più vicino al suo di quanto pensasse.

Come mostro nel resto di questa ricerca, il problema di fondo nella differenza di opinioni tra Hesse e Luhmann sta anzitutto nel concetto di "risolvere un caso". Hesse criticava gli altri di costruire leggende, ma secondo me aveva un approccio di paternalistica tutela dei "profani" (non giuristi).¹⁰⁴ Criticava Luhmann sostanzialmente perché questi non sarebbe sufficientemente critico-emancipatore, cosa che peraltro sostiene anche King.¹⁰⁵ Eppure Luhmann ha senza dubbio dato un contributo fondamentale per relativizzare l'autorappresentazione dei giuristi. Non ha costruito una teoria sugli altri, ma ha cercato di ragionare da una posizione di osservatore di secondo livello.¹⁰⁶ Il suo approccio critico è nel metodo, non nei contenuti. Luhmann non ritiene che il diritto risolva qualcosa, anzi: propone che il diritto moderno – come spiegherò meglio nelle pagine di questo studio – non faccia altro che giudicare se una comunicazione sia giuridica o no e su questo giudizio crea o distrugge ricorsività, funzionando da sistema immunitario della società del rischio.¹⁰⁷ Luhmann ha per contro saputo spiegare quale funzione abbiano **la professione, l'organizzazione e il processo** nella stabilizzazione del codice giuridico. Non si tratta di un'analisi normativa, quanto piuttosto il disvelamento della massima ipocrisia, ovvero: la teoria dei sistemi rigetta l'idea che un giurista valga l'altro. La depersonalizzazione del giudice, dell'avvocato, del legislatore, è invece il massimo arcano del diritto. Qua sta il problema di Luhmann: ha messo a disposizione strumenti che hanno il potenziale per rompere la magia.¹⁰⁸

La sua teoria dei sistemi sul diritto non è orientata a spiegare se quella comunicazione sia adeguata, ma è orientata a spiegare come il diritto venga vissuto dal diritto. In questo senso si comprende la critica dello stesso Luhmann alla nuova moda di usare i diritti umani come unico riferimento

¹⁰³ HESSE 1998, p. 161, in particolare npp. 379.

¹⁰⁴ Come peraltro la aveva Pfenninger, il grande difensore delle giurie popolari, v. sotto, cap. 12.3.1.

¹⁰⁵ KING 2001, p. 29, la cui critica giunge comunque dopo una difesa a favore di Luhmann lunga 30 pagine contro le decine di attacchi che il nostro ha subito nei decenni. King ricorda inoltre che Luhmann definiva sé stesso come il diavolo e la sua teoria una eresia, *ivi*, p. 31, npp. 102.

¹⁰⁶ V. sulla gestione di questo problema ESPOSITO 2003 (1992).

¹⁰⁷ Sull'immunizzazione v. sotto, cap. 2.6.4.7.

¹⁰⁸ Sul diritto e la magia come espressioni del comando v. ora AGAMBEN 2017, p. 106; sulla "danza" dei paradossi v. meglio sotto, npp. 231.

nel sistema giuridico, sottolineando il pericolo – per il diritto così come si pretende che funzioni! – di permettere questo tipo di temporalità.¹⁰⁹

2.6.2 Mulinormatività o policontesturalità?

L'idea della teoria dei sistemi è che la società moderna,¹¹⁰ allo scopo di ridurre la sua complessità, si sia evoluta casualmente verso una società suddivisa funzionalmente, segnata da contatti semantici solo leggermente legati fra loro. Questo approccio si chiama policontesturale, va oltre la sola teoria della differenza e propone come metodo empirico lo studio degli accoppiamenti strutturali fra sistemi autopoietici.¹¹¹ Luhmann chiede di far attenzione a non pensare che per interpretare un sistema basti coglierne la sua funzione. Sostiene piuttosto che per osservare la funzione bisogna sempre anche guardare cosa succeda al di fuori dei margini del singolo sistema comunicativo. Il *diritto* da solo insomma non basta per definire la sua propria autonomia, bisogna sempre ragionare anche sul *non-diritto*.¹¹² Per questo in questo studio tengo quindi i due concetti di spazio e tempo separati, ragionando sulla spazialità¹¹³ moderna come momento anzitutto politico di territorialità nazionale¹¹⁴ e sul diritto anzitutto come sistema temporale autonomo che si può concentrare sulla gestione del rischio e sulla

¹⁰⁹ “*Diese Form des normativen Erwartens normativen Erwartens liegt jedoch ausserhalb der etablierten juristischen Formenwelt und richtet sich auch gegen das Recht. Recht oder Unrecht – Humanität zählt. [... Es] zeichnet siche eine Tendenz ab, die man als Temporalisierung der Normgeltung bezeichnet könnte. Normen und die sie tragenden Geltungen werden nicht mehr in Konstanten der Religion oder der Natur oder einer unbefragten Sozialstruktur verankert, sondern als Zeitprojektionen erlebt und behandelt. Sie gelten “bis auf weiteres”*”, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 556). NEGRI 2009, p. 106, sostiene che “la governance [...ha...] introdotto la temporalità nel diritto”. Come mostro in tutta questa mia ricerca, in Svizzera quella *Sozialstruktur* di cui parla Luhmann non era *unbefragt*, e la società moderna dovette fare i conti con una decisa resistenza, scendendo spesso a compromessi, in particolare elaborando una paradossale sovranità condivisa con i cantoni (e con i *Laienrichter*, non togati) che si ergeva come contraltare alla logica paternalista dei giuristi. Proprio qui, di fronte a una rivoluzione liberale riuscita, ma che ha dovuto accogliere in sé lo sconfitta, si è assistito **subito ad una temporalizzazione** del diritto che anticipa di circa un secolo la temporalizzazione proposta da Luhmann e che mostra come i fenomeni di governance vadano studiati con un obiettivo fotografico più ampio.

¹¹⁰ Sul *Moderne liberale* v. sotto, cap. 5.3.1.

¹¹¹ LUHMANN 1993 *Gibt es...*, p. 7; autopoiesi (ovvero: auto-costruirsi) significa definire attraverso la rete delle proprie operazioni cosa possa cooperare come elemento nella rete di queste operazioni, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 436; la questione riguarda la “*Reproduktion der Differenz von System und Umwelt*”, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 554, npp. 12.

¹¹² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 60 s.

¹¹³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 321, ritiene lo spazio solo uno scioglimento del paradosso, dato che le elaborazioni informative neuropsicologiche sarebbero inconsistenti; Stichweh vuole essere meno determinista e distingue due tipi di spazio: quello sociale (come costruzione interna della società) e quello esterno (nel senso di ecologia del sociale). I rapporti fra questi due sono di carattere cibernetico, STICHWEH 2012.

¹¹⁴ Dedico a questo tema il cap. 6.1.1.

colonizzazione del futuro.¹¹⁵ Li considero però sempre collegati strutturalmente.¹¹⁶

L'ipotesi della policontestualità non è l'unica proposta metodologica a disposizione dello storico del diritto moderno. Duve propone ad esempio di ragionare sul concetto di "multinormatività", che

mira a tutta una serie di fenomeni che sono discussi anche con il concetto di "pluralismo giuridico". Ciò vale soprattutto rispetto a ciò che emerge normalmente quando si osserva il nucleo del concetto di "pluralismo giuridico", ovvero la coesistenza di diversi *modi* di normatività nello stesso spazio sociale e le relative questioni di classificazione, legittimazione e collisione. Anche la "multinormatività" tende a descrivere varie forme di normatività e non solo quelle tradizionali considerate tradizionalmente fra le fonti giuridiche, come ad esempio il "diritto consuetudinario". Nel suo uso iniziale, il termine comprende anche i livelli normativi che sembrano **più lontani dal diritto statale**, come cerimoniali e mode, rituali, regole del gioco o norme tecniche, che spesso sono anche discusse come manifestazioni di "pluralismo giuridico".¹¹⁷

Duve vuole indagare espressioni di normatività ritrovabili nelle premesse non intenzionali (*nicht intentional*) che influenzano il pensiero giuridico.¹¹⁸

L'analisi storico-giuridica deve elaborare i prerequisiti volutamente non messi a disposizione dell'azione giuridica, della conoscenza giuridica e del fare giuridico, per scoprire l'intreccio delle azioni

¹¹⁵ Sulla temporalità del diritto, v. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 110; si vedano anche le umili ("non so dare una risposta") digressioni di LACCHÈ 2016 (2013), p. 642, sulla Costituzione-tempo e la Costituzione che istituisce un suo tempo; ROVELLI 2018 comunque mette in dubbio il concetto stesso di tempo: *it* "has lost layers one after another, piece by piece"; Bateson ha studiato i comportamenti umani basandosi su un'epistemica fondata sulla retroazione, basandosi sui *principia mathematica* di Whitehead e Russel, v. SELVINI PALAZZOLI ET AL. 2003, p. 6.

¹¹⁶ MECCARELLI/SOLLA SASTRE 2016, p. 20, propongono che spazio e tempo siano letti come indipendenti, ma interrelati e indissolubili; Luhmann intende lo spazio e il tempo come "Medien der Messung und Errechnung von Objekten (also nicht: Formen der Anschauung!)", relazionandoli non alla cultura, ma al modo di operare neurofisiologico del cervello, LUHMANN 1997 (1995), p. 179.

¹¹⁷ "Tatsächlich zielt der Begriff »Multinormativität« auf eine Reihe von Phänomenen, die auch unter dem Titel des »Rechtspluralismus« diskutiert werden. Das gilt vor allem im Blick auf das, was üblicherweise als Begriffskern des »Rechtspluralismus« erscheint, die Koexistenz verschiedener modi von Normativität in demselben sozialen Raum und die damit verbundenen Fragen von Klassifikation, Legitimation und Kollision. Auch »Multinormativität« richtet sich auf verschiedene Formen von Normativität, und zwar nicht allein auf solche, die traditionell zum Kreis der Rechtsquellen gezählt werden, wie etwa »Gewohnheiten«. Der Begriff erfasst in seiner frühen Verwendung auch vom staatlichen Recht weiter entfernt scheinende normative Ebenen wie Zeremonial und Moden, Ritual, Spielregeln oder technische Normen, die häufig auch als Erscheinungsformen von »Rechtspluralismus« erörtert werden", DUVE 2017, p. 90 s. (grassetto mio).

¹¹⁸ DUVE 2017, p. 93.

giuridiche nei loro riferimenti socioculturali, nelle strutture di pensiero e di azione, nella conoscenza implicita, nei modelli di azione, nelle trame, nelle strutture di ripermformazione-rispetizione della quotidianità giuridica.¹¹⁹

Nel solco dei *global studies*, il concetto di multinormatività cerca di decentrare il discorso giuridico dall'eurocentrismo. È evidente: i giurati popolari nell'epoca della pretesa normativa esclusiva dello Stato moderno potrebbero essere dei validi candidati per individuare espressioni di multinormatività.¹²⁰ L'approccio multinormativo suggerisce un'idea di modernità che vada oltre l'osservare i maggiori sistemi funzionali e i loro accoppiamenti strutturali come espressione del moderno.¹²¹ Chiede che anche le altre strutture sociali che non corrispondono alla struttura funzionale binaria vengano messe in conto. Contesta quindi la pretesa dei sistemi funzionali di giudicare le altre espressioni normative (si pensi qui alla famiglia) come premoderne.¹²²

Quello di Dube non è un approccio sbagliato,¹²³ ma nell'ambito di questa ricerca non lo seguirò. La questione riguarda quale storia del diritto si voglia raccontare. Quando l'economia, la politica, la scienza, la stampa, i romanzi, guardano al diritto come fossero ipnotizzati, come può un giurista non sentirsi al centro del mondo? Con l'arrivo dell'immediatezza il processo penale divenne un catalizzatore d'attenzione a cui tutti si potevano rivolgere in chiave strategica. L'incertezza del suo esito permetteva (e permette) persino di modificare una propria narrativa sulla società usando i nuovi costumi di scena che il processo mette a disposizione.¹²⁴ Il diritto moderno

¹¹⁹ "die rechtsgeschichtliche Analyse [muss] die intentional nicht selbst verfügbaren Voraussetzungen juristischen Handelns, Wissens und Tuns herausarbeiten, um die Verwicklung juristischer Handlungen in ihre soziokulturellen Bezüge, um Strukturen des Denkens und Handelns, um implizites Wissen, um Handlungsmuster, Handlungsgefüge, Wiederholungsstrukturen des juristischen Alltagslebens freizulegen", DUVE 2017, p. 94.

¹²⁰ Si vedano sulla *Ehrengerichtbarkeit* le digressioni di COLLIN 2017, p. 139, che distingue fra "normative Ressource", come ad esempio l'onore professionale e la deontologia, e "Norm"; sul rapporto fra il diritto e la morale v. LUHMANN 1993 Gibt es...

¹²¹ Per una critica a questo approccio "rigido" della teoria dei sistemi v. comunque HOLMES 2013, p. 148 s., che evidenzia come lo sviluppo in sistemi funzionali sia sostanzialmente un'eccezione nella storia globale.

¹²² In realtà l'errore sta nell'arroganza del mettere solo sé stessi al centro. In particolare, il rischio è di intendere tutto ciò che è moderno come "civilizzato" e tutto ciò che è premoderno come "incivile". La modernità deve invece rimanere una parola che definisca un oggetto osservato. Che poi in effetti che questa mia ultima frase sia paradossale, nel senso che io mi muovo nella modernità e quindi uso il mio (presunto) presente per creare una distinzione con un (presunto) passato, è ancora un altro problema.

¹²³ Va comunque notato che la "modernità" non è un masso erratico... si tratta di una lotta per il significato, bisognerebbe quindi parlare di modernità al plurale, nel senso che ci sono sempre anche vie tentate e non riuscite per confrontarsi alla società del rischio o voci soffocate, persino tentativi di uscirne, senza però voler tornare a una premodernità.

¹²⁴ In chiave derridiana, il dibattito funziona come *supplément*, SEIBERT 1994, p. 169 e la letteratura ivi citata.

funziona qui come sistema immunitario della società.¹²⁵ Come parlare con i giuristi moderni e scrivere una storia che sia sì critica, ma che non sembri una storia di qualcosa che loro non considerano come proprio? Ecco la domanda centrale che mi fa rigettare il metodo di Duve e accogliere quello di Luhmann. Un metodo che permetta di scrivere una storia anche psicologica, sociale, disillusa, che mostri i giochi interni fra giuristi e non la solita struttura dogmatica dietro cui amano nascondersi.

Caroni ha scritto una storia del diritto privato legata anzitutto all'evoluzione economica.¹²⁶ Anche qui si tratta della descrizione di un'influenza sovrastrutturale, di una *Überformung*. Io scelgo un'altra strada e cerco di osservare la storia del diritto come lotta per l'autonomia e lotta contro l'autonomia. Come scritto sopra: una storia della resistenza, sia da parte dei giuristi, sia da parte dei non-giuristi (che però in questa ricerca non emergono in quanto attori autonomi ma come "altra parte" costruita dal sistema, siccome – come già spiegato – la mia non è una ricerca sociologica).

Bisogna quindi accogliere la preoccupazione di Luhmann, rimanendo distanti da quelle teorie sociologiche del diritto che non descrivevano il sistema giuridico, ma anzi lo modificavano.¹²⁷ Comunque anche Luhmann va questionato: la sua teoria è utilizzabile? Questo studio sulle giurie popolari viene utile al caso: elemento silenzioso, in Svizzera spesso addirittura assente, le giurie disvelano quello che i giuristi dicono e dicevano su sé stessi grazie alla descrizione di cosa loro non sono e non erano. La policontestualità porta con sé il potenziale per scrivere questa storia senza apologeticamente dover ricorrere alla vecchia storia della continuità normativa e delle modifiche legislative fatte dal parlamento. Non è una storia del diritto dello Stato, ma del diritto *con* lo Stato. Mi sembra che la teoria della multinormatività sia invece una teoria che vuole descrivere il diritto "da fuori". Mettere l'accento sulla normatività è infatti il modo migliore per non mettere l'accento sul fatto che per il diritto moderno stesso le norme sono solo un *supplément* del modo che il diritto moderno ha di operare.¹²⁸ La norma nell'operazione giuridica moderna è in realtà ariosa, assente, oscillante. Come mostrerò nel resto di questa ricerca, la norma moderna in realtà è sempre (almeno) due norme, è uno e l'altro lato della norma come forma, è l'opinione maggioritaria e quella minoritaria che permette a una norma di avere una riserva per essere sempre anche il suo contrario. È vero,

¹²⁵ Su come Luhmann abbia immaginato il diritto come sistema immunitario v. meglio sotto, cap. 2.6.4.7; HOLMES, p. 89 ss., riprendendo Luhmann, riassume questo concetto spiegando che la società moderna si è sviluppata creando le strutture per istituzionalizzare la sua propria evoluzione. Questa costituzionalizzazione ha scaricato il diritto dalla sua funzione di garante delle gerarchie attuali, dandogli quella di programmare la sua stessa modificabilità attraverso un'alta complessità temporalizzata (e quindi: proceduralizzata) interna, in questo senso è un sistema immunitario, *ivi*, p. 95 s.

¹²⁶ CARONI 2015.

¹²⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 541 ss.

¹²⁸ Sul *supplément* vedi sotto, cap. 8.5.

i giuristi in pubblico non parlano così delle loro norme. Ma le vivono così, o perlomeno è ciò che ipotizzo e che cerco di indagare con questa ricerca. Le norme sono senza dubbio espressione di una dimensione sociale plurale, ma la questione centrale è come riescano a entrare nel sistema, loro che ne sono struttura. È necessario sottolineare il ruolo dei meccanismi di *re-entry*: qui si intravede la potenza della storia sistemica del diritto moderno intesa come storia della resistenza, ovvero resistenza da parte del diritto e resistenza da parte di chi non è nel diritto.

La teoria della multinormatività mi sembra scappi dal *blinder Fleck* del lato assente della norma e si rifugi, non stranamente invero, nella ricerca dell'abbondanza, delle tante norme come tanti *suppléments*. È una ricerca del terzo escluso, invece che sui funzionamenti del diritto in sé.¹²⁹ Visto che la norma è oscura, allora chi fa la multinormatività ne cerca altre, e altre, e altre ancora, sperando di trovare la luce. Ma porta con sé il rischio di concentrarsi – di nuovo – nel racconto dei dispositivi di dominio, omettendo di raccontare anche i dispositivi di resistenza. Resistenza di chi è nel diritto contro ciò che vuole vedere come esterno, un nemico autoprodotta. E resistenza del mondo contro la pretesa del diritto moderno di leggere il mondo con le sue nuove lenti.

2.6.3 Terminologia nella teoria dei sistemi

L'ultimo Luhmann cura la lingua e l'uso ricorsivo delle parole in modo quasi maniacale. Leggerlo è come imparare una lingua nuova. Ho deciso di compiere questo percorso perché ho ritenuto inadeguate le evoluzioni che hanno proposto alcuni suoi allievi, p.e. Teubner. Invece anche io di interporlo a piene mani, ho deciso di riproporre in italiano i suoi pensieri espressi in tedesco. È stata un'operazione ostica, dato che la sua è una lingua-matrioska, non appena si cerchi di semplificare un concetto se ne trova uno a fianco ancor più difficile che impedisce la semplificazione del concetto precedente... Ho comunque sempre cercato di riproporre tutti suoi concetti con parole mie, talvolta rimanendo comunque molto ligio al testo, sempre citando la fonte. **Esorto** chi mi legge a prendere le fonti luhmaniane originali citate nelle mie note a piè di pagina e a entrare in dialogo con me sulla loro interpretazione. Ad ogni modo ho spesso utilizzato un italiano "mio", dato che ci sono poche traduzioni convincenti a disposizione.¹³⁰

Qui di seguito mostro alcuni concetti dell'ultima teoria dei sistemi che a mio modo di vedere sono state troppo bistrattate finora dai teorici del diritto. Si tratta di arnesi del teorico e della teorica del diritto moderno. Di glossari del lessico luhmaniano già ce ne sono.¹³¹ Non si tratta qui di riscrivere quanto già scritto da loro, ma piuttosto di rendere attento chi mi legge su come ho

¹²⁹ Sul terzo escluso v. qui sotto, cap. 2.6.3.2 e 2.6.4.1.

¹³⁰ V. sopra, npp. 19.

¹³¹ V. per le voci scritte da BARALDI, CORSI e ESPOSITO.

costruito la mia cassetta degli attrezzi teorica. Situare questo breve lessico all'inizio di questo studio vale inoltre come *statement*: è un invito a non vedere la teoria dei sistemi “solo” come la teoria che parla del diritto come sistema chiuso, e così chiuderla nel cassetto delle teorie assurde. C'è un problema di comunicazione fra i teorici dei sistemi e i giuristi, penso che il modo più interessante per farli avvicinare sia mostrare che si tratta di una teoria che gioca con la logica, con la biofisica¹³² e con le prospettive d'osservazione.

2.6.3.1 Il sistema

Qualcuno senza nome e tutt'ò chiammano sistema
'O sistema ta'ncatena, 'o sistema ta'ncatena
sistema, sistema, sistema che ta'ncatena
Sistema sul lavoro sistema a casa mia
Sistema l'eroina sistema 'a polizia
Sistema 'o sango amaro rint' 'a friggitoria

Ripetuta ripetuta ripetuta brr brr
ripetuta ripetuta ripetutamente
Ripetuta ripetuta ripetuta brr brr
ripetuta ripetuta ripetutamente¹³³

La società è un sistema, in lei stanno tutte le informazioni.¹³⁴ Analizzare la società in logica policontesturale significa osservare la società moderna che, nel suo far fronte all'aumento di complessità, si è suddivisa in vari sistemi comunicativi di senso, differenziati funzionalmente. Questi vari sistemi sono ad esempio l'arte, il diritto, la religione, l'economia, lo sport, la politica, ecc. Ognuno si distingue per una propria funzione sociale e autonomamente secondo una logica evolutiva (ovvero: casuale). La logica dei sistemi moderni è cibernetica. Essi sono *nessi di operazioni* eseguite come comunicazioni che si autoproducono e continuano ad autoriprodursi basandosi sulla loro stessa struttura e sulle loro stesse operazioni, distinguendosi così dal loro ambiente. In gergo tecnico i sistemi vengono definiti autopoietici.¹³⁵

Luhmann spiega che l'autodescrizione del sistema è un'operazione. Essa non dice cosa il sistema sia, ma piuttosto costruisce ciò che corrisponde alle proprie premesse: il sistema si muove dentro delle limitazioni che gli osservatori vedono come proprie del sistema.¹³⁶

¹³² Impressionante la similitudine lessicale p.e. con ATLAN 1974.

¹³³ 99 Posse – Ripetutamente, in: NA99 10°, 2001.

¹³⁴ ESPOSITO 2001, p. 169.

¹³⁵ Cfr. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 40 s.

¹³⁶ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 500 s.

2.6.3.2 Osservazione (operazione, funzione) e costruzione del terzo escluso

Come spiega Esposito, nell'approccio wittgensteiniano nel mondo della vita¹³⁷ le operazioni distinguono oggetti ("una sedia", "un tavolo"), ovvero forme. L'operazione crea una differenza (la forma) e ne conosce solo un lato. Il senso dell'operazione lo dà la funzione, che non è uguale al risultato.¹³⁸ L'operazione del sistema, quindi, "serve" a qualcosa e crea una nuova distinzione che riduce e contemporaneamente aumenta la complessità sociale. Per il diritto, ad esempio, si tratta di **"stabilizzare le aspettative normative attraverso la regolazione delle loro generalizzazioni temporali, fattuali e sociali"**.¹³⁹

Esposito però tiene a precisare che nei sistemi sociali la distinzione fra operazione e funzione va problematizzata. L'idea di base è che tutto quello che sta all'interno del sistema è un'operazione del sistema, in realtà anche le funzioni sono operazioni (!) e prendono il nome di **osservazioni** (*Beobachtungen*). Esse sono contemporaneamente definizione (di unità) e distinzione. Le osservazioni sono operazioni di un tipo specifico e hanno un contenuto, una distinzione specifica, una binarietà che nel sistema diventa sempre oggetto di un'altra osservazione. Se le operazioni sono cieche (ovvero eseguono la loro funzione e basta), le osservazioni vedono e non vedono. Quello che vedono, il loro contenuto, non corrisponde con quello che fanno come operazioni, ovvero distinguere i due lati dell'osservazione: necessitano una seconda osservazione per vederlo, pretendono una certa distanza. Per questo si dice che sono operazioni *del* sistema, perché senza sistema non ci sarebbero.¹⁴⁰

A dipendenza del livello di osservazione, l'osservazione è osservata come unità oppure come differenza. Il problema è che, nel sistema, per definire contemporaneamente i due lati della differenza e l'unità della differenza ci vorrebbero tre valori. Dove si identificano i due valori (p.e. un lato della differenza e l'unità della differenza: "*questo* tavolo"), l'altro lato della

¹³⁷ Per la teoria dei sistemi ci sono tre forme autopoietiche: la vita, i sistemi psichici e i sistemi sociali, ESPOSITO 1991, Paradoxien, p. 40.

¹³⁸ Qui un esempio per chiarire: la funzione è orientata a guardare il tavolo e non invece a tutto ciò che sta attorno al tavolo. Il risultato sarebbe qui il tavolo. NB: questo esempio è solo una semplificazione per chi legge, che già nelle prossime righe verrà ricontestualizzata.

¹³⁹ "*Funktion der Stabilisierung normativer Erwartungen durch Regulierung ihrer zeitlichen, sachlichen und sozialen Generalisierung*", LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 131; *il diritto è importante fra l'altro anche nella relazione fra sistemi, avendo la "unangenehme Funktion, andere Systeme an etwas zu erinnern, was sie lieber vergessen würden. Auch deshalb ist Vorsicht und Zurückhaltung (judicial selfrestraint) angebracht, weil anderenfalls die Gedächtnisfunktionen anderer Systeme sabotiert werden würden"*, LUHMANN 1996 Zeit, p. 325.

¹⁴⁰ ESPOSITO 1991 Paradoxien, p. 39 ss.; anche distinguere il nostro tavolo in realtà è un'osservazione in questo senso.

differenza è nascosto e crea un'oscillazione.¹⁴¹ È quindi un continuo avanti e indietro: appena si guarda da una parte non si riesce a vedere dall'altra. Da ognuna delle due parti della differenza c'è un surplus ("Rest") che non può essere rinnegato con leggerezza: cosa si cela in ciò che non possiamo osservare? C'è sempre qualcosa di oscuro, di poco chiaro che avanza a causa della negazione dell'altra parte della differenza.¹⁴² Si tratta di due negazioni reciproche che però rendono un'asimmetria, non sono identiche. Potrebbe esserci qualcosa di terzo, ma esso è escluso, sebbene sia incluso quando si tratta di far risaltare la distinzione che si sta osservando.¹⁴³

Il terzo *deve* essere negato dagli altri due valori dato che essi non possono essere esclusi. Proprio questa situazione di esclusione del terzo valore necessario provoca indecidibilità, dato che a causa dell'oscillazione non si può mai arrivare ad una determinazione univoca (*eindeutige Bestimmung*).¹⁴⁴ In gioco c'è un punto cieco che nasconde qualcosa di fattuale e temporale:

- in senso **fattuale**, con una decisione c'è in gioco un'alternatività. A o B, dove l'elemento "o" non è elegibile, dato che forma l'alternatività (un parassita, nei termini di Serres).¹⁴⁵ È l'inclusione dell'escluso. Nemmeno il decidente fa parte dell'alternativa, è piuttosto l'autore dell'unità della distinzione.¹⁴⁶
- in senso **temporale**: sebbene il presente sia qui e ora, l'osservazione mostra un passato e un futuro, da qui la durata delle cose. Si tratta di una costruzione paradossale dato che fa stare il passato e il futuro contemporaneamente nel presente. La decisione si inserisce in questo contesto di costruzione: essa è sempre inattuale, ma sempre presente. Per questo quando la si osserva sembra innaturale, un'attualizzazione contemporaneamente di presente e futuro.¹⁴⁷

¹⁴¹ ESPOSITO 1991 Paradoxien, p. 46

¹⁴² Si pensi alle discussioni sulla veridicità delle fotografie di guerra: è più falsa una fotografia vera che omette di fotografare qualcosa di scomodo a fianco, o e più falsa una fotografia scattata a una situazione ricostruita *ad hoc*, ad esempio a un *peluche* messo in mezzo a delle rovine?

¹⁴³ ESPOSITO 1991 Paradoxien, p. 47; la questione è per ESPOSITO come marcare un oggetto come polivalente e fare in modo che così venga distinto. Qua inserisce il concetto di *modalità* ("il futuro", "il concesso", "la possibilità"), una sorta di *markers* che impediscono di vedere la distinzione come un oggetto stabilito. Ad esempio, al posto di vero/falso si usa il codice possibile/non-possibile, ESPOSITO 1991 Paradoxien, p. 55; si faccia attenzione: la modalizzazione non è uguale al metacodice inclusione/esclusione; come si può facilmente capire, cambiare codice al diritto non è proprio l'esercizio più semplice che ci sia. Ci sono però tendenze che secondo me vorrebbero sì destrutturarli, si pensi p.e. alla *transformative justice*, v. p.e. HARRIS 2011, p. 38.

¹⁴⁴ ESPOSITO 1991 Paradoxien, p. 47.

¹⁴⁵ LUHMANN 1988 Frauen, p. 63

¹⁴⁶ LUHMANN 1994, p. 20, e la relativa bibliografia citata.

¹⁴⁷ LUHMANN 1994, p. 21 s.; v. ora per un riassunto sulla decisione CONTARINI 2019 Rischio.

Laddove vengono create oscillazione e indecidibilità, ovvero dove la differenza sistema/ambiente si crea all'interno del sistema stesso, per cui il sistema diventa contemporaneamente sistema e ambiente, sorge un paradosso. Nel paradosso il terzo valore esiste in quanto escluso.¹⁴⁸ E così la decisione (giuridica) è il terzo valore escluso della decisione diritto/non-diritto. È l'unità della differenza, è essa stessa un paradosso.¹⁴⁹

2.6.3.3 Il paradosso

C'è una differenza sostanziale tra contraddizione e paradosso: la prima è una proposizione logica identica al proprio opposto, il paradosso è invece una verità al contrario, che attira l'attenzione e mostra una discrepanza.¹⁵⁰ I paradossi sono centrali nella teoria dei sistemi, soprattutto nelle dinamiche che portano a bloccarsi osservandoli¹⁵¹ e, come mostro spesso in questa ricerca, l'idea è che per "scappare" dai paradossi si distoglie lo sguardo e si osserva qualcos'altro, facendo finta di aver risolto il problema, invisibilizzandolo.¹⁵² In tedesco Luhmann esprime qui spesso il concetto di *Entparadoxierung*, che potrebbe essere tradotto con un incerto "deparadossizzazione". Parla però spesso anche di *Auflösung der Paradoxie* e di *Paradoxientfaltung* ovvero di scioglimento o sviluppo del paradosso. In questa ricerca ho deciso di rinunciare alle varie sfumature di questi tre concetti e di assimilarli tutti sotto la stessa traduzione, ovvero quella di scioglimento del paradosso.

Luhmann definisce il paradosso nel diritto come la reliquia del sistema, il suo Dio multiforme (*das Heiligtum des Systems, seine Gottheit in vielerlei Gestalt*). L'unità del sistema, definita in quanto differenza, è paradossale. Secondo Luhmann il compito (*Aufgabe*) dei tribunali al centro del sistema giuridico è proprio lo scioglimento del paradosso. L'organizzazione è quel sistema parziale che si occupa di vincolare i giudici che lì al centro operano.¹⁵³

2.6.3.4 Codice e medium (distinti dalla forma)

Ogni sistema opera secondo un codice binario, che vale come medium. Luhmann identifica ad esempio il codice del sistema giuridico come "*Recht/Unrecht*", diritto/non-diritto.¹⁵⁴

¹⁴⁸ ESPOSITO 1991 Paradoxien, p. 37 ss.

¹⁴⁹ GOEBEL 2007, p. 269.

¹⁵⁰ ODIFREDDI 2001, p. 241.

¹⁵¹ In particolare, sul "giudice di Buridano" v. sotto, 2.6.4.3.

¹⁵² "*Verlagerung des blinden Flecks des Beobachters an eine andere, weniger störende Stelle*", ovvero creare nuove identità, che sono comunque a loro volta paradossali, LUHMANN 1994, p. 26 s.; v. anche LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 546 s., con il relativo richiamo alla teoria del *supplément* di Derrida; sul confronto fra i due v. TEUBNER 2003.

¹⁵³ Cfr. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 320 s.

¹⁵⁴ Sulla traduzione di questi valori v. sopra, npp. 23

Attenzione: il codice del diritto non sono le sue norme. Il codice va infatti distinto dal programma che lo fa funzionare.¹⁵⁵ Attraverso la distinzione fra codice e programma si può risolvere il problema dell'invarianza temporale (*zeitliche Invarianz*) e della capacità del sistema di adeguarsi, ovvero: il sistema continua e continua a operare secondo il suo codice giuridico, negli anni, nei decenni, eppure riesce a cogliere le novità. È la cosiddetta chiusura operativa e apertura cognitiva.¹⁵⁶

Nella teoria dei sistemi si intende il codice del diritto come un **medium**. Il medium¹⁵⁷ nella società genera motivi per comportarsi in un modo che altrimenti sarebbe improbabile e rende quei motivi oggetto di aspettative.¹⁵⁸ Nel diritto i valori del codice (“diritto” e “non-diritto”) sono interpretati come possibilità che possono assumere diverse forme. Il medium si riproduce solo sulle (*über*) sue forme, ovvero le norme. Ogni volta che si determina una forma (norma) si cambia il diritto. Questo dettaglio è importante: date queste premesse, Luhmann ne ottiene che ogni cambiamento della norma deve ragionare su come riuscire ad appartenere al sistema giuridico così come emerso storicamente.¹⁵⁹

Il medium è più stabile della forma, dato che abbisogna solo di collegamenti allentati (*loose coupling*) fra i suoi elementi. Per chiarire, Luhmann usa l'esempio della lingua. Le lettere di un testo valgono come elementi del medium “lingua”, collegate in modo allentato (*loose coupling*): devono essere facilmente riconoscibili e portano poche informazioni. Gli elementi a loro volta sono forme negli altri media (p.e. un segno scritto è una forma nel medium della visibilità). Le informazioni si ottengono infatti solo con la costruzione di forme. Costruire forme 1) provoca sorpresa e 2) garantisce varietà, dato che si possono creare più forme per riflettere su altre forme. Il medium però rimane stabile, la costruzione di una forma infatti – così Luhmann – non consuma le possibilità del medium, ma anzi lo rigenera, dato che le forme sono più caduche del medium, lo legano e lo slegano.¹⁶⁰

La paradossalità di questa distinzione fra medium e forma è che il medium stesso è una sottocategoria della forma. Il medium è una forma che facilita il passaggio da una parte all'altra di una forma.¹⁶¹ La differenza fra medium e forma è simile all'asimmetria che intercorre fra ambiente e sistema¹⁶² ed è difficile da cogliere. Essa sta sostanzialmente nel rapporto che si ha con gli elementi del sistema: se il medium ha un legame allentato,

¹⁵⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 165 ss., sebbene noti in una parentesi (p. 165) che comunque i codici sono strutture...

¹⁵⁶ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 193.

¹⁵⁷ Come pure l'organizzazione, che esploro sotto, cap. 6.3.2.

¹⁵⁸ ESPOSITO 2001, p. 196.

¹⁵⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 193.

¹⁶⁰ LUHMANN 1997 (1995), p. 170 ss.

¹⁶¹ LUHMANN 2003 (1991) Risikos, p. 81.

¹⁶² Così in una nota LUHMANN 1997 (1995), p. 169, npp. 10.

la forma ha un legame forte con gli elementi.¹⁶³ Dato che i sistemi autopoietici sono composti solo da operazioni, 164 gli elementi collegati dal medium sono operazioni.¹⁶⁵

2.6.3.5 La forma

Il codice binario del diritto moderno è una differenza che si può riprodurre autopoieticamente solo grazie all'adozione di altre differenze, ovvero, altre forme.¹⁶⁶ Luhmann sottolinea che bisogna distinguere tra forme ed elementi. L'elemento (l'operazione) è definito come un'unità che non può auto-informarsi e che viene distinta (ovvero: costruita) da un sistema osservante. Un elemento può solo essere pensato in legame con qualcos'altro.¹⁶⁷ Una forma è invece la distinzione di una parte interna da una parte esterna; è una differenza che distingue un dentro e un fuori, senza però che il dentro sia più importante del fuori.¹⁶⁸ Visto che fare una distinzione è comunque di per sé già un distinguere,¹⁶⁹ le forme sono ottenute in un medium attraverso un legame solido (*feste Kopplung*) degli elementi del medium. I due lati della forma sono premessi: le forme sono costruite attraverso il legame solido delle possibilità (*feste Kopplung der Möglichkeiten*) che un medium dà.¹⁷⁰

La forma distingue sé stessa (la forma interna della differenza) dalle altre possibilità offerte dal medium (la forma esterna della differenza).¹⁷¹ I media e le forme hanno quindi un rapporto circolare fra loro: i media sono riconoscibili solo per le loro forme, che nel loro essere così costruite sono contingenti, così Luhmann, ma permettono a quel medium di esistere¹⁷² (si pensi qui al medium "diritto" e alla forma "norma"). La differenza forma/medium è a sua volta una forma molto particolare, dato che non lascia che la forma esterna della differenza sia offuscata (*umarked state*),¹⁷³ non lascia insomma che nell'oscillazione tra differenza e contenuto della differenza, l'altro lato della differenza rimanga lasciato a sé stesso.

Quindi: la particolarità della differenza fra norme e diritto è che non si può dire che il diritto non sia composto da norme! Questo si potrebbe invece dire nella differenza fra il tavolo e il suo ambiente: esso è non-tavolo. In questo senso le forme che distinguono forma/medium sono particolari e sono figlie di un'evoluzione propria, così Luhmann. Sono più forti e si riescono a

¹⁶³ LUHMANN 1997 (1995), p. 167.

¹⁶⁴ LUHMANN 1996 Zeit, p. 317.

¹⁶⁵ ESPOSITO 2001, p. 197.

¹⁶⁶ LUHMANN 1997 (1995), p. 190.

¹⁶⁷ LUHMANN 1997 (1995), p. 172.

¹⁶⁸ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 441.

¹⁶⁹ v. LUHMANN 2003 (1988), p. 17.

¹⁷⁰ LUHMANN 1997 (1995), p. 169.

¹⁷¹ LUHMANN 1997 (1995), p. 169.

¹⁷² LUHMANN 1997 (1995), p. 168, richiamando la teoria del Chaos di inizio Ottocento.

¹⁷³ LUHMANN 1997 (1995), p. 169.

imporre più del medium. Ma visto che è il medium ad essere composto da elementi, esso limita ciò che ci si potrebbe fare, esclude l'arbitrarietà (*Beliebigkeit*) della forma¹⁷⁴ (ecco il senso della circolarità).

2.6.3.6 Il programma del sistema

Il programma del sistema permette al codice di funzionare. permette la bistabilità del sistema e la relativa insicurezza del futuro,¹⁷⁵ ovvero permette che di fronte ad una comunicazione il sistema giuridico possa sempre chiedersi se questa comunicazione sia giuridica o meno. Come la decisione nell'osservazione, anche il programma è un terzo escluso: separandolo dal codice permette che esso funzioni in modo binario, dandogli le indicazioni per operare.¹⁷⁶

Anche nella teoria del diritto classica la norma viene chiamata "programma condizionale", espresso dalla formula "se succede x (i fatti)... allora deve succedere y (la sanzione)". Per la teoria dei sistemi il programma non è concepito in questo senso determinista: essendo escluso dall'operazione del codice, il programma è ciò che riporta nel sistema, attraverso un *re-entry*, la differenza fra auto- ed eteroreferenza e la differenza fra passato e futuro, proponendo così cosa sia "diritto" e cosa sia "non-diritto" e permettendo di stabilizzare le aspettative controfattuali.¹⁷⁷ In questo senso la norma è una forma.

2.6.3.7 Lo schema

Luhmann richiama il concetto di "schema" come sinonimo di "script", "mappa cognitiva", "frame", la cui funzione è di inibire la dimenticanza (*Inhibierung des Vergessens*).¹⁷⁸ Una "forma di fissaggio di un accordo di contingenza di livello superiore", "un'interazione reciproca autoreferente".¹⁷⁹ Uno schema è una forma particolare, per la quale quando si parla di una parte della forma, si intende sempre anche l'altra parte. Questo provoca che quando la comunicazione si concentra su una parte della forma, non può escludere che si passi poi dall'altra parte. Lo schema trattiene tutto ciò che viene lasciato alla dimenticanza, c'è però solo, così Luhmann, quando lo si utilizza. Lo schema corre parallelo alla scrittura, come un articolo di legge che porta "con sé" anche tutti i verbali assembleari che lo

¹⁷⁴ LUHMANN 1997 (1995), p. 170: qui fa l'esempio di una somma di denaro. Il denaro è un medium e non si oppone al pagamento di un determinato prezzo. Il denaro però c'è solo finché ce n'è.

¹⁷⁵ Cfr. LUHMANN 1988 Frauen, p. 61.

¹⁷⁶ LUHMANN 1988 Frauen, p. 63 s.

¹⁷⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 195 ss.

¹⁷⁸ LUHMANN 1996 Zeit, p. 317.

¹⁷⁹ "Form der Fixierung eines höherstufigen Kontingenzarrangements", "selbstbezügliche Wechselwirkung", LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 415, npp. 17, citando Novalis.

hanno creato, sempre consultabili. Il sistema sociale, che è composto solo da operazioni, cerca lo schema nella coscienza dei singoli individui, questi lo cercano nel loro cervello. Lo schema è quindi utilizzato in modo molto aperto nei confronti del futuro, non perché stabilisca il futuro, ma perché mette a disposizione una suddivisione (*Trennung*) fra passato e futuro.¹⁸⁰ Gli schemi non sono immagini – spiega Luhmann – ma prodotti della capacità immaginativa, sono prodotti dell’astrazione e così vengono riprodotti.¹⁸¹

2.6.3.8 L’accoppiamento strutturale

I sistemi autopoietici sono operativamente chiusi, ma cognitivamente aperti. Il sistema non può però produrre le condizioni di esistenza del suo ambiente. L’idea di Luhmann è che l’accoppiamento strutturale, dato dalla struttura, definisca lo spazio di possibilità ambientale che permette l’autoipoiesi. Questo è un punto centrale della teoria policontesturale che contraddistingue il pensiero di Luhmann e che spesso viene oscurato da chi discute di autoipoiesi: la dipendenza del sistema dall’accoppiamento strutturale. Non c’è autonomia funzionale senza accoppiamento strutturale, dato che l’autonomia del sistema si sviluppa solo all’interno di questo accoppiamento strutturale e solo qui riesce a neutralizzare le perturbazioni non previste.¹⁸² L’accoppiamento garantisce una protezione dalla pressione ambientale, potendosi così il diritto concentrare su determinati disturbi che cercano di deformarlo.¹⁸³ Questo non significa comunque che ci sia un adeguamento automatico all’altro sistema, non c’è nemmeno una fusione, né una coordinazione stabile.¹⁸⁴ C’è solo contemporaneità, non sincronizzazione.¹⁸⁵

La critica a questa idea fondante della teoria dei sistemi è variegata. Sostiene ad esempio Ferrari che il concetto di “accoppiamento strutturale” sarebbe solo metaforico.¹⁸⁶ Eppure: dato che il diritto ha un effetto che si disperde nell’ambiente (cosa che – sostiene Luhmann – quindi rende impossibile che il sistema giuridico impari da sé stesso e operi solo su sé stesso), l’accoppiamento strutturale permette al sistema di non auto-aggregarsi.¹⁸⁷ L’accoppiamento strutturale (p.e. con la politica, ovvero p.e.

¹⁸⁰ LUHMANN 1996 Zeit, p. 317 ss.

¹⁸¹ LUHMANN 1996 Zeit, p. 328.

¹⁸² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 566.

¹⁸³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 445.

¹⁸⁴ ESPOSITO 1995 Accoppiamento.

¹⁸⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 443.

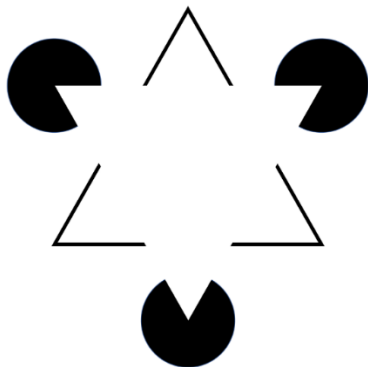
¹⁸⁶ VINCENZO FERRARI, Norme e sanzioni sociali, in: Enciclopedia Treccani online, Enciclopedia delle scienze sociali (1996) (http://www.treccani.it/enciclopedia/norme-e-sanzioni-sociali_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/). La critica è basata, come ho già mostrato, sulla questione del ruolo del soggetto: “rimuovendo dalla scena i soggetti e le loro opzioni interpretative, trascurano il fatto che l’interazione sociale può essere caratterizzata da incomunicabilità”.

¹⁸⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 568

per il mezzo delle leggi) garantisce che il sistema giuridico possa continuare a sorprendersi nella contemporaneità delle sue operazioni (per il diritto: che continuino ad arrivare richieste di correzione del diritto), elaborando strutture ricettive che permettano di evitare che di fronte alle sorprese ci siano solo costanti delusioni,¹⁸⁸ che come effetto porterebbero ad un annullamento della struttura giuridica stessa.¹⁸⁹

2.6.3.9 *Il re-entry*

Il *re-entry* è quella particolare forma cibernetica delle teorie circolari che fa accadere qualcosa di successivo, dato che esso stesso si era anticipato, diventando storia di sé stesso. Un esempio sono i sondaggi che si auto-avverano, o l'effetto Pigmalione (profezia che si autorealizza) nella psicologia del bambino.¹⁹⁰ Un buon esempio di cosa sia il *re-entry* è la famosa illusione ottica del triangolo di Kanizsa, che porta l'osservatore a creare un triangolo bianco sebbene esso non ci sia:



Triangolo di Kanizsa.
Fonte dell'immagine:
Wikipedia

2.6.3.10 *Il crossing*

Per riuscire a rendere il sistema autonomo e autoproduttivo, ovvero per ottenere la chiusura autopoietica (sta a dire: far sì che il diritto decida in base al diritto e strutturi nel diritto le sue condizioni di esistenza – e non operi p.e. secondo la morale o secondo condizionamenti politici), il sistema necessita di un *crossing*, ovvero l'applicazione del codice al codice stesso. Ciò può succedere p.e. quando una seconda istanza si chiede se la decisione giuridica della prima istanza sia stata presa conformemente al diritto, ma succede anche quando la stampa analizza le motivazioni giuridiche della sentenza, quando cioè il diritto diventa pubblico.

Dal punto di vista teorico il *crossing* è il passaggio da un valore all'altro del codice (medium) del diritto, è ciò che permette la tecnicizzazione del

¹⁸⁸ Sulle aspettative normative e le delusioni v. sotto, cap. 9.3.3.1.

¹⁸⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 443 s.

¹⁹⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 89 s.

diritto. È quel momento in cui, osservando la stessa forma, il diritto decide che una comunicazione non è giuridica. Questo passaggio da una parte all'altra è piuttosto semplice. Luhmann spiega che sono necessarie poche condizioni, in particolare non è rilevante chi si occupi di fare il *crossing* (segnando qui una diversità dalla società attuale), come nemmeno lo è il senso che il mondo attorno al diritto vuole dare a quel passaggio (non dando peso quindi p.e. alla critica politica).¹⁹¹ A causa del *crossing* improvvisamente anche il valore negativo non-diritto può avere delle conseguenze giuridiche. Questo succede attraverso il simbolo della validità (“questa regola vale o no?”),¹⁹² dato che un’aspettativa può essere dichiarata come illecita con la consapevolezza che per altri essa potrebbe valere come lecita, per poi essere riletta di nuovo in base al diritto ed essere dichiarata lecita, e così via. Un’oscillazione paradossale tra norma valida e norma non (più?) valida. Il simbolo della validità è ricorsivo, si riproduce permanentemente e descrive la stabilità dinamica del sistema.¹⁹³

2.6.4 Approccio teorico: iniziare dalla circolarità dell’obbligo di decidere

2.6.4.1 Il punto d’accesso: la “follia” dell’obbligo di decidere e il terzo escluso

Storicamente si intravedono momenti dove fu improvvisamente chiaro a tutti che il diritto della nuova società moderna e illuminata stava prendendo una strana strada poco logica. Si era infatti deciso che i giudici avrebbero dovuto giudicare sempre una causa legale che fosse stata portata davanti a un giudice, il cosiddetto divieto di diniego di giustizia, anche laddove non si riuscisse a trovare una soluzione chiara del problema nella legge.¹⁹⁴ Per Portalis, il legislatore di Napoleone, ben più “folle idea” sarebbe stato infatti cercare di prevedere una decisione per ogni caso, scrivendo una sorta di

¹⁹¹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 183.

¹⁹² Si pensi a quel che si dice a un bambino che bara a nascondino: “non vale!”. Quando un atto vale? Quando un atto non vale? Nel diritto moderno il simbolo di validità richiama la contingenza - e quindi la modificabilità - del sistema: vale quando il sistema decide che vale. La contingenza è proprio la cifra del cambiamento del diritto nel suo rapporto con il tempo, v. THIER 2017, p. 30, che sottolinea l’importanza del pensiero di Bentham in questa evoluzione; GOEBEL 2007, p. 272, ricorda che la contingenza è sia poter sempre essere qualcos’altro, ma anche essere dipendente da qualcos’altro: ovvero dipendente dal mondo esterno che il sistema stesso si immagina. Pensare solo alla dogmatica porterebbe quindi il diritto alla rovina.

¹⁹³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 106 s.

¹⁹⁴ Prima dell’Ottocento i tribunali non erano il centro del sistema giuridico, c’era ad esempio la possibilità di inviare gli atti di causa a un’università per una perizia giuridica, oppure di rinviare la causa all’istanza politica, FÖGEN 2006, p. 45 s.; v. anche OGOREK 2008 (1983), p. 53, che nota pure la consapevolezza del tribunale del suo ruolo sociale proprio chiedendo all’università di decidere; sul ruolo dell’obbligo di decidere v. anche sopra, cap. 2.6.4.1.

codice totale che contenesse ogni soluzione. Pensare di limitare così i giudici era a suo modo di vedere un'idea semplicemente "puerile".¹⁹⁵

Decidere in un conflitto è diverso rispetto a scrivere un contratto o emanare una legge. Questi documenti – giuridici – non sono frutto di un obbligo, per definizione sono atti "volontari", consensuali. I giudici moderni¹⁹⁶ di fronte ad una causa giudiziaria sono invece obbligati a decidere, anche se non vogliono. Persino la decisione di non entrata in materia, è una decisione giuridica.¹⁹⁷

C'è però un problema paradossale di fondo: come spiega Luhmann, citando von Foerster,¹⁹⁸

ci sono decisioni solo se si è di fronte a qualcosa di principio indecidibile (non solo: di indeciso!). Altrimenti la decisione sarebbe già decisa e dovrebbe essere solo essere riconosciuta.¹⁹⁹

Alcuni storici e teorici dei sistemi hanno basato le loro ricerche proprio su questo punto. Così p.e. Goebel commentando l'unificazione del Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 (CPC).²⁰⁰ Fögen ricordava che la decisione non è né trovare, né risolvere qualcosa

¹⁹⁵ Cfr. FÖGEN 2006, p. 46; queste la parole di Portalis: "*Il est donc nécessairement une foule de circonstances dans lesquelles un juge se trouve sans loi. Il faut donc laisser alors au juge la faculté de suppléer à la loi par les lumières naturelles de la droiture et du bon sens. Rien ne serait plus puéril que de vouloir prendre des précautions suffisantes pour qu'un juge n'eût jamais qu'un texte précis à appliquer. Pour prévenir les jugements arbitraires, on exposerait la société à mille jugements iniques, et, ce qui est pis, on l'exposerait à ne pouvoir plus se faire rendre justice: et avec la folle idée de décider tous les cas, on ferait de la législation un dédale immense dans lequel la mémoire et la raison se perdraient également*", PORTALIS 1844 (1800), p. 157 (grassetto mio).

¹⁹⁶ Sulla modernità liberale v. sotto, cap. 5.3.1.

¹⁹⁷ Questo significa che la gestione della paradossalità del sistema compete a loro, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 320; per proporre un controesempio ancora attuale: in politica se il parlamento non vuole emanare una legge non lo fa e basta, cfr. p.e. art. 75 cpv. 1 Legge federale sull'Assemblea federale del 13 dicembre 2002 (LParl 2002). Inoltre nei parlamenti in genere non c'è l'obbligo di partecipare alle sedute (p.e. art. 10 LParl 2002), ma esso è solo simbolico. Addirittura l'art. 159 Costituzione federale del 18 aprile 1999 (Cost. 1999) statuisce che per deliberare basta che sia presente la maggioranza dei membri del parlamento. Inoltre se qualcuno manca non bisogna certo rifare l'intera discussione; in questo senso si nota una certa similitudine tra il parlamento e la giuria, dato che spesso nelle leggi sull'organizzazione delle giurie si riteneva valido anche il verdetto emanato senza che tutti i giurati fossero presenti.

¹⁹⁸ Cfr. LUHMANN 1994, p. 19, e la relativa bibliografia.

¹⁹⁹ "*Entscheidungen gibt es nur, wenn etwas prinzipiell Unentscheidbares (nicht nur: Unentschiedenes!) vorliegt. Denn andernfalls wäre die Entscheideu schon entschieden und müsste nur noch 'erkannt' werden*", LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 308; si noti qui il problema di traduzione di "erkannt", nel campo semantico della parola giuridica "Erkenntnis" per cui – al netto dell'inservibilità della traduzione "conoscenza, cognizione" – manca un corrispondente efficace. Il concetto di "Erkenntnisverfahren" viene tradotto in Svizzera con un culturalmente distante "procedura di giudizio".

²⁰⁰ GOEBEL 2007, p. 269.

(*Erkenntniss, Findung, Lösung*). Secondo lei si può decidere solo quando e perché non si può decidere.²⁰¹ Vesting sostiene che l'utilizzo della norma giuridica permette di rendere decidibile una questione indecidibile, facendo restare nell'interpretazione giuridica il momento misterioso e enigmatico (*mysteriöse, rätselhafte Moment*).²⁰² Eccoci quindi di fronte al problema assurdo che i giudici moderni, con l'aiuto dei giuristi e degli avvocati, decidono qualcosa che non potrebbero decidere. Il senso lo chiarisce Goebel: la decisione giuridica è un tipo di *management* del paradosso nel sistema giuridico.²⁰³ Il cosiddetto divieto di diniego di giustizia causa circolarità fra il momento legislativo e il momento applicativo. Il diritto stesso descrive la sua struttura come gerarchica, ovvero si descrive ponendo il parlamento e le sue leggi sopra, il tribunale invece sotto. La realtà è che proprio perché il giudice deve decidere (non se ne può andar via a metà della causa!) c'è una relazione di andare e venire fra la legge e il giudizio, paritaria e non gerarchica.²⁰⁴ Questionare il sistema giudiziario partendo dalla libertà del giudice di fronte all'obbligo di decidere permette quindi di individuare il momento paradossale nel diritto e di disegnare una storia evolutiva della gestione di questo paradosso.²⁰⁵

2.6.4.2 La decisione e l'inserimento del tempo nel tempo

Le decisioni di un tribunale presentano sé stesse come risultato di un passato imm modificabile e, attraverso il processo, ricostruiscono una possibilità di alternatività decisionale attraverso la quale si decide verso un futuro ignoto, cercando di far pensare il mondo come diverso dal suo passato una volta che è stata presa la decisione. La decisione è sempre inattuale²⁰⁶ e viene presa seguendo una procedura a due livelli: anzitutto si statuiscono le premesse per decidere, incluso secondo quali norme, e poi si vede cosa decidere, consapevoli che un'altra decisione sarebbe sempre stata

²⁰¹ Addirittura non-decidere è decidere, ma questo strumento i giudici non possono usarlo, FÖGEN 2006, p. 37 s.

²⁰² La teoria del diritto deve quindi studiare lo scioglimento del paradosso della decisione, VESTING 2015, p. 138 s.; cosa che compio con questa ricerca.

²⁰³ GOEBEL 2007, p. 270.

²⁰⁴ La legge del legislatore può al massimo cercare di influenzare un tribunale, che può sempre – giuridicamente – decidere altro, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 85; sulla gestione del fenomeno della doppia modalizzazione v. sotto cap. 8.5.

²⁰⁵ Sull'evoluzione della comprensione dei giudici per il loro ruolo sociale nei confronti della decisione di una lite giudiziaria a fine Settecento, con la relativa immagine ancora politica del giudice v. OGOREK 2008 (1983), p. 64 s. In particolare, il giudice libero faceva paura al governo, a causa della sua possibilità di svolgere un ruolo di opposizione, e alla borghesia, che aveva sì bisogno di un giudice indipendente, ma non di una giurisprudenza senza limiti. Qui si capisce come mai essa ha sempre cercato mitologie per legarlo alla sua volontà politica, connotandolo come giudice-macchinetta.

²⁰⁶ LUHMANN 2005 (1996), p. 34 s.

possibile.²⁰⁷ L'altra decisione, quella che non è stata presa, crea un rischio. C'è sempre qualcun'altro che può cercare di compiere un'operazione del sistema e proporre l'altra decisione come altrettanto valida.²⁰⁸ La decisione trasforma una contingenza aperta in una contingenza chiusa. Come spiega Luhmann, si tratta di un *re-entry*, l'inserimento del tempo nel tempo: la differenza tra passato e futuro è premessa e contemporaneamente conseguenza della decisione. La decisione è quindi una forma temporale. Gli effetti che porta con sé sono imputati alla decisione, anche se in realtà non si è mai sicuri se veramente non ci siano rapporti causali più complessi fra gli effetti e la loro storia. La decisione si fa decidibile, sfruttando il fatto che il futuro è sconosciuto a tutti e gli può dare strutture, ovvero creare spazi di aspettativa creando memoria.²⁰⁹

La proposta teorica sul tempo di Luhmann è diversa rispetto alla concezione che di solito abbiamo. La decisione si mette contro il tempo, ovvero pretende che il passato lasci libere opzioni future. Fa diventare degli altri "prima" improvvisamente dei "dopo", proietta nel futuro incerto delle differenze ("potrà succedere questo, o anche quest'altro"). Il passato e il futuro vengono trattati nello stesso modo, il presente viene sciolto in una differenza, non permettendo al tempo semplicemente di passare come passerebbe. Una decisione crea una nuova storia, questo permette di attribuirle una causalità nonostante la complessità. Progettando il futuro crea e sfrutta l'ignoto, la decisione diventa quindi decidibile grazie a sé stessa.²¹⁰ Un bel paradosso, peraltro ben conosciuto dai logici, che hanno creato il cosiddetto assioma della scelta, che permette di compiere scelte arbitrarie.²¹¹

A sentire Luhmann, pensare la decisione semplicemente come una scelta informata fra due possibili alternative possibili questiona due elementi: da un lato la razionalità della decisione, dall'altro la persona del decidente (nonché come derivazione di questo approccio: l'ordine gerarchico). A dire

²⁰⁷ LUHMANN 2005 (1996), p. 32 ss.; l'alternatività, rappresentata dal "o" fra le due alternative, è l'inclusione della variante esclusa, un parassita nei termini di Serres, LUHMANN 1994, p. 20.

²⁰⁸ Grazie a questa oscillazione il diritto garantisce la chiusura operativa, ovvero opera solo secondo le norme giuridiche (e non, p.e. alla morale), ma riesce a rimanere cognitivamente aperto alle informazioni da osservare. La forma tipica della chiusura normativa è il programma condizionale (se ... allora...), ovvero: la norma. v. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 79 ss., in particolare 86.

²⁰⁹ LUHMANN 2005 (1996), p. 34 ss.

²¹⁰ LUHMANN 2005 (1996), p. 35 ss.; diventa tutto molto chiaro quando si approccia lo studio della Storia: è difficilissimo prevedere cosa è stato detto nel passato, si possono fare solo previsioni, poi si cercano le fonti, sapendo però che esse potrebbero essere menzognere. La Storia come scienza è quindi futuro, non certo passato (questo mio pensiero si ritrova in forma simile anche *ivi*, p. 37); un esempio operativo che è materia di tutti i giorni per capire questo paradosso: quando io su word scrivo una parola, poi la cancello, e poi clicco "indietro" per farla riapparire, sono andato nel futuro o nel passato?

²¹¹ ODFREDDI 2001, p. 253; che spiega anche problemi sorti con i pensieri di Gödel, che elaborò la frase 'io non sono dimostrabile' scoprendo "che la nozione di verità è più complessiva di quella di dimostrabilità", ODFREDDI 2001, p. 149.

del teorico bisogna descrivere questa scelta in modo più complesso.²¹² I sistemi sociali sono portati a decidere per riuscire a tenere conto delle modifiche temporali del loro ambiente. Come appena visto, le decisioni sono momenti fissi nel loro presente, ricostruiscono un'alternatività, trasformando una contingenza aperta in una contingenza chiusa, facendo sì che ci sia una sola variante.²¹³ Bisogna fare attenzione alla portata informativa che permette di costruire questa contingenza: le informazioni sono elementi che attirano l'attenzione del destinatario, solo se il destinatario già le conosce (si tratta, ovviamente, di un approccio sistemico radical-costruttivista). Come si può infatti essere veramente sorpresi di fronte a qualcosa di sconosciuto? È necessario che si sia perlomeno già sorprendibili. Il sistema deve quindi avere dentro di sé delle aspettative che rendano l'informazione come conosciuta, anche se in realtà era sconosciuta. Questo è ciò che si intende per chiusura operativa del sistema e prevede un approccio proattivo del sistema stesso, che si occupa di intercettare "volitivamente" (*volitives Moment*) le informazioni dal suo ambiente per potersi riprodurre.²¹⁴ In questo senso bisogna ribadire che l'ambiente è una creazione del sistema, e quindi anche l'informazione.

Certo, il sistema si muove all'interno del suo ambiente, ma in senso batesoniano: solo dopo che la persona ha operato un'azione, allora può renderne conto. E sempre in senso batesoniano la decisione ha quindi funzione terapeutica²¹⁵: la procedura decisionale, che sembra orientata al futuro, avviene in realtà in senso retrospettivo. Ne deriva che la decisione non è una scelta e che più che ciò che è stato deciso, conta come è stata presa la decisione.²¹⁶ In sostanza, scegliere diventa sciogliere²¹⁷ il paradosso del tempo attraverso l'inserimento del tempo nel tempo.

2.6.4.3 Il giudice di Buridano e il problema del paradosso della decisione

Il giudice sa che decidere è un problema e può fare paura. In un sistema l'unica cosa certa è l'incertezza del futuro, peraltro causata proprio dalle sue

²¹² LUHMANN 2005 (1996), p. 33.

²¹³ LUHMANN 2005 (1996), p. 33 s.

²¹⁴ LUHMANN 2005 (1996), p. 32, che definisce infine le informazioni come il *Sensomotorik* del sistema.

²¹⁵ LUHMANN 1993 Moral, p. 999, discute apertamente dell'uso di *shocking paradoxes* come *societal therapy*. L'uso qui di saperi di altre discipline, *in casu* della psichiatria e della psicanalisi della terapia familiare, è un modo per parlare **con** i giuristi e non solo parlare **dei** giuristi, per cercare dei modi di osservazione che siano realistici anche se usano una lingua diversa dalla quotidianità professionale. Sul rapporto tra diritto come sistema immunitario e diritto come elemento terapeutico v. la breve critica di TEUBNER 2003, p. 44.

²¹⁶ LUHMANN 2005 (1996), p. 33; sulla scuola di Palo Alto v. WATZLAWICK/BEAVIN/JACKSON 1971 (1967), su quella di Milano SELVINI PALAZZOLI ET AL. 2003.

²¹⁷ ODIFREDDI 2001, p. 153, indica che "la soluzione dei paradossi può quindi venire soltanto da una teoria che colleghi le affermazioni del linguaggio ai fatti del mondo".

decisioni, nonostante una sentenza venga redatta come se creasse certezza.²¹⁸ Nella prassi è noto che ci sono giudici decisionisti, che non se ne curano troppo, altri invece possono rivelarsi molto timorosi e vivere delle vere e proprie situazioni di blocco. Il futuro d'altronde è oscuro a tutti, nell'oscillazione fra l'una e l'altra possibile decisione può essere drammatico, se il giudice non riesce a trovare differenze per propendere da una o dall'altra parte.²¹⁹ Questa condizione è immanente peraltro nel processo moderno, che è per definizione ugualitario. Per affrontare meglio questo tema ho deciso di affidarmi ad una famosa storiella, il paradosso dell'asino di Buridano.²²⁰ Il ciuco della storiella si trovava assetato e nella scomoda situazione di avere un secchio d'acqua alla sua destra (A) e un altro secchio d'acqua alla sua sinistra (B). Non avendo elementi per propendere se bere da una parte piuttosto che dall'altra, ebbe un blocco e morì di sete.

Provo a disgregare la storiella. L'asino prima di morire poteva scegliere il secchio d'acqua A o il secchio d'acqua B. Ma secondo quali criteri avrebbe dovuto scegliere? Non appaiono, nella storia, punti di appoggio. Devo fare un'*ipotesi I*: agli occhi dell'asino i due secchi erano indistinguibili, il secchio A e il secchio B come contemporaneamente identici e opposti. Uguali benché diversi, diversi benché uguali. Un paradosso, una contraddizione? È una situazione strana. Come osservatori notiamo che la scelta dell'asino in sé è logica: se non ci sono discriminanti per scegliere, perché mai bisognerebbe scegliere?²²¹ Qualsiasi scelta sarebbe infatti contraddittoria: non avrebbe motivi su cui fondarsi – e chissà nella mente dell'asino quanti motivi fondavano l'auto-convincimento che era meglio non andare a nessuno dei due secchi. Proprio perché l'operazione dell'asino in fondo in fondo è logica, non stupisce molto che Spinoza non disse che l'asino di Buridano era cretino, ma semplicemente pazzo, non era da stimare per quella sua indecisione.²²² Ma

²¹⁸ La bella formulazione „*Die einzige Invariante des Systems ist die selbsterzeugte Ungewißheit seiner eigenen Zukunft*”, LUHMANN 2002, p. 68, vale in genere per la teoria dei sistemi in chiave autopoietica.

²¹⁹ Sui “terribili tormenti” che comporta una decisione individuale così come narrata da Dostoevskij nel “I fratelli Karamazov” (1880) v. GARRÉ 2011 *Inquisizione*, p. 546

²²⁰ Ho cominciato a ragionare sulla storiella dell'asino di Buridano tempo fa. Ho notato che lo si ritrova spesso anche nei ragionamenti della teoria dei sistemi, interpretato anche in modo diverso dal mio, v. p.e. LUHMANN 1990 (1984), p. 562 e LUHMANN 2003 (1988), p. 20.

²²¹ D'altronde come indica ESPOSITO 2003 (1992), p. 74, “*Eine völlig symmetrische Unterscheidung unterscheidet nichts*”.

²²² Lo sosteneva nell'Etica, qui citato da CLARK 2004, p. 12; la scuola di Palo Alto ha posto innovazioni psichiatriche proprio ragionando su questi temi, definendo il paradosso come “una contraddizione che deriva dalla deduzione corretta da premesse coerenti”, WATZLAWICK/BEAVIN/JACKSON 1971 (1967), p. 181; si noti che il gruppo di Palo Alto basava la sua teoria della schizofrenia sulla teoria dei tipi logici del matematico Russel e da lì sviluppò lo studio della comunicazione basandosi sui modi con cui ci influenziamo attraverso il “carattere di messaggio” dei nostri comportamenti, e quindi in base alle reciproche conferme e disconferme, v. SELVINI PALAZZOLI ET AL. 2003, p. 6 s.; sul codice come messaggio, v. ora CARONI 2018, che però non si spinge fino a psichiatrizzare l'analisi.

fermare l'analisi della situazione alla follia è evidentemente riduttivo, per questo Leibniz, confrontandosi pure lui con la storiella, fuggì, ricordando che in realtà non esistono due secchi d'acqua identici.²²³

Poniamo allora una nuova situazione, l'*ipotesi 2*: poniamo che, senza spiegazioni, a fronte dell'identità dei due secchi diversi, l'asino scelga arbitrariamente l'acqua A. Scegliendo A, l'asino sceglie contemporaneamente di non-scegliere B. Cosa che, da un'ottica esterna, provoca una messa in discussione della scelta: perché l'asino ha fatto una differenza? Perché ha preferito A, se non aveva motivi per dire che era meglio? Posso rispondere che l'asino ha scelto così – e basta: non aveva certo tempo di star qua a discutere. D'altronde aveva sete. E infatti non troviamo nulla di paradossale nell'idea che l'asino vada a bere al secchio A piuttosto che al B, sebbene non sia logico.

Dove sta la differenza fra i due casi? Il problema è dato dall'operazione scegliere/non-scegliere. Nell'*ipotesi 1* l'asino non-sceglie un secchio – il che corrisponde a scegliere di non-bere. Nell'*ipotesi 2* invece l'asino sceglie un secchio, scegliendo di bere. Il paradosso sta nel riutilizzo dell'operazione scegliere/non-scegliere per giudicare l'operazione scegliere/non-scegliere. Il fatto che l'asino scelga di non-bere pur di non-scegliere, dal nostro punto di osservazione non lo libera dal fatto di aver fatto una scelta. Quando lo stesso codice scegliere/non-scegliere viene sovrapposto a sé stesso provoca il paradosso di aver scelto di morire di sete di fronte a un secchio d'acqua pieno. Dobbiamo però essere attenti a non peccare di arroganza. Nell'*ipotesi 1* l'asino non necessariamente si è bloccato perché non è stato capace di osservare l'assurdità di scegliere di non-scegliere. L'asino potrebbe anzi aver proprio fatto questa operazione mentale: essersi osservato nel non-scegliere l'acqua, essersi osservato nello scegliere la morte ed essersi chiesto perché scegliere la vita dovrebbe essere meglio che non-sceglierla. E da qui essersi bloccato, ovvero aver deciso che la vita non ha valore, per chissà quale motivo. Il problema non è assolutamente triviale: il codice vita/morte in realtà è solo una sovrapposizione, una mediatizzazione, che però non risolve il problema del paradosso della scelta, visto che non è sempre vero che il valore "vita" predomina sul valore "morte".²²⁴ Al netto di queste riflessioni si può dire che, scegliendo di scegliere, decidendo, l'asino squarcia la dimensione logica paradossale, buttandosi potenzialmente in un altro paradosso. Come visto, il paradosso lo vediamo solo quando applichiamo da

²²³ LEIBNIZ 1900 (1791), p. 112, negli *Essais de la justice de Dieu et la liberté de l'homme dans l'origine du mal, Première partie*, punto 49 (ringrazio wikipedia per il prezioso indizio).

²²⁴ Questo tema è stato trattato con rara chiarezza nel film su Batman "Il cavaliere oscuro" di Christopher Nolan (2008): entrambi i gruppi di prigionieri (che sapevano d'aver vicendevolmente detonatori per far esplodere le due navi su cui i due gruppi sono tenuti in ostaggio) decisero infatti il valore "morte" per sé e così non trasformarsi in assassini – e per questo riuscirono a sopravvivere, siccome i prigionieri di entrambe le navi scelsero quel valore "morte".

fuori il valore operativo della decisione dell'asino alla sua decisione. Quando facciamo un'osservazione, insomma.²²⁵ La forma del paradosso “serve solo all'auto-inganno dell'osservatore di secondo ordine” (*dient nur der Selbstverblüffung des Beobachters zweiter Ordnung*).²²⁶

Luhmann ritiene che i paradossi creino situazioni di blocco, il non poter guardare, il dover guardare altrove.²²⁷ Io penso che questa affermazione luhmaniana vada specificata: non si può sapere come mai l'asino di Buridano si sia bloccato. Dobbiamo quindi chiederci se il problema sia il suo blocco, o il nostro blocco nel senso di smarrimento e incredulità, o di fuga leibniziana, di fronte al suo blocco. Il paradosso c'è, se lo si costruisce, paradossalmente è **l'osservatore che blocca l'asino bloccato**, dato che è l'osservatore che dà un nuovo contenuto all'operazione scegliere/non-scegliere. L'osservatore infatti non sa se l'asino si volesse suicidare. Spinoza a mio modo di vedere considera l'asino pazzo solo perché dà all'operazione scegliere/non-scegliere la direzione “vita” invece che la direzione “morte”.

La logica ordinaria usa i paradossi come *markers* interni di uno spazio logico, “come condizione della possibilità delle proprie operazioni, ma non può vederli come forma”.²²⁸ Per i radical-costruttivisti i paradossi sono stimoli per una ri-costruzione del sapere (*Umkonstruktion des Wissens*), dato che essi possono essere sostituiti da delle differenze²²⁹ per creare altri nuovi sistemi: fanno sì che chi (si) sta costruendo paradossi, si sposti per guardare meglio e cambi prospettiva. Si tratta di invisibilizzazioni, di sostituzioni.²³⁰ È come un velo che viene appoggiato e che uno vuole spostare, ma che ogni volta che viene spostato copre qualcos'altro.²³¹ Applicare queste risultanze alla logica del processo può essere snervante, ma è necessario. Il modo migliore per far decidere un giudice non decisionista per evitare che entri in condizioni “di blocco”, sarebbe infatti creare delle condizioni di differenza,

²²⁵ Sul concetto di osservazione v. meglio sopra, cap. 2.6.3.2.

²²⁶ Come mostro meglio sotto, questa paradossalità per l'analisi della decisione giuridica è importante, dato che poi permette al decidente di motivare le sue decisioni, LUHMANN 1994, p. 25.

²²⁷ Le Gorgone della mitologia greca hanno secondo lui “*den gleichen Effekt wie Paradoxien*”: la pietrificazione, l'immobilità, il non poter osservare, LUHMANN 1991 Sthenographie, p. 61.

²²⁸ „*nur als Bedingungen ihrer eigenen Operationen, aber nicht als Form sehen kann*”, LUHMANN 1991 Sthenographie, p. 58.

²²⁹ Per questo ogni motivazione di una scelta ripiomba a sua volta infine in un paradosso, si auto-sabota visto che apre a nuove possibilità di lettura, LUHMANN 1991 Sthenographie, p. 75; v. anche TEUBNER 2008.

²³⁰ LUHMANN 1991 Sthenographie, p. 61.

²³¹ Spiega Teubner che per i derridiani decostruttivisti il paradosso della decisione consterebbe sì nella “*différance*”, ma non in una paralisi: in questa differenza rientra piuttosto la possibilità della Giustizia come possibilità della decostruzione, la decostruzione sarebbe la Giustizia, TEUBNER 2003, p. 38 s. e la letteratura *ivi* citata; Teubner stesso invece sostiene che i paradossi sono ciò che fa danzare la società: “*Paradoxien [...] nicht als Störungen in der idealen Welt des Denkens auftreten, sondern als Realparadoxien in der Gesellschaft die Verhältnisse zum Tanzen bringen.*”

sostituire il paradosso con una forma: ecco la fuga nel diritto, nella regola, nella norma come forma. Nella storiella di Buridano significherebbe: mettere un secchio d'acqua grande vicino all'asino e uno piccolo lontano. Certo, l'asino potrebbe sempre trovare motivi per non abbeverarsi... e quindi ribloccarsi. Dare una forma è infatti solo spostare il paradosso su un altro paradosso. Ma dall'esterno sarebbe ora vissuto come contraddizione, non come paradosso!

Ecco che si disvela la struttura processuale nel diritto moderno: anzitutto c'è la garanzia che fino alla fine non si sappia chi vinca, fino alla fine deve essere data la possibilità di portare un'ennesima prova, fino alla fine deve essere poco chiaro come verrà interpretata una norma.²³² Rimanendo nella metafora del giudice di Buridano, si tratta di far costruire i due secchi (le due rispettive sfere di verità e diritto delle parti in causa) in modo che siano identici. Si tratta insomma di far di tutto per dare la possibilità al giudice di bloccarsi, la costruzione di una situazione indecidibile. In seguito, nel momento deliberativo, viene data al giudice la possibilità arbitraria di indicare che uno dei due secchi è evidentemente più grande dell'altro, attraverso la norma.

Come già detto, i giudici cercano di creare le sentenze in modo che la soluzione finale sembri una derivazione di uno squilibrio evidente sin dall'inizio, cercano di mostrare che solo una decisione era quella corretta e giuridicamente prevista, figlia di una deduzione logica, l'unica prevedibile. Hanno la possibilità di scegliere, sciogliendo così il paradosso con un nuovo paradosso: il nuovo paradosso è infatti dato dalla domanda sul *perché* sia stato necessario decidere, se la situazione era così chiara e univoca sin dall'inizio, essendo solo una decisione possibile, come descritto in una sentenza...

2.6.4.4 I giuristi come guardiani della “follia”

Di nuovo: si tratta di una manipolazione giuridica elaborata per contrastare il rischio (autocreato, come ben sanno i decisionisti... e i polemici!) di blocco. Le motivazioni della decisione chiariscono infatti le condizioni in cui si può prendere la decisione e riducono il campo di quelle che erano le decisioni possibili.²³³ Le norme del diritto sono funzionali alla procedura giudiziaria proprio per questo: oscurano l'indecidibilità e contemporaneamente partecipano alla creazione delle condizioni di decidibilità dell'indecidibilità. La funzione dei giuristi nel processo (gli avvocati, ma ancor più i cancellieri) sta quindi prima nel fornire materiale funzionalmente adeguato al bloccaggio, poi nel fornire materiale normativo adeguato allo sbloccaggio del sistema. L'idea è che i giuristi siano formati

²³² Sul processo come motore di legittimazione v. qui sotto, cap. 2.6.4.5.

²³³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 366

per far arrivare il giudice sempre a un passo dall'essere definito un "folle", in senso spinoziano.

In questi termini i giuristi operano come "guardiani della follia",²³⁴ gli avvocati sono terapeuti giuridici che portano con sé gli strumenti per problematizzare il processo e creare le condizioni di significato. Secondo la teoria sistemica della terapia familiare, per riuscire ad aiutare una persona in situazione di blocco bisogna proporre un controparadosso,²³⁵ elaborando nuove differenze riflessive.²³⁶ Puntare sulla professionalizzazione del giudice giurista nella modernità, questa la proposta teorica di fondo, è significato quindi anzitutto puntare sul potenziale auto-terapeutico del diritto. Un po' come nella psicanalisi: il terapeuta ha la funzione di far auto-problematizzare il paziente dandogli strumenti per creare significato e con esso le condizioni per trovare una soluzione al caso psicanalitico.²³⁷

Il rischio di blocco comunque permane. Come indica Luhmann, non esistono tecniche di intervento che permettano di conoscere in anticipo le risorse necessarie per riconoscere ed evitare "errori" nel trattamento terapeutico. Qui ben si capisce il continuare a elaborare nuove norme, che sempre più assomigliano a un ricettario culinario. E per questo il diritto non è solo processo e non è solo decisione, ma è anche scienza. Si lavora con casi costruiti (*Problemkonstruktionen*): si considerano gli errori come soluzioni a problemi che avrebbero potuto essere costruiti meglio. Le indicazioni terapeutiche hanno quindi due funzioni: essere la terapia, ma anche diagnosticare il problema nel caso falliscano.²³⁸

I ricettari sono comunque elementi a loro volta paradossali, siccome non sciolgono il problema sebbene di sé dicano che danno gli strumenti per farlo. La loro essenza è mostrarsi univoci (se... allora...) mentre la loro presenza è proprio ciò che crea ambivalenza. Nella retorica classica il paradosso ha la funzione di scioccare, di agire come una terapia contro le abitudini e i luoghi comuni. Lo scioglimento di un paradosso non è altro che uno spostamento di un punto cieco in un altro posto meno fastidioso. È sbagliato quindi aspettarsi dalla decisione un risultato senza paradossi, ma (sostiene Luhmann) spostando il punto di osservazione si può comunque ottenere un aumento di cognizione di causa e quindi mettere in discussione le differenze operative utilizzate fino a un dato momento storico, perché ormai obsolete.²³⁹

²³⁴ Si abbia cura di distinguere questa metafora dalla "teoria del folle" di nixoniana memoria.

²³⁵ Già la lingua come luogo di finzione semiotica è un luogo di possibile controparadosso, dal momento che tutta la comunicazione è espressione del paradosso del mentitore: la frase "*Questa frase è falsa*" è vera o falsa? v. ODIFREDDI 2001, p. 161 s.

²³⁶ LUHMANN 1991 Sthenographie, p. 75 s., sulla scuola di Milano v. sopra npp. 216.

²³⁷ ROTTER 1994, p. 252 s.

²³⁸ LUHMANN 2005 (1996), p. 33.

²³⁹ p.e. mettere in discussione la forma della gerarchia, LUHMANN 1994, p. 26, che si rifà al lessico della terapia famigliare.

Luhmann usa la mitologia greca per esporre meglio la gestione del controparadosso. Trova i tre modi di “sbloccaggio” nelle tre Gorgoni. Medusa, che muore specchiandosi: rappresenta la logica, l’apoteosi dell’autoreferenza. Euriale: rappresenta la retorica, non bisogna guardarla, ci si salva solo facendo nuove distinzioni (“*saving distinctions*”). Infine Steno: rappresenta l’approccio teologico ai paradossi, ovvero il problema dell’inosservabilità di quello che si vorrebbe osservare risolto inserendo un osservatore intermedio, ovvero il diavolo (“*observing systems*”).²⁴⁰ Il paradosso comunque rimane là, espressione della sua distinzione.²⁴¹

La genialità e diabolicità del diritto moderno (e non: della teoria dei sistemi) sta proprio nell’aver creato un sistema giuridico procedurale abile a creare una situazione di sostanziale uguaglianza (la fase preprocessuale e il dibattimento pubblico), che porta i giudici a crearsi da sé un’oscillazione fra A e B, senza però fornire strumenti per conoscere il futuro. Contemporaneamente li obbliga a decidere. Ma come può decidere il giudice tra due costellazioni sostanzialmente uguali, peraltro create per essere uguali? Il giudice può essere decisionista, ma anche bloccarsi di fronte alla situazione paradossale causata da questo doppio vincolo di decidibile indecidibilità.²⁴² Che fare allora? Il diritto e la struttura decisionale intervengono come necessari elementi controparadossali.²⁴³ Dal profilo

²⁴⁰ LUHMANN 1991 Sthenographie, p. 69 ss.; come ricorda ODIFREDDI 2001, p. 62 s., *diabolé* significa per l’appunto scissione, mentre *symbolé* significa riunione.

²⁴¹ LUHMANN 1991 Sthenographie, p. 72. Luhmann riconosceva comunque che è problematico suddividere il mondo in nuovi sistemi: alcuni fenomeni rimangono necessariamente esclusi dall’auto-distinzione, in particolare i criteri (*konstituierende Momente*) che hanno portato a compiere la distinzione. Si deve presumere la presenza di un osservatore esterno, che però non può che essere a sua volta un sistema con gli stessi problemi qui descritti. Per questo passò alla teoria di Spencer Brown, *ivi*, p. 72 s.; sulle logiche di Spencer Brown e Gotthard Günther nella teoria dei sistemi v. anche LUHMANN 1988 Frauen e ESPOSITO 2003 (1992).

²⁴² Il doppio vincolo è una particolare costellazione che si verifica in un rapporto importante emotivamente, dove due comunicazioni di uno dei due partecipanti nei confronti dell’altro sono fra loro contraddittorie, causando l’impossibilità all’altro partecipante di esprimersi, a meno che questi non voglia entrare in conflitto con una delle due comunicazioni. Come nota argutamente ODIFREDDI 2001, p. 160, ancora oggi l’art. 27 Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (CCS) vieta la rinuncia della libertà, si tratta di un banale, ma pungente, esempio di comunicazione giuridica contraddittoria. Così pure l’obbligo di decidere secondo coscienza nel diritto moderno, che è a sua volta un obbligo giuridico: e se un giudice secondo coscienza trovasse inadeguato decidere? Le condizioni di doppio vincolo sono palesi. Si noti che LUHMANN 1995 (1993) RdG, che leggeva Watzlawick (p. 545, npp. 99), notava che i “profani” (*Laien*, non giuristi) non riescono a cogliere come sia possibile che le logiche giuridiche funzionino, visto che sono paradossali (*ivi*, p. 548).

²⁴³ Come ci spiega Luhmann, rimanendo nella posizione dell’osservatore di terzo ordine si individua l’illogicità del taglio fondativo (*Gründungsschnitte*), e quindi l’adattabilità del sistema. Esso può (e non può) fondarsi solo paradossalmente. La salvezza sta nel *re-entry* della sua differenza con l’ambiente, riuscendo così a ristabilire il famoso terzo escluso indicato qui sopra, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 547. Non è sempre stato così: prima c’erano la gerarchia della società stratificata e la teologia. Il codice tecnicizzato è la chiave della modernità liberale, che mette in conto anche la gödelizzazione (non motivabilità)

logico quel che ha concepito la nuova modernità giuridica è particolarissimo: una nuova struttura autopoietica, ovvero la possibilità di sostenere che ogni decisione del diritto è premessa della prossima decisione del diritto. Il trasferimento permette il “doppio senso del rendere possibile e limitare altre decisioni” (*Doppelsinn von Ermöglichen und Einschränken weiterer Entscheidungen*). In questo modo la decisione giuridica riesce a imporsi come pura riduzione di complessità:²⁴⁴ basarsi su decisioni già prese, prese fra l’altro per le prossime decisioni che saranno prese. Tutto ciò permette un assorbimento di incertezza (*Unsicherheitsabsorption*) creando ulteriore incertezza: si spostano le premesse decisionali al livello del processo in cui la decisione viene presa, a prescindere da quanto esse siano portatrici di accettazione sociale.²⁴⁵ Si tratta della famosa proceduralizzazione della realtà – e del diritto – avvenuta con l’arrivo della modernità.²⁴⁶

Proprio partendo da questo approccio si riesce a criticare l’idea di Bourdieu quando ritiene che il giurista sia il “guardiano di un’ipocrisia collettiva”.²⁴⁷ Il giurista piuttosto, confrontato con il paradosso dell’obbligo di decidere al centro del sistema giuridico, elabora momenti efficaci di controparadosso. Il giurista è quindi piuttosto un “guardiano della follia”, un terapeuta giuridico.

È colui che permette di includere nell’operazione autonoma del diritto la negazione dell’autonomia del diritto. Il giurista mostra al giudice varie strutture paradossali, non certo solo il diritto e le sue norme. I giuristi snocciolano leggi, dogmatica, precedenti, concetti, fatti contestuali, competenze decisionali, principi. Altresì snocciolano la sovranità nazionale, l’organizzazione decisionale, ecc. Mostrano il passato, il presente e pure il futuro. Tutti elementi che funzionano come proposte di elementi di sbloccaggio. Cercano di fornire al giudice strutture di controparadosso. Gli permettono di identificare giustificazioni per raccontare l’uscita dal paradosso – come se essa fosse l’unica logicamente percorribile. D’altronde

dell’operazione: grazie al codice ogni senso può essere universalmente specificizzato, permettendo il ritorno del terzo escluso sottoforma di programmazione, ovvero di norma (e non di codice), LUHMANN 1988 Frauen, p. 60 ss.

²⁴⁴ LUHMANN 1994, p. 27 ss., sottolineando la differenza fra organizzazione e progetto.

²⁴⁵ LUHMANN 1994, p. 32

²⁴⁶ Da quando ci sono i mass-media il sapere si è espanso e c’è stato un manco di compensazione dell’insicurezza da parte dell’autorità, essa ha quindi avuto bisogno di mettersi in scena nel processo proceduralizzato, LUHMANN 1994, p. 33.

²⁴⁷ “*Les juristes sont les gardiens hypocrites de l’hypocrisie collective, c’est-à-dire du respect de l’universel*”, *ivi*, p. 99, in particolare l’ipocrisia starebbe nel fatto che il giurista accetta di sostenere che qualcosa sia fondato a priori, mentre in realtà è motivato a posteriori, tanto che in realtà per avere il diritto i giuristi devono essere “diritti” nel loro *habitus*, BOURDIEU 1991, p. 96 s. Il diritto per lui era maussianamente una teoria della magia (ovvero della capacità di ottenere effetti reali attraverso le credenze). Va comunque notato che i giuristi moderni più esperti non ben consapevoli che i giudici non si limitano certo ad applicare il diritto quando decidono!

non è un caso che il concetto di diritto degli avvocati sia cognitivo, non però è normativo come per coloro che decidono.²⁴⁸

2.6.4.5 La garanzia del ruolo di perdente come legittimazione della decisione

L'incertezza dell'esito del processo è in sostanza il modo in cui la parte viene attirata nel processo²⁴⁹ e in cui vengono assorbite le proteste di chi vede deluse le sue aspettative. La legittimità di una decisione giudiziaria non sta infatti in astratti valori che trascendono il diritto e lo giustificano:²⁵⁰ il processo è piuttosto uno di quegli elementi del sistema che permette al codice del diritto di stabilizzarsi,²⁵¹ ovvero garantire che il diritto continuerà a oscillare. Per farlo bisogna che la decisione sia "accettata". Ma si faccia qui attenzione: non significa che la procedura giudiziaria moderna debba far "andar bene" la decisione alle parti. Essa ha piuttosto la funzione di evitare che il rancore che cova la parte perdente trovi sostegno e diventi istituzione.²⁵² Non potendo sapere prima quale delle parti perderà, l'incertezza dell'esito del processo è in sostanza il modo in cui la parte viene attirata nel processo e in cui vengono assorbite le proteste di chi vede deluse le sue aspettative. La legittimità consiste quindi nell'inchiudere chi perde nella sua condizione di perdente e far sì che sia lasciato da solo.²⁵³

Non bisogna comunque avere aspettative eccessive nella capacità della procedura giudiziaria:²⁵⁴ i processi da soli certo non bastano a dare legittimità alla decisione,²⁵⁵ è necessario sostegno sociale.²⁵⁶ Il processo mette però a disposizione le condizioni per far terminare un conflitto senza che le parti possano più lamentarsi trovando sostegno sociale in questa lamentela. Rende

²⁴⁸ Come ben spiega JOST 2011, p. 145

²⁴⁹ Luhmann riassume la proceduralizzazione così: "*Die sogenannte 'Prozeduralisierung' der Legitimität heißt im Wesentlichen: Einstellung auf eine unbekannte Zukunft, in der entgegengesetzte Wertungen zum Zuge kommen können*", LUHMANN 2002, p. 124.

²⁵⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 317.

²⁵¹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 329 ss.

²⁵² LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 120; nonostante la svolta autopoietica, i concetti contenuti in LdV sono stati confermati (e in parte ampliati) in LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 318, npp. 45.

²⁵³ LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 102 e 104.

²⁵⁴ LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 119; in Svizzera nella dogmatica si trova qualche citazione-cameo di questo libro di Luhmann (p.e. KRAMER 2017, p. 181 npp. 8; SANDERS/VON DANWITZ 2018, N 12, npp. 30; OBERHOLZER 2007 lo cita copiosamente, ma senza accoglierne sul serio il messaggio...). Questa aridità stupisce, anche perché citare WATZLAWICK oggi è di moda (p.e. nella premessa di "Justice - Justiz - Giustizia" 2018/2), ma in realtà non ci si schiera sul serio dalla parte del radical-costruttivismo.

²⁵⁵ LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 199; ho già proposto brevemente queste riflessioni sulla legittimazione in CONTARINI 2019 Rischio.

²⁵⁶ LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 34.

quindi efficace il divieto di diniego di giustizia, ovvero l'obbligo di decidere cui sono confrontati i giudici nel diritto moderno.²⁵⁷

Questo approccio processuale è diametralmente opposto alla teoria della legittimità di Max Weber, che la legava ad un certo “credo della legalità”.²⁵⁸ Se similmente alla teoria di Luhmann la “validità della legittimità” weberiana è concepita come fattore che permetta di accettare un processo perso come si accetta il cattivo tempo,²⁵⁹ l'idea di Weber è basata sulle cosiddette “*chances*” di successo: la norma giuridica viene legata alla probabilità che l'ubbidiente ubbidisca, la validità starebbe quindi nella *chance* che il comando venga seguito.²⁶⁰ Per Weber lasciare che il legislatore o un giudice decidesse era quindi funzionale all'idea di avere più *chances* di successo.²⁶¹

Per la teoria dei sistemi, invece, l'accettazione di una sentenza dipende anzitutto dall'incertezza dell'esito (quello che definisco il “velo dell'incertezza”), una vera tentazione a partecipare al processo, a prendersi un ruolo, a esporre perché si litiga. In questo modo vengono assorbite le proteste di chi vede deluse le sue aspettative, che può infine solo scagliarsi sulla decisione e ricorrere.²⁶² Il primo passo per la legittimazione del diritto è quindi la disponibilità delle parti a partecipare al momento decorativo e simbolico del dibattimento, facendo scivolare la controparte all'interno dell'**imbuto processuale**,²⁶³ non trovando consenso sociale quando continui a sostenere cocciutamente che la sua aspettativa vada adempiuta.²⁶⁴ Alle delusioni di chi perde non viene dato seguito.²⁶⁵ Non quindi la decisione giusta, né la *chance* di successo, ma l'essere inerme porta ad accettare la decisione!²⁶⁶

²⁵⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 332 s., npp. 73.

²⁵⁸ LÜBBE 1993, p. 81.

²⁵⁹ LÜBBE 1993, p. 88.

²⁶⁰ LÜBBE 1993, p. 84 ss.: ad esempio: la probabilità di venir controllati se si ha il biglietto del treno è uguale per tutti. Questa ha un effetto che orienta l'azione anche oltre il singolo caso, non invece lo svolgimento fattuale. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 261, spiega che in realtà il consenso non può essere alla base della validità del diritto, dato che se anche esso fosse ottenuto, non solo non sarebbe accertabile, ma non permetterebbe nemmeno evoluzione al sistema. L'evoluzione del diritto serve anzi proprio a risolvere il problema della sintonizzazione sociale visto che manca il consenso.

²⁶¹ LÜBBE 1993, p. 86.

²⁶² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 333.

²⁶³ LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 114 s.

²⁶⁴ Cfr. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 548.

²⁶⁵ La richiesta costante di legittimità è invece una reazione all'aumento della varietà del sistema giuridico, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 280.

²⁶⁶ LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 117; MACHURA 2016 Legitimation, p. 201, spiega la “*legale Form der Legitimität*”, con questa frase: “*Das von den Interessenten vereinbarte, in den dazu vorgesehenen Verfahren beschlossene oder durch ihrerseits legitimierten Autoritäten dekretierte Recht hat Verpflichtungskraft*”. Non è invero chiaro come mai nella frase seguente inserisca un riferimento volante al LdV di Luhmann, visto che si tratta di opinioni

L'innovazione più sconvolgente del nuovo processo liberale è quindi stato il processo teatrale, ovvero pubblico, orale e immediato, con i suoi nuovi ruoli:²⁶⁷ il popolo come pubblico, gli avvocati e l'imputato come attori.²⁶⁸ Nei ruoli sono riassunte le aspettative che orientano i processi comunicativi. Ci sono ruoli inclusi nel processo, che esplicitano una prestazione concreta (si può qui immaginare il giudice che pone le domande all'accusato) e i ruoli del pubblico come osservatore. L'osservatore può però anche esplicitare prestazioni processuali secondarie (p.e. la pressione mediatica). La parte inclusa del sistema si lascia descrivere attraverso questi ruoli e le loro aspettative. Il lato escluso invece di per sé non porta aspettative, lo si deve quindi eventualmente ruolizzare includendolo a sua volta (ad esempio: il condannato, che è un incluso-escluso).²⁶⁹ Il ruolo del giudice è controllato in vari modi: imponendo doveri professionali; adottando sistemi collegiali; imponendo uno svolgimento lavorativo temporale (la routine, giudicando una causa dopo l'altra); elaborando limiti di condotta sanzionabili disciplinarmente (deontologia); limitando le provocazioni ai tribunali gerarchicamente sovraordinati nell'ambito dell'argomentazione. Soprattutto è controllato attraverso la carriera interna.²⁷⁰

2.6.4.6 La garanzia di decidibilità dell'indecidibilità: tessere il “velo dell'incertezza”

Nel gioco del processo, si tratta di intendere qui i giudici moderni come garanti della decidibilità dell'indecidibilità e gli avvocati come partner di questo gioco. Dato che una decisione è possibile solo laddove ci sia qualcosa di indecidibile, ma quel qualcosa deve rimanere indecidibile per giustificare la decisione, pongono sulla procedura un “velo di incertezza”. I giudici, in

notevolmente diverse! Ed infatti *ivi*, p. 202, descrive correttamente l'idea di legittimità di Luhmann, notando che a questi interessa la posizione del perdente.

²⁶⁷ In sociologia il ruolo – che è una metafora teatrale – indica un set di aspettative di comportamento o di qualità riposte su un determinato individuo detentore di un dato status sociale. Le aspettative causano poi una serie di sanzioni qualora non siano rispettate. C'è quindi un gioco sui ruoli, dove l'individuo interpreta e recita il suo, ma è anche in grado di starne distante, JORDAN 2008; RAISER 2011, p. 350 s., ricorda che ogni ruolo impone determinate pretese ai comportamenti individuali e quindi li limita. Ciononostante, i pensieri delle persone non sono mai predeterminati. Uscendo dalla teoria dei sistemi, si tratta per Raiser di un modello di comportamento. Il diritto catturerebbe ruoli preesistenti e ne regolerebbe l'utilizzo (p.e. donna-uomo, bambino-genitore...), oppure li creerebbe. Nemmeno per Raiser si tratta di posizioni durature, normative, fisse. Sostiene, rimanendo all'interno dello schema individualista e gius-soggettivista, che si possa individuare un *homo juridicus* (*ivi*, p. 354). È sempre interessante come il sistema di cui anche Raiser è un esponente, cerchi di modellare le persone *au fur et à mesure*.

²⁶⁸ LACCHE 2009, p. 32.

²⁶⁹ STICHWEH 2013 (2007), p. 4; sulle logiche di inclusione/esclusione v. sotto, cap. 6.3.4.2.

²⁷⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 329 s.

quanto signori del processo,²⁷¹ sono i tutori dell'andamento processuale e pure del buon ordine del dibattimento.²⁷² Il buon ordine significa: curare e rattappare quel velo.

La garanzia della decidibilità nell'indecidibilità porta con sé sostanzialmente due rischi: quello di coloro che affidano il loro conflitto al diritto (e che per definizione si scontrano con l'incertezza della decisione possibile) e quello del giudice che potrebbe non trovare sostegno sociale nella sua decisione contro il perdente.²⁷³ Nel primo caso il diritto come sistema immunitario sviluppa una memoria che permetterà in particolare di gestire i problemi strutturali.²⁷⁴ Decidere può però anche far paura, anzitutto perché nessuno può prevedere il futuro: non si possono conoscere le conseguenze esterne della decisione.²⁷⁵ La paura per i possibili risvolti politici temuti o addirittura per i risvolti violenti del caso da giudicare (sia prima, sia durante la procedura, sia dopo la decisione) sono solo alcuni di questi possibili fenomeni tragici. Il giudice potrebbe qui non presentarsi alla seduta,²⁷⁶ ma può anche dimettersi o semplicemente procrastinare la causa *sine die*.

L'imprevedibilità del futuro rende il processo e la sua decisione dei fardelli. Il giudice non sa come gli atti giuridici verranno letti dalla società, né se tutto il macchinario sarà effettivamente sostenuto socialmente e sistemicamente. Non basta prevedere che il perdente sia ruolizzato in quanto perdente da parte dell'opinione pubblica. L'autonomia del diritto pretende la garanzia dell'incolumità fisica dei decidenti e delle parti, possibile grazie alla tutela della pace da parte dello Stato nonostante il giudice non goda di

²⁷¹ V. p.e. WALTER 2000, p. 41, che sottolinea comunque che le parti non possono essere schiave del signore. Ci si potrebbe chiedere se il signore non stia oggi diventando sempre più schiavo della digitalizzazione.

²⁷² Che poi questo buon ordine sia in sostanza disordine istituzionalizzato, come mostrato nel processo Brousse sotto, cap. 8.4.2, fa parte delle strutture di incertezza che permettono la decidibilità dell'indecidibilità. Sul ruolo immanente dell'incertezza nel processo giudiziario moderno v. LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 116 e ancora LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 391. In questo senso vanno intese secondo me anche le parole di EPINEY-COLOMBO 2010, p. 39: "le incognite [sono] insite in una causa giudiziaria, aleatoria per sua natura e di cui nessuno, tantomeno il giudice incaricato di risolverla, può dire in anticipo come e quando finirà."

²⁷³ V. relativamente al diritto svizzero contemporaneo CONTARINI 2019; sul rischio che corre il diritto nell'essere rischioso v. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 560.

²⁷⁴ Sul diritto come sistema immunitario v. il prossimo sottocapitolo.

²⁷⁵ Se il giudice decide pensando alle conseguenze esterne al diritto, elabora immaginazione con forza di passaggio in giudicato, è entrata nel processo del terzo valore, una sostanziale politicizzazione della sentenza, cfr. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 382 ss.; diverso invece se il giudice-giurista si orienta alle conseguenze interne al sistema, quelle giuridiche. Non si tratta qui di prognosi, ma di elementi relazionati alla consistenza al sistema, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 381.

²⁷⁶ Lo ho mostrato nella lamentela sull'atteggiamento dei giurati vodesi nel caso Conradi, v. sotto cap. 10.5.1.

consenso.²⁷⁷ Questa garanzia si ritrova anzitutto nell'accoppiamento strutturale con la politica.²⁷⁸

2.6.4.7 Il diritto moderno come sistema immunitario

L'operazione è andata bene, il paziente è morto.²⁷⁹

Come già accennato, il diritto moderno liberale è figlio di un'evoluzione che lo ha fatto separare anzitutto dalla politica e diventare capace di compiere un'operazione di autoriproduzione da sé stesso – ovvero di decidere in base al diritto se una decisione giuridica è conforme al diritto oppure no. Come è possibile? Si tratta di un circolo evolutivo: il sistema giuridico, p.e. nell'attività di un giudice, osserva una comunicazione recependo una variazione sociale (dato che siamo nel diritto, e non p.e. nell'economia, quella variazione consiste nell'elaborazione di un'aspettativa normativa inaspettata)²⁸⁰. Il sistema opera poi una selezione comunicativa (ovvero seleziona una struttura, una norma giuridica, come condizione per continuare a riprodursi) e infine si stabilizza dinamicamente, scegliendo una decisione che poteva essere sempre un'altra (ovvero mantiene l'oscillazione diritto/non-diritto a disposizione per altre comunicazioni).²⁸¹

Questo operare del diritto per sé stesso su sé stesso fa capire il diritto moderno liberale non come una struttura che serva a risolvere i conflitti,²⁸² ma come meccanismo di immunizzazione della società,²⁸³ dato che attraverso i processi giuridici la società può affrontare più complessità di

²⁷⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 322 s.; v. anche TEUBNER 1992, che descrive l'evoluzione per cui il diritto moderno ha sempre meno bisogno del consenso politico.

²⁷⁸ Che mostro ampiamente sotto, cap. 6.1.3.

²⁷⁹ Adagio utilizzato nel foro luganese per gestire l'assurdità cui sono confrontati gli avvocati d'aver lavorato al massimo e secondo piena coscienza, ma aver comunque perso la causa in tribunale e doverlo spiegare al cliente. Si tratta, come mostro anche sotto (npp. 1999), di una figura retorica utilizzata per tramutare un'aspettativa normativa in un'aspettativa cognitiva.

²⁸⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 257; sulle aspettative normative v. il cap. 8.5.

²⁸¹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 242. D'interesse notare che nel RdG Luhmann usa questi tre concetti variazione-selezione-stabilizzazione in modo ambivalente: da un lato li usa per descrivere le fasi dell'evoluzione del diritto nella storia (ovvero: il diritto inizialmente poteva solo variare, poi pure selezionare e infine anche stabilizzare), dall'altro valgono pure come descrizione dell'operazione autopoietica. Il sistema giuridico che evolve da solo, che ha distinto variazione e selezione, deve infatti prevedere già in sé, nella forma della procedura giudiziale un piano di osservazione che permetta di confermare le aspettative normative o di rifiutarle, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 269.

²⁸² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 391.

²⁸³ Sebbene parzialmente nascosta, l'idea del diritto come sistema immunitario della società impregna tutto il volume LUHMANN 1995 (1993) RdG, in particolare comunque da p. 565 ss.; in LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 120 l'idea di immunizzazione era usata in modo diverso; anche HUBER 2007, p. 184 ss., sottolinea l'importanza dell'immunologia nella teoria dei sistemi luhmaniana; si noti comunque che ci sono sempre state voci molto critiche su Luhmann, sostenendo che avesse tesi empiricamente deboli, p.e. WALTER-BUSCH 1994, p. 96.

quanta ne possa prevedere.²⁸⁴ Garantendo sempre anche l'altra decisione, il diritto moderno rimane così aperto a nuovi conflitti, seguendo la cifra della modernità, intesa come espressione della nuova società del rischio.²⁸⁵ Nella sua garanzia di modificabilità il diritto assume il compito di indebolire i rischi sociali qualora diventino strutturali, riuscendo a gestire l'incertezza del futuro che le decisioni portano necessariamente nel presente.²⁸⁶ Indebolire i rischi strutturali significa usare il conflitto tra persone (meglio: il conflitto fra le loro aspettative) per creare nuove regole, ovvero creare anticorpi. In questo funziona quindi come "sistema immunitario" della società.²⁸⁷

La microbiologia conosce bene questo concetto, il sistema immunitario ha lì una funzione duplice: da un lato reagisce velocemente contro le molecole patogene, dall'altro sviluppa lentamente una risposta immunitaria proprio contro quel tipo di molecole. Il "sistema immunitario innato" inizia la risposta contro alcuni patogeni e dà via all'infiammazione che crea tempo per trovare una risposta specifica. Si tratta di una risposta immunitaria sempre uguale (la prima risposta è peraltro la pelle...)²⁸⁸. Dall'altro lato il sistema immunitario sviluppa una "memoria immunologica specifica" creando linfociti appositi che durano nel tempo e che producono anticorpi quando il patogeno si ripresenta.²⁸⁹

Nel corpo, spiegano approfondendo Campbell/Reece, ci sono cellule immunitarie che "pattugliano" i fluidi, rintracciano le cellule estranee e le distruggono.²⁹⁰ In effetti il pattugliamento non è volontario, si tratta piuttosto

²⁸⁴ LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 247.

²⁸⁵ V. meglio sotto, cap. 5.3.1.

²⁸⁶ LUHMANN 2003 (1991) Risikos, p. 80; anche l'intendersi fra persone – sebbene rimanga un mistero il perché riusciamo sul serio a capirci – è una forma di immunizzazione contro il sovraccarico della comunicazione, cfr. LUHMANN 2003 (1991) Risikos, p. 245; la società comunque vede a sua volta nel conflitto di aspettative giuridiche una riproduzione continua di conflitti, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 565 ss.

²⁸⁷ Anche GOEBEL 2007, p. 279, accoglie questa proposta luhmaniana.

²⁸⁸ Sui guardiani del diritto v. KAFKA 1925 (1915), p. 375 ss.

²⁸⁹ CAMPBELL/REECE 2009, p. 1283 ss. e RINO RAPPUOLI, immunità, in: Enciclopedia Treccani online della Scienza e della Tecnica (2008) (http://www.treccani.it/enciclopedia/immunita_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/). Spiego qui cosa dicono le altre discipline su questo punto, dato che LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 565 s. sostiene che parlare di sistema immunitario non significa usare una metafora, quanto piuttosto di parlare di un problema generale tipico dei sistemi che fondano la riduzione della propria complessità nella chiusura operativa e nell'accoppiamento strutturale. L'idea è capire come riescono questi sistemi a reagire a disturbi (*Störungen*) imprevisi; è un approccio diverso da quello classico della sociologia del diritto, che si pone l'obiettivo di curare stati patologici del diritto, cfr. RAISER 2007, p. 8; VARELA 1991, p. 727 s., si lamenta che quando si parli del corpo si usino spesso metafore militari. Condanna quindi l'idea che si parli del sistema immunitario come sistema di difesa. Chiede di intendere il corpo come un ambiente in cui ci sono gruppi di globuli bianchi e linfociti che interagiscono reciprocamente, che si sviluppano, che con la crescita del corpo cambiano peraltro radicalmente il suo profilo molecolare.

²⁹⁰ CAMPBELL/REECE 2009, p. 1283.

di casualità organizzata: le cellule fagocitanti hanno sulle loro membrane i cosiddetti “Recettori Toll-simili (TLR)”. Questi recettori possono p.e. riconoscere dei liposaccaridi presenti sulla membrana di molti batteri, se li incontrano. Se il TLR si attiva, inizia la fagocitosi che ingloba il microorganismo riconosciuto in un fagolisosoma e quindi lo distrugge e poi il corpo lo espelle. Quando un agente patogeno viene riconosciuto, c’è una produzione di peptide e di proteine che impedisce all’agente di moltiplicarsi. Inoltre, c’è una reazione di infiammazione: di fronte ad un’infezione, altre cellule (i mastociti) producono istamina, che permette un maggiore scorrimento del sangue, provocando poi altre reazioni che attirano altri fagociti.²⁹¹

Anche il diritto ha concepito i diritti soggettivi come elementi casuali di attivazione del processo²⁹², ora pubblico e oggetto di discussione nel suo contenuto giuridico. Il giudice che prende il controllo delle parti in gioco e della polizia²⁹³ è in fondo simile al fagocita che emana proteine, mentre l’infiammazione si ritrova nella pubblicità processuale e nella presenza della stampa al processo. In questo senso diventa comprensibile come mai per il diritto la scandalizzazione svolga il ruolo di far sapere che il diritto accade.²⁹⁴ Certo il problema è quando con l’infiammazione le tossine dell’agente patogeno, ma anche quelle endogene, aumentano la febbre (i pirogeni), così tanto da arrivare ad una setticemia. Capita a organismi molto giovani o molto vecchi.²⁹⁵ Già il caso Dreyfus, e oggi il sempre più in voga *bashing* mediatico²⁹⁶ giocato da un giornalismo sempre più economico e sempre meno legato alle logiche dello Stato di diritto, mostrano i limiti della stampa come elemento di osservazione del diritto: se la società non aiuta più il processo a isolare il perdente, allora la creazione di legittimità è messa in pericolo.²⁹⁷ Lascio comunque qui aperta la questione se sia così grave mettere in discussione il nostro sistema processuale.

La casualità dell’azione legale è elemento portante della nuova società liberale, contraddistinta dalla mobilitazione del futuro (si pensi all’apertura alle innovazioni industriali): non poteva essere previsto qualsiasi disturbo (sarebbe stato tutto troppo complesso), la proposta della modernità in chiave

²⁹¹ CAMPBELL/REECE 2009, p. 1287.

²⁹² I diritti soggettivi moderni sono concepiti come premessa casuale dell’azione legale (e non elementi violati nel conflitto) che permette al diritto di operare e quindi di evolvere, trovando così il sistema quella robustezza per non essere disturbato eccessivamente dagli altri sistemi funzionali (come la politica, ad esempio) che se ne servono, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 490.

²⁹³ Sul giudice-poliziotto v. ora CONTARINI 2019 Rischio.

²⁹⁴ V. meglio sotto, cap. 10.5.3.

²⁹⁵ CAMPBELL/REECE 2009, p. 1289.

²⁹⁶ V. SANTSCHI KALLAY 2018, p. 261 ss.

²⁹⁷ Anche per questo caso v. ora CONTARINI 2019 Rischio; il sistema giuridico anche a causa delle rivoluzioni mediatiche va ripensato anzitutto proprio per questa messa in questione della produzione di legittimità.

immunitaria è stata quindi di far “chiudere” il diritto su sé stesso, far elaborare al diritto solo i suoi conflitti interni, generalizzando le esperienze con sé stesso, creando tempo e mettendo in scena il diritto nel suo processo pubblico, istituendo la stampa come osservatore della scena. Ecco che un reato moderno non si comprende più (solo) come una violenza contro qualcuno, ma come violenza contro un diritto, ovvero contro una regola.²⁹⁸ Bisogna quindi fare attenzione ad avere eccessive aspettative sul diritto: il diritto moderno decide solo se effettivamente quella violenza era una violenza contro il diritto e attraverso la pubblicità permette che la società ne parli, cercando di evitare che ci siano nuove ripercussioni della violenza contro il diritto. Per operare, il diritto elabora la propria complessità e riduce la complessità del suo ambiente all'interno dei propri accoppiamenti strutturali. Non è autismo, ma chiusura operativa: avere il diritto a disposizione per ogni forma di esternalizzazione da parte degli altri sistemi permette di dare un conflitto inaspettato al diritto, sapendo che lui opererà (solo) secondo i suoi criteri interni (giuridici). Il suo ruolo infatti in quanto sistema immunitario non è adeguarsi al suo ambiente, ma anzi è proprio il non adeguarsi all'ambiente – ovvero non accettare la delusione di un'aspettativa.²⁹⁹

Si capisce bene che i giuristi sono centrali per questo sistema immunitario, dato che si occupano di crearne la memoria.³⁰⁰ L'argomentazione giuridica è proprio quello strumento in mano ai giuristi che permette di costruire l'osservazione di secondo livello, contribuendo a chiudere il sistema, – grazie soprattutto **all'organizzazione del tribunale, all'istituzione di moderni avvocati-scienziati del diritto e al principio liberale della dimensione pubblica.**³⁰¹

I giuristi, quindi, non sono solo i terapeuti del processo, ma sono pure come le cellule B e T, sostanzialmente dei linfociti, di cui ci sono tantissimi tipi diversi, dato che sono chiamati in causa quando ci sono le infezioni e imparano dalla situazione creatasi.³⁰² Così si crea la suddivisione sistemica del diritto e dei suoi giuristi, che si specializzano e creano concetti per i casi più disparati. In questo senso il diritto è una macchina storica³⁰³ e i giuristi collaborano alla sua autoevoluzione tecnica.³⁰⁴ Luhmann ricorda che storicamente si trattò di un'evoluzione tutta europea derivata dalla cultura

²⁹⁸ Su questa evoluzione, v. FOLKA 2006, p. 23 s.

²⁹⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 565 ss.

³⁰⁰ Sul rapporto fra normatività e memoria v. meglio sotto, cap. 9.3.5.2.

³⁰¹ Cfr. anche LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 532; si noti che in italiano il termine *Öffentlichkeit* è sempre di difficile traduzione.

³⁰² CAMPBELL/REECE 2009, p. 1290 s.

³⁰³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 442.

³⁰⁴ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 277 in fine.

giuridica delle città autonome, dove c'era già autoregolamentazione, il diritto romano, clerici-giuristi e la testualizzazione dei diritti cittadini.³⁰⁵

Il vero scatto evolutivo verso la modernità è però avvenuto quando il diritto – con i suoi giuristi – ha affermato la sua stessa differenziazione sociale, rendendosi autopoietico: punto centrale di questa evoluzione fu, come detto, l'arrivo dell'obbligo di decisione imposto ai giudici, che non potevano più dichiarare il *non liquet*.³⁰⁶ Per questo e per far questo in senso tecnico è necessario disporre di un'osservazione di secondo ordine che permetta il *crossing* nella norma come forma.³⁰⁷

³⁰⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 163.

³⁰⁶ Cfr. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 244.

³⁰⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 183.

3 Iniziare da un'assenza: il processo Bassanesi senza giurati del 1930

3.1 Il raid su Milano di Bassanesi del 1930: un problema anzitutto politico

L'11 luglio 1930 gli antifascisti Bassanesi e Dolci (mai scoperto dalle autorità), fuoriusciti a Parigi e militanti del gruppo Giustizia e Libertà, partiti con un aereo dal Ticino buttarono 150'000 volantini su Milano. Incitavano la popolazione a insorgere contro il fascismo, a non fumare e ricordavano le Cinque Giornate di Milano del 1848.³⁰⁸

Il raid era stato organizzato assieme a due importanti fuoriusciti italiani a Parigi, dal Consigliere di Stato (CdSo) socialista Canevascini,³⁰⁹ che in Ticino si occupava di organizzare il necessario assieme all'organo socialista *Libera Stampa* e ai suoi redattori antifascisti, anche italiani. I volantini furono stampati dalla Tipografia luganese, che tirava pure *Libera Stampa*. Bassanesi, che arrivava in aereo da Parigi,³¹⁰ dopo una sosta a Bellinzona aveva detto alle autorità che sarebbe ripartito per Zurigo. Aveva mentito: atterrò su un prato di proprietà del giudice di pace socialista Martignoli a Lodrino, che con l'aiuto del garzone Cardis lo aveva falciato e segnalato con una tovaglia bianca. Là i complici italiani caricarono i volantini sull'aereo e i due, senza paracadute perché troppo pesanti, partirono alla volta di Milano. Buttati i volantini sulla città i due tornarono a Lodrino e Dolci se ne andò. Il peso dei volantini aveva fatto consumare tutta la benzina, Martignoli chiamò quindi alla Casa del Popolo a Bellinzona, che attivò Fiscalini e Varesi, due funzionari cantonali del dipartimento del socialista Canevascini, affinché portassero la benzina necessaria per riprendere il volo e andare infine a Zurigo. Bassanesi però si schiantò sul passo del Gottardo. Soccorso e prontamente imprigionato in semi-isolamento, non poté vedere il suo

³⁰⁸ Si veda per una descrizione molto accurata dei fatti BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, che comunque indicano che questi "fatti" non sono certi, dato che ancora oggi non è chiaro chi mentisse su cosa. Si veda anche l'ottimo capitolo n. 8 di CERUTTI 1986. Il caso Bassanesi, rimasto famoso nella storia dell'aeronautica, riproponeva il volo dannunziano del 1918, ma in chiave antifascista. Noto subito che mi mancano alcune *prove certe* per certificare le mie tesi storico-giuridiche, in particolare sui legami fra la difesa conservatrice e il suo ministro. Ho comunque trattato questo processo già due volte, in CONTARINI/LUMINATI 2014, p. 65 ss., e in CONTARINI 2017. Ringrazio Brenno Bernardi per avermi reso attento a un paio d'errori nel contributo del 2014, ora sostituito da quanto scritto nelle prossime pagine.

³⁰⁹ Del suo coinvolgimento ufficialmente non si sapeva nulla, ma decenni dopo lo confermò pubblicamente varie volte, v. CANEVASCINI 1986, p. 68 ss.; privatamente spiegava che ci aveva già provato nel 1925 e ricordava che la stampa filofascista e il *CdT* (peraltro di proprietà del giudice federale Soldati) alludevano alla sua partecipazione, ma nessuno lo disse mai esplicitamente, v. lettera di Canevascini a Reale del 1955, in: CASTRO 2016, p. 288 s.

³¹⁰ L'aereo era stato venduto da un certo Lévy, amico del ministro dell'aeronautica francese Laurent-Eynac. Il Consigliere federale (CF) Häberlin secretò la questione, cfr. CERUTTI 1986, p. 298 e BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 81.

avvocato per mesi. Il comandante della polizia cantonale Ferrario venne criticato da destra e da sinistra per come conduceva l'inchiesta. Capo del dipartimento della polizia era il conservatore Cattori, in quegli anni alleato con i socialisti.³¹¹

Non è difficile capire quanto il raid italiano su Milano, compiuto su aereo francese passante per la Svizzera, abbia potuto dare strategicamente fastidio a Mussolini.³¹² Come pure disturbò il CF ticinese Motta,³¹³ che nei rapporti con l'Italia aveva dato un'evidente impronta personale mantenendo grande cordialità.³¹⁴ Il ministro teneva molto ad avere "rapporti corretti" con tutti i paesi vicini, curandosi quindi di evitare commenti politici di tipo antifascista, così come eventuali polemiche irredentiste da parte italiana.³¹⁵ La situazione però non era facile, da un lato a causa dei molti rifugiati antifascisti, dall'altro a causa delle continue violazioni dei confini territoriali da parte italiana.³¹⁶

Il Capo del Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP) era Heinrich Häberlin, "colui che per l'Italia fascista, probabilmente, fra tutti i consiglieri federali provava meno simpatia".³¹⁷ Questi era un uomo dell'ordine (tanto da perdere due referendum su delle sue proposte di legge securitarie), ma rimaneva "su posizioni democratiche e liberali" e condannava il fascismo e il nazismo.³¹⁸ Riteneva che da Mussolini

³¹¹ Sull'inchiesta della gendarmeria BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 81; sulla relazione fra Cattori e Canevascini e le concessioni reciproche v. VALSANGIACOMO 2004, p. 88 s.; difficili i rapporti fra Cattori e il CF Motta, nel caso Tonello (v. sotto npp. 322) p.e. si posizionarono su fronti contrapposti, sul caso Salvemini invece Cattori stette con la destra, mostrando quindi un'intima difficoltà a posizionarsi in quei periodi turbolenti, *ivi*, p. 93 s.; Motta nel necrologio ricordò di Cattori soprattutto la *concordia discorsorum*, ossia l'amore e la concordia fra tutti i cittadini nella feconda diversità dei convincimenti e delle opinioni, PANZERA 2004, p. 130.

³¹² BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 179, spiegano che "La posizione del dittatore non era agevole: in Italia doveva reagire con durezza contro la Svizzera per salvare la faccia, ma all'estero era meglio smorzare i toni per non cadere nel ridicolo".

³¹³ Conservatore ticinese, del 1871, giurista, nel CF dal 1912 dove restò per 28 anni. Era a capo del Dipartimento politico dal 1920, v. CERUTTI, MAURO: "Giuseppe Motta", in: DSS, 25.03.2010, <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003524/2010-03-25/>, dove CERUTTI sostiene che sebbene si parli di "Era Motta", il suo influsso sulla politica estera svizzera "non va sopravvalutato". Nei rapporti con l'Italia si vede un Motta attento, sempre molto cordiale con i fascisti, là "la sua impronta personale fu evidente"; VALSANGIACOMO 2004, p. 87, npp. 15, nota che Motta, come Cattori, era favorevole "anche se in maniera diversa" ad una collaborazione con gli avversari storici e quindi ad un'entrata di Canevascini nel governo ticinese.

³¹⁴ CERUTTI, MAURO: "Giuseppe Motta", in: DSS, 25.03.2010, <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003524/2010-03-25/>; v. anche MOOS 2011, p. 200.

³¹⁵ MOOS 2011, p. 201 s.; CODIROLI 1988, p. 217.

³¹⁶ CERUTTI, "Giuseppe Motta" (v. qui sopra, npp. 314). In linea con il fascismo-antifascista governativo svizzero dell'epoca, se da un lato Motta tendeva a privilegiare la cordialità diplomatica alla tutela del diritto d'asilo, dall'altro appoggiava il vescovo Aurelio Bacciarini per contrastare la penetrazione fascista nel Ticino, MOOS 2011, p. 202.

³¹⁷ CERUTTI 1986, p. 334.

³¹⁸ Liberale turgoviese, del 1868, fu avvocato e poi presidente di un tribunale distrettuale, Häberlin fu CF per 14 anni, sempre ministro di Giustizia, v. ROTHENBÜHLER, VERENA:

emergessero solo ambizione, *grandeur*, disprezzo.³¹⁹ Non a caso il *fil rouge* del suo diario fra il 1922 e il 1934 furono la critica e lo scontro con Motta.³²⁰ L'Italia poi, quando criticava la Svizzera di non fare abbastanza contro l'antifascismo, tirava in causa anzitutto Häberlin; ma quegli stessi italiani continuavano pure a ignorare la sovranità svizzera. La tattica di Häberlin era quindi sin dal 1924 di reagire alle accuse italiane con delle controaccuse.³²¹ Era però in minoranza nel CF e poteva solo bloccare qua e là l'azione di Motta,³²² sebbene (continuando la tradizione dei suoi predecessori al DFGP), pretendesse comunque che gli svizzeri non si immischiassero e che non si mettesse a rischio il diritto d'asilo. Con la questione del Passwang³²³ aveva voluto mostrare che gli antifascisti erano trattati dal governo con un'ottica svizzera, negando qualsiasi pretesa da parte dei fascisti.³²⁴

L'Italia non chiese l'estradizione di Bassanesi: sarebbe stato giuridicamente complesso³²⁵ e avrebbe dato ulteriore visibilità al fatto che qualcuno era riuscito a violare il proprio spazio aereo,³²⁶ tantomeno vi fu una richiesta ufficiale per celebrare un processo penale. Faceva però pressione sulla Svizzera per via mediatica³²⁷ per intimidire i complici ticinesi.³²⁸ Non a caso il 13 luglio la comunicazione diplomatica del ministro plenipotenziario svizzero Wagnière da Roma era allarmata: "Giornali tendono a rendere Autorità svizzere responsabili mancata sorveglianza partenza aereo per

"Heinrich Häberlin", in: DSS, 16.10.2007 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004065/2007-10-16/>.

³¹⁹ SOLAND 1997, p. 260.

³²⁰ SOLAND 1997, p. 260.

³²¹ Talvolta questa tattica provocava screzi anche con il Procuratore generale della Confederazione (PG): nel 1926, considerando i fatti assassini di Mussolini, deplorava che Stämpfli fosse d'accordo con Motta nel voler imbavagliare le voci antifasciste. Ancora nel 1929 scriveva che voleva impegnarsi il meno possibile con il regime fascista, SOLAND 1997, p. 262.

³²² SOLAND 1997, p. 263; sul deputato italiano vittima di violenze fasciste, rifugiato in Svizzera e impiegato a Libera Stampa Angelo Tonello, nonché sui tentativi di imbavagliarlo di Motta e l'opposizione del liberale Häberlin, v. CERUTTI 1986, p. 143 ss.; Motta nel 1926 dopo il caso Tonello accusò pubblicamente Cattori parlando al Consiglio nazionale: disse che si era lasciato ingannare dai socialisti. Da allora i rapporti fra i due si incrinarono in modo deciso, cfr. PANZERA 2004, p. 121.

³²³ Ci spiega SOLAND 1997, p. 269, che si trattava del caso dei 23 italiani clandestini che in montagna stavano tenendo un corso su come fare propaganda antifascista, sotto il mantello dei comunisti basilesi. Vennero espulsi da un tribunale circondariale e, quando il governo italiano ne chiese i nomi, Häberlin si negò.

³²⁴ SOLAND 1997, p. 268.

³²⁵ Sulle dottrine dell'estradizione v. cap. 9.2.2.

³²⁶ Il danno per l'immagine italiana era serio, ancora il 29 luglio 1930 l'ambasciatore italiano da Berlino riportava che in Germania la stampa socialista parlava male della capacità organizzativa fascista a causa del volo, L'Ambasciatore a Berlino, Orsini Baroni, al Ministro degli Esteri, Grandi, 29.7.1930, in: Documenti diplomatici italiani, settima serie, vol. IX (15.4.1930-31.12.1930), doc.183, Roma 1975.

³²⁷ Così CERUTTI 1986, p. 302; BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 179.

³²⁸ Lo nota anche CERUTTI 1986, p. 307.

propaganda rivoluzionaria su Milano [...]”³²⁹ Da qui l'immediata reazione del CF, che si riunì il 14 luglio, con Häberlin a presentare le prime risultanze scaturite dalle indagini ticinesi. A Roma Wagnière doveva riferire che la Svizzera stava facendo un'inchiesta minuziosa e che Bassanesi era stato arrestato.³³⁰ Lo stesso 14 luglio era uscito un violento articolo del *Popolo d'Italia*, organo fascista, che attaccava il Ticino antifascista e metteva in discussione l'amicizia con la Svizzera.³³¹ L'incaricato d'affari italiano a Berna *motu proprio* incontrò un funzionario di Motta per farsi assicurare che venisse accertata l'identità dei complici e le loro responsabilità per prendere le necessarie misure.³³²

L'attivismo fascista riusciva a farsi sentire anche attraverso giornali svizzeri di destra con articoli scritti sotto falso nome dal ticinese Colombi. Affermavano che il raid fosse stato preparato dagli antifascisti in Ticino.³³³ Il 18 luglio 1930 la *Squilla italica*, giornale fascista pubblicato in quegli anni da Salvioni a Bellinzona,³³⁴ sosteneva che il Ticino aveva un atteggiamento passivo sul caso e chiedeva che i complici ticinesi venissero puniti.³³⁵ Quello stesso giorno Mussolini, attaccava direttamente Canevascini e il governo ticinese, definendola “un'alleanza di preti e di socialisti” durante una riunione con Wagnière. Il primo ministro italiano non contava di dar seguito all'affaire, rimettendosi con fiducia alle sanzioni che avrebbero preso le autorità federali.³³⁶ Il Corriere della Sera pochi giorni dopo attaccò di nuovo Canevascini, citando un piccolo giornale svizzero.³³⁷ Il 25 luglio *Squilla italica* rimarcava la pericolosità dei complici svizzeri.³³⁸ A fine luglio i giornali italiani martellavano: in Svizzera non si voleva stabilire la responsabilità dei ticinesi!³³⁹

³²⁹ Citato da BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 177.

³³⁰ BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 112 e CERUTTI 1986, p. 307 s., che citano Le Ministre de Suisse à Rome, G. Wagnière, au Chef du Département politique, G. Motta, 19.7.1930, in: Favez, Jean-Claude et al. (ed.), Documenti Diplomatici Svizzeri, vol. 10, doc. 30, <http://dodis.ch/45572>, Bern 1982, npp. 2.

³³¹ Citato da BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 178.

³³² BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 179. Anche la *NZZ* riportava un incontro di De Angelis a palazzo federale, addirittura con Häberlin, *NZZ* 16 luglio 1930, Mittagsausgabe n. 1405, p. 2.

³³³ p.e. *Le Démocrate* del 17 luglio 1930, citato da BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 72 ss.

³³⁴ Il direttore dal 1929 di *Squilla italica* era Richelmy, in stretto collegamento con la legazione a Berna e da là corrispondente per il Corriere della Sera; anche Giovanni Marchi, ministro d'Italia in Svizzera a Berna, collaborava saltuariamente con la *Squilla*, v. CERUTTI 1986, p. 303, npp. 32, e p. 305.

³³⁵ Articolo citato da CERUTTI 1986, p. 305.

³³⁶ Le Ministre de Suisse à Rome, G. Wagnière, au Chef du Département politique, G. Motta, 19.7.1930 (v. sopra, npp. 330). Era proprio *Libera Stampa*, in uno dei suoi primi articoli sul volo, a chiedere “e non avrebbe potuto portar bombe?”, *Libera Stampa* 15.7.1930, p. 1.

³³⁷ Stavolta l'articolo era sull'*Effort* di La Chaux-de-Fonds del 19 luglio, v. CERUTTI 1986, p. 303.

³³⁸ Lo riportano BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 107.

³³⁹ Anche Wagnière il 22 luglio spiegava che gli italiani temevano che l'inchiesta venisse arenata per non dover palesare le responsabilità di Canevascini, v. la lettera citata in:

3.2 *Che si vada a processo, ma senza giurati!*

3.2.1 La ricerca del reato punibile da parte del PG

Il 6 agosto il PG Stämpfli consegnò al CF un rapporto segreto contenente i fatti, l'analisi giuridica e la richiesta di continuazione dell'inchiesta contro Bassanesi e i suoi complici svizzeri e stranieri. Secondo il PG c'era stata la possibile violazione dell'art. 41 Codice penale federale del 4 febbraio 1853 (CPF 1853).

Art. 41 CPF 1853

Chi viola un territorio estero o commette un'altra azione qualunque contraria al diritto delle genti, è punito colla prigionia o con pena pecuniaria.

Ma cosa significava il concetto di “un'altra azione qualunque contraria al diritto delle genti”? Quell'articolo si riferiva in teoria solo agli attacchi violenti diretti contro la Costituzione di uno stato estero in un contesto di reciprocità.³⁴⁰ Far cadere i volantini infatti era solo un atto preparatorio all'alto tradimento, ci voleva una base legale per punirlo e non esisteva un obbligo internazionale che la imponesse.³⁴¹ Per il PG la situazione era chiarissima: punire Bassanesi per aver compiuto un atto contrario al diritto delle genti sarebbe equivalso a riconoscere una responsabilità della Svizzera nei confronti dell'Italia.³⁴² Con un però: il PG nel suo rapporto si chiese se non si doveva anche guardare meglio cosa dicesse il nuovo diritto aereo, dove si era già palesato un conflitto fra la teoria della sovranità e la teoria della libertà di volo. Dal 1919 era stato sancito nei trattati internazionali che la propria aria era territorio sovrano, le nazioni concedevano ora autorizzazioni per la circolazione aerea solo per i voli inoffensivi (“*unschädlich*”).³⁴³ Da qui la frase centrale del rapporto:

BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 182; lo ripeteva il 25 luglio facendo notare che il governo italiano accusava esplicitamente il giudice di pace socialista Martignoli e *Libera Stampa*, *ivi*, p. 182 s.; d'altronde il diplomatico elvetico lo aveva già scritto il 15 luglio: Canevascini e i suoi “si prendono gioco delle nostre relazioni internazionali, le sfruttano e non conoscono queste contingenze”, *ivi*, p. 178 s.; infine sosteneva che se la partecipazione degli svizzeri fosse stata provata, le relazioni di buon vicinato sarebbero state compromesse, Le Ministre de Suisse à Rome, G. Wagnière, au Chef du Département politique, G. Motta, 19.7.1930 (v. sopra, npp. 330). Noto qua che se il 15.7.1930 *Libera Stampa*, p. 1, notava che in Italia non si parlava di bombe, più tardi, il 30.9.1930, a p. 1, ammonì che i volantini in realtà avrebbero potuto essere bombe.

³⁴⁰ Notava che nel caso Brousse del 1879 le AF avevano negato che con la “propaganda del fatto” anarchica fosse punibile anche l'istigazione alla rivolta, ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 8 s.; sul caso Brousse v. sotto, cap. 8.4.2.

³⁴¹ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 9 s.

³⁴² ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 11 s.

³⁴³ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 17 ss.; alla conferenza di Parigi era stato disegnato un progetto di ordinamento internazionale, l'idea era quella di non limitare lo sviluppo e quindi il volo non nocivo (“*unschädlich*”). V. BBl 1920 I 256, pp. 258 s. e 266.

L'uso del nostro spazio aereo per irrompere nello spazio aereo di un altro Stato al fine di far cadere gli scritti di propaganda rivoluzionaria **non è innocuo** ai sensi del diritto internazionale e del nostro diritto nazionale. Nocivo-offensivo significa **ogni volo che non abbia solo scopi di traffico**.³⁴⁴

Per Stämpfli lo *jus innoxii* non poteva che avere la condizione di non causare nessun inconveniente per lo spazio aereo dello stato limitrofo. La contraddizione era dietro l'angolo: gli atti preparatori non erano considerati illegali, quindi il volo era fatto per scopi di traffico – oppure no? Ci si muoveva in una zona d'ombra. Stämpfli sosteneva che:

Attraverso l'incursione aerea con letteratura di propaganda rivoluzionaria ha messo a repentaglio la sicurezza interna dell'Italia e la sicurezza esterna della Svizzera (le buone relazioni con quello Stato). Il volo **quindi** era offensivo.³⁴⁵

Siamo di fronte ad una chiara manipolazione logica da parte del PG:

- come potevano dei semplici atti preparatori (non punibili) mettere in pericolo la sicurezza interna italiana? Ma soprattutto, era compito della Svizzera occuparsene, sebbene (formalmente) l'Italia né espose ufficiale lamentela, né incriminò in contumacia Bassanesi nonostante le leggi fascistissime?
- poniamo che Bassanesi, mostrando la debolezza del controllo aereo svizzero (e italiano), abbia esposto la Svizzera al pericolo di ritorsioni: da nessuna parte nel CPF 1853 era punita espressamente la messa a repentaglio delle buone relazioni con lo Stato estero.³⁴⁶ Inoltre: in base a che criterio e secondo la decisione di chi, le buone

³⁴⁴ “Die Benutzung unserer Luftraumes zum Eindringen in den Luftraum eines andern Staates um daselbst revolutionäre Propagandaschriften abzuwerfen ist kein unschädlicher im Sinne des Völkerrechtes und unseres Landesrechtes. Als schädlich – offensiv gilt jeder Flug, der nicht blossen Verkehrszwecken dient.”, ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 20 (grassetto mio).

³⁴⁵ “Durch den Einflug mit revolutionärer Propagandaliteratur ist die innere Sicherheit Italiens und die äussere Sicherheit der Schweiz (die guten Beziehungen zu jenem Staate) gefährdet worden. Der Flug war **mithin** ein schädlicher”, ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 21 (grassetto mio).

³⁴⁶ Nel CPF 1853 c'erano due titoli riguardanti gli atti violenti: quello sui delitti contro la sicurezza esterna e la tranquillità della Confederazione (artt. 36-40) e quello sui delitti contro Stati esteri (artt. 41-44). Il primo titolo puniva chi faceva la guerra alla Svizzera, chi cercava di sottomettere la Svizzera a uno Stato estero, chi cambiava i confini, chi violava il territorio svizzero. Il secondo invece puniva l'oltraggio contro gli Stati esteri (ma era necessaria la sua richiesta di agire da parte dello Stato estero, artt. 42-44) oppure permetteva di punire *motu proprio* “chi viola un territorio estero o commette un'altra azione contraria al diritto delle genti” (art. 41).

relazioni fra Stati erano messe in pericolo, tra l'altro presa inevitabilmente *ex-post*?³⁴⁷

Attraverso questa sua (illogica) interpretazione politica dell'offensività del volo di Bassanesi il PG riuscì a costruire la punibilità ai sensi dell'art. 41 CPF 1853, inizialmente negata.

Chiara come il sole appariva, invece, la violazione del Decreto1920, che regolava le condizioni del traffico aereo sul territorio svizzero:³⁴⁸ a Bassanesi mancavano un brevetto di volo valido, una lista di passeggeri per il volo Lodrino-Milano e ritorno, nonché un inventario dei beni trasportati. Infine per legge non poteva atterrare sul prato di Lodrino. Erano violazioni plurime contro l'art. 19 cifre 3, 4 e 6 e l'art. 20 cpv. 1 e cpv. 2 Decreto1920, punite dall'art. 37 Decreto1920 con la prigionia fino a un anno e fino a 10'000 CHF di multa,³⁴⁹ una minaccia di pena corrispondente alla categoria dei delitti, ma chiamata dal Decreto1920 con il termine di contravvenzione.

Dal rapporto sorge l'impressione che per il PG il significato penale di questo caso non stava nel fatto compiuto da Bassanesi, quanto piuttosto nella prontezza d'azione degli antifascisti ticinesi, in particolare dei funzionari cantonali,³⁵⁰ che riteneva tutti complici o comunque favoreggiatori ai sensi degli artt. 21 e 23 CPF 1853.³⁵¹ C'era però un possibile ostacolo giuridico: dato che il Decreto1920 non conteneva norme di rimando al CPF 1853, a prima vista le norme sulla complicità non erano qui applicabili, visto che la prassi del TF escludeva l'uso dell'analogia nel caso di contravvenzioni (non invece nel caso di delitti).³⁵² Come indicato i reati condannati dal Decreto1920 erano infatti definiti dal suo art. 37 come contravvenzioni ("*Übertretung*"), sebbene la pena fosse dell'entità prevista di solito per i delitti. Insomma, il CPF 1853 e il Decreto1920 usavano due parole diverse

³⁴⁷ Dopo il processo il PG Stämpfli commentò il caso sulla RPS, ma non fece parola di questa sua sussunzione abusiva: sosteneva solo che il volo non era stato innocuo, v. STÄMPFLI 1931 Bassanesi, p. 5.

³⁴⁸ V. anche FFfr 1920 I 262. Era stato emanato nel periodo di transizione dopo i pieni poteri. Vi era sancita la libertà di volare in Svizzera a patto che fosse "*unschädlich (inoffensivo)*". Le norme di polizia (art. 18) spiegavano che il lancio di oggetti era vietato, riservate le zavorre delle mongolfiere e autorizzazioni date per traffico postale. All'art. 37 erano regolate le pene per le *contravvenzioni*: "*Gefängnis*" e "*Busse*" (detenzione e multa) assieme o da sole, oltre alla possibilità di confiscare il velivolo; v. ora KLEY, ANDREAS: "Pieni poteri", in: DSS, 6.10.2020 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/010094/2020-10-06/>; e Rudolf Fuhrer, Hans; Cerutti, Mauro; Perrenoud, Marc; Bürgi, Markus: "Guerra mondiale, Prima", in: DSS, 05.05.2015 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/008926/2015-05-05/>.

³⁴⁹ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 27.

³⁵⁰ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 25 s.

³⁵¹ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 29 ss.

³⁵² Il PG citava qui la DTF 22 401, p. 411; Stooss notava che a livello federale il legislatore era silente. Da qui ne conseguiva che i principi del codice penale trovavano applicazione anche alle contravvenzioni di polizia solo laddove ("*insoweit, aber auch nur insoweit*") non fosse regolato altro, STOOSS 1892-3, vol. 1, p. 169, riferendosi alle leggi di Zurigo e Zugo.

(delitto e contravvenzione) per descrivere la stessa minaccia di pena. I giuristi dell'epoca, guidati da Hafter - allora coeditore della RPS - lo sapevano: in Svizzera a livello federale (diversamente dalla pluralità cantonale) si riteneva che la differenza fra delitti e contravvenzioni fosse quantitativa e non qualitativa e quindi il criterio determinante era la pena comminata, non l'essenza del reato.³⁵³ Vista l'entità della pena comminata dall'art. 37 Decreto 1920, non era assurdo ritenere i reati di Bassanesi contro il diritto dell'aria come delitti, sebbene la legge li chiamasse contravvenzioni.³⁵⁴ Il PG ovviò quindi al problema sostenendo che si era di fronte a dei delitti ("*Vergehen*"), posizione che permetteva di incriminare anche i ticinesi per complicità.³⁵⁵ Conscio delle possibili critiche, il PG argomentò comunque anche dal punto di vista del contenuto, sostenendo che l'art. 37 Decreto 1920 fosse una norma-quadro che poteva riguardare sia norme criminali, sia di polizia. Secondo lui alcune norme del Decreto 1920 nella loro essenza erano delitti e non solo contravvenzioni, in particolar modo lo era l'atterraggio su uno spiazzo vietato.³⁵⁶ Era qui evidentissima (sebbene implicita) la volontà di perseguire il giudice di pace socialista Martignoli, che aveva predisposto tutto a Lodrino.³⁵⁷

³⁵³ HAFTER 1926, p. 90, che lì rimandava peraltro a ZÜRCHER, anche lui coeditore appena deceduto della RPS. Questa suddivisione quantitativa vale ancora oggi nel nostro Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (CPS) (art. 10 c.d. art. 103).

³⁵⁴ La posizione di Hafter non faceva l'unanimità. Stooss, il padre del CPS e coeditore della RPS, notava sì che in genere i reati erano vistosamente ("*auffallender Weise*") suddivisi in base alla pena minacciata e non in base alla gravità della colpa, STOOSS 1892-3, vol. 1, p. 164; era però convinto che bisognasse ancora distinguere tra reato criminale e reato di polizia. Elogiava così i cantoni che avevano parificato il reato di polizia al delitto di disubbidienza ("*Ungehorsamsdelikt*"), *ivi*, p. 170; su questa questione v. ora anche GARRÉ 2017, p. 237 s., ma anche i miei appunti qui sotto (cap. 3.3.2) sull'utilizzo del diritto italiano.

³⁵⁵ Gli artt. 2 ss. CPF 1853 sancivano che "ai crimini e ai delitti previsti nella parte seconda di questo codice" erano applicabili le seguenti pene: reclusione (ovvero una detenzione in una casa di forza per non meno di un anno e non più di 30); la prigionia (*Gefängnis*, ovvero esser rinchiusi in una prigione non più di 6 anni); multa fino a 10'000 franchi. L'art. 37 Decreto 1920 puniva le contravvenzioni con la prigionia (*Gefängnis*) fino a un anno e una multa fino a 10'000 CHF; questa confusione era chiara a tutti: Pacciardi spiegò anni dopo che la difesa di Bassanesi puntava anche mediaticamente proprio su questo dettaglio. Per questo facevano ribadire ogni giorno a *Libera Stampa* che si trattava solo di una contravvenzione, cfr. PALMA 2003, p. 169.

³⁵⁶ Secondo Stämpfli la prassi della Corte di cassazione era stata criticata ingiustamente. Il PG riteneva che il CPF 1853 non seguisse la suddivisione tripartita del diritto francese: nell'art. 2 CPF 1853 si parlava di "*Verbrechen (Vergehen)*", "*crimes et délits*", ma in realtà si usava ripetutamente anche la parola "*Übertretungen*" nel senso di atti punibili (artt. 14, 16, 19, 24, 32, 33 CPF 1853). In ogni caso, scrisse il PG, contro quella giurisprudenza si sarebbe dovuto battere in CdA e poi alle AF. Per il resto rimandava al suo *Spezialbericht* del 23 luglio 1930 sulla punibilità per la complicità in delitti sulla circolazione aerea, ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 36 s.

³⁵⁷ Non tutti i complici socialisti erano uguali. Pacciardi e Canevascini erano i grandi assenti nel testo del PG. Motta, però era convinto che il toscano fosse autore di quei volantini. Un antipapista che usava la libertà della Svizzera per fare propaganda politica, era insopportabile! V. CERUTTI 1986, p. 310 e npp. 58. Sappiamo che la polizia cantonale disse di non riuscire a

C'era però un problema di non poco conto, di cui rendeva attenti il PG: qualora si fosse deciso di continuare sia con l'art. 41 CPF 1853, sia con il Decreto 1920, allora avrebbe dovuto interrogare i giornalisti, cosa che avrebbe fatto molto chiasso (in particolare sulla stampa filofascista) e bisognava chiedersi se fosse necessario.³⁵⁸

3.2.2 I giurati popolari come capro espiatorio

3.2.2.1 Fare un favore all'Italia come legittimazione della strategia processuale

Pur di scovare una punibilità ai sensi dell'art. 41 CPF 1853 il PG aveva palesemente manipolato l'argomentazione giuridica. Ma perché? La mia ipotesi è che vedere condannati degli svizzeri per la Svizzera sarebbe stato peggio di un veleno diplomatico. Ancora peggio sarebbe stato espellere Bassanesi (come spesso si era fatto in casi simili) senza accusare contemporaneamente i complici svizzeri: a livello internazionale la scelta sarebbe risuonata come un'autoassoluzione.

Dal punto di vista diplomatico-borghese bisognava quindi creare le condizioni per dare un messaggio politico di condanna contro Bassanesi e contemporaneamente assolvere tutti gli svizzeri, senza però che qualcuno potesse accusare la Svizzera di giocare a proprio favore. Bisognava insomma creare legittimità³⁵⁹ su quell'assoluzione. Un processo penale celebrato ai massimi livelli federali cadeva a fagiolo: dando all'Italia e alla comunità internazionale l'idea che lo si stesse celebrando proprio per garantire gli interessi stranieri, si sarebbe potuto in realtà celebrare un teatro funzionale alla Svizzera per uscire immacolata da quella che era - almeno per il potere borghese - una scomoda situazione.

Ecco quindi che, sollevata la punibilità dell'art. 41 CPF 1853 e quindi affermato *urbi et orbi* che sì, la Svizzera era uno Stato che condannava gli atti di Bassanesi, il PG cosparses il suo rapporto di fumogeni politico-mediatici. Anzitutto mise in guardia sul rischio di imbastire un processo che avrebbe inquisito un giornale politico di sinistra. Quindi allertò sui rischi di un processo pubblico davanti alle AF, competenti qualora si imputasse Bassanesi per la violazione dell'art. 41 CPF 1853: proprio l'articolo che in teoria permetteva di tutelare le buone relazioni con l'Italia sarebbe diventato un boomerang a suo svantaggio, dato che la giuria avrebbe portato con sé tutta una serie di problemi.

scardinare il silenzio che aleggiava attorno ai socialisti. Häberlin volle addirittura inviare un *detective*, Cattori il 12 agosto si disse d'accordo. Questi però non scoprì nulla di nuovo. V. CERUTTI 1986, p. 313 e BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 107 s.

³⁵⁸ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 35.

³⁵⁹ Sul concetto di legittimità processuale v. meglio sopra, cap. 2.6.4.5.

3.2.2.2 Inscenare le giurie popolari come *worst case*

Stämpfli anzitutto riportò casi in cui le giurie si erano precedentemente dimostrate fonte di problemi.³⁶⁰ Poi drammatizzò la situazione qualora fossero intervenuti i giurati.³⁶¹

- il caso sarebbe stato giuridicamente troppo difficile per i giurati, in particolare sulla questione dell'offensività del volo;
- i giurati sarebbero stati incapaci di scegliere prima quale decisione sarebbe stata meglio per le relazioni internazionali svizzere;
- per i giurati sarebbe stato impossibile esimersi dal fare un giudizio di equità di fronte alle violenze di un regime dittatoriale come il fascismo, che inoltre continuava a violare il territorio svizzero. Una maggioranza qualificata di 10 giurati a 12 (come previsto dalla legge) per condannare Bassanesi sarebbe stata impensabile; soprattutto era impensabile avere una maggioranza di 10 giurati che ignorassero i precedenti della prassi (in particolare l'impunità concessa nel recente volo dell'imperatore Carlo); nella logica dei numeri a suo dire sarebbero bastati tre convinti antifascisti per far cadere l'accusa;
- i giurati sarebbero comunque stati succubi della difesa, che avrebbe fatto il processo al fascismo;
- i giurati non sarebbero stati capaci di gestire un caso-limite;
- i giurati non avrebbero potuto non generalizzare, facendo di tutta l'erba un fascio e quindi legare i reati di violazione territoriale con quelli di violazione delle norme aeronautiche: i giurati probabilmente lo avrebbero assolto pure per la violazione del Decreto 1920.³⁶²

Evidentemente si trattava di motivazioni anti-giurie contestabili una ad una con disarmante semplicità – sarebbe stato sufficiente non essere gonfi di pregiudizi sulla capacità dei non-giuristi di capire le questioni giuridiche, o perlomeno quelle diplomatiche. Ma l'idea (implicita, o perlomeno ciò sostengo con la mia tesi) era che bisognasse fornire una paletta di motivazioni credibili e condivisibili per giustificare come mai non si celebrasse il processo secondo i crismi dell'art. 41 CPF 1853. E Stämpfli era un elemento perfetto per scaricare tutte quelle parole negative nei confronti delle giurie, visto che tutti sapevano che le odiava.³⁶³

³⁶⁰ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 14-15, d'interesse notare che il PG citò il caso Andrei e il caso Nathan, ma nessuno dei due fu infine giudicato dalle AF...

³⁶¹ Tutti i punti qui sotto da ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 23 s.

³⁶² Stämpfli ometteva però di ricordare che dal caso Brousse in poi il CF decise che anche per l'assoluzione erano (assurdamente) necessari 10 giurati contro 12, v. meglio sotto cap. 8.4.2.2.

³⁶³ “*bekanntermassen kein Freund des Schwurgerichtes*”, così Pfenninger nei dibattiti del Juristentag della SSG del 1931, in: SSG 1931 - Protokoll, p. 338a.

Nel rapporto Stämpfli offriva – certo non a caso – anche una via di fuga al governo federale: far decidere previamente (e fuor da ogni logica processuale) alla Camera d'accusa (CdA) del Tribunale federale (TF) se con il volo ci fosse stata o no violazione territoriale, oppure il CF stesso avrebbe potuto *motu proprio* accertare il carattere offensivo del volo.³⁶⁴ In questo caso il consiglio seguente era affermare di voler evitare il perseguimento per motivi di opportunità, facendo considerare il carattere offensivo del volo solo come “condizione aggravante”. D'altronde non si era obbligati dal diritto internazionale a punire qualsiasi violazione compiuta da un privato, bisognava solo dimostrare d'aver fatto tutto il possibile.³⁶⁵

3.2.2.3 Chi avrebbe celebrato il processo federale

Se fosse intervenuta la giuria federale il caso sarebbe probabilmente stato affidato al circondario latino misto, composto da francofoni-italofoni,³⁶⁶ dove vodesi e ginevrini erano in grande maggioranza. I giurati erano infatti eletti nei cantoni uno ogni 1'000 abitanti secondo quote partitiche su una lista pubblicata sui fogli ufficiali cantonali.³⁶⁷ Dalla lista del circondario ne sarebbero stati estratti a sorte una cinquantina per il singolo processo, poi ricusati dalle parti fino ad arrivare al numero di 12 più due supplenti.³⁶⁸ Ci sarebbero stati insomma verosimilmente quasi solo giurati francofoni. Esule a Parigi come i suoi complici italiani, Bassanesi non avrebbe comunque avuto difficoltà con un processo in francese. Alla giuria si affiancava una Camera criminale, composta da un giudice federale per ogni regione linguistica:³⁶⁹ per quell'anno erano stati assegnati i giudici Kirchhofer,³⁷⁰ Rambert³⁷¹ e Agostino Soldati. Su quest'ultimo è meglio soffermarsi, dato che non era assolutamente estraneo alla politica ticinese.³⁷²

Classe 1857, cattolico, dottore a Torino a soli 23 anni, Soldati divenne famoso come avvocato per il processo di Stabio.³⁷³ Fu presidente due volte del Gran consiglio ticinese e fondatore di una linea liberal-conservatrice. Nel

³⁶⁴ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 38 ss.

³⁶⁵ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 24 s.

³⁶⁶ Art. 109 Legge federale sulla organizzazione giudiziaria federale del 22 marzo 1893 (OG 1893).

³⁶⁷ Art. 110 OG 1893; v. FFit 1929 I 767.

³⁶⁸ Artt. 115 ss. OG 1893.

³⁶⁹ Art. 18 n. 2 OG 1893.

³⁷⁰ Emil Kirchhofer era un colonnello e giudice militare. Non aveva fatto una carriera politica ed era stato proposto dai radical-democratici. Sciaffusano del 1871, dottore in diritto civile con studi in tutta Europa, aveva avuto una carriera esclusivamente giudiziaria. Eletto nel TF nel 1908, è stato un autorevole amministrativista, v. BuRiLex Emil Kirchhofer.

³⁷¹ Paul Rambert, liberale romando del 1866, cognato dell'eroico esploratore aeronautico Auguste Piccard, era giudice e professore di diritto civile. Eletto al TF nel 1919, era civilista con Soldati, v. BuRiLex Paul Rambert.

³⁷² V. in generale BuRiLex Agostino Soldati.

³⁷³ V. sotto, cap. 8.3.4.

1889 fu eletto al Consiglio degli Stati (CdSi) e presiedette il governo di conciliazione ticinese scaturito dai moti del 1890. Crollata quell'esperienza, nel 1892 fu eletto al TF, subito attivo nella nuova Corte penale federale. Di rilievo notare che dal suo giornale, il *Corriere del Ticino*, continuava a influenzare la politica del cantone.³⁷⁴ Su di lui c'era un'aspettativa politica diretta da parte del CF ticinese Motta.³⁷⁵ Ostentava un antisocialismo virulento. "Si indignava" pensando all'alleanza Cattori-Canevascini.³⁷⁶ Nell'opuscolo "Per la chiarezza" pubblicato nel 1935, mentre era giudice federale, spiegava che considerava il Partito socialista (PS) un pericolo per i principi borghesi, che rigettava il fascismo puro ma che per combattere chi si alleava con il socialismo era pronto ad assecondare i partiti filofascisti:

Tra il partito socialista ed i partiti borghesi, invece, esiste una così fondamentale divergenza di idee e di principi che l'unica posizione, che di fronte ad essa possono assumere, è quella di una lotta continua, senza quartiere ed in tutti i campi. Il partito socialista nega e combatte tutto quello che noi affermiamo e difendiamo. Materialista, nega e combatte la religione. Internazionalista, nega e combatte la Patria. Rivoluzionario, nega e combatte la libertà. Suo programma ultimo è di impadronirsi, anche con la forza, del potere per instaurare la dittatura del proletariato. Il partito socialista costituisce, quindi, un grave e permanente pericolo per la Società e per lo Stato, sempre e dovunque.³⁷⁷

Non siamo leghisti. L'organizzazione della Lega, calcata su quella del fascismo, a base di gerarchie designate dall'alto, con un Capo investito di poteri dittatoriali, è contraria alle nostre idee ed allo spirito del nostro popolo e delle nostre istituzioni.³⁷⁸

Bisogna che tutti coloro che intendono condannare l'alleanza [dei conservatori] coi socialisti, manifestino questa loro volontà, votando per i candidati di una lista che ha specialmente questo significato. Questa lista è quella della Lega Nazionale. Abbiamo detto che non siamo e non potremo mai essere leghisti. Aggiungiamo, che non crediamo che la Lega possa determinare, né ora né in avvenire, un movimento di rigenerazione politica. Ciò non ci impedisce di riconoscere, che v'è in essa qualche cosa di bello, di attraente e di simpatico.³⁷⁹

³⁷⁴ TALAMONA 2008, p. 113; GOZZER 2003, p. 17; Agliati sosteneva (speculando?) che nel 1930 di fronte ad articoli di chiara linea socialista, "ci sarà stata qualche telefonata inquieta al presidente del CdA e magari allo stesso giudice Soldati a Losanna", AGLIATI 2003, p. 894.

³⁷⁵ Ad esempio, nel 1927, quando gli agrari si rifiutarono di prendere il loro seggio nel Consiglio di Stato (CdSo) ticinese, gli chiese di intervenire, lettera di Motta a Tarchini del 4.2.1927, cit. da TRISCONI 1996, p. 48, npp. 55.

³⁷⁶ TALAMONA 2008, p. 114 s.

³⁷⁷ SOLDATI 1935, p. 3 (si noti che questa fonte è un opuscolo contenente alcuni articoli pubblicati dal CdT in occasione delle elezioni cantonali ticinesi del 1935).

³⁷⁸ SOLDATI 1935, p. 16.

³⁷⁹ SOLDATI 1935, p. 20.

Non a caso il *CdT* su di sé nei mesi dell'affare Bassanesi si descriveva così: “Antisocialista infine; e gli stessi socialisti ci hanno riconosciuto il merito di esserlo con franchezza”.³⁸⁰ Soldati era comunque un personaggio di rilievo internazionale, apprezzato dall'Italia: fece parte dei tribunali arbitrali misti italo-germanico, italo-austriaco e italo-bulgaro.³⁸¹ Chi poteva garantire al CF una conformità maggiore alla Ragion di Stato con un approccio critico sul socialismo?

3.2.2.4 Infine, abbattere il tribunale locale a favore della Corte penale federale

Nel suo rapporto il PG rendeva attento il CF: se fossero stati perseguiti solo i delitti (“*Vergehen*”) del Decreto 1920, allora non sarebbe intervenuta la giuria federale, ma di principio il giudizio sarebbe stato di competenza dei tribunali cantonali ticinesi. Il CF avrebbe però potuto decidere di togliere la competenza cantonale per quel caso e darlo alla Corte penale federale.³⁸²

Nel caso di una delega al cantone sarebbe invece entrato in considerazione il Decreto legislativo concernente la procedura per le contravvenzioni in materia federale dell'11 giugno 1929 (art. 1 lett. b), quindi le Assise pretoriali del circondario di Biasca. Il PG si schierò però in modo chiaro contro questa eventualità, affermando senza mezzi termini l'inaffidabilità di quel tribunale:

Non vi è la minima garanzia che questo tribunale terrà conto della particolare importanza del caso che deriva dalla nostra responsabilità ai sensi del diritto internazionale. In particolare, al tribunale non può essere affidata la valutazione di Martignoli, Giudice di Pace nella stessa circoscrizione. Non avremmo diritto a un ricorso federale contro l'assoluzione per motivi probatori, né a un ricorso contro la commisurazione della pena.³⁸³

³⁸⁰ *CdT* 24.9.1930, p. 2. Le scaramucce con i socialisti erano costanti. Quando il 15 luglio 1930 *Libera Stampa* definì il *CdT* “filofascista”, questo giornale rispose indirettamente: “Ci sono dei complici? Ci pare che sia questa la cosa più interessante che deve stabilire l'inchiesta, perché anche la più grave”, *CdT* 16.7.1930, p. 2.

³⁸¹ v. p.e. CHIESA 1939, p. 252; v. anche di nuovo BuRiLex Agostino Soldati.

³⁸² Nell'art. 38 Decreto 1920 si richiamava l'art. 125 OG 1893 per la competenza giurisdizionale penale, che assegnava la competenza sussidiaria della Corte penale federale su volontà del CF.

³⁸³ “*Es besteht nicht die geringste Garantie dafür, dass dieses Gericht der aus unserer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit fliessenden besonderen Bedeutung des Falles Rechnung tragen werde. Das Gericht darf namentlich nicht mit der Beurteilung des im gleichen Bezirke wirkenden Friedensrichters Martignoli betraut werden. Gegen eine Freisprechung aus beweisrechtlichen Gründen stünde uns kein eidg. Rechtsmittel zu, ebensowenig gegen die Strafzumessung*”, ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 38.

Il PG sapeva di cosa parlava. Le Assise pretoriali erano uno scabinato,³⁸⁴ il pretore avrebbe giudicato assieme a tre assessori-giurati in seduta comune. Per la Riviera erano a disposizione 12 scabini, 4 scabini ciascuno per i tre partiti maggiori (liberali-radicali, conservatori-democratici e socialisti).³⁸⁵ In 6 dovevano essere sorteggiati e le parti potevano ricusarne uno a testa, uno restava supplente.³⁸⁶ Il pretore di Biasca era Alberto Totti, conservatore eletto con il sostegno dei socialisti, contro un altro conservatore che era candidato con il sostegno dei liberali di destra.³⁸⁷ Insomma si ripresentava qualcosa di simile al “pateracchio” che già funzionava in governo cantonale con l’asse Cattori-Canevascini.

Se fosse intervenuta la Corte penale federale, al posto dei giurati federali ai tre giudici della Camera criminale si sarebbero affiancati due altri giudici federali: Strebel³⁸⁸ (che sostituiva Hugo Oser, morto in marzo), e Brodtbeck.³⁸⁹ La differenza maggiore fra il funzionamento delle AF e la Corte penale federale, oltre evidentemente alla suddivisione dei compiti di giudizio fra Corte e giuria, stava nell’interrogatorio: in un processo davanti alle AF esso era incrociato,³⁹⁰ mentre con la Corte penale federale valeva il metodo inquisitorio, ovvero era inizialmente il Presidente a interrogare tutti, lasciando meno spazio alle parti per chiedere altro.³⁹¹ Sia il presidente della Camera criminale, sia quello della Corte penale federale erano nominati dal TF per ogni singolo caso penale.³⁹²

La Corte penale federale risuonava per il PG come tribunale salvifico, sebbene ammonisse che inevitabilmente anche lì sarebbe stato fatto il processo al fascismo.³⁹³

³⁸⁴ Art. 29 Legge organica giudiziaria civile e penale del canton Ticino del 24 novembre 1910 (LOG-TI 1910). L’articolo non aveva subito modifiche nel 1922; sul concetto di scabinato v. sott, cap. 8.3.2.

³⁸⁵ V. Annuario della Repubblica e Cantone del Ticino del 1927, Bellinzona 1927, pp. 144 e 159 s.

³⁸⁶ Art. 30 LOG-TI 1910.

³⁸⁷ *Libera Stampa* 19.5.1925, p. 2.

³⁸⁸ Josef Jakob Strebel, argoviese del 1887, avvocato, già in Consiglio nazionale (CN) per i conservatori, dal 1929 era docente di diritto civile a Losanna. Fu eletto nel TF nel 1921 ed era principalmente civilista con Soldati, v. BuRiLex.

³⁸⁹ Karl Adolf Brodtbeck, basilese del 1866, avvocato, era Consigliere nazionale (CN) socialista e per vent’anni all’inizio del secolo nel Consiglio di amministrazione delle FFS. Autore abbastanza prolifico, venne eletto al TF nel 1924 e in quegli anni era civilista con Soldati, v. BuRiLex.

³⁹⁰ Art. 70 Legge di procedura penale federale del 27 agosto 1851 (PPF 1851) s.; v. sotto, cap. 6.4.3.

³⁹¹ L’art. 133 Legge federale sulla organizzazione giudiziaria del 6 ottobre 1911 (OG 1911); come mostro riguardo al caso Nicole sotto (cap. 11.2), il presidente Soldati sapeva dominare la situazione anche laddove il dibattimento fosse incrociato.

³⁹² Artt. 19 e 127 OG 1893; nel processo Bassanesi la scelta cadde – non molto sorprendentemente invero – su Soldati.

³⁹³ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 37 ss.

3.2.3 La decisione del CF: dare il caso alla Corte penale federale

3.2.3.1 La motivazione nel verbale della decisione

Il CF il 14 agosto 1930 decise il da farsi in ben due sedute, il 12³⁹⁴ e il 14 agosto 1930. L'autorevole Consigliere agli Stati (CdSi) liberale Brenno Bertoni sostenne che il CF quel giorno avrebbe potuto fare una cosa molto semplice: espellere immediatamente Bassanesi e lasciar celebrare un processino in contumacia alla pretura di Biasca per semplici contravvenzioni al Decreto1920.³⁹⁵

Ma il CF decise altro, a prima vista seguendo le parole del PG. Bassanesi stava "abusando dell'ospitalità svizzera" e "non v'è dubbio" che incorreva in una pena.³⁹⁶ Perseguire l'italiano per violazione dell'art. 41 CPF 1853 avrebbe senza dubbio permesso pene severe e avrebbe "soprattutto" permesso di perseguire anche i redattori e gli stampatori dei volantini, ma (ricordava laconicamente il CF) l'applicabilità del CPF 1853 poteva essere messa in discussione a causa di due precedenti analoghi, decisi proprio dal CF stesso. Questo inconveniente si sommava al problema di dover attivare le AF: "la difesa farebbe il processo al fascismo" e "secondo la composizione della giuria" Bassanesi avrebbe potuto essere assolto.³⁹⁷ Bassanesi aveva sì compiuto un volo "di carattere offensivo", contravvenendo al diritto internazionale e violando l'art. 41 CPF 1853, ma "per ragioni di opportunità" si rinunciava al perseguimento.³⁹⁸ Bassanesi era quindi da perseguire solo per violazione del Decreto1920, "aggravato dal fatto che il pilota dell'aeromobile si è servito del nostro territorio per violare la sovranità territoriale di uno Stato estero, compromettendo così la sicurezza esterna della Confederazione". Si trattava di "trasgressioni", "contravvenzioni" ai sensi del Decreto1920, con cui si potevano anche punire i "compartecipi".³⁹⁹

³⁹⁴ *NZZ* 12.8.1930, Abendausgabe, Nr. 1571. La seduta era durata più di due ore dato che, dice il giornale, non si sapeva se dare il caso alle AF o alla Corte penale federale.

³⁹⁵ *Il Dovero* 14.10.1930, p. 1 (v. anche sotto, npp. 501); si noti che l'assoluzione in caso di contumacia non era possibile, v. art. 264 del Codice di procedura penale ticinese del 3 maggio 1895. D'altronde **già il 15 luglio 1930** la *NZZ* aveva esposto l'indirizzo che avrebbe dovuto prendere l'inchiesta. Già si poteva dire che era difficile accertare un "crimine contro Stati stranieri". La caratteristica del volo Bassanesi, diceva la *NZZ*, non stava tanto nell'esser penetrato nello spazio aereo straniero, ma piuttosto nell'aver buttato del materiale di propaganda, quindi un attacco all'esistenza e all'onore dello Stato estero. Era solo una preparazione, non punita dall'art. 41 CPF 1853. Insomma: era affare dell'Italia compiere un processo per alto tradimento, eventualmente in contumacia. Non ci si doveva per contro dimenticare che il CF aveva rinunciato a far giudicare le spie italiane dalle AF. Si doveva garantire al giovane aviatore lo stesso destino dato agli italiani fascisti: l'espulsione, v. *NZZ* 15.7.1930 n. 1396.

³⁹⁶ CONSEIL FÉDÉRAL Procès-verbal de la séance, 14.8.1930, in: Favez, Jean-Claude et al. (ed.), *Documenti Diplomatici Svizzeri*, vol. 10, doc. 32, <http://dodis.ch/45574>, Bern 1982.

³⁹⁷ Verbale CF - 1930 1395, p. 2.

³⁹⁸ CONSEIL FÉDÉRAL Procès-verbal de la séance, 14.8.1930 (v. sopra, npp. 396), p. 78 ss.

³⁹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL Procès-verbal de la séance, 14.8.1930 (v. sopra, npp. 396), p. 80.

Il CF non sosteneva invece che si trattasse di delitti. Questo è un dettaglio centrale: il CF adottava una strategia diversa rispetto a quella processuale del PG, consapevole che qualsiasi giurista svizzero si sarebbe chiesto come mai si potesse inquisire qualcuno per complicità in contravvenzione.

La parola “compartecipi” era sottolineata nel verbale che si trova in archivio.⁴⁰⁰ Solo altri due concetti erano sottolineati, una volta ciascuno: “Giovanni Bassanesi e compartecipi” e “disposizioni disciplinari”.⁴⁰¹ Quest’ultima parola era verosimilmente sottolineata in modo da non far venire a nessuno il sospetto che la violazione alla Legge sulle dogane fosse grave. Infine, si diede il caso alla giurisdizione federale dato che “presentava delle condizioni di sicurezza che la fanno preferire” a quella cantonale.⁴⁰² Si comprende all’istante di quale sicurezza si stesse parlando: bisognava decidere secondo gli interessi federali e solo il TF poteva garantirlo.

Il tutto era motivato richiamandosi ufficialmente al rapporto del PG.⁴⁰³ D’altronde era proprio necessario richiamarsi ad un affermato giurista del governo, cosa ne avrebbero potuto capire di perseguimento penale quei ministri federali, di cui 5 su 7 erano di professione avvocati (Häberlin era stato addirittura giudice distrettuale per un ventennio) e un sesto era dottore in diritto...?⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 113, sostengono che ciò significhi che il governo prendeva atto che l’azione giudiziaria era estesa ai complici. Non è così: il governo in realtà indicava l’importanza di quel perseguimento, i ticinesi andavano presentati come complici ai lettori del documento. Sappiamo che il verbale lasciò il palazzo federale: è evidente che la NZZ ne avesse una copia, leggendone gli articoli; sappiamo che pure l’avvocato Borella lo aveva, BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 112 s. Dettaglio non irrilevante: il verbale è stranamente in italiano, sebbene il capo del DFGP Häberlin fosse germanofono. Che si prevedesse di farlo leggere anche in Italia? Sappiamo infatti che perlomeno il rapporto segreto del PG non rimase in Svizzera, ma arrivò sui tavoli della legazione svizzera a Roma (v. qui sotto npp. 420).

⁴⁰¹ Verbale CF - 1930 1395, p. 4; le disposizioni disciplinari riguardavano la violazione di norme doganali, che nel verbale si indicava sarebbero state sanzionate in separata sede. Su questo punto v. meglio sotto cap. 3.2.4.

⁴⁰² Verbale CF - 1930 1395, p. 2; si annotava che pure il governo ticinese propendeva per questa soluzione. D’altronde *Popolo e libertà* 19.8.1930, p. 2, riportava che Cattori si incontrò con i Consiglieri federali particolarmente interessati nel caso Bassanesi l’11 agosto a Berna.

⁴⁰³ Lo stesso atteggiamento da scaricabarile usava Motta, scrivendo alla legazione a Roma subito dopo che la decisione venne presa, Le Chef du Département politique, G. Motta, au Chargé d’Affaires de Suisse à Rome, Ruegger, 14.8.1930, in: Favez, Jean-Claude et al. (ed.), *Documenti Diplomatici Svizzeri*, vol. 10, doc. 33, <http://dodis.ch/45575>, Bern 1982. Bisogna inoltre notare che Häberlin aveva seguito l’inchiesta da vicino sin da subito. Il 15 luglio la NZZ nella sua edizione serale informava che Cattori aveva esposto a Häberlin personalmente i risultati dell’inchiesta preliminare, il giorno dopo era lui ad aver incontrato l’incaricato d’affari italiano, v. NZZ 16 luglio 1405. Il 20 agosto 1930 Häberlin – quindi 6 giorni dopo la decisione del CF di non inquisire la stampa – si continuava a dire non soddisfatto dell’inchiesta, dato che non si riusciva a capire il ruolo di Pacciardi, v. CERUTTI 1986, p. 312.

⁴⁰⁴ Si vedano le rispettive biografie in ALTERMATT 2019.

3.2.3.2 Il comunicato stampa – diverso dal verbale – del CF

Allegato al verbale si trovava un comunicato stampa nelle altre due lingue. Esso sosteneva ipocritamente che l'inchiesta non aveva chiarito tutti i fatti. Le giurie popolari federali erano inoltre d'ostacolo dato che erano bollate come pesanti ("*lourd appareil*", "*schweren Apparat*"). Contemporaneamente si chiariva che erano state appurate contravvenzioni ("*infractions*", "*Übertretungen*") al Decreto 1920 con il concorso di terzi ("*concours de tiers*", "*Begleiter*"). Si sanciva che nulla avrebbe impedito al TF, nella commisurazione della pena, di considerare che l'aviatore stava compiendo un'attività sediziosa, abusando gravemente dell'ospitalità svizzera e che i suoi complici ("*complices*", "*Helfershelfer*") si sarebbero dovuti rendere conto di quanto questi atti avessero disturbato le relazioni di buon vicinato. Il caso infine veniva dato alla Corte penale federale, per segnalare l'importanza ("*marquer l'importance*", "*Bedeutung zu unterstreichen*"), che avrebbe potuto considerare come sediziosa l'attività di Bassanesi.⁴⁰⁵

Ora non solo chi avrebbe avuto accesso al verbale lo avrebbe capito, la strategia diventava di dominio pubblico: a qualsiasi giurista della Confederazione – giudici federali compresi – sarebbe saltato all'occhio che si chiedeva di condannare i ticinesi per complicità a una contravvenzione, un'eventualità che avrebbe messo in questione la struttura del diritto penale svizzero.

3.2.3.3 Le reazioni alla decisione del 14 agosto: tutto come previsto

Subito Motta scrisse alla legazione svizzera a Roma, attaccando sguaiatamente solo i giurati popolari. Spiegava surrettiziamente che per usare l'art. 41 CPF 1853 sarebbe stato necessario affidarsi a una costruzione giuridica loro inaccessibile.⁴⁰⁶ D'altronde, sosteneva, nulla sarebbe stato peggio per le relazioni italo-svizzere d'avere le AF in giudizio: gli avvocati avrebbero potuto fare il processo del regime fascista e addirittura tutti avrebbero potuto essere assolti. Mentre la Corte penale avrebbe "senza dubbio" condannato severamente Bassanesi e messo in prigione (sic!) i complici. Chiuse con un'esultante "*l'on* [il governo italiano] *nous sera gré*" per riuscire a dare pene pesanti contro Bassanesi e i suoi complici "*sans exposer le régime fasciste aux aléas d'un débat devant les assises*

⁴⁰⁵ Verbale CF - 1930 1395, pp. 6 e 7.

⁴⁰⁶ La *reductio ad stultum* dei giurati era quindi usata a tutti i livelli dello Stato. Poco importava, in fondo, che quegli stessi cittadini erano gli stessi che decidevano chi dovesse essere eletto in parlamento... qua si mostra con tutta la sua forza la performatività della divisione funzionale della società e la possibilità di etichettare le persone in base a criteri sistemici.

federales”.⁴⁰⁷ E infatti la stampa italiana si disse soddisfatta, il 15 agosto il *Popolo d'Italia* scriveva che bisognava compiacersi della decisione, che era contro gli attentati del fuoruscitismo antifascista.⁴⁰⁸ Il 18 agosto la *NZZ* tornò sulla decisione facendo un panegirico all'abilità politica del CF per quella decisione, che aveva accontentato tutti.⁴⁰⁹

Alcune polemiche arrivarono il 19 agosto, *Libera Stampa* voleva assolutamente tenere la questione – e il processo – sul piano politico:

Non è gettando dei manifestini di libertà dall'alto o dal basso che viola 'il territorio estero' nel senso dell'art. 41. [...] Si è ricorsi a giustificazioni banali: il 'pesante apparato' e le 'complicazioni istruttorie' come se uno Stato dovesse preoccuparsi della 'pesantezza' dei suoi organi o delle 'complicazioni' dei suoi mezzi di indagine per applicare la legge in tutta la sua estensione sovrana. [...] Si voleva evitare il processo al fascismo senza dire che l'atto del Bassanesi, giudicato alla stregua di leggi civili, non era grave.⁴¹⁰

Grave per i socialisti, era l'aver scartato la magistratura ticinese, evidentemente competente. Il CF, inoltre, non “si fida in pieno” nemmeno della Corte penale federale.⁴¹¹ A queste parole di critica controbilanciava *Popolo e libertà*, che riaffermava completa soddisfazione, invocando semplicemente “*l'impero della legge*”. Di conseguenza: “le altre persone, forestiere o svizzere, che venissero provate colpevoli di aver trasgredito ai loro doveri, saranno punite secondo le leggi svizzere”.⁴¹²

3.2.3.4 Quale strategia da parte del CF con la sua decisione?

La mia tesi riguardante il processo Bassanesi non è quella attualmente sostenuta dalla storiografia sociale, che tende a dimenticare la funzione legittimante di un processo giudiziario sulla comunicazione pubblica.⁴¹³

⁴⁰⁷ Le Chef du Département politique, G. Motta, au Chargé d'Affaires de Suisse à Rome, Ruegger, 14.8.1930 (v. sopra, npp. 403).

⁴⁰⁸ Citato da: BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 183. Nei giorni seguenti la *NZZ* notò il favore della stampa italiana, elogiando la decisione di dare il caso al TF e non alle Assise pretoriali ticinesi come garanzia di cordialità fra i due Paesi, *NZZ* 17 agosto 1930, Zweite Sonntagsausgabe, Nr. 1598, p. 2.

⁴⁰⁹ *NZZ* 18.8.1930, Morgenausgabe, Nr. 1601, p. 1.

⁴¹⁰ *Libera Stampa* 19.8.1930, p. 1.

⁴¹¹ *Libera Stampa* 19.8.1930, p. 1.

⁴¹² *Popolo e libertà* 19.8.1930, p. 1. Come mostro sotto (cap. 3.3.2), di svizzero alla fine nel processo ci fu ben poco, visto che si applicò dottrina giuridica d'uso in Italia... e fu proprio l'avvocato conservatore a farne uso!

⁴¹³ Per BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 111, il CF voleva “impedire che l'occasione si trasformasse in un processo contro il fascismo”; comunque anche loro furono in dubbio: “la decisione di Berna di togliere alla magistratura cantonale l'onere del processo denotava apparentemente una pressione esterna, ma la scelta della Corte penale federale e il fatto che il processo si svolse a Lugano diedero comunque al caso la risonanza internazionale che il

Quel che mi rende più sospettoso dell'intera storia riguarda il ruolo dei due attori principali del CF nell'affare Bassanesi, Motta e Häberlin. Tra il 1929 e il 1932 furono scoperti vari casi di spionaggio, con annesse espulsioni. Motta, in una lettera a Häberlin del 14 marzo 1930, si dichiarava pronto a chiedere al governo italiano di fare in modo che non succedesse più, dato che le ripercussioni sull'amicizia reciproca erano più profonde di quel che sembrava.⁴¹⁴ Il 19 agosto 1930 poi Motta, scrivendo al direttore di *Gazzetta Ticinese* Bolla, sostenne che era stato il DFGP a redigere la decisione del 14 agosto 1930 e il relativo comunicato, anche se il CF lo appoggiava unanimemente.⁴¹⁵ Il 10 ottobre - pubblicato l'atto d'accusa - Motta scrive a Lepori, direttore di *Popolo e Libertà*,⁴¹⁶ sostenendo di non aver avuto ruoli preminenti su tutta la storia, ma che tutto si fosse svolto in modo collegiale. Le modalità e il quadro del processo erano farina del sacco di Stämpfli e Häberlin.⁴¹⁷ E il 14 ottobre, con l'atto d'accusa già pubblicato, il CN Brenno Bertoni su *Il Dovere* chiariva che in Italia regnava la dittatura e che loro (i liberali) la odiavano. Poneva l'accento su quanto fosse temerario ed esagerato pensare ad un Motta servile.⁴¹⁸ Il 24 Novembre Motta ribadì in una lettera a un sacerdote luganese che "tutte le proposte fatte sinora nella vertenza Bassanesi emanavano dal detto Dipartimento [DFGP]. Io le ho accettate perché mi sono parse giuste".⁴¹⁹

Insomma, le fonti sono tutto sommato chiare sul ruolo cardine di Häberlin, con una presenza forte e costante di Motta. Il resto del governo non era estraneo: sul rapporto del 6 agosto 1930 del PG si trova un appunto a mano di Motta per il presidente del CF Musy, indicante che bisognava inviare quel rapporto alla legazione a Roma.⁴²⁰ E gli articoli della *NZZ*

dittatore aveva cercato di evitare", BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 185; non questionano però oltre questa contraddizione.

⁴¹⁴ RIGONALLI 1984, p. 108 s.; v. anche CERUTTI 1986, p. 117.

⁴¹⁵ CERUTTI 1986, p. 312, npp. 66, che richiama la npp. 59 a p. 310; TRISCONI 1996, p. 79; in quella lettera Motta sosteneva pure che lui e il CF ritenevano il comportamento di Cattori della massima correttezza nella questione dell'inchiesta su Bassanesi, inoltre era contento per la linea rigida sul volo che aveva tenuto il giornale. Il 27 agosto 1930 il direttore della *Gazzetta ticinese* rispose a Motta, lanciando strali contro i socialisti ticinesi e contro Cattori, a suo dire loro complice. Bolla diceva che l'amministrazione cantonale era tutta sotto Canevascini e sosteneva che l'inchiesta su Bassanesi era stata fatta bene, ma la diligenza del comandante Ferrario era disturbata da gendarmi socialisti antifascisti, cfr. CERUTTI 1986, p. 311.

⁴¹⁶ Lepori era un politico sulla linea di Cattori e tendenzialmente antifascista, prese poi il posto di Enrico Celio nel governo cantonale e venne quindi eletto nel Consiglio federale, 4 anni dopo le dimissioni di Celio, v. PANZERA, FABRIZIO: "Giuseppe Lepori", in: DSS, 22.11.2006, <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004716/2006-11-22/>.

⁴¹⁷ CERUTTI 1986, p. 319.

⁴¹⁸ *Il Dovere*, 14.10.1930, p. 1.

⁴¹⁹ CERUTTI 1986, p. 325, npp. 144.

⁴²⁰ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 1; Motta infine inviò il rapporto, Le Chef du Département politique, G. Motta, au Chargé d'Affaires de Suisse à Rome, Ruegger, 14.8.1930 (v. sopra, npp. 403), p. 82. Questa informazione è importante soprattutto alla luce

sembrano suggerire che qualcuno dal governo avesse un forte rapporto con il giornale: forse il suo vecchio direttore, il CF Meyer?⁴²¹

Più complesso è capire il ruolo del PG Franz Stämpfli⁴²² nei confronti del CF. Il PG era un aperto critico di Agostino Soldati⁴²³ e odiava le giurie popolari.⁴²⁴ Era quindi assolutamente credibile quando scriveva sui rischi del processo politico e massacrava le giurie. Eppure, il rapporto con Häberlin era stretto e il PG non era certo un'autorità indipendente.⁴²⁵ Mi sembra quindi più credibile che nel caso Bassanesi il vero iniziatore della strategia debba essere considerato Häberlin, lasciando al PG Stämpfli il ruolo del fido esecutore, del bastian contrario, dello *sturer Jurist* che a causa degli occhiali della legge non riesce a cogliere la posta in gioco di quel che sta facendo.

Era chiaro a tutti che far celebrare il caso alla Corte penale federale avrebbe voluto dire offrire il fianco all'attacco mediatico degli antifascisti: per quanto borghese che fosse, la procedura penale federale era figlia del liberalismo e del suo processo teatrale, così criticato dalle scuole penalistiche di fine secolo. Non a caso *Libera Stampa* gongolava: sarebbe stato "un processo contro il fascismo, una bella giornata antifascista"⁴²⁶ Inoltre Bassanesi era un catto-liberale, i suoi complici fuoriusciti italiani organizzatori del volo erano un liberale (Tarchiani) e un liberal-socialista (Rosselli). Quel gesto, che fu proprio *Libera Stampa* a fare e che godeva del pieno sostegno dei socialisti, era comunque farina del sacco dei liberali e, sebbene non condiviso, era tutto sommato visto con simpatia dalla stampa liberale d'Oltregottardo.

Gli storici sociali hanno, secondo me, sottovalutato la portata di quell'attacco sguaiato alle giurie popolari da parte del PG e di Motta, non hanno considerato il loro ruolo nella semantica della procedura penale. Secondo Cerutti, il PG e il governo dubitavano molto dell'imparzialità della giuria popolare, ne temevano "i sentimenti antifascisti".⁴²⁷ In realtà è il

delle diverse conclusioni fra il PG e il CF sulla natura giuridica della violazione al Decreto 1920 da parte di Bassanesi.

⁴²¹ Anche il giornale ticinese radicale *Avanguardia* suggerisce questa connessione, v. la nota in *Popolo e libertà* 21.8.1930, p. 1.

⁴²² Radicale nato nel 1881, era una voce portante della procedura penale svizzera. Eterno PG (dal 1916 al 1948) si occupò della creazione della struttura per la protezione dello Stato e della polizia federale fra le due guerre. V. STEFFEN GERBER, THERESE: "Franz Stämpfli", in: DSS, 26.10.2011 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/031888/2011-10-26/>; dal 1926 scriveva regolarmente sulla RPS a proposito della revisione del processo penale e suoi erano svariati autorevoli contributi dottrinali.

⁴²³ Si veda ad esempio STÄMPFLI 1928, p. 329.

⁴²⁴ Nel 1927 parlava di "*ewige Krankheit*", STÄMPFLI 1926/7, p. 263.

⁴²⁵ V. meglio sott, cap. 6.4.4 e 8.6.1.3.

⁴²⁶ *Libera Stampa*, 17 luglio 1930, ripetendolo il 24 luglio 1930.

⁴²⁷ CERUTTI 1986, p. 314 s., che in questo frangente purtroppo non è preciso e segue l'onda lunga della costruzione di leggende sulle giurie, per due volte: sostiene anzitutto che le AF sarebbero state composte da giurati ticinesi, ma come abbiamo visto questo non è corretto (sopra, cap. 3.2.2.3). Associa poi (come hanno fatto tanti altri invero, anche nel 1930!) il caso

contrario: proprio perché imparziale, la giuria poteva essere usata come espressione di un fattore di rischio, il governo la poteva sventolare come pericolo per i fascisti, che volevano invece vedere i ticinesi condannati. I giurati andavano quindi abbattuti descrivendoli sostanzialmente come idioti, incapaci di considerare le relazioni internazionali nella loro decisione: questo apriva la porta al giudizio di una Corte suprema che capisse quale strategia di fondo si stava percorrendo. Che poi il messaggio fatto filtrare all'Italia fosse frutto di una *dissimulatio* e che il governo svizzero volesse esattamente il contrario di quello che stava dicendo, è un altro problema.

3.2.4 *Excursus*: il CF legalista? L'*omissis* sui reati doganali

Cerutti sostiene che Häberlin fosse incapace di giocare un ruolo strategico, che era troppo incline al diritto.⁴²⁸ Non è così. Come tipico per i giuristi, Häberlin era piuttosto un *player* che usava la procedura penale come maschera di legittimazione. La questione di come vennero trattati i reati doganali di Bassanesi è lì a dimostrarlo.

Nel suo rapporto del 6 agosto 1930 il PG informò diffusamente il CF sui reati doganali compiuti da Bassanesi. Per il volo Lodrino-Milano bisognava usare gli appositi aeroporti doganali. Volendo avrebbe potuto usare Bellinzona, sebbene non fosse aeroporto doganale, mettendosi d'accordo con la piazza militare e l'ufficio doganale di Locarno. Bassanesi invece aveva evitato i controlli, buttato i volantini all'estero e da là era tornato in Svizzera, sempre evitandoli.⁴²⁹ Secondo il PG non si trattava di delitti doganali, ma solo di una trasgressione disciplinare ("*Ordnungsverletzung*") ai sensi dell'art. 104 della Legge federale del 1° ottobre 1925 sulle dogane (LDogane 1925). Per questo il direttore delle dogane prevedeva una multa nell'ordine di 300 CHF.⁴³⁰ Spiegava il PG:

È ovvio che una pena per trasgressione disciplinare non esclude il perseguimento per violazione alle norme aeronautiche, dato che si tratta di concorrenza ideale, non legale. Per non appesantire il giudizio – in particolare il verdetto dei giurati – la direzione doganale si è detta d'accordo d'aspettare ad emanare la disposizione della multa. Il CF non abbisogna di occuparsi della faccenda.⁴³¹

Bassanesi a quello Conradi, sostenendo che la giuria losannese aveva dimostrato massima parzialità. Nemmeno questo è corretto, come mostro a fondo sotto, cap. 10.5.1.

⁴²⁸ CERUTTI 1986, p. 330.

⁴²⁹ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 27 s.

⁴³⁰ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 30.

⁴³¹ "*Es ist zwar selbstverständlich, dass eine Bestrafung wegen Ordnungsverletzung die Verfolgung wegen Widerhandlung gegen die Luftverkehrsvorschriften nicht ausschliesst, indem Ideal- und nicht Gesetzkonkurrenz vorliegt. Um aber die gerichtliche Beurteilung – insbesondere das Geschwornenverdict – nicht zu erschweren, hat sich die Oberzolldirektion einverstanden erklärt mit der Bussenverfügung zuzuwarten. Der Bundesrat hat sich mit dieser*

Di nuovo i giurati vennero usati come scusa palesemente surrettizia. Ma perché?

L'art. 87 LDogane 1925 condannava i delitti doganali ("*Zollvergehen*"), al cui interno andavano sussunte pure le contravvenzioni doganali ("*Zollübertretungen*", art. 73 LDogane 1925). La pena alla base di quelle contravvenzioni era la multa, ma per l'art. 75 cpv. 2 LDogane 1925 nel caso di circostanze aggravanti potevano essere comminati sei mesi di prigione (*Gefängnis*). Se la direzione doganale comminava una multa di massimo 300 CHF, allora la violazione della legge era considerata come trasgressione disciplinare. In casi ancor più leggeri, in cui secondo le circostanze sembrasse esclusa una messa in pericolo degli interessi doganali ("*bei denen nach den Umständen eine Gefährdung des Zollinteresses ausgeschlossen erscheint*") l'autorità poteva addirittura rinunciare alla condanna (art. 105 LDogane 1925). Ma c'erano criteri oggettivi per stabilire quando in gioco ci fosse una trasgressione disciplinare, invece che un delitto doganale? No: ai sensi dell'art. 104 LDogane 1925 si trattava di trasgressione quando non si trattava di delitto. Punto.

Il problema non era indifferente: ai termini dell'art. 99 LDogane 1925 (rinviato dall'art. 104 LDogane 1925) anche nel caso di trasgressione avrebbe potuto essere comminata una pena collettiva all'imputato e ai complici. Ma il PG qui passava all'acqua bassa e ometteva il dettaglio giuridico, altro che legalismo! Anche senza dichiarare "delitto" l'azione di Bassanesi, i coimputati svizzeri avrebbero potuto essere stati condannati per violazione delle norme doganali!⁴³²

Il CF si scrollò di dosso il problema banalizzando: definì semplice violazione di disposizioni disciplinari la violazione della LDogane 1925 e rimandò a futuro procedimento. Chiariamoci: nello stesso documento il PG sosteneva che l'atterraggio con l'aereo su un campo di fortuna, peraltro già usato da altri, su una piana tutto sommato poco abitata, e addirittura preparato per l'atterraggio dal suo proprietario, era un *delitto* a cui comminare la pena detentiva; mentre costruire un castello di bugie per ingannare i doganieri, usare gli aeroporti sbagliati, esportare senza annuncio 150'000 volantini senza pagare la tassa di esporto e impedire che l'Autorità potesse decidere se bloccarli oppure no (cosa che nei mesi dopo fece con dei libelli che riportavano notizie sul processo De Rosa)⁴³³ era una semplice *trasgressione*

Seite der Angelegenheit nicht zu befassen [...]", ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 30 s.

⁴³² E Kirchhofer, membro della Corte penale federale, non certo un giudice-politico come Soldati, non avrebbe potuto escogitare nessun espediente per evitarlo: era un controllato speciale, dato che era un esperto della materia con importanti testi pubblicati a livello nazionale, v. KIRCHHOFER 1930 e KIRCHHOFER 1934.

⁴³³ In una lettera del 4 novembre di Häberlin al radicale Robert Schöpfer, che si lamentava del blocco di libretti antifascisti alla dogana, il Capo del DFGP anzitutto si chiedeva da chi avrebbe dovuto ricevere sostegno se non almeno dai suoi amici radicali, inoltre notava che il

disciplinare a cui affibbiare solo una multa di 300 CHF, talmente leggera che peraltro dopo tutto il caso Bassanesi venne persino condonata e quindi considerata un caso leggerissimo?⁴³⁴

È sempre sbagliato nella storia del diritto pensare di poter rifare i processi, rimane però il dubbio che la *reductio ad stultum* sui giurati sia anche servita ad evitare ai ticinesi una condanna per complicità in trasgressione alla Legge sulle dogane.

3.3 *Il processo Bassanesi*

3.3.1 Il dibattito politico-giuridico: in realtà l'antifascismo a Lugano poté parlare

Nella preparazione al processo, la difesa chiese di portare come testimoni gli eminenti antifascisti Sforza e Turati. Né il TF, né il CF si opposero. Sforza era uomo molto stimato dai liberali svizzeri, trovava regolarmente spazio in prima pagina sulla *NZZ* per commentare la situazione politica italiana ed europea⁴³⁵ dal suo esilio parigino. Altro che evitare il processo politico: le massime autorità svizzere approvarono implicitamente la mediatizzazione. Ed infatti fu un boccone amaro per i fascisti: il ministro degli esteri Grandi, su ordine di Mussolini, scrisse un telegramma alla legazione italiana a Berna, il 14 novembre 1930: doveva essere chiaro che il governo italiano aveva messo a tacere la sua stampa, mentre quella ticinese continuava a comunicare contenuti antifascisti. Il regime non voleva un “processo al Fascismo né dentro, né fuori dal tribunale”.⁴³⁶

Il processo si tenne a Lugano dal 17 al 22 novembre 1930. La strategia antifascista era quella del rispetto istituzionale: *Libera Stampa* non attaccò mai il presidente antisocialista Soldati, per G+L, Soldati era addirittura “il giurista più eminente della Svizzera”.⁴³⁷ Intervennero a difesa di Bassanesi e dei coimputati solo avvocati politici di due orientamenti:

problema dell'affare Bassanesi non era tanto Bassanesi, ma il coinvolgimento come complici dei funzionari cantonali. Erano stati **incoscienti**, avevano messo a rischio il diritto d'asilo. Ma erano comunque trattati secondo un'ottica svizzera. Per il CF era assurdo che queste persone passassero come sottomesse solo a causa del blocco alla frontiera degli stampati, visto che in fin dei conti insultavano il governo e i regnanti italiani, v. SOLAND 1997, p. 268 (grassetto nell'originale).

⁴³⁴ Si noti che gran parte degli articoli della LDogane 1925 violati da Bassanesi erano accuratamente annotati in ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 30.

⁴³⁵ Ad esempio, sulla *NZZ* 19.8.1930, Morgenausgabe, Nr. 1608, p. 1, o sulla *NZZ* 22.8.1930, Morgenausgabe, Nr. 1626, p. 1.

⁴³⁶ CERUTTI 1986, p. 319 s.

⁴³⁷ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 3.

- il CN liberal-socialista Francesco-Nino Borella,⁴³⁸ l'avvocato corso-francese repubblicano-socialista Xavier Étienne Eugène de Moro-Giafferri detto Vincent,⁴³⁹ gli avvocati antifascisti social-liberali o liberal-radicali avanguardisti Giovan Battista Rusca (CN),⁴⁴⁰ Giulio Guglielmetti⁴⁴¹ e Mario Raspini-Orelli⁴⁴². Loro difendevano Bassanesi, i complici italiani e alcuni complici svizzeri minori;
- il CN conservatore Enrico Celio⁴⁴³ e Angelo Tarchini,⁴⁴⁴ presidente incontrastato del Partito conservatore in Ticino (lo stesso partito del CF Giuseppe Motta) erano gli avvocati difensori del giudice di pace socialista Martignoli e del suo aiutante Cardis.

Il dibattito fu politico, ma non sguaiatamente politicizzato dal Presidente della Corte. Soldati anzitutto non diede spazio a Bassanesi: con lui voleva che ci si concentrasse sul volo, togliendo spazio alla questione dell'opposizione al fascismo.⁴⁴⁵ Diverso per i fuoriusciti italiani social-

⁴³⁸ Era architetto della politica antifascista dei socialisti ticinesi assieme a Guglielmo Canevascini (governo) e Randolfo Pacciardi (*Libera Stampa*). Era un grande esperto di diritto d'asilo, glielo riconosceva pure Häberlin, v. MARIANI ARCOBELLO 2008, p. 158; i Borella di Mendrisio erano tendenzialmente liberali. Il padre di Francesco-Nino, Giuseppe, aveva lavorato alcuni anni nel Dipartimento politico di Ruchonnet, MARIANI ARCOBELLO 2010, p. 103. Häberlin per contro aveva lavorato da giovane nel *Gran Bureau* di Ruchonnet, v. SOLAND 2019.

⁴³⁹ Del 1878 e quindi ormai francese, avvocato e uomo politico, alcuni sostengono fosse "l'avvocato più noto fra le due guerre". Dopo il processo Bassanesi cercò di partecipare nel 1933 come difensore al processo per l'incendio del Reichstag, ma venne ricusato. Sulla vita e i processi di questo istrionico antifascista v. LANZALAVI 2011; al processo lo connotarono, e questa è ironia della Storia, come "*Assisenanwalt*", *NZZ* 17.11.1930, Morgenausgabe n. 2222, p. 1.

⁴⁴⁰ Liberale locarnese del 1881, procuratore pubblico nel secondo decennio del secolo e poi incontrastato sindaco di Locarno, artefice del Patto di Locarno del 1925, GHIRINGHELLI, ANDREA: "Giovan Battista Rusca", in: DSS, 09.06.2010, <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/006567/2010-06-09/>.

⁴⁴¹ Del 1901, dottore in diritto, era Granconsigliere ed era presidente dei giovani liberali, BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 216.

⁴⁴² Liberale del 1876, influente consigliere comunale a Locarno, anch'egli era stato procuratore pubblico ticinese e al momento del processo sedeva in Gran Consiglio, di cui era stato già presidente, cfr. BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 218; anche a livello federale i radicali erano presenti: Hermann Flückiger, del 1885, avvocato e politico di Bienne, presidente del Partito radicale bernese, era referente di Borella in Svizzera interna quando ancora non si sapeva dove si sarebbe svolto il processo, BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 185.

⁴⁴³ Del 1889, letterato e avvocato, al momento del processo militava in Gran Consiglio, ma era già stato in Consiglio nazionale. Divenne Consigliere di Stato alla morte di Cattori nel 1932. Divenne poi addirittura successore di Motta in CF nel 1940, BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 211; fu talmente debitore a quest'ultimo da scriverne agiografie appassionate.

⁴⁴⁴ Del 1874, avvocato noto penalista, Granconsigliere per quasi 40 anni, fu presidente del partito conservatore ticinese dal 1911 al 1940. Fu CN per un totale di una decina d'anni. Venne incaricato dal governo ticinese di raccogliere le leggi ticinesi, MARIANI ARCOBELLO, FRANCESCA: "Angelo Tarchini", in: DSS, 11.07.2011, <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003547/2011-07-11/>.

⁴⁴⁵ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 3 s

liberali (Rosselli e Tarchiani) che avevano organizzato il volo: a loro, che non erano sull'aereo, diede spazio per spiegare anche cosa stava succedendo in Italia. Il Presidente si mostrava però scettico, disse che comprendeva i sentimenti, ma la Svizzera aveva il dovere di impedire che il suo suolo fosse utilizzato per azioni che potessero compromettere le sue relazioni. Non interruppe però particolarmente i loro racconti.⁴⁴⁶ Rosselli nell'interrogatorio faceva ben attenzione nelle sue dichiarazioni a non mettere mai in mezzo i ticinesi⁴⁴⁷ e disse una frase importante per la storia dell'antifascismo:

Avevo una casa: me l'hanno devastata. Avevo un giornale: me l'hanno soppresso. Avevo una cattedra: l'ho dovuta abbandonare. Avevo, come ho oggi, delle idee, una dignità, un ideale: per difenderli ho dovuto andare in galera. Avevo dei maestri, degli amici – Amendola, Matteotti, Gobetti – me li hanno uccisi 448

Soldati non lo interruppe se non per dire che “la lotta tra l'idealismo e l'ordine costituito è vecchia come la storia. La vera libertà sta nel rispetto della legge”.⁴⁴⁹

Quindi “tra il presidente e l'imputato si stabilisce una cortese discussione sul diritto dei popoli alla insurrezione”.⁴⁵⁰ Il presidente gli ricordò comunque che erano giudizi di valore personale, mentre bisognava restare sulla questione giuridica, se si fosse davanti a un delitto formale oppure no.⁴⁵¹

Tutti gli aiutanti ticinesi affermarono che se avessero saputo, avrebbero aiutato ancor più volentieri.⁴⁵² In particolare Martignoli ammetteva il fatto, ma diceva comunque di non conoscere lo scopo del volo di Bassanesi. È vero, aveva fatto tagliare il prato, ma era pur il momento di raccolta. Aiutare insomma era solo un piacere. Soldati provava a farlo confessare. Provò anche con dello *humor* sarcastico: era l'uomo meno curioso che avesse incontrato nella sua vita, significava andare ben oltre la discrezione (risate fra il pubblico).⁴⁵³

Su Turati e Sforza G+L era chiarissima: “Questi due uomini non sono qui per parlare in merito ad una contravvenzione”.⁴⁵⁴ Dovevano piuttosto spiegare chi fossero Bassanesi, Rosselli e Tarchiani. Turati (intervenuto anche al processo De Rosa⁴⁵⁵) ricordò che Bassanesi non era socialista ed era perfino religioso.⁴⁵⁶ Senza essere interrotto da Soldati rievocò le leggi

⁴⁴⁶ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 5 s.; NZZ 17.11.1930, Abendausgabe n. 2227, p. 2.

⁴⁴⁷ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 6.

⁴⁴⁸ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 7; NZZ 17.11.1930, Abendausgabe n. 2227, p. 2.

⁴⁴⁹ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 6.

⁴⁵⁰ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 7.

⁴⁵¹ NZZ 17.11.1930, Abendausgabe n. 2227, p. 2.

⁴⁵² GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 7.

⁴⁵³ NZZ 18.11.1930, Morgenausgabe, Nr. 2229, p. 1.

⁴⁵⁴ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 7.

⁴⁵⁵ V. sotto, cap. 11.1.

⁴⁵⁶ NZZ 18.11.1930, Morgenausgabe, Nr. 2229, p. 2.

eccezionali e l'evasione. Raccontò la biografia di Rosselli e le angherie fasciste subite.⁴⁵⁷ Sforza⁴⁵⁸ attaccò il regime frontalmente, ribadì che era stata tolta la libertà di pensiero. Soldati gli chiese addirittura se “la corte dovrebbe dedurre dalla sua testimonianza che solo delle ragioni ideali possono avere ispirato l'azione degli imputati?”. Sforza disse che era evidente.⁴⁵⁹

Finita la requisitoria del Procuratore, che cercò di dimostrare che non si trattava di contravvenzione, ma di delitti gravi aggravati dallo “scopo offensivo a danno dell'Italia” (sosteneva non fosse il *nomen juris* che contava, bensì la gravità del fatto),⁴⁶⁰ gli avvocati socialisti cercarono di mostrare che Lodrino era già stato usato per atterraggi e quindi su questo punto l'accusa non poteva che cadere. Non si trovava altro nelle leggi penali.⁴⁶¹ Gli avvocati radical-liberali la misero invece in politica e Soldati li lasciò parlare. In particolare, Rusca, “sindaco della pace”,⁴⁶² fu chiaro: “non si può separare questo episodio dai moventi che lo hanno determinato e dalla finalità cui era ispirato”.⁴⁶³ Il suo intervento fu lungo, ricordava l'importanza dei rifugiati politici per la storia svizzera, in particolare quelli risorgimentali.⁴⁶⁴

È con l'intervento dell'avvocato conservatore Tarchini che si capì quale forma giuridica avrebbe preso il processo. Il penalista era responsabile a nome di tutta la difesa per l'argomentazione giuridica.⁴⁶⁵ La *NZZ* notò che utilizzava argomenti giuridici fitti e citazioni dalla scienza giuridica italiana.⁴⁶⁶ *Gazzetta ticinese* ci indica meglio le sue “dotte” parole che avevano fatto “esaurire giuridicamente” il processo: la contravvenzione era un atto che causava “un pericolo che nell'interesse sociale deve essere prevenuto mediante sanzione penale”, mentre per il delitto dev'esserci offesa

⁴⁵⁷ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 8.

⁴⁵⁸ Sforza guidò il corteo funebre di Stato del mio bisnonno, certo non socialista.

⁴⁵⁹ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 8 s; durante il dibattimento la legazione italiana comunicò a Roma che andava tutto bene, in particolare vedevano Motta compiacersi sulla “fermezza ed imparzialità Presidente Soldati”, telegramma del 18 novembre 1930, citato in CERUTTI 1986, p. 320, npp. 116; probabilmente però *così* bene non andava: i primi resoconti in Italia vennero sequestrati e i giornalisti italiani dovettero abbandonare le sedute del processo, *NZZ* 19.11.1930, Abendausgabe, Nr. 2241, p. 1.

⁴⁶⁰ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 10.

⁴⁶¹ *NZZ* 19.11.1930, Morgenausgabe, Nr. 2235, p. 2.

⁴⁶² *NZZ* 20.11.1930, Morgenausgabe, Nr. 2244, p. 2.

⁴⁶³ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 13.

⁴⁶⁴ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 13.

⁴⁶⁵ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 12. Di sicuro interesse il fatto che G+L non riportò l'arringa poiché, a suo dire, il lettore italiano non poteva esserne interessato. Pensare che il diritto sia solo uno strumento e non un sistema performativo è un atteggiamento tipico della sinistra, ancora oggi, anche fra gli storici.

⁴⁶⁶ *NZZ* 19.11.1930, Abendausgabe, Nr. 2241, p. 1.

“in diritto sanzionato da legge”. Dato che i reati in questione erano contravvenzioni non c'era quindi la complicità.⁴⁶⁷

3.3.2 La sentenza “all'italiana” del processo Bassanesi

La sentenza fu emanata sabato 22 novembre 1930, nel pomeriggio. La Corte era entrata in camera di consiglio giovedì alla mattina, il giorno dopo i dibattimenti, uscendone solo considerevolmente tardi alla sera.⁴⁶⁸ Poi, mentre gli altri giudici si facevano una scampagnata in auto, Soldati rimase a scriverla con il cancelliere Pometta tutto venerdì e tutta la mattina di sabato, sebbene alla fine stesero appena 17 pagine. Ma, come notò la *NZZ*, Soldati parlava a tutto il mondo civile:⁴⁶⁹ ovvero alla politica e al diritto.

Sui fatti non c'era nulla di nuovo, il tribunale confermava la posizione dell'accusa, sostenendo che gli imputati erano consapevoli di quel che facevano.⁴⁷⁰ Veniva analizzata la differenza fra delitto e contravvenzione, dato che la giurisprudenza riconosceva la complicità solo nel caso di un delitto. Notava il TF:

A differenza del diritto francese e germanico che riconoscono nella natura della pena l'elemento differenziale tra delitto e contravvenzione, il diritto federale non fornisce in proposito alcun criterio.⁴⁷¹

Insomma, secondo la Corte c'era una lacuna nella legge svizzera. Un problema accentuato dal fatto che nel diritto positivo svizzero spesso la pena prevista per delitto e contravvenzione era identica. Secondo il TF (contrariamente alla posizione maggioritaria della dottrina, che ho mostrato sopra) il criterio per stabilire la differenza stava nella natura dei due istituti giuridici. Il delitto era per la Corte una violazione di una norma del diritto penale propriamente detto. Il sostrato erano l'atto illecito e il dolo (o, eccezionalmente, la colpa). Lo scopo e le funzioni dovevano essere repressivi. Diverso era per le contravvenzioni, per cui le sanzioni degli

⁴⁶⁷ *Gazzetta ticinese* 20.11.1930, p. 2; di rilievo notare che *Gazzetta ticinese* indicò come base di riferimento giuridica di quelle frasi una sentenza della Corte di cassazione del TF del 12 giugno 1896. Ma in realtà quella sentenza, peraltro citata e critica pure da Hafter, non riguardava la differenza fra delitto e contravvenzione, ma la non applicabilità del CPF 1853 alle contravvenzioni, v. anche HAFTER 1931, p. 157.

⁴⁶⁸ *NZZ* 22.11.1930, Morgenausgabe, Nr. 2259, p. 1.

⁴⁶⁹ *NZZ* 22.11.1930, Morgenausgabe, Nr. 2259, p. 1.

⁴⁷⁰ D'interesse notare che se i fatti erano chiari a tutti, perché avere paura di una giuria che doveva statuire, a dire della costituzione, solo sui fatti?

⁴⁷¹ Giurisprudenza del Tribunale Federale. Circolazione aerea – Decreto del 27 gennaio 1920 del Consiglio federale – natura della contravvenzione – Inapplicabilità delle disposizioni degli art. 18, 19, 20 e 21 del codice penale federale – Violazione degli art. 14 n. 1 e 2, 19 n. 4 e 6 e 20 n. 1 e 2 del decreto C.F. – Pene applicabili – Espulsione decretata dal Consiglio federale – Attribuzioni dell'autorità politica ed amministrativa, in: *RepGiurPat* 63 (1930), pp. 625-645, p. 633.

ordinamenti avevano scopo e funzione di prevenire le violazioni del diritto, non di reprimerle. Servivano a impedire situazioni pericolose per il diritto, senza essere di per sé moralmente illecite, senza macchiarne l'onore, e per questo erano punite senza intenzionalità. Per il TF dato che il Decreto 1920 conteneva disposizioni di polizia, il CPF 1853 sulla complicità senza una norma esplicita non poteva essere applicato.⁴⁷²

Bassanesi era comunque colpevole per violazione di quel Decreto 1920, l'apparecchio poteva atterrare solo su un territorio autorizzato e bisognava far controllare l'aeroplano all'arrivo. Era incontestabile che l'atterraggio sul prato Martignoli non fosse stato autorizzato. Le altre violazioni erano ammesse dalla difesa.⁴⁷³

Nell'analisi della correttezza la Corte penale federale non considerò se il volo fosse stato offensivo o meno, ai membri interessava solo la violazione del Decreto 1920.⁴⁷⁴ Sul ruolo del giudice di pace Martignoli argomentava in modo accorto: questi aveva sì consentito l'atterraggio e aveva preparato il campo, ma si trattava solo di atti preparatori, non dell'atterraggio in sé. Anche volendo concepire la correttezza in senso ampio andava detto che da Martignoli c'erano già stati atterraggi senza tagliare il prato, quindi non aveva compiuto un'azione indispensabile all'atto. E comunque "non è stato sufficientemente provato che egli fosse stato messo al corrente dell'impresa", quindi nemmeno lo si poteva accusare di complotto.⁴⁷⁵

Per giudicare la gravità dell'atto, il TF ritenne la contravvenzione "particolarmente inescusabile" perché le autorità non avevano potuto prendere le misure necessarie per evitare pericoli per la Svizzera.⁴⁷⁶ Niente più (ovvero: il TF non scriveva che la contravvenzione era aggravata dal fatto che il volo fosse offensivo)⁴⁷⁷. Per il TF la contravvenzione era però aggravata dalla contemporanea violazione di altre norme del Decreto 1920 (i permessi mancanti, i controlli evitati, le liste con i passeggeri mai

⁴⁷² Sentenza Bassanesi RepGiurPat (v. sopra, npp. 471), p. 633 ss.

⁴⁷³ Sentenza Bassanesi RepGiurPat (v. sopra, npp. 471), p. 638 s.

⁴⁷⁴ Se il TF avesse considerato l'offensività del volo, allora avrebbe dovuto condannare i complici per correttezza (dato che il fatto alla base della sussunzione non sarebbe stato il solo atterrare, ma pure il portare volantini e buttarli).

⁴⁷⁵ Sentenza Bassanesi RepGiurPat (v. sopra, npp. 471), p. 639 s.

⁴⁷⁶ "per valutare la **gravità** della contravvenzione [...] si abbia a tener conto delle circostanze in cui è stata commessa. L'atterraggio in luogo non autorizzato è stato voluto all'intento di sfuggire alla sorveglianza ed al controllo delle autorità e per impedire loro di prendere le misure necessarie col pericolo di procurare ad esse ed al Governo del paese difficoltà prevedibili di carattere internazionale. Per le circostanze in cui è stata commessa la contravvenzione volontaria appare quindi come particolarmente **inescusabile**", Sentenza Bassanesi RepGiurPat (v. sopra, npp. 471), p. 641 (grassetto mio).

⁴⁷⁷ Anzi ribadiva che: "Bassanesi non essendo rinviato a giudizio, che per contravvenzione all'ordinanza, non può neppure indirettamente esser punito per aver commesso un atto offensivo contro la Svizzera o contro un altro Stato", Sentenza Bassanesi RepGiurPat (v. sopra, npp. 471), p. 641.

consegnate...), la condanna quindi doveva essere severa:⁴⁷⁸ 4 mesi di detenzione. Ma la Corte fu accorta: si dovevano dedurre i giorni di carcere preventivo già subiti dal 2 agosto 1930, ovvero: proprio i 4 mesi corrispondenti alla pena. Bassanesi doveva poi pagare una tassa di giustizia di 200 franchi nonché un terzo delle spese giudiziarie. La carcassa dell'aereo gli venne confiscata. Gli furono evitati la pena pecuniaria, siccome aveva agito senza scopi di lucro, e il bando, visto che non era previsto dal Decreto 1920. Gli altri imputati erano assolti.⁴⁷⁹

La sentenza stupì i penalisti (e stupisce ancora oggi, quando la si legge con occhio giuridico): secondo Hafter venne scritta per arrivare ad un preciso risultato.⁴⁸⁰ Il problema maggiore stava nella distinzione, non scritta nel diritto federale, fra crimine, delitto e contravvenzione.⁴⁸¹ Come visto, per Hafter il crimine, il delitto e la contravvenzione erano solo delle categorie legislative, non c'era una differenza nella loro natura ("Wesensunterschied"). Una "Wesenunterschied" non poteva nemmeno essere trovata, a differenza di quel che diceva il TF, nel fatto che il delitto tutelava la società da attacchi lesivi, mentre la contravvenzione era preventiva. L'unica cosa vera era che il diritto penale contravvenzionale spesso usava il delitto di pericolo astratto. Ad ogni modo secondo Hafter il TF doveva solo richiamarsi alla lettera del Decreto 1920 e affermare che i reati in questione si limitassero a "Polizeiübertretungen".⁴⁸² Discorso sempliciotto invero: non a caso Stämpfli, in un articolo pubblicato sulla RPS notò che la CdA del TF aveva già accertato che si trattasse di un delitto.⁴⁸³ Soldati aveva usato opinioni dottrinali non riconosciute in Svizzera a livello federale.⁴⁸⁴

Come spiega ora Garré,

la distinzione tra contravvenzioni di polizia e delitti [...] affonda le proprie radici nell'Illuminismo giuridico, in particolare nel pensiero di Montesquieu e di Beccaria, ma per certi versi può essere ricondotta alla ancora più risalente distinzione fra *mala in se* e *mala quia prohibita*

⁴⁷⁸ "è stata **aggravata** dalla contemporanea violazione di molteplici altre norme di polizia", Sentenza Bassanesi RepGiurPat (v. sopra, npp. 471), p. 641 (grassetto mio).

⁴⁷⁹ Sentenza Bassanesi RepGiurPat (v. sopra, npp. 471), p. 642; la multa per violazioni alle leggi doganali, insomma, gli sarebbe costata di più.

⁴⁸⁰ HAFTER 1931, p. 149. Vorrei qui notare che è sempre amaro per un giurista moderno sentirsi criticare d'aver deciso in base alle conseguenze esterne al caso. Nota argutamente Luhmann che bisogna sempre distinguere tra conseguenze interne ed esterne di una decisione. Decidere in base alle conseguenze interne è affermazione di unità sistemica: è addirittura obbligatorio per garantire l'operazione seguente, permettendo di costruire la sicurezza giuridica, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 380 s.; nel diritto contemporaneo le leggi rimandano viepiù alle conseguenze esterne.

⁴⁸¹ HAFTER 1931, p. 150 s.

⁴⁸² HAFTER 1931, p. 152 ss.

⁴⁸³ STÄMPFLI 1931 Bassanesi, p. 3.

⁴⁸⁴ STÄMPFLI 1931 Bassanesi, p. 12; elogiava comunque Soldati, che secondo lui aveva condotto la seduta in modo superlativo, STÄMPFLI 1931 Bassanesi, p. 3, ("*hervorragend*").

[...] che confluisce anche nel Codice penale ticinese del 1873, allora ancora in vigore.⁴⁸⁵

Quella bipartizione era stata spesso preferita alla nuova tripartizione figlia dei Codici napoleonici. Così era anche in Italia: nel 1930 era ancora in vigore il vecchio Codice Zanardelli del 1889,⁴⁸⁶ in cui era stato respinto il sistema dei reati alla francese,⁴⁸⁷ preferendogli le teorie di Binding, secondo cui le trasgressioni erano “una categoria di azioni costituenti un lontano pericolo per i beni giuridici”. In Italia, spiegava Tosti,

si sostiene quindi che le contravvenzioni consistano in violazioni di norme poste ad indiretta o generica garanzia della sicurezza o del godimento dei diritti; che mettono esse soltanto a pericolo dei beni giuridici; e che si puniscono più per prevenire che per reprimere. La differenza che passa tra un delitto ed una contravvenzione sta in ciò che, laddove il primo infrange un dovere specifico e lede effettivamente o potenzialmente un diritto determinato ed organico, la seconda viola invece un dovere generico, espone soltanto a pericolo indeterminatamente un diritto.⁴⁸⁸

Non diversamente si esprimeva Alimena:

Senza dubbio, così le contravvenzioni come i delitti violano una norma giuridica, la quale è scritta mediamente, o immediatamente, per la tutela dell'ordine giuridico. Ma vi sono norme, che immediatamente tutelano un diritto, e quindi chi le viola, insieme, viola la norma e offende il diritto da essa protetto, o questo diritto mette immediatamente in pericolo reale o potenziale; e vi sono norme che mediamente tutelano un diritto, e quindi chi le viola, per ciò viola la norma, ma non offende il diritto da essa protetto, né lo mette in immediato pericolo reale o potenziale, ma lo mette in pericolo immediato o, almeno, ne ostacola il prospero esercizio.⁴⁸⁹

Ed ecco Pessina:

La contravvenzione [...] è violazione indiretta del Diritto in sé il violare un dettato della legge benché questo dettato sia fondato su motivi esteriori di prevenzione, non sull'intrinseca ragione che il fatto vietato sia per la sua natura stessa una violazione del Diritto.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ GARRÉ 2017, p. 238.

⁴⁸⁶ Il codice Rocco arrivò solo il 19 ottobre di quel 1930, v. Enciclopedia Treccani online, voce Zanardelli, Giuseppe (<http://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-zanardelli>) e Enciclopedia Treccani online, voce codice penale (<http://www.treccani.it/enciclopedia/codice-penale/>).

⁴⁸⁷ TOSTI 1910, p. 8.

⁴⁸⁸ TOSTI 1910, p. 15 e le opere *ivi* citate.

⁴⁸⁹ ALIMENA 1910, p. 254 s.

⁴⁹⁰ PESSINA 1906, p. 61.

Non mi sembra ci sia bisogno di particolari spiegazioni: nonostante le piccole variazioni, la sentenza redatta da Soldati ricalcava passaggi dottrinali presenti, autorevoli e ben conosciuti in Italia,⁴⁹¹ come avrebbe potuto il governo fascista lamentarsi dell'assoluzione dei complici ticinesi dal momento che essa era compiuta proprio usando i suoi principi giuridici? La (giusta) strategia manipolatrice del diritto è evidente, tant'è vero che nemmeno un mese dopo, il 22 dicembre 1930, la Corte di cassazione del TF sconfessò completamente la giurisprudenza del caso Bassanesi, rimettendo il diritto penale federale svizzero al centro, ri-imponendo la tripartizione dei reati e negando esistesse una differenza tra la natura delle contravvenzioni e quella dei delitti.⁴⁹²

Altro che legalità, altro che applicare la legge svizzera, pietra di legittimazione del processo dichiarata da *Popolo e Libertà* mesi prima...⁴⁹³ Altro che “in base al diritto pubblico svizzero”, come scriveva *Libera Stampa* riassumendo l'arringa di Tarchini.⁴⁹⁴ Ma questo pubblicamente non lo rimarcò nessuno. Non lo rimarcò nemmeno lo stesso Bassanesi, che in una lettera del 25 novembre 1930, pubblicata alcuni giorni dopo, elogiava solo il risultato della sentenza:

L'opera compiuta da un sommo ticinese, da chiarissimi svizzeri, da difensori eminenti, dalla simpatia e solidarietà di tutti i ticinesi è cosa tanto bella e preziosa [...]. Da voi [...] imparare che gli ordinamenti democratici sono ancora e sempre la forma più bella [...].⁴⁹⁵

3.3.3 Le reazioni politico-mediatiche alla sentenza

La sentenza del caso Bassanesi colpì nel segno, la strategia del CFSi rivelò (nell'ottica del governo) vincente: la stampa si dimostrò serena ed elogiò i giudici. Per la *NZZ* Soldati disponeva di una “cultura giuridica di statura antica” (*juristische Kultur von antiker Grösse*)⁴⁹⁶ e aveva scritto una sentenza giuridica, non politica.⁴⁹⁷ Così pure G+L, che ricordava che Soldati

⁴⁹¹ Non stupisce che l'ambasciatore svizzero poté segnalare un commento positivo da parte di “un eminente giurista italiano”, così BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 160, citando una lettera di Wagnière a Motta del 2.12.1930, conservata agli archivi federali svizzeri, che purtroppo non ho avuto sottomano per trovare il nome del giurista.

⁴⁹² “*Der Grundsatz der Schulhaftung soll ausnahmslos bei Übertretungen jeder Art gelten. Nicht qualitative, nur quantitative Unterschiede trennen sie von den Verbrechen und Vergehen*”, DTF 56 I 552, c. 2, p. 559.

⁴⁹³ V. sopra, npp. 412; su questo punto mi pare di divergere dalla posizione di GARRÉ 2017, p. 237.

⁴⁹⁴ *Libera Stampa* 20.11.1930, p. 1.

⁴⁹⁵ Butti/Genasci/Rossi 2002, p. 169 s.

⁴⁹⁶ *NZZ* 20.11.1930, Morgenausgabe, Nr. 2244, p. 2.

⁴⁹⁷ *NZZ* 24.11.1930, Morgenausgabe, Nr. 2272, p. 1.

“rappresenta il diritto”.⁴⁹⁸ La stampa fascista fu inizialmente silente⁴⁹⁹ e solo alcuni giorni dopo arrivò qualche commento che attaccava gli antifascisti ticinesi. Soldati però veniva elogiato.⁵⁰⁰

Il 25 novembre 1930 Brenno Bertoni, anziano Consigliere agli Stati, già professore di diritto a Berna, correggendosi rispetto a precedenti prese di posizione di critica contro il CF,⁵⁰¹ notava che era stato corretto lasciar decidere la Corte penale federale.⁵⁰² La Ragion di Stato fu usata, diceva Bertoni, a miglior proposito. E quanta leggerezza usava chi sosteneva che il TF avesse sconfessato il CF. “La Corte non ha giudicato altro che una questione di diritto”, che vedeva soddisfatti anche gli imputati italiani, assolti. Secondo Bertoni ora nessuno poteva dire che l’impunità fosse dovuta agli intrighi dei fuoriusciti o degli anti-italiani in Svizzera (sarebbe invece accaduto se il CF avesse deciso un abbandono della causa all’inizio della faccenda). Iperbolico sulla motivazione giuridica: la distinzione fra delitto e contravvenzione era una “sentenza di massima”, dato che in Svizzera non valevano i sistemi francese e germanico, che “farà stato per ogni caso futuro e sarà registrata dalla stampa giuridica di tutto il mondo”. Errore. O fu abile retorica politica? Come indicato sopra infatti, il TF credeva con cotanto vigore in quella giurisprudenza che non impiegò nemmeno un mese per sconfessarla.

Degna di nota la reazione dei conservatori ticinesi, piuttosto divisi al loro interno. L’unica rottura del silenzio imperante arrivò dall’ala destra del Partito sempre il 25 novembre 1930, quando il *Giornale del Popolo* scrisse, sul pubblico al processo: “NON SONO IL POPOLO TICINESE”. E acida era questa postilla:

Nel processo Bassanesi sono venuti a galla almeno un eroe ed una eroina. Non ve ne siete accorti? L’eroe “caso” e l’eroina “combinazione”. Per maggiori informazioni rivolgersi ai signori: Varesi e Fiscalini, impiegati governativi; Martignoli Giudice di Pace e Cardis, suo domestico.⁵⁰³

⁴⁹⁸ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 14; nelle ultime pagine il resoconto parla della gestione dell’espulsione di Bassanesi da parte del CF e delle relative discussioni parlamentari. Non ritengo necessario riportare quella parte di resoconto.

⁴⁹⁹ Le Ministre de Suisse à Rome, G. Wagnière, au Chef du Département politique, G. Motta, 24.11.1930, in: Favez, Jean-Claude et al. (ed.), Documenti Diplomatici Svizzeri, vol. 10, doc. 48, <http://dodis.ch/45590>, Bern 1982.

⁵⁰⁰ BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 158 e p. 184 s.

⁵⁰¹ In ottobre aveva sostenuto che sarebbe stato meglio espellere Bassanesi e lasciar celebrare un processo in contumacia alla pretura di Biasca per semplici contravvenzioni al Decreto 1920, v. *Il Dovere* 14.10.1930, p. 1; si noti comunque che l’assoluzione in caso di contumacia non era possibile, v. art. 264 del Codice di procedura penale ticinese del 3 maggio 1895.

⁵⁰² *Il Dovere* 25.11.1930. Si noti che Bertoni non proferiva parola sulle Assise federali!

⁵⁰³ Tutte queste citazioni da *GdP* 25.11.1930, p. 2.

Anche a livello diplomatico calò un silenzio tombale: certo il governo italiano non era soddisfatto,⁵⁰⁴ e Mussolini aveva sì seguito i dibattimenti e i commenti, ma di più non si sapeva.⁵⁰⁵ Wagnière nelle sue lettere però si disperava: il 24 novembre 1930 disse a Motta che nonostante la grande autorità del presidente della Corte, non era stato possibile impedire agli accusati e ai loro difensori di fare un processo al regime italiano.⁵⁰⁶ La pena era troppo moderata e l'assoluzione di tutti i complici lo preoccupava molto.⁵⁰⁷ Motta rispose il 27 novembre 1930 con polso fermo,⁵⁰⁸ gongolando sul fatto che la stampa italiana era rimasta silente per tutto il processo. Soldati aveva fatto prova di saper condurre la causa ed era stato apprezzato pure in Italia. Spiegava che la sentenza, a prescindere da quello che diceva la stampa ticinese, era "*plutôt sévère*". Omettendo di notare che la Svizzera aveva permesso l'arrivo di Turati e Sforza, affermava che gli sforzi di trasformare il tutto in un processo al fascismo erano quasi falliti, inoltre il clima era completamente diverso da altri processi, tipo quello a De Rosa in Belgio⁵⁰⁹. La sentenza per Motta era "oggettiva", dal punto di vista giuridico la Corte non poteva condannare per complicità in contravvenzione. "*On peut le regretter à quelques égards*", ma per i coimputati la lezione inflitta alla loro leggerezza era seria anche solo per il fatto di essere stati coinvolti in una procedura penale.⁵¹⁰ Motta il proceduralista, insomma.

3.3.4 Conseguenze politiche federali: l'espulsione di Bassanesi

Già il 25 novembre 1930, quindi solo tre giorni dopo la condanna della Corte penale federale contro Bassanesi (e l'assoluzione di tutti i suoi complici), Häberlin propose al CF di espellere gli italiani Bassanesi, Tarchiani e Rosselli. Il CF sulla questione era decisamente spaccato al suo interno e alcuni Consiglieri agli Stati chiesero a Häberlin di rinunciare. Questi nelle sue corrispondenze si dimostrava amareggiato dal non riuscire ad essere compreso nella sua strategia. Il 28 novembre 1930 il CF decise

⁵⁰⁴ Le Ministre de Suisse à Rome, G. Wagnière, au Chef du Département politique, G. Motta, 24.11.1930 (v. sopra, npp. 499).

⁵⁰⁵ Lettera del 2.12.1930 da Wagnière a Motta, citata in BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 160.

⁵⁰⁶ Wagnière era oggettivo, basti pensare che Tarchiani tanti anni dopo scrisse che Soldati "ci interrogò con fredda obiettività, ma con profonda comprensione dei nostri moventi, e dette così il colore che si doveva a tutto il processo", TARCHIANI 1961, p. 169.

⁵⁰⁷ Le Ministre de Suisse à Rome, G. Wagnière, au Chef du Département politique, G. Motta, 24.11.1930 (v. sopra, npp. 499), dove nelle note a piè di pagina si scopre che Motta annotò a mano sulla lettera di Wagnière che parecchi punti di vista sostenuti dal diplomatico erano inesatti.

⁵⁰⁸ BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 159.

⁵⁰⁹ V. sotto, cap. 11.1.

⁵¹⁰ Le Ministre de Suisse à Rome, G. Wagnière, au Chef du Département politique, G. Motta, 24.11.1930 (v. sopra, npp. 499), npp. 7, p. 122, in cui Motta si augurava pure che ora calasse il silenzio. Che però non calò, dato che il CF espulse Bassanesi, causando manifestazioni di piazza, v. il prossimo sottocapitolo.

l'espulsione, basandosi sull'offensività del volo su Milano e sulla trasgressione delle norme del diritto internazionale. Häberlin si appoggiava su un rapporto redatto da Stämpfli, Motta riportava il fastidio comunicatogli dall'Italia sulla stretta di mano fra Cattori e Turati alla fine del processo di Lugano. La motivazione comunicata pubblicamente dell'espulsione di Bassanesi era la paura che qualcuno potesse ripetere quelle gesta. Per Rosselli e Tarchiani la motivazione invece era l'aver firmato pubblicamente a Lugano un messaggio per De Rosa, elogiando quindi l'attentato individuale.⁵¹¹ Il CF si preoccupava di far sapere che la decisione non era stata richiesta dagli altri Stati, ma

è presa unicamente perché è imposta dal rispetto dei nostri impegni internazionali, dal nostro interesse e dal rispetto che gli stranieri devono avere delle nostre disposizioni legali.⁵¹²

Bertoni per contro ricordava a Häberlin che i socialisti avrebbero usato l'espulsione per motivi elettorali, mentre Soldati con la sua conduzione del processo era riuscito ad evitare che il dibattito venisse sfruttato dalla sinistra, in particolare avendo assolto gli "accusati secondari" (ovvero: i complici socialisti ticinesi), tanto da aver i socialisti subito cercato di presentare sulla stampa una certa contrapposizione tra Corte penale federale e CF.⁵¹³

Ed infatti il 29 novembre e il 30 novembre 1930 ci furono manifestazioni in Ticino con centinaia di persone, a cui però Canevascini non partecipò. Quel 29 novembre ci fu una manifestazione anche a Berna con migliaia di partecipanti. Il 5 dicembre si manifestò a Ginevra con orazioni di Bertoni, Dicker e Nicole.⁵¹⁴ Il 1° dicembre 1930 il capogruppo socialista Grimm presentò una mozione, chiedendo al CF l'immediato annullamento della decisione di espulsione dello studente Bassanesi, del redattore Tarchiani e del professor Rosselli e a sospendere l'esecuzione della decisione (cofirmato da 29 parlamentari). Nel dibattito Grimm e Häberlin poterono parlare più a lungo degli altri.

Grimm tenne a sottolineare che Bassanesi, Tarchiani e Rosselli in realtà in Svizzera non erano da considerare come socialisti, ma come radical-liberali, sottolineando che ai liberali è sempre stato riconosciuto un diritto

⁵¹¹ CERUTTI 1986, p. 325 ss.; v. anche BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 161 ss.; sul processo De Rosa v. sotto, cap. 11.1.

⁵¹² Cit. trovata in BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 161.

⁵¹³ Lettera cit. in CERUTTI 1986, p. 326 e in BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 162; si veda *ivi*, p. 165 ss., la lettera aperta di Rosselli e Tarchiani al CF (che ritenevano l'autore dell'espulsione, mentre era Häberlin), che – cercando di rimettere la palla nel sistema giuridico – sottolineavano come il CF non rispettasse la decisione del TF di non emanare il bando (visto che in gioco erano solo una contravvenzione e due assoluzioni). Va detto che il testo conteneva un'imprecisione notevolissima (non notata dagli storici sociali): i due asserivano che "I giudici della corte suprema sono eletti dal popolo", mentre essi erano eletti dall'Assemblea Federale (AssFed), proprio come il CF...

⁵¹⁴ BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 165; su Dicker e Nicole v. il prossimo capitolo.

all'asilo. Citava il caso di Carlo d'Asburgo, che non era stato espulso. Ribadiva che il procuratore pubblico (espressione del governo) aveva chiesto l'espulsione di Bassanesi e dei complici italiani, ma che la Corte penale federale aveva rinunciato. Era inoltre sconvolto dalla decisione dal momento che un espulso al momento della decisione di espulsione... nemmeno si trovava in Svizzera.⁵¹⁵ Grimm informava l'aula (mentre Häberlin scuoteva il capo) di sapere da fonte sicura, che i giudici a Losanna avevano vissuto la decisione dell'espulsione come un affronto. E ricordava che con quella decisione in Ticino sarebbero stati ancor più pronti a sostenere l'antifascismo, anche considerando come la figura di Soldati fosse stata apprezzata da tutti, compresa la *NZZ*. Rimarcava infine le continue violazioni territoriali da parte italiana e rimandava al mittente i presunti obblighi internazionali della Svizzera che avrebbero giustificato l'espulsione, dato che l'Italia non aveva chiesto nulla e comunque il diritto internazionale non era stato violato, altrimenti il processo Bassanesi avrebbe dovuto essere stato giudicato anche su quel punto.⁵¹⁶

Borella nel suo intervento rimarcò di non voler ripetere quello che aveva già detto nell'aula di tribunale per i suoi clienti. Ritornava però sui motivi di far perseguire Bassanesi solo per la violazione del Decreto 1920: l'obiettivo del CF secondo lui era di non far fare il processo al fascismo. "Il Consiglio federale ha voluto evitare il rinnovarsi del processo De Rosa a Bruxelles".⁵¹⁷ Criticava che il CF avesse chiesto al TF di considerare l'offensività del volo e criticava che il procuratore federale chiedesse di applicare il CPF 1853 nonostante il Decreto 1920 comminasse solo una contravvenzione. Ora quel decreto d'espulsione per Borella era un "uno schiaffo dato all'Alta Corte penale federale", il tutto solo per dare "soddisfazione al Governo italiano". Non mandare Bassanesi alle assise con l'accusa di violazione del diritto internazionale quindi non era stato altro che un "trucco giuridico" per avere il silenzio della stampa italiana. Ma alla fine, ricordava Borella, era stato fatto il processo al Fascismo "pur contro la volontà del Tribunale",⁵¹⁸ ometteva però di ricordare che erano stati accettati i testimoni Sforza e Turati.

Infine **Häberlin** rispose. Sosteneva che con la sentenza della Corte penale federale (ma indicava di non aver letto ancora le parole definitive della sentenza, si rifaceva alle versioni giornalistiche) era stato riconosciuto che il volo di Bassanesi "portava in sé il pericolo di causare difficoltà di carattere giuridico internazionale alle autorità e al governo svizzero".⁵¹⁹ Häberlin

⁵¹⁵ Discussione sulla Mozione n. 2635, StenBul 1930 Grimm.

⁵¹⁶ StenBul 1930 Grimm, p. 831 s.

⁵¹⁷ V. quel processo sotto, cap. 11.1; ricordo comunque che il processo De Rosa si aprì solo a settembre, mentre la decisione del CF di non imputare Bassanesi per reati contro il diritto internazionale era di agosto...

⁵¹⁸ StenBul 1930 Grimm, p. 835 s.

⁵¹⁹ "die Gefahr in sich getragen haben, den Behörden und der Landesregierung Schwierigkeiten völkerrechtlichen Charakters zu schaffen", StenBul 1930 Grimm, p. 840;

sottolineava che non c'era accordo fra il CF e il TF sulla qualificazione giuridica di due cose: sulla comminazione di una multa a Bassanesi e sulla sua espulsione, dato che non aveva riconosciuto l'applicabilità del CPF 1853 rifiutandosi di riconoscere la natura di delitto alla fattispecie.⁵²⁰ Ricordava che l'espulsione, un atto amministrativo, non era prevista nel Decreto 1920 e che quindi non si sapeva cosa avrebbe deciso il TF se avesse accolto la tesi che la fattispecie consisteva in un delitto. Ricordava infine che c'era pure una multa doganale da comminare e che avrebbe potuto determinarla direttamente il CF, ma che ora si poteva soprassedere: Bassanesi aveva già scontato quattro mesi di prigione insomma (*Ab damit!*)!⁵²¹ Infine Häberlin ricordava a chi lo criticava di non aver espulso subito Bassanesi, Rosselli e Tarchiani, che senza un giudizio di un tribunale lo si sarebbe accusato di voler mettere le briglie (*Zügel*) al TF, sottraendo Bassanesi al giudizio.⁵²² Mentre ora a suo dire il TF aveva contrassegnato il volo come pericoloso [ma ribadisco che non aveva ancora letto le motivazioni, che dicono altro!].⁵²³ Nelle sue lunghissime disquisizioni il Consigliere federale non ha mai citato i complici svizzeri.⁵²⁴

Häberlin notava che il CF aveva rispettato la sentenza del TF sebbene avesse interpretato il diritto in modo diverso da come lo aveva interpretato il CF, ora di sicuro il TF avrebbe riconosciuto (*anerkennen*) la decisione di espulsione da parte del CF. Il diritto d'asilo a suo dire era sacro (*heilig*) anche per il CF, ma non era un diritto (*Anspruch*) dello straniero laddove lo violasse. L'asilo era concesso insomma solo laddove venissero rispettate le leggi svizzere.⁵²⁵ Il ministro constatava la difficoltà di chi governa di poter esser sempre criticati d'esser proni ai dittatori laddove si agisca *motu proprio* per evitare problemi con le nazioni vicine. Eppure, affermava con orgoglio:

come già mostrato sopra, il TF ha scritto infine un'altra cosa: "L'atterramento in luogo non autorizzato è stato voluto all'intento di sfuggire alla sorveglianza ed al controllo delle autorità e per **impedir loro** di prendere le misure necessarie **col pericolo** di procurare ad esse ed al Governo del paese difficoltà prevedibili di carattere internazionale", Sentenza Bassanesi RepGiurPat (v. sopra, npp. 471), p. 641 (grassetto mio). Alla base della discussione parlamentare stanno quindi frasi elaborate nel momento giudiziario che in realtà non sono mai state pronunciate da un tribunale.

⁵²⁰ Su questo punto Häberlin non si dilungava, notava solo che "*Darüber konnte man streiten*", minimizzando la portata della decisione, asserendo che in fondo il CF aveva semplicemente proposto un'altra lettura della questione e qualificando il reato come delitto, StenBul 1930 Grimm, p. 841.

⁵²¹ StenBul 1930 Grimm, p. 841; come visto sopra, cap. 3.2.4, in realtà quella multa la avrebbe dovuta decidere il TF, ma c'era il rischio che con essa statuisse la complicità dei ticinesi.

⁵²² StenBul 1930 Grimm, p. 841.

⁵²³ V. sopra cap. 3.3.2.

⁵²⁴ In StenBul 1930 Grimm, p. 840, sono indicati degli "*Helfershelfer*", ma si trattava di Tarchiani e Rosselli.

⁵²⁵ StenBul 1930 Grimm, p. 842; ricordo che Bassanesi **non** era stato dichiarato colpevole di violazione dell'art. 41 CPF 1853!

“noi non siamo né fascisti, né antifascisti, siamo svizzeri”.⁵²⁶ Lui ne era convinto: bisogna agire dalla A alla Z secondo il diritto e non potersi far rimproverare nulla, anche perché all'estero abitavano centinaia di migliaia di cittadini svizzeri.⁵²⁷ Che poi il diritto sia sempre manipolabile *au fur et à mesure* è tutta un'altra questione, squisitamente teorica, analizzata nel corso di tutta questa mia ricerca. Il 4 dicembre la mozione venne respinta con 130 voti contro 48 e 3 astensioni.⁵²⁸

Considerando l'espulsione, Cerutti afferma che l'*Affaire* era diventato un caso nazionale, carico di valore simbolico. Ampie fasce di pubblico ticinese e svizzero considerarono la decisione di espulsione del CF sui tre italiani una sorta di correzione della sentenza del processo Bassanesi. Da un lato stava la scelta del governo di espellere “basata solo su considerazioni giuridiche”, ma per evitare in anticipo le pressioni dell'esterno, dall'altra la simpatia e la solidarietà del popolo verso quegli esuli colpevoli di “lottare per valori ideologici che in Svizzera erano capisaldi nazionali”.⁵²⁹ Butti/Genasci/Rossi leggono con occhio molto critico quella scelta governativa: le autorità svizzere continuarono a cercare buone relazioni con l'Italia nonostante i continui incidenti diplomatici causati dai fascisti, in particolare tollerando i loro sconfinamenti anche aerei, lamentandosi solo puntualmente e senza che l'Italia ci sentisse sul serio.⁵³⁰ Secondo loro l'espulsione era ingiustificata, considerando che il processo si era svolto in linea con le aspettative di Berna e di Roma e nessuno degli imputati voleva restare in Svizzera. La decisione di espulsione era stata quindi solo “una calata di brache”, un atto di debolezza.⁵³¹

⁵²⁶ “*wir sind weder Fascisten noch Antifascisten; wir sind Schweizer*”, StenBul 1930 Grimm, p. 844; ribadiva poco dopo che l'obiettivo era riuscire a non far trasportare in Svizzera il conflitto fra fascismo e antifascismo, *ivi*, p. 846.

⁵²⁷ StenBul 1930 Grimm, p. 843.

⁵²⁸ BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 173 s.

⁵²⁹ CERUTTI 1986, p. 328 s.

⁵³⁰ BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 195 ss.

⁵³¹ BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 205 ss.; la frase topica deriva da una considerazione del fratello di Carlo Rosselli, Nello, che citando tale G. Fiori sosteneva che “la Svizzera è sempre stata la puttana d'Europa; quando ha ricevuto grosse pressioni ha regolarmente calato le brache”, *cit. ivi*, p. 138.

4 Questioni scientifiche emerse dal processo Bassanesi

In queste pagine non ho esplicitato un dettaglio importante: ritengo Bassanesi un eroe. Eroi furono i suoi gesti, eroi erano le persone che lo hanno accompagnato. Rosselli finì assassinato dai fascisti nel 1937. Dopo il processo, Bassanesi e gli altri furono espulsi dalla Svizzera, una vergogna politica e storica. Ma in una storiografia del diritto che cerchi di indagare i meccanismi sociali di legittimazione e comprensione dei processi penali nel sistema liberale, non posso fermarmi al mio afflato ideologico. La Storia non può fermarsi a ciò che chi la studia vuole che essa dica. La lettura storico-sociale del caso Bassanesi ha narrato gli atti dell'aviatore nonché quelli dei fuoriusciti italiani. Ma i fatti e il processo non sono la stessa cosa, e se i fatti possono essere terreno di discussione per la storia, per la Storia del diritto il punto nodale è raccontare la manipolazione giuridica di quei fatti.⁵³² Quello che interessa allo storico del diritto sono i meandri bui, quelli dove domina l'incertezza, là si può sviluppare il gioco strategico dei giuristi. Nel caso Bassanesi bisogna chiedersi cosa successe nei meandri della realtà processuale che permise quella strana – per non dire imprevedibile – assoluzione dei ticinesi.

Pongo quindi tre domande, alle quali mi propongo di rispondere con questa ricerca.

4.1 Domanda 1

La giuria mancava al processo Bassanesi, ma tutti sapevano che avrebbe potuto partecipare per giudicare i rivoluzionari secondo l'art. 41 CPF 1853. L'assenza era stata indotta da una serie di connotazioni negative imposte dai giuristi sui giurati – sia nella segretezza del rapporto del PG, sia a mezzo stampa attraverso il comunicato del CF. A ben vedere però la si stava sfruttando come elemento giudiziario negativo per ottenere un'altra procedura giudiziaria ben precisa. Ma se i giurati erano così stupidi, come mai erano previsti – addirittura come autorità ordinaria – nel processo penale federale svizzero e che senso aveva non farli intervenire nel caso Bassanesi?

4.2 Domanda 2

La sinistra, di fronte a una condanna contro Bassanesi espressa da un giudice espressamente antisocialista, si mostrò talmente soddisfatta dal processo da sperticarsi in elogi al giurista:

⁵³² In particolare, a sinistra è rimasta la convinzione che la Corte penale federale si fosse dimostrata indipendente rispetto al CF. Il giornalista socialista Pünter, presente nel 1930 al processo Bassanesi, sosteneva ancora negli anni '80 che la scelta di Lugano come luogo del processo era un segnale della magistratura contro il governo, v. Werner Weick, Bassanesi e gli altri, video-documentario TSI, 12 luglio 1980, min. 27.10. In realtà a ben vedere la NZZ 14.8.1930, Abendausgabe, Nr. 1583, p. 1, aveva individuato Lugano subito come prima scelta per il processo...

Il documento che Agostino Soldati ha consegnato alla storia onora un Uomo, una Magistratura, un Paese intiero. [...] Grida di Evviva Bassanési, Evviva la Svizzera, Evviva Soldati si levano da tutte le parti della piazza.⁵³³

Nell'austero volto del presidente Soldati si legge la soddisfazione dell'uomo che ha reso giustizia, serenamente, nella indipendenza del magistrato di un popolo libero che sa essere forte anche di fronte alla minaccia della violenza, perché egli rappresenta il diritto.⁵³⁴

D'altro canto calò un velo sul ruolo dei complici socialisti, anche da parte dei giornali di destra. Com'è possibile che il processo giudiziario permetta di "spogliare" così i partecipanti della loro politicità e sarebbe cambiato qualcosa se fosse intervenuta la giuria?

4.3 Domanda 3

La storiografia non ha fatto particolare attenzione all'assoluzione dei complici, come se essa fosse scontata, come se l'unica risultanza logica del processo potesse essere la condanna per contravvenzione, come narra di sé effettivamente la sentenza. Butti/Genasci/Rossi ad esempio non mettono in relazione le loro giuste annotazioni (ovvero: che la stampa italiana fosse rimasta in silenzio, che gli imputati e Soldati avessero dimostrato "grande serenità" e che non risultassero specifiche pressioni del governo per dare un esito diverso al processo) con la particolarità dell'assoluzione dei complici.⁵³⁵ Bianchi dedica ai complici solo una nota a piè di pagina.⁵³⁶ Per Rigonalli "*les complicités ne purent être établies*", e basta.⁵³⁷ Cerutti definisce i complici semplicemente "imputati minori".⁵³⁸ Anche nel 1930, dopo il processo, si parlò pochissimo dei complici e tantissimo di Bassanesi. Eppure a guardar bene, giuridicamente la posizione minore era proprio quella di Bassanesi, visto che la sua punibilità era palese, perlomeno per trasgressione del Decreto 1920. Il problema del processo erano proprio i complici, per i quali fascisti e giornali di destra chiedevano la galera. Il TF per assolverli usò un'interpretazione del diritto svizzero che non trovava consenso nella comunità dei giuristi e un solo mese dopo, in un'altra causa, ribaltò quella giurisprudenza, ristabilendo l'ordine. A fronte dell'aver assegnato la direzione del processo a un giudice smaccatamente antisocialista ma elogiato iperbolicamente per la tecnicità della sua sentenza, come va incastonato teoricamente questo silenzio sulla loro assoluzione?

⁵³³ *Libera Stampa* 23.11.1930, p. 1 s.

⁵³⁴ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 14; TARCHIANI 1961, p. 169, sostenne che "Soldati dette il colore che si doveva a tutto il processo". E pensare che (in teoria...) a mente di Motta bisognava evitare che si svolgesse un processo al fascismo!

⁵³⁵ BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 210.

⁵³⁶ Infatti BIANCHI 2010, p. 196, li cita solo nella nota 3.

⁵³⁷ RIGONALLI 1984, p. 105.

⁵³⁸ CERUTTI 1986, p. 323.

5 Tra Rivoluzione e Rigenerazione, la Svizzera scopre i liberali

5.1 *Bartele e Baldele e l'assenza dei giuristi in Svizzera*

C'è un legame diretto e indissolubile fra l'assenza delle giurie e la storica assenza dei giuristi in Svizzera, ben rappresentata dalla rinnovata messa in circolazione nell'Ottocento di un famoso aneddoto del Seicento. La storiella raccontava di un processo a Frauenfeld, Canton Turgovia, dove il capo di governo del cantone (il cosiddetto *Landamann*) durante il dibattimento che presiedeva fermò l'avvocato tedesco (di Costanza...) di una delle due parti, che voleva citare i commentatori del diritto romano medievale. Gli disse: - senta dottore, noi Confederati non chiediamo l'opinione dei Bartoli, dei Baldi, né di altri dottori. -. ⁵³⁹ L'aneddoto era stato ripreso dai moderni per condannare il sistema di giudizio reazionario feudale e valeva come monito contro la giustizia patriarcale e paternalista secondo equità (*Billigkeit*). ⁵⁴⁰

La giustizia svizzera di antico regime era infatti legata a logiche giudiziarie molto distanti dai nuovi ideali moderni. Era però anche distante dalla *Kabinettjustiz* di ispirazione monarchica vigente in altre parti d'Europa, non essendoci qui né re, né cortigiani. La Svizzera era *diversa*, senza per questo voler dire che fosse migliore o peggiore. Aveva un approccio al potere di tipo cooperativista-repubblicano, come lo definisce Caroni. ⁵⁴¹ Concretamente, spiega Siegrist, funzionava così:

Nelle singole repubbliche cantonali svizzere, riunite in confederazione, regnavano le classi dirigenti dei patriziati cittadini, delle corporazioni aristocratiche e borghesi o le élite contadine rurali e imprenditoriali. Questi governavano come una classe dirigente collettiva sui comuni cittadini e sui sudditi nelle campagne e nei baliaggi comuni. ⁵⁴²

Il processo penale cantonale svizzero era ancora legato agli usi del potere locali: ogni cantone aveva la sua diversa partecipazione, dalle assemblee

⁵³⁹ "Hört ihr Doctor, wir Aydgenossen fragen nicht nach dem Bartele oder Baldele und andern Doctorn", SCHOTT 1983, p. 18; una chiacchierata all'archivio cantonale di Herisau mi ha fatto scoprire che ancora oggi nella Svizzera orientale si chiede alle persone saccenti di "non fare il Doktor".

⁵⁴⁰ SCHOTT 1983, p. 19; non analizzo qui la storia della recezione dell'aneddoto – già esposta da SCHOTT. Ricordo però che per *Bartele* si intende Bartolo da Sassoferrato e per *Baldele* si intende Baldo degli Ubaldi, suo allievo, entrambi professori a Bologna nel 14° secolo.

⁵⁴¹ CARONI 1994, p. 252, npp. 38; CARONI 2011, p. 62.

⁵⁴² "In den einzelnen Republiken, die im lockeren Staatenbund der Eidgenossenschaft zusammengeschlossen waren, herrschten städtische-patrizische, zunftaristokratische und staadbürgerliche Führungsschichten oder ländlich-bäuerliche Besitzer- und Unternehmereliten. Diese regierten als kollektive Führungsschicht über die einfachen Bürger und Hintersassen der Hauptstadt und über die Untertanen auf dem Land und in den Gemeinen Herrschaften", SIEGRIST 1996, vol. 1, p. 136; v. anche LUMINATI/CONTARINI 2019.

comunali rurali ai chiusi circoli oligarchici. Per questo i cantoni nella loro gestione della giustizia erano persino visti come pericolosi ed “anarchici”.⁵⁴³ I giudici non giuristi erano soprattutto vicini o identici ai gangli del potere locali, essere giudice era una questione anzitutto da notabili (*Honoratioren*). A Basilea ad esempio, nonostante la presenza dell’antica università, l’opposizione anzitutto dei commercianti, timorosi di perdere la loro influenza, era totale a qualsiasi proposta di esclusione dei non togati (*Laienrichter*) dall’amministrazione della giustizia, facendo leva anche sui pregiudizi popolari.⁵⁴⁴ Caratteristica centrale di questo sistema elvetico era quindi la mancanza di formazione giuridica da parte dei giudici,⁵⁴⁵ che erano eletti per pochi anni fra i notabili o dai Granconsigli o dalle assemblee popolari a livello cantonale.⁵⁴⁶ Giudicare era una questione da notabili, a cui bastavano usi e leggi locali (in città le aspettative erano però più alte) e non si studiava all’università.⁵⁴⁷ Certo di giudici con una formazione da giurista ce n’erano, ma si trattava di eccezioni.⁵⁴⁸

Tutt’attorno in Europa c’era invece già da secoli un legame fra ceto nobiliare e studio giurisprudenziale. I giudici lì, anche laddove giudicassero in un sistema dualista, erano ormai esperti giuristi.⁵⁴⁹ Il motivo dell’assenza dei giuristi in Svizzera si trovava nell’esenzione, ottenuta dai cantoni alla fine del 15° secolo, dalla giurisdizione della nuova Corte della Camera imperiale del Sacro Romano impero della nazione tedesca. Le decisioni giudiziarie secondo equità erano quindi in Svizzera la regola, non l’ultima spiaggia.⁵⁵⁰ Mancavano quindi in Svizzera quelle specifiche caratteristiche di professionalità del ceto dei giuristi d’altrove, rifuggire gli specialismi era strutturale.⁵⁵¹ Mancavano la concettualità e l’arte di collegare i concetti fra

⁵⁴³ LUMINATI 2015, p. 74.

⁵⁴⁴ Comunque, c’erano anche giuristi in quel tribunale. Beseler ad esempio, che spiegava di aver imparato tanto da quell’esperienza pratica, KERN 1982, p. 82 ss.; anche Bachofen era lì attivo, e proprio dall’interno descriveva quanto fosse difficile pensar di poter ottenere un tribunale di giuristi, v. GARRÉ 1999, p. 192 s.; v. anche CARONI 2011, p. 70 s.

⁵⁴⁵ Come si poteva leggere da un rapporto commissionale nell’attività legislativa all’inizio dell’Elvetica: “*Die meisten Oberrichter kennen nur das Lokale ihres Kantons, und die wenigsten sind Rechtsgelehrte*”, cit. in LÜTHI 1938, p. 49.

⁵⁴⁶ Cfr. KRADOLFER 2011, p. 235 s.; non si trattava quindi di una *Kabinetjustiz*, come invece spesso si sente dire nelle mitologie giudiziarie oggi in Svizzera. Sulla *Kabinetjustiz* v. ora OGRIS 2008, p. 1487.

⁵⁴⁷ SCHOTT 1983, p. 41.

⁵⁴⁸ p.e. il conservatore Hans Georg Finsler a Zurigo, come si desume dalle sue lettere degli anni ‘30 a Mittermaier raccolte da JELOWIK 2001. Per l’esempio più tardo di Johann Jakob Bachofen a Basilea, GARRÉ 1999.

⁵⁴⁹ Cfr. OESTMANN 2008, p. 30; sul dualismo cfr. SCHOTT 2013, p. 4 del manoscritto; sugli scabinati v. meglio sotto.

⁵⁵⁰ SCHOTT 1983, p. 35 ss.; sui motivi per l’esenzione v. ora brevemente SCHOTT 2013, p. 6 del manoscritto; v. anche GARRÉ 2011 diffusione, p. 202 ss.; CARONI 2011, p. 72.

⁵⁵¹ CARONI 2011, p. 62.

loro.⁵⁵² Questa particolarità non fece sviluppare un diritto svizzero più stupido, si trattava piuttosto di un diritto culturalmente diverso, applicabile senza l'intervento esterno del giurista. Era sostanzialmente auto-amministrazione, fosse essa popolare, familiare-oligarchica o addirittura scabinal-nobiliare. In genere si trattava di situazioni di monopolio del potere che non volevano essere questionate.⁵⁵³

Il giurista in questo contesto non era il benvenuto, era visto con diffidenza. La sua consulenza (diversamente dal resto dell'Impero) non era richiesta, troppo alto il rischio di mettere in dubbio l'autonomia locale.⁵⁵⁴ Scrivendo a Mittermaier,⁵⁵⁵ nel 1833 Finsler (un giudice giurista) spiegava peraltro che la difficoltà centrale nel creare nuove legislazioni penali e procedurali stava anzitutto nella presenza dei giudici non togati (*Laienrichter*). Bisognava secondo lui dar loro un manuale, o un libro di cucina ("man nenne es Leitfaden oder Kochbuch", sic!) per fare in modo che potessero capire il diritto. Bisognava creare un oggetto scientifico-popolare ("wissenschaftlich-populär"), comunque col rischio evidente di creare qualcosa che non fosse né l'uno né l'altro.⁵⁵⁶

5.2 Pre-storia: le giurie rivoluzionarie fra Francia e Germania

5.2.1 L'arrivo della giuria rivoluzionaria francese

I rivoluzionari francesi istituirono una nuova giuria sul continente come risposta ad una profonda sfiducia nella magistratura di antico regime, come "misura di reazione contro la *artificial reason* dei giuristi".⁵⁵⁷ Si partiva da una mitologia anglofrancese.⁵⁵⁸ Montesquieu aveva fatto la sua parte. Sebbene

⁵⁵² Non era comunque un problema di rifiuto del diritto romano in quanto diritto straniero, SCHOTT 1983, p. 42; quel ceto di giuristi (e di intellettuali) mancante venne poi negli anni "importato" dall'estero grazie alle persecuzioni politiche, cfr. GSCHWEND 2013, N 26.

⁵⁵³ CARONI 1996, p. 44; si noti che ad esempio il Ticino e i Grigioni facevano resistenza contro i balivi proprio sottolineando la loro appartenenza a una cultura giuridica romanista, cfr. CARONI 2011, p. 67.

⁵⁵⁴ Caroni 2015, p. 76.

⁵⁵⁵ Mi informa il mio collega obvaldese Mike Bacher, che Mittermaier usava trascorrere la sua villeggiatura estiva a Engelberg, ecco un motivo d'aver sempre informazioni molto dettagliate sulla Svizzera.

⁵⁵⁶ Lettera di Finsler a Mittermaier del 2 agosto 1833, JELOWIK 2001, p. 85; si noti qui che non era un pensiero originale, anzi: l'idea di dover mettere a disposizione dei "profani" (non giuristi, *Laien*) i breviari giuridici c'era già dal primo rinascimento, quando il diritto comune prese il sopravvento e la maggior parte dei pratici del diritto non aveva studiato all'università. Il *Laienspiegel* divenne così addirittura il più importante libro giuridico della sua epoca, che per le questioni penali addirittura funzionò da esempio per la *Constitutio Criminalis Carolina* 1532 (CCC), cfr. DEUTSCH 2008, p. 409.

⁵⁵⁷ HESPANHA 2003 (1999), p. 211.

⁵⁵⁸ Il *Jury* di giudizio inglese apparve solo nel 13° secolo, con l'abbandono delle ordalie. Si svilupparono lì due giurie diverse, una di testimoni che informavano sotto giuramento delle

tendenzialmente filomonarchico, nel suo famoso *Esprit des lois* aveva indicato l'arbitrato come fine modo di giudicare nelle monarchie, i tribunali popolari invece come modo di giudicare nelle repubbliche, senza però che questi potessero capire le finenze delle leggi.⁵⁵⁹

L'iniziale richiesta principale dei rivoluzionari però non constava nella giuria popolare, quanto nella voglia di rendere più eterogenea l'origine sociale del corpo giudicante. D'altronde la giuria all'inglese portava con sé la distinzione fra questioni di fatto e questioni diritto, che molti in Francia – e non solo – rigettavano.⁵⁶⁰ In Assemblea, a discapito di quel che si potrebbe pensare, la voce determinante a favore delle giurie non fu quindi quella di Robespierre.⁵⁶¹ Ci fu già allora chi constatò che la suddivisione fra fatti e diritto avrebbe lasciato molto potere al giudice. Ma il sistema inglese alla fin dei conti rimaneva l'unico

esempio vivo e presente di un ordinamento giudiziario nel quale i comuni cittadini potessero rivestire un ruolo importante in qualità di giudici. Se la giuria inglese non fosse stata una realtà, la battaglia illuministica per una giustizia amministrata da laici avrebbe avuto poche probabilità di successo.⁵⁶²

La legislazione finale sulle giurie della Rivoluzione propose comunque un'organizzazione notevolmente differente dall'impostazione inglese, in particolare perché lì il processo era breve e diretto, quello francese con i giurati risultava lungo e cavilloso. Inoltre, in Francia si passava al libero apprezzamento delle prove (che poteva diventare una vera clava rivoluzionaria contro gli imputati se legata alla rinuncia a determinate garanzie probatorie) e si impediva ai giurati di esprimersi ulteriormente sui fatti, quindi impedendo un esame di colpevolezza. Contemporaneamente proprio in Inghilterra si adottavano invece nuove regole probatorie.⁵⁶³

Di differenze con le giurie inglesi ce n'erano molte, tutte orientate ad un problema principale che in realtà non toccava i non togati ("profani", *Laien*), ma i giudici stessi: i rivoluzionari volevano "ridurne al minimo ogni potere

voci dell'opinione pubblica (sui *rumors* nel diritto moderno v. sotto, cap. 11.3.5), e una di giudizio, che apprezzava le prove. Non si poteva però obbligare l'accusato a sottomettersi, dato che erano aperte altre vie per discolarsi, ad esempio il duello. E comunque, essendo strumenti di prova, se l'accusato riconosceva i fatti come associati alle giurie non sarebbero intervenute, PLOUDRET 1981, p. 72 s.

⁵⁵⁹ OGOROK 2008 (2002), p. 90 s.

⁵⁶⁰ PADOA-SCHIOPPA 1994, p. 59 ss.

⁵⁶¹ Quando divenne padrone della rivoluzione le sue idee trovarono però spazio anzitutto sull'abolizione del censo e sulla rinuncia alle prove legali (che inizialmente invece sosteneva in senso garantista), con il passaggio alla sola "coscienza dei giurati illuminata dall'amore per la patria". Questi poi in un processo sommario lo mandarono alla ghigliottina... PADOA-SCHIOPPA 1994, p. 185 s., e la bibliografia *ivi* citata.

⁵⁶² PADOA-SCHIOPPA 1994, p. 146 s.

⁵⁶³ PADOA-SCHIOPPA 1994, p. 149 s.

discrezionale nel campo penale”. I giurati e la formalizzazione del processo dovevano così rappresentare “una barriera”,⁵⁶⁴ in particolare lo era l’immediatezza (ovvero l’istituzione del principio di oralità del dibattimento e il sistema dell’*intime conviction* indiziale al posto delle prove legali tipiche dell’antico regime). Prevalsa la sostanziale sfiducia verso il processo scritto e segreto. Sebbene il dibattimento pubblico non fosse completamente una novità, per alcuni era chiarissimo che il nuovo metodo permetteva di trasformare la sala di tribunale in un teatro.⁵⁶⁵ Passato l’impeto rivoluzionario, convinsero Napoleone a mantenere le giurie nel *Code d’Instruction Criminelle* del 1808, nonostante questi non ne fosse un sostenitore.⁵⁶⁶ Si trattava di un codice di transizione, che ad elementi tradizionali sommava le innovazioni rivoluzionarie.⁵⁶⁷ Quel *Code* con le giurie trovò recezione anche in Germania, nella Confederazione del Reno.⁵⁶⁸

5.2.2 La giuria importata in Germania come “palladio delle libertà” hegeliano

Feuerbach nel suo *Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht*, pubblicato a Landshut nel 1813, vide in quella novità della giuria un’istituzione interessante solo dal profilo politico, non giuridico.⁵⁶⁹ Chi ne era stato rapito e diede loro un nuovo valore giuridico fu invece Hegel.⁵⁷⁰ Nelle sue lezioni del 1817/1818 di Heidelberg e del 1819/1820 di Berlino spiegava che, sì, bisognava emanare un nuovo Codice di legge, prodotto dai giuristi, ma i cittadini dovevano potersi fidare di quei giuristi senza dover accettare una sentenza in base alla sua sola esistenza. Questa fiducia necessitava di due premesse: la formazione di una giuria popolare e la pubblicità dei tribunali,⁵⁷¹ dato che “il diritto dell’auto-coscienza del

⁵⁶⁴ PADOA-SCHIOPPA 1994, p. 151, che rimarca che in Inghilterra, dove la giuria aveva più competenze sul diritto rispetto alla Francia, paradossalmente il giudice aveva una posizione più forte che in Francia, *ivi*, p. 152; secondo la mia tesi questo lo capirono benissimo anche i giuristi svizzeri liberali di Furrer.

⁵⁶⁵ Cfr. PADOA-SCHIOPPA 1994, p. 104 ss.; come indica VISMANN 2006, p. 98, la tragedia e il tribunale sottostanno allo stesso dispositivo agonale, ma il legame tra il teatro antico, individuato qui in particolare ne *Le Eumenidi*, e la giurisprudenza è solo indiretto. Nel tribunale moderno non è possibile che in una votazione per le decisioni si finisca in parità, quindi senza decidere. Questo rende lo spazio per le decisioni infinito, l’aporia della decisione si ritrova in sé stessa.

⁵⁶⁶ PADOA-SCHIOPPA 1994, p. 144.

⁵⁶⁷ OESTMANN 2015, p. 222.

⁵⁶⁸ OESTMANN 2015, p. 223 s., che rimarca però che i casi giudicati dalle giurie furono pochissimi.

⁵⁶⁹ V. HERZOG 1997, p. 346 ss.

⁵⁷⁰ Lo ricordava anche WAGNER 1926/27, p. 272.

⁵⁷¹ BACHER/BECCHI 2014, p. 27 s.; la teoria della fiducia torna pure in Mittermaier, v. sotto cap. 7.4.1.

cittadino” (*Recht des Selbstbewusstseins des Bürgers*) non era garantito solo dalla conoscenza delle leggi, ma pure dal loro utilizzo.⁵⁷²

Di rilievo era il concetto dell'immediatezza, che per Hegel permetteva di far coincidere la soggettività del giudice e quella dell'accusato. Questo era possibile solo in due casi: o con la confessione, o con il verdetto della giuria. La giuria rappresentava la coscienza soggettiva (*subjektives Bewusstsein*) che il diritto fosse stato saputo e detto (*gesprochen*), così era possibile la fiducia.⁵⁷³ La giuria per Hegel non era quindi contrapposta all'imputato, erano piuttosto cittadini, rappresentanti di un ceto che prendevano anche il ruolo del criminale e parlavano dalla posizione della sua anima (*sozusagen „aus der Seele des Verbrechers“*). E quindi lo scopo della giuria non era essere imparziale, ma piuttosto la giuria era **lo scopo stesso**, la garanzia della libertà del volere soggettivo nel caso in cui l'imputato non confessasse (*selbst ein Zweck, Bewahrung der Freiheit des subjectiven Willens in dem Fall, daß der Verbrecher nicht eingesteht*).⁵⁷⁴ Insomma: una giuria al posto della tortura.⁵⁷⁵ La pubblicità processuale diventava evidentemente centrale per Hegel: ognuno doveva sentire come mai un concittadino veniva condannato, il diritto era di tutti. Il re al massimo poteva nominare i giudici, che comunque dovevano essere indipendenti.⁵⁷⁶ La giuria come “Palladio delle libertà borghesi” (*Palladium der bürgerlichen Freiheit*)⁵⁷⁷ simboleggiava lo strappar di mano la sovranità interpretativa sul diritto (“*Deutungshoheit über das Recht*”) dei giuristi e dell'amministrazione per darla ai borghesi.⁵⁷⁸

Inizialmente Hegel derivava la fiducia dalla presenza nella giuria di uomini dello stesso ceto, i “pari” (*pairs/Gleichen*) eletti dal popolo. In questo modo l'accusato poteva cogliere di aver violato il diritto secondo quel che

⁵⁷² BACHER/BECCHI 2014, p. 28.

⁵⁷³ BACHER/BECCHI 2014, p. 35.

⁵⁷⁴ BACHER/BECCHI 2014, p. 36: e infatti, in molti cantoni, come vedremo, non era previsto l'impiego della giuria popolare nel caso di confessione.

⁵⁷⁵ BECCHI/BACHER, p. 38 s. fanno capire che l'idea era quella, in particolare ricordando poi a p. 43 che Hegel criticava i prussiani di continuare a usare la tortura nella forma di *Beugehaft*; come ci spiega GARRÉ 2011 *Inquisizione*, p. 556, Foucault nel suo “*La volonté de savoir*” ha mostrato che tortura e confessione sono “**due fenomeni gemelli**”; la pretesa illuministica di abbandonare la tortura come strumento di scoperta della verità è riuscita a improntare le evoluzioni processuali penali di tutta Europa già dalla metà del Settecento. La prova indiziale era accompagnata da una nuova fiducia nei confronti dei periti nel processo, possibile grazie al nuovo valore sociale della scienza, nonché dalla nuova pena privativa della libertà da scontare in prigione. Queste innovazioni davano ora spazio culturale alla condanna anche di un innocente, GSCHWEND 2006 *Beweisverfahren*, p. 166 ss.

⁵⁷⁶ BACHER/BECCHI 2014, p. 30.

⁵⁷⁷ BACHER/BECCHI 2014, p. 40; non solo Hegel usava questa definizione: era stato Blackstone a introdurla, cfr. PETERS 2010, 154, npp. 5.

⁵⁷⁸ Qui seguo, condividendole, le considerazioni di BACHER/BECCHI 2014, p. 44.

dicevano uomini che avevano gli stessi interessi e relazioni.⁵⁷⁹ Nel 1824/1825 però riabilitò la figura del giudice e non sostenne più l'idea di una giuria composta da pari, a causa del rischio che venissero rappresentati interessi professionali. I giudici dovevano parlare secondo il proprio convincimento, la propria coscienza: il loro privilegio („*Privilegium*”) stava proprio nel poter far diventare decisione quella coscienza, che peraltro avevano anche gli osservatori del processo.⁵⁸⁰ Non è chiaro se questa relativizzazione del suo pensiero fosse data da esperienze personali oppure fosse una forma di auto-censura dopo i processi liberticidi causati dai Deliberati di Karlsbad.⁵⁸¹

5.3 Chi è il nuovo giudice – automatico? – dei moderni

5.3.1 La modernità liberale come nuova apertura alla società dal futuro rischioso

Niklas Luhmann vede il diritto autopoietico come espressione di un'evoluzione sociale moderna, comunque molto lenta.⁵⁸² Cosa significhi *Moderne* non è però completamente chiaro – non solo a causa delle differenti possibilità di traduzione.⁵⁸³ Esso non vale come un momento, ma come approccio. A fronte di un repentino aumento di complessità, la società ha cominciato a descriversi come sostanzialmente rischiosa.⁵⁸⁴ La cifra della modernità è quindi la modificabilità⁵⁸⁵ basata sulla costante presa di nuove

⁵⁷⁹ BACHER/BECCHI 2014, p. 28 s., che notano pure l'exkursus di Hegel sugli antichi Schöffren, anche questi erano però alienati, essendo nominati stabilmente e valendo un sistema di cooptazione.

⁵⁸⁰ V. Hegel cit. da BACHER/BECCHI 2014, p. 37 s.

⁵⁸¹ I Deliberati diminuirono la fiducia generale nei giudici professionisti negli anni '20 e portarono la convinzione di essere di fronte ad una *Kabinettsjustiz*, da contrastare con una partecipazione “profana” (ovvero: composta da non giuristi). Su quei momenti v. PETERS 2010, p. 155; sappiamo che colui che ha verbalizzato quelle nuove tesi moderate di Hegel sarebbe poi stato un oppositore della rivoluzione del marzo 1848, cfr. BACHER/BECCHI 2014, p. 36.

⁵⁸² Anche CARONI 2018, p. 92 ss., senza allinearsi alla teoria dei sistemi, ha sottolineato la lentezza delle evoluzioni giuridiche che da metà Ottocento sotto le spinte del mercato capitalista cambiarono la società e il diritto un po' ovunque in Europa: “la concorrenza divenne ora la molla” e il vecchio sistema delle fonti venne rimosso o sostituito.

⁵⁸³ AVITABILE (v. sopra, npp. 19), p. 286 s. e 506 ad esempio traduce la parola “*Neuzeit*” con “moderno”, ma “*moderne Gesellschaftsstrukturen*” con “moderne strutture sociali”, “*moderne Gesellschaft*” con “società moderna”.

⁵⁸⁴ Secondo LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 560, il diritto è specchio della società solo nel senso che è rischioso perché la società è rischiosa.

⁵⁸⁵ Si pensi alla possibilità di continuare a cambiare le leggi, o l'accettare che la giurisprudenza su un dato tema semplicemente cambia a casaccio. Centrale per questa evoluzione culturale verso la modificabilità sono stati la letteratura e i romanzi, che hanno mobilizzato le strutture sociali, v. fra i tanti che lo sostengono LUHMANN 2003 (1991) Risikos, p. 78 e LUHMANN 1988 Frauen, p. 56, che rimarca il ruolo del romanzo per la certificazione dell'individualità; libero dalla teoria dei sistemi, vedi il decisivo LACCHÉ 2009.

decisioni. Nel linguaggio della teoria dei sistemi, la complessità consiste nell'impossibilità di collegare tutti gli elementi di un'unità contemporaneamente, rendendo necessarie selezioni informative e quindi decisioni.⁵⁸⁶ Si tratta di spostare la sintonizzazione della società nel futuro, per questo Luhmann identifica nel liberalismo un'ideologia il cui programma occulto è convertire la società ai rischi.⁵⁸⁷ Luhmann in questo senso si considera un teorico moderno,⁵⁸⁸ dato che ritiene la postmodernità come la ricerca dell'unità del passato da rifiutare in quanto tradizione.⁵⁸⁹ È stato però spesso considerato nel solco dei teorici postmoderni.⁵⁹⁰

In particolare mi sembra – in una logica di circolo ermeneutico che negli anni mi ha portato a frequentare sia la teoria dei sistemi, sia la Storia recente del diritto svizzero – che la teoria della modernità di Luhmann riesca a parlare al diritto liberale svizzero, che vale ancora oggi come sostanziale diritto rivoluzionario egemonico, che dovette però scendere a patti con una paradossale sovranità interna condivisa.⁵⁹¹ Ho quindi usato come linea guida il suo *Moderne* giuridico, traducendolo come “modernità giuridica liberale”, talvolta riassunto semplicemente nell'aggettivo “moderno”. La modernità in Svizzera non va concepita come un momento preciso, ma come una fase – non ancora finita – di lotta per la modernità, ovvero lotta per la modificabilità, un andare e venire non ancora terminato fra scienza e rusticismo. Il moderno contraddistingue la proceduralizzazione del diritto elvetico e la creazione di un individuo adeguato alla società divisa in sistemi funzionali – entrambe questioni che gli svizzeri hanno spessissimo rigettato con gioia e un qual certo fondo razzista. Proprio quelle lotte di resistenza esprimono bene cosa significhi la modernità e quali siano le sue logiche violente. In questo senso concepisco la storia del diritto moderno come storia della resistenza, sia resistenza della logica di quel diritto moderno, sia di resistenza contro l'imposizione onnipresente di quella logica.

Una lotta invero senza quartiere. Il liberalismo ottocentesco si nascondeva infatti dietro ad un nuovo⁵⁹² processo penale sì trasparente e

⁵⁸⁶ LUHMANN 1993 (1980) *Temporalisierung*, p. 237.

⁵⁸⁷ LUHMANN 2003 (1991) *Risikos*, p. 80. Come spiega ESPOSITO 2001, p. 191, l'orientamento della modernità è passato quindi dalla ricerca di uguaglianza, alla ricerca di comparabilità.

⁵⁸⁸ LUHMANN 1992 *Beobachtung*, p. 80; rigorosamente contrario all'idea di definire postmoderno un approccio radical-costruttivista è pure MARCHART 2013, p. 41.

⁵⁸⁹ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 539: da qui il concetto che il nostro diritto è (ancora) un *modernes Recht*.

⁵⁹⁰ Intesi come teorici che hanno ragionato a partire dalla svolta linguistica impressa da Saussure e Wittgenstein, BUCKEL/CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO 2009, *Einleitung*, p. X; HESPANHA 2003 (1999), p. 310 s.; sugli approcci storiografici postmoderni critico è GINZBURG 2015 (1984), p. 314, in particolare a causa dell'uso dell'immaginazione per colmare le lacune archivistiche; v. anche GINZBURG 2000, *Introduzione*, p. 13 ss.

⁵⁹¹ Sul ruolo (paradossale) della sovranità con- e suddivisa, v. sotto cap. 8.7.

⁵⁹² L'uscita dal Medioevo aveva già portato con sé la prevenzione generale, con il suo corollario pedagogico-moralista che non riusciva a distinguere il peccato dal reato. Il processo

pubblico, ma scatenava una tensione di fondo: l'affermazione della centralità delle libertà giudiziarie (la pubblicità stessa, l'oralità, la difesa tecnica, il principio accusatorio) si adagiava sulla continuazione delle logiche inquisitorie e segrete che puntavano al controllo e alla difesa sociale paternalistica.⁵⁹³ Subito si capì che anche questo processo moderno in sé era violento, a tutela "del modello di diritto privato, individualistico e autoritario, del quale si sono innervati Stati di forme liberali, illiberalmente governati".⁵⁹⁴ Sbriccoli definiva tutto ciò l'Egemonico, ovvero quella fase sociale che pretende di essere disciplinante nella libertà⁵⁹⁵ e che, nel solco illuministico, posizionò il diritto penale al centro dell'evoluzione culturale e politica, esaltando il principio di legalità e i margini ristretti dell'interpretazione. Si volevano ora al centro l'individuo come nuovo soggetto secolarizzato al posto delle strutture sociali della negoziazione. I giuristi ne erano il corpo di sfondamento, già dal Cinquecento avevano cominciato ad elaborare le *practicae criminalis*, lavorando su un'infinita casistica, facendosi architrave della giustizia egemonica e segnando l'autonomia del penale.⁵⁹⁶

L'idea di *Moderne* di Luhmann non fa certo l'unanimità. Le teorie su cosa sia la modernità giuridica viaggiano su praterie sterminate, in particolare a tedeschi e italiani diverte tanto litigare su questo punto. Sulla Treccani, Sadun-Bordoni intende la modernità come il tempo che anticipa il contemporaneo, un tempo "presente sempre in mutamento", transitorio, contingente.⁵⁹⁷ Hespanha fa iniziare il suo capitolo sull'età contemporanea dall'epoca della codificazione statalista e liberale, quindi addirittura dalla fine del Settecento.⁵⁹⁸ Sostiene comunque che definire moderno il nostro diritto contemporaneo è opinabile, visto che quelle unidimensionalità, razionalità, innovatività che la modernità giuridica racconta di sé stessa in

(inquisitoriale e statale) era già stato centralizzato, legalizzato, professionalizzato. La società era già stata criminalizzata, SBRICCOLI 2002, p. 184 ss.

⁵⁹³ COLAO/LACCHÈ/STORTI 2008, Premessa, p. 9, le cui riflessioni italiane valgono in genere per il continente.

⁵⁹⁴ SBRICCOLI 2002, p. 192; per una critica postcoloniale alla modernità v. BHAMBRA 2007; anche Luhmann ricorda che la società borghese ha "eticizzato" la quotidianità criminalizzandola, ha creato colonie penali (ovvero includendo l'esclusione) e ha imposto "l'etica del lavoro e l'indignazione morale" (*Arbeitsethos und moralischer Entrüstung*) come elementi di redenzione sociale, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 283 s.

⁵⁹⁵ E il problema non è in nulla banale: si può insegnare la libertà, obbligare ad essere liberi? E vietare la rinuncia ad essere liberi? Sulla paradossalità di questo problema e l'approccio di ODIFREDDI v. sopra, npp. 242.

⁵⁹⁶ SBRICCOLI 2002, p. 171 ss.; mi sembra che si possa affiancare all'Egemonico sbriccoliano anche la formula di SCHOTT 2013, p. 5 del manoscritto: "*ein universales Rechts- und Friedensprogramm*".

⁵⁹⁷ V. GIANLUCA SADUN BORDONI, Enciclopedia Treccani online, voce modernità, approfondimento (<http://www.treccani.it/enciclopedia/modernita/>).

⁵⁹⁸ HESPANHA 2003 (1999), p. 213.

realtà storicamente non si intravedrebbero.⁵⁹⁹ Garré in Svizzera fa coincidere il moderno con il periodo di grandi mutamenti che hanno portato all'arrivo della prima rivista giuridica nazionale (la RDS del 1852), da cui poi partirebbe il contemporaneo.⁶⁰⁰ Grossi, richiamando Zweig, indica nella modernità il mondo della sicurezza, dove il diritto era “rinserrato in un insieme di norme” intese come comandi dall'alto, di cui il Codice era massima espressione.⁶⁰¹

La post-modernità invece sarebbe la messa in discussione dello statalismo e l'individualismo moderni, con un conseguente recupero di complessità, di cui Santi Romano sarebbe iniziale massimo esponente, pensando il diritto come ordinamento.⁶⁰² Romano chiamò alla crisi dello Stato e l'interprete come “passivo esegeta” venne sostituito dalla sua stessa centralità.⁶⁰³ Si vede in particolare quanto Luhmann e Grossi in questa interpretazione siano distanti – io qui terrò la barra a dritta sul metodo di Luhmann.

5.3.2 L'ideologia del giudice-macchinetta, parafulmine politico

Se l'idea di un giudice imparziale non è moderna,⁶⁰⁴ lo è invece quella di un giudice apolitico, coniata nel passaggio dall'assolutismo illuminato al nuovo Stato costituzionale burocratico. La decisione giudiziale non era più da prendere secondo l'interesse del principe, ma seguendo la legge. Si trattava di una volontà funzionale al nuovo stato burocratico: l'idea era scaricare di oneri l'organizzazione statale e non dover più far giustificare il principe nelle sue decisioni.⁶⁰⁵ La legge è un oggetto della fine del medioevo, che prende un nuovo ruolo nei confronti della giurisdizione anche grazie alla teoria della sovranità di Jean Bodin e sancì anche la separazione dal sistema di *common law*. La divisione dei poteri arrivò però solo con lo Stato costituzionale.⁶⁰⁶

⁵⁹⁹ HESPANHA 2011, p. 1 s.; già così HESPANHA 2003 (1999), p. 311.

⁶⁰⁰ GARRÉ 2011 diffusione, p. 197; ma AGAMBEN 2008, p. 13, direbbe: “Ma che cosa vede chi vede il suo tempo, il sorriso demente del suo secolo? [...] contemporaneo è colui che tiene fisso lo sguardo nel suo tempo per percepirne non le luci, ma il buio”; “la contemporaneità si iscrive, infatti, nel presente segnandolo innanzitutto come arcaico e solo chi percepisce nel più moderno e recente gli indici e le signature dell'arcaico può esserne contemporaneo. Arcaico significa prossimo all'*arké*, cioè all'origine. Ma l'origine non è situata soltanto in un passato cronologico: essa è contemporanea al divenire storico e non cessa di operare in questo, come l'embrione continua ad agire nei tessuti dell'organismo maturo e il bambino nella vita psichica dell'adulto. Lo scarto – e, insieme, la vicinanza – che definiscono la contemporaneità hanno il loro fondamento in questa prossimità con l'origine, che in nessun punto pulsa con più forza che nel presente”, *ivi*, p. 23.

⁶⁰¹ GROSSI 2011, p. 15.

⁶⁰² GROSSI 2011, p. 23 ss. e la letteratura *ivi* citata.

⁶⁰³ GROSSI 2011, p. 35 s.

⁶⁰⁴ Brevemente sull'iconografia del giudice corrotto BOLLA 2008, p. 19 s. e la letteratura *ivi* citata.

⁶⁰⁵ OGOREK 2008 (1992), p. 141 ss.

⁶⁰⁶ MOHNHAUPT 2001, p. 30.

L'evoluzione sull'apoliticità del giudice sfuggì di mano: portò all'autonomizzazione del dogma dell'indipendenza del giudice (*Verselbstständigung des Unabhängigkeitsdogma*). Motore ne fu anche una società ormai sempre più eterogenea e complessa. In Europa il principe era ormai diventato responsabile solo della forma del processo, non dei suoi contenuti, anche grazie alla storia del mugnaio *Arnold* che spinse il re illuminato prussiano Federico II a non immischiarsi più nelle questioni giudiziarie – e contemporaneamente a vietare ai giudici di interpretare la legge (istituendo così il *refèré legislatif*).⁶⁰⁷ Da lì la decisione giuridica si è evoluta in modo tale, da non dover necessitare del consenso,⁶⁰⁸ né tantomeno essere più presa *ad hoc* e *ad hominem* come elemento tipico nella società stratificata. Per difendersi dalle strutture sociali extra-giuridiche il diritto si è allora armato di nuovi strumenti, in particolare dei concetti giuridici e delle regole decisionali.⁶⁰⁹ I suoi nuovi simboli (di contingenza) erano (e sono)⁶¹⁰ l'uguaglianza e la giustizia.⁶¹¹

Ci fu così un'evoluzione inaspettata della sussunzione sillogistica, base delle nuove teorie dello Stato borghese.⁶¹² D'altronde, come spiega Caroni, lo stesso *Code civil* francese del 1804 divenne il codice della borghesia senza che lo si volesse, né che ce lo si aspettasse.⁶¹³ L'idea è che la legge, concepita come uno strumento giuridico che impone novità al sistema, venga emanata per compensare lacune o disfunzioni nel diritto. La nuova dottrina dello Stato liberale è poi autonomamente evoluta nella leggenda del giudice montesquieuiano come una *bouche de la loi*. Come ha mostrato Ogorek, il liberalismo decise di assegnare all'espressione di Montesquieu l'idea che il giudice dovesse essere una macchinetta sillogistica che applica le leggi (*Subsumtionsautomat*), *topos* che venne poi legato erroneamente pure alla pandettistica.⁶¹⁴ In realtà Montesquieu non stava spiegando come funziona l'operazione dell'applicazione della legge, ma la suddivisione del lavoro tra giuria inglese – che aveva già deliberato sulla colpevolezza dopo una rigida procedura probatoria – e il giudice che assegnava la pena. Non elogiava, ma chiariva i suoi deficit, spiegava che i giudici potevano definire la pena troppo rigidamente a causa della legge. Discutendo dei passaggi dopo, in cui

⁶⁰⁷ MEDER 2017, p. 281; v. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 413 npp. 15, riferendosi alla Francia.

⁶⁰⁸ Sull'evoluzione di questa autonomizzazione v. TEUBNER 1992.

⁶⁰⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 263.

⁶¹⁰ Sebbene siano messi in pericolo dalla decisione presa in base alle conseguenze (*Rechtsfolgeabschätzung*).

⁶¹¹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 263; secondo LUHMANN l'avvento della giurisprudenza in base alla ponderazione degli interessi è un ritorno alla motivazione *ad hoc* e *ad hominem*, un'involuzione quindi, *ivi*, p. 268; non è un caso che ritenga che le norme di scopo facciano perdere l'imparzialità al decisore, lo diceva già in LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 208.

⁶¹² OGOREK 2008 (1992), p. 144 ss. che ribadisce che questa evoluzione non era stata prevista.

⁶¹³ CARONI 2018, p. 61.

⁶¹⁴ OGOREK 2008 (2002); v. anche sotto, npp. 1626.

spiegava che si trattava di avere un potere *invisible et nulle* perorava l'idea che la giuria non dovesse essere composta di senatori il cui seggio era garantito per via ereditaria, ma da persone sciolte dai vincoli cetuali. Era quindi una questione di politica sociale per il potere della monarchia sul diritto invisibile: in questione non era il modo di giudicare, ma le dinamiche di controllo della società.⁶¹⁵

Al netto dell'abuso interpretativo del liberalismo (l'art. 4 del CC francese venne emanato al grido politico-retorico di volere un giudice che fosse la bocca che semplicemente pronunciasse le parole della legge),⁶¹⁶ era comunque vero che per la prima volta si cercò di irritare direttamente il sistema giuridico attraverso procedure politico-legislative, deformando le forme tradizionali dell'esame di consistenza.⁶¹⁷ Il tutto veniva mediato dalla sovrastruttura costituzionale.⁶¹⁸

La pretesa giuridica sulla Rigenerazione corrispondeva proprio a questo progetto legalista, come mostro nei prossimi capitoli.

5.4 Resistenza rigenerata

5.4.1 L'assenza generale di giurie popolari nella Rigenerazione svizzera

Al netto dell'esperienza ginevrina del 1794⁶¹⁹ e dei cantoni annessi alla Francia, la Rivoluzione francese non riuscì a portare le giurie popolari in Svizzera. Nemmeno l'Elvetica le prevedeva.⁶²⁰ Così fu anche gli anni dopo: non si trovavano giurie né nella Carta della Malmaison del 1801,⁶²¹ né nell'Atto di Mediazione del 1803,⁶²² quando la maggior parte dei cantoni tornò

⁶¹⁵ OGOREK 2008 (2002), p. 92 ss.

⁶¹⁶ OGOREK 2008 (2002), p. 96.

⁶¹⁷ Che LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 478, individua nelle decisioni sulla base dei casi e nella viscosità della dogmatica giuridica; culturalmente si era ben consapevoli di cosa stava succedendo. Sull'opposizione allo Stato di diritto in Svizzera v. LAUENER 2011.

⁶¹⁸ La struttura costituzionale, essendo espressione dell'accoppiamento strutturale con la politica, è più instabile e le sue decisioni si basano sulla ponderazione piuttosto che sulla sussunzione, con riflessi negativi sulla ridondanza del diritto, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 479 s.

⁶¹⁹ Con una giuria d'accusa (*grand jury*), una di giudizio e una di ricorso (*jury d'Equité*), OBERLI 1934, p. 10; v. anche POUURET 1981, p. 83.

⁶²⁰ Artt. 86 ss. e 97 ss. Costituzione Elvetica del 12.4.1798, KÖLZ 1992 Quellenbuch bis 1848, p. 144 ss.; nemmeno il progetto Ochs le prevedeva, *ivi*, p. 121 s.

⁶²¹ KÖLZ 1992 Quellenbuch bis 1848, p. 152 ss.; comunque la Malmaison fu rifiutata dai federalisti, FANKHAUSER, ANDREAS: "Federalisti", in: DSS, 28.01.2005 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/017368/2005-01-28/>.

⁶²² mentre si imponeva talvolta che almeno un giurista facesse parte del tribunale d'appello per i casi penali, v. p.e. la Costituzione di Argovia, KÖLZ 1992 Quellenbuch bis 1848, p. 163; nella Costituzione sciaffusana era previsto che nella decisione sulla pena di morte venissero eletti a sorte quattro Granconsiglieri che andavano ad aggiungersi al tribunale d'appello, *ivi*, p. 168; nel canton Uri era mantenuta l'antica struttura giurisdizionale, *ivi*, p. 170; a Vaud si

addirittura al processo inquisitorio.⁶²³ Le poche giurie presenti sul territorio sparirono infine con la sconfitta di Napoleone.⁶²⁴ Negli anni seguenti ci furono tentativi isolati di adottarle in alcuni cantoni, tutti falliti.

Passata la buriana napoleonica, venne imposto dalle forze straniere che la Svizzera diventasse uno “Stato” confederale nel 1815 di carattere restaurativo. Nei cantoni i conservatori presero il sopravvento. Lo Stato non aveva però un vero potere sulle forze locali corporative, i cantoni non avevano nemmeno degli eserciti regolari propri.⁶²⁵ Ciò nondimeno iniziò una certa modernizzazione economica e si sviluppò una voce borghese liberale,⁶²⁶ che sfociò infine nei movimenti rigenerati degli anni ‘30. Fu uno sviluppo costituzionale parallelo a quello europeo, basato sulla creazione di una nuova opinione pubblica: “la nazione dei lettori e il pubblico criticante. [...] **L’opinione pubblica e la nazione sono dunque le strutture decisive per collegare i soggetti negli Stati e tra gli Stati**”.⁶²⁷ Gli impulsi internazionali e la stampa hanno dato avvio a una decisa messa in discussione anche in Svizzera delle logiche di inclusione ed esclusione economiche e sociali.⁶²⁸ Già Pellegrino Rossi nei lavori sul suo patto del 1832 notava che: “questa intrusione della componente internazionale nel dibattito costituzionale svizzero non è per niente eccezionale”.⁶²⁹ La costruzione di riferimenti nazionali nell’Ottocento era quindi un processo “di presa di coscienza provocata dalla cultura politica delle grandi potenze”.⁶³⁰

La Rigenerazione fu un momento di vivace messa in discussione delle logiche di vecchio regime, quando l’individuo ancora non aveva un ruolo in quanto tale, ma solo in quanto espressione di un gruppo, dei cui privilegi poteva godere, qualora rispettasse le relative norme corporative.⁶³¹ A mente dei contemporanei la Rigenerazione evocava “la forza del popolo che aspira

lasciava che fosse la legge a decidere la forma del giudizio penale, *ivi*, p. 173. Le giurie non si trovano nemmeno nell’atto di mediazione ticinese.

⁶²³ LUMINATI 2018, p. 343, e le relative citazioni bibliografiche.

⁶²⁴ Ginevra le abolì nel 1813, POUURET 1981, p. 84.

⁶²⁵ VUILLEUMIER 2008, p. 25.

⁶²⁶ KOLLER, CHRISTIAN: “Restaurazione”, in: DSS, 12.01.2012 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/009799/2012-01-12/>.

⁶²⁷ LACCHE 2012, p. 297 (grassetto mio).

⁶²⁸ Cfr. GRABER 2017, p. 197; approfondisco meglio la dimensione pubblica svizzera sotto, cap. 7.8.

⁶²⁹ “*cette intrusion d’un composante internationale dans le debat constitutionnel suisse n’est pas du tout exceptionnelle*”, JOST 2005 (1994), p. 524; pure il rivoluzionario bernese Ochsenbein, poi nel primo CF, sosteneva che i grandi passi avanti compiuti erano stati provocati da avvenimenti successi attorno alla Svizzera, *ivi*; come spiega JOST 2005 (1994), p. 527, anche per la storia del movimento operaio elvetico lo sguardo nazionale è sicuramente d’impaccio, dato che la Storia industriale svizzera si inserisce in quella delle società industriali internazionali. Si chiedeva addirittura se sia mai esistito uno spazio economico elvetico, vista la dipendenza della produzione industriale dal mercato internazionale e dalle esportazioni.

⁶³⁰ “*Processus de prise de conscience provoqué par la culture politique des grandes puissances*”, JOST 2005 (1994), p. 534.

⁶³¹ Cfr. VUILLEUMIER 2008, p. 24.

a divenire un'entità nazionale e a creare un ordinamento statale fondato sulla libertà e l'uguaglianza, di cui già si presumeva l'esistenza in un lontano passato".⁶³² La rigenerazione toccò anche il diritto, i giuristi cercarono di tecnicizzarlo. Era una posizione elitaria, ma apertamente antipatriarcale.

Nel penale, il passaggio alla Rigenerazione portò dall'ovvietà dell'azione penale inquisitoria ad una legislazione cosciente del nuovo ruolo della libertà personale.⁶³³ In molti cantoni ci furono evoluzioni, che riuscirono a stabilire timidamente il pubblico ministero ed il pubblico dibattimento orale, ma senza giurie.

Nel Canton Vaud c'era stato un tira e molla, corredato perfino nel 1819 da un concorso internazionale di idee. Il popolo vodese, però le rifiutò sempre, portando la politica nel 1837 a concepire un interessantissimo sistema collegiale di giudici stabili, ma con possibilità di ricusa arbitraria.⁶³⁴ Come spiegava Mittermaier retrospettivamente, il motivo era politico-giuridico: la minoranza sosteneva che dare la possibilità ai giudici di decidere secondo "*convinction morale*" (ovvero abbandonando la teoria della prova legale) non avvalorasse alcuna forma di fiducia, un discorso che faceva ancora breccia nel 1844, quando l'introduzione della giuria venne di nuovo bocciata.⁶³⁵

A Berna si cercò di istituire la giuria già negli anni '30, associandola surrettiziamente all'antico *Landtag* cinquecentesco, mentre il Gran Consiglio volle attenersi alla teoria della prova legale. Nel 1838 venne comunque redatta su incarico del dipartimento dell'educazione una perizia sul sistema probatorio che si schierava a favore delle giurie, la quale trovò, però ascolto solo nella rivoluzione del 1846.⁶³⁶ Nel 1842 una petizione chiese le giurie anche nel *Giura* bernese, ma la politica antepose l'importanza di un sistema ampio di prove legali, aprendosi solo alla convinzione della colpa dell'accusato.⁶³⁷

A Zurigo con una legge del 1831 era stata abolita la tortura e si ebbe il dibattimento pubblico, ma sussistevano ancora sia le pene di disobbedienza, sia le prove legali. Per uso il giudice condannava solo se convinto della colpa. Questo era "lo spirito della maggior parte dei nuovi regolamenti svizzeri".⁶³⁸

⁶³² Così KOLLER, CHRISTIAN: "Rigenerazione", in: DSS, 23.08.2010 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/009800/2010-08-23/>.

⁶³³ GSCHWEND/GOOD/WINIGER 2010, p. 67.

⁶³⁴ MITTERMAIER 1851, p. 245; la ricusa era malvissuta dai giudici. Alcuni parlamentari invece avevano invece paura che il tribunale poi si scagliasse contro l'accusato, o che scartassero i migliori, *ivi*, p. 248.

⁶³⁵ MITTERMAIER 1851, p. 248 s.; la questione era politicamente molto contrastata: i radicali infatti volevano le giurie, i conservatori no, Lettera di Renaud a Mittermaier del maggio 1847, JELOWIK 2001, p. 289.

⁶³⁶ OBERLI 1934, p. 12; v. anche KOCHER 1965, p. 42.

⁶³⁷ MITTERMAIER 1851, p. 252 s.

⁶³⁸ MITTERMAIER 1851, p. 254: p.e. Turgovia 1834, Lucerna 1836, Friburgo 1839.

5.4.2 Oralità o scrittura nella Rigenerazione? L'esempio del liberale Pfyffer von Altishofen

Le riforme giudiziarie rigenerate toccarono sia il penale, sia il civile.⁶³⁹ Qui è importante sottolineare due fattori: *in primis* l'interscambiabilità tra oralità e scrittura come reciproci elementi di svolta e di innovazione rivoluzionaria - le rivoluzioni non erano un momento di ri-scrittura del processo o di rinnovo orale nel processo, ma creavano logiche e necessità di ribaltamento contestuale. La percezione giudiziale della prova e del diritto divenne così instabile tanto nel penale, quanto nel privato, sebbene anche in questo caso ci siano diversi approcci alla scrittura e all'oralità.

Secondariamente, con le rivoluzioni liberali non mi sembra si riesca a intravedere una volontà di distinzione antropologica tra il giudice penale e il giudice civile. Si tratta piuttosto di questionare il giudice in sé come elemento portante della decisione giuridica e quindi fare in modo che le sue azioni siano inserite in un contesto che gli permetta di decidere secondo quella nuova processualizzazione del diritto in atto.

Per quanto riguarda entrambi i punti, mi esprimerò in maniera più articolata nei prossimi capitoli: da una parte con l'esempio rigenerato lucernese, che mostra come all'arrivo dell'oralità nel processo penale corrispose l'arrivo della scrittura nel processo civile. Non sono elementi in competizione fra loro, ma anzi vanno colti come strumenti mediali in grado di oscillare al fine di proporre innovazioni culturali.⁶⁴⁰ Dall'altra con una teoria della sopracitata processualizzazione del diritto, specificandone la dimensione di risposta giuridica alla società del rischio.

L'esempio dell'attività riformatrice del liberale Pfyffer von Altishofen, *deus ex machina* delle riforme giuridiche lucernesi sia penali, sia civili, influenzato da Mittermaier,⁶⁴¹ può qui illuminare la questione legata all'oralità e alla scrittura. Era uno studioso di rilievo, che "impiantò in brevissimo tempo, praticamente da solo e dal nulla, una cultura giuridica scientifica".⁶⁴² Nei suoi commenti alle riforme giudiziarie ricordava che i processi civili di antico regime lucernesi erano sostanzialmente orali e immediati, giudicati da uomini forti del potere costituito. In contesti anche tumultuosi il tribunale si trovava a decidere tutte le cause assieme, una situazione che cambiò solo con un primo ordinamento del 1824, dove c'era

⁶³⁹ La distinzione tra il diritto civile e il diritto penale risale al Medioevo, quando le città fecero da traino, elaborando una prima accusa pubblica per arginare le faide. La procedura inquisitoria nacque poi con la giurisdizione ecclesiastica, POUDET 1981, p. 70; v. anche GARRÉ 2010, p. 21.

⁶⁴⁰ Così anche TONGENDORFF 2015, p. 13.

⁶⁴¹ ZBINDEN 1965, p. 491; Mittermaier lo ammoniva anche pubblicamente di fronte a leggi troppo dure, *ivi*, p. 494; sulla posizione di Mittermaier riguardo alle giurie v. meglio sotto, cap. 7.4.1.

⁶⁴² GARRÉ 1999, p. 95 e la letteratura *ivi* citata.

proprio lo zampino di Pfyffer.⁶⁴³ La divisione dei poteri arrivò nel 1829 e dal 1831 si cominciò a rendere scritto il processo civile, a iniziare dalla – lunghissima e noiosissima – verbalizzazione. Nel 1849 con la nuova legge di procedura che indicava alle parti di fornire i loro scritti prima del dibattimento, venne scaturito anche un nuovo approccio alle prove e ai tempi procedurali.⁶⁴⁴

Al contrario, nel penale il processo era scritto e segreto. Un membro direttivo del piccolo Consiglio si occupava dell'inchiesta, interrogava il sospettato assieme ad un attuario e due altri membri del Consiglio. Il tribunale era poi composto dal Piccolo Consiglio stesso oppure, nel caso di pena di morte, dal Gran Consiglio. L'istruzione si diceva fosse basata sulla CCC, anche se a dire di Pfyffer la realtà era diversa: la confessione era necessaria, questo implicava l'uso della tortura, ma la CCC pretendeva la presenza di indizi importanti, controllati da un tribunale. La prassi lucernese, invece permetteva che il giudice del Piccolo Consiglio la ordinasse come funzionario dell'istruzione e anche solo in presenza di un sospetto. Il tribunale riceveva infine un estratto della confessione, elaborato proprio da questo giudice.⁶⁴⁵ Passati i confusi eventi dell'Elvetica e seguenti, dal 1827 si istituì un nuovo ordinamento con un nuovo codice penale. Nacque il giudice d'istruzione e venne creato un "Consiglio d'appello" (*Appellationsrat*). C'era inoltre un timido tentativo di superamento della teoria della prova legale, ma per consuetudine e comodità si cercava una confessione. Era infatti stato creato un articolo che permetteva la pena della menzogna (*Lügenstrafe*), utile a far rientrare la tortura - appena cacciata dalla porta - dalla finestra. Nel 1836 si cercò di vietare la tortura anche grazie all'abitudine alla nuova prova indiziale, istituendo un tribunale criminale con cinque membri, le cui sentenze potevano essere contestate al Tribunale d'appello.⁶⁴⁶ I dibattimenti contenevano ora elementi di pubblicità e veniva istituito un primo principio accusatorio, l'interrogatorio dei testimoni si poteva ripetere pubblicamente, per contro la camera di consiglio era segreta.⁶⁴⁷

Le innovazioni erano spesso oggetto di resistenza da parte dei pratici del diritto. Nell'esempio lucernese si poteva osservare una sostanziale resistenza passiva ai nuovi approcci legislativi, proposti sin dal 1836 proprio da parte di funzionari e giudici, che semplicemente non applicavano le leggi. La campagna poi era molto ostile all'approccio degli avvocati cittadini. Il tribunale d'appello (per voce, *ça va sans dire*, di Pfyffer, suo presidente) constatava che nelle istanze inferiori mancavano uomini "adeguati", tanto da augurarsi la riduzione del numero di tribunali. E in quello stesso tribunale

⁶⁴³ PFYFFER VON ALTISHOFEN 1849, p. 3 s.; GSCHWEND/GOOD/WINIGER 2010, p. 53.

⁶⁴⁴ PFYFFER VON ALTISHOFEN 1849, p. 5 ss.

⁶⁴⁵ PFYFFER VON ALTISHOFEN 1866, p. 1 ss.

⁶⁴⁶ PFYFFER VON ALTISHOFEN 1866, p. 5 ss.

⁶⁴⁷ LERCH 1954, p. 356.

nel 1842 venne eletto dal parlamento un presidente che si dichiarò contrario all'elezione proprio a causa della necessità di conoscere quella massa di leggi tecniche che solo un giurista (*Rechtspraktikanten*) poteva gestire.⁶⁴⁸

5.4.3 L'opposizione alle logiche rigenerate liberali

Lo spunto rigenerato era, nel suo essere giuridico, fortemente politico. Snell ad esempio formava un

tipo di giurista, un avvocato che non argomentava solo in via formale e/o giuridica, ma anche politicamente e che intendeva sé stesso contemporaneamente come avvocato e come cittadino.⁶⁴⁹

Dagli anni '40 infine, l'avvocato divenne il rappresentante archetipico del nuovo Stato di diritto liberale e, professionalizzandosi, si autodescriveva come "sacerdote della Giustizia" (*Priester der Gerechtigkeit*), e in quanto tale oggetto di intensa discussione pubblica.⁶⁵⁰ Come a Lucerna, in generale in Svizzera c'erano però dubbi sui vari tentativi di una generazione di giovani giuristi liberali di cambiare gli equilibri sociali, quello che infastidiva era:

l'elitario reggimento di colti notabili, il loro materialismo orientato al guadagno, gli ostacoli della democrazia parlamentare, l'educazione tutelante del popolo a valori individualistici invece che a 'superstizioni pretesche', l'atteggiamento di omissione riguardo all'emergenza sociale, regalo della meccanizzazione nel settore tessile ai lavoratori a domicilio.⁶⁵¹

L'opposizione si mescolava ad una generale opposizione al liberalismo giuridico, di cui tutta una serie di postulati appariva sostanzialmente superflua e di conseguenza non aveva modo di attecchire. In particolare, la democrazia della libertà popolare (*Volksfreiheit*) prevaleva storicamente su quella individuale. I diritti fondamentali erano anzitutto diritti di partecipazione.⁶⁵² Finsler spiegava inoltre che i ricordi della ghigliottina

⁶⁴⁸ La resistenza peraltro continuò per decenni, le nuove riforme procedurali arrivarono solo a metà degli anni '60 dell'Ottocento (sempre per mano di Pfyffer), HUBER 1991, p. 18 ss.

⁶⁴⁹ "einen Juristen- bzw. Advokantentyp heran, der nicht nur formaljuristisch, sondern auch politisch-gesellschaftlich argumentierte und sich als Advokat und Bürger zugleich betrachtete", SIEGRIST 1996, vol. 1, p. 161.

⁶⁵⁰ SIEGRIST 1996, vol. 1, p. 319 s.

⁶⁵¹ MAISSEN 2018, p. 160.

⁶⁵² CARONI 1999, p. 127 s.; in Svizzera, quindi va leggermente ricalibrata l'affermazione di COLAO/LACCHÈ/STORTI 2008, Premessa, p. 9, secondo cui il processo giuridico moderno avrebbe scatenato la tensione di fondo fra l'affermazione della centralità delle libertà giudiziarie (la pubblicità stessa, l'oralità, la difesa tecnica, il principio accusatorio) e la continuazione delle logiche inquisitorie e segrete che puntavano al controllo e alla difesa sociale paternalistica.

francese facevano prevalere il bisogno di tranquillità anche nei cantoni industriali.⁶⁵³

Questa resistenza si vide anche nelle logiche del penale: se in tutta la Svizzera centrale c'era un chiaro rifiuto per i postulati illuministi,⁶⁵⁴ la tendenza era una certa arretratezza⁶⁵⁵ nell'amministrazione della giustizia ottocentesca. Proceduralmente, infine ci si allontanò molto a fatica dalle dimensioni processuali di antico regime; l'autonomizzazione dei giuristi era debole, non riuscivano sul serio a diventare il centro del nuovo diritto moderno statale. La nuova episteme della teoria della prova metteva fuorigioco anzitutto la confessione, ma non venne accettata facilmente. La tortura e le forme affini: la pena "della disobbedienza" (*Ungerhörtsamstrafen*) e "della menzogna" (*Lügenstrafen*), nonché il considerare gli atteggiamenti renitenti come indizio di colpa, continuarono ad aver patria nei cantoni per svariati decenni, talvolta sino alla fine dell'Ottocento (e i cantoni dove erano arrivate le giurie non ne erano esclusi).⁶⁵⁶ Si sommava che nel penale le resistenze arrivavano proprio da quei governi che non apprezzavano la messa in discussione dell'utilizzo del principio accusatorio, non volevano la nuova pubblicità processuale (di cui i giurati erano spesso i portatori),⁶⁵⁷ finendo col mantenere un sistema piuttosto brutale nella comminazione delle pene. Occorre comunque sottolineare, che questo discorso si compone di molteplici sfaccettature; nell'Ottocento i cantoni avevano varie *velocità* nella costruzione del loro *ius puniendi*.⁶⁵⁸

La resistenza fu spesso feroce, in special modo contro gli avvocati. Dall'inizio del 19° secolo l'avvocatura venne istituzionalizzata dall'alto nei cantoni più grandi, creando circolarmente nuove aspettative su di loro anche negli ambiti governativi e accademici.⁶⁵⁹ Come ricorda Caroni, gli avvocati

⁶⁵³ Lettera di Finsler a Mittermaier del 16 giugno 1834, JELOWIK 2001, p. 99.

⁶⁵⁴ È stato annunciato che nella sua dissertazione a titolo "Aufbruch und Widerstand. Das Kloster Einsiedeln im Spannungsfeld von Barock, Aufklärung und Revolution", edita a Egg bei Einsiedeln nel 2019, Thomas FÄSSLER mostra la presenza e l'attività di monaci illuminati a Einsiedeln. Si tratta di relativizzare quell'idea della Svizzera cattolica centrale, come luogo antropologicamente e monoliticamente "premoderno" e raccontare piuttosto anche là le lotte di campo e le resistenze per la modernità.

⁶⁵⁵ Cfr. LUMINATI 2010, p. 116 s., che cerca però di non usare la dimensione codificatoria, quanto quella della pena corporale nella prassi dell'inchiesta – spesso brutale – per riuscire ad identificare quella dimensione di antico regime.

⁶⁵⁶ LUMINATI 2010, p. 116 s.; GSCHWEND/WINIGER 2008, p. 108 ss., che sottolineano il ruolo del libero apprezzamento delle prove come momento di emancipazione dalla tortura, ma non colgono il ruolo della "correzionalizzazione" come resistenza a questa nuova epistemica.

⁶⁵⁷ Per la prima metà dell'Ottocento v. MITTERMAIER 1851, p. 256.

⁶⁵⁸ In alcuni cantoni ancora a metà Ottocento la pena detentiva non era proprio prevista, mentre altri (come Losanna e Ginevra tra gli anni '20 e '40) avevano addirittura una posizione di spicco nell'evoluzione europea con le loro "*maisons pénitentiaires*", veri laboratori penali liberali continentali, RIEMER 2005, p. 42.

⁶⁵⁹ SIEGRIST 1996, vol. 1, p. 154 s.

avrebbero sostituito il paternalismo giudiziario, rendendo fattuale l'autonomia privata.⁶⁶⁰ L'opposizione si scagliò allora anche contro la nuova cultura legalista, associata in gran parte della Svizzera agli avvocati e alla loro tendenza ad essere attivi anche politicamente.⁶⁶¹ Si pensi p.e. che ad Appenzello Interno si fece sì, la nuova Costituzione rigenerata, ma non si accettò la divisione dei poteri⁶⁶² e gli avvocati furono espressamente vietati sia nella Carta del 1834, sia in quella del 1858. Per i processi si aveva diritto solo ad avere un accompagnatore (*Beistand*) scelto dall'autorità fra i membri del consiglio comunale.⁶⁶³ La funzione legittimante del giudice non togato (*Laienrichter*) ottocentesco addirittura si accentuò, valeva infatti, come appello alla lealtà (*Loyalitätsappell*) nei confronti della comunità.⁶⁶⁴

Lo strumento per riuscire a scardinare queste logiche di opposizione fu individuato anzitutto nell'arrivo di professori stranieri, sia come rifugiati,⁶⁶⁵ sia direttamente su chiamata. Alcuni rigidi positivisti tedeschi avevano ora il compito, accettati persino dai giuristi ostili alle codificazioni, di scardinare alcune logiche affaristico-commerciali locali. Bachofen, p.e., era disposto a far arrivare *pandettisti* come Windscheid⁶⁶⁶ o Jhering in virtù della loro capacità di "far filtrare un messaggio giuridico".⁶⁶⁷ Questa innovazione - a partire da metà dell'Ottocento - andava di pari passo con i nuovi bisogni del mondo industriale: da un'economia basata sulla proprietà si stava passando, ora, a una basata sul credito, accompagnata da importanti aumenti di produttività. A metà Ottocento il rischio d'impresa divenne, infatti un punto di riferimento e pure un motivo di scontro generazionale. Il nuovo diritto moderno liberale, con la sua capacità astratta di tutelare il capitale e di gestire il rischio mantenendo il rischio⁶⁶⁸ era un punto di appoggio importante per questa nuova impostazione sociale.⁶⁶⁹

⁶⁶⁰ CARONI 2015, p. 80.

⁶⁶¹ SIEGRIST 1996, vol. 2, p. 897; su queste riflessioni v. parallelamente LUMINATI/CONTARINI 2019.

⁶⁶² SCHLÄPFER 1972, p. 379.

⁶⁶³ KÜNZLER 1976, p. 21 ss.; solo la Costituzione federale del 29 maggio 1874 (Cost. 1874), con la sua garanzia di poter esercitare il proprio mestiere in tutta la Svizzera, impose indirettamente il diritto a esercitare l'avvocatura in tutti i cantoni. Spiegava comunque il *Landmann* ancora nel 1876 che c'erano poche persone odiate come gli avvocati. *ivi*, p. 24.

⁶⁶⁴ CARONI 1996, p. 44 (si noti comunque che Caroni tratta le evoluzioni giusprivatistiche).

⁶⁶⁵ In genere su questo fenomeno HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ 2018, p. 182 s.

⁶⁶⁶ Professore a Basilea dal 1847 al 1852, ancora nel 1856 era ben consapevole della profonda frattura fra diritto degli esperti e diritto popolare, FALK 1998, p. 140.

⁶⁶⁷ GARRÉ 1999, p. 196 ss., in particolare npp. 183.

⁶⁶⁸ V. sotto, cap. 8.1.

⁶⁶⁹ V. anche KRADOLFER 2011, p. 249 s.

5.5 *Approfondimento: Keller aprì paternalisticamente alle giurie?*

5.5.1 Dai tedeschi a Keller, l'arrivo dello storicismo legalista in Svizzera

Dal profilo giuridico, anche gli spunti per una decisa innovazione arrivarono in Svizzera soprattutto dalla Germania: sia gli studenti svizzeri vi si recavano per studiare, sia per mezzo della migrazione dei letterati in Svizzera a causa delle persecuzioni statali all'estero.⁶⁷⁰ Nelle facoltà di giurisprudenza tedesche si seguiva l'innovazione scientifica, da cui scaturirono due scuole: da un lato i sostenitori di una codificazione borghese illuminata e nazionalista “elaborata con forze tedesche nello spirito tedesco” (“*gearbeitet mit deutscher Kraft im deutschen Geist*”), radunati attorno a Thibaut, professore a Heidelberg.⁶⁷¹ Dall'altro con Friedrich Carl von Savigny a Berlino i sostenitori di un diritto storicista, romantico e emozionale, basato su concetti giuridici del diritto romano, da elevare a fonte del diritto assieme alla legge e alla consuetudine.⁶⁷² Anche in questo secondo caso si trattava di un'evoluzione nazionalista, ma la nazione veniva intesa, con Giambattista Vico, come sviluppo organico da interpretare storicamente.⁶⁷³

Savigny aveva sviluppato il modello della “dottrina dello spirito popolare” (*Volksgeistlehre*), basata sull'idea di una comune cultura nazionale dove la nazione ottiene la sua individualità dal popolo (*Volk*), da cui emerge silenziosamente anche il diritto come parte di quella cultura. La scuola storica esaltava invece l'ideale dell'antico giudice erudito, colui sul quale riporre le speranze (*Hoffnungsträger*), diversamente da altre scuole che riservavano questo ruolo al legislatore. A dire di Hugo e Savigny – così ricorda Haferkamp – con l'ALR era stato sottolineato eccessivamente il legame del giudice con la legge, limitando così la scientificizzazione dei giudici. Bisognava opporre quindi il “pensiero vivo” (“*lebendiges Denken*”), spingendo su giuristi che sapessero ragionare con il diritto romano come strumento di comparazione sull'ALR. Lo stesso Savigny era giudice e proponeva ragionamenti che fossero legati alla prassi: con l'aiuto della dottrina dello “spirito popolare” suddivise il concetto di verità in una esterna e una interna, rendendo possibile l'orientamento alla tradizione, ma lasciandola aperta agli influssi della scienza. Si aprì così la possibilità di colmare le lacune come conseguenza dell'obbligo di decidere, permettendo la creazione di un modello aperto alla discussione pubblica, e con esso alle

⁶⁷⁰ HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ 2018, p. 181 ss.; cfr. MAISSEN 2018, p. 162.

⁶⁷¹ SCHLOSSER 2017, p. 255.

⁶⁷² STICHWEH 1992, p. 332 ss.

⁶⁷³ SCHLOSSER 2017, p. 258.

riviste.⁶⁷⁴ Nella lingua della teoria dei sistemi si parlerebbe di tecnicizzazione.

La sua scuola storica si sviluppò poi a sua volta sostanzialmente in due gruppi, piuttosto in conflitto fra loro: da un lato i *romanisti pandettisti*, giuristi concettuali che risultarono particolarmente congeniali alle nuove dottrine liberal-industriali e alla rappresentanza della nazione da parte borghese, che infine presero a loro volta il timone della codificazione; i *germanisti* dall'altro lato, che vedevano nel diritto romano un corpo estraneo e che cercavano le radici dello Stato nazionale tedesco nella tradizione giuridica germanica medievale, trovandola con i fratelli Grimm anche nella narrativa orale popolare. Negli anni '40 i germanisti, che si intendevano come professori politici, spinsero per una decisa rottura con i romanisti, accusandoli di impegnarsi troppo poco per le questioni nazionali.⁶⁷⁵ Tutti questi conflitti accademici si irradiavano anche in Svizzera, ma confondendosi e mischiandosi.⁶⁷⁶ Qui il più vigoroso sostenitore della Scuola storica "savignyana" fu Friedrich Ludwig Keller. Di famiglia zurighese, considerato il fondatore della romanistica elvetica, era l'allievo diretto di Savigny, ma diversamente da quest'ultimo fu inizialmente fortemente liberale. Professore all'Istituto politico di Zurigo e cofondatore dell'Università di Zurigo nel 1832, fu protagonista della Rigenerazione tigurina.⁶⁷⁷ Suoi allievi erano i "giovani giuristi" che portarono con sé le nuove basi dello Stato di diritto.⁶⁷⁸ I loro cavalli di battaglia erano concetti che possono suonare familiari all'ascoltatore del Duemila: abolizione della tortura, sovranità popolare, uguaglianza politica dei cittadini, garanzia dei diritti individuali, separazione dei poteri, legalità, indipendenza del giudice, una nuova organizzazione giudiziaria.⁶⁷⁹ Keller era però contrario alla democrazia diretta⁶⁸⁰ ed era un elitario che vedeva la Svizzera come grezza, confusa e rozza (*roh, verworren und uncultiviert*).⁶⁸¹

⁶⁷⁴ HAFERKAMP 2018, p. 310 s.; anche CARONI 1980, p. 82 sottolinea che le tesi di Savigny operavano in ottica strategica difensiva come contrasto alle logiche solo legaliste.

⁶⁷⁵ SCHLOSSER 2017, p. 273 ss.

⁶⁷⁶ GARRÉ 2003, N 12 ss., nota che la tardiva (1860) codificazione di Basilea, elaborata da allievi della polisemica (N 25) Scuola storica, era un compromesso tra postulato codificatorio e dottrina dello spirito popolare (*Kodifikationspostulat und Volksgeistlehre*). Bachofen p.e. era contrario alla codificazione.

⁶⁷⁷ SCHMID, BRUNO: "Friedrich Ludwig Keller", in: DSS, 09.08.2007 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007312/2007-08-09/>.

⁶⁷⁸ CARONI 2014, p. 222.

⁶⁷⁹ CARONI 2014, p. 222; il tutto non veniva proposto solo a Zurigo, ma anche nei vari nuclei della Rigenerazione, come ad esempio a Berna da Snell. La divisione dei poteri era un principio tutto sommato ben interiorizzato, GSCHWEND 2013, N 29 s.

⁶⁸⁰ CARONI 1994, p. 263.

⁶⁸¹ Non sapeva preferire la libertà al dispotismo, sebbene si lamentasse anche dell'impostazione tedesca, dove il sapere era basato solo sui libri e viveva uno Stato segreto, CARONI 1994, p. 258 s.

Dal profilo processuale, Keller – sostanzialmente anglofano⁶⁸² – riteneva fosse necessaria una forte competenza direzionale del giudice sul dibattimento, con il libero apprezzamento delle prove. Contemporaneamente doveva spiccare la formazione scientifica giuridico-tecnica.⁶⁸³ L'idea era di istillare nei giovani giuristi il credo per la legge e per il formalismo – la freddezza giuridica (*juristische Kälte*) – con la necessaria competenza interpretativa che esso portava con sé.⁶⁸⁴ Nel penale per Keller, come emerge dai suoi progetti di legge, era in particolare tempo di abbandonare l'obbligo di confessione (*Geständniszwang*) e la tortura come strumento di prova, passando a un processo orale, contraddittorio e pubblico, con per l'appunto il libero apprezzamento della prova.⁶⁸⁵ Di giurie popolari in tutte queste idee non se ne vedeva però nemmeno l'ombra...

5.5.2 L'avanzata del liberale Keller, l'opposizione del liberale Heinrich Escher

Quello che successe a Zurigo è particolarmente importante per comprendere il futuro della giuria popolare in Svizzera. Keller cominciò il suo percorso di modernizzazione dell'amministrazione della giustizia nella seconda metà degli anni Venti dell'Ottocento proprio a Zurigo, mettendo in particolare in discussione l'accumulazione delle cariche fra esecutivo e giudiziario. Voleva far “piazza pulita del vecchio reggimento patriarcale”, troppo dipendente dai voleri dei reggenti, per sostituirlo con “il dominio del principio, della legge, della scienza”.⁶⁸⁶ La sua riforma del tribunale d'appello (*Obergericht*) si fondava proprio sulla divisione dei poteri.⁶⁸⁷ Non a caso venne subito nominato – proprio lui, presidente del Gran Consiglio (GC) zurighese – primo presidente di quell'*Obergericht* nel 1831⁶⁸⁸ e da lì cercò di riformare l'amministrazione della giustizia, di formare le istanze inferiori, nonché di imporre lo studio universitario ai giudici.⁶⁸⁹

Keller voleva contrastare la popolarità nel diritto rappresentata dai *Laienrichter*, dato che la considerava come la garanzia che in un processo avrebbe sempre vinto il potente, la considerava alla stregua di una forma di

⁶⁸² Cfr. FRITZSCHE 1940, p. 36 s.

⁶⁸³ Le innovazioni processuali, come la massima attinatoria e quella eventuale nel privato, il principio inquisitorio nel penale, nonché la creazione del nuovo ceto di avvocati contribuirono in modo decisivo a farlo cadere anche politicamente, BECK 1945, p. 125 s.

⁶⁸⁴ CARONI 1994, p. 260 ss.

⁶⁸⁵ FRITZSCHE 1940, p. 55.

⁶⁸⁶ Le parole sono del 1834 di KELLER: „*Wegschaffung des alten väterlichen Regiments*” e „*die Herrschaft des Grundsatzes, des Gesetzes, der Wissenschaft*”, citate da CARONI 1994, p. 260 e le relative indicazioni bibliografiche; nel 1828 aveva comunque già pubblicato un libello per riformare l'amministrazione della giustizia zurighese, il *Neue Theorien in der zürcherischen Rechtspflege*.

⁶⁸⁷ WEIBEL 2006, p. 52 s.

⁶⁸⁸ WEIBEL 2006, p. 59.

⁶⁸⁹ WEIBEL 2006, p. 75 ss.

disciplinamento sociale.⁶⁹⁰ La scientificizzazione divenne il suo programma politico: fabbricare dalla scuola storica “un elemento del liberalismo lancia in resta verso il progresso”.⁶⁹¹ Era in gioco una lotta fra “scienza e rusticismo”.⁶⁹²

Keller era anglofilo. A metà degli anni ‘30, per dare forma ad un progetto di codice militare con la relativa procedura per tutta la Confederazione, andò a Londra e studiò pure a fondo le loro giurie,⁶⁹³ che considerava come elemento adottabile in Svizzera, seppur con adeguate modifiche.⁶⁹⁴ Il diritto di istruire i giurati da parte dei giudici era così marcato nei processi inglesi, che Keller esclamò: **“dateci questi giudici, e questi soltanto, e tenderò la mano cento e mille volte alle giurie popolari”**.⁶⁹⁵ Nel 1836 sostenne quindi la bontà dell’oralità, pubblicità e immediatezza, legate peraltro alla giuria, che stava dalla parte del progresso. Spiegava però che non bisognava pretendere tutto subito: si poteva iniziare abolendo la tortura e la prova legale e quindi nella nascente procedura penale militare far sì che nella Corte di giudizio assieme agli ufficiali ci fosse almeno un giurista (*tüchtiger Rechtskundiger*), indicandola come una soluzione molto simile a un’Assise.⁶⁹⁶

L’approccio elitario di Keller era un problema per l’impostazione governativa cooperativistico-repubblicana svizzera:⁶⁹⁷ ci si ritrovava ora divisi tra la presenza di un’anima popolare esuberante, non programmata e irregolare, e il tentativo della scienza (come la Romanistica e la sua *Volksgesistlehre*) di farsi intendere come espressione di quell’anima

⁶⁹⁰ Caroni 1996, p. 44.

⁶⁹¹ „ein Element des vorwärtsdringend Liberalismus”, CARONI 1994, p. 261.

⁶⁹² Dalle parole di una lettera di Keller a Bluntschli del 1834: „zwischen Wissenschaft... und Rusticismus”, v. CARONI 1994, p. 260 s.

⁶⁹³ BAUHOFFER 1963, p. 283 s., che riporta le parole di Keller di un articolo pubblicato in Svizzera nel 1835, in cui spiegava che i processi inglesi erano la cosa più strana che avesse mai visto nell’ambito giudiziario (“*Merkwürdigste, was ich je im Fach von Gerichten gesehen habe*”), *ivi*, p. 287; per la redazione della sua procedura penale militare Keller fu aiutato fra gli altri da Pfyffer von Altishofen dal 1834. Il progetto prevedeva un sistema misto: inchiesta scritta, dibattimento orale, comprendendo ora la prova indiziale. Questo progetto venne elaborato diventando poi la legge del 1851, arricchita dalle giurie, di Rüttimann (v. sotto, cap. 7.4.2), ZBINDEN 1965, p. 492; sulla stretta relazione fra Keller, Rüttimann e il suo viaggio a Londra per scoprire il processo pubblico e orale inglese (con le giurie), v. più in dettaglio BAUHOFFER 1948, p. 141 nella npp. 5.

⁶⁹⁴ BAUHOFFER 1948, p. 142; sulle varie prese di posizione positive di Keller nei confronti delle giurie popolari a metà Ottocento v. BAUHOFFER 1963, p. 298, npp. 16.

⁶⁹⁵ “*gebt uns solche Richter und so wenige, und ich will hundertmal zum Geschwornengerichte Hand bieten*”, citato da BAUHOFFER 1963, p. 290. Keller indicava *ivi* pure la maggior affidabilità della prova indiziale su quella legale.

⁶⁹⁶ BAUHOFFER 1963, p. 293 ss. e la letteratura *ivi* citata; a ben vedere stava però proponendo uno scabinato, che anni dopo condannò senza mezzi termini, v. meglio sotto, npp. 738.

⁶⁹⁷ CARONI 1994, p. 252, npp. 38; CARONI 2011, p. 62.

popolare.⁶⁹⁸ Ed ecco che le opposizioni a quel programma non tardarono a farsi sentire: Hans Georg Finsler⁶⁹⁹ già nel 1833 indicava che il *Monatschronik der zürcherischen Rechtspflege* di Keller (che raccoglieva le decisioni dei tribunali) era sì una buona operazione, ma c'era il rischio che i suoi contenuti ottenessero troppa autorità (“*eine Art papierne Papsst*”).⁷⁰⁰ Nel 1834 dalla *NZZ* il ministro liberale indipendente ed ex presidente del tribunale criminale, Heinrich Escher,⁷⁰¹ attaccò sguaiatamente Keller, a suo dire colpevole di voler bloccare l'attività del governo. Lo considerava dispotico e fisicamente violento, innatamente cattivo.⁷⁰²

H. Escher apprezzava la Rivoluzione francese, ma non le derive autoritarie napoleoniche. Leggeva anche lui Feuerbach,⁷⁰³ Filangieri, Bentham,⁷⁰⁴ aveva studiato anche da Thibaut a Heidelberg fra il 1810 e il 1811, ma senza laurearsi. Come Keller insegnava giurisprudenza, aveva esperienza giudiziaria e venne incaricato di elaborare un nuovo codice penale e la nuova organizzazione giudiziaria criminale per Zurigo. Qui elogiava i tribunali zurighesi, collegiali ed eletti in modo repubblicano, ma talvolta clientelare, i cui giudici non erano laureati e giudicavano senza codice penale, guidati dal “buon senso” (“*gesunde Menschenverstand*”), dalla tradizione e dalle comparazioni.⁷⁰⁵ In particolare già nel 1822 non riteneva i giurati necessari, dato che secondo lui a Zurigo il principio di pubblicità già c'era.⁷⁰⁶ Il collegio del tribunale cantonale inoltre era già composto da 13 giudici, non membri del governo, ma del Gran Consiglio. Certo: l'istituzione

⁶⁹⁸ CARONI 1994, p. 263; comunque paradossalmente proprio questa tradizione del diritto popolare facilitò poi l'adesione al credo storicistico, CARONI 2014, p. 218.

⁶⁹⁹ Giurista zurighese formatosi a Berlino, Finsler fu un membro di spicco liberal-conservatore rigenerato contro i giovani giuristi di Keller, gli successe come presidente dell'*Obergericht* dal 1837 al 1861 (mentre era anche in Gran Consiglio), v. BÜRGL, MARKUS: “Hans Georg Finsler”, in: DSS, 10.02.2003 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/013470/2003-02-10/>.

⁷⁰⁰ Lettera di Finsler a Mittermaier del 2 agosto 1833, in: JELOWIK 2001, p. 85; nota JELOWIK 2001, p. 2, che Finsler era un outsider. Questi si lamentava molto dei radicali, delle loro rivoluzioni e delle loro assurdità (*Unsinn*), a Zurigo come a Berna, *ivi*, lettera non datata di Finsler a Mittermaier, p. 81 s.

⁷⁰¹ V. SCHMID, BRUNO: “Heinrich Escher (1789-1870)”, in: DSS, 04.11.2004 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/013464/2004-11-04/>. Non va confuso né con l'Heinrich Escher padre di Alfred Escher, né con l'Heinrich Escher storico zurighese, entrambi coevi. Professore straordinario a Zurigo parallelamente a Keller, sedeva (come indipendente) nel governo rigenerato cantonale che venne fatto cadere dallo *Züriputsch* dei conservatori del 1839. Vedeva anche lui i progressi portati dalla Rigenerazione, ESCHER 1838, p. 2.

⁷⁰² WEIBEL 2006, p. 96 ss.

⁷⁰³ ESCHER 1822, p. 12.

⁷⁰⁴ ESCHER 1838, p. 6; fu proprio la dottrina dell'inglese Bentham che provocò poi, trent'anni più tardi, la grande capriola del pandettista von Jhering facendolo ora riflettere su interessi e approcci sociologici del diritto, v. SCHLOSSER 2005, p. 166 s.

⁷⁰⁵ ESCHER 1822, p. 13 ss.

⁷⁰⁶ Proponeva però una giuria d'accusa (*Anklagejury*) nel caso di tradimento e rivolta, ESCHER 1822, p. 225.

della giuria portava di solito con sé l'istituzione del procuratore pubblico, ma riteneva (per esperienza diretta) che il sistema in vigore già garantisse l'indipendenza dell'accusa rispetto al giudice.⁷⁰⁷

Nonostante fosse contrario al luglio 1830 in quanto riformatore e non lui stesso rivoluzionario, il GC lo nominò presidente del nuovo Tribunale criminale. Dimissionò nel 1833 a causa – nemmeno a dirlo – di conflitti con Keller, passando a fare il ministro quell'anno nel governo cantonale (nonché redattore della *NZZ* e professore all'università di Zurigo, dove iniziò a insegnare il diritto penale così come concepito da Mittermaier).⁷⁰⁸ Era un politico indipendente,⁷⁰⁹ venne persino messo in stato d'accusa nel 1836 dal governo bernese per ingiurie e diffamazione: aveva permesso la pubblicazione anonima di un articolo del radicale Ludwig Snell sulla *NZZ* che criticava l'accondiscendenza bernese nei confronti di Francia e Austria.⁷¹⁰ Alla fine, nello scontro fra riformatori della giustizia, fu Keller a cadere: il parlamento nel 1837 rifiutò di nominare il suo allievo Bluntschli⁷¹¹ come giudice all'*Obergericht*,⁷¹² i radicali gli preferirono un tipografo, non-giurista, il giudice radicale del tribunale criminale Jakob Dürr. Che ci fosse anche lo zampino di H. Escher lo dimostra una sua presa di posizione a difesa di Dürr sulla *NZZ*.⁷¹³

Il germanista Bluntschli, che intratteneva corrispondenza con Savigny e non con Hegel, non era né romanista né rigenerato, anzi era lacerato di fronte all'attivismo dei "*junge Juristen*" zurighesi e la loro lotta ai patriarchi, dato che era piuttosto un riformista e vedeva il suo lavoro storico-giuridico sul diritto zurighese come una sorta di contrappeso (*Gegengewicht*) al

⁷⁰⁷ ESCHER 1822, p. 20 s.

⁷⁰⁸ https://www.histvv.uzh.ch/dozenten/escher_h-1789.html

⁷⁰⁹ Cadde con il *Putsch*, infine fu avvocato e professore straordinario di diritto all'università di Zurigo, BRIE, SIEGFRIED, Escher, Heinrich, in: Allgemeine Deutsche Biographie 6 (1877), pp. 355-357 (<https://www.deutsche-biographie.de/pnd117512613.html#adbcontent>); e SCHMID, BRUNO: "Heinrich Escher (1789-1870)", in: DSS, 04.11.2004 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/013464/2004-11-04/>.

⁷¹⁰ Nel 1838, nel pieno delle polemiche, i due fratelli Schnell, liberali al potere a Berna, sotto attacco costante dei fratelli Snell, rassegnarono le dimissioni, v. JUNCKER, BEAT: "Berna (cantone)", cap. 4.1: "Lo Stato nel XIX e XX secolo - Istituzioni, politica e amministrazione statale", in: DSS, 18.01.2018 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007383/2018-01-18/#Hstituzioni2Cpoliticaeamministrazionestatale>.

⁷¹¹ BECK 1945, p. 108.

⁷¹² Era già successo nel 1835, anche allora palesemente contro l'arroganza di Keller, WEIBEL 2006, p. 113; si noti che fra quei radicali da alcuni anni sedeva pure Furrer, poi leader dell'opposizione a Bluntschli quando questi nel 1839 entrò in governo con i putschisti conservatori.

⁷¹³ WEIBEL 2006, p. 115; la decisione radicale di non eleggere Bluntschli era comunque anzitutto causata dalle sue posizioni politiche, cfr. MEYER VON KNONAU, GEROLD, Bluntschli, Johann Caspar, in: Allgemeine Deutsche Biographie 47 (1903), pp. 29-39 (<https://www.deutsche-biographie.de/pnd118512129.html#adbcontent>).

radicalismo.⁷¹⁴ Era un conservatore che, nel luglio 1838 scrivendo a Mittermaier (che lo stimava per le sue ricerche sulla storia del diritto zurighese), notava che la pedante romanizzazione (*pedantische Romanisiren*) stava comunque passando di moda e che il diritto doveva tornare vivo e nazionale, l'attività dei giuristi più libera.⁷¹⁵ Rimaneva però espressione di un approccio scientifico elitario, di autoelogio accademico che H. Escher proprio non sopportava.

Quel momento di opposizione congiunta a romanisti e germanisti mi sembra possa far emergere una necessità storiografica svizzera di distaccarsi dalla solita questione tedesca su quale scuola abbia la paternità di questo o quel Codice, di questo o quel diritto. Anche i germanisti – espressione poi del Quarantotto – si appropriarono del concetto di *Volksgeist* di impronta romanista, una particolarità ben più rilevante che non la critica al diritto romano, la cui recezione veniva programmaticamente bollata come “un’infezione”. Ma era veramente un rigetto metodologico di quell'impostazione scientifica? I germanisti esaltarono la particolarità giuridica locale, la coscienza giuridica e popolare propria, l'identità da non nascondere più: fecero insomma rinascere il rusticismo come strumento politico.

Ma era una narrativa, con l'ideale schilleriano della terra dei pastori e dei contadini, che contraddistinse perfino a cavallo dei secoli l'operazione codificatrice di Eugen Huber.⁷¹⁶ Un tecnicismo malcelato che al centro aveva la costruzione dell'alterità per imporre nuove logiche operative. Al netto delle scaramucce, secondo me germanisti e romanisti possono essere considerati unitariamente come una parte della differenza. L'interesse storiografico è quindi cogliere quali strategie utilizzassero per disegnare la loro differenza con i non tomati (*Laienrichter*).

⁷¹⁴ v. FRITZSCHE 1945 Bluntschli, p. 138 ss.; trovo interessante notare questa capacità di sparigliare le carte e vedere il romanista a capo dei liberali e il germanista a capo dei conservatori...; si noti che Bluntschli è colui che riuscì a far infine propendere i germanisti verso un approccio codificatorio, SCHLOSSER 2017, p. 281.

⁷¹⁵ JELOWIK 2001, p. 160; nel 1861 infine finì a insegnare a Heidelberg; v. anche GARRÉ 2003, N 10.

⁷¹⁶ SCHOTT 1983, p. 20 ss.; JOST 2005 (1994), p. 533, nota che l'esaltazione della Svizzera montana nell'arte nazionale era sostanzialmente un discorso politico se non addirittura militare, con l'ironia aggiuntiva che spesso si ritrovano raffigurate nei quadri le alpi... savoiarde.

5.5.3 Fra tecnicismo e rusticismo: la lite Keller vs. H. Escher

In un libro del 1838 H. Escher coprì di insulti i romanisti e i germanisti,⁷¹⁷ l'attacco personale a Bluntschli⁷¹⁸ e Keller era implicito, ma chiarissimo là dove toccava la differenza fra l'esperienza degli anziani e l'arrembaggio giovanilista. Considerava il nudo sapere non solo antirepubblicano (*unrepublikanisch*), ma pure molto pericoloso qualora bastasse come sola certificazione per diventar giudice.⁷¹⁹ Riteneva che il talento non si ottenesse certo dai libri giuridici.⁷²⁰ Ribadendo che per essere eletti nell'*Obergericht* non era certo necessario conoscere il diritto romano o le lingue antiche, sosteneva che gli intrighi (*Intriguen*) non dovevano contrassegnare un'elezione; che il vincolo di un'obbligatorietà corporativa per eleggere i "cosiddetti giuristi eruditi" (*Zunftzwang der s.g. "gelehrten Juristen"*) fosse sbagliato; che non dovessero esserci feudi ereditari (*Erblehen*), né tantomeno una sorta di nobiltà dinastica (*Dynastenadel*)⁷²¹ fra giuristi.

Il problema principale tra Keller e H. Escher correva sul filo della distinzione fra politica e scienza.⁷²² Quest'ultimo sosteneva infatti, che i romanisti e i germanisti esercitassero solo una "cosiddetta 'scientificità'" (*sogenannte "Wissenschaftlichkeit"*), utile solo a comporre sentenze contraddittorie di fronte a due casi identici.⁷²³ Secondo Escher era il caso di sviluppare un'altra idea dei giuristi, che non fosse quella tedesca, onde evitare ulteriori danni.⁷²⁴ Egli distingueva, quindi i giuristi (*Juristen*) dagli uomini che sanno maneggiare il diritto (*rechtskundige Männer*).⁷²⁵ Sottolineava come l'esperienza potesse far diventar buoni giuristi anche

⁷¹⁷ Boriosi, troppo giovani e troppo poco audaci, volevano mettere in pratica i loro manuali universitari senza avere le capacità per farlo (ESCHER 1838, p. 4), si limitavano a chiacchierare di giurisprudenza; un modo per coprire la parzialità e l'ingiustizia, facendosi perfino pagare di più; si rappresentavano come scienza benefica benedetta da Dio (tutto *ivi* a p. 21). Il popolo aveva paura a denunciare i difetti dell'amministrazione della giustizia, dato che a causa di questi giuristi non era garantita l'uguaglianza giuridica (p. 23); insomma questi *Rechtsgelehrte* non erano nient'altro che dei "giuristi di quartiere". Si sentivano caduti irrimediabilmente in rovina. (p. 31) Si rallegrava che le sale universitarie di questi cattedratici boriosi, fossero desolatamente vuote (p. 36).

⁷¹⁸ Quasi ironica la seconda di copertina del libello, dove si trovava la pubblicità del nuovo libro di BLUNTSCHLI "Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich", edito quell'anno dalla stessa Orell, Füssli & Co.

⁷¹⁹ ESCHER 1838, p. 37.

⁷²⁰ ESCHER 1838, p. 42.

⁷²¹ ESCHER 1838, tutto a p. 53.

⁷²² Che la spinta della Scuola storica a favore della scienza fosse anzitutto di carattere politico più che scientifico lo sostiene anche STICHWEH 1992, p. 345 s. e la relativa bibliografia *ivi* citata.

⁷²³ ESCHER 1838, p. 21.

⁷²⁴ ESCHER 1838, p. 24; si noti che la critica anticipa di una decina d'anni quella simile di KIRCHMANN 1956 (1848), p. 37, che chiedeva a gran voce la decisione secondo equità e l'abolizione dei giudici giuristi, rimanendo, però fedele alla nuova dottrina del libero apprezzamento delle prove.

⁷²⁵ P.e. ESCHER 1838, p. 25.

coloro che non avessero studiato all'università.⁷²⁶ Bisognava far cadere la distinzione fra giuristi e non giuristi, così sarebbe stato possibile lo sviluppo di una scienza ripulita (*gereinigte*).⁷²⁷

Alle riforme kelleriane contrapponeva quindi, una visione romanzata di ipotetici tribunali popolari (*Volksgerichte*, scabini, *Urtheiler*, *Dingpflichtig*) dal vago sapore patriarcale, anticheggiante e modernista allo stesso tempo,⁷²⁸ un tribunale che si sarebbe ritrovato di domenica, dove i cittadini avrebbero giudicato secondo uno spirito di milizia,⁷²⁹ sotto la guida di un giudice competente (*tüchtig*).⁷³⁰ Al processo avrebbe potuto partecipare un numero indefinito di cittadini-giurati, ma soltanto un numero fisso di persone stabilito dalla legge avrebbe potuto essere ricusato arbitrariamente dalle parti.⁷³¹ Era un modo per essere giudicati da pari (*Genossen*, pares).⁷³² Bisognava infine disporre di un Codice penale popolare (*volkstümlich*)⁷³³ che facesse da guida per le consuetudini, in modo tale da garantire il controllo da parte della pubblica opinione.⁷³⁴ Pubblicità e oralità erano centrali,⁷³⁵ il tribunale doveva essere un teatro luccicante (*glänzende Schauplaz*).

Visto però che questi *Volksgerichte*, al netto della loro capacità di opporsi al formalismo giuridico, avevano tutta una serie di difetti, come male minore a garanzia della pubblicità processuale e dell'oralità secondo H. Escher era meglio adottare un sistema con la giuria popolare classica sotto la guida di un giudice.⁷³⁶ H. Escher su questo punto quasi canzonava (*man vernehme mit Vergnügen*) Keller, dicendogli che dal viaggio a Londra del 1835 le giurie popolari lo avevano conquistato (*gewonnen*). Spiegava però che era chiarissimo a tutti a quali condizioni Keller le volesse: dovevano essere guidate da giudici-giuristi altamente qualificati, che istruissero i giurati e li indirizzassero (*lenken*) fino al verdetto.⁷³⁷

La differenza sull'approvazione delle giurie non è *de lana caprina*, dato che H. Escher le vedeva come esaltazione del momento popolare nel diritto, al seguito di un giudice esperto, ma non togato (*Laienrichter*), che guidasse

⁷²⁶ ESCHER 1838, pp. 16, 29 e 35.

⁷²⁷ ESCHER 1838, p. 45.

⁷²⁸ GSCHWEND 2006 Troxler, p. 50 npp. 187, parla solo di "storicismo" (*Historizismus*), contrapponendolo all'idea delle giurie francesi e inglesi. Secondo me si trattava invece anche di uno scontro fra idee di democrazia e di svolta borghese sul ruolo del professionalismo.

⁷²⁹ ESCHER 1838, p. 60.

⁷³⁰ ESCHER 1838, pp. 30 e 40.

⁷³¹ ESCHER 1838, p. 44. A garanzia delle leggi bisognava comunque istituire un tribunale supremo federale (*ivi*, p. 34) e sosteneva che il giurista solo cantonale non serviva a nessuno (p. 36).

⁷³² ESCHER 1838, p. 42 s.; la parola "scabini" la scrive per spiegare la parola "*Verpflichtenden*", *ivi*, p. 62.

⁷³³ ESCHER 1838, p. 32.

⁷³⁴ ESCHER 1838, p. 35.

⁷³⁵ ESCHER 1838, p. 40; il diritto borghese per lui era simile alla morale, *ivi*.

⁷³⁶ ESCHER 1838, p. 17.

⁷³⁷ BAUHOFFER 1963, p. 292, e l'articolo della *NZZ* del 15 gennaio 1836 *ivi* citato.

l'applicazione di un nuovo codice nazionale, mentre invece Keller le strumentalizzava come possibilità di dotare il tribunale di una guida, da individuare nella persona del giurista formato all'università, che avrebbe permesso l'adozione delle logiche scientifico-legali.

Ancora nel 1851 Keller si poneva in continuità con le sue idee degli anni '30, spiegando che l'idea dell'interrogatorio incrociato nel processo era corretta, ma rimaneva problematico lasciare le giurie in balia delle parti. (I giurati dovevano quindi ben conoscere l'opinione del Presidente della Corte). Per Keller era inoltre importante che non venisse istituito uno scabinato, perché diffidava massimamente dei tribunali in cui operavano anche giudici non togati (*Laienrichter*): "i non-giuristi di solito diventano rapidamente pessimi giuristi, e nulla più".⁷³⁸ Keller era dell'idea, che la giuria dovesse decidere all'unanimità, convinta da un giudice esperto (*sachkundig*) della bontà del condannare il caso in oggetto. Dato che si trattava di persone non formate e scelte a caso, era il caso a creare la loro opinione (*zufällig*): bastava dunque una maggioranza di dieci voti per rappresentare l'opinione pubblica...⁷³⁹

⁷³⁸ "die Nichtjuristen wurden vielmehr gewöhnlich sehr bald – schlechte Juristen, weiter nichts", BAUHOFFER 1948, p. 145 e la letteratura ivi citata; sullo scabinato v. meglio sotto, cap. 8.3.2.

⁷³⁹ BAUHOFFER 1948, p. 147 ss. e la letteratura ivi citata.

6 Anche la Svizzera accoglie il vigore della statualità liberale

6.1 L'accoppiamento strutturale Ottocentesco fra diritto e politica

6.1.1 Il rapporto fra il diritto moderno e lo Stato-Nazione

Secondo Nuzzo, la modernità è un momento che trova “il suo statuto nel rapporto tra territorio, ordinamento e nazione”.⁷⁴⁰ In quest’ottica si inserisce anche il discorso sulla svolta della storiografia del diritto che, in tempi recenti, ha dato peso al ruolo della spazialità,⁷⁴¹ chiedendo l’abbandono del criterio di spazio-temporalità, colpevole di restringere il pluralismo politico, sociale e normativo.⁷⁴²

Spiega Luhmann che lo Stato-nazione è stato un fenomeno moderno, un progetto unitario per oltrepassare la società cetuale. Appartenendo ognuno a una nazione sola, si ragionava ora su lingua, religione, cultura, territorio, Stato fondendo tutto assieme, anche se l’identità nazionale andava ancora definita e stabilizzata.⁷⁴³ Questa modernità è stata quindi modellata sulla gestione dell’uguaglianza in un approccio sostanzialmente eurocentrico che, come spiega Esposito, ammette la diversità “solo per normalizzarla in un modello preordinato di diversità”.⁷⁴⁴ È modellato sull’arrivo dello spazio pubblico e quindi sull’”assunto implicito [della presenza, ndr] di un osservatore esterno, punto di appoggio e garante della coerenza delle osservazioni”.⁷⁴⁵ Storicamente la concretizzazione della nazione erano lo Stato e il territorio, da cui si derivavano il sistema politico statale ed una nuova identità a cui richiamarsi quando si entrava in guerra. Il nemico territoriale interno diventava ora parte della nazione (si pensi allo stigma degli ebrei, o dei socialisti), essa era una nuova differenza a cui richiamarsi

⁷⁴⁰ NUZZO 2006, p. 156 e la letteratura *ivi* citata.

⁷⁴¹ V. ora la raccolta di testi e pensieri elaborati nel ciclo di conferenze e laboratori all’Istituto svizzero di Roma a titolo “I confini del diritto. Istituzioni e antagonismi” a cura di Michele LUMINATI nel 2016, ora disponibili al sito <http://confinediritto.istitutოსvizzero.it/en/statement/>.

⁷⁴² Nel suo saggio sul tempo, in cui a mio modo di vedere si mostra molto vicino alla teoria di Luhmann sul diritto, THIER 2017, p. 20, si mostra scettico sui *turns* scientifici in genere nella storia del diritto.

⁷⁴³ LUHMANN 2002, p. 210 s., fra l’altro essa sarebbe anche stata causa dell’abolizione della schiavitù; BHAMBRA 2007, p. 34, ricorda però che fra Sette- e Ottocento coloro che volevano l’abolizione della schiavitù investivano copiosamente nel commercio di schiavi. In Svizzera il dibattito pubblico sulla schiavitù è decisamente lacunoso. Sul possesso di schiavi della famiglia Escher-Zollikofer e i milioni di eredità che essi comportarono v. ora ZEUSKE 2018, p. 277 ss.; si noti che l’accusa a A. Escher d’essere un ricco figlio di ex-schiavisti circolava già sulla stampa nel 1845, JUNG 2006, p. 203.

⁷⁴⁴ ESPOSITO 2001, p. 191.

⁷⁴⁵ ESPOSITO 2001, p. 191 s.

per sostituire quei conflitti interni distruttivi. Con la cittadinanza (*Staatsangehörigkeit*) la questione fu infine giuridificata.⁷⁴⁶

Dal punto di vista della teoria dei sistemi, lo Stato nazionale è una suddivisione interna del sistema politico globale. Gli Stati sono sotto-sistemi politici specializzati nell'organizzazione di decisioni collettive e vincolanti.⁷⁴⁷ Nella società del mondo ormai possibile nelle comunicazioni globali che avvengono da secoli, le differenze locali erano troppo grandi per un controllo politico centralizzato o per la democrazia globale. La dimensione segmentaria (ovvero: non gerarchica) degli Stati inoltre evitava che un altro sistema potesse politicizzarsi e tutelava così la dinamica degli altri sistemi, che potevano evolvere autonomamente.⁷⁴⁸

Il ruolo dello spazio nazionale nella modernità è centrale, anche nel diritto. Stichweh si è chiesto se le nazioni abbiano sul serio contato qualcosa nello sviluppo del diritto come sistema autonomo o se esse siano piuttosto solo degli "errori di categoria" (*Kategorienfehler*) nel diritto. È possibile pensare sistemi nazionali come strutture che organizzano il diritto dall'esterno grazie alla legge? È possibile una certa sovradeterminazione (*Überformung*) del diritto da parte della politica? Si tratta di possibilità compatibili con l'auto-organizzazione del diritto?⁷⁴⁹ In una teoria della policontestualità bisogna capire proprio quali siano i meccanismi di accoppiamento fra i sistemi. Non sovradeterminazione, ma collimanza. Come mostro nelle pagine di questa ricerca, in effetti il sostegno che il diritto trova nella politica non è stato solo preteso dalla politica, ma si è sviluppato dal diritto, che ha potuto imputare allo Stato la paternità delle leggi e pensarsi così autonomo e unitario. Si passò ad una dimensione normativa del diritto sostenuto dalla violenza dello Stato grazie all'accoppiamento strutturale.⁷⁵⁰

6.1.2 Il superamento della dottrina del diritto alla resistenza come chiusura autopoietica

Il modo che il diritto ha usato per liberarsi della violenza che gli era accorpata nel medioevo è stato premettere che la politica garantisse la pace

⁷⁴⁶ LUHMANN 2002, p. 212.

⁷⁴⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 582, che nota che a livello globale manca un accoppiamento strutturale tra politica e diritto nella forma di una Costituzione.

⁷⁴⁸ Il problema è però che poi le prospettive globali degli altri sistemi si impongono anche su scala locale sebbene localmente non vorrebbero, LUHMANN 2002, p. 222; Il territorio vale qui sia come spazio nazionale in cui far filtrare il messaggio giuridico, sia come territori che creano confini. Sui "*border incidents*" v. ora KROPFENBERG/LINDER 2014, p. 85 e la letteratura *ivi* indicata. Queste linee immaginarie vengono raccolte dal diritto come metacodici performativi che vennero anche adottati nel discorso giuridico dei processi politici per definire – surretiziamente – il limite dello stesso sistema giuridico. Sui delitti politici transnazionali v. sotto, cap. 8.1.

⁷⁴⁹ STICHWEH 1990, p. 257 ss.

⁷⁵⁰ Così STICHWEH 1990, p. 267 ss.

(“*Frieden zusagt*”), controllasse la violenza e quindi rendesse le pretese giuridiche eseguibili.⁷⁵¹ Per Luhmann il diritto, per affermare la propria autoreferenza, rompe i ponti con la violenza dominante.⁷⁵² La sua idea è che il diritto penale lo fece già nel Medioevo con la giustizia personale, dando accesso all’esecuzione della sentenza e garantendo che quest’ultima non fosse solo specchio della situazione di potere: adesso era il diritto a dover accertare le violazioni al diritto stesso.⁷⁵³ Cominciò l’evoluzione verso quello che – a mio modo di vedere – Sbriccoli chiama l’Egemonico.⁷⁵⁴ Luhmann si richiama qui esplicitamente a Hobbes: essendo la violenza onnipresente nella conflittualità della società, il diritto doveva premettere la pace quando non voleva limitarsi a regolamentare la violenza fisica.⁷⁵⁵ Questo mi sembra l’unico punto in cui Luhmann nel suo *RdG* apre chiaramente a condizioni esterne per la chiusura interna del sistema. Si noti che anche secondo Hesse i modelli degli esperti, in particolare i giuristi, sono sostenuti dalla violenza.⁷⁵⁶ Si tratta infatti di modelli autoreggenti solo in tempi stabili, mentre in tempi instabili il modello viene imposto con la forza.⁷⁵⁷

A dire di Luhmann, il diritto originario di opporsi alla violenza con la violenza (“*Das Unrecht der Erwidern von Gewalt durch Gewalt*”) in

⁷⁵¹ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 282 s.; *ivi*, p. 283, nella npp. 88, Luhmann ricorda che comunque ci sono eccezioni, ad esempio per i nobili del 17° secolo o per la polizia oggi, che può sempre usare l’argomento “ordine e sicurezza pubblica” per non eseguire una pretesa giuridica.

⁷⁵² Su questo tema LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 284, è comunque dubitativo e si chiede se il diritto con la sua differenziazione rompa la sua pace con la violenza. Spiega poche frasi dopo che “*Immer wo Gewalt im Spiel ist, erscheint auch die Paradoxie der rechtlichen Codierung – aber in einer Form, die sogleich rechtsintern entfaltet, durch Konditionierungen geregelt und damit als Praxidie invisibilisiert wird*”, *ivi*, p. 285.

⁷⁵³ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 284.

⁷⁵⁴ SBRICCOLI 2002, p. 171, v. anche sopra, cap. 5.3.1.

⁷⁵⁵ “*Aber gibt es nicht gesellschaftliche Bedingungen, die über eine solche Spezies-Vielfalt des Rechts hinaus entscheidend dafür sind, dass ein Rechtssystem sich überhaupt operativ schliessen und eigene Strukturen mit ausschliesslich eigenen Operationen spezifizieren und bei intern erkennbaren Anlässen ändern kann? Wir vermuten, dass das Hobbes-Problem der Omnipräsenz physischer Gewalt eine solche Bedingung darstellt. Positiv formuliert heisst dass, dass das Recht gesicherten Frieden voraussetzen muss, wenn es mehr leisten soll als die blosse Konditionierung physischer Gewalt*”, LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 281; si noti qui la netta evoluzione del suo pensiero rispetto al 1969, dove si dichiarava convinto che il processo fosse uno strumento legittimante nelle condizioni di aiutare a far evitare la guerra civile, LUHMANN 1983 (1969) *LdV*, p. 101; sugli assunti di Hobbes v. comunque il pensiero di SAHLINS 2010 (2008), p. 47: “Questa legge del dominio viene invocata dagli ateniesi nel famoso dialogo di Melo di Tucidide, si potrebbe ben pensare che la ‘natura umana’ espliciti ormai quella moderna funzione propria del pensiero occidentale ovvero fare da paravento a pratiche eticamente dubbie quali la sottomissione delle donne, la monogamia seriale o l’amore per il denaro. Incolpando la natura di questi aspetti negativi, la contraddizione morale – come quella tra imperialismo ed eguaglianza democratica (isonomia) viene spinta al di là della responsabilità di chiunque, soprattutto di coloro che ne traggono vantaggio. Così gli Ateniesi parlano come se non avessero altra scelta che governare i più deboli Melesi”.

⁷⁵⁶ HESSE 1998, p. 84 s.

⁷⁵⁷ HESSE 1998, p. 91.

Europa venne spezzato dando allo Stato il monopolio della violenza, godendo della pace politica giunta attraverso la riappacificazione territoriale. Dalla funzione medievale degli “*Eideshelfer*” di indicare l’ eseguibilità al diritto, si passò quindi nella modernità giuridica alla fattispecie penale (“*Tat*”) proprio come espressione della dipendenza dalla violenza statale.⁷⁵⁸ Spiega il teorico che questa particolarità europea⁷⁵⁹ è stata possibile perché socialmente già si pensava che il diritto (romano) fosse una precondizione per la convivenza. Il diritto infatti esisteva già nel Medioevo, quando arrivò il nuovo Stato territoriale, che voleva imporre ubbidienza e esercitare potere in forma giuridica.⁷⁶⁰ Il risultato è così uno schema circolare: il diritto moderno liberale per la sua eseguibilità dipende dalla politica, necessita di un sostegno basato sulla partecipazione generalizzata portato nella forma di un’ assicurazione politica.⁷⁶¹ Il sostegno viene costruito sotto forma di dovere, gerarchizzandolo imponendolo a sua volta come norma. La politica di nuovo fa da garante, assicurando l’ uso della violenza fisica laddove ci siano decisioni collettive.⁷⁶² La decisione giuridica era quindi inizialmente vincolante solo attraverso il legame con la funzione politica (che decideva politicamente e in modo vincolante), dato che essa garantiva il ricorso a un potere esecutivo,⁷⁶³ circolarmente sviluppandosi poi come compensazione per l’ inadempienza della politica nel riuscire ad assicurare che ogni aspettativa venisse adempiuta.⁷⁶⁴ In sostanza alla chiusura autopoietica equivale il superamento della dottrina del diritto alla resistenza. Prima che arrivasse la Costituzione esso era infatti il problema centrale dello Stato, che metteva il diritto contro la politica come esercizio politico di contrasto al

⁷⁵⁸ Il numero degli *Eideshelfer* sarebbe stato una espressione di visibilità di capacità operativa per l’ esecuzione del diritto. Prima della modernità il diritto era infatti legato alla prontezza di esercizio della violenza di strutture non controllabili giuridicamente e proprio per questo non era autoreferenziale, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 282 ss.; questa considerazione permette di cogliere meglio la centralità dello *ius puniendi* nella costruzione della Nazione.

⁷⁵⁹ Non funzionerebbe dappertutto come in Europa continentale a causa dell’ esclusione dalla comunicazione di grosse parti della popolazione, spiegava Luhmann all’ inizio degli anni ‘90 (non c’ era ancora lo smartphone). Ogni sistema funzionale infatti regola per sé l’ inclusione sociale, ma ci sono dei relitti del vecchio ordine stratificato, differenziabili solo secondo i crisi dell’ inclusione/esclusione e non secondo i crisi funzionali, che continuano ad avere patria nelle società, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 582 s.; come già indicato, HOLMES 2013, p. 148 è critico. In sostanza viene da chiedersi se il problema non stia nella teoria stessa, se non sia d’ uopo vedere la differenziazione sistemica più che come la regola, piuttosto come l’ eccezione.

⁷⁶⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 408 s.

⁷⁶¹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 122.

⁷⁶² CAMUS 1947 (1942), p. 135: “nulla è più importante di un’ esecuzione capitale”; secondo LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 122, il pretore romano è uno degli esempi più importanti e di successo di questo legame (poi sfociato nel sistema del diritto romano), visto che era dotato anche di competenza esecutiva. Si noti però che nel sistema politico-giuridico moderno **ogni volta** che la violenza entra in gioco spunta anche il paradosso del diritto, ma reso invisibile grazie al rinvio alla norma, *ivi*, p. 285.

⁷⁶³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 74.

⁷⁶⁴ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 123.

potere. Inizialmente si cercò un luogo dove permettere al diritto di autocorreggersi senza doversi esternalizzare alla situazione di potere data, ma rifacendosi a una figura sovraordinata sia al diritto, sia alla politica: il sovrano. Una figura però precaria, perché il sovrano spesso non era quello che doveva essere. Inoltre, non si riusciva ad accettare che con il diritto di resistenza i sudditi potessero intervenire nella pace politica: ci voleva più chiusura anche per la politica. È da questa situazione che nacquero i diritti civili, ovvero l'autopoiesi.⁷⁶⁵

La democratizzazione è stata possibile grazie alla positivizzazione del diritto, ovvero della possibilità di modificarlo sempre.⁷⁶⁶ Oggi quando si parla di “popolo sovrano” si usa una figura che nella differenziazione dei sistemi è ora solo una formula politica, che addirittura non può decidere da solo.⁷⁶⁷ Di sicuro non può, p.e., lanciare un referendum contro una sentenza.

6.1.3 Il non-funzionamento programmato dell'accoppiamento strutturale

L'accoppiamento strutturale principale del diritto è proprio quello con la politica, simboleggiato dallo schema costituzionale dello Stato di diritto. Si faccia attenzione: dal punto di vista del diritto è sempre il diritto a descrivere la sua differenza con la politica e ad aver rotto la sua stessa pace con la violenza: si tratta di eliminare la referenza esterna e sostituirla con un'autoreferenza che si riferisca in un altro modo al suo ambiente, in particolare distinguendo diritto civile e diritto penale e limitando la giustizia personale attraverso la procedura penale.⁷⁶⁸ Certo siamo di fronte ad un paradosso: chi ha il diritto di dire che *il diritto* ha il diritto di fare violenza? Da qui secondo Luhmann deriva la norma condizionale, il programma del sistema, che riesce a rendere invisibile il paradosso.⁷⁶⁹ Essa opera all'interno di un accoppiamento strutturale che, a dire di Luhmann, era storicamente improbabile, soprattutto a causa della necessità di garantire il diritto d'urgenza al sovrano. Luhmann stesso ha scelto questo concetto proprio perché contiene in sé stesso il suo non-funzionare (*sein eigenes Nichtfunktionieren*). Non si può infatti risolvere con una formula unitaria qualcosa di paradossale: la differenza non si lascia controllare né da una, né

⁷⁶⁵ Cfr. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 412 ss.

⁷⁶⁶ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 471.

⁷⁶⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 418.

⁷⁶⁸ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 281. Luhmann spiega anche che qui sta il motivo per cui l'evoluzione ha fatto sfuggire il diritto di mano ai politici: esso non ha più bisogno dello Stato per sciogliere il suo paradosso: gli bastano ad esempio la procedura o i diritti soggettivi, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 418, npp. 21; sul rapporto fra consenso e pratica del diritto v. la proposta di TEUBNER 1992.

⁷⁶⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 285; sul diritto moderno come momento terapeutico v. sopra, npp. 239.

dall'altra parte della differenza. Per questo funziona.⁷⁷⁰ È la reciproca indifferenza fra i sistemi (p.e.: “non decido come farebbe un giudice!”, dice ipocritamente il politico) a rendere possibile l'aumento di dipendenza reciproca, non gerarchica.⁷⁷¹ Si tratta di un rapporto fra diritto e politica moderni vicendevolmente parassitario.⁷⁷² Il sistema politico occidentale contemporaneo, infatti, non esisterebbe così com'è, se il diritto non gli mettesse a disposizione la sua differenza diritto/non-diritto.⁷⁷³

L'accoppiamento strutturale tra i due sistemi permette che la politica abbia più influsso sul diritto che altre strutture ambientali, ma solo nei margini di quell'accoppiamento.⁷⁷⁴ Certo: c'è il rischio di corruzione sistemica, ad esempio quando il diritto non riesce ad opporsi alla pressione del sistema politico sulla base delle proprie norme. In quei casi il codice del diritto viene “mediatizzato” da un altro codice.⁷⁷⁵ In ogni caso il sistema dispone di mezzi di flessibilità per riuscire a resistere alle pressioni e dispone pure di segnali di allarme se c'è pericolo di una sua distruzione.⁷⁷⁶

⁷⁷⁰ LUHMANN 1990 *Verfassung*, p. 201.

⁷⁷¹ Di nuovo siamo di fronte ad una struttura controintuitiva. Nell'accoppiamento tra politica e diritto Luhmann richiama qui il concetto di “*check and balances*” nella divisione dei poteri, v. LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 480; qui l'esperienza quotidiana dei rapporti famigliari può contribuire a comprendere questa concezione dell'accoppiamento strutturale: il modo migliore per rendersi autonomi dai genitori è includerli nel *proprio* percorso di scelte, parlare con loro, riconoscere spazio di irriducibilità. In questo modo li si può escludere nella gestione della propria vita, ovvero ognuno fare la propria.

⁷⁷² LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 426: parassitario nel senso serresiano che matura con differenze esterne.

⁷⁷³ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 425, ricorda che è una differenza fra *medium* e forma: il diritto è così pronto a stabilire e cambiare *le forme* del diritto valido in base anche a impulsi politici, come ad esempio una legge, trasportandone il messaggio come *medium*.

⁷⁷⁴ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 445.

⁷⁷⁵ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 81, citando le parole di Gotthard Günther secondo cui il rischio è che il sistema si adegui opportunisticamente alle élites e alla loro promessa di eseguibilità.

⁷⁷⁶ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 83, dove citando Ogorek, nota che i liberali, per poter dar forza alla divisione dei poteri, ricordavano pedissequamente la leggenda che i re assoluti avessero sempre l'ultima parola (“*Machtspruch*”).

6.2 *Il Quarantotto svizzero e il suo Tribunale federale*

“Contro un consigliere nazionale non c’è niente da fare,”
disse Bärlach, “e se poi è anche colonnello e avvocato
ha tre diavoli in corpo in una volta”⁷⁷⁷

6.2.1 La Svizzera come rivoluzione eterna liberale, non come *Willensnation*

Lo Stato costituzionale federale svizzero nacque nel 1848, figlio di una rivoluzione sfociata da una guerra-lampo condotta dai liberal-radicali contro il *Sonderbund*, un’assemblea difensiva di cantoni conservatori “che si proponeva in primo luogo di salvaguardare la religione cattolica e la sovranità cantonale”.⁷⁷⁸ Tra il 1830 e il 1880 i fronti partitici erano infatti molto mobili e ideologici, il liberalismo si riusciva veramente a compattare a livello nazionale solo nel momento costituzionale anticattolico: il *Sonderbund*, che permise di stilare la Costituzione del 1848 e anni dopo il *Kulturkampf*, che permise quella del 1874. Si trattava comunque di unioni effimere, che non vennero esaltate nella narrativa seguente, in particolar modo veniva taciuto il rilievo dell’anticattolicità. I cattolici poterono dunque trovare il loro spazio a livello cantonale.⁷⁷⁹

Formalmente la guerra fu possibile nel 1847, quando la Dieta creò una Commissione dei Sette che si occupò di dichiarare la guerra al *Sonderbund*. Ottenere quel consenso all’intervento militare fu complesso, ma temporalmente azzeccato, dato che i liberali sfruttarono i blocchi incrociati internazionali in una situazione confusa in tutta Europa, che favorirono la creazione di una nazione-cuscinetto sulle montagne⁷⁸⁰ e la tutelarono con il concetto di neutralità. Questa si affermava come elemento di coesione politica nazionale e di indipendenza,⁷⁸¹ sebbene si trattasse in realtà di una sovranità paradossale, limitata verso le influenze esterne.⁷⁸² I rivoluzionari riuscirono nella loro impresa elvetica, spostando i media collettivamente e

⁷⁷⁷ DÜRRENMATT 1992 (1952), p. 37.

⁷⁷⁸ ROCA, RENÉ: “Sonderbund”, in: DSS, 20.12.2012 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/017241/2012-12-20/>.

⁷⁷⁹ MAISSEN 2010, p. 219 ss.; GRUNER 1977, p. 52, nota che i conservatori comunque non riuscirono mai a compattarsi veramente in Svizzera.

⁷⁸⁰ Cfr. MAISSEN 2010, p. 199.

⁷⁸¹ Terra di mercenari, giuridicamente e politicamente la neutralità svizzera ottocentesca venne sancita al congresso di Vienna e al relativo trattato di Parigi del 1815. Con la Società delle Nazioni venne imposta alla Svizzera la “neutralità differenziata”, tornando a quella integrale nel 1938, v. RIKLIN, ALOIS: “Neutralità”, in: DSS, 09.11.2010 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/016572/2010-11-09/>.

⁷⁸² Tant’è vero che l’influente Stämpfli, radical-socialista, non riusciva a coglierla: nelle questioni neocastellana e savoiarda si mosse in senso interventzionista e nazionalista, v. MAISSEN 2010, p. 209; secondo JORIO 2015 l’assenza di poteri centrali (e la coesistenza di interessi cantonali plurimi) aiutò l’istituzione della neutralità.

orientandosi alla triade dell'opposizione ai gesuiti,⁷⁸³ della necessità di rivedere il patto federale e di contrastare il *Sonderbund*.⁷⁸⁴ La situazione economica era peraltro "favorevole" ad una rivoluzione: nel 1845-6 ci furono dei raccolti magrissimi, le patate tornarono solo nel 1847, anno in cui ci fu una forte crisi finanziaria e industriale in tutta Europa. Le masse popolari misero in discussione la libertà di mercato sostenuta dal liberalismo, opponendosi alla speculazione su grano e patate. Queste rivendicazioni favorirono l'associazionismo, dato che si creavano gruppi d'acquisto mutuali su mercati esteri e di vendita sul mercato interno. I cantoni che provavano ad adottare divieti d'esportazione delle materie prime alimentari, come il Canton Vaud, si ritrovavano nella fastidiosa condizione di porsi contro le regole del Patto federale del 1815, che vietava le norme di protezionismo cantonale. Non a caso a sostenere a gran voce le rivendicazioni popolari erano anzitutto i radicali,⁷⁸⁵ sostenuti ufficialmente persino dal Manifesto comunista.⁷⁸⁶ La critica alla speculazione su grano e patate giocò infine un fattore determinante per scatenare la guerra al *Sonderbund*: il risicato voto di scarto di un circondario elettorale Sangallese consentì alla Dieta di approvare l'intervento militare: quel voto era stato causato proprio dalla mancata rielezione di un conservatore che speculava con gli alimenti.⁷⁸⁷

In effetti per i radicali bisognava ora costruire una nazione unitaria, indipendente dall'estero e basata su un diritto popolare, perciò si doveva poter modificare il Patto confederale imposto dalle potenze europee nel 1815, sebbene il testo del Patto non prevedesse questa possibilità.⁷⁸⁸ Le grandi menti di questi sviluppi erano a Berna. Uno era il professore lucernese Troxler, che in giovane età poté collaborare con Hegel e Schelling. Pensatore di caratura europea, apertamente antirestaurativo, segnò in modo sostanziale la rigenerazione liberale svizzera. Propugnava la divisione dei poteri e il principio di pubblicità nel processo.⁷⁸⁹ Giusnaturalista, vedeva nella nazione l'espressione del popolo come una condizione naturale, prestatale e originaria.⁷⁹⁰ Considerava quindi necessarie le giurie popolari: i giurati rivendicavano per il popolo il potere di giudicare usurpato dai giudici.⁷⁹¹ L'altro era il professore rifugiato tedesco Ludwig Snell, costituzionalista di

⁷⁸³ La questione dei gesuiti venne discussa in particolare nella Dieta che si svolse a Zurigo nel 1845, JAGMETTI 2018, p. 91.

⁷⁸⁴ MAISSEN 2010, p. 197.

⁷⁸⁵ VUILLEUMIER 2008, p. 29 ss.

⁷⁸⁶ Nel Manifesto Marx e Engels del 1847/1848 scrivevano: „In Svizzera essi [i comunisti] appoggiano i radicali, senza disconoscere che questo partito si compone di elementi contraddittori, metà di democratici-socialisti, nell'accezione francese della parola, metà di borghesi radicali”, https://it.wikipedia.org/wiki/Manifesto_del_Partito_Comunista.

⁷⁸⁷ VUILLEUMIER 2008, p. 29 ss.; v. anche MAISSEN 2010, p. 198.

⁷⁸⁸ GRUNER 1977, p. 77.

⁷⁸⁹ V. ora HOLENSTEIN 2018, p. 385 ss.

⁷⁹⁰ GRUNER 1977, p. 76.

⁷⁹¹ KRADOLFER 2011, p. 184 e la letteratura *ivi* citata; non le prevede però nel suo progetto costituzionale, v. sotto, npp. 978.

riferimento di tutta la classe dirigente, che poi si prese Berna nel 1846. Con suo fratello Wilhelm perorava la sovranità popolare e la tutela dall'arbitrio statale, a garanzia di uno spazio di sviluppo individuale. Profondamente legalisti, ritenevano entrambi che il sistema giudiziario stesse al centro di questo momento emancipatorio.⁷⁹² Ludwig, in odore di mazzinianesimo, si schierò a favore delle spedizioni dei Corpi franchi del 1845,⁷⁹³ vero inizio violento della rivoluzione in Svizzera.⁷⁹⁴ Era apertamente sostenitore delle giurie popolari.⁷⁹⁵ L'approccio radicale a favore delle giurie era simile a quello rivoluzionario francese, una giuria funzionale alla politica e sostanzialmente un'arma a difesa delle conquiste radicali contro i funzionari reazionari e la loro ragione di Stato, amministrata peraltro senza disporre di un codice penale.⁷⁹⁶

Per riuscire nella loro impresa rivoluzionaria i radicali si allearono ad altri fronti liberali più moderati della Svizzera orientale. Come mostro meglio nel prossimo capitolo, le voci forti dei liberali nord-orientali erano solo in parte rivoluzionarie e comunque pronte alla riconciliazione con i conservatori. Questo comportò la creazione di governi cantonali spesso *pluripartitici*. I motivi erano i più disparati: ora l'esito di una dura stagione referendaria, ora il risultato di una spaccatura interna nel liberalismo, oppure la disponibilità liberale a riconoscere all'avversario un ruolo di responsabilità.⁷⁹⁷ Ciononostante l'ammasso liberale considerò la sua presa dello Stato svizzero come una sempiterna rivoluzione pacifica (*ewige, friedliche Revolution*).⁷⁹⁸ Esempio classico è il nostro sud: il canton Ticino visse una stagione di paradossale "diritto al *Putsch*"⁷⁹⁹ in cui i conservatori, qualora avessero vinto le elezioni, si sarebbero ritrovati ad essere regolarmente frenati dai fucili liberali, sostenuti dai commissari della Berna federale. In particolare, questa „*Putsch-Theorie*" e "*Putsch-Praxis*"⁸⁰⁰ impedirono di far emergere le giurie popolari come luogo di rappresentazione della dimensione politica.⁸⁰¹ Si tratta di un elemento che secondo me evidenzia una differenza svizzera

⁷⁹² KRADOLFER 2011, p. 197.

⁷⁹³ Su questo antico modo spontaneo tipicamente svizzero-mercenario di svolgere spedizioni militari, usato ora contro Lucerna (cittadina a dominio gesuitico), v. MÜNGER, KURT: "Spedizioni dei Corpi franchi", in: DSS, 11.03.2005 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/008682/2005-03-11/>; sul ruolo di Ochsenbein v. meglio sotto, cap. 6.4.1.

⁷⁹⁴ HÜRLIMANN, KATJA: "Ludwig Snell", in: DSS, 22.11.2011 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/013521/2011-11-22/>; il fratello, Wilhelm, era professore ordinario di diritto romano a Berna dopo aver insegnato a Basilea e a Zurigo. Entrambi furono licenziati nel 1845, a causa dei Corpi franchi, e poi riammessi alla docenza nel 1849, REINHART 2003, p. 30.

⁷⁹⁵ V. sotto, npp. 980.

⁷⁹⁶ Ben riassume così WAGNER 1926-27, p. 282.

⁷⁹⁷ GRUNER 1977, p. 35 ss.

⁷⁹⁸ GRUNER 1977, p. 18.

⁷⁹⁹ GRUNER 1978, p. 1036.

⁸⁰⁰ ROTHENBERGER 1903, p. 301.

⁸⁰¹ Sui fatti di Stabio v. meglio sotto, cap. 8.3.4.

rispetto a quella “costruzione di un’identità giudiziaria degli Stati” in corso fra Otto e Novecento nel resto d’Europa.⁸⁰²

6.2.2 Quando la Confederazione divenne una sorta di repubblica degli avvocati

Osserviamo con attenzione quella Commissione dei Sette, indetta dalla Dieta federale che dichiarò guerra al *Sonderbund* proprio parallelamente alle pretese liberal-nazionaliste germaniste di Francoforte e Lubeca.⁸⁰³ Tre di quei sette membri erano heidelbergheriani:

- **Jonas Furrer**, originale e potente avvocato prima a Winterthur, dal 1836 a Zurigo, divenne nel 1837 presidente del Gran Consiglio rigenerato proprio nel gruppo di Keller (con cui era però in disaccordo sia sull’approccio alla democrazia, sia sulla scientificità del diritto) quando Bluntschli non venne eletto, cadendo poi con il *Putsch* conservatore. Ripresosi rapidamente, ruppe con Keller e si avvicinò all’ala moderata del liberalismo, rappresentata dalla *NZZ* (dove trovava H. Escher e la sua lotta contro il cosiddetto “*Juristenregiment*”⁸⁰⁴), divenne capo dell’opposizione a Bluntschli e vinse brillantemente le elezioni nel 1846 prendendosi tutto il cantone. Aveva studiato all’Istituto politico di Zurigo da von Orelli e poi a Heidelberg da Thibaut, Zachariä e Mittermaier, quindi a Göttingen, senza cercare il dottorato. Considerato il più importante avvocato del cantone nel 1848, ricco, massone, era un legalista non rivoluzionario, che si impegnò per risolvere il conflitto del *Sonderbund* più con le mediazioni che con la violenza. Fu poi il primo Presidente della Confederazione.⁸⁰⁵ Era un forte sostenitore della procedura orale e pubblica, come pure della libertà morale del giudice, che doveva essere formato accademicamente.⁸⁰⁶
- **Johann Conrad Kern**, capo della maggioranza liberale alle Diete federali con Furrer, poi “uno dei membri più influenti dell’Assemblea federale”.⁸⁰⁷ Di origini contadine, divenne avvocato, quindi dal 1837 presidente del tribunale cantonale turgoviese. Fu primo presidente del nuovo TF nel 1848. Aveva avuto nel 1830 Mittermaier come

⁸⁰² LACCHE 2009, p. 15.

⁸⁰³ V. sotto, cap. 7.4.1.

⁸⁰⁴ FRITZSCHE 1940, p. 58 s.

⁸⁰⁵ v. tutta la biografia in HOLENSTEIN 2018, p. 245 ss.; Quando non era alla presidenza della Confederazione conduceva il DFGP, GISI, WILHELM, Furrer, Jonas, in: Allgemeine Deutsche Biographie 8 (1878), pp. 209-210 (<https://www.deutsche-biographie.de/pnd10313378X.html#adbcontent>).

⁸⁰⁶ Dejung/Stähli/Glanz 1948, p. 355.

⁸⁰⁷ ROTHENBÜHLER, VERENA: “Johann Konrad Kern”, in: DSS, 14.10.2008 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004072/2008-10-14/>.

Doktorvater, con il quale rimase sempre in contatto.⁸⁰⁸ Era stato Thibaut, anch'egli a Heidelberg, a insegnargli Kant e l'idea di un diritto positivo in continua evoluzione, tanto da portarlo a dedicare la sua vita alla codificazione e allo *jus certum*.⁸⁰⁹ Kern non divenne mai CF, ma fu primo presidente del Consiglio dei politecnici federali. Nel 1848 rappresentò la Svizzera a Vienna e fu diplomatico a Parigi dal 1857 al 1883, potendo quindi valere come fondatore della diplomazia svizzera moderna.⁸¹⁰

- **Wilhelm Mathias Näff**, anch'egli nel primo CF, era dottore in diritto a Heidelberg con Thibaut e Mittermaier. Di famiglia politica, subito avvocato, granconsigliere e giudice, giovanissimo ministro cantonale nella Restaurazione. Protestante, godeva della stima dei cattolici sangallesi, tanto da seguirlo nel concordato dei Sette a difesa delle nuove costituzioni rigenerate. San Gallo fu proprio l'ultimo e decisivo cantone che acconsentì a dichiarare guerra al *Sonderbund*, riuscendo (anche attraverso alchimie tecniche elettorali) a far eleggere solo liberali nel circondario cattolico di Gaster. Näff "personificava il notevole svizzero tedesco orientale liberal-radical moderato, animato da un certo scetticismo nei confronti della democrazia".⁸¹¹

Winterthur ZH, Berlingen TG, Altstätten SG: quella periferia del nord-est svizzero, mitologicamente legata alla storiella di *Bartele* e *Baldele*, si metteva a capo del nuovo Stato di diritto federale svizzero. Erano liberali, antisocialisti,⁸¹² concilianti coi conservatori: non erano propriamente dei

⁸⁰⁸ OECHSLI, WILHELM, Kern, Johann Konrad, in: *Allgemeine Deutsche Biographie* 51 (1906), pp. 114-120 (<https://www.deutsche-biographie.de/pnd118561529.html#adbcontent>), p. 114; v. anche BuRiLex Johann Konrad Kern; ci spiega SCHOOP 1968, p. 38 ss., che Kern era stato da Savigny per studiare il diritto romano, trovandone molta utilità anche se si definiva un liberale repubblicano. Doveva poi andare dal suo amico Morell (già allievo di Snell), ma questi venne ucciso in un duello. Il padre di Morell, *Landamann*, disse allora a Kern di andare all'altra università più famosa della Germania, Heidelberg, dove c'erano Thibaut (antipode di Savigny), Zachariae e soprattutto Mittermaier. La vitalità di quest'ultimo colpì Kern, che ne divenne allievo e amico, rimanendo in contatto epistolare per decenni, in particolare discutendo di legislazione. Morell lo spedì poi a Parigi a vedere gli effetti della rivoluzione di luglio. Anche Pfyffer sosteneva che Mittermaier aveva avuto un influsso decisivo sulla legislazione di svariati cantoni svizzeri (*ivi*, p. 40, npp. 24).

⁸⁰⁹ SCHOOP 1968, p. 223.

⁸¹⁰ ROTHENBÜHLER, VERENA: "Johann Konrad Kern", in: DSS, 14.10.2008 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004072/2008-10-14/>; proprio partendo da Kern sarebbe d'interesse ragionare, all'interno di una teoria dello Stato di diritto nella società globale, se i giuristi e diplomatici non possano essere intesi come due lati della stessa medaglia.

⁸¹¹ "verkörpert den moderaten und demokratieskeptischen liberal-radikalen Ostschweizer Honoratiorentypus", HOLENSTEIN 2018, p. 149 ss., in particolare 156; v. anche KAISER, MARKUS: "Wilhelm Mathias Naeff", in: DSS, 22.06.2009 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004044/2009-06-22/>.

⁸¹² Furrer con il fido A. Escher elaborò le leggi per limitare le attività del socialista Treichler a Zurigo. Su quest'ultimo v. BÜRGI, MARKUS: "Johann Jakob Treichler", in: DSS, 02.11.2012 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003714/2012-11-02/>.

rivoluzionari.⁸¹³ Näff addirittura si fece dare l'accordo cantonale a intervenire contro il *Sonderbund*, solo come *ultima ratio* dopo tutti i tentativi di pacificazione: nelle ultime settimane prima dell'inizio della guerra era rimasto l'unico a chiedere ancora la pace.⁸¹⁴ Dalla penna di Kern (grazie alla sua vicinanza con Napoleone III, in buoni contatti con quel Dufour renitente sull'opportunità di avviare una guerra civile in Svizzera)⁸¹⁵ venne vergata la richiesta formale della Commissione dei Sette per intervenire militarmente contro il *Sonderbund*.⁸¹⁶

I tre erano affiancati dall'avvocato Luvini-Perseghini,⁸¹⁷ dall'unico non-giurista Munzinger⁸¹⁸ e da due giuristi di sinistra della svizzera occidentale invece chiaramente interventisti:

- **Henry Druey**, avvocato e giudice (prima di diventare ministro cantonale), stimato pure dai comunisti, era il più influente politico vodese della prima metà dell'Ottocento, già *Burschenschaftler* di Heidelberg sebbene avesse studiato a Jena.⁸¹⁹ Era un convinto allievo di Hegel nel 1823-24, tanto da citarlo regolarmente, essendone politicamente molto influenzato.⁸²⁰ Si noti che al momento dello *Zürriputsch*, quando peraltro Zurigo era città della Dieta, Druey si scagliò contro i liberali zurighesi, secondo lui colpevoli di opprimere il popolo.⁸²¹ Era un ultra-democratico, che elogiava la *Landsgemeinde* e vedeva il popolo sopra la Costituzione, che leggeva come un atto volontario e non come un contratto.⁸²² Era un

⁸¹³ Per Kern lo scopo dello Stato era quello di proteggere il diritto, si posizionava quindi contro i corpi franchi, SCHOOP 1968, p. 221 s.; nemmeno Mittermaier era veramente un rivoluzionario, troppe le posizioni - anche teoriche - aperte, ad esempio "l'indeterminatezza tra le nozioni di *Volk* e *Nation*", v. BALESTRIERI 1983, p. 103; a Francoforte invece, si schierarono per le rivoluzioni i democratici, *ivi*, p. 104.

⁸¹⁴ HOLENSTEIN 2018, p. 155.

⁸¹⁵ Cfr. MAISSEN 2010, p. 199.

⁸¹⁶ OECHSLI, WILHELM, Kern, Johann Konrad, in: Allgemeine Deutsche Biographie 51 (1906), pp. 114-120 (<https://www.deutsche-biographie.de/pnd118561529.html#adbcontent>).

⁸¹⁷ Sindaco di Lugano di lungo periodo, avvocato e notaio con laurea a Pavia, fu l'unico liberale a perdere nel *Sonderbund* contro gli urani, CRIVELLI, PABLO: "Giacomo Luvini-Perseghini", in: DSS, 23.07.2008, <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003518/2008-07-23/>.

⁸¹⁸ Commerciante illuminato, ma comunque conciliante con i conservatori, in particolare con i contadini, WALLNER, THOMAS: "Josef Munzinger", in: DSS, 15.08.2008 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003043/2008-08-15/>.

⁸¹⁹ Ministro rivoluzionario cantonale dal 1831 al 1848, ma isolato a causa delle sue idee di sinistra. Voleva il diritto di associazione e di libertà di stampa. Teorico della sovranità popolare, federalista, aiutava i rifugiati politici. Anticlericale, interventista contro il *Sonderbund*, tanto da rovesciare il governo vodese nel 1845 per permettere di prendere le armi contro Lucerna, e purò le istituzioni pubbliche dai liberali. Era ostile alla moderatezza di Dufour, che aveva preso le armi contro il *Sonderbund* a malavoglia, v. LASSERRE, ANDRÉ: "Henri Druey", in: DSS, 14.02.2006 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004313/2006-02-14/>.

⁸²⁰ BACHER/BECCHI 2014, p. 39, npp. 77.

⁸²¹ HOLENSTEIN 2018, p. 233.

⁸²² HOLENSTEIN 2018, p. 235.

fervidissimo sostenitore delle giurie rivoluzionarie alla francese, come mostro meglio sotto (cap. 6.4.1).

- **Ulrich Ochsenbein**, considerato da molti come il vero Padre della Svizzera moderna. Si trattava del più importante avvocato bernese, guadagnava tanto quanto Furrer a Zurigo,⁸²³ era associato a Stämpfli⁸²⁴ e assieme a lui a guida dei radicali bernesi. Entrambi erano allievi di Ludwig Snell, che (come già indicato) era il teorico del costituzionalismo a Berna. Ochsenbein era per una federazione all'americana e per un mercato unico, l'atteggiamento separatista di Lucerna gli diede quindi lo spunto nel 1844 per un attacco di Corpi franchi, 3'500 uomini, che condusse personalmente e che si rivelò una catastrofe.⁸²⁵ Come presidente del governo a Berna venne poi nominato Presidente della Confederazione, quando Berna aveva la guida a turno della Dieta. Da quella posizione annunciò che la Svizzera sarebbe diventata una federazione a prescindere da ciò che ne pensassero le potenze straniere e nella guerra del *Sonderbund* condusse nuovamente di persona contro Lucerna.⁸²⁶ Di fronte ai disastri europei Ochsenbein si alleò subito con i liberali, seguendo una linea moderata e di neutralità nella politica internazionale (la cosiddetta "democrazia bianca").⁸²⁷ Propugnava l'ammodernamento dell'organizzazione giudiziaria a favore della pubblicità e dell'oralità, appoggiando il fervore di Stämpfli a favore delle giurie popolari.⁸²⁸ A suo dire non si sarebbe però dovuto chiedere alle giurie se l'imputato fosse colpevole, dato che i giurati non erano giuristi.⁸²⁹

I due radicali furono comunque presto ridimensionati nelle loro posizioni a causa della dura prassi politica.⁸³⁰

⁸²³ HOLENSTEIN 2018, p. 79: era milionario, nonostante il padre gli avesse lasciato una montagna di debiti, che riuscì a ripianare risanando l'azienda di famiglia.

⁸²⁴ GRUNER 1977 considerava Druey e Stämpfli dei socialisti, p. 127. Nella commissione per la nuova Costituzione del Canton Berna in funzione di presidente, con a fianco Stämpfli in veste di segretario. Si consideri che il giovanissimo Stämpfli (a 27 anni era già nella commissione di redazione della Cost. 1848), ultraradicale, voleva redistribuire la terra ai proletari contadini, *ivi*, p. 128.

⁸²⁵ HOLENSTEIN 2018, p. 78 ss.

⁸²⁶ HOLENSTEIN 2018, p. 82.

⁸²⁷ Gli ultraradicali di Stämpfli e Snell capirono in fretta che Ochsenbein sarebbe stato l'elemento più ingombrante per loro, gli fecero quindi opposizione sin da subito nella nuova Confederazione, anche con tentativi di Putsch, HOLENSTEIN 2018, p. 85 ss.

⁸²⁸ HOLENSTEIN 2009, p. 213 s.

⁸²⁹ WAGNER 1926-27, p. 285; non erano gli unici attori radicali a propugnare quelle idee. Imobersteg, presidente del Consiglio costituzionale del 1846, era strenuamente a favore del passaggio alla convinzione morale del giudice, ovvero la prova indiziale, per l'adozione della quale la giuria popolare era il miglior strumento, *ivi*, p. 284.

⁸³⁰ Non appena diventato CF, Druey fece espellere Mazzini contro la voce dei suoi radicali vodesi, v. LASSERRE, ANDRÉ: "Henri Druey", in: DSS, 14.02.2006 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004313/2006-02-14/>; già nel 1848 Ochsenbein veniva

L'arrivo di Ochsenbein e Furrer – ma anche di Alfred Escher, che incontreremo nel prossimo paragrafo – a capo della Confederazione certificava che la Svizzera stava diventando una sorta di repubblica degli avvocati.⁸³¹ Alle spinte dei fratelli Snell e di Troxler si sommava l'afflato del liberalismo giuridico di Heidelberg.⁸³² Da lì salutavano gli svizzeri come i “buoni e giusti” (“*gute und gerechte*”), la rivoluzione svizzera era infatti vista come una rivoluzione tedesca e europea.⁸³³ È impossibile non notare l'influenza su questo gruppo rivoluzionario di personalità germaniste tedesche in quella fase di *nation building* elvetica. In particolare, sappiamo che il ruolo di Mittermaier fu centrale in Europa per quanto riguarda il superamento del processo inquisitoriale,⁸³⁴ elemento centrale dello sviluppo di uno *ius puniendi* razionalista anche svizzero. Proprio in Svizzera si dovette però confrontare con decise resistenze sociali.

6.2.3 Lo sdoganamento dei baroni federali – romanisti?

Sarebbe decisamente riduttivo raccontare la rivoluzione svizzera come una vittoria dei germanisti sui romanisti. In realtà siamo di fronte ad un fenomenale intreccio dove le varie scuole si sono incontrate, lancia in resta verso lo Stato di diritto. I radical-socialisti alleandosi con i liberali orientali riuscirono in particolare nel piccolo miracolo politico di sdoganare⁸³⁵ gli

criticato da Marx per essersi spostato a destra. Druey invece inizialmente era elogiato per essere un deciso sostenitore di una repubblica rossa, ma già nel 1853 veniva deriso per aver intrapreso una via moderata, v. JOSEF LANG, Marx und die Schweiz, *Tages-Anzeiger* online 15.5.2018, <https://blog.tagesanzeiger.ch/historyreloaded/index.php/2802/marx-und-die-schweiz/>.

⁸³¹ Non a caso il grande fustigatore dello Stato di diritto, Jeremias Gotthelf, era un grande sostenitore dei *Laienrichter* di espressione contadina e paternalista, LAUENER 2011, p. 349 ss.; sulla polemica di Gotthelf contro gli avvocati v. SIEGRIST 1996, vol. 1, p. 320 ss.

⁸³² Studiare a Heidelberg non significava comunque diventare automaticamente accoliti di Mittermaier o di Thibaut. Anche Segesser passò di lì e non divenne certo un fervido rivoluzionario liberale, anzi: corse poi da Savigny a Berlino, STREBEL 1945, p. 171; oltre alle personalità sopracitate - membri della Commissione dei Sette - fra i primi 11 giudici federali c'era sì, chi si era formato localmente o addirittura da autodidatta, ma ben quattro erano passati dalle aule di Heidelberg: Kern, Pfyffer von Altishofen, Brenner e Favre. Kern e Pfyffer si scambiarono la presidenza e la vicepresidenza nei primi 5 anni di vita del TF. (v. i rispettivi profili in BuRiLex). A sottolineare la forza di questo legame con Heidelberg, si noti che i parlamentari che avevano studiato lì, presentarono subito una petizione per aprire un'università federale. Il 2 giugno 1849 il CN decise però di aggiornare la discussione e infine il progetto fallì a causa del federalismo. Da notare che proprio l'heidelbergeriano Näff bloccò il progetto, HOLENSTEIN 2018, p. 160; anche negli anni seguenti gli studenti di Heidelberg erano presenti nel TF. Dei 26 giudici eletti tra il 1851 e il 1872 ben 15 avevano visto quei banchi: Dubs, Blösch, Kappeler, Jäger, Aepli, Vigier, Häberlin, Ducrey, Ruffy, Sailer, Borel, Morel, Bühler, Messmer e Roguin, v. i rispettivi profili in BuRiLex; anche KRADOLFER 2011, p. 204, ha notato questa vicinanza con Heidelberg.

⁸³³ MAISSEN 2010, p. 199.

⁸³⁴ SCHLOSSER 2017, p. 276; incontro meglio Mittermaier sotto, cap. 7.4.1.

⁸³⁵ SEGESSER 1858, p. 752, (allievo di Savigny pure lui) accusava i radicali di aver giostrato le masse proletarie attraverso “*leeren Gedankenspiel konstitutioneller Formen*” per farli

allievi di Keller, riuniti attorno a Alfred Escher (suo allievo diretto),⁸³⁶ che formarono una parte dei cosiddetti “baroni federali”. In pochi anni questo gruppo anzitutto di zurighesi si prese l’intera Svizzera. Componeva una sorta di partito di notabili (*Honoratiorenpartei*), molto potente in parlamento. Si trattava di una struttura basata sulle *connections* in stile inglese e aveva un orientamento economico manchesteriano, era un gruppo di controllo che aveva contatti importanti con l’industria, con il commercio e la stampa. Un gruppo che si radunava nel centro parlamentare, senza avere una base elettorale stabile, ma che era in grado di sollecitare il sistema di milizia nella base del partito. Ruchonnet li definiva *gros bonnets*.⁸³⁷ I nodi alla fine giunsero al pettine: l’elitarismo e la lacuna di democrazia li fecero cadere e comportarono l’arrivo della democrazia semi-diretta svizzera che conosciamo ancora oggi.⁸³⁸ Qui di seguito presento i suoi nomi principali, che ebbero un ruolo diretto nella storia delle giurie popolari in Svizzera.

- **Alfred Escher**, giovanissimo dottore in diritto,⁸³⁹ a Zurigo nonostante la provenienza familiare si era avvicinato giovanissimo ai radicali e Furrer lo aveva subito accolto per le sue doti di conduzione nella Zofingia,⁸⁴⁰ tanto da farlo eleggere in Gran Consiglio a 25 anni. Insieme sconfissero Bluntschli per il posto di *Burgermeister*. A. Escher era decisamente più rivoluzionario di Furrer; sostenne infatti, le spedizioni dei Corpi franchi e si schierò completamente contro i gesuiti. Nel 1847 era già presidente del Gran Consiglio zurighese nonostante ne fosse il membro più giovane e si scatenò contro il *Sonderbund*. Era centralista e la nuova Costituzione federale del 12 settembre 1848 (Cost. 1848) infatti non lo convinceva, ma ne chiese l’approvazione. Nel frattempo, nello stesso 1848 divenne ministro a Zurigo e CN, subito nominato come suo vicepresidente. Già presidente del CN nel 1849, a 30 anni, non ebbe accesso al CF a causa di Furrer. Nei primi anni della Confederazione, assieme a Dubs, era ben più

alleare con i *Kammernherren* contro i contadini cattolici; si noti anche la poca lungimiranza dei comunisti, che consegnarono la Svizzera ai *Bundesbaronen* a suon di illazioni: ad esempio Engels nel 1847 criticava il *Sonderbund* sostenendo che i conservatori erano la rozzezza contro la formazione, un’idea assurda pensando proprio a Segesser, cfr. SCHOTT 1983, p. 43.

⁸³⁶ JAGMETTI 2018, p. 25, che ricorda che Escher era pure il primo dottore della nuova università di Zurigo; Caroni nota fra l’altro che la romanistica, proprio perché si occupava di *Volksgeistlehre* e diritto consuetudinario, vide perfino prima di Marx i problemi sociali del 19° secolo. Certo non aiutò poi che molti romanisti, come Mommsen dal 1852 a Zurigo, si schierarono a favore dell’autonomia privata e dell’antistatalismo, CARONI 1994, p. 265 s.; era stato A. Escher a volere quella seconda cattedra di diritto romano, GAGLIARDI/NABHOLZ/STROHL 1938, p. 488.

⁸³⁷ GRUNER 1977, p. 84.

⁸³⁸ BÜRGI, MARKUS: “Movimento Democratico”, in: DSS, 6.01.2020 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/017382/2020-01-06/>.

⁸³⁹ Alfred era sì figlio di un Heinrich, che non va però confuso né con l’Heinrich professore di giurisprudenza visto sopra, né con l’Heinrich Escher storico zurighese, tutti coevi!

⁸⁴⁰ JUNG 2006, p. 177.

vicino al radicalismo che non Furrer.⁸⁴¹ Presto però le logiche del capitalismo manchesteriano prevalsero. Si occupava di sviluppo economico, legislazione doganale, di politica dei trasporti, neutralità. Fu anche subito vicepresidente del Consiglio delle scuole politecniche sotto Kern – con il quale condivideva la spinta per una riorganizzazione dell’educazione cantonale.⁸⁴² Nella sua lettera del 7 agosto 1850 il grigionese Peter Conradin von Planta scriveva ad A. Escher sapendo che quest’ultimo non era un sostenitore della giuria popolare.⁸⁴³

- **Johann Jakob Rüttimann** era allievo di Keller, non era laureato in diritto a causa di una difficoltà economica familiare, che lo mise nella posizione di dover andare a lavorare. Era però un ottimo giurista, riuscì a diventare avvocato e poi dottore *honoris causa*, quindi professore.⁸⁴⁴ Su Rüttimann è il caso di dedicare più attenzione anche grazie al lavoro certosino consegnatoci ora da Jagmetti. Più vicino degli altri a A. Escher (che era il padrino di suo figlio), insegnò assieme a lui all’Università di Zurigo. Era troppo giovane per far politica nel Gran Consiglio rigenerato, ma lo conobbe come corrispondente per il giornale di Snell, il *Schweizerischen Republikanern*, diventando poi segretario parlamentare e vivendo il dramma dello *Züriputsch*, motivato non solo dalla fame di potere di conservatori e alcuni signori dell’economia, ma anche perché i liberali cittadini si erano dimenticati tanti lavoratori a domicilio e dell’industria nelle campagne.⁸⁴⁵ Nel 1845-1848 Rüttimann era inviato alla Dieta assieme a Furrer dopo che i liberali ebbero ripreso il potere a Zurigo e con lui discusse la nuova Costituzione nel *plenum*,⁸⁴⁶ spingendo per una soluzione federalista con un sistema bicamerale, così da dare ascolto ai cantoni, contro l’opinione di A. Escher che era invece decisamente più centralista.⁸⁴⁷ Fu giudice federale già nel 1848.⁸⁴⁸

⁸⁴¹ HOLENSTEIN 2018, p. 91.

⁸⁴² OECHSLI, WILHELM, Escher, Alfred, in: Allgemeine Deutsche Biographie 48 (1904), pp. 415-429 (<https://www.deutsche-biographie.de/pnd118830295.html#adbcontent>); v anche BÜRGI, MARKUS: “Alfred Escher”, in: DSS, 20.01.2020 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003626/2020-01-20/>.

⁸⁴³ Von Planta, consapevole che un’unificazione penale in Svizzera non avrebbe incontrato grandi consensi, sosteneva che fosse meglio un processo pubblico e orale con giudici stabili e si schierava contro la moda (*Modeartikel*) delle giurie. Per Zurigo Escher però capì che non era il caso di contrastare l’opinione politica dominante e non si oppose alle giurie, JUNG 2012, p. 172 s., npp. 2.

⁸⁴⁴ JAGMETTI 2018, p. 15; negli anni ‘30 fu giudice istruttore e sostituto del procuratore generale. Insegnò all’università di Zurigo sin dal 1844. Dal 1850 ministro cantonale della giustizia. Era inviato alla dieta federale con i suoi amici intimi Furrer e A. Escher (con cui condivideva le imprese economiche), subito membro del CdSi nel 1848, in cui militò per 15 anni, PETER-KUBLI, SUSANNE: “Johann Jakob Rüttimann”, in: DSS, 09.08.2010 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003683/2010-08-09/>.

⁸⁴⁵ JAGMETTI 2018, p. 87.

⁸⁴⁶ JAGMETTI 2018, p. 24 ss.

⁸⁴⁷ JAGMETTI 2018, p. 96 ss.

⁸⁴⁸ BuRiLex Johann Jakob Rüttimann.

Anch'egli contrario alla democrazia diretta,⁸⁴⁹ rimase sempre fedele al messaggio liberale di Keller. Fu Rüttimann a costruire concretamente la giuria popolare federale imponendosi su Druet e quella zurighese assieme a Dubs. Su indicazione di Keller andò nel 1836 a Parigi e Londra per studiare la procedura con i giurati, incaricato (con tanto di documenti diplomatici) dalla commissione che stava rivedendo le procedure zurighesi. Non si sa se studiò in effetti i processi francesi, di sicuro lo fece in Inghilterra e fu colpito dall'efficienza di quella procedura.⁸⁵⁰ Come ricorda Jagmetti, da quell'esperienza Rüttimann ricavò due libri, uno nel 1837 e uno 14 anni dopo, entrambi dedicati esplicitamente a Keller, in cui spiegava come funzionavano i processi civili inglesi. Nella redazione della legge sull'organizzazione del TF centrali per lui furono i principi di pubblicità e oralità appresi in Inghilterra.⁸⁵¹

- **Jakob Dubs**, che aveva una storia politica e studentesca diversa: allievo di Snell, nel 1841 allievo di Mittermaier, anche lui fu membro delle spedizioni dei Corpi franchi nel 1845. Giudice d'inchiesta (*Verhörer*) a Zurigo nel 1846 (a soli 24 anni), GC l'anno dopo, venne notato proprio da A. Escher che ormai a Zurigo aveva la strada spianata. Fu un politico istrionico che seppe rimanere indipendente. In parlamento sedette comunque sempre con A. Escher nel centro liberale.⁸⁵² Fu eletto nel 1854 al TF al posto di Rüttimann e nel 1861 nel CF al posto di Furrer. Era un fervido sostenitore delle giurie popolari e della procedura di selezione casuale nella democrazia su spunto montesquieuiano.⁸⁵³ Fu inizialmente avverso alla democrazia rappresentativa, allineandosi a favore della democrazia diretta.⁸⁵⁴ Lo spostamento politico nella sua vita fu poi netto e, sotto attacco, si schierò apertamente contro le proposte del Movimento democratico alla fine degli anni '60, dato che la loro democrazia diretta secondo lui era sostanzialmente distruttiva.⁸⁵⁵
- **Johann Jakob Blumer**, giudice al TF sin dal primo giorno di attività ininterrottamente per 27 anni, quando morì in carica, fu contemporaneamente il massimo esponente del CdSi. Allievo anch'egli di Keller e Bluntschli, con puntate a Berlino da Savigny, era amico

⁸⁴⁹ JAGMETTI 2018, p. 117.

⁸⁵⁰ JAGMETTI 2018, p. 34 ss.

⁸⁵¹ JAGMETTI 2018, p. 40 s.; su quella legge e le conseguenze v. meglio sotto, cap. 6.4.

⁸⁵² OECHSLI, WILHELM, Dubs, Jakob, in: Allgemeine Deutsche Biographie 48 (1904), pp. 128-133 (<https://www.deutsche-biographie.de/pnd116231696.html#adbcontent>); la sua vicinanza a Escher lo fece diventare un feroce critico del suo vecchio amico Stämpfli, soprattutto nella questione degli affari di Neuchâtel e della Savoia contro prussiani e francesi, JORIO, MARCO: "Jakob Dubs", in: DSS, 16.04.2004 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003625/2004-04-16/>.

⁸⁵³ Cfr. OBERLI 1934, p. 18, e la bibliografia *ivi* citata.

⁸⁵⁴ HAUSER 1977, p. 258 e la *letteratura* *ivi* citata; si noti che anni dopo i democratici se la presero anche con Dubs, sempre più vicino a A. Escher.

⁸⁵⁵ JAGMETTI 2018, p. 116; sul Movimento democratico v. meglio sotto, cap. 8.3.1.

particolarmente intimo di Escher⁸⁵⁶ senza però diventare dottore e, soprattutto, lasciando il sentiero romanista per seguire piuttosto quello germanista. Questo fatto lo portò, ad esempio a frenare gli animi nel 1844, ricordando che bisognava rispettare la “coscienza popolare” (*Volksbewusstsein*) anche quando ci si confrontava con i conservatori.⁸⁵⁷ Primo giurista moderno nella storia del suo cantone, ancora studente (aveva 21 anni) fu nominato giudice al tribunale criminale, ma rifiutò. Fu però l’anno dopo giudice civile e di lì a poco presidente del tribunale, esperienza da cui ricavò molti spunti. Individuò ad esempio l’idea di creare una rivista delle sentenze come aveva fatto Keller a Zurigo ed ebbe l’occasione di giudicare accanto a giudici non togati (*Laienrichter*), cosa che gli permise di ragionare sulla “vera vita del diritto” (*wirkliches Rechtsleben*).⁸⁵⁸ Era un forte sostenitore della democrazia diretta,⁸⁵⁹ espressione della sua passione per la storia del diritto svizzero.⁸⁶⁰ Non stupisce che non fosse certo un amico delle giurie, d’altronde ciò che lo guidava nella sua via legislativa era, come dichiarava commentando il suo codice civile, di “rispettare il più possibile il diritto esistente e la coscienza giuridica del popolo”⁸⁶¹ per riuscire a trovare consenso di fronte alla *Landsgemeinde* (che comunque spesso stupiva in positivo per la sua apertura).⁸⁶² Più degli altri improntò la scienza del diritto elvetica attraverso il suo manuale di diritto pubblico, che contribuì poi in modo decisivo a sancire la morte delle giurie elvetiche a livello federale, inizialmente progettate da Rüttimann.

Riassumendo, sui cosiddetti “baroni federali” si può affermare che siamo di fronte a un gruppo di persone vicino al metodo della romanistica tecnicista, pronti a perseguire una decisa funzionalizzazione della società. Legalisti, di fronte alla democrazia e alla giurisdizione avevano però approcci diversi. L’ideologo A. Escher, inizialmente radicale, ma presto leader dei centristi, si dimostrava come il più intransigente. Gli altri sul tecnicismo erano pronti ad atteggiamenti più compromissori. Proprio perché è difficile individuare una linea comune nelle proposte concrete – d’altronde avevano tutti origini e storie di vita diverse – la loro attività va giudicata con un occhio rivolto al futuro, non al passato. Fra di loro, fu comunque il mittermaieriano Dubs a diventare Consigliere federale, prendendo il posto dell’altro heidelbergeriano Furrer. Senza aver approfondito questo aspetto, mi chiedo se l’approccio storicista degli altri tre fosse un limite alla presa del

⁸⁵⁶ Era citato nella pagina di ringraziamenti della Diss. di Escher assieme al mentore Keller.

⁸⁵⁷ FRITZSCHE 1945 Blumer, p. 235.

⁸⁵⁸ FRITZSCHE 1945 Blumer, p. 228 ss., in particolare p. 232.

⁸⁵⁹ JAGMETTI 2018, p. 28.

⁸⁶⁰ FRITZSCHE 1945 Blumer, p. 243 ss.

⁸⁶¹ “*das bestehende Recht und das Rechtsbewusstsein des Volkes möglichst zu schonen*”, cit. in FRITZSCHE 1945 Blumer, p. 251.

⁸⁶² FRITZSCHE 1945 Blumer, p. 252; su Blumer v. ora anche BuRiLex Johann Jakob Blumer.

potere o se limitarsi al dominio nel diritto (e poi nell'economia!) si trattasse di una scelta strategica, consapevoli che, di fronte a una Svizzera politicamente recalcitrante, la loro capacità di fare diventare presente la Storia (particolarità tipica del metodo savignyano) fosse un'arma da tener nascosta nelle maglie dello sviluppo economico.

6.2.4 Il Tribunale Federale nella nuova Costituzione federale degli avvocati svizzeri

Tutti e sette i membri della Commissione contro il *Sonderbund* furono protagonisti, assieme ad un'altra decina di persone, della Commissione per la Costituzione nel 1847. Essa fu redatta come revisione del Patto federale del 1815, partendo dal testo del Patto Rossi del 1832,⁸⁶³ e cinque di loro diventarono membri del primo CF.⁸⁶⁴ Redattori finali della Carta furono Kern e Druey.⁸⁶⁵ Venne scritta in un lampo (8 settimane) per non lasciar che i catto-conservatori si rialzassero e che le potenze straniere si lamentassero. Quel pragmatismo in salsa elvetica si dimostrò efficace: la Costituzione giuridicamente più “debole” d'Europa si dimostrò la più longeva.⁸⁶⁶

Indica KÖLZ che sui temi di sovranità popolare, federalismo e diritti liberali le menti nella commissione costituzionale che colmavano le lacune teoriche erano Druey, Furrer e il militare radicale Ochsenbein.⁸⁶⁷ Sulla questione “nazione Svizzera come fonte di sovranità” (“*schweizerische Nation als Quelle der Souveranität*”), cavallo di battaglia del radical-hegeliano Druey, il contraltare più forte fu proprio quello del federalista Furrer. I due non si sopportavano, Druey lo apostrofava come “topo di biblioteca” (*Stubengelehrte*) e sosteneva che non si sarebbe mai fatto imporre niente da un professore zurighese, talvolta minacciò persino di andarsene.⁸⁶⁸ Anche lo scettico Näff fu tra i relatori più vivaci, talvolta riuscendo pure ad avere la meglio su Furrer, dato che portava una certa esperienza di governo con sé.⁸⁶⁹ Ed infatti Zurigo, anzitutto per voce di Furrer e del presidente del Gran Consiglio Alfred Escher, si considerava perdente da quella Commissione.⁸⁷⁰

Dal profilo giudiziario, nella Cost. 1848 il nuovo TF era stato concepito come potere giudiziario debole, non fu p.e. provvisto di una sede fissa,

⁸⁶³ V. ora i verbali segreti di quella commissione raccolti e commentati da HOLENSTEIN 2018.

⁸⁶⁴ Furrer, Näff, Ochsenbein, Druey e Munzinger, mentre i giuristi Luvini e Kern lasciarono il posto ai politici pratici Francini (docente) e Frey-Herosé (industriale chimico). Naeff rimase in CF per 27 anni!

⁸⁶⁵ KÖLZ 1992 Grundlinien bis 1848, p. 552.

⁸⁶⁶ KÖLZ 1992 Grundlinien bis 1848, p. 551.

⁸⁶⁷ KÖLZ 1992 Grundlinien bis 1848, p. 550.

⁸⁶⁸ Continuarono a stuzzicarsi anche in CF, HOLENSTEIN 2018, p. 237.

⁸⁶⁹ HOLENSTEIN 2018, p. 157.

⁸⁷⁰ HOLENSTEIN 2018, p. 255.

venendo quindi definito “non permanente”, *nicht ständig*.⁸⁷¹ La vera svolta era la divisione dei poteri tra esecutivo e giudiziario, dove le condizioni per essere eletto al TF o al CF erano le stesse.⁸⁷² Il TF era così inizialmente indistinguibile da un’ autorità politica, essendo composto quasi solo di deputati attivi a livello nazionale.⁸⁷³ Inizialmente essere eletti come giudici federali valeva spesso come uno dei vari gradini nella propria carriera politica.⁸⁷⁴

Ormai eliminato il censo,⁸⁷⁵ chiunque poteva essere eletto al ruolo di giudice federale dal CN, visto che era già eleggibile per il CN, fatta eccezione per i membri del clero.⁸⁷⁶ Spesso questa norma è stata considerata la base di legittimazione della presenza dei giudici profani in Svizzera. In effetti i costituenti non scrissero nero su bianco che solo i giuristi avrebbero potuto diventare giudici federali e nemmeno lo discussero davanti alla commissione di redazione della Costituzione.⁸⁷⁷ Nella storia del TF fino ad oggi però i non-laureati in diritto si contavano sulle dita una mano e si trattava comunque di autorevolissimi giuristi che non avevano ottenuto il diploma accademico a causa di difficoltà personali. Avevano tutti studiato ed erano tutti attivi come avvocati.⁸⁷⁸ Sarebbe quindi legittimo chiedersi se gli avvocati in cuor loro avessero voluto a tutti gli effetti un TF occupato solo da giuristi, ma erano consapevoli che *non potevano* scriverlo e quindi non ne parlarono nemmeno.

⁸⁷¹ BRAND 1962, p. 61; HILLEBRAND 1851, p. 349, rimarcava che la sede ordinaria per le sedute del TF a norma dell’art. 17 OG 1849 era Berna, ma la lista di eccezioni in quell’articolo era ampia, in particolare per ciò che riguardava i dibattimenti.

⁸⁷² Voto Kern, HOLENSTEIN 2018, p. 876.

⁸⁷³ Di 11 giudici federali, 8 sedevano all’AssFed: quattro in CN (Kern, Pfyffer, Favre, Folly) e quattro in CdSi (Rüttimann, Migy, Brosi, Blumer), cfr. i rispettivi profili in BuRiLex; si noti che il sistema politico e quello giuridico non erano ancora completamente differenziati. Il 24/25 luglio 1855 ad esempio l’AssFed emanò un “Decreto federale in soppressione del processo aperto pe’ disordini delle elezioni nel Cantone del Ticino”, per interrompere il processo penale a causa dei disordini elettorali avvenuti a Agno, a Giubiasco e nella valle Onsernone, su domanda dello stesso governo ticinese.

⁸⁷⁴ V. ora LUMINATI/CONTARINI 2019.

⁸⁷⁵ GRUNER 1977, p. 182; le elezioni furono comunque segnate per decenni da brogli colossali, *ibidem*.

⁸⁷⁶ Art. 97 Cost. 1848 c.d. art. 64 Cost. 1848; nel Patto Rossi non era indicato chi poteva diventare giudice, dato che secondo l’art. 92 la Dieta avrebbe dovuto scegliere 9 membri partendo da una lista di persone messe a disposizione dei cantoni, KÖLZ 1992 Quellenbuch bis 1848, p. 365.

⁸⁷⁷ HOLENSTEIN 2018, p. 880 s.; si disquisì per contro, se concedere ai ministri cantonali la possibilità di essere giudici federali, nessuno questionò l’idea che chiunque potesse essere giudice federale, StenBul Komm 1847 F, p. 190.

⁸⁷⁸ Si pensi a Rüttimann, Trog o Stamm. Due altre paia di giudici studiarono giurisprudenza per anni, anche all’estero, senza però riuscire ad ottenere la licenza, cfr. i rispettivi profili in BuRiLex.

Dal punto di vista delle competenze, l'ambiente federalista non era però favorevole ad una centralizzazione della giurisdizione penale federale⁸⁷⁹ e Furrer vegliava sul mantenimento della sovranità giudiziaria cantonale. Scattò p.e. come una molla protestando (*protestirt feyerlichst*) quando in Commissione il 27 marzo 1848 Kern propose un'istanza di appello al TF sulle sentenze cantionali.⁸⁸⁰ Una competenza penale residuale centrale, in particolare sui delitti politici federali e sul penale amministrativo, venne comunque concessa alla Confederazione, un ambito nel quale le giurie popolari giocarono un ruolo determinante (su questo tema v. in esteso sotto, cap. 8.1.3).

6.3 Il ruolo dei giuristi nel sistema giuridico moderno

*Je n'apprécie pas la jurisprudence du Tribunal fédéral
sur cette question de droit de la famille.
Donc je ne l'applique pas. C'est comme ça,
je suis conne: je ne la connais pas.*⁸⁸¹

6.3.1 Le professioni giuridiche come ponte della modernità

Oggi bastano pochi minuti in uno studio di avvocati per capire che l'argomentazione giuridica non è un'operazione monolitica. Ci sono modi di dire validi in un certo *milieu*; atteggiamenti professionali "segreti" sia scritti, sia orali, sia comportamentali; tabù legati alla deontologia; strutture di deferenza; storie di motivazioni già tentate e risultate perdenti; accuse di temerarietà incomprensibili, se slegate dal loro contesto; il segreto professionale; ecc. Fra avvocati e giudici nel foro ci si conosce, si sa cosa si può osare, fin dove ci si può spingere e come farlo. L'argomentazione giuridica razionale in tutto questo assume il sapore del contorno necessario, ma non essenziale.⁸⁸² Tutto questo destabilizza, ed infatti quando sono formati come giuristi, giudici e avvocati non sono dissimili fra loro, si trincerano dietro alla loro capacità professionale di interpretare i testi

⁸⁷⁹ Solo 4 cantoni volevano la centralizzazione del diritto penale, cfr. StenBul 1847 Dieta, p. 315 e 322.

⁸⁸⁰ HOLENSTEIN 2018, p. 814.

⁸⁸¹ Mia trascrizione delle parole (incluso l'autoinsulto) di una giudice di pace sindacalista, socialista e femminista, presidentessa dell'autorità di protezione della famiglia a Friburgo, da lei espresse durante una conferenza organizzata dal FRI - Schweizerisches Institut für Feministische Rechtswissenschaft und Gender Law a Friburgo, primavera 2019. La giudicessa indicava con esse che l'attività pratica può essere intrisa di resistenza – che sa andare oltre la mitologia corporativa giocando semplicemente all'esterno dell'epistemica della razionalità professionale.

⁸⁸² V. anche LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 66, npp. 15, che sottolinea che questo sapere corporativo non si impara certo all'università. Senza essere un teorico dei sistemi, sulla prassi del foro in Germania v. ora STARYSTACH 2018.

normativi. Questi testi sono diversi dalla lingua parlata, dato che non pretendono di scatenare un semplice atto di comprensione del destinatario, ma sono costruiti sapendo che il testo dovrà essere interpretato in una rete ampia, inserito in una cornice lavorativa e istituzionale che non permette molto spazio semantico.⁸⁸³

Le ricerche empiriche però sono chiare: al netto del testo, i giuristi – avvocati e giudici – in realtà costruiscono l'interpretazione partendo dal caso specifico e non cominciano (come invece ci si potrebbe aspettare) interpretando i testi che hanno sotto i loro occhi.⁸⁸⁴ E i giuristi fra loro lo fanno. Come nota anche Luhmann, chi è confrontato professionalmente con il paradosso del sistema giuridico conosce bene la frustrazione di essere dalla parte sbagliata della differenza quando il diritto opera. Si sviluppano quindi delle forme specifiche che permettono ai giuristi, in particolare agli avvocati, di confrontarsi meglio con questo peso.⁸⁸⁵ Per questo indica che cinismo e ironia sono di casa,⁸⁸⁶ valgono come antenne per capire se si viene capiti. Inoltre, i giuristi imparano a spostare l'attenzione sui problemi di forma, più accettati quando si perde. Infine, si lamentano volentieri che un dato problema sia legato al campo giuridico in sé, sostenendo che esso vada riformato.⁸⁸⁷

Con l'arrivo della società del rischio e la sua relativa polarizzazione fra i decidenti che dominano il testo e gli altri,⁸⁸⁸ la formazione e la relativa socializzazione professionale dettavano ora i nuovi valori del sistema giuridico, imponendo i suoi metri di osservazione in logica autopoietica.⁸⁸⁹ Come spiega ora Kurtz, su questo tema invero la teoria dei sistemi così come disegnata da Luhmann appare oscura. Il nostro ha infatti individuato nell'organizzazione e non nella professione il momento cardine della suddivisione funzionale. Per questo il teorico di riferimento su questo tema è in genere indicato in Stichweh, uno dei più noti allievi di Luhmann.

In alcuni testi però Luhmann si è esposto anche sulle professioni, muovendosi sempre nell'idea dello sdoppiamento della società nei vari schematismi binari provocata dalla differenziazione funzionale moderna. Di fronte a questa tecnicizzazione, lo schematicismo dato dalla dualizzazione della società ha coinvolto contemporaneamente i sistemi funzionali e quelle professioni che hanno a che fare con le interazioni fra persone e si pongono

⁸⁸³ LERCH 2006, p. 69 s.

⁸⁸⁴ LERCH 2006, p. 67; il linguista questiona *in toto* la rilevanza della legge nel lavoro giuridico, *ivi*, p. 70.

⁸⁸⁵ Sulla funzione immunitaria del diritto v. sopra, cap. 2.6.4.7. Sul ruolo terapeutico npp. 215.

⁸⁸⁶ Basta fare qualche giorno di pratica in uno studio legale per conoscere questa realtà. Perlomeno nel foro luganese questa è la regola.

⁸⁸⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 548, che rende attenti: non si confondano gli strumenti professionali di confronto con il paradosso con lo scioglimento stesso del paradosso compiuto per mezzo degli atti scritti.

⁸⁸⁸ Cfr. anche BECK 2008.

⁸⁸⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 531.

come facilitatrici di problemi, ovvero: come strutture che permettono il passaggio da un lato all'altro della differenza, in particolare verso il lato positivo (per i giuristi: il passaggio dal lato “non-diritto” al lato “diritto”).⁸⁹⁰

Spiega Stichweh che nella logica della teoria dei sistemi, le professioni vanno intese come una **transizione** (*Übergang*) dalla società di antico regime alla società moderna, suddivisa funzionalmente.⁸⁹¹ Tipicamente professionali sono stati già i teologi, i medici e i giuristi medievali formati accademicamente, altamente riconosciuti nella società ed espressione parallela alla divisione cetuale. L'esperto portava con sé una prestazione fondata sul sapere e aveva una pretesa monopolistica grazie alla sua organizzazione corporativa.⁸⁹² Si trattava dell'elevazione di un mestiere a una posizione cetuale-nobiliare. Questo è stato possibile grazie ad una graduale de-gerarchizzazione degli ordini cetuali e nobiliari.⁸⁹³ C'è stato sostanzialmente uno spostamento della posizione dell'individuo nella società: ora non era più la sua origine (cetuale) al centro, ma la sua carriera, ci si rivolgeva al futuro.⁸⁹⁴

La professionalizzazione dei giuristi visse una svolta con l'arrivo dell'attività legislativa politica a cavallo tra Sette- e Ottocento. Se fino ad allora il giurista era titolare di un sapere proverbiale e massimale, si passava adesso alla tecnica della sussunzione. Rispetto a prima, con le nuove leggi la decisione di un processo veniva (surrettiziamente) considerata come già prevista dalla legge.⁸⁹⁵ L'evoluzione era stata segnata da una frattura iniziale: il principe di fine Settecento non si fidava per niente della figura del giurista di antico regime. Con l'arrivo delle codificazioni razionaliste si pensò finalmente di potersene sbarazzare creando libri semplici, chiari e razionali: i Codici. Ad esempio, l'ALR prussiano di fine Settecento non permetteva più che qualcuno lo interpretasse – vietandone persino una trattazione scientifica da parte dei giuristi. Ora la sola legge dominante era il giudizio.⁸⁹⁶ Che ingenuità! - sostengono i teorici dei sistemi. In realtà fu proprio la sussunzione a rendere la letteratura scientifico-giuridica centrale, visto il bisogno di sistematizzazione e semplificazione della prassi dei tribunali.

⁸⁹⁰ KURTZ 2011, p. 41 s., riproponendo con parole sue le tesi di Luhmann esposte in vari contributi.

⁸⁹¹ STICHWEH 2006 (1996) Professionen, p. 2; STICHWEH ribadisce che le teorie sociologiche si sono formate su una semantica esistente da secoli, affermando però che esse sono storicamente innovative e sono un momento strutturale della modernità. Addirittura poi la sociologia ha cercato di professionalizzare qualsiasi mestiere, STICHWEH 2005 Zukunft, p. 6.

⁸⁹² STICHWEH 2005 Zukunft, p. 1 s.

⁸⁹³ Sostenuta poi dal nuovo accesso alla proprietà come garanzia di sicurezza dell'indipendenza del cittadino, STICHWEH 2006 (1996) Professionen, p. 4.

⁸⁹⁴ LUHMANN 1993 Gibt es..., p. 15; BOHN 2008, p. 178, sottolinea il passaggio dall'antico *enjeux* dell'onore ai media moderni come i soldi, il possesso, i titoli di studio o la reputazione accademica.

⁸⁹⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 271 s.

⁸⁹⁶ V. MEDER 2017, p. 282.

L'evoluzione fu quindi presa in mano proprio dai giuristi, riuscendo infine a prendersi sia il ruolo del giudice, sia quello del legislatore.⁸⁹⁷

La nascita della scienza giuridica universitaria ottocentesca e la sua idea di sistema sono quindi comprensibili in un'ottica di autoconservazione (*Selbsterhaltung*) e autotrasformazione (*Selbsttransformation*) del diritto.⁸⁹⁸ Se le norme cominciarono a sorgere fuori dal sistema giuridico, la creazione di una struttura giuridica permetteva di intercettarle come informazioni, individuando le decisioni che si somigliassero fra loro. I giuristi creavano ora un "legame allentato" ("*loose coupling*") tra informazioni, che fosse in grado di permettere un'ulteriore selezione informativa, creando una stabilità e un ordine che si influenzavano reciprocamente. Le nuove scienze ebbero un ruolo centrale in questo metodo, legando il diritto con il mondo universitario moderno.⁸⁹⁹ Come spiega Haferkamp, proprio la formazione era il punto di riferimento della Scuola storica del diritto secondo la spinta di Hugo, la cui "rivoluzione" del 1789 era stata proprio l'idea di creare una nuova struttura formativa per nuovi giuristi: l'idea non era certo tornare al diritto romano in sé e per sé, ma *imparare* attraverso l'esempio dei romani. Al posto della rivoluzione Hugo faceva partire le riforme direttamente dalle aule universitarie, non scriveva libri ma manuali. Un messaggio che Savigny fece suo e che dal 1806, quando il diritto romano perse validità, poté sviluppare come uno studio giuridico capace di presentarsi nella sua dimensione nazionale, nonostante il diritto fosse ancora frammentario. Presentare il diritto romano come sistema non serviva a esprimere un realismo concettuale (*Begriffsrealismus*), ma piuttosto a insegnare un modo di pensare sistematico.⁹⁰⁰ I giuristi formati secondo le nuove impostazioni accademiche potevano diventare i nuovi rappresentanti della nazione, specializzati in una nuova differenziazione funzionale.⁹⁰¹

Spiega Luhmann che si trattò di una lenta evoluzione possibile grazie alla pervasione della testualità, che all'inizio deve essere stata vissuta come una catastrofe. Il vantaggio della scrittura stava nel rendere visibili i cambiamenti e nel rendere più facile la gestione degli imprevisti. Ma le regole scritte, pensate per restare nel futuro, in realtà oscillano tra passato, presente e futuro.⁹⁰² Il testo può essere così sottoposto a qualsiasi interpretazione,

⁸⁹⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 273 s.; sul fenomeno svizzero dei giudici-legislatori v. sotto npp. 1536.

⁸⁹⁸ STICHWEH 1990, p. 264; ed infatti le facoltà di giurisprudenza si rifiutarono di insegnare l'ALR, MEDER 2017, p. 282.

⁸⁹⁹ STICHWEH 1990, p. 263.

⁹⁰⁰ HAFERKAMP 2018, p. 108 s.

⁹⁰¹ La loro rilevanza sistemica aveva nuova rilevanza politica, STICHWEH 1992, p. 341 ss.; va notato che anche la scuola storica permetteva di insegnare un diritto che non fosse più un elemento della teologia o della politica, v. CARONI 1994, p. 244.

⁹⁰² Si pensi al paradosso: l'esistenza del passato e del futuro come possono permettere la presenza di un presente? Posso pensare che dirò "ora!", ma appena lo dirò questo sarà già

aprendo alla consapevolezza che il senso scritto e il senso inteso sono necessariamente separati. Divenne quindi socialmente centrale capire chi interpretasse il diritto e come esso venisse interpretato, dando modo alla società di adeguarsi. La scrittura nel diritto portò quindi con sé una nuova classe di interpreti.⁹⁰³ Hespanha spiega che aver successo fra i giuristi significa – da secoli – corrispondere a criteri sviluppati all’interno della loro corporazione. Siamo parlando di vere e proprie regole auto-referenziali, prodotte da gremi interni, controllate e valutate da istanze interne.⁹⁰⁴ Con la modernità⁹⁰⁵ c’era però ora una novità: nella logica dell’arrivo delle professioni, lo sviluppo dell’università di inizio Ottocento portò un nuovo contesto al prestigio sociale dei professionisti: dismessa la logica nobiliare, i professionisti diventarono persone pubbliche in grado di risolvere questioni problematiche (*Problemlage*).⁹⁰⁶ Dismessi gli abiti nobiliari, la corporazione riuscì a passare dalla rappresentanza di interessi propri, all’incarnazione di nuove dinamiche che creassero fiducia,⁹⁰⁷ insomma cominciava a gestire il futuro. I giuristi si sono fatti strada scalzando i teologi e assumendo nuovi connotati: divennero accademici contraddistinti dalla scientificità e dalla professionalità. Nell’Ottocento poi il professore di giurisprudenza divenne l’immagine tipizzata che dominava il *Vormärz* rivoluzionario tedesco.⁹⁰⁸

6.3.2 Il rapporto fra la professione e l’organizzazione nell’ambito dell’attività dei giuristi

Kurtz ha spiegato, riassumendo gli sparuti testi di Luhmann sul tema, che per il teorico lo sviluppo delle professioni non deve essere tematizzato come fattore individuale, ma sempre legato al fenomeno delle organizzazioni. L’organizzazione e la professione sono infatti **“forme di rispecificazione di criteri che si son ritrovati ad essere troppo generali”**.⁹⁰⁹ Rispecificano “rapporti funzionali sociali in rapporti di prestazione”.⁹¹⁰ Concretamente significa che sia le professioni, sia le organizzazioni svolgono la funzione di

passato. Il presente è indescrivibile in quanto presente, ma evidentemente può essere costruito, dato che è stato il futuro di un passato ed è il passato di un futuro.

⁹⁰³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 249 ss.: il diritto improvvisamente non era più deducibile dal numero di *Eideshelfer* che si esponevano a favore di una o dell’altra aspettativa normativa! V. anche npp. 758; critico su quest’idea della testualità della catastrofe e irritato dall’indifferenza della teoria dei sistemi per l’olocausto come catastrofe per il diritto è MAHLMANN 2000.

⁹⁰⁴ HESPANHA 1992, p. 94 ss.

⁹⁰⁵ Ho già indicato sopra, cap. 5.3.1, che comunque Hespanha rifiuta questa concezione di modernità.

⁹⁰⁶ STICHWEH 2005 Zukunft, p. 2.

⁹⁰⁷ STICHWEH 2006 (1996) Professionen, p. 5.

⁹⁰⁸ STOLLEIS 2008, p. 1441.

⁹⁰⁹ “*Formen der Respezifikation von zu allgemein geratenen Kriterien*”, Luhmann cit. da KURTZ 2011, p. 43.

⁹¹⁰ “*gesellschaftliche Funktionsbezüge in Leistungsbeziehungen*”, KURTZ 2011, p. 44.

apertura del sistema operativamente chiuso al mondo. Per farlo però limitano lo spazio decisionale del sistema.⁹¹¹ La differenza cardine fra le due? La possibilità delle organizzazioni di operare meccanismi di esclusione attraverso la qualità di membro e la vincolatività dei programmi decisionali.⁹¹² In questo senso sia il TF, sia la SSG (ma in dimensione minore) sono fenomeni organizzativi.

Tutto ciò significa la morte delle professioni? A dire di Stichweh sì, alla fine le professioni saranno assorbite dalle organizzazioni.⁹¹³ Per Luhmann l'organizzazione gode di un sostanziale primato, e anche Kurtz spiega che sempre più le professioni hanno bisogno di essere inserite in un ambiente organizzativo, mentre non è vero il contrario. Nella società moderna infatti la conoscenza dei sistemi funzionali è sempre più depositata nelle organizzazioni sottoforma di gestione organizzata della conoscenza.⁹¹⁴ La questione è quindi come funzioni l'organizzazione.

L'organizzazione è quel tipo di sistema sociale che, a differenza dell'interazione diretta, si forma su regole di riconoscimento e ruotizza i suoi membri, dando loro un compito e una posizione in una struttura gerarchica.⁹¹⁵ Le organizzazioni radicalizzano l'osservazione di secondo ordine della società moderna.⁹¹⁶

In tutti i sistemi funzionali ci sono organizzazioni che si occupano di verificare la coerenza del sistema, limitando le combinazioni fra operatori. Queste organizzazioni strutturano la memoria del loro sistema di riferimento.⁹¹⁷ Le comunicazioni del sistema organizzativo avvengono attraverso decisioni: esse sono sempre imputabili ad un membro dell'organizzazione, ovvero qualcuno che possa contribuire a decidere le strutture del sistema, ma sono sempre considerabili come decisioni di tutta l'organizzazione. Per prendere decisioni nell'organizzazione si stabiliscono delle premesse:

- c'è un programma su cui orientarsi che limita le possibilità comunicative,
- c'è un ambito decisionale,
- c'è (di solito) una gerarchia che permette una differenziazione interna.

⁹¹¹ KURTZ 2011, p. 44.

⁹¹² KURTZ 2011, p. 45.

⁹¹³ Non è solo una questione legata ai tribunali, che si intendono come organizzazione gerarchica. Anche gli studi d'avvocati sempre di più si stanno ristrutturando nella forma di società anonime.

⁹¹⁴ *“In der modernen Gesellschaft jedenfalls lagert sich das Handlungswissen der Funktionssysteme immer mehr als Form organisierten Wissensmanagements in den Organisationen ab”*, KURTZ 2011, p. 49.

⁹¹⁵ KASTNER 2015, p. 266, comunque citando Luhmann.

⁹¹⁶ ESPOSITO 2001, p. 198.

⁹¹⁷ ESPOSITO 2001, p. 196; sul rapporto fra la normatività e la memoria v. sotto, cap. 9.3.5.2.

Programmi, vie comunicative e persone sono contingenti e nell'organizzazione non dipendono l'una dall'altra. Secondo la teoria dei sistemi la contingenza è anzi usata per rielaborare cosa va cambiato e cosa invece va mantenuto. Essa viene infine fissata sotto forma di decisione, che potrebbe essere sempre stata un'altra: c'è una trasformazione di contingenza futura in contingenza passata che permette la creazione di un tempo interno all'organizzazione stessa, così che ogni decisione possa essere essa stessa causa di un'altra decisione. Il concatenamento permette la creazione di insicurezza e di meccanismi per gestirla.⁹¹⁸

L'organizzazione, proprio perché consapevole dell'imprevedibilità dei suoi membri, elabora strutture che agiscono in controtendenza. Essa è un fenomeno moderno che, come spiega Esposito, è "legata ai problemi di osservazione di secondo ordine",⁹¹⁹ tanto che i sistemi funzionali della società moderna conservano il loro sapere proprio nella forma dei modi del sapere dell'organizzazione.⁹²⁰

6.3.3 I membri dell'organizzazione sono influenzabili, ma come?

La reazione moderna all'instabilità decisionale non è il diritto in sé. Il diritto moderno si è costruito per darsi sempre la possibilità di decidere dall'una o dall'altra parte, di restare bi-stabile. Ma deve creare l'aspettativa che opererà secondo criteri giuridici (ovvero applicando il metodo giuridico, non decidendo quindi secondo altri criteri, p.e. politici). Uno degli strumenti per gestire **l'imprevedibilità del giudice è stato individuato nell'organizzazione**. La cultura dell'organizzazione grazie alle sue logiche di inclusione crea gli spazi per l'accoppiamento strutturale tra la persona (in termini sistemici: il sistema psichico) e il sistema organizzativo e quindi che la razionalità del sistema venga vissuta come razionalità inconsapevole e funzionante (ovvero: la normalità).⁹²¹ La persona gode di un'autonomia concessa (*konzedierte Autonomie*), ovvero di lavoro basato su *standards* e rapporti di *feedback*, in modo tale da rendere difficile che la percezione individuale domini su quella del sistema.⁹²² Il sistema-organizzazione si richiama a decisioni già prese, assegnando determinati valori sistemici allo status e al ruolo dei decidenti. Questi valori danno riconoscibilità all'operazione compiuta, quindi ridondanza e gestione della complessità. Contemporaneamente permettono varietà, perché attraverso l'operazione del dimenticare altri valori, vengono lasciati spazi per decisioni future. Il futuro viene così ogni volta ridisegnato grazie al ricordo episodico del passato,

⁹¹⁸ CORSI 1995 Organizzazione.

⁹¹⁹ ESPOSITO 2001, p. 197.

⁹²⁰ "In der modernen Gesellschaft jedenfalls lagert sich das Handlungswissen der Funktionssysteme immer mehr als Form organisierten Wissensmanagement in den Organisationen ab", KURTZ 2011, p. 49.

⁹²¹ LUHMANN 1994, p. 38.

⁹²² LUHMANN 1994, p. 40 s.

costruito nella consapevolezza che a una decisione seguirà un'altra decisione.⁹²³

Come sottolinea Luhmann, manca però una tecnologia che impedisca alle percezioni dei singoli di giocare un ruolo nella decisione.⁹²⁴ Non a caso sostiene che l'origine cetuale di un giudice sia in grado di modificare le *chances* nel processo.⁹²⁵ È peraltro empiricamente osservabile l'influsso di moltissimi fattori sulla decisione, come l'origine, la confessione, il modo di vedere il mondo, l'orientamento della carriera, la morale del lavoro e del tempo libero, la personalità, ecc.⁹²⁶ Si somma che i giudici nel giudizio, come sottolinea Hesse, non si limitano ad adottare il loro sapere giuridico speciale, ma necessitano anche di concetti "profani".⁹²⁷ La componente non giuridica del sé ha una posizione addirittura dominante. Entrambe le componenti dell'io del giudice, diviso fra il sé-esperto e il sé-profano, collaborano. Si tratta di una realtà completamente oscurata, quando si discute il monopolio dei giuristi sulle decisioni giudiziarie. Eppure, il giudice nel diritto moderno è accompagnato da un sapere laterale non giuridico di diverse quantità e qualità, che si ripercuotono perlomeno sulla costruzione della fattispecie. A questo si aggiunge l'apporto emozionale. Si tratta di strumenti certo non acquisibili negli studi universitari.⁹²⁸ Prevedere una decisione è quindi difficilissimo. p.e. al netto di quel che ci dicono i film hollywoodiani, nemmeno sui giurati si possono fare conclusioni affrettate: nessuna "scientificità" nella loro selezione permette di sapere prima come decideranno,⁹²⁹ come nemmeno è dimostrabile se i giurati abbiano più o meno pregiudizi e simpatie.⁹³⁰ Le ricerche empiriche hanno mostrato che persino le opinioni politiche dei giudici non dicono molto su come venga presa una decisione, l'idea di una "giustizia di classe" è sostanzialmente ideologizzata. Il rapporto fra il diritto e la società è decisamente più complesso.⁹³¹

⁹²³ Per la teoria dei sistemi la memoria quindi non è altro che la "ricorsività del sistema": "*Mit Gedächtnis ist also im Grunde nicht anderes als die Rekursivität von Systemoperationen gemeint*", KASTNER 2015, p. 268.

⁹²⁴ Cfr. LUHMANN, *Paradoxie*, p. 40 s.; questa e alcune prossime considerazioni già in CONTARINI 2019 *Rischio*.

⁹²⁵ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 116; v. anche DROSDECK 1992, p. 144, che spiegava riassumendo altri risultati empirici, in particolare quelli di Rottleitner, che non è stato provato che l'origine, le opinioni e le attitudini dei giudici influenzino direttamente la decisione giudiziaria.

⁹²⁶ HESSE 1998, p. 57 s.

⁹²⁷ HESSE 1998, p. 55

⁹²⁸ HESSE 2004, p. 138 ss.

⁹²⁹ HANS/VIDMAR, p. 90, il successo dipenderebbe piuttosto dalla tipologia del caso.

⁹³⁰ HANS/VIDMAR, p. 148.

⁹³¹ Si veda il riassunto dei risultati in REHBINDER, N 133 ss.; v. anche il resoconto di GESSNER 1992, p. 393, che senza essere un teorico dei sistemi ricorda che l'*output* del giudizio resta interno al sistema giuridico. Che poi il sistema giuridico abbia la capacità di influenzare altre strutture che sono impostate per essere influenzate, questo è un altro problema.

Le organizzazioni si prendono proprio il compito di rendere prevedibili i loro membri, strutturandoli all'interno delle proprie logiche. La conseguenza è accentuare l'avversione verso persone a lei non gradite (idiosincrasia) e scatenare logiche di esclusione. Ma permette anche di far andare e venire i membri, ovvero di renderli contingenti, senza che l'organizzazione crolli.⁹³² Le speranze che i giudici decidano secondo una linea politica vengono quindi tendenzialmente deluse a causa dei modi argomentativi del sistema giuridico.⁹³³

Infine non rimane che chiedersi se la logica dell'organizzazione sia messa in pericolo dalla presenza di non togati (*Laienrichter*) o di giurati. In realtà l'assorbimento dell'insicurezza non dipende dal sapere particolare, ma dal sapere dell'organizzazione inteso come processo di apprendimento interno. Quello che la teoria dei sistemi riafferma su questo punto è che l'insicurezza non è di per sé un problema, anzi: Il non-sapere, e con esso l'insicurezza, è proprio una delle risorse più importanti per l'autopoiesi del sistema, siccome senza insicurezza l'organizzazione non servirebbe proprio a niente e nemmeno servirebbe decidere. Questo sapere, essendo la riduzione dell'insicurezza basata sulle decisioni che trattano il futuro in una logica di *re-entry*, è comunque autoprodotta dall'organizzazione stessa basandosi sul sapere presente, riproducendo la differenza sapere/non-sapere. Si nota subito: questa (illogica) autoreferenzialità del sapere è comoda, ma di sicuro non garantisce che il sistema possa elaborare tutta la sua potenzialità. Essa può invece essere stimolata proprio grazie al non-sapere.⁹³⁴

6.3.4 Il metacodice operativo inclusione/esclusione sul codice giuridico

6.3.4.1 Secondo Luhmann

Come mostrato nelle riflessioni storiche, uno dei punti di svolta nel passaggio all'organizzazione centrale del diritto moderno in Svizzera consta nella creazione di un Tribunale federale di soli giuristi e nella parallela creazione di una rivista giuridica nazionale e un'associazione sovracantonale di giuristi. Si nota quindi un momento di passaggio al diritto autopoietico, possibile grazie alla professionalizzazione e alla creazione di logiche includenti organizzative. Contemporaneamente vengono sviluppate logiche di esclusione: non è previsto l'accesso del non giurista a questa gestione del diritto. Ma che rapporto ha il diritto con questa evoluzione?

⁹³² Cfr. ESPOSITO 2001, p. 197.

⁹³³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 418; certo questo non significa che il posizionamento politico non possa contare, ma ci sono altri fattori umani che possono contare ben di più, *ivi*, p. 184.

⁹³⁴ LUHMANN 2011, p. 186 s.

Secondo Luhmann ci sono meccanismi di inclusione/esclusione sfruttati a fondo dalla società moderna come *metacodice*, ovvero che vengono sovrapposti a quelli funzionali (*in casu*: al codice diritto/non-diritto), che dipendono da situazioni e possibilità (*nach Situationen und Chancen*), senza che si sappia né quando, né come questo metacodice venga utilizzato.⁹³⁵ Si tratta di un'idea un po' fumosa, che si trova nelle ultime pagine del suo *Recht der Gesellschaft*.

L'inclusione funzionerebbe come un modello di azione: chi segue tale modello viene accettato in uno stato più o meno di appartenenza.⁹³⁶ A dire di Luhmann, il diritto ha particolarmente bisogno dell'inclusione, dato che deve ottenere risonanza sociale per motivare le persone ad attenersi al diritto.⁹³⁷ L'idea di fondo è infatti che il diritto moderno liberale alleggerisca la vita di tutti i giorni, faccia sì che ci si orienti tutti su ciò che decidono i tribunali, dove i limiti di questo sottosistema decisionale sono i limiti stessi del diritto.⁹³⁸ Si somma che con un sistema fortemente basato sull'esclusione/inclusione, coloro che sono inclusi possano godere di spazi per violare il diritto senza che ci siano conseguenze negli altri sistemi.⁹³⁹

Luhmann qui separa chiaramente i due termini di inclusione e di integrazione. Paradossalmente laddove succeda che l'esclusione sia generalizzata, ovvero laddove i sistemi funzionali tendano ad escludere una persona dato che un altro sistema la ha già esclusa, allora ci si troverebbe di fronte ad una "integrazione totale". Nei meccanismi di accoppiamento strutturale ogni esclusione⁹⁴⁰ settoriale sarebbe infatti qui osservata e replicata anche dagli altri sistemi. Chi è incluso gode invece di più libertà, perché la differenziazione funzionale fa sì che ogni sistema faccia il suo compito proprio per non dover curarsi di cosa facciano gli altri.⁹⁴¹

In questo senso anche l'azione della polizia si dirigerebbe anzitutto secondo la logica dell'inclusione/esclusione e non secondo quella del diritto.⁹⁴² Certo questo per Luhmann non significa che il diritto sia

⁹³⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 583.

⁹³⁶ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 582, npp. 63.

⁹³⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 585.

⁹³⁸ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 149. Quando era più giovane e meno relativista parlava apertamente di civilizzazione, LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 193.

⁹³⁹ Alcuni politici ad esempio possono violare il diritto e non avere conseguenze negative sulla loro attività politica, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 585; non posso qui non pensare a quel ticinese che pochi anni fa è stato eletto presidente del CdSi nonostante sia stato condannato penalmente ben tre volte.

⁹⁴⁰ BOHN 2008, p. 178, definisce l'esclusione come "*Ausschluss aus gesellschaftlichen Anerkennungsverhältnissen*" nella modernità nel senso di "*feldspezifischen Anerkennungslogiken*", *ivi*, p. 179; i motivi dell'esclusione nella modernità sono quindi da cercare nell'organizzazione, come pure situativamente nell'interazione, dato che per la società l'inclusione è il caso normale, mentre **il caso normale delle organizzazioni è l'esclusione**.

⁹⁴¹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 584 s.

⁹⁴² Sul racial profiling v. ora WA BAILE ET AL. 2019.

socialmente irrilevante, quello che vuole dire è però che laddove il codice del diritto venga effettivamente utilizzato, alla fine in realtà si orienta a un'altra differenza, ovvero quella dell'inclusione/esclusione.⁹⁴³

Luhmann motiva la sua posizione sull'inclusione/esclusione storicamente: nella loro profonda innovazione, i nuovi sistemi funzionali nacquero con l'intenzione di escludere ciò che consideravano un relitto del vecchio ordine sociale (p.e. successe con le caste, ma anche con il colossale afflusso di persone nelle città dalle campagne e la conseguente perdita di sicurezza, che rese le persone dipendenti da un'economia del denaro senza però che fosse stato previsto il loro accesso. Questo ha comportato l'automatica esclusione di grandi gruppi di popolazione dal diritto).⁹⁴⁴ Non a caso questa idea del metacodice inclusione/esclusione sorse al tedesco osservando le *favelas* brasiliane.⁹⁴⁵

6.3.4.2 La precisazione di Stichweh e mio apprezzamento

Stichweh ha elaborato e precisato la teoria del metacodice inclusione/esclusione di Luhmann, partendo da un approccio comunicativo. Quando parla di società, la teoria dei sistemi tratta la comunicazione. L'essere umano è solo ambiente della società in quanto sistema psichico. Secondo Stichweh attraverso il codice di inclusione/esclusione si identifica quanto e come un sistema funzionale si riferisca al suo ambiente umano.⁹⁴⁶ La differenza inclusione/esclusione infatti si nota a tutti e tre i livelli sistemici: nell'interazione (quando gli umani si percepiscono fra loro), nell'organizzazione (quando si suddividono dei ruoli) e nella società del mondo come macrosistema che poi si suddivide in sistemi funzionali in cui sono inserite contestualmente le interazioni e le organizzazioni.⁹⁴⁷ Nei sistemi interattivi la comunicazione è rapida, fa percepire agli altri se essi siano percepiti o meno; in quelli organizzativi include o esclude membri (cosa che succede anche in politica); al macrolivello della società: quando valeva la suddivisione cetuale e nobiliare si era inclusi o esclusi nel segmento di riferimento, mentre la società suddivisa funzionalmente è aperta secondo il principio dell'inclusione totale (*Vollinklusion*). **Sebbene, come indica Stichweh, ci si potrebbe aspettare che un sistema includa solo gli esperti,**

⁹⁴³ Secondo LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 585, lo sviluppo di una società così legata al diritto è comunque un'anomalia tutta europea.

⁹⁴⁴ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 582 s.

⁹⁴⁵ Stichweh ha però notato che proprio le *favelas* sono luoghi nel bel mezzo delle città, che portano necessariamente nuove inclusioni e collegamenti in rete. Si tratta di luoghi che si sottraggono alla differenziazione funzionale della modernità (*unterläuft die funktionale Differenzierung*) e la sospendono localmente, ma accogliendo ciò che produce società globale (si pensi al consumo), STICHWEH 2013 (2007), p. 4 s.

⁹⁴⁶ STICHWEH 2013 (2007), p. 2: è difficile capire quando una persona sia esclusa, dato che è comunque oggetto di comunicazione prima di venir esclusa.

⁹⁴⁷ STICHWEH 2013 (2007), p. 4 s.

la partecipazione in realtà è prevista per tutti in tutti i sistemi, dato che essi non possono fare distinzioni maggiori oltre a quelle dei loro codici: come poter affermare che una persona sbaglia a prescindere?⁹⁴⁸

I sistemi funzionali moderni si autodescrivono come completamente inclusivi e vogliono esserlo. Così anche il diritto. Per farlo e per passare così, dalla società gerarchica a quella ugualitaria, i sistemi funzionali hanno anzitutto voluto includere tutti attraverso delle separazioni: prima hanno enfatizzato la differenza fra l'incluso e l'escluso (*separierende Form der Inklusion*), per poi passare a un'inclusione integrativa.⁹⁴⁹ Si noti che tra i due, comunque l'inclusione vale sia come concetto superiore, sia come determinante per la differenza. Questo significa che le esclusioni possono, se prese da un'altra prospettiva, essere viste a loro volta come inclusioni con regole precise e con volontà di risocializzazione (p.e.: le prigioni o le case psichiatriche, istituti che mostrano come l'ottimismo dell'inclusione non sia necessariamente sempre fondato).⁹⁵⁰ Come spiega Bohn, ai termini della teoria dei sistemi "nella società del mondo ogni esclusione è sempre anche un'esclusione che include".⁹⁵¹

I sistemi comunque non possono essere sul serio totalmente inclusivi: sia a livello di singolo sistema, sia a livello globale, non è pensabile che tutti i sistemi includano veramente tutti.⁹⁵² La funzionalizzazione della società fa però in modo che nessun'esclusione faccia rompere tutti i contatti con gli altri sistemi, alcuni collegamenti residuali (*residuale Vernetzungen*) permangono.⁹⁵³ L'esclusione indica infatti l'espulsione dalla possibilità dell'accesso a una comunicazione (*Ausschluss von Möglichkeiten des Zugangs zu Kommunikation*), ma grazie alla funzionalità, nessuna partecipazione a un sistema mette in discussione la partecipazione ad un altro sistema. Vale insomma un'idea di apertura sociale (ma di chiusura operativa) nella relazione tra sistema psichico e sistema comunicativo. Il problema si presenta quando l'esclusione è ripetuta in svariati sistemi comunicativi.⁹⁵⁴

⁹⁴⁸ STICHWEH 2016 (2005) Logik, p. 220 s.; l'inclusione totale (*Vollinklusion*) di tutti nei sistemi è sempre stata troppo complessa nella Storia. Lo Stato del welfare ha però cominciato a raggiungere tutti i i suoi cittadini, facendo emergere le prime inclusioni totali in sistemi specifici, v. STICHWEH 2013 (2007), p. 5; non posso non pensare che il mondo virtuale contenga in sé il tentativo di sviluppare un'inclusione globale.

⁹⁴⁹ Alcuni si sentono addirittura forzati nella nuova integrazione, STICHWEH 2013 (2007), p. 9.

⁹⁵⁰ STICHWEH 2002 (1997), p. 13, confermato in STICHWEH 2016 (2005) Logik, p. 227 s. (si noti che questa ultima fonte proviene da un capitolo di una raccolta di contributi scritti da STICHWEH negli anni, qui si trattava di un contributo del 2005 poi rivisto).

⁹⁵¹ "Jede Exklusion in der Weltgesellschaft ist somit immer auch eine inkludierende Exklusion", BOHN 2008, p. 180, che sottolinea che l'esclusione come segregazione è una conseguenza delle logiche di inclusione dove però non si è predisposta un'infrastruttura che la permettesse, *ivi*, p. 175.

⁹⁵² STICHWEH 2013 (2007), p. 7 s.

⁹⁵³ STICHWEH 2002 (1997), p. 10 s.

⁹⁵⁴ STICHWEH 2010 (2002), p. 149 ss.

Esistono infatti forme di esclusione totale. Succede quando un'esclusione da un sistema viene posta come condizione per l'esclusione anche dagli altri sistemi, a catena (può succedere, ad esempio, con gli stranieri, come mostro qua sotto).⁹⁵⁵ Di per sé non dovrebbe succedere: i sistemi servono proprio a ignorare ciò che succede negli altri sistemi, ma si può rimaner bloccati nell'esclusione. Una delle cause di queste esclusioni plurime è l'accoppiamento strutturale.⁹⁵⁶

Penso che la considerazione di Luhmann sul metacodice inclusione/esclusione sia fuorviante e incoerente con le idee sviluppate nella sua teoria del diritto e che Stichweh abbia messo giusta luce su questo problema, senza però poi trovare il *quid* della questione.

Il punto critico nelle opinioni di Luhmann sta nell'indicare che la logica dell'inclusione derivi dal bisogno del diritto d'ottenere risonanza sociale. Penso il problema sia diverso: questo diritto liberale costituzionale, in quanto sistema proceduralizzato di sospensione del tempo e di reinserimento del tempo nel tempo, in realtà non deve ottenere risonanza sociale, ma necessita che la società sappia che "il diritto c'è" e che il sistema politico lo sostiene. Il diritto vive infatti il "problema" che il suo funzionamento è basato sull'inattualità della norma, sull'incapacità della norma di garantire che la promessa che porta con sé provocherà un risultato, sulla supplementarietà della norma. Se la norma è un terzo escluso del diritto, una semplice forma che permette di costruire identità, ma non promette che il codice scelga un suo lato della differenza, allora la "risonanza" non sta nell'aspettarsi un diritto in quanto sistema normativo, ma nell'aspettarsi un diritto in quanto procedura. Si tratta di garantire che grazie alla norma il diritto potrà attuare il suo momento oscillatorio.

Se è previsto in effetti che tutti possano richiamarsi alla pretesa di godere di diritti soggettivi, non è previsto che tutti siano al centro del sistema. Come ben ha spiegato Kafka, il soggetto di diritto sta davanti alla legge, ma non può entrarvi sebbene quell'ingresso sia proprio il suo.⁹⁵⁷ Come mostrerò ampiamente in seguito, il ruolo dei giuristi nella gestione dell'aspettativa sul diritto come procedura, ovvero nel diritto tecnico e autopoietico, è centrale. Il TF occupa una posizione apicale all'interno dell'organizzazione (sia essa la SSG, sia esso il sistema giudiziario interno, sia esso il momento legislativo

⁹⁵⁵ Come visto nel sottocapitolo precedente, Luhmann considera l'esclusione totale come integrazione totale.

⁹⁵⁶ Per l'accoppiamento strutturale con la politica v. sotto, cap. 6.1.3. Un'altra causa secondo Stichweh è data dalla perdita di importanza delle grandi collettività e dei nessi di comparabilità nella società globale. Esempi ne erano: la classe, il ceto, l'etnia, la nazione, il *welfare state*. Mancando questi collettivi, la vita individuale si è destabilizzata, dato che la differenziazione funzionale (non essendo coordinata) è un **motore di disuguaglianze**. Per funzionare i singoli sistemi infatti utilizzano „*abweichungsverstärkende Mechanismen (Reputation, Vertrauen, Kreditfähigkeit, Leistungsmotivation, Beruf, Erwählung, Attraktivität, Intelligenz) Eingebaut*“, STICHWEH 2016 (2005) Logik, p. 234 s.

⁹⁵⁷ KAFKA 1925 (1915), p. 375 ss.

dove governo e parlamento concedono al TF ampissimo margine normativo) e dà forma alla struttura del diritto sia attraverso la forma giurisprudenziale, sia attraverso la proposta di determinate norme e regolamenti.

La modernità ha trovato nei giuristi moderni i responsabili della stabilizzazione del diritto nella società. In questo senso va questionato il significato della “possibilità di accesso alla comunicazione” trattato da Stichweh: quali sono le *chances* di essere ascoltati nel diritto? Stichweh sostiene a ragione che il sistema, potendo operare solo con il suo codice, non può affermare che una persona sbaglia a prescindere. C’è però una seconda considerazione da aggiungere: lo sviluppo del sistema funzionale del diritto corre parallelo allo sviluppo dell’organizzazione dei giuristi. Essa statuisce le condizioni di selezione tecniche dei giuristi attraverso dinamiche di trasmissione con la professione e con l’università. Essendo il diritto accoppiato strutturalmente con il sistema politico, esso con-determina le condizioni di inclusione nell’organizzazione giudiziaria (in particolare certifica l’adesione a un partito di un giudice da eleggere), condizioni che però **sin da subito** sono state anche condizioni accademiche.

Come spiegato nei sottocapitoli precedenti, sia le professioni, sia le organizzazioni svolgono la funzione di apertura del sistema al mondo come forme di rispecificazione di criteri che si son ritrovati ad essere troppo generali. Come ricorda Kurtz, rispecificano rapporti funzionali sociali in rapporti di prestazione, limitando lo spazio decisionale del sistema. Quindi, non solo non si può cogliere la funzionalità del diritto moderno liberale senza comprendere l’accoppiamento strutturale con la politica, ma neppure si può cogliere senza richiamare questa dimensione tecnica di rispecificazione. La questione rimane quindi sapere come viene deciso chi possa ri-entrare nel diritto. La conseguenza è abbandonare la vecchia comoda idea di un diritto moderno come struttura che crei obblighi (*Verbindlichkeiten*) e reintenderlo come struttura che crei dipendenza (*Abhängigkeit*) dai gruppi discorsivi, in particolare dal gruppo degli esperti che si autoriproduce e che si forma elitariamente nelle aule universitarie, con tutto il loro corollario di topica e rituali.

Per una storiografia della modernità giuridica non si può quindi uscire dalla messa in questione di noi stessi come accademici nel diritto: cosa insegniamo ai nostri studenti e alle nostre studentesse? Sapere, *Wissen*? No. Noi dogmatici insegniamo a studentesse e studenti a cambiare opinione, insegniamo il modo della dimenticanza storica come punto di riferimento,⁹⁵⁸ insegniamo a cercare sempre un’altra norma: capire se un concetto o un articolo di legge valga sul serio in un determinato caso, cercandone contemporaneamente altri. “*Pacta sunt servanda*, certo, ma *clausula rebus sic stantibus*” spiegava brillantemente un’avvocata di Lugano poco tempo fa. Insegniamo a inventarsi la validità di altre norme, concedersi di stupirsi

⁹⁵⁸ Sulla rinuncia alla Storia nel metodo storico di Savigny v. meglio sopra, cap. 6.3.1.

ancora e ancora di fronte alla (propria) creazione di una nuova norma inaspettata. Insegniamo a rendere il diritto insicuro, quello è ciò che ci rende esperti e ci permette di rispecificare i rapporti funzionali in rapporti di prestazione. Noi giuristi moderni rendiamo possibile che la società sia sicura del fatto che il diritto rimarrà incerto.

6.3.5 La Rivista di diritto svizzero (RDS) e il TF: organizzazioni escludenti?

Subito il nuovo Stato svizzero, una federazione chiamata simbolicamente ancora Confederazione per non dare l'idea di una rottura, sviluppò un suo spazio economico. Si prese le regalie nazionali sulla posta, sulle monete e sui telegrafi. Centralizzò le dogane. Avviò la costruzione di una rete ferroviaria elargendo – su spinta di A. Escher – concessioni ai privati. Più tardi arrivò anche la determinazione centrale di pesi e misure. Nel 1859 venne messo in questione il servizio mercenario. Venne aperto il politecnico federale.⁹⁵⁹ Si era insomma di fronte a un chiaro fenomeno di *nation building*.

Soprattutto nelle cerchie economiche la frammentazione del diritto svizzero veniva vissuta come un limite al progresso. Così pure fra i giuristi, che non stettero a guardare. Nel 1852, su spinta germanista, si riunirono attorno alla nuova Rivista di diritto svizzero (ZSR/RDS).⁹⁶⁰ Essa affrontò sin da subito con von Wyss, professore e giudice zurighese che aveva studiato anche a Berlino e Heidelberg, questioni di procedura civile. L'idea era dare un respiro sovracantonale.⁹⁶¹ Negli anni seguenti nacquero svariate altre riviste giuridiche locali e nazionali, in cui era messa al centro l'evoluzione della giurisprudenza.⁹⁶²

La prima associazione di giuristi in Svizzera sorse a Basilea, seguita da altre associazioni cantonali.⁹⁶³ Nel 1861 fondarono infine la Società svizzera dei giuristi (SSG), anticipando i tempi dell'unificazione giuridica a livello nazionale. La prima assemblea fu in particolare stimolata dai giuristi lucernesi, che scrissero a numerosi giuristi svizzeri negli studi d'avvocatura, nei tribunali e nell'amministrazione lamentando che le altre professioni si stavano riunendo in associazioni nazionali, mentre i giuristi ancora no.⁹⁶⁴ Alla chiamata lucernese arrivarono subito 45 giuristi, nel primo anno di vita l'associazione già ne contava 163, dieci anni dopo il doppio. La presidenza

⁹⁵⁹ GSCHWEND/INGBER/WEHRLE 2011, p. 15 s.

⁹⁶⁰ Tra i fondatori un altro dottore di Mittermaier a Heidelberg, Johannes Schnell, professore a lungo a Basilea e concentrato sulle fonti di diritto cantonale. Eugen Huber lo considerava un suo modello, v. PETRIG, EVA: "Johannes Schnell", in: DSS, 21.11.2012 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/015838/2012-11-21/>.

⁹⁶¹ GSCHWEND/INGBER/WEHRLE 2011, p. 66 ss.

⁹⁶² Cfr. GARRÉ 2011 diffusione, p. 198.

⁹⁶³ GARRÉ 2011 diffusione, p. 193.

⁹⁶⁴ GSCHWEND/INGBER/WEHRLE 2011, p. 18.

fu data a von Wyss. Nel 1862 ci fu subito il primo convegno specialistico, a Zurigo, un centinaio i partecipanti, il tema: gli sviluppi da perseguire nel diritto procedurale privato svizzero. Venne inoltre deciso di pubblicare i dibattiti dell'associazione sulla RDS di Schnell.⁹⁶⁵ Sebbene gli statuti prevedessero da sempre esplicitamente che ci si impegnasse per l'unificazione,⁹⁶⁶ non ci fu però da subito unione di intenti, la società su questo punto fu subito divisa sulla velocità con cui chiedere l'unificazione.⁹⁶⁷ Nel 1865 uno dei padri fondatori, Willi, propose all'associazione di chiedere al CF e all'AssFed di unificare il diritto commerciale e quello penale. La proposta venne bocciata.⁹⁶⁸ Una proposta analoga di Kaiser del 1868 venne però sostenuta, dove ci si limitava a chiedere l'unificazione del diritto privato e procedurale civile. Un sostegno che causò una rottura decennale con la RDS di Schnell.⁹⁶⁹ Garré nota, comunque, che la diffidenza verso l'unificazione da parte della popolazione svizzera non è identica a quella dei giuristi storicisti come Schnell. Questi ultimi curavano infatti comunque un approccio scientifico al diritto.⁹⁷⁰

Da ultimo va notato che la SSG aveva una “palese volontà di escludere persone sprovviste di una formazione scientifica” e si voleva “diffondere nel paese una cultura giuridica d'avanguardia”, dove l'unificazione del diritto sarebbe valso come denominatore comune in un luogo così multiculturale.⁹⁷¹ Garré nota inoltre che in questo senso la

SSG fu il primo consesso istituzionalizzato in grado di riunire periodicamente esponenti del mondo giuridico svizzero a discutere di questioni giuridiche e giuspolitiche di portata nazionale.⁹⁷²

Si tratta di una frase importante: se si pensano i giuristi come individui dotati di competenze professionali acquisite accademicamente che si riuniscono secondo logiche corporative e di esclusione, effettivamente quell'associazione era un'istituzionalizzazione. Non era però certo il primo consesso istituzionalizzato ed escludente di giuristi svizzeri in sé: il primo era infatti il TF. Nonostante la frase vuota sulla possibilità dell'AssFed di eleggere al TF qualsiasi cittadino svizzero non laureato in diritto, il TF è nei fatti e programmaticamente sempre stato composto solo da (pochi) giuristi provenienti da tutta la Confederazione e, a mio modo di vedere, non era

⁹⁶⁵ Con la RDS ci furono presto problemi, rimanendo distanti dal 1869 per una decina d'anni.

⁹⁶⁶ GSCHWEND/INGBER/WEHRLE 2011, p. 65.

⁹⁶⁷ GSCHWEND/INGBER/WEHRLE 2011, p. 20.

⁹⁶⁸ GSCHWEND/INGBER/WEHRLE 2011, p. 21 ss.

⁹⁶⁹ GARRÉ 2011 diffusione, p. 207.

⁹⁷⁰ GARRÉ 2011 diffusione, p. 209.

⁹⁷¹ GARRÉ 2011 diffusione, p. 207.

⁹⁷² GARRÉ 2011 diffusione, p. 195.

inizialmente molto diverso dall'espressione di un club liberal-rivoluzionario dove l'essere giurista era sì un ruolo necessario e nazionale.⁹⁷³

A mio modo di vedere anche il TF era, più in piccolo e con funzioni diverse, un "consesso istituzionalizzato in grado di riunire periodicamente esponenti del mondo giuridico svizzero a discutere di questioni giuridiche e giuspolitiche di portata nazionale". Proprio come la RDS, era un luogo di esclusione e i tanti interventi legislativi richiesti e operati dal TF presentati nel resto di questa ricerca mostrano un'autocomprensione della massima istanza giudiziaria svizzera che va ben oltre l'essere uno spettatore imparziale nel gioco dello Stato di diritto.

Differenze importanti fra le due organizzazioni comunque ce n'erano: il TF nella sua veste decisionale era vincolato dall'obbligo di decidere e non era un'associazione aperta come la SSG (sebbene legata a logiche di cooptazione), ma un gruppo limitato ad elezione basata su logiche anche politiche. Dal punto di vista istituzionale-organizzativo interpreto quindi il TF e la SSG storicamente come due lati della stessa medaglia: ovvero quella dell'avanzata lancia in resta del progetto giuridico nazionale in Svizzera.

6.4 La nuova giuria penale federale e il suo ministero pubblico⁹⁷⁴

6.4.1 La mancata opposizione dei liberali moderati alla giuria nella Cost. 1848

Il costituente decise che il TF nei casi penali di prima istanza i giudici avrebbero giudicato assieme alle giurie federali (Assise federali, AF). Questo il loro articolo definitivo:

Art. 104 Cost. 1848

La Corte criminale, coll'aggiunta dei Giurati che pronunciano sulle quistioni di fatto, giudica:

- a. nei casi che un'Autorità federale rimandi al giudizio penale gli impiegati da lei stessa nominati;
- b. nei casi di alto tradimento contro la Confederazione, di rivolta, o di violenza contro le Autorità federali;
- c. dei delitti e delle trasgressioni contro il diritto delle genti;

⁹⁷³ Sull'evoluzione di giudici svizzeri come giuristi in Svizzera v. ora anche LUMINATI/CONTARINI 2019.

⁹⁷⁴ Ho già potuto ripercorrere la Storia delle AF assieme a Luminati nella mia miscellanea curata con Bernasconi (CONTARINI/LUMINATI 2014), da quel testo derivano alcune delle riflessioni qui proposte.

d. dei delitti politici e delle trasgressioni che furono cagione e conseguenza di turbolenze tali da rendere necessario l'intervento federale armato.⁹⁷⁵

Nei primi progetti costituzionali rigenerati la giuria non era prevista: né la voleva Pfyffer nel suo primo richiamo per un TF,⁹⁷⁶ né si trova nel "Patto Rossi" del 1832.⁹⁷⁷

Nemmeno il progetto Troxler del 1838 ne parlava.⁹⁷⁸ C'erano invece nel progetto del radicale Fazy del 1837: 300 giurati estratti a sorte dai membri dei Gran Consigli cantonali. Avrebbero giudicato in 12, sulla questione di fatto.⁹⁷⁹ Ma, soprattutto, la giuria era stata proposta pubblicamente nel 1848 da Ludwig Snell.⁹⁸⁰

Fu Druey, che aveva già imposto le giurie nel canton Vaud, a proporle nella Commissione di revisione del Patto federale il 27 marzo 1848. Sostenne che erano la migliore garanzia per il diritto e la libertà e che ormai si stavano diffondendo dappertutto. Indicò inoltre che non bisognava difendersi solo contro il potere esecutivo, ma anche contro il potere giudiziario. Per Rilliet-De Constant, ginevrino, la giuria garantiva la stabilità delle istituzioni democratiche, sebbene i modi di selezione dei giurati potesse mettere in pericolo l'istituzione. Per Bussard, da Friburgo, la prova indiziale si contrapponeva alla tortura e alla confessione e quindi era necessaria la giuria. Ochsenbein, a Berna, sosteneva surrettiziamente che le giurie non erano altro che i vecchi tribunali popolari (*alte Volksgesichte*) e quindi andavano adottate. La flebile opposizione arrivava dal famoso Nord-Est di Mittermaier: Näff, da San Gallo indicò che la giuria avrebbe avuto pochissimi casi da giudicare. Anche Kern, da Turgovia, si mostrava assai pragmatico e si chiedeva come suddividere i giudici federali fra Camera d'accusa e Assise e si chiedeva se valesse la pena adottare le giurie, quando

⁹⁷⁵ Si noti che questa lista ripercorre quella già tracciata dal Patto Rossi nel 1832, v. KÖLZ 1992 Quellenbuch bis 1848, p. 366.

⁹⁷⁶ In un testo del 1831 a titolo "*Zuruf an den Eidgenössischen Vorort Luzern bei Übernahme der Leitung der Bundesangelegenheiten*", riproposto in parte da BRAND 1962, p. 3 ss., che indica anche che molti vollero vedere la mano rivoluzionaria di Snell dietro al testo di Pfyffer, sebbene in realtà sia accertato che l'abbia composto quest'ultimo. Si noti che Pfyffer voleva vedere nel TF solo *gebildete und studierte Rechtsgelehrte*, *ivi*, p. 6.

⁹⁷⁷ Art. 90 ss e art. 103 del Bundesurkunde der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 15. Dezember 1832, in: KÖLZ 1992 Quellenbuch bis 1848, p. 366; DUFOUR, ALFRED: "Patto Rossi", in: DSS, 03.12.2009 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/009810/2009-12-03/>. Il Patto Rossi fu usato come base su cui impostare il dibattito dalla Commissione della Dieta incaricata di elaborare la revisione del Patto federale del 1815, v. KÖLZ 1992 Grundlinien bis 1848, p. 552 s.

⁹⁷⁸ KÖLZ 1992 Quellenbuch bis 1848, p. 379.

⁹⁷⁹ Art. 23 ss., v. KÖLZ 1992 Quellenbuch bis 1848, p. 372.

⁹⁸⁰ SNELL 1848, p. 17; si noti che Snell nel 1846 si dichiarava invece contrario alla democrazia diretta, siccome non voleva dare nessun vantaggio ai conservatori attraverso il veto, JOST 1996, p. 125.

forse sarebbe stato più semplice imporre una ricusa ampliata ai giudici federali. Le giurie infine vennero adottate, ribadendo ad ogni modo il bisogno di un tribunale di Cassazione.⁹⁸¹

Nella commissione di consultazione inoltre era stato proposto (da Bussard, Friburgo) che la competenza giurisdizionale per i reati sulla stampa contro la Confederazione (ma anche la violazione delle regalie) venisse demandata alla Confederazione stessa, soprattutto perché i reati se giudicati a livello cantonale non sarebbero stati condannati. Alla fine, si preferì lasciare la competenza ai cantoni, anche perché la giuria secondo Näff non avrebbe aiutato a far accettare la nuova giurisdizione federale alla popolazione (*nur viel verhasster*). Anche Frey-Herosé si disse scettico all'introduzione della giuria, al che intervenne Ochsenbein, sostenendo che la giuria fosse la migliore garanzia contro l'arbitrio.⁹⁸² Si decise quindi la sola clausola generale (infine codificata nell'art. 106 Cost. 1848) di lasciar al legislatore federale la possibilità di ampliare le competenze penali federali. L'art. 107 Cost. 1848 esigeva inoltre la precisazione per via legislativa di quali reati in concreto il TF si sarebbe dovuto occupare.⁹⁸³ Non venne nemmeno previsto un Grand-Jury: la competenza di messa in stato d'accusa stava alla Camera d'accusa, composta da giudici ordinari, giuristi organici al sistema politico,⁹⁸⁴ e non c'era traccia di un'eventuale distinzione fra *Jury* correzionale (per reati minori) e *Jury* criminale. Soprattutto non si trovava menzione di una Corte penale occupata solo da giudici federali per un certo tipo di reati. In commissione Näff aveva notato che non sarebbe stato adeguato avere una giuria per i reati degli impiegati, ma nessuno lo seguì.⁹⁸⁵

Riassumendo, se fra i due redattori della Carta il mittermaieriano del nord-est Kern non era particolarmente attratto dalle giurie,⁹⁸⁶ l'hegeliano romando Druey ne era un vero e proprio sostenitore. Nella commissione c'era consapevolezza che la procedura penale davanti alle AF sarebbe stata costosa, soprattutto se il TF fosse stato caricato di troppe competenze, e c'era consapevolezza che quella forma giurisdizionale sarebbe stata vista come distante dal pubblico. Ma Druey andò per la sua strada, tanto era importante il messaggio politico modernista che l'adozione dell'istituzione poteva portare con sé. Nel libretto di spiegazioni del progetto costituzionale sono

⁹⁸¹ HOLENSTEIN 2018, p. 809 s.; si era consapevoli che all'inizio (perlomeno sui casi politici) si sarebbero usate le leggi cantonali, *ivi*, p. 815, voto di Näff.

⁹⁸² HOLENSTEIN 2018, p. 816 s.; v. StenBul Komm 1847 D, p. 140.

⁹⁸³ Si noti che già pochi anni dopo per BLUMER 1864, p. 75, la lettera della Cost. 1848 non era assolutamente vincolante: le Assise federali non avrebbero dovuto occuparsi di tutti i crimini dei funzionari federali, stava all'apprezzamento dell'autorità federale decidere se demandare il giudizio alla giuria federale o meno.

⁹⁸⁴ FFfr 1849 I 451, p. 456. Ogni anno il TF doveva cambiare un terzo dei membri della Camera d'accusa (art. 11 OG 1849).

⁹⁸⁵ HOLENSTEIN 2018, p. 814 s.

⁹⁸⁶ Lo ribadisce anche SCHOOP 1968, p. 240; HAUSER 1977, p. 257, si sbagliava quindi sostenendo il contrario.

dedicate loro ben sette pagine – evidentemente hegeliane⁹⁸⁷ – delle nove che spiegavano il funzionamento del nuovo TF.⁹⁸⁸ La strategia era evidente: nel diritto penale il TF doveva agire secondo il processo pubblico e orale, poiché spazio per la giustizia di antico regime non ce n'era più.⁹⁸⁹ Tutt'altro problema il fatto che i liberali centristi si appropriarono poi del TF, facendo dire solo pochi anni dopo al radicale Gustav Vogt,⁹⁹⁰ che il sistema giudiziario del nuovo Stato federale liberale elvetico costruito dal 1848 era in sostanza una *Kabinettjustiz*.⁹⁹¹

6.4.2 La “organizzazione” delle Assisi federali

Le AF divennero realtà con la Legge sull'organizzazione giudiziaria federale del 5 giugno 1849 (OG 1849), la legge che regolava l'organizzazione delle autorità giudiziarie delle Confederazione, redatta sostanzialmente da Rüttimann.⁹⁹² Hillebrand rimarcava che la legge aveva una chiara influenza nordamericana, che per essere giudice federale non era necessario essere giuristi e che l'istituzione della giuria per i casi penali era un'innovazione già adottata nella Svizzera francese, ma che andava leggermente a rilento a Berna e a Zurigo.⁹⁹³ Parallelamente era stata creata la Legge federale sul modo di procedere nei casi di contravvenzioni alle leggi fiscali e di polizia della Confederazione del 30 giugno 1849 (LPFisc 1849), che regolava il modo di procedere nei casi di contravvenzioni alle leggi fiscali e di polizia della Confederazione, indirizzata soprattutto ai cantoni che dovevano applicare il diritto federale.

I fastidi causati dalla giuria, invero, furono subito chiari a tutti. Nella costruzione dello Stato centrale non si trattava di fastidi popolari, quanto piuttosto di puro controllo penale sull'amministrazione: nel 1849 il CF

⁹⁸⁷ “*Der wesentliche Charakter und der Vortheil der Jury besteht darin, gewissermassen das Bewußtsein der bürgerlichen Gesellschaft über eine gegebene Thatsache auszudrücken, und die Selbstständigkeit und vollständige Unabhängigkeit des Urtheiles in seiner Anwendung auf den einzelnen Fall zu sichern. Der Geschworne leitet seine Ueberzeugung nicht von Argumenten und Erörterungen ab, sondern folgt nach unmittelbarer Auffassung dem innersten Rufe seines Gewissens. Dem Bürger, in seiner Eigenschaft als Mensch, nicht als Gelehrter oder Fachmann oder Beamter kommt die Ausübung dieser Funktion zu*”; „*Die Jury wird so sehr als eine Garantie der Freiheit und der Ordnung betrachtet, dass die Völker, welche einmal in den Besitz derselben gelangt sind, sich den Bemühungen derjenigen, welche sie ihnen wieder zu entziehen suchten, mit Erfolg widersetzt haben. Auch ist die Jury eines der wirksamsten Mittel zur Bildung des Volkes*”, Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung erstattet von der am 16. August 1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission, Bern 1848 (online: <https://www.e-rara.ch/>), p. 74 s.

⁹⁸⁸ Lo ha notato anche SEFEROVIC 2010, p. 261.

⁹⁸⁹ Principio ribadito all'art. 107 lett. c Cost. 1848.

⁹⁹⁰ V. ora ZÜRCHER, CHRISTOPH: “Gustav Vogt”, in: DSS, 23.10.2012 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/013312/2012-10-23/>.

⁹⁹¹ KRADOLFER 2011, p. 256 e la letteratura *ivi* citata.

⁹⁹² JAGMETTI 2018, p. 43.

⁹⁹³ HILLEBRAND 1851, p. 342 ss.

propose quindi la creazione – anticostituzionale – di una Camera di polizia in seno al TF, composta da tre giudici e senza giurati, competente per violazione alle leggi di polizia federali laddove la multa eccedesse i 300 franchi o prevedesse la prigionia.⁹⁹⁴ L'idea era affidarle tutta la giurisdizione sui delitti fiscali, particolarmente onerosi,⁹⁹⁵ ma non vi è traccia di questa Camera nelle leggi definitive, segno che ci deve essere stata una prima forte opposizione organizzativa.⁹⁹⁶ Per alcuni tipi di reati si prevede quindi, la competenza doppia cantoni-AF, formula duale provvisoria che rimase in vigore per 70 anni.⁹⁹⁷

Il numero dei giurati sulle *Urlisten* era stabilito in base alla popolazione dei circondari: uno ogni 1000 abitanti (Art. 22 ss. OG 1849). I circondari erano cinque e tenevano conto delle differenze linguistiche,⁹⁹⁸ mentre il censo non c'era: ogni svizzero con diritto di voto poteva essere giurato federale, anche i politici, ma non i preti o chi era già attivo nel settore giudiziario (art. 25 OG 1849).⁹⁹⁹ Diversamente rispetto all'estero,¹⁰⁰⁰ i giurati dovevano essere eletti sulle liste originarie (*Urlisten*) direttamente dal popolo nei vari cantoni, esse erano poi comunicate dai governi al CF. Il periodo di nomina corrispondeva a quello del TF itinerante (art. 28 ss. OG 1849), ovvero i tre anni per i quali i giudici federali erano eletti dall'Assemblea federale (art. 1 OG 1849).¹⁰⁰¹ Prima del processo si dovevano estrarre a sorte dalla *Urliste* del circondario in cui si sarebbe svolto il processo 54 nomi¹⁰⁰²

⁹⁹⁴ V. art. 13 del progetto del 7 maggio 1849 della futura LPFisc 1849, FFfr 1849 I 571, p. 582 s.

⁹⁹⁵ WEBER 1888, p. 369 s.; v. anche STOOSS 1922 Vorentwurf, p. 231; sulla (inizialmente piccola) differenza tra procuratore e fiscale v. ora LUMINATI 2018, p. 343 ss.

⁹⁹⁶ Ancora da ricercare è la questione se la giuria venne concepita effettivamente come limite oppure come pretesto per non avere un'estensione della giurisdizione penale federale.

⁹⁹⁷ Cfr. STOOSS 1922 Vorentwurf, p. 233; laddove ci fosse una competenza parallela la CdA del TF decideva a chi dare la causa. Talvolta era direttamente il CF a poter decidere, v. anche CONTARINI/LUMINATI 2014, p. 51.

⁹⁹⁸ Uno francofono, uno piccolo italofono (coincidente con il Ticino, Mesocco e Calanca), gli altri tedeschi (art. 22 OG 1849). Per il piccolo circondario italofono si eleggeva un giurato ogni 500 abitanti. Berna, Friburgo, Vallese e Grigioni per il *calcolo* dei giurati doveva applicare un rapporto di 1 a 500 nelle parti abitate da minoranze linguistiche che facevano parte di un altro circondario. Questa suddivisione comunque cambiò più avanti, i circondari vennero ridotti a tre, v. sotto cap. 9.3.6; in seguito BLUMER 1864, p. 74 s., sostenne che avere grandi circondari fosse una scelta presa in base alla natura dei delitti politici: i circondari estesi garantivano un'imparzialità maggiore. Non escludo comunque che se si trattasse di una giustificazione successiva.

⁹⁹⁹ Il diritto di voto federale stava a ogni maschio svizzero di vent'anni compiuti che non fosse escluso dalla cittadinanza attiva dalla legislazione cantonale, art. 63 Cost. 1848.

¹⁰⁰⁰ Si era perfettamente consapevoli di questa particolarità svizzera, HILLEBRAND 1851, p. 350.

¹⁰⁰¹ Il 16 luglio 1862 con la Legge federale in modificazione dell'art. 30 dell'Organizzazione giudiziaria federale la durata di nomina dei giurati nelle *Urlisten* venne portata a 6 anni.

¹⁰⁰² Non poteva essere estratto chi, nonostante fosse nella *Urliste*, avesse già compiuto 60 anni o era già stato estratto la volta prima, v. art. 26 OG 1849).

da cui selezionare, con la ricusa, i 12 componenti della giuria e i due supplenti (art. 33 ss OG 1849).

Ma chi erano concretamente questi giurati? L'origine cantonale delle liste non permette di tracciare una misura antropologica, troppe sono le storie locali. Una costante sin dall'inizio è comunque stata l'influenza politica sulla composizione delle *Urlisten*, una questione peraltro subito dibattuta nell'Assemblea federale.¹⁰⁰³ Inizialmente il progetto politico era di far comporre queste *Urlisten* dalle autorità cantonali, ma un emendamento di minoranza in CN, sostenuto da Kern, impose l'elezione popolare diretta per evitare che le autorità potessero dare un colore politico troppo pronunciato alle giurie. Il Presidente della Confederazione Furrer aveva difeso in aula il progetto della nomina d'autorità, adducendo come pretesto che il popolo disponesse di diritti e possibilità di voto fin troppo estese. Inoltre sosteneva non si potesse mettere solo una regoletta sull'elezione senza decidere in dettaglio le procedure. L'attenzione di Furrer per i poteri costituiti cantonali insomma spiccava anche questa volta; Castoldi lo sosteneva.¹⁰⁰⁴ Rüttimann in Consiglio degli Stati propose il solito compromesso elvetico: un terzo dei giurati doveva essere di nomina d'autorità, un terzo di elezione diretta e un terzo scelto dal caso. Poi intervenne Druey, a sua volta sibillino. Inizialmente disse che lasciare la composizione delle *Urlisten* alla sorte era il metodo: "più vero e radicale; i diversi elementi di cui la società si compone ne sarebbero rappresentati e la grande lista sarebbe l'immagine della società".¹⁰⁰⁵

Tra l'altro sosteneva che nel canton Vaud fosse stato proprio Druey ad aver contestato la scelta a sorte e se ne pentiva perché ora dominavano i partiti politici. Comunque alla fine prevalse anche in lui un certo pensiero pragmatico e, opponendosi alla proposta di Furrer, sostenne che per motivi di opportunità i giurati dovessero essere tutti eletti direttamente dal popolo e non solo dalla sorte.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰³ Questa situazione era dibattuta sin dall'inizio anche nella scienza giuridica. MITTERMAIER 1865, p. 504, commentando la situazione ginevrina del 1848, chiedeva che la commissione parlamentare di nomina della *Urliste* dei giurati avesse perlomeno dei resoconti sulla loro persona e non li nominasse solo in base a quote politiche...

¹⁰⁰⁴ *Journal de Genève* del 1.6.1849, p. 3; Castoldi fu un influente futuro Giudice federale ginevrino, radicale moderato e oppositore di Fazy, SENARCLENS, JEAN DE: "Jean-Jacques Castoldi", in: DSS, 28.06.2005 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003855/2005-06-28/>.

¹⁰⁰⁵ "le plus vrai et le plus radical; les divers élément dont la société se compose seraient ainsi représentés, et la grande liste serait l'image de la société", *Journal de Genève* del 8.6.1849, p. 3 sulla seduta del 4 giugno 1849 del CdSi.

¹⁰⁰⁶ *Journal de Genève* del 8.6.1849, p. 3. Anche Blumer appoggiava Druey, v. *Gazette de Lausanne* del 9.6.1849, p. 1; il 5 giugno il CN ratificò quella decisione, *Journal de Genève* del 12.6.1849, p. 6. In una comunicazione ai cantoni venne ribadito che fosse di loro competenza stabilire le modalità della votazione diretta: era così possibile sia lo scrutinio segreto, sia l'alzata di mano, sia la maggioranza assoluta sia quella relativa, v. FFfr 1849 II 342.

Le preoccupazioni sulle possibili influenze politiche nella composizione delle liste¹⁰⁰⁷ erano – evidentemente – ben riposte. Serva da esempio il 30 settembre 1849, quando a Berna furono eletti solo liberali (quelli della rivoluzione del 1830), conservatori patrizi e borghesi, mentre i radicali ne rimasero esclusi,¹⁰⁰⁸ quel che si dice un bel ringraziamento per il partito della nuova Confederazione.¹⁰⁰⁹ Intanto a Losanna in dicembre i patrioti subissavano i democratici e ottenevano la maggioranza assoluta al primo scrutinio con quindici eletti, a Lutry si eleggevano solo (due) conservatori. A Villeneuve invece non era il colore politico a dominare, ma la funzione: ad essere eletti, solo un colonnello e un suo parente.¹⁰¹⁰ Sempre nel 1849 a Uri, i quattro giurati erano tutti conservatori. A Zugo invece un contentino: quattro liberali e quindici conservatori. Unterwaldo eleggeva solo conservatori.¹⁰¹¹ Non furono elezioni emozionanti invero: a Zurigo nel 1854, 110 elettori si presentarono per eleggere 64 giurati.¹⁰¹² A Ginevra nel 1855 su 6'000 elettori solo in 40 si presentarono per eleggerli. D'altronde già negli anni Cinquanta dell'Ottocento molti giurati dichiaravano di non saper nemmeno d'essere stati nominati dal partito ed eletti,¹⁰¹³ vale a dire che la legittimazione popolare per le corti d'Assise svizzere era sostanzialmente inesistente. Erano sì, un'espressione del sistema politico, ma non emanazione della società come invece pomposamente sostenuto dall'hegelianesimo di Druey. Da allora poco si è mosso in Svizzera: in tutta la Confederazione i partiti, ieri come oggi, presentano giudici e giurati per l'elezione parlamentare o popolare diretta.

Come funzionava la selezione in un processo concreto? Guardiamo p.e. il processo per i moti ginevrini di Fazy e Fontanel del 1864,¹⁰¹⁴ nel quale

¹⁰⁰⁷ Non si confonda l'influenza politica sulla nomina con l'influenza politica su una decisione della giuria; si noti che talvolta le elezioni avevano luogo contemporaneamente a quelle per il parlamento federale, p.e. a Berna, v. *Gazette de Lausanne* del 5.10.1854, p. 2.

¹⁰⁰⁸ *Gazette de Lausanne* del 4.10.1849, p. 1.

¹⁰⁰⁹ In un regime di democrazia diretta l'elezione dei giurati si rivelava un'interessante cartina al tornasole politica. Dopo i baldanzosi successi elettorali del rivoluzionario bernese Stämpfli e i suoi radicali del 1845-46, nella votazione per approvare la Cost. 1848 presero una prima scoppola. I radicali le si opponevano, perché troppo poco centralista: il risultato fu che non solo andò a votare solo il 19% degli elettori, ma essa venne approvata con ben il 77% dei voti; nel 1850 infine la disfatta totale: persero anche le elezioni politiche cantonali e venne formato un governo monocolor conservatore, v. JUNCKER, BEAT: "Berna (cantone)", cap. 4.1: "Lo Stato nel XIX e XX secolo - Istituzioni, politica e amministrazione statale", in: DSS, 18.01.2018 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007383/2018-01-18/#H1Istituzioni2Cpoliticaeamministrazionestatale>.

¹⁰¹⁰ *Gazette de Lausanne* del 18.12.1849, p. 3.

¹⁰¹¹ *Gazette de Lausanne* del 24.11.1849, p. 3.

¹⁰¹² *Neue Zuger Zeitung*, 9.12.1854, p. 2.

¹⁰¹³ *Gazette de Lausanne* del 6.2.1855, p. 4.

¹⁰¹⁴ Che fecero scattare un intervento armato confederale e quindi un giudizio con le AF, FFfr 1864 III 119, p. 120; per motivi contingenti non analizzo oltre il suddetto processo in questa ricerca, sebbene sia stato interessante e vedesse fra gli altri come difensori Philippin, Fauquez, e Ruchonnet, v. *Journal de Genève* del 14.12.1864, p. 5; v. anche BRON, MARIE: "Jean-

vennero selezionati a caso dalla *Urliste* del primo circondario 54 uomini che offrivano uno spaccato sociologico affascinante: otto notai, un avvocato, tre giudici, quattro deputati, quattro sindaci, un municipale, un ex sindaco, un presidente di comune, un segretario municipale, un ex giudice di pace, due assessori, un banchiere, un beneficiario di rendita, due imprenditori, un fabbricante, due proprietari, quattro negozianti, due orologiai, cinque coltivatori, un funzionario, un capitano, un tenente.¹⁰¹⁵ Insomma, la società censitaria nel suo splendore. Dopo la ricusa rimasero: tre notai, un sindaco, un ex sindaco, un presidente di comune, due assessori, un negoziante, un funzionario, un orologiaio e un giurato senza definizione. D'interesse notare che alla fine della ricusa non era rimasto nemmeno un giurato eletto nel Canton Ginevra.¹⁰¹⁶

6.4.3 Come doveva funzionare un processo penale alle AF

Il funzionamento nei processi penali federali era regolato dalla Legge di procedura penale federale del 27 agosto 1851 (PPF 1851). Mittermaier ricordava che il primo progetto di PPF era stato scritto dal CN ginevrino Castoldi, poi riscritto dal CF Druey, che – non sorprendendoci – si lasciò decisamente ispirare dalle concezioni francesi.¹⁰¹⁷ Parallelamente Johann Jakob Rüttimann codificava il processo penale militare ispirandosi anche al diritto inglese e tedesco. Il parlamento infine decise di avvicinare il testo di Druey alle idee di Rüttimann,¹⁰¹⁸ istituendo un forte principio di immediatezza, rinunciando al processo scritto e imponendo la camera di consiglio pubblica dei giudici. Furrer elogiò in una lettera Rüttimann, notando che quella procedura sarebbe potuta infine valere come segnale per altri cantoni (in particolare Zurigo) al fine di promuovere le loro riforme.¹⁰¹⁹ (per la parallela evoluzione delle giurie a Zurigo, valida anche per le Assisi federali, v. sotto, cap. 7.4).

A Mittermaier non restò che notare che nella procedura penale federale erano evidenti le influenze date dalle giurie inglesi, in particolare imponendo

Adolphe Fontanel”, in: DSS, 26.03.2003 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003868/2003-03-26/>; dopo il processo, già il 21 luglio 1865 l'allora CdSi Häberlin (futuro CF) propose una modifica delle competenze AF, chiedendo che nel giudizio delle rivolte cantonali applicassero il diritto cantonale, v. la risposta del CF e le sue proposte di modifica (in particolare tirando già in ballo gli anarchici), FFfr 1867 I 877, in particolare p. 879. La diatriba se applicare il diritto cantonale o federale tornava regolarmente, a favore di uno o dell'altro. Sui fatti di Stabio v. sotto, cap. 8.3.4.

¹⁰¹⁵ *Journal de Genève*, edizioni del 13.11.1864 (p. 2) e del 7.12.1864 (p. 3).

¹⁰¹⁶ V. *Journal de Genève* del 14.12.1864, p. 5. Non dispongo, purtroppo, di informazioni che mi dicano l'origine partitica dei giurati in questione.

¹⁰¹⁷ MITTERMAIER 1865, p. 496, che notava che Druey era stato aiutato da un giurista tedesco. LUMINATI 2018, p. 346, indica che si trattava del rifugiato politico renano Ernst Hermann Höchster, docente a Berna di diritto criminale e civile francese.

¹⁰¹⁸ v. LÜTHI 1924, p. 472 s.; v. anche RÜTTIMANN 1864, p. 43.

¹⁰¹⁹ JAGMETTI 2018, p. 43.

l'interrogatorio incrociato e che si rinunciava giustamente al riepilogo (*résumé*) presidenziale in coda al dibattimento principale. La preferenza per l'impostazione francese era comunque a suo dire chiarissima,¹⁰²⁰ in un classico guazzabuglio alla svizzera.¹⁰²¹

La procedura iniziava con un atto del PG che, attraverso la sua requisizione, attivava il Giudice dell'istruzione (art. 19 PPF 1851). Questi era nominato dal TF (art. 19 OG 1849) e sorvegliato e diretto dalla Camera d'accusa (art. 20 PPF 1851). A norma dell'art. 4 PPF 1851 comunque per i delitti politici la decisione sull'introduzione dell'azione penale spettava al CF. Il giudice istruttore era materialmente responsabile della ricerca delle prove, in collaborazione con le autorità cantonali.¹⁰²² Finita l'istruzione, il giudice istruttore ritrasmetteva quindi gli atti al PG, che poteva abbandonare l'inchiesta (per i delitti politici lo doveva invece decidere il CF, che poteva abbandonare per semplici riflessioni di opportunità, art. 29 PPF 1851). In caso di proseguimento spettava alla Camera d'accusa del TF decidere se mettere il prevenuto in stato d'accusa,¹⁰²³ non doveva succedere quando "gli indizi a carico del prevenuto sono tali da far prevedere l'inutilità dei dibattimenti" (art. 31 PPF 1851).

Da qui in poi interveniva la Camera criminale, ovvero tre giudici federali,¹⁰²⁴ con la giuria popolare. Era il presidente della Camera criminale ad occuparsi della procedura di nomina dei giurati: prima li selezionava a caso da una *Urliste*, poi chiamava le parti a una sessione di ricusa (art. 22 ss. OG 1849). Una volta a processo, i giurati dovevano giurare o promettere, secondo una formula scritta nella legge letta dal Presidente (art. 56 PPF 1851) e eleggere un presidente fra loro (art. 58 PPF 1851). L'art. 77 OG 1849 imponeva ad autorità e avvocati di vestirsi di nero.¹⁰²⁵

¹⁰²⁰ MITTERMAIER 1865, p. 496 ss.

¹⁰²¹ Impossibile qua non pensare alle parole di CARONI 2018, che parla del Codice come un messaggio, in particolare a p. 86, dove indica la storia di quei Codici stranieri che vennero recepiti solo in quanto modello e le cui norme vennero selezionate in quanto interessanti per il destinatario (elvetico), non necessariamente per il mittente. La domanda che ci si pone è se nel diritto moderno anche la struttura organizzativa non necessita di essere formata attorno all'ottica del destinatario. Nella conclusione di questa ricerca dedicherò spazio anche a questa domanda.

¹⁰²² Art. 19 ss. OG 1849.

¹⁰²³ WEBER 1888, p. 376, riteneva che le varie funzioni di rinvio dei casi di giudizio del CF (p.e. la possibilità di inviare il giudizio ai cantoni nell'ambito del penale amministrativo) lo rendessero in sostanza una Camera d'accusa.

¹⁰²⁴ L'art. 12 OG 1849 prevedeva che ogni anno il TF stabilisse tre giudici per ognuno dei circondari delle AF, dove lo stesso giudice poteva essere attivo su più circondari. Il presidente della corte criminale era il primo dei tre che veniva nominato (art. 14 OG 1849). D'interesse notare che per il processo dei fatti di Ginevra il TF il 30 settembre 1864 comunicava al CF di aver cambiato la composizione della camera criminale del primo circondario, in particolare era vistosa l'assenza dell'ormai "antifazysta" Philippe Camperio, FFfr 1864 II 757, 758

¹⁰²⁵ V. anche HILLEBRAND 1852, p. 47.

Il dibattimento era diretto dal presidente della Camera criminale (e non della giuria), che doveva “prendere tutte le disposizioni che stima espedienti alla scoperta della verità”, incluso chiamare e interrogare persone e raccogliere mezzi di prova (art. 66 PPF 1851). L’interrogatorio avveniva con rito incrociato all’inglese; prima la procura sui propri testimoni e quindi la difesa e, in seconda istanza viceversa.¹⁰²⁶ Il Presidente sorvegliava e poteva intervenire, mentre i giurati potevano chiedergli di porre determinate domande (art. 70 ss. PPF 1851). Valeva uno stretto principio di immediatezza, per cui (a parte poche eccezioni) non potevano essere letti ai giurati gli atti dell’istruzione né consegnati loro atti del processo (artt. 88 e 103 PPF 1851).

Dopo le arringhe e la dichiarazione dell’imputato, il Presidente doveva spiegare ai giurati il loro compito ed esplicitare su quale articolo di legge dovessero decidere (la cosiddetta istruzione, non invece il *Resumé*, art. 92 PPF 1851).¹⁰²⁷ Poneva loro le domande a cui rispondere con un sì o un no. Le parti potevano chiedere modifiche sulle questioni, prima che venissero date ai giurati e a decidere era la Camera criminale (art. 102 PPF 1851). La giuria decideva il verdetto in condizioni di isolamento. Poteva uscire dalla sala di riunione solo per chiedere eventuali delucidazioni alla Corte (art. 104 ss. PPF 1851). Prima di rinchiudere i giurati, il Presidente doveva ripetere esplicitamente, che non si chiedevano loro i “motivi di loro convinzione”: dovevano domandare solo alla loro coscienza e tra l’altro, la legge “non prescrive regola alcuna con cui bilanciare la pienezza e la sufficienza di una prova. La legge non dice ai giurati: Voi terrete per vero ogni fatto attestato da tale o tal altro numero di testimoni” (art. 103 PPF 1851). Ogni decisione andava presa a maggioranza qualificata di 10 a 12 (art. 108 PPF 1851).

Il verdetto dei giurati era diverso dalla sentenza della Camera criminale: le risposte “sì” o “no” costituivano il verdetto, mentre la sentenza doveva o riconoscere l’assoluzione, oppure decidere la condanna dopo che il procuratore (e l’eventuale danneggiato) aveva espresso la sua richiesta di pena. La Camera non era in alcun modo legata a quella richiesta (art. 115 ss. PPF 1851). Nella sentenza doveva essere presente tra l’altro: la domanda rivolta ai giurati, il verdetto con il numero di voti ottenuti, la richiesta del procuratore, l’articolo di legge violato, le motivazioni giuridiche del tribunale (art. 125 PPF 1851). Mentre la decisione della giuria era segreta, la camera di consiglio dei giudici della Camera criminale era pubblica, come anche pubblico era il loro voto.¹⁰²⁸ Contro le sentenze della Camera criminale

¹⁰²⁶ Art. 72 PPF 1851.

¹⁰²⁷ Il divieto di *résumé* e la sua differenza dalla *Rechtsbelehrung* sono sottolineati anche da ROTHENBERGER 1903, p. 78.

¹⁰²⁸ V. anche BLUMER 1864, p. 69; si trattava di una particolarità del TF svizzero, che la tecnicizzazione basata sulla scrittura ha vieppiù messo in discussione (oggi il TF decide ormai quasi solo per via circolare), ma che indica pure il debole rapporto tra la decisione e il diritto.

si poteva ricorrere in nullità, ovvero “soltanto per causa di lesione delle forme essenziali”, alla Corte di Cassazione del TF (art. 135 PPF 1851).

Come mostro anche sotto per la procedura di Zurigo, Rüttimann non scrisse in modo chiaro cosa dovessero decidere i giurati con il loro sì o no: i fatti o la colpevolezza?¹⁰²⁹ Secondo gli artt. 93 ss. PPF 1851 le domande dovevano riguardare i “fatti” dell’atto d’accusa. Le circostanze e la qualità dell’accusato dovevano essere questionate separatamente. Una qualifica della specie del delitto poteva essere decisa solo dopo che la “colpabilità” fosse già stata decisa. Se fosse stata dichiarata “l’inculpabilità”, il Presidente avrebbe dichiarato l’imputato assolto (art. 114 PPF 1851). Se invece fosse stato dichiarato “colpevole” allora il procuratore e la difesa avrebbero potuto proporre le loro conclusioni. In particolare, la difesa non poteva più contestare il “fatto”, ma solo la legge che non lo qualificava come delitto (art. 115 s. PPF 1851). Dato il verdetto e sentite le parti, la Camera criminale doveva quindi decidere la pena “dopo avere esattamente ponderato il fatto” e controllato che non fosse necessario assolvere l’imputato qualora “il fatto non sia punito da nessuna legge” (art. 117 s PPF 1851) anche se la giuria lo aveva considerato colpevole.¹⁰³⁰

6.4.4 L’arrivo e la rapida partenza del Procuratore Generale

Secondo lo spirito liberale, con l’organizzazione giudiziaria federale nacque anche il Ministero pubblico federale,¹⁰³¹ sebbene la giurisdizione penale federale fosse minima.¹⁰³² L’art. 43 OG 1849 prevedeva che il CF nominasse un PG, eventualmente accompagnato per ogni caso da un Procuratore di giurisdizione, che si occupava anche di andare al dibattimento con le AF. Era un fiduciario del governo, che lo sorvegliava e lo dirigeva. La legge però statuiva che presentava le sue conclusioni al tribunale “secondo il proprio convincimento” (art. 46 OG 1849).¹⁰³³ Nella prassi eseguiva sì, le istruzioni per compiti penali, ma soprattutto amministrativi, cosa che infatti accelerò la sua elezione. Inizialmente gli vennero dati compiti legati alla vecchia figura del fiscale,¹⁰³⁴ secondo la LPFisc 1849 aveva quindi pure il

Come mostro sotto, la nuova Corte penale federale da subito decideva in camera di consiglio segreta, v. sotto, cap. 9.3.6.

¹⁰²⁹ Anche MITTERMAIER 1865, p. 498, notava questa mancanza di chiarezza.

¹⁰³⁰ Come vedremo nel prossimo grande capitolo dedicato all’esame di alcuni casi giudicati dalle AF, in realtà spesso i giurati non si trovarono a giudicare sui fatti, ma proprio sull’interpretazione giuridica.

¹⁰³¹ Sulla storia dei procuratori penali in Svizzera v. ora brevemente LUMINATI 2018.

¹⁰³² Su questo tema v. ora GARRÉ 2016; v. anche MÜLLER 2009, p. 79 ss.

¹⁰³³ C’è chi accusava il CF di assolutismo dato che la proposta iniziale non prevedeva un Procuratore generale libero. E così il CN non solo garantì il libero convincimento, ma eliminò anche il diritto di revoca. Casimir Pfyffer sostenne con altri che se il CF poteva revocare il Procuratore allora l’AssFed doveva poter revocare il CF e il popolo l’AssFed, v. *Journal de Genève* del 1.6.1849, p. 3.

¹⁰³⁴ V. LUMINATI 2018, p. 345 s.

diritto di intervenire nei processi tenuti a livello cantonale e per il Regolamento sull'onorario¹⁰³⁵ poteva intervenire per rappresentare gli interessi della Confederazione a livello federale in ambito civile, oltre a doversi occupare dei senza patria (*Heimatlose*) assegnandoli ai vari cantoni.¹⁰³⁶ I senza patria erano espressione delle vecchie logiche di esclusione corporative dalle città. Decine di migliaia di persone che se la cavavano ai margini dell'esistenza, vagabondando, mendicando, venendo cacciati da un cantone all'altro. Erano vittime di una chiara repressione sociale che la nuova Confederazione decise di risolvere per vie burocratico-centraliste.¹⁰³⁷

Due anni dopo, con la PPF 1851 si impressero chiari cambiamenti al ruolo del PG nel diritto penale: era ancora titolare della procedura,¹⁰³⁸ ma rispetto alla OG 1849 non si trovava più la garanzia di operare secondo il "proprio convincimento". Il CF, per fugare ogni dubbio sull'ipotesi di indipendenza, aveva subito nominato politici fedeli nel ruolo di PG: il CdSi radicale Migy nel 1851,¹⁰³⁹ il radicale GC Amiet nel 1852.¹⁰⁴⁰ Con le dimissioni di quest'ultimo nel 1856,¹⁰⁴¹ visto che la questione degli *Heimatlose* era stata liquidata e che i casi per le AF erano molto rari, il CF decise di affidarsi da allora a dei procuratori *ad hoc*,¹⁰⁴² dando la giurisdizione sulle piccole contravvenzioni ai tribunali cantonali. Certo era consapevole che sarebbe stato più difficile avere una chiara visione di quello che succedeva, anche e soprattutto in quello che oggi chiameremmo diritto penale amministrativo.¹⁰⁴³ Della gestione ordinaria si occupava ora direttamente il DFGP.¹⁰⁴⁴

Dal punto di vista funzionale il PG è la porta d'ingresso del progetto penale. Se oggi in Svizzera deve farsi guidare dal principio di legalità (art. 7 Codice di diritto processuale penale svizzero del 5 ottobre 2007 (CPP 2007)),

¹⁰³⁵ Provisorisches Reglement über die Entschädigung der Gerichtspersonen und die übrigen Kosten der Verwaltung der Bundesrechtspflege vom 31. Mai 1850 (RU v.s. II 29).

¹⁰³⁶ LÜTHI 1923, p. 25 e 43 ss.

¹⁰³⁷ VUILLEUMIER 2008, p. 26 ss.

¹⁰³⁸ Art. 6 PPF 1851.

¹⁰³⁹ STETTLER, PETER: "Paul Migy", in: DSS, 13.11.2008 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004610/2008-11-13/>.

¹⁰⁴⁰ Radicale solettese, anche lui passato da Berlino, Jena e Heidelberg, v. GUTZWILLER, HELLMUT: "Jakob Amiet", in: DSS, 06.06.2002 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/013421/2002-06-06/>.

¹⁰⁴¹ BBl 1856 II 389, p. 394.

¹⁰⁴² V. FFfr 1856 II 394; Decreto dell'AF del 23 settembre 1856 (cit. in MÜLLER 2009, p. 83); secondo LÜTHI 1923, p. 52 ss., c'era inoltre una grande resistenza cantonale contro il PG; v. anche GROSSEN/STEFFEN/WIEDMER/WYSS 1992, p. 127. Si tornò a un procuratore permanente solo nel 1889, v. sotto cap. 8.6.1.3.

¹⁰⁴³ BBl 1858 I 255, p. 286.

¹⁰⁴⁴ BLUMER 1864, p. 67; ROTHENBERGER 1903, p. 71; d'interesse lo studio sulla procura federale tra Otto- e Novecento di LÜTHI 1923; per una storia della giurisdizione federale v. GARRÉ 2016.

per tutto l'Ottocento è stato sostanzialmente un funzionario senza autonomia anche quando era nominato stabilmente.¹⁰⁴⁵ Le risultanze dell'istruttoria, che trovavano infine spazio nell'atto d'accusa, potevano poi essere considerate non sufficienti per un processo dalla CdA. C'erano quindi ben due o addirittura tre autorità giuridiche che statuivano se il caso fosse giudicabile o meno, che avevano quindi in mano una sorta di interruttore sull'attivazione del momento giudiziario in sé. Si comprende come la giuria, che non doveva motivare la sua decisione, potesse essere vista come ulteriore elemento di disturbo.

6.4.5 Competenza delle Assisi Federali nei reati dei funzionari ai sensi del diritto penale federale nel 1853?

Il 26 giugno 1852 il buralista di fresca nomina federale Johannes Eberli, responsabile dell'ufficio postale di Oberutzwil (SG), fu fermato: aveva trafugato alcune centinaia di franchi di allora.¹⁰⁴⁶ Iniziata la procedura di fronte ad un amministratore (*Ammann*) locale, il cantone chiese al CF se fosse il caso di far celebrare il processo con le AF. Il CF deviò immediatamente la questione alla CdA del nuovissimo TF itinerante (composta dai liberali heidelbergeriani Pfyffer e Ammann, nonché dal liberale autodidatta Trog),¹⁰⁴⁷ venne attivato l'istruttore federale Jakob Dubs. Questi comprese che il canton San Gallo non ne voleva sapere di quella procedura, soprattutto non la voleva pagare, trasportò quindi Eberli a Zurigo. Dubs propose di accusare Eberli,¹⁰⁴⁸ passò il caso al PG Amiet che lo portò di nuovo alla CdA. Essa interpretò in modo ampio il principio di legalità codificato nell'art. 1 PPF 1851, che vedeva sufficiente la lesione di una (per la CdA: qualsiasi) legge penale per attivare tutta la procedura federale nonostante il primo "codice" penale federale non fosse ancora stato emanato¹⁰⁴⁹ (mancavano pochissimi passaggi parlamentari per arrivare alla votazione decisiva).¹⁰⁵⁰

Come previsto dall'art. 104 Cost. 1848 e dall'art. 22 OG 1849, competenti per il giudizio erano le AF del 4° circondario. Il processo Eberli fu quindi il primo ad essere celebrato davanti una giuria a livello federale nel nuovo Stato liberale elvetico.¹⁰⁵¹ Si tenne a San Gallo: giuria, supplenti e giudici dovettero tutti spostarsi (non c'era ancora la ferrovia) fin laggiù, si consideri che molti erano anche politici nel costruendo Stato federale. Bisognava

¹⁰⁴⁵ V. ora LUMINATI 2018, p. 347.

¹⁰⁴⁶ SEFEROVIC 2010, p. 253.

¹⁰⁴⁷ SEFEROVIC 2010, p. 231 ss.

¹⁰⁴⁸ SEFEROVIC 2010, p. 236.

¹⁰⁴⁹ SEFEROVIC 2010, p. 237 s.

¹⁰⁵⁰ Il CF aveva messo in consultazione il CPF fino al 1° luglio 1852, il progetto definitivo era del 20 luglio 1852, v. BBI 1852 II 555; il risultato venne discusso dal parlamento il 3-4 febbraio 1853 ed entrò in vigore il 1° maggio 1853. Cfr. TEMME 1855, 61 s.

¹⁰⁵¹ Per una lista di tutti i processi delle AF v. ora CONTARINI/LUMINATI 2014, p. 75 s.

inoltre calibrare la data con le sedute del GC, visto che non c'erano altre sale sufficientemente capienti. Nota Seferovic che nella lista come giurati a disposizione della ricusa delle parti c'erano solo notabili: p.e. ufficiali dell'esercito, politici, cancellieri di tribunale.¹⁰⁵² I giudici erano Johann Jakob Blumer, il già CdSi e CN savignyano Johann Rudolf Brosi¹⁰⁵³ e il giudice supplente, CdSo sangallese e CdSi, Arnold Otto Aepli.¹⁰⁵⁴

Non bastava che gli ostacoli pratici fossero così importanti: il processo fu problematico anche giuridicamente. Anzitutto si prospettava un completamento dell'atto d'accusa, che avrebbe spostato il processo di altre settimane, cosa che terrorizzava i giudici-politici a causa dei loro impegni. Blumer chiese quindi a Pfyffer quale fosse la sua opinione in merito e se fosse favorevole o contrario ad ampliarlo. La soluzione fu ampliarlo, ma senza dirlo alla difesa se non pochi giorni prima del processo!

Il TF ebbe inoltre grande difficoltà nel dover statuire secondo il diritto penale cantonale (che i giudici federali non conoscevano), considerando la cosa imbarazzante ("*etwas peinlich*"). Alla giuria vennero poste dieci domande sulla colpevolezza di Eberli a causa dei tanti furti contestati. La giuria rispose che c'era stato un furto solo. Infine, il difensore sostenne che Eberli non potesse essere condannato poiché non esisteva una legge penale federale che lo prevedesse. Essendo Eberli nullatenente e non di San Gallo, e dovendo il TF applicare il vecchio diritto cantonale sangallese, che prevedeva le bastonate nel caso in cui la multa e le spese non potessero essere pagate (solo per chi proveniva da altri cantoni), il procuratore non poté far altro che chiedere quella brutale pena corporale.¹⁰⁵⁵ Condannato infine (2 voti a 1) il 10 gennaio 1853, l'Assemblea federale si chinò con fastidio sul caso e gli condonò le spese processuali – e quindi il bastone.¹⁰⁵⁶

I cinque anni di transizione fra l'emanazione della Cost. 1848 e quella del CPF 1853, il "codice in miniatura"¹⁰⁵⁷ emanato il 4 febbraio 1853,¹⁰⁵⁸ erano stati traumatici. La giurisdizione penale federale viveva senza codificazione,

¹⁰⁵² Non si notavano per contro delle caratteristiche comuni per i giurati ricusati, SEFEROVIC 2010, p. 243 s.

¹⁰⁵³ BuRiLex Johann Rudolf Brosi.

¹⁰⁵⁴ Che aveva studiato sia a Berlino, sia a Heidelberg, v. SEFEROVIC 2010, p. 248 s.

¹⁰⁵⁵ SEFEROVIC 2010, p. 248 ss.

¹⁰⁵⁶ Cfr. SEFEROVIC 2010, p. 255; il *Zuger Kantons-Blatt* del 18 giugno 1853, n. 25, p. 111 informava che dopo le rimostranze del CF sulle bastonate, in particolare la critica che non era garantita l'uguaglianza giuridica ai cittadini degli altri cantoni, dato che i sangallese non venivano bastonati, il GC sangallese, imbeccato dal Piccolo Consiglio, decise di reintrodurre le bastonate... **anche per i sangallese!**

¹⁰⁵⁷ STOOSS 1890 *Novelle*, p. 160; non è chiaro chi furono i due redattori del CPF 1853, probabilmente uno era Rüttimann, DEJUNG/STÄHLI/GLANZ 1948, p. 515, npp. 37.

¹⁰⁵⁸ Nella PPF 1851 non erano indicate le fattispecie di cui erano competenti le AF, nella OG 1849 invece erano indicate ricalcando il dettato costituzionale. A rigor di logica poteva quindi bastare, senza dover emanare anche quella lista nel nuovo CPF 1853, v. CONTARINI/LUMINATI 2014, p. 52 s.

“una gioviale anarchia” (“*gemütliche Anarchie*”) un’anarchia completa” a dire del DFGP.¹⁰⁵⁹ Hillebrand sottolineava nel 1851 che si era subito deciso, a causa di costi e circostanze, di dare i delitti “insignificanti” (*unbedeutend*) alla giurisdizione cantonale, ma era la rispettiva autorità a doverlo decidere caso per caso. Altrimenti la giurisdizione ordinaria era quella federale.¹⁰⁶⁰ È importante tenere sott’occhio questo processo di creazione dello *ius puniendi* federale per cogliere l’evoluzione del mese seguente alla sentenza del caso Eberli, quando il parlamento dovette decidere quali competenze giurisdizionali dare alle giurie popolari federali.

Il CPF 1853 era suddiviso in due parti principali: una generale e una speciale.¹⁰⁶¹ Questa seconda era a sua volta composta in titoli:

“Delitti contro la sicurezza esterna e la tranquillità della Confederazione” (art. 36-40);

“Delitti contro Stati esteri” (art. 41-44);

“Delitti contro l’ordine costituzionale e la sicurezza interna” (art. 45-52);

“Delitti commessi da impiegati federali nell’esercizio delle loro funzioni” (art. 53-58), Delitti contro funzionari federali” (art. 59-60);

“Disposizioni diverse” (art. 61-68), ovvero altri delitti nella relazione con l’amministrazione.

Dato che i titoli non corrispondevano alla suddivisione dell’art. 104 Cost. 1848, venne creata una “lista coincidente”¹⁰⁶² che riprendeva il dettato costituzionale¹⁰⁶³ e lo associava alle singole fattispecie:

Art. 73 CPF 1853

Le assise federali sono esclusivamente competenti:

- a. Per l’alto tradimento contro la Confederazione (art. 36-38 e 45);
- b. Per la rivolta e la violenza contro le autorità federali (art. 46-50);
- c. Per crimini e delitti contro il diritto delle genti (art. 39, 41-43);
- d. Per delitti politici, causa o conseguenza di torbidi occasionanti intervento federale armato (art. 52).

¹⁰⁵⁹ Gutachten del 14 agosto 1854, ripreso in Verbale CF - 1854 4198, cit. anche in ULLMER 1862, p. 462.

¹⁰⁶⁰ HILLEBRAND 1852, p. 43.

¹⁰⁶¹ Stavolta non fu Rüttimman il redattore principale della legge (dato che già impegnato nella redazione del penale militare), ma comunque vi mise le mani, JAGMETTI 2018, p. 51 s.; suoi sono gli articoli sui delitti contro gli Stati esteri, v. sotto cap. 8.1.3.

¹⁰⁶² Ho proposto il concetto di “lista coincidente” con Luminati in CONTARINI/LUMINATI 2014, p. 52.

¹⁰⁶³ Questa differenziazione prese poi una storia propria, tanto che il TF nel 1944 (DTF 70 IV 213, p. 217) poté affermare serenamente che l’art. 112 della Cost. 1874 (che ricalcava il 104 Cost. 1848 sulle competenze delle AF) non serviva certo a garantire la presenza dei giurati al processo penale! Per il TF le giurie erano solo un apparato goffo e costoso e non erano organiche al CPS. Lo scopo dell’articolo costituzionale era insomma diventato solo quello di riconoscere competenze giurisdizionali alla Confederazione al posto dei cantoni...

Salta subito all'occhio: nel CPF 1853 mancava interamente una norma corrispondente all'art. 104 lett. a. Cost. 1848 ("nei casi che un'Autorità federale rimandi al giudizio penale gli impiegati da lei stessa nominati"), proprio quella che aveva permesso di svolgere il processo contro Eberli! Eppure quei reati nel CPF 1853 c'erano, erano codificati negli art. 53-68 CPF 1853.¹⁰⁶⁴

Nell'art. 76 del Progetto del 1852 per il futuro CPF 1853 (pCPF 1852) la soluzione prevista non era quella infine scritta nel CPF 1853. La regola progettata era che tutti i processi del penale federale sarebbero stati competenza delle AF, il CF avrebbe potuto poi demandarli ai cantoni.¹⁰⁶⁵ Con l'art. 74 CPF 1853 invece il principio venne capovolto: competenti per quei reati erano i cantoni (applicando comunque lo stesso CPF 1853), il CF poteva però demandare il giudizio alle AF.¹⁰⁶⁶ In sede parlamentare l'automatismo era stato invertito adottando meri motivi economici.¹⁰⁶⁷ I primi processi per i delitti dei funzionari davanti alle AF mostravano infatti che i giurati più che altro complicavano e costavano. Non a caso dopo il processo di Eberli vennero celebrati in totale solo altri sei processi per delitti comuni delle AF, cinque dei quali iniziati prima dell'emanazione del CPF 1853 e conclusi tutti nello stesso anno. Il sesto fu nel 1886 – e venne usato per segnare la fine (quasi) definitiva delle AF (v. sotto, cap. 9.3.4.1).

Non è chiaro se lo *choc* del caso Eberli fu determinante nella discussione per il CPF 1853.¹⁰⁶⁸ Sappiamo però che il Presidente Johann Jakob Blumer espresse profondi dubbi.¹⁰⁶⁹ Lo ho già mostrato sopra, l'amico di A. Escher comunque a prescindere non era un amico delle giurie. Ancora un anno dopo, nel suo rapporto di gestione all'Assemblea federale per il 1853, la commissione del CdSi riaffermò che la giurisdizione penale federale si era dimostrata esosa, presentando una specifica dei costi per i vari processi. Il tutto era scritto con un'immagine molto nitida: "le ruote girano, ma

¹⁰⁶⁴ Il legislatore aveva comunque pasticciato, regolando male la differenza tra crimini ufficiali (*Amtsverbrechen*) e i crimini comuni compiuti dai funzionari nella loro posizione di ufficiali (*gemeine Verbrechen, die in amtlicher Stellung begangen worden sind*), regolati anche nella Legge sulla responsabilità delle autorità e dei funzionari federali del 9 dicembre 1850 (LResp 1850), VOGT 1857, p. 370 ss.

¹⁰⁶⁵ BBI 1852 II 555, p. 578; che si trattasse comunque di una scelta leggermente incostituzionale era chiaro a tutti, cfr. FFfr 1852 II 565, p. 575.

¹⁰⁶⁶ Secondo VOGT 1857, p. 381 s., tralasciare la competenza diretta delle AF sui reati dei funzionari era anticostituzionale; come ricordava PFENNINGER 1890, p. 347, si trattava comunque di un "codice" che lasciava l'ambito dei delitti comuni ai cantoni e si limitava a stabilire norme sugli attacchi alla sicurezza dello Stato, sui funzionari federali e sulla tutela degli enti federali. Nel 1919 il TF ammise candidamente che con il CPF 1853 la competenza esclusiva delle AF in materia di diritto penale federale era stata soppressa (DTF 45 I 102, p. 105).

¹⁰⁶⁷ FFfr 1853 I 1, p. 19 s.

¹⁰⁶⁸ Anche SEFEROVIC 2010, p. 255, è dubbioso; interessante comunque notare il caso particolarmente messo in rilievo da BLUMER/MOREL 1887, p. 196.

¹⁰⁶⁹ Lettera del 11 febbraio 1853 al pastore C. L. Zwicky, in: BRAND 1962, p. 124).

lubrificarle costa veramente caro”.¹⁰⁷⁰ Il CdSi d'altronde sapeva di cosa parlava: il suo presidente era proprio Blumer! E quale metodo migliore poteva essere trovato per abbattere le giurie popolari, se non notare il costo eccessivo?

Le AF da allora divennero solo “un articolo di lusso che svolge un ruolo di rilievo solo nell'almanacco federale”.¹⁰⁷¹ Nel 1864 Blumer ribadiva che la giuria si era rivelata “inadatta e poco pratica” (*unpassend und unpraktisch*) e che in realtà all'inizio si era pensato ai giurati federali solo per la giurisdizione sui delitti politici.¹⁰⁷² Passati i primi processi di diritto penale sui funzionari cominciati prima dell'emanazione del CPF 1853, fino al 1933 giudicarono in tutto solo altri 11 casi, tutti su motivi politici (eccetto quello contro il direttore della *Banque de Genève* del 1886).¹⁰⁷³

¹⁰⁷⁰ “*On voit que les roues tournent, mais le graissage revient assez cher*”, FFfr 1854 II 497, p. 604; si noti che il processo Eberli costò alla fine 662 franchi, decisamente più di ciò che Eberli (nullatenente e il cui maltolto pesò infine sulle spalle della stessa Confederazione) aveva sottratto, SEFEROVIC 2010, p. 254.

¹⁰⁷¹ „*die eidgenössischen Geschwornen [sind] ein Luxusartikel, der bloss im eidgenössischen Staatskalender eine bedeutende Rolle einnimmt und dessen Wichtigkeit dem wählenden Volke je länger desto weniger einleuchten wird*”, VOGT 1857, p. 381.

¹⁰⁷² BLUMER 1864, p. 74, che dalla sua posizione di rilievo assoluto aveva gioco facile a manipolare la Storia.

¹⁰⁷³ V. la lista in CONTARINI/LUMINATI 2014, p. 75 s.

7 La giuria teatrale dei “baroni federali” e la resistenza cantonale

7.1 La tortura, i fatti e il diritto fra auto- ed eteroreferenza nella modernità

Un punto di discussione nella discussione sulle giurie è da sempre l'impossibilità giudiziale di distinguere realmente tra i fatti e la colpevolezza, ovvero sulla questione delle caratteristiche essenziali giuridiche del fatto.¹⁰⁷⁴ Ho mostrato che quella distinzione, una differenza, fu imposta sostanzialmente per riuscire ad accedere al processo moderno, destabilizzando la certezza del diritto di antico regime. Una proposta che subì fortissime resistenze culturali.

Il processo penale moderno liberale è un processo immediato: è pubblico, le parti hanno la possibilità di intervenire, le prove vengono amministrare nel dibattimento. Per molti questa immediatezza nella prima metà dell'Ottocento andava garantita dalla presenza delle giurie popolari, che avrebbero destabilizzato il sistema delle prove legali. Improvvisamente, dal silenzio dell'imputato (ovvero dall'assenza della confessione) la giuria permetteva di estrapolarne la colpevolezza. Sostituiva la sua coscienza.¹⁰⁷⁵ Il sistema giuridico aveva trovato il modo di imporsi linguisticamente sull'imputato adottando la differenza artificiale tra fatti e diritto e facendo decidere la giuria solo su quelli, il giudice su questo. Si trattava di una nuova dimensione ipocrita del diritto,¹⁰⁷⁶ dato che per tutti era subito palese che la giuria non potesse disquisire sui fatti senza contemporaneamente decidere sulla colpevolezza connotandoli giuridicamente.¹⁰⁷⁷

Questa novità epistemica – ben camuffata anzitutto da Hegel, ma anche dalla Scuola storica dei savignyani – permetteva quindi di giudicare i fatti “esterni” attraverso un'operazione “interna”. In particolare, non era più necessaria la tortura e quindi la certificazione dell'imputato sulla sua colpevolezza: bastava ora l'osservazione. Si trattava di una nuova garanzia del soggetto che però lo proceduralizzava e gli negava soggettività, era una nuova forma di soggettività giuridica, dato che osservare significa

¹⁰⁷⁴ Lo fu anche successivamente, nella discussione se passare allo scabinato. p.e. fu il cavallo di battaglia di una perizia presentata al governo zurighese nel 1900, v. HAUSER 2002, p. 674; così anche motivava STOOSS 1922 Vorentwurf, p. 228; e pure il FFfr 1929 II 607, p. 658 s.

¹⁰⁷⁵ Su questa lettura di Hegel v. anche SELLERT/RÜPING 1994, p. 16 ss.

¹⁰⁷⁶ L'ipocrisia funziona ancora oggi: una sentenza di un tribunale viene scritta distinguendo all'inizio i fatti e descrivendo poi la sussunzione; su questo punto hanno litigato in tanti, si veda p.e. la critica al giudice Müller da parte di STOOSS 1883, p. 433; il diritto moderno comunque ha bisogno di distinguere tra norme e fatti, così come anche tra giuristi e popolo, ma non può osservarli separatamente. Pena: il gorgonismo, v. sopra cap. 2.6.4.4.

¹⁰⁷⁷ Così già Feuerbach, cit. da OBERLI 1934, p. 21; v. ancora i resoconti dal canton Friburgo riportati da MITTERMAIER 1865, p. 529 s., dove fu subito chiaro a tutti che i giurati decidevano non solo sui fatti, ma anche sulla colpevolezza.

distinguere qualcosa che già si conosce prima, che non ha bisogno di conferme. Il soggetto giuridico diventava una forma interna al sistema.¹⁰⁷⁸ Il diritto riusciva a distinguere i fatti dal diritto proprio perché grazie al nuovo processo pubblico i fatti erano diventati diritto. Il sistema giuridico liberale riusciva a chiudersi, ovvero: imporre una pretesa egemonica sul silenzio. Il diritto faceva ora nascere la parola dal nulla, bastava l’osservazione indiziale.¹⁰⁷⁹

Anche se l’imputato negava la sua responsabilità, anche se non confessava e non c’erano due testimoni giurati, anche se mancava l’atto linguistico formale, l’imputato poteva essere considerato colpevole, bastava il verdetto della giuria (ecco perché Hegel la concepiva come scopo stesso del diritto). Questo può succedere solo laddove il sistema della comunicazione si chiuda, ottenendo il potere infernale di interpretare anche la non-comunicazione come se fosse comunicazione, diventando autonomo dal *feedback* da parte del non-comunicante.¹⁰⁸⁰ Il passaggio dalla teoria della prova legale alla teoria del libero apprezzamento della prova è un momento storico di *deregulation*. Avvenne una mentalizzazione (*Mentalisierung*) della prova. In particolare, concepire la convinzione del giudice come convinzione morale permise di fare eccezioni legate al caso concreto: si passava da un sistema formalista ad uno legato al singolo caso, finalmente flessibile.¹⁰⁸¹ Il diritto, diventando moderno e legandosi alla scienza, in sostanza rinunciava alla verità.¹⁰⁸²

I fatti sono, in quanto storia, una rappresentazione.¹⁰⁸³ Come ricorda Terzaghi, “qualsiasi cosa, adottata come simbolo in un sistema simbolico, è in grado di rappresentare”. Quella riflessione può valere anche per il processo, dove non si tratta di fare una copia, ma di “visualizzare ciò che altrimenti rimarrebbe fuori dalla nostra portata”.¹⁰⁸⁴ Per questo “rappresentare e conoscere vanno insieme, sono processi interdipendenti”.¹⁰⁸⁵ La rappresentazione non è questione di somiglianza, come ben sa l’arte – il falso è parte della verità, dobbiamo farcene una

¹⁰⁷⁸ V. meglio sopra, cap. 2.6.3.2.

¹⁰⁷⁹ In questo margine di pensiero anche STICHWEH 1994, p. 269 ss.

¹⁰⁸⁰ Si pensi al sistema dell’amore: *alter* non sta comunicando con *ego*, quindi (dal punto di vista di *ego*) *alter* potrebbe voler dire qualcosa a *ego*. Tutto si gioca sull’impostazione delle aspettative concesse (dal sistema).

¹⁰⁸¹ STICHWEH 1994, p. 285 s.; come diceva KIRCHMANN 1956 (1848), p. 37: “*die Rechtspflege ist durch Wissenschaft zum Glücksspiel geworden*”.

¹⁰⁸² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 419; altro discorso è sapere se una confessione sotto tortura abbia qualcosa a che fare con la verità... Lo scopo teorico di questa analisi non è ragionare sul “cosa” (la mia, la tua verità?), ma sul “come” e sulle rispettive illogicità nel diritto.

¹⁰⁸³ Cfr. già DESCHENAUX 1948, p. 19.

¹⁰⁸⁴ TERZAGHI 2006, p. 23.

¹⁰⁸⁵ TERZAGHI 2006, p. 29.

ragione.¹⁰⁸⁶ La rappresentazione non è una caratteristica né sufficiente, né necessaria per raffigurare la realtà. La rappresentazione è piuttosto un problema di credenze e percezioni.¹⁰⁸⁷

La differenza fra fatti e diritto nel sistema giuridico moderno liberale è però di più che non sola rappresentazione. Essa divenne un'operazione che ricalca la distinzione fra eteroreferenza e autoreferenza del sistema.¹⁰⁸⁸ Non è una differenza eteroreferenza/autoreferenza, dato che il diritto può rinviare a norme esterne e utilizzare fatti interni.¹⁰⁸⁹ L'eteroreferenza non limita l'autonomia del sistema, dato che essa rimane un'operazione interna, legata alle norme giuridiche.¹⁰⁹⁰ Per il diritto moderno i fatti sono quindi una proiezione di sé, tanto da riuscire a far rendere fatti qualcosa che prima era considerato una norma,¹⁰⁹¹ uno scritto o comunque un sapere. Li rende forme previste per il diritto in modo tale che possano presentare la decisione come se, data la regola, essa derivi dal fatto.¹⁰⁹² Certo è possibile che il sistema

¹⁰⁸⁶ Come insegna il caso Relotius, reporter pluripremiato che ha alla fine del 2018 è stato scoperto essere autore di articoli falsi nonostante la pretesa dei reportage sia proprio di raccontare la verità, nella truffa intellettuale il truffato è pronto a farsi truffare – o addirittura vuole essere truffato. Lo scriveva peraltro già Linus Reichlin sulla rivista Reportagen #8 (nell'articolo *Anleitung für Fälscher. Wenn Händler, Sammler und Kunstfälscher zusammenarbeiten, gelingt der Coup: Ein Kurs in sechs Lektionen*), che è la stessa che Relotius ha usato per truffare i suoi lettori. La credibilità non è un elemento meno potente della verità. Il reporter che lo ha scoperto ha dovuto contrastare grandi resistenze per indagare sulla falsità (le sue parole si possono leggere al link <https://www.sueddeutsche.de/medien/claas-relotius-spiegel-juan-moreno-1.4261593>). Il ragionamento può essere esteso anche alla Storia e alla tensione insita nello storico di trovare certificazioni alla storia che vuole raccontare – spesso senza riuscire a chiedersi se non sia di fronte a un falso. Ci indica CANFORA 2017, p. 37, ragionando sulle lettere come traccia storica, che “il falso è più abbondante del vero”. È sbagliato condannare il falso in quanto tale, la questione deve essere trattenuta nella nuda sua complessità: esso può p.e. essere una forma di lotta politica (p. 40), un canone letterario, financo la creazione di un *corpus* di personaggi (p. 41). Ricorda NATALE 2017, p. 51, che all'inizio dell'Ottocento la questione del falso si imponeva come questione per tracciare una nuova storia dell'arte – anche e soprattutto in ottica di mercato. Eppure, la scoperta di un falso pone una domanda centrale: opere autonome, quelle dei falsari, o testimonianza di virtuosismi? Di grande interesse notare che per gli storici è anche in gioco il problema di incontrare collezionisti che comunque cercano di vedere un vero laddove siano davanti a un falso, “benché ammirabile” (p. 52 s.). L'esistenza di veri falsi nella società moderna secondo me dovrebbe far riflettere a fondo i giuristi sul loro feticismo nei confronti della cosiddetta verità materiale.

¹⁰⁸⁷ TERZAGHI 2006, p. 25 ss. e le relative citazioni bibliografiche.

¹⁰⁸⁸ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 87; v. anche GOEBEL 2007, p. 273.

¹⁰⁸⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 289 npp. 102.

¹⁰⁹⁰ Cfr. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 80 s.; il diritto in particolare con la modernità liberale rinuncia alla morale, se il diritto decidesse con altri codici che non siano quelli del diritto/non-diritto, ad esempio mediatizzando quello della politica, saremmo di fronte a un caso di corruzione sistemica dove il diritto riconosce che non può sostenere la pressione esterna, *ivi*, p. 81.

¹⁰⁹¹ Si pensi ai ricorsi costituzionali astratti.

¹⁰⁹² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 91; sull'ipocrisia del confondere cause e effetti v. anche BOURDIEU 1991, p. 96; non è certo un caso che i giuristi riescano a concepire una perizia come se fosse un fatto, sebbene si tratti in sostanza di sapere degli esperti.

debba rifarsi ad un sapere esterno, permettendo l’interpenetrazione¹⁰⁹³ (con la scienza, ad esempio): ma l’eventuale errore che ne deriva rimane solo un errore giuridico (e non: scientifico),¹⁰⁹⁴ che può essere autocorretto. Si tratta di una logica di *re-entry*. Proprio quel *re-entry* è lo strumento che distingue l’autopoiesi del diritto moderno e che permette di sognare l’*Unrecht* nel diritto (*Recht*).¹⁰⁹⁵

Spiega comunque Luhmann, rifacendosi alle riflessioni di Gotthard Günther, che nessun sistema operativo chiuso può vivere di una cognizione concepita in modo strettamente passivo. Si ha infatti un ruolo attivo nei confronti del proprio ambiente. A dire di Luhmann si potrebbe usare la metafora secondo cui le informazioni per il sistema sono una sorta di prestazione sensomotoria.¹⁰⁹⁶ Egli ritiene che questo approccio ci venga confermato dalla terapia psicanalitica e da quella familiare, come anche dalla consulenza aziendale: si lavora con la costruzione di problematiche, che vengono delineate come patologiche, esse vengono poi ricostruite come soluzioni ad un problema che potrebbe essere risolto meglio altrimenti. Il sistema di fronte a queste soluzioni problematiche si deve problematizzare e risciversi, o descriversi nuovamente. Ecco che le direttive da parte della gerarchia sono proposte terapeutiche dalla doppia funzione, da un lato terapeutica, dall’altro diagnostica: permettono infatti di fornire all’azienda nuove informazioni nel caso esse non abbiano successo. Ecco che diventa chiaro cosa si intende, quando si dice che le procedure decisionali operano in modo retrospettivo: “per riconoscere ciò che si può fare, bisogna aver fatto qualcosa”.¹⁰⁹⁷

Nel processo giuridico i fatti sono creati un po’ come il triangolo di Kanizsa, sono un’illusione ottica causata da qualcosa che già si conosce e che viene fatta rientrare grazie all’apprendimento del sistema. Si vedono tracce di questa realtà giuridica anche nelle sentenze. Il sistema circolare di creazione dei fatti permette di rappresentare la decisione giuridica come se essa li seguisse pedissequamente; infatti, le sentenze prima narrano la storia, poi la sussunzione. I fatti e il diritto nella narrativa giudiziaria si influenzano,

¹⁰⁹³ Ovvero quel fenomeno in cui (in senso radical-costruttivista) un sistema mette a disposizione di un altro sistema la propria complessità per la costituzione dell’altro sistema, ESPOSITO 1991 Interpenetrazione,

¹⁰⁹⁴ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 86.

¹⁰⁹⁵ Il *re-entry*, possibile nel sistema che si auto-osserva, che crea il suo passato e il suo futuro, permette di avere nel diritto entrambi gli elementi del codice diritto/non-diritto. Il diritto moderno viene quindi autocreto nell’osservazione *nel* sistema, v. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 174 s., in particolare la npp. 22 con le parole di Kaufmann (v. *ivi* le indicazioni bibliografiche).

¹⁰⁹⁶ Per una spiegazione a noi “profani” su questo tema tipico della teoria dei sistemi vareliana si veda questo interessante link della Confederazione: <https://www.mobilesport.ch/sport-degli-adulti-it/allenamento-sensomotorio-che-cose-la-sensomotricita/>.

¹⁰⁹⁷ “*Um zu erkennen, was man tun kann, muss man etwas getan haben*”, LUHMANN 2005 (1996), p. 32 s.

ma dal punto di vista del diritto è solo il diritto che li costruisce, che li fa suoi partendo da una sua idea interna dei fatti e poi li presenta come se fossero esterni. Questa estraneità interna dei fatti al diritto – ma anche delle singole persone come sistemi psichici (come, ad esempio i testimoni) – permette ai giudici di elaborarli in modo indipendente dalla motivazione giuridica. La sociologia giuridica ha peraltro mostrato che i giudici nella prassi decidono prima quali fatti far loro e poi compiono l'esame giuridico di consistenza, autocertificandosi.¹⁰⁹⁸

Dal profilo evolutivo, il libero apprezzamento delle prove nell'Ottocento assurse a nuovo modello ermeneutico al posto del vecchio modello analitico. Avvenne un passaggio all'informalità relazionale, dominava ora una nuova forma di oralità. Si sviluppò un momento dialettico-dialogico (*dialektisch-dialogisch*) di andare e venire sul caso in oggetto, anche la testimonianza diventava una prova indiziale. I dettagli ottennero la possibilità di far cambiare direzione all'intero processo, modificando anche all'ultimo l'intero quadro indiziale. Il processo penale così singolarizzato, deregolamentato e soggettivizzato divenne un processo di "presa di coscienza giuridica" (*rechtlicher Erkenntnisprozess*).¹⁰⁹⁹ Non c'erano più fatti oggettivi, era il diritto che trasformava la realtà.¹¹⁰⁰

Il modo per imporre stabilità a questa nuova dimensione qualitativa dell'apprezzamento probatorio fu trovato anzitutto nella professionalizzazione.¹¹⁰¹ La nuova stampa ottocentesca venne quindi usata (con le riviste specialistiche) per "sensibilizzare i pratici del diritto agli istituti liberali".¹¹⁰² Proprio là nacquero i resoconti processuali anche per gli specialisti, in Francia come in Germania. A Zurigo fu Keller a inaugurarli. Addirittura, ci si chiese di pubblicare gli atti delle inchieste, ma – evidentemente – non ci si riuscì mai, eccezion fatta laddove le parti collaboravano con le riviste: allora i resoconti venivano completati di annotazioni p.e. quelle degli avvocati.¹¹⁰³

Nei vari cantoni svizzeri tutto ciò non sfondò: l'opposizione alla modernizzazione della società, e quindi alle professioni giuridiche, correva parallela all'opposizione allo scatto epistemico delle nuove logiche del

¹⁰⁹⁸ Cfr. HESSE 2004, p. 134 s.; LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 280 s. nota qui che secondo Ladeur le tendenze a sacrificare la consistenza a favore della varietà portano alla fine dell'unità del diritto, verso una concezione giuridica pluralista. Il tedesco rifiuta seccamente questa tesi, dato che il sistema rimane autopoietico.

¹⁰⁹⁹ STICHWEH 1994, p. 293 ss.; ho già indicato sopra (npp. 199) il problema di trovare una traduzione coerente del concetto tedesco di *Erkenntnisverfahren*. Si tratta di conoscere, ma nel senso di riconoscere, di scoprire e costruirsi una conoscenza. Per questo qui parlo di "presa di coscienza", l'importante è cogliere la direzione dell'osservazione dell'ambiente. Nel diritto comunque ora "erkennen" significa anche semplicemente "giudicare".

¹¹⁰⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 85.

¹¹⁰¹ STICHWEH 1994, p. 296.

¹¹⁰² COLAO/LACCHÈ/STORTI 2008, Premessa, p. 9.

¹¹⁰³ VISMANN 2011, p. 141.

diritto moderno deregolamentato. Dal punto di vista storiografico uno dei problemi di fondo è il passaggio al modo dell’osservazione di secondo ordine, che in Svizzera si sviluppò su spazi e tempi diversi che altrove. In questo senso limitarsi ad un confronto fra la condanna della brutalità (premoderna) e l’elogio della trovata umanità (moderna) è evidentemente riduttivo.

7.2 *La giuria, uno strumento di lotta liberale così difficile da accogliere per i cantoni svizzeri*

Alcuni cantoni adottarono la giuria pochi anni prima della rivoluzione del *Sonderbund*, la maggior parte dopo. Spesso si sostiene che per i primi il modello di riferimento fossero i codici francesi, per i secondi il processo inglese. In realtà però, ciò che era regolato in modo diverso da cantone a cantone – ed era il cardine della struttura giudiziaria – era la posizione del giudice presidente.¹¹⁰⁴ Si dovrebbe quindi parlare sempre di approccio “alla svizzera” alle giurie popolari, nel senso di un approccio eclettico. Non ha senso cercare genealogie certe, che solo legittimano la capacità dello storico di andare a cercare similitudini in giro per l’Europa. Influenze senza dubbio ce n’erano, e anche sostanziose. Ma cercare qui linee di continuità con l’estero è un modo sbagliato d’osservare le logiche di *transfer*. I legislatori cantonali sembravano invece avere una vera passione nel mischiare fra loro istituti stranieri e necessità locali.¹¹⁰⁵

I resoconti ci raccontano che culturalmente ciò che fu veramente faticoso fu rinunciare all’antica impostazione che voleva il processo penale scritto e segreto e la confessione come elemento principe della decisione giudiziaria (e quindi, indirettamente, la tortura o le sue forme alternative).¹¹⁰⁶ Come spiegato da Foucault, la confessione e la tortura erano infatti fenomeni gemelli.¹¹⁰⁷ Come già visto, per Hegel la giuria valeva invece come strumento per il superamento della tortura. Questo portava con sé pure una deregolamentazione del sistema di apprezzamento delle prove, cambiando il ruolo del giudice nel processo e la funzione disciplinante del penale nella società. Nel 1850 Kern, Stämpfli, Pfyffer, A. Escher e Dubs sollevarono un polverone politico fra i federalisti (sia i politici, sia i cittadini) proprio chiedendo la centralizzazione del penale e quindi il superamento della tortura. La questione fu trattata dal CF, ma Furrer si espresse in modo

¹¹⁰⁴ V. anche MITTERMAIER 1866, p. 13 s.

¹¹⁰⁵ Va subito notato che solo alcuni cantoni francofoni, segnati dalla divisione tripartita dei reati alla francese, ebbero giurie correzionali: Ginevra e Vaud subito, Neuchatel nel 1862. A Berna la giuria correzionale venne proposta e rifiutata tardi, nel 1878, v. GRAVEN 1938, p. 20a.

¹¹⁰⁶ Anche THORMANN 1934, p. 15, notava che essendoci già i giudici non togati (*Laienrichter*), l’unica novità che portarono veramente le giurie in Svizzera fu il libero apprezzamento giudiziale.

¹¹⁰⁷ V. GARRÉ 2011 Inquisizione, p. 539 ss.

contrario, a tutela della sovranità cantonale. Riteneva non fosse ancora arrivato il tempo, bisognava “far respirare il popolo e le autorità” (“*Volk und Behörden auch wieder einmal Athem holen*”).¹¹⁰⁸ Ancora nel 1869 il CdSi Borel chiese al CF di controllare in quali cantoni si usasse la tortura. Gli rispose indirettamente sulla stampa il giudice d’istruzione di Zugo giustificando quelle pratiche violente in caso di personale convinzione della colpevolezza dell’imputato.¹¹⁰⁹

Proprio la posizione di A. Escher è importante per inquadrare l’evoluzione delle giurie in Svizzera. Questi voleva sì, che ci si confrontasse rapidamente con il problema delle prigioni e della tortura in Svizzera, indegne per l’onore della Svizzera¹¹¹⁰ eppure non era a favore delle giurie popolari,¹¹¹¹ un campanello d’allarme che impone di chiedersi se non ci fossero altri motivi “ambientali” per cui infine in alcuni cantoni le giurie trovarono patria. Motivi che, come già ho presentato sopra, mi sembra di intravedere nella tradizionale presenza dei giudici non togati (*Laienrichter*) nei tribunali svizzeri. D’altronde lo diceva anche Mittermaier anni dopo: in Svizzera c’era una sostanziale opposizione alle giurie perché il popolo - “quindi anche i non-giuristi”¹¹¹²- già prendeva parte all’amministrazione della giustizia nel ruolo di giudice.

La mia tesi è che il motivo profondo per cui i liberali nord-orientali come Rüttimann abbiano deciso di sostenere le giurie non abbia nulla a che vedere con un presunto accesso del popolo alla giustizia, come si potrebbe invece pensare in ottica radicale. Strutturare un nuovo processo con la giuria serviva proprio all’opposto: a creare una nuova distinzione tra giudici e giurati e quindi a fare da testa di ponte per garantire l’ingresso dei giuristi nel processo svizzero.¹¹¹³

I sottocapitoli che seguono sono un primo abbozzo per una Storia della procedura penale svizzera che segua questo approccio di imposizione professionale. Va ancora scritta in modo coerente e organico. Vista la frammentarietà della storia cantonale e la natura della mia ricerca, ho usato fonti sostanzialmente secondarie per scrivere questi primi appunti. L’obiettivo non era compilare norme e momenti legislativi, ma mostrare piuttosto che la “giuria svizzera” semplicemente non esiste, tutti i modelli sono stati a turno provati – laddove la giuria abbia trovato posto

¹¹⁰⁸ Cit. da WIEDERKEHR 2012, p. 36.

¹¹⁰⁹ HESS-MASAT 1988, p. 73 s.; dopo una discussione l’AssFed comunque nel 1869 intervenne contro Zugo chiedendo di rinunciare alla tortura, LUMINATI 2010, p. 124 e la relativa bibliografia.

¹¹¹⁰ WIEDERKEHR 2012, p. 35 s.

¹¹¹¹ V. sopra, cap. 6.2.3.

¹¹¹² (“*also auch Nichtjuristen*”), MITTERMAIER 1865, p. 494.

¹¹¹³ In alcuni cantoni nei decenni la presenza della giuria comportò la rinuncia all’elezione popolare diretta dei giudici di appello, assegnando la loro nomina al parlamento, MEYER 1929, p. 10.

nell’organizzazione giudiziaria locale. Da metà secolo si palesò comunque uno spostamento generale verso il modello zurighese. Per questo ho dato uno sguardo più approfondito proprio a Zurigo. Spesso mi sono basato sui riassunti di metà Ottocento di Mittermaier, che, oltre ad essere incredibilmente interconnesso,¹¹¹⁴ si trovava bene in Svizzera (trascorrevva l’estate a Engelberg, come mi spiega il collega Mike Bacher, che ringrazio per l’informazione); sull’approfondita ricerca di Graven del 1938; e su alcuni studi più recenti.¹¹¹⁵ Talvolta, ma senza farne una regola, ho cercato ulteriori informazioni sui testi costituzionali nella comoda versione digitale pubblicata su <http://www.verfassungen.ch/>. Questa raccolta, curata per hobby dal signor Roland Eugster, non garantisce lo standard scientifico di una classica collezione di fonti. Di fronte alla montagna delle realtà giuridiche cantonali ho però preferito usare la teleferica virtuale, consapevole che questa Storia andrà nuovamente approfondita in futuro.

7.3 Le giurie cantonali “figlie” della passione rivoluzionaria alla francese

Le prime giurie svizzere erano evidentemente figlie di un afflato rivoluzionario radicale di ispirazione francese. Un afflato che presto venne smorzato, esponendo le regole sulle giurie, in particolare sulla loro composizione e sulla loro competenza decisionale, a continue riforme.

7.3.1 Ginevra

A Ginevra c’era una particolare sensibilità rimasta in parte legata al periodo rivoluzionario napoleonico, nonché una certa voglia di imporre il liberalismo con le armi.¹¹¹⁶ In questo contesto nel 1841 una rivoluzione istituì un’assemblea costituente che democratizzò le istituzioni e la giuria venne prevista nella nuova Costituzione del 1842. Nel 1844 arrivò quindi la legge con le sue giurie, modellata sull’esempio della procedura criminale francese, senza però una giuria d’accusa.¹¹¹⁷ Già nel 1847/48 Fazy la riformò, istituendo anche una giuria correzionale. Inizialmente il sistema ginevrino prevedeva la partecipazione di 5 magistrati, poi portati ad uno nel 1848. Il giudice poneva alla giuria la sola domanda sulla colpevolezza dell’accusato e faceva un riepilogo della causa (il cosiddetto *résumé* presidenziale, spesso oggetto di conflitti politici e di riforme¹¹¹⁸). Il giudice ginevrino era eletto

¹¹¹⁴ V. p.e. JELOWIK 2001 e RIEMER 2005.

¹¹¹⁵ Un altro approfondito riassunto della storia normativa delle giurie cantonali, a cui rimando in *toto*, si trova in ROTHENBERGER 1903, per l’evoluzione dal 1848 da p. 126 ss.

¹¹¹⁶ HERRMANN, IRÈNE: “Ginevra (cantone)”, cap. 4.1.1: “Il periodo francese (1798-1814) - Storia costituzionale e politica”, in: DSS, 30.05.2017 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007398/2017-05-30/#HIIperiodofrancese281798-181429>.

¹¹¹⁷ Cfr. GRAVEN 1938, p. 15a; POUURET 1981, p. 84.

¹¹¹⁸ V. p.e. ROTHENBERGER 1903, p. 44.

dalla politica, così come lo erano i 300 giurati (nominati da una commissione parlamentare). Il sistema di ricusazione era particolarmente liberale, lasciando a turno alle parti e al procuratore decidere se ricusare il singolo giurato. I giurati decidevano con maggioranza semplice e potevano anche indicare le circostanze attenuanti.¹¹¹⁹ Visto che mancava interesse per il sistema di elezione dei giurati, nel 1850 venne adottato un nuovo sistema di composizione casuale delle *Urlisten*.¹¹²⁰

7.3.2 Vaud

Nel canton Vaud i giurati vennero adottati con la nuova Costituzione radicale del 1845.¹¹²¹ Si trattava di un'accelerazione: Druey inizialmente non voleva quella popolarizzazione, sosteneva che i giudici dovessero essere nominati dal governo ed eletti dal parlamento. La giuria diventava ora uno strumento per evitare in futuro nuove “tracimazioni dei movimenti popolari” (“*debordements des mouvements populaires*”), una sorta di garanzia politica, basata peraltro su una certa mitizzazione della *Landsgemeinde*.¹¹²² Come già indicato, prima erano stati provati vari tentativi di portare la giuria e con essa la procedura pubblica. Fallirono regolarmente (anche con l'opposizione di Druey), anche a causa dell'opposizione alla nuova teoria del libero apprezzamento delle prove.¹¹²³ La nuova Costituzione era espressione di una rivoluzione popolare anticlericale, accolta a braccia aperte fra gli altri da Druey (e dal suo bagaglio protosocialista) contro i liberali centristi, che non volevano biasimare i gesuiti lucernesi, e portò con sé il referendum, una simil-iniziativa e le giurie popolari.¹¹²⁴ Nel 1846 arrivò la relativa legislazione sull'organizzazione giudiziaria. Il dibattimento processuale (con gli interrogatori) era nelle mani del presidente, senza però che potesse esprimere un suo discorso finale alla giuria.¹¹²⁵ C'era anche una giuria correzionale.¹¹²⁶ La *Urliste* veniva composta con l'elezione popolare a livello comunale,¹¹²⁷ impostazione cambiata nel 1850 scegliendo i giurati a caso fra tutti i cittadini. I malumori portarono, dal 1859/1860, a un ritorno alle elezioni di un giurato ogni 100 abitanti per 4 anni. Nel 1852 – in linea con le evoluzioni federali – venne eliminata la differenza fra fatti e intenzioni dell'accusato (inizialmente richiesti separatamente alla giuria).¹¹²⁸

¹¹¹⁹ STRÄULI 2001, p. 327; MITTERMAIER 1845, p. 79 ss.; v. anche MITTERMAIER 1865, p. 550 s.

¹¹²⁰ ROTHENBERGER 1903, p. 39 s.

¹¹²¹ Sulla storia delle giurie vodesi v. ampiamente CAVIN 1397 échevinage, p. 167 ss.

¹¹²² JOST 1996, p. 124.

¹¹²³ V. anche MITTERMAIER 1845, p. 167 ss.

¹¹²⁴ GRABER 2017, p. 130 s., che non cita però le giurie popolari.

¹¹²⁵ MITTERMAIER 1865, p. 509 s.

¹¹²⁶ GRAVEN 1938, p. 15a; secondo OBERLI 1934, p. 13, la causa era l'adesione alla tripartizione dei reati.

¹¹²⁷ CAVIN 1937 Vaud, p. 46

¹¹²⁸ MITTERMAIER 1865, p. 506 ss.

7.3.3 Berna

A Berna la giuria fu introdotta nella nuova Costituzione radicale dal 1846¹¹²⁹ ed era prevista anche una giuria per la stampa,¹¹³⁰ per quanto politicamente non sembrasse una priorità.¹¹³¹ Se la passione di Stämpfli e Imobersteg era chiara, come pure quella del prete rivoluzionario Veyermann, che vedeva la giurisdizione come questione del popolo, Ochsenbein era convinto di perder in partenza difendendo questo istituto.¹¹³² La legge sull'organizzazione arrivò nel 1847, anno in cui fu abolito il censo, e sulle giurie era meno arretrante, dando loro meno competenze del previsto.¹¹³³ L'elezione dei giurati nella *Urliste* avveniva a livello comunale, per cui la maggior parte erano commercianti e funzionari locali, non invece funzionari cantonali. La scelta dei giurati per il processo concreto era classicamente casuale con la ricusa arbitraria delle parti. A dire di Oberli le giurie rivoluzionarie bernesi non erano uno strumento voluto per biasimare i giuristi, quanto piuttosto un'istituzione contro gli influssi del governo sull'attività giudiziale.¹¹³⁴ La procedura del 1850 era creata su base delle leggi napoleoniche. Secondo Mittermaier essa prevedeva anche che la giuria avesse competenza di giudizio sui fatti. Oberli invece riteneva che ci fosse già l'intenzione di far giudicare la giuria sulla colpevolezza, una posizione influenzata dalle evoluzioni riferite alla giuria all'inglese. Si tratta di una confusione che contraddistingue invero non solo il canton Berna, ma che ritroviamo anche a Zurigo e nelle giurie federali. Il presidente aveva molto potere discrezionale e si occupava degli interrogatori in senso inquisitorio. Valeva la presunzione di colpevolezza. Il foglio con le domande era “alla francese”, con una lunga lista di domande che limitava la libertà dei giurati, il rapporto finale del presidente era però vietato. Per il verdetto bastava la maggioranza semplice.¹¹³⁵ Nella prassi di giudizio Mittermaier notava una certa indulgenza verso gli atti violenti, meno nella violazione della proprietà.¹¹³⁶ Il giuri in ambito civile fu proposto nel 1858, ma non trovò consenso.¹¹³⁷

¹¹²⁹ GRAVEN 1938, p. 15a

¹¹³⁰ OBERLI 1934, p. 13.

¹¹³¹ Lo spiegava Achill Renaud in una lettera a Mittermaier del febbraio del 1847, JELOWIK 2001, p. 280.

¹¹³² WAGNER 1926-27, p. 314; su Ochsenbein e gli altri v. sopra, cap. 6.2.2.

¹¹³³ OBERLI 1934, p. 4 ss.

¹¹³⁴ OBERLI 1934, p. 16 s.

¹¹³⁵ MITTERMAIER 1865, p. 520 ss.; v. anche OBERLI 1934, p. 18 ss.

¹¹³⁶ MITTERMAIER 1865, p. 520 ss., d'interesse notare che i testimoni prestavano giuramento solo a richiesta, un segno del radicalismo imperante.

¹¹³⁷ OBERLI 1934, p. 13.

7.3.4 Friburgo

Particolare ciò che successe a Friburgo. Cantone maggiore nel *Sonderbund*, persa la guerra e vide eletto un nuovo GC radicale a causa della forte astensione elettorale. Nella nuova Costituzione nel 1848 il popolo venne praticamente escluso con una legislazione di dominio¹¹³⁸ e venne adottata una giuria utilizzando come base sostanzialmente il sistema francese.¹¹³⁹ Era una clava politica all'interno di un sistema sostanzialmente di antico regime, utilissimo per contrastare l'opposizione: se l'accusato nell'inchiesta stava in silenzio, lo si riteneva un indizio di colpa; per i casi senza le giurie valeva ancora la teoria della prova legale; nei casi con le giurie, se c'era stata la confessione essa valeva come prova e quindi al presidente rimaneva un ampio potere discrezionale. Il presidente faceva gli interrogatori e poteva fare il *resumé*; valeva un principio accusatorio debole, quindi il presidente, se si scoprivano altre questioni al processo poteva semplicemente ampliare le domande.¹¹⁴⁰ Nel 1857, vittoriosi i conservatori in alleanza con uno sparuto gruppo di liberali, la garanzia costituzionale a favore della giuria venne eliminata a favore di una norma potestativa.¹¹⁴¹ Le istituzioni rimasero però le stesse dei radicali, ciò che permise una certa oppressione da parte dei conservatori che durò per decenni.¹¹⁴²

7.4 Le giurie di Zurigo: la stessa procedura “all’inglese” di Mittermaier?

7.4.1 La giuria “all’inglese” di Mittermaier del 1847

In Germania le giurie nella prima metà dell'Ottocento non avevano trovato molti favori e rimasero sostanzialmente solo sulla carta, poiché la procedura inquisitoria con la teoria della prova legale valeva ancora un po' dappertutto.¹¹⁴³ Nonostante le parole di Hegel, i giuristi liberali inizialmente non riuscivano ad avere sfiducia nei giudici tecnici, ben conosciuti nella cultura tedesca. Temme, ad esempio, riteneva che i suoi ventidue anni di attività quale giudice prussiano gli rendessero impossibile quello scetticismo, in fondo i giudici giuristi **non pensavano in modo completamente diverso**

¹¹³⁸ DORAND, JEAN-PIERRE: “Friburgo (cantone)”, cap. 4.1.4: “Dal radicalismo al conservatorismo (1847-1881)”, in: DSS, 30.05.2017 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007379/2017-05-30/#HStoriapoliticaecostituzionale>.

¹¹³⁹ GRAVEN 1938, p. 15a.

¹¹⁴⁰ MITTERMAIER 1865, p. 527 ss.

¹¹⁴¹ KOCHER 1965, p. 47.

¹¹⁴² MAISSEN 2010, p. 220 s.

¹¹⁴³ La teoria della prova viveva nella prima metà dell'Ottocento un periodo di passione: si trattava infatti di passare al sistema della legislazione e di capire come vincolare il giudice nell'applicazione. L'idea che potesse essere la scienza a indicare questi vincoli fu molto lenta. Fu Mittermaier a fornire nuovi strumenti per studi di questo tipo, BALESTRIERI, p. 117 ss.

rispetto ai giurati e potevano crearsi convinzioni autonome come gli altri cittadini e sudditi.¹¹⁴⁴

Le giurie inoltre non erano viste come un istituto storico tedesco¹¹⁴⁵ ed erano altamente problematiche anche per i conservatori come Savigny, dato che popolo e monarchia erano da pensare come reciprocamente bisognosi di aiuto (*hilfsbedürftig einander gegenüber*) e non reciprocamente ostili. Il monarca per i conservatori riuniva in sé i poteri, era il rappresentante nato del popolo.¹¹⁴⁶ Da buon kantiano,¹¹⁴⁷ Savigny riconosceva comunque la bontà della procedura orale e pubblica¹¹⁴⁸ e comprendeva l’urgenza (*unentbehrlich*) di passare alla prova indiziale, essendo finito il tempo della tortura,¹¹⁴⁹ pur ritenendo i giudici prussiani già indipendenti e imparziali. Certo il rischio che si piegassero a desideri superiori era presente, ma non era maggiore di quello a cui erano esposti i giurati durante il dibattimento o dal peso dell’opinione pubblica (*öffentliche Geschrei*). Era la scienza, laddove guidasse l’attività del giudice, ad essere garante di imparzialità, anche in quei casi dove le leggi scientifiche (*wissenschaftlichen Gesetzen*) lasciassero maggiore spazio di apprezzamento (*verständiges Ermessen*).¹¹⁵⁰

Voce portante del dibattito di metà secolo sulle giurie da *coté* rivoluzionario-germanista era Carl Joseph Anton Mittermaier, il penalista più conosciuto del suo tempo, allievo di Feuerbach.¹¹⁵¹ Era un politico

¹¹⁴⁴ PETERS 2010, p. 163; Jodocus Temme, penalista liberale democratico, membro dell’assemblea nazionale francofortese germanista e fuggito all’università di Zurigo nel 1852 dove insegnò (senza essere pagato) diritto criminale fino al 1881, fu autore dell’unico manuale di diritto penale svizzero di metà Ottocento. Si occupò a fondo di giurie popolari nel processo penale tra la fine degli anni ‘30 e gli anni ‘40, v. PETRIG SCHULER, EVA: “Jodocus Donatus Hubertus Temme”, in: DSS, 15.08.2012 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/015801/2012-08-15/>.

¹¹⁴⁵ SAVIGNY 2011 (1846), p. 48; anche Temme inizialmente sosteneva che la giuria non era un prodotto storico tedesco, dato che la giurisdizione qui era concentrata nelle mani dell’imperatore, PETERS 2010, p. 157 (come mostro sotto, 8.3.2.2, poi cambiò idea).

¹¹⁴⁶ Chiaramente il re poteva scegliere chi voleva per affidargli l’amministrazione della giustizia: in quel caso allora le giurie potevano essere prese in conto, decidendo però in suo nome, SAVIGNY 2011 (1846), p. 51.

¹¹⁴⁷ WIEACKER 1980, p. 305.

¹¹⁴⁸ I cantieri delle innovazioni del diritto erano sostanzialmente: “*Mündlichkeit, Oeffentlichkeit, Staats-Anwaltschaft, Geschwornengerichte, positive Beweistheorie, ausserordentliche Strafe, Appellation der Staatsbehörde, Einführung des Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde, Kompetenz der administrativen Polizeibehörden zur Bestrafung des Polizeivergehen, so wie die Eintheilung des Strafverfahrens*”, SAVIGNY 2011 (1846), p. III.

¹¹⁴⁹ Posizione del 1846, pubblicata nel 1858, v. GSCHWEND/WINIGER 2008, p. 125 e la bibliografia *ivi* citata.

¹¹⁵⁰ SAVIGNY 2011 (1846), p. 53 s.

¹¹⁵¹ Già assistente di Feuerbach, professore a Heidelberg dal 1821 (anno in cui era rettore Thibaut), era criminalista, civilista, storico del diritto germanista e favorevole ai codici, v. anche KOCH 2001, p. 347 ss.

liberal-conservatore antisocialista¹¹⁵² molto influente, membro di quella *Heidelberger Versammlung* che creò una Commissione dei Sette (*Siebenerausschuss*) proprio nel periodo in cui veniva creata pure in Svizzera contro il *Sonderbund*, qua però per organizzare il *Vorparlament* francofortese, che poi Mittermaier presiedette nel 1848.¹¹⁵³ Come detto, i borghesi che fecero la rivoluzione tedesca del *Vormärz* si identificavano proprio nell'immagine tipizzata dei professori di giurisprudenza rivoluzionari.¹¹⁵⁴ Mittermaier era il massimo esperto europeo di giurie popolari, studiate per ben 36 anni,¹¹⁵⁵ ma ancora nel 1845 rinunciava a posizionarsi a favore o contro la loro istituzione nel processo tedesco.¹¹⁵⁶ Riconosceva che la teoria della prova legale, con il suo "tariffario legale" che riduceva il processo a un calcolo matematico, era un chiaro limite alla nuova realtà della prova indiziale,¹¹⁵⁷ che **aveva ormai reso i giudici giuristi "come dei giurati"**.¹¹⁵⁸

Non solo Temme, quindi, ma anche Mittermaier si riferiva ai giurati come riferimento di alterità, avvicinando la figura del giudice a quella dei giurati e quindi "traslandola" dall'aura data solo suo nucleo tecnico. Siamo di fronte a una svolta epistemica epocale!

Lo disturbava però la pretesa della "*intime conviction*"¹¹⁵⁹ imposta della giuria alla francese: la prova diventava troppo incerta, i giurati erano troppo influenzabili da altre situazioni, fra cui la possibilità di essere influenzati dal

¹¹⁵² Scriveva nella *Deutsche Zeitung* nel 1847: "noi combattiamo le false teorie e i falsi attentati del comunismo, del socialismo e della falsa filosofia che distrugge la religione e le basi della proprietà", cit. in BALESTRIERI 1983, p. 102, npp. 21.

¹¹⁵³ Nel 1849 infine si ritirò dalla politica, EBERT/FIJAL 1994.

¹¹⁵⁴ STOLLEIS 2008, p. 1441.

¹¹⁵⁵ MITTERMAIER 1845, p. IV; in quell'anno aveva peraltro scritto il suo primo libro sulla teoria della prova (*Theorie ds Beweises*), ma ci vollero 12 anni per trovare un editore che glielo pubblicasse, BALESTRIERI 1983, p. 117, npp. 68.

¹¹⁵⁶ Conosceva l'argomento alla perfezione, nel 1845 uscì a Stoccarda la sua opera comparativa "*Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen*", tradotto in italiano nel 1851 a Reggio Emilia con il titolo "Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni"; come il suo maestro Feuerbach, aveva sempre criticato le giurie dal punto di vista scientifico, ma ne vedeva la bontà politica. Lo scetticismo per la giuria alla francese fu comunque costante, KOCH 2000, p. 170 ss.

¹¹⁵⁷ In realtà secondo lui ogni mezzo di prova era indiziario, v. BALESTRIERI 1983, p. 122; alla fine l'evoluzione portò anche in Germania ad un sistema di libero apprezzamento, proprio grazie agli sviluppi teorici di Mittermaier nei decenni, basandosi su Jarcke, a sua volta basandosi sulla teoria della conoscenza di Kant, contro la dottrina della pura coscienza di Hegel, *ivi*, p. 123.

¹¹⁵⁸ "*die rechtsgelehrten Richter, die eigentlich auch nur an ihre Ueberzeugung gewiesen sind, als Geschworene urtheilen*", MITTERMAIER 1845, p. 364. Indicava quindi che poteva addirittura succedere che i giurati decidessero meglio dei giuristi, *ivi*, p. 365.

¹¹⁵⁹ L'*intime conviction* del processo francese (poi chiamata in tedesco "*Totaleindruck*") era fondata sulle teorie settecentesche di Beccaria, che voleva il sentimento di certezza degli uomini liberi avere più valore del raziocinio dei giudici monarchici, cfr. KOCH 2000, p. 175.

presidente delle Assise nel dibattimento, o la difficoltà per i giurati nel capire le questioni tecniche dove ci fosse bisogno di una perizia: più la scienza era presente nella decisione, più pericoloso era lasciare che i giurati decidessero.¹¹⁶⁰ Inoltre in Germania secondo lui non c’era sfiducia nei confronti dei giudici¹¹⁶¹ e comunque in quel 1845 qualcosa si muoveva anche senza le giurie: nell’ordinamento processuale penale del Baden vennero per la prima volta eliminate le “pene della menzogna” (*Lügenstrafen*) e le “pene di disobbedienza” (*Ungerhörtsamstrafen*), ovvero le vie alternative alla tortura per estorcere le confessioni. Nella dura prassi comunque esse continuavano ad esistere in metodi più subdoli.¹¹⁶²

Molto cambiò nel 1846, quando il re prussiano fece elaborare una nuova procedura penale per gestire le rivoluzioni liberali e la sollevazione polacca che prevedeva un processo accusatorio rapido, orale e senza i giurati.¹¹⁶³ Di fronte a quei movimenti monarchici la posizione dei giuristi germanisti, riuniti in assemblea a Lubeca nel 1847, ufficialmente cambiò.¹¹⁶⁴ La forma del congresso era ormai militante: al posto delle sedute tematiche si tennero due assemblee plenarie al giorno, il tutto era meno scientifico.¹¹⁶⁵ Venne dato nuovo spazio al sentimento nazionale¹¹⁶⁶ e fu creato il nesso fra scienza giuridica e movimento liberale.¹¹⁶⁷ Fu proprio in quel periodo che Mittermaier, a capo della linea più pragmatica,¹¹⁶⁸ dopo che aveva già proposto all’assemblea dei germanisti a Francoforte di quel 1847 di organizzare una commissione sulle giurie popolari, la cui origine germanica

¹¹⁶⁰ MITTERMAIER 1845, p. 367 ss.; sulla questione dell’influenzabilità Mittermaier cambiò idea più volte: se negli anni ‘30 indicava che i giudici dipendevano dal loro lavoro, mentre i giurati solo dalla pubblica opinione, nel 1845 e pure a Lubeca considerava l’indipendenza dei giurati in pericolo, in particolare in periodi politici tesi, v. KOCH 2000, p. 177; sull’influenzabilità anche Savigny vacillava, SAVIGNY 2011 (1846), p. 59.

¹¹⁶¹ MITTERMAIER 1845, p. 374.

¹¹⁶² GSCHWEND/WINIGER 2008, p. 106.

¹¹⁶³ Savigny, nominato nel 1842 a Ministro per la riforma della legislazione, venne lasciato all’oscuro della creazione di quella legge! Anche lui stava lavorando a una procedura senza giurati sin dal 1843, PETERS 2010, p. 100 ss.; nel 1845 mandò il suo progetto al ministro della giustizia, senza ricevere risposta. Infine Savigny lo mandò al consiglio di Stato, che poi su quella base modificò di molto l’ordinanza del re, v. WERNER SCHUBERT, Einleitung, in: SAVIGNY 2011 (1846), p. ix ss.

¹¹⁶⁴ V. p.e. PETERS 2010, p. 177.

¹¹⁶⁵ KERN 1982, p. 86.

¹¹⁶⁶ Mittermaier, scettico sulla Prussia (si rifiutò di andare ad offrire la corona al re nel 1849) più che a uno Stato nazionale unitario era comunque favorevole solo a uno Stato federale, “avrebbe anteposto la questione della libertà a quella dell’unità”, BALESTRIERI, p. 101; i dubbi sulla Prussia erano giustificati, visto poi l’allontanamento di Bismarck dal liberalismo dopo gli anni ‘60, *ivi*, p. 106.

¹¹⁶⁷ JELOWIK 2001, p. 7.

¹¹⁶⁸ Cfr. KERN 1982, p. 82.

veniva ora esaltata,¹¹⁶⁹ sostenne “l’urgente necessità di introdurre il giurì”.¹¹⁷⁰

Secondo Koch quella svolta mittermaieriana non era politica, ma squisitamente giuridica: il problema era piuttosto la vetustà della teoria della prova legale, dato che negava si potesse tirare una linea diretta fra la giuria e la sovranità popolare. Il libero apprezzamento delle prove avrebbe significato conferire un potere terribilmente grande (*furchtbar*) ai giudici, non rimaneva dunque che lasciare parte della decisione in mano ai giurati. A differenza della giuria francese, l’idea era che i giurati secondo il modello inglese¹¹⁷¹ avrebbero deciso

non già dietro una teoria di prove legali, come nel processo germanico, ma in base ad un complesso d’accurate regole probatorie (of evidence) convalidate dai giudicati emessi nella pratica, i quali si trasmettono per tradizione, dagli scrittori vengono raccolti e scientificamente trattati, e di cui poi il giudice delle assise ne informa il giurì.¹¹⁷²

Anche Beseler, che grazie all’esperienza svizzera¹¹⁷³ aveva imparato ad apprezzare la bontà dei tribunali misti fra giuristi e non togati (*Laienrichter*), in assemblea decise di allinearsi a Mittermaier. In realtà preferiva una forma forte di scabinato,¹¹⁷⁴ in cui gli scabini avrebbero dovuto esprimersi su fatti e sul diritto, ma cedette pur di non vedere tribunali composti solo da giuristi.¹¹⁷⁵

Ammettendo che, come sostiene Koch, la svolta mittermaieriana non sia stata dettata dall’agenda politica, essa fu però politicamente tempestiva: nella nuova Costituzione prussiana ottriata del 5 dicembre 1848 e nell’ordinanza del 1849 il re prussiano impose infine i giurati “alla francese” per i crimini gravi nonché per i delitti politici e a stampa.¹¹⁷⁶ A norma di legge questi

¹¹⁶⁹ Lettera di Beseler a Mittermaier dell’aprile 1847, JELOWIK 2001, p. 286 s.: a quell’assemblea Beseler riferì sull’origine delle giurie inglesi e propose la raccolta delle leggi tedesche per prepararsi all’unificazione legislativa nazionale.

¹¹⁷⁰ “Fu un’adesione espressa con pacatezza”, BALESTRIERI 1983, p. 126; nota la studiosa italiana che quelle conclusioni di Mittermaier sulle giurie inglesi non portarono a conseguenze pratiche in campo legislativo, *ivi*, p. 127; v. anche KERN 1928, p. 86; in Svizzera ebbero probabilmente effetto (v. meglio qui sotto, cap. 7.4).

¹¹⁷¹ KOCH 2000, p. 181 ss.

¹¹⁷² MITTERMAIER 1851, p. 47.

¹¹⁷³ Aveva praticamente rifondato la facoltà di giurisprudenza a Basilea nel 1835, all’inizio gli studenti di giurisprudenza erano solo un paio..., KERN 1982, p. 47 ss.

¹¹⁷⁴ Sull’adozione dello scabinato moderno v. sotto, cap. 8.3.2.

¹¹⁷⁵ Da quella posizione poi non si scostò più nemmeno quando, pochi anni dopo, si cominciò a voler sostituire la giuria classica a favore degli scabinati, KERN 1982, p. 87.

¹¹⁷⁶ Così anche per l’Italia, v. sotto, npp. 1453. Ricorda KOCH 2001, p. 350, che le rivoluzioni del 1848 avevano comunque portato il processo orale e con i giurati nella maggior parte degli Stati tedeschi; nota BAUHOFFER 1948, p. 142, e la letteratura *ivi* citata, che nel 1851 Friedrich Ludwig Keller assieme ad un giudice prussiano commentò criticamente quelle leggi, citando peraltro gli studi di Rüttimann sulle giurie inglesi del 1837. A differenza di Keller, il giudice

decidevano con libera convinzione se l'accusato fosse colpevole o meno.¹¹⁷⁷ Come spiegava Temme, quella riforma imponeva uno Stato di polizia (*im Sinne des absoluten Polizeistaates*), adottando tutti i difetti delle giurie francesi e peggiorandoli. La giuria diventava ora uno strumento nelle mani del governo controrivoluzionario.¹¹⁷⁸ Ecco qui spiegato come mai i giurati “all’inglese” piacesse tanto: a detta di Mittermaier erano più “dipendenti dalla legge” e potevano addirittura condizionare una decisione del giudice successiva al verdetto.¹¹⁷⁹ Il processo, comunque, da solo non bastava. Dovevano anche esserci adeguate “politiche istituzioni” per farlo funzionare.¹¹⁸⁰

Lo stesso traduttore di Mittermaier nel 1851 rendeva chiaro ai lettori un cambiamento di Mittermaier, il quale aveva abbandonato lo scetticismo di fondo del 1845. Per questo l'editore aggiunse al libro un § XXXII con un'opinione sul giuri inglese apparsa nel 1851 sulla Gazzetta dei tribunali di Milano. Il tedesco certo non smetteva di difendere i giuristi, anche loro in grado di “raggiungere lo scopo della giustizia”, soprattutto perché meno influenzabili.¹¹⁸¹ Affermava però, che un'esperienza in Italia nel 1846 gli aveva mostrato la sfiducia del popolo nei confronti dei giudici. Essi “**decidevano veramente solo come giurati**” senza che ci fossero però le garanzie date dalla procedura con i giurati (in particolare le maggioranze qualificate e la ricusa).¹¹⁸² Diceva di essersi convinto proprio nel 1847 che la fiducia collettiva sarebbe stata garantita solo grazie alla giuria. Dal punto di vista della rappresentatività, dal 1848 sostenne che tutti gli *over 30* dovevano poter essere giurati, lasciando il censo dietro di sé.¹¹⁸³ Addirittura organizzò un viaggio in Inghilterra nel 1850 per avere nuove pietre di paragone. Lì i giurati non dovevano rispondere a tante domande (come invece era nel processo francese), ma solo a una: l'imputato “è reo del delitto”? In questo modo secondo Mittermaier

sosteneva che sarebbe stato meglio far sedere le giurie assieme ai giurati, uno *Schöffengericht* insomma. Su quest'ultima istituzione v. meglio sotto, cap. 8.3.2.

¹¹⁷⁷ PETERS 2010, p. 104 s.

¹¹⁷⁸ PETERS 2010, p. 183, e le relative indicazioni bibliografiche.

¹¹⁷⁹ MITTERMAIER 1851, p. 48, ad esempio: se il tribunale decide di considerare il reato come assassinio, allora l'accusato è innocente, se invece si tratta di delitto passionale, allora è da considerare colpevole. Questa prassi, evidentemente, permette al giudice di orientarsi nella sua scelta giuridica.

¹¹⁸⁰ In Irlanda p.e. il giudizio con la giuria all'inglese dato che non sostenuto dalle giuste istituzioni politiche era “un'arma terribile” contro i cattolici, MITTERMAIER 1851, p. 55 s.

¹¹⁸¹ MITTERMAIER 1851, p. 566 s.

¹¹⁸² MITTERMAIER 1851, p. 568; il richiamo ai giudici di Napoli mi pare una ovvia tecnica narrativa per non attaccare frontalmente l'impostazione prussiana, si tratta di una questione che approfondirò in futuro.

¹¹⁸³ KOCH 2000, p. 178.

si evitano quelle tante domande, che spesso imbrogliano i giurati, e così durante tutto il dibattimento questi non hanno a rivolgere la loro attenzione, che su di un punto solo, cioè sulla verità dell'accusa.¹¹⁸⁴

A fronte di queste risultanze, la giuria popolare divenne un istituto da sostenere con “forza e fermezza”.¹¹⁸⁵ Il faro del liberalismo germanista heidelbergeriano Mittermaier insomma non permetteva più dubbi. Con il suo sostegno alla giuria “inglese” indicava una via per “ingabbiare” le giurie e non farle diventare una clava politica.¹¹⁸⁶ Si trattava comunque di un approccio “dall’alto”, che a mio modo di vedere nulla aveva a che vedere p.e. con il sostegno di von Kirchmann alla giuria popolare in quanto elemento che metteva in discussione l’autocomprensione elitaria dei giuristi.¹¹⁸⁷

Gli estimatori di Mittermaier erano sconcertati da quella novità. Ignaz Wildner dei nobili di Maithstein, avvocato austro-ungherese e professore di diritto privato a Vienna, editore della rivista *Der Jurist*, si mise in mezzo proprio nella prefazione al suo libro, affermando che

per conoscere la verità sia mestieri di profondo discernimento e di bene educato giudizio, quale non può supporre in persone trascelte a caso dalla moltitudine: comunque possa sostenersi anzi che l'uomo superficialmente istruito, più di leggieri s'induca a credere sussistente un fatto non vero, e più facilmente si lasci allucinare dalle apparenze.¹¹⁸⁸

La posizione di Wildner non era certo isolata, tanto che a livello ministeriale si cominciò a metterle i bastoni fra le ruote.¹¹⁸⁹ Dal 1851 si palesò inoltre una forte resistenza scientifica da parte degli schieramenti politici tedeschi più differenti contro le giurie popolari, liberali inclusi.¹¹⁹⁰ Già dal 1853 in Germania la giuria non valeva più come palladio delle libertà borghesi: “la giurisprudenza delle giurie portava con sé anche insicurezza giuridica”.¹¹⁹¹

7.4.2 La giuria “all’inglese” di Rüttimann del 1851

La costituzione rigenerata di Zurigo del 1831 non prevedeva le giurie.¹¹⁹² Inoltre nonostante fossero passati i giovani giuristi di Keller, ancora a metà secolo erano eleggibili a Presidenti della Corte tutti i membri

¹¹⁸⁴ MITTERMAIER 1851, p. 573.

¹¹⁸⁵ MITTERMAIER 1851, p. 569.

¹¹⁸⁶ Negli stati tedeschi quell’ingabbiamento non riuscì, cfr. BALESTRIERI, p. 128.

¹¹⁸⁷ KIRCHMANN 1956 (1848), p. 38 s.: “*Die Nation ist der wissenschaftlichen Juristen überdrüssig*” (disgustato).

¹¹⁸⁸ WILDNER nel “cenno sul merito dell’opera”, in: MITTERMAIER 1851, p. 7.

¹¹⁸⁹ COLLIN 2001, p. 205 ss.

¹¹⁹⁰ COLLIN 2001, p. 197 ss.

¹¹⁹¹ “*Schwurgerichtsrechtsprechung bedeutete auch Rechtsunsicherheit*”, COLLIN 2001, p. 219.

¹¹⁹² GRAVEN 1938, p. 19a.

dell'*Obergericht* o delle preture, nemmeno lì vigeva quindi l'obbligo di essere giuristi.¹¹⁹³ Keller come altri era però anglofilo,¹¹⁹⁴ di conseguenza provava un certo interesse verso le giurie popolari. Come visto, Johann Jakob Rüttimann si era recato nel 1836 in Inghilterra per studiarle. Non si espose particolarmente a loro favore, ma raccontava i suoi pregi. Quando nel 1847 si occupò della riforma dell'organizzazione zurighese, spingendo sui concetti di pubblicità e oralità,¹¹⁹⁵ non propose l'adozione della giuria. Il governo cantonale (guidato da Furrer) aveva considerato il progetto troppo audace: esse non erano ritenute né necessarie, né affini alla costituzione cantonale. Avrebbero inoltre potuto esserci problemi al momento dell'elezione dei giurati.¹¹⁹⁶ D'altronde fino al 1847 le giurie in Europa non facevano certo parte della lista delle priorità del liberalismo moderato. Furono proprio gli avvenimenti politici dopo il 1847 a portare le giurie, come ricordava lo stesso Rüttimann.¹¹⁹⁷

Nel 1850 il governo zurighese (fra i cui membri si contavano Rüttimann e A. Escher) si ricredette e decise di schierarsi a favore della giuria, chiedendo al viceconsole novità dall'Inghilterra su questo tema, che venne poi discusso e votato rapidamente nel 1851.¹¹⁹⁸ Fuori tempo rispetto alle evoluzioni scientifiche tedesche,¹¹⁹⁹ la giuria zurighese “all'inglese” arrivò infine con una votazione costituzionale cantonale nel 1851 e influenzò le giurie degli altri cantoni negli anni a venire.¹²⁰⁰ Si trattava, come sottolineava Rüttimann, di un'evoluzione che seguiva pedissequamente il programma di Bentham, che già 50 anni prima “cercava di riformare l'amministrazione della giustizia dal punto di vista della psicologia”, mostrandosi nemico delle

¹¹⁹³ RÜTTIMANN 1853 non discusse mai nei suoi libri l'ipotesi che un giudice fosse un giurista. Il § 83 della sua legge sull'organizzazione giudiziaria cantonale ribadiva che stava al parlamento decidere liberamente chi dovesse essere membro dell'*Obergericht*; v. anche FEHR 1975, p. 24.

¹¹⁹⁴ È quella stessa anglofilia che influenzò la soluzione bicamerale della Confederazione (contro l'opinione di Druey, ma anche contro l'opinione di Escher), JUNG 2017, p. 145.

¹¹⁹⁵ JAGMETTI 2018, p. 45, che spiega che Rüttimann voleva mostrare e rendere accessibile la giustizia penale alla cittadinanza così come la aveva vissuto in Inghilterra, limitando la procedura d'inchiesta e facendo partecipare i cittadini al giudizio.

¹¹⁹⁶ FEHR 1975, p. 17.

¹¹⁹⁷ RÜTTIMANN 1853, Einleitung.

¹¹⁹⁸ Si noti che Keller invece nel 1851 (ormai passato ai conservatori prussiani e avendo rotto qualsiasi contatto con gli zurighesi) sosteneva che „*Man soll keinen aus unserer Mitte herausnehmen und ihm schwere Strafen auferlegen, wenn nicht ein gelehrter Richter zwölf schlichten Bürgern begreiflich machen kann, dass es so recht sei*”, citato in HERZOG 1997, p. 343.

¹¹⁹⁹ Si noti però che A. Escher, che era ostile alla democrazia diretta (GRABER 2017, p. 137), non si oppose alle giurie per non opporsi all'opinione pubblica dominante a Zurigo a favore delle giurie, JUNG 2012, p. 172 s., npp. 2.

¹²⁰⁰ SCHNEIDER 1876, p. 21, che nota inoltre *ivi*, p. 19, che i principi di pubblicità e oralità crearono molti nemici a Rüttimann.

forme che tentassero di limitare le convinzioni del giudice.¹²⁰¹ Non era però impiantare un istituto inglese in Svizzera, cosa bollata da Rüttimann come stupidaggine (*Unsinn*), quanto piuttosto notare ciò che c'era in comune fra abitudini svizzere e inglesi per riuscire a proporre riforme efficaci.¹²⁰² Era l'espressione di presa di coscienza della modernità nel diritto.¹²⁰³

Va osservata una differenza centrale fra la comprensione mittermaieriana del processo inglese e quella di Rüttimann. Secondo il tedesco i giurati inglesi decidevano in base alle regole probatorie (*rules of evidence*), decisamente più sicure dell'intima convinzione tipica del processo con i giurati francesi.¹²⁰⁴ Rüttimann invece sosteneva che in Inghilterra valesse sì la teoria della prova legale, ma "una prova indiziale (*presumptive or circumstantial evidence*) era lecita sia in ambito penale che in ambito civile".¹²⁰⁵ La giuria era quindi sostanzialmente uno strumento di garanzia della prova indiziale, dato che un gremio con più persone era meno pericoloso che lasciare la decisione in mano a un giudice singolo. La caratteristica della giuria non era quindi la sua popolarità, ma la sua ampiezza. La scelta ricadeva sui cittadini solo perché c'erano pochi giudici giuristi a disposizione.¹²⁰⁶ L'idea zurighese di adottare la giuria **non era quindi una critica al legal reasoning**,¹²⁰⁷ ma piuttosto si trattava di una delle strategie per imporre il nuovo principio dell'applicazione della legge¹²⁰⁸ e, non appena fatte le giurie, nel 1853 venne pure pubblicato un manuale per i giurati.¹²⁰⁹ Grazie all'interrogatorio incrociato all'inglese il paternalismo

¹²⁰¹ „vom Standpunkte der Psychologie aus die Justiz zu reformieren suchte”, RÜTTIMANN 1855, p. 31.

¹²⁰² RÜTTIMANN 1855, p. 33, che comunque non citava *ivi* la giuria, un particolare secondo me che ben ne denota quanto avesse un ruolo strumentale, che non la viveva con l'afflato che invece mostravano altri in quel periodo.

¹²⁰³ Scrive RÜTTIMANN 1855, p. 96, che “*es handelt sich hier [...] nicht mehr und nicht weniger als Recht werden zu lassen*”, discutendo di giurie civili, ma comunque ampliando in genere il discorso al penale, *ivi*, p. 82. Nella storia del diritto svizzero la riforma zurighese è stata narrata come proposta “dottrinale”, opposta a quella “politica” dei radicali, v. p.e. ROTHENBERGER 1903, p. 224 ss. Era una lettura, quella di Rothenberger, evidentemente ristretta e autocelebrativa della tecnicità del diritto moderno.

¹²⁰⁴ MITTERMAIER 1851, p. 574: “Ora dato che in Inghilterra quelle che decidono sono le regole di prova, così spetta ai giudici alla fine del dibattimento, l'istruire i giurati di tutti i punti di diritto che sono decisivi nelle cause e il facilitar loro la deliberazione, ed i giurati accolgono con fiducia questi schiarimenti scientifici”.

¹²⁰⁵ “*ein Indicienbeweis (presumptive or circumstantial evidence) ist in Strafsachen sowohl als in Civilsachen zulässig*”, RÜTTIMANN 1837, p. 80.

¹²⁰⁶ Nelle sue digressioni si teneva esplicitamente ben lontano dall'esprimere un'opinione su cosa fosse opportuno fare in Svizzera riguardo l'adozione delle giurie, RÜTTIMANN 1837, p. 82.

¹²⁰⁷ Come visto sopra per la Rivoluzione francese, cap. 5.2.1.

¹²⁰⁸ Sulla nuova centralità del principio dell'applicazione della legge nelle idee riformatrici di Rüttimann v. RÜTTIMANN 1853, p. 43.

¹²⁰⁹ Il “*Leitfaden für Geschworne, enthaltend eine populäre und durch praktische Beispiele erläuterte Anleitung die Pflichten eines Geschwornen gehörig zu erfüllen*”, di Johann Heinrich Hotz, edito a Zurigo, subito recensito dalla NZZ il 15 e il 16 febbraio 1853, Nr. 46 e 47.

poteva essere spazzato via e gli avvocati potevano ora diventare stabili attori processuali,¹²¹⁰ come succedeva d'altronde nel resto d'Europa.¹²¹¹

Grande sostegno arrivò da Dubs,¹²¹² che, come visto sopra, era un sostenitore della casualità nella selezione delle autorità e sosteneva il bisogno di più oralità, immediatezza e pubblicità, garantite ora proprio dalla giuria popolare.¹²¹³ Sul penale era palesemente in atto uno scontro culturale. Rüttimann era un garantista, che peraltro considerava barbara la cosiddetta pena della catena, e fu Dubs a progettare il nuovo codice penale cantonale del 1855, che trovò anche l'approvazione di Mittermaier.¹²¹⁴

Nella legge sull'organizzazione giudiziaria zurighese del 29 settembre 1852 la corte d'assise (*Geschworenengericht*), composta da tre giudici e 12 giurati, interveniva al posto del vecchio tribunale criminale. Contemporaneamente l'*Obergericht* venne suddiviso in due sezioni: una civile e una criminale. Potevano essere giudici della corte d'assise tutti coloro che erano membri dell'*Obergericht* o dei giudici circondariali.¹²¹⁵ Rüttimann aveva scritto la legge facendosi guidare da svariati esempi stranieri, non solo da quello inglese. Subito per rendere l'istituto della giuria più accettato dalla cittadinanza propose che i luoghi di giudizio si dessero il cambio a turno.¹²¹⁶ Cadeva il principio collegiale, ora il presidente dell'Assise era un giudice monocratico che conduceva i processi amministrando i casi “bene e velocemente” (“*rasch und gut*”).¹²¹⁷ I giurati cantonali erano eletti uno ogni 200 abitanti e dovevano avere compiuto i 25 anni di età (21 invece per essere giurati federali). Si trattava di circa 1250 persone per la *Urliste*. Per il processo ne venivano sorteggiati 36, poi ricusati dalle parti, e si poteva evitare di partecipare al giudizio solo per raggiunti limiti di età o malattia.¹²¹⁸

Rüttimann sottolineava che la giuria zurighese, come quella federale¹²¹⁹, decideva secondo il proprio libero convincimento. Spiegava che rifiutava una teoria speciale della prova solo per i giurati perché in Svizzera storicamente non si usava una vera e propria teoria della prova (ci si basava

¹²¹⁰ RÜTTIMANN 1853, p. 195 e 247 ss.

¹²¹¹ “Del resto è nel dibattito che ‘nasce’ la figura dell’avvocato penalista. Acquistata la parola, non ha più bisogno, come nel processo di antico regime, delle memorie scritte (che continua però a scrivere e pubblicare) per poter ‘parlare’ ai giudici e soprattutto all’opinione pubblica”, LACCHÈ 2009, p. 32.

¹²¹² SCHUDEL 1914, p. 29; JELOWIK 2001, p. 395, commentando una lettera di von Orelli a Mittermaier dell’aprile 1853, ci informa che Dubs corrispondeva regolarmente con Mittermaier negli anni ‘50 dell’Ottocento.

¹²¹³ HAUSER 1977, p. 258.

¹²¹⁴ V. OECHSLI, WILHELM, Dubs, Jakob, in: Allgemeine Deutsche Biographie 48 (1904), pp. 128-133 (<https://www.deutsche-biographie.de/pnd116231696.html#adbcontent>).

¹²¹⁵ FEHR 1975, p. 24.

¹²¹⁶ RÜTTIMANN 1853, p. 25; v. anche in generale JAGMETTI 2018, p. 45.

¹²¹⁷ RÜTTIMANN 1853, p. 24.

¹²¹⁸ FEHR 1975, p. 25.

¹²¹⁹ V. sopra, cap. 6.4.

piuttosto sulle esperienze giudiziali) e quindi imporla ai giurati sarebbe stato contraddittorio.¹²²⁰

Subito piovvero le critiche. Il presidente dell'*Obergericht*, il conservatore Finsler, ostacolò l'adozione di un articolo sulla giuria nella nuova Costituzione cantonale.¹²²¹ Il Gran Consiglio si rifiutò di andare a fondo e modificare pure le leggi materiali penali del 1835, ancora brutali e mortifere.¹²²² Locher, il primo critico di A. Escher e dei suoi compagni di avventura, che aveva inventato l'epiteto di "baroni federali", li attaccò anche per la giuria: risuonava come nuovo elemento culturale straniero.¹²²³ H. Escher nel 1854 sulle nuove giurie zurighesi si esprime così:

Si tratta di uno dei fenomeni più singolari del Presente e che nel Canton Zurigo le parti essenziali della precedente procedura penale siano state abbandonate e sostituite dall'istituto della giuria, senza una discussione più generale sulla necessità, il valore e gli effetti passati e futuri delle nuove istituzioni, può essere spiegato solo dal completo esaurimento e saturazione politici.¹²²⁴

La giuria popolare era anche per lui ora svantaggiosa per la procedura penale, non portava con sé un aumento di libertà, era addirittura un ostacolo allo sviluppo del diritto siccome con una giuria non era possibile nessuna scienza del diritto!¹²²⁵ Infine, ricordava che la Corte d'assise certo non rispondeva a un bisogno popolare, ma ai desideri di un gruppuscolo di uomini molto potenti.¹²²⁶ Critiche simili arrivarono anche dall'avvocato penalista Schauberg¹²²⁷: considerava la giuria non affine alla cultura locale e comunque un limite alla progressione scientifica del diritto. Condannava quell'invenzione, che a suo dire era voluta solo da alcuni uomini al potere in

¹²²⁰ RÜTTIMANN 1853, p. 256 ss.

¹²²¹ SCHUDEL 1914, p. 27.

¹²²² La pena di morte, eliminata nel 1871, comunque verso la fine veniva regolarmente modificata in ergastolo dal parlamento, JAGMETTI 2018, p. 51.

¹²²³ JAGMETTI 2018, p. 115.

¹²²⁴ "Es gehört zu den eigentümlichsten Erscheinungen der Gegenwart und ist nur aus deren gänzlicher politischer Erschaffung und Übersättigung zu erklären, dass in den Kanton Zürich das bisherige Strafverfahren in seinen wesentlichen Teilen aufgegeben und durch das Institut der Geschwornen ersetzt werden konnte, ohne dass eine allgemeinere Besprechung und Erörterung über das Bedürfnis, den Wert und die Wirkungen der neuen Einrichtungen vorausgegangen ist oder jetzt nachfolgen stattfindet", H. Escher 1854 cit. da SCHUDEL 1914, p. 24 s.

¹²²⁵ Sul contrasto fra H. Escher e Keller v. sopra, cap. 5.5.2. Che H. Escher condanni la giuria dei romanisti per il suo essere un limite alla scienza giuridica – e gli altri la vendano come agognata presenza popolare nel processo – ha un certo sapore paradossale tipico dell'incontro fra diritto e politica.

¹²²⁶ V. SCHUDEL 1914, p. 25.

¹²²⁷ Direttore, fra l'altro, della rivista *Beiträge zur Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege*, già *Monatschronik der zürcherischen Rechtspflege* fondata da Keller, v. STADLER-LABHART, VERENA: "Joseph Schauberg", in: DSS, 12.07.2011 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/015800/2011-07-12/>.

quegli anni. Aloys von Orelli, a sua volta andato in Inghilterra a studiare le giurie nel 1852, gli rispose per le rime. Tutti notarono comunque che il processo con la giuria era molto caro, ma Dubs dava la colpa alla procedura orale e pubblica, non alla giuria in sé.¹²²⁸

La legge zurighese di procedura penale del 30 settembre 1852 prescriveva che i giurati intervenissero, dopo la decisione della camera d'accusa, in quasi tutti i casi penali medio-gravi. Se c'era stata la confessione però la giuria non interveniva. Dopo la ricsa arbitraria dei giurati, il cancelliere doveva leggere l'atto d'accusa e quindi iniziava il dibattimento incrociato, prima il procuratore e poi la difesa. Il presidente spiegava ai giurati il loro compito. Come indica Rothenberger, a Zurigo a differenza che a livello federale il presidente della Corte poteva fare il *résumé*,¹²²⁹ fatto che sottolinea l'approccio paternalista zurighese. La difesa poteva chiedere che i giurati decidessero anche sulle attenuanti. I giurati decidevano sulla colpevolezza, potendo usare i protocolli del dibattimento. Ci volevano 8 voti su 12 sia per condannare, sia per assolvere. Se la giuria non avesse trovato una maggioranza entro 12 ore, il presidente avrebbe potuto decidere di scioglierla per assolvere l'imputato o ripetere il processo. Contro la sentenza finale era possibile ricorrere per nullità, il verdetto della giuria comunque poteva essere messo in discussione solo se secondo la corte i giudici si erano sbagliati a sfavore dell'imputato.¹²³⁰

Sebbene modernista, la procedura di Dubs e Rüttimann rimaneva comunque rigorosamente segreta nella fase dell'inchiesta. Inoltre, se l'accusato si fosse dichiarato colpevole i giurati non sarebbero intervenuti, come escludere che non ci si rifacesse ancora alla tortura¹²³¹? Su questo punto, Mittermaier si mostrava particolarmente critico. Elogiava però allo stesso tempo altre regole (p.e. l'obbligo per il procuratore di scrivere un atto d'accusa breve e di mostrare anche un punto di vista favorevole all'imputato, dettagli che influivano sulle domande da porre alla giuria). Mittermaier notava che era anche possibile, seguendo il codice francese, cambiare la giuria qualora la decisione non fosse piaciuta alla corte. L'elezione dei giurati era affidata all'assemblea comunale (*die Gemeinde kirchspielweise*), cosa peraltro criticata da Rüttimann, che vedeva rischi nel caso di situazioni politiche tese.¹²³²

¹²²⁸ FEHR 1975, p. 33 e la letteratura *ivi* citata.

¹²²⁹ ROTHENBERGER 1903, p. 233.

¹²³⁰ FEHR 1975, p. 28 ss.

¹²³¹ Contro cui comunque si schierava RÜTTIMANN 1853, p. 274.

¹²³² MITTERMAIER 1865, p. 512 ss.; GRAVEN 1938, p. 18a, notava comunque che in realtà al popolo non interessava molto delle giurie...; come ho mostrato sopra (cap. 6.4.2), effettivamente in pochissimi si recavano a votare per le giurie.

7.4.3 Il *transfer* rivoluzionario di Keller e quello calmo di Furrer

Per cogliere intrecci e reciproche irritazioni giuridiche internazionali si usa oggi spesso il concetto di *transfer*,¹²³³ espresso dalle teorie della comunicazione, che vuole dare nuovi accenti di complessità alle vecchie idee della recezione giuridica. L'idea di fondo radical-costruttivista è che nella comunicazione umana non si riceva mai la stessa informazione che è stata inviata; ciò che viene comunicato dal mittente è figlio di una distinzione che sta solo nella mente del mittente, ma il destinatario, che ha nella sua mente un sapere precedente ed uno attuale diversi da quelli del mittente, legge l'informazione sempre con altri occhi.¹²³⁴

Dal punto di vista teorico, il tentativo di *transfer* comunicativo si può sezionare in cinque parti:

- anzitutto si “trasferiscono” unità di senso compatte (chiamate replicatori),¹²³⁵ riuniti in un “pacchetto” che si può “smontare” quando è arrivato interamente, scoprendo poi all'interno se c'è anche qualcosa che non piace;¹²³⁶
- le unità di senso sono importanti solo quando già si sa che arriveranno unità di senso importanti. Quando non lo si sa, quando non si è disposti alla recezione, l'informazione è semplicemente ignorata;
- si tratta di oltrepassare i confini del sistema, con i rischi che ciò comporta;
- è necessaria una certa distanza tra i selettori dell'informazione;
- la quantità di *transfer* dipende dalla differenziazione sociale e dalla globalizzazione.¹²³⁷

Di solito il *transfer* fallisce, sia perché il ricevente non capisce l'informazione che gli viene trasmessa,¹²³⁸ sia perché esso viene combattuto dal “sistema immunitario” locale, ovvero dalla cultura già presente e dagli schermi che essa offre.¹²³⁹ Un'informazione non passa mai da una parte all'altra come la si è concepita e detta (nemmeno p.e. tra due amici che parlano fra loro). Come strategia di superamento dell'incomprensione il pacchetto di senso

¹²³³ CARONI 2011, p. 59 ss., spiega il passaggio dal concetto di recezione al concetto di *transfer* giuridico.

¹²³⁴ STICHWEH 2006 *Transfer*, p. 2 ss.

¹²³⁵ Esempi di replicatori proposti dalle varie discipline: aspettative, istituzioni, simboli, meme, regole, routine, ecc., STICHWEH 2006 *Transfer*, p. 5.

¹²³⁶ Si pensi ad un libro, che non conosco prima di leggerlo e che non necessariamente mi piacerà.

¹²³⁷ STICHWEH 2006 *Transfer*, p. 3 s.

¹²³⁸ Per far sì che l'informazione regga, da un lato il replicatore deve essere **resistente** nella sua riproducibilità, dall'altro il ricevente deve essere disposto a perdere controllo, STICHWEH 2006 *Transfer*, p. 5 s.

¹²³⁹ STICHWEH 2006 *Transfer*, p. 10.

viene incapsulato e si lascia che le strutture continuino ad andare avanti come prima, magari addirittura continuando ad equivocare sul senso trasferito.¹²⁴⁰

Da un punto di vista pratico, come spiega Caroni riferendosi alla codificazione in ambito civile, osservando le pieghe della storia si scorgono sempre rimasugli di antico regime in società che si vogliono moderne e in questo contesto operano anche compromessi con le proposte normative portate dai nuovi sistemi politici.¹²⁴¹ Prendendo il sistema svizzero si vedono quindi ad esempio spuntare nuovi codici su “esempio” straniero, che da un lato mescolano istituti nuovi con quelli vecchi, dall’altro copiano e incollano istituti stranieri, ma in realtà si tratta di equivoci volontari: è solo omonimia.

La domanda qui è, che tipo di messaggio costituzionale riuscisse a giungere in Svizzera a metà Ottocento sulle giurie popolari. Sappiamo che le innovazioni arrivavano da un lato dall’afflato rivoluzionario, dall’altro dalle università tedesche, sviluppatasi in modo autonomo e particolare a partire da idee e reti internazionali.¹²⁴² In Germania c’era stata una forte espansione delle Università e, sebbene le facoltà di giurisprudenza fossero rimaste comunque piccole, rispetto alle altre anche quando arrivarono i Codici,¹²⁴³ con il 19° secolo il numero di professori aumentò vistosamente.¹²⁴⁴ La Svizzera ebbe un doppio rapporto con questa evoluzione: da un lato gli svizzeri andarono a studiare in Germania,¹²⁴⁵ dall’altro portarono la Germania in Svizzera, sia accogliendo i rifugiati politici, sia chiamando direttamente i professori stranieri. In Svizzera infatti la situazione accademica non era rosea: nel 1837 Bluntschli a Zurigo sospirava per la carenza di allievi, a Basilea nel 1856 addirittura le lezioni dovettero essere sospese a causa della mancanza di studenti.¹²⁴⁶ Da qui la chiamata dei

¹²⁴⁰ STICHWEH 2006 Transfer, p. 10

¹²⁴¹ Cfr. CARONI 2018, p. 81, ribadendo che chi “discetta di continuità sposa una logica che al destinatario [del messaggio] è sconosciuta”.

¹²⁴² In Svizzera è nota la rete di Escher e dei suoi *Bundesbarone* studiata da JUNG 2006, in Ticino quella di Motta studiata da TRISCONI 1996. A livello internazionale ben studiate sono le reti di Mittermaier, p.e. da JELOWIK 2001 e da RIEMER 2005. La rete è un fenomeno la cui funzione è comunicare il sapere, elaborare strategie operative, ma anche di creazione di identità. Gli storici studiano in particolare i rapporti familiari, le lettere spedite fra i vari attori, le riviste scientifiche (come p.e. il *Gefängnisfreunde*) v. RIEMER 2005, p. 11; come sosteneva Holtendorff si trattava già allora di una “*kosmopolitische Internationalität*”, cit. in: *ivi*, p. 33; in questa ricerca mi sono dedicato a un ragionamento teorico-storico, non ho quindi potuto dedicarmi molto alla ricerca di queste reti.

¹²⁴³ Le nuove specializzazioni arrivarono solo tardi, a metà del Novecento, HAMMERSTEIN 2008, p. 1439.

¹²⁴⁴ KÖBLER 2008, p. 1431.

¹²⁴⁵ Attorno al 1840 circa la metà dei giuristi svizzeri era passata da Heidelberg, v. KRADOLFER 2011, p. 203.

¹²⁴⁶ v. CARONI 2015, p. 80 s., npp. 66; si pensi che ancora tra il 1873 e il 1882 l’università di Zurigo formò solo 19 giuristi, GSCHWEND, LUKAS: “Giuristi”, in: DSS, 19.02.2014 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/009639/2014-02-19/>.

tedeschi: dovevano mostrare il loro messaggio tecnico *in loco*.¹²⁴⁷ I liberali kelleriani cercarono di effettuare il *transfer* tecnicista in Svizzera, ma inizialmente fallirono, in quanto la resistenza della cultura locale provocava una certa inaccessibilità rispetto ai discorsi del resto del continente.

Tornando alla teoria, il successo di un *transfer* dipende da quattro macrostrutture che permettono il controllo del passaggio dell'informazione:

- anzitutto gli “*small worlds*”, ovvero reti comunicative specializzate che riescono a raggiungere molti nodi della struttura comunicativa a rete della società in pochi passi.
- alcuni **processori** (*Prozessoren*), come ad esempio i simboli “potere” o “denaro”, usano dei mezzi per aumentare le chance di influenzare gli altri sistemi. Questi simboli possono portare “pacchetti” anche complessi, ma hanno bisogno che il *medium* della comunicazione sia stabilito in entrambi i sistemi in questione.¹²⁴⁸
- la **categorizzazione nell'etero- e nella autoosservazione**, ovvero la volontà del sistema ricettivo di darsi un'identità. Si tratta di un obbligo ad assumersi un senso categoriale (potendo rivestire contemporaneamente più categorie).
- gli **esperti** (la comunità epistemica, come lo sono i giuristi), ovvero una rete che però ha degli standard normativi e cognitivi che trasformano la rete in un sistema con un suo ambiente. Qui i pacchetti trasportabili sono molto complessi, dato che l'infrastruttura della comunicazione è data da ciò che gli esperti hanno in comune. Il problema è che spesso il pacchetto non riesce poi ad andare oltre i confini del sistema funzionale.¹²⁴⁹

Da un profilo analitico il fallimento di Keller e dei suoi “giovani giuristi” radical-liberali nel portare il loro messaggio modernista potrebbe essere riassunto così: il pacchetto di senso “diritto liberale” con il suo correlato di gestione dello “spirito popolare” costruito sul processore “sapere” utilizzato dagli *small worlds* dei giuristi come esperti che si formavano tra Germania e Svizzera non riuscì a superare i confini dei sistemi culturali. Il problema con cui si trovava confrontato Keller era che in Svizzera mancasse un'idea di diritto autonomo (nel senso di dominato dai giuristi), come pure un nemico chiaro (anzitutto: la *Kabinettjustiz* monarchica). Inoltre, il pacchetto di senso “fiducia”,¹²⁵⁰ che, come ho mostrato, fu molto usato da Hegel a favore della

¹²⁴⁷ V. p.e. sopra, npp. 836; Kern, che fu anche primo presidente del Consiglio dei Politecnici federali, subito diede ospitalità ai professori rifugiati liberali in varie discipline, si pensi a Gottfried Semper nell'architettura, v. ROTHENBÜHLER, VERENA: “Johann Konrad Kern”, in: DSS, 14.10.2008 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004072/2008-10-14/>.

¹²⁴⁸ STICHWEH 2006 *Transfer*, p. 7 s.

¹²⁴⁹ STICHWEH 2006 *Transfer*, p. 9.

¹²⁵⁰ KOCH 2000, p. 173 s., indica che proprio l'assenza di dati empirici sulla fiducia popolare era la causa dei continui cambiamenti di opinione di Mittermaier sulla giuria popolare. Per

giuria, non riusciva a sfondare come novità. Verosimilmente il “pacchetto” di Keller non era sintonizzato nel modo giusto per essere ascoltato dalla cultura elvetica, mancava l’idea che bisognasse costruire un nuovo popolo a guida giuridica interna nel nuovo spazio pubblico liberale. Ed infatti coloro che fecero cadere Keller nella sua impostazione giudiziaria furono proprio i suoi colleghi liberali in parlamento, non gli avversari politici conservatori.

Si cambiò quindi strategia. I giuristi adottarono un nuovo atteggiamento paternalista nei confronti degli altri, espressione di un approccio ai rustici come commiserazione, come elevazione della purezza della vita contadina, vere banalità che erano anzitutto efficaci nella svalorizzazione delle pratiche quotidiane,¹²⁵¹ utilizzato strategicamente in chiave antipatriarcale. La strategia era raffinata: invece di dare più peso al valore del giurista, si preferì non disturbare le logiche di inclusione cantonali. Qua sta l’abilità politica di Furrer, il voler capire politicamente cosa avesse sottomano per riuscire a gestire le riforme liberali ed elaborare compromessi efficaci.¹²⁵² Scevro da rigide impostazioni dogmatiche (come detto, il personaggio era originale: dopo aver studiato in Germania, la girò tutta – in gran parte a piedi – poi studiò il diritto privato zurighese da autodidatta e ottenne il titolo di avvocato con agilità)¹²⁵³, rinunciò all’imposizione di alcuni messaggi modernisti e riuscì così a creare spazi per i suoi liberali zurighesi, che contemporaneamente con Rüttimann trovarono nella giuria “all’inglese” il modo per “sdoganare” i giuristi. Costruirono la nuova narrativa di un popolo come differenza interna fra i non togati (*Laienrichter*): la giuria al posto dei patriarchi.

La giuria, sebbene inizialmente censitaria, era un elemento di per sé instabile, che non indicava chi ne potesse far parte e lasciava che fossero le logiche politiche a stabilirlo, ma imponeva che fossero in tanti. La moltitudine e la casualità: l’indefinitezza definiva l’alterità rispetto all’individualità dell’archetipo liberale, ovvero l’avvocato. Era la risposta alla reazione contro Keller, da leggere in chiave antiprofessionale: se non si poteva affermare una parte della differenza usando una differenza già esistente, bisognava asimmetrizzare nuovamente, destabilizzando la parte dominante. In che modo? Suddividendola.¹²⁵⁴

questo, ad esempio, nel 1845 era scettico sulle giurie: la situazione politica era tutto sommato distesa, anche da un’ottica liberale.

¹²⁵¹ Così come lo descrive HESPANHA 1983, p. 20; cfr. anche LUMINATI 2015, p. 73; rimane incerto come interpretare le parole di KIRCHMANN 1956 (1848), p. 36: “*Dies ist also der Triumph der Rechtswissenschaft, ein Recht, das das Volk nicht mehr kennt*”, dato che nelle righe seguenti chiedeva l’abolizione *tout-court* dei giuristi...

¹²⁵² Come mostrato sopra, cap. 7.2, Furrer era favorevole alle innovazioni dei Baroni zurighesi, ma dettava un’altra tempistica.

¹²⁵³ RÜTTIMANN 1876, p. 77.

¹²⁵⁴ La resistenza è stata secolare. Solo ora in Svizzera si sta riuscendo a professionalizzare il sistema giudiziario. Esternalizzando: il peso viene in effetti dato ora ai bisogni del soggetto di

Se la reazione ai giovani giuristi era espressione di una resistenza sociale all'imposizione di una nuova asimmetria figlia della modernizzazione (giuristi/*Laien*), l'imposizione della giuria era un modo "dolce" per destabilizzare quella esistente (*Laien*/giuristi)¹²⁵⁵. Come notò H. Escher anni dopo, tutti erano consapevoli che i giuristi svizzeri erano passati dalle mani dei giuristi tedeschi, portando con sé le idee di legalità e di divisione dei poteri.¹²⁵⁶ La genialità di Rüttimann fu quella di concepire una giuria diversa da quella ipotizzata da Keller, più libera, una giuria nella quale il giudice si trovasse auto-limitato e non più così dominante. Fu così che alla fine trovò il consenso di H. Escher, che a denti stretti capiva che quello era uno degli ultimi baluardi a tutela della "profanità" (nel senso di un approccio non tecnico e non formato all'università).¹²⁵⁷

Furrer capì che alla paradossalità del diritto moderno, contro cui c'era palese resistenza, poteva essere affiancata una seconda paradossalità ovvero il nuovo "processore" della sovranità suddivisa fra Confederazione e Cantoni. Sebbene in quel periodo di *Vormärz* in Svizzera venne fatta la rivoluzione nazionale (non si trattava quindi di una *Willensnation* elvetica, come spesso si dice),¹²⁵⁸ i liberali moderati riuscirono a limitarsi e a non esaltare quella vittoria contro il *Sonderbund*. Di contro "lasciarono al centro del racconto gli sconfitti del 1847". Non oppressero con la mitologia liberale e anzi esaltarono la dimensione premoderna della *Landsgemeinde*.¹²⁵⁹ La Costituzione, in questo modo, venne presentata come "il risultato a livello locale di un'evoluzione continuativa", portando con sé l'effetto che i cantoni "venissero definiti sovrani".¹²⁶⁰

Protette dalla garanzia di continuità di Furrer, le giurie di Rüttimann, che servivano a dare accesso ai giuristi liberali nel processo, riuscirono a trovare il loro spazio nei grandi cantoni a trazione urbana. Certo, nemmeno là la vecchia semantica della tortura venne eliminata. Ma la costruzione del popolo poteva essere usata per costruire l'egemonia dei giuristi liberali, un

diritto (*Rechtssuchende*) che deve poter essere ascoltato (*rechliches Gehör*) dal tribunale ai termini dell'art. 6 CEDU, v. meglio sotto, 13.3.5.

¹²⁵⁵ Come già indicato, l'uso da ambo le parti della storiella di *Bartele e Baldele* ("*Höret ihr Doctor, wir Aydgenossen fragen nicht nach dem Bartele oder Baldele und anderen Doctoren*", SCHOTT 1983, p. 17) a turno come espressione di barbarie o di espressione della propria cultura rende bene l'idea della lotta su questa asimmetria.

¹²⁵⁶ KRADOLFER 2011, p. 204, e la letteratura *IVI* citata.

¹²⁵⁷ Si noti che gli ultimi non togati (*Laienrichter*) del canton Zurigo sono comunque caduti solo nel 2016, v. la votazione sul sito https://wahlen-abstimmungen.zh.ch/internet/justiz_inneres/wahlen-abstimmungen/de/abstimmungen/abstimmungsarchiv.html

¹²⁵⁸ MAISSEN 2018, p. 162.

¹²⁵⁹ MAISSEN 2018, p. 81.

¹²⁶⁰ MAISSEN 2018, p. 163.

percorso lungo, riuscito a Zurigo compiutamente solo alla fine del 20° secolo.¹²⁶¹

7.5 *Le giurie della seconda metà del secolo, sulle orme zurighesi*

7.5.1 Ticino

L'impostazione “rüttimaniiana” trovò altri luoghi di applicazione. In Ticino, ad esempio, dove i liberali si ritrovarono a legiferare in fretta a causa della situazione politica tesissima¹²⁶² e quindi invece di concepire una nuova legge procedurale penale da zero adottarono la PPF 1851¹²⁶³ provvisoriamente.¹²⁶⁴ D'interesse notare che, per legge, sette dei nove giudici del Tribunale supremo dovevano essere giuristi.¹²⁶⁵ I giurati sulla *Urliste* cantonale erano coloro già eletti anche giurati federali.¹²⁶⁶

7.5.2 Turgovia

Nel canton Turgovia, il pastore Bornhauser per la nuova Costituzione del 1849 propose il veto e le giurie. Affidandosi a un esperto inglese presente sul territorio,¹²⁶⁷ venne quindi emanata una legge puntuale su alcune figure processuali (giuria, procura, camera d'accusa, giudice istruttore) nel 1852, ma non un'organizzazione giudiziaria completa. La procedura era mista franco-inglese, il giudice era responsabile degli interrogatori ed aveva una posizione influente grazie al suo rapporto finale, in cui spiegava le questioni giuridiche. Le domande alla giuria però, rifacendosi alla procedura federale, dovevano essere comprese in una domanda sola. La maggioranza per il verdetto era di 10 giurati su 12. Nel 1854 la giuria fu tolta di ruolo laddove l'imputato si dichiarasse colpevole.¹²⁶⁸

¹²⁶¹ Su quell'evoluzione, possibile mettendo fuori gioco la Costituzione federale, v. ora LUMINATI/CONTARINI 2019.

¹²⁶² Come conseguenza del blocco austriaco (v. sotto, cap. 8.2.1), il cantone nel 1855 era passato ai conservatori. Quell'anno, dopo un omicidio di un operaio liberale per mano di un conservatore, gli animi si scaldarono. La riforma costituzionale del 1855 che ne scaturì istituì la giuria popolare, GARRÉ 2014, p. 82 s.; v. anche MITTERMAIER 1865, p. 543 s.

¹²⁶³ Per motivi di coerenza del testo ho presentato la PPF 1851, comunque rüttimaniiana, sopra, cap. 6.4.3.

¹²⁶⁴ Dato che non c'è nulla di più definitivo di ciò che è provvisorio, la legge rimase in vigore in Ticino fino al 1895... sebbene le giurie fossero state abolite nel 1883, v. sotto cap. 10.1.

¹²⁶⁵ GARRÉ 2014, p. 84 ss.; sul ruolo del diritto romano nel civile in Ticino v. brevemente CARONI 2011, p. 65 s.

¹²⁶⁶ GARRÉ 2014, p. 86, npp. 52.

¹²⁶⁷ GRAVEN 1938, p. 18a; v. anche GRABER 2017, p. 146, che però non affronta il tema delle giurie.

¹²⁶⁸ MITTERMAIER 1865, p. 525 s.; v. anche LIENHART 1934, pp. 15 s. e 39 ss.

7.5.3 Argovia

Ad Argovia la nuova costituzione cantonale arrivò solo nel 1852, introdusse l'iniziativa popolare¹²⁶⁹ e la giuria popolare.¹²⁷⁰ Per i suoi sostenitori si trattava di allinearsi alle evoluzioni scientifiche più recenti.¹²⁷¹ Il processo penale venne emanato solo nel 1858 basandosi sul codice zurighese del 1852 e quello bavarese del 1848. Il progetto di istituire una giuria fu pesantemente contrastato, ma la garanzia costituzionale prevalse.¹²⁷² Mittermaier chiosava: notò decisi passi avanti, in particolare sulla posizione dell'imputato (che aveva diritto ad un avvocato durante l'inchiesta e si dovevano addirittura evitare le domande suggestive). L'accusa doveva essere scritta in modo semplice. L'accusato era interrogato dal presidente, ma l'interrogatorio dei testimoni era incrociato (i verbali d'interrogatorio d'inchiesta potevano però in determinati casi essere letti e usati come prove, violando il principio di oralità). Alla fine, il presidente poteva parlare, ma solo per spiegare le caratteristiche del delitto. Se l'imputato si fosse dichiarato colpevole non sarebbero stati previsti i giurati, ma potevano essere richiesti dalle parti. Erano i giurati a doversi esprimere su eventuali eccezioni del difensore qualora trovasse motivi per scagionare l'accusato, ad esempio la mancanza di una base legale. Per il verdetto ci voleva la maggioranza di 8 giurati sia in caso di condanna, sia di assoluzione. Se una decisione non fosse stata possibile, il giudice avrebbe potuto far sedere la giuria per un giorno e poi chiedere al procuratore se volesse continuare con l'accusa. I giurati erano eletti a livello di assemblea comunale per scrutinio segreto.¹²⁷³

7.5.4 Neuchâtel

A Neuchâtel i giurati erano già previsti nella costituzione liberale del 1848, ma quella garanzia costituzionale fu eliminata nel 1858, facendo spazio a una norma potestativa.¹²⁷⁴ Il cantone inizialmente visse un periodo particolare: era sì parte della Svizzera, ma contemporaneamente territorio prussiano. Al momento di una rivolta dei neocastellani fedeli al re, la Svizzera dichiarò guerra alla Prussia. Grazie alla mediazione di Napoleone III, che disinnescò un previsto processo davanti alle Assise federali contro gli insorti.¹²⁷⁵ Risolto il conflitto nel 1857 ed emanata la nuova costituzione

¹²⁶⁹ STAEHELIN, HEINRICH: "Argovia", cap. 4.1.3: "Dallo Stato di diritto liberale allo Stato sociale democratico (1848-1914)", in: DSS, 06.02.2018 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/007392/2018-02-06/>.

¹²⁷⁰ GRAVEN 1938, p. 19a.

¹²⁷¹ SUTER 1940, p. 8.

¹²⁷² KOCHER 1965, p. 47.

¹²⁷³ MITTERMAIER 1865, p. 529 ss.

¹²⁷⁴ KOCHER 1965, p. 44.

¹²⁷⁵ V. STÖCKLI, RITA: "Affare di Neuchâtel", in: DSS, 15.06.2020 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/008923/2020-06-15/>; la Confederazione decise di estinguere

radicale nel 1858,¹²⁷⁶ le giurie popolari arrivarono infine con la legge di procedura del 1861. A differenza di Zurigo, l’interrogatorio sui testimoni era condotto dal presidente, non era previsto però un *resumé*. Questi aveva inoltre un certo potere discrezionale qualora ci fosse stata una confessione. I giurati dovevano decidere sulla colpevolezza, le domande dovevano chiedere se ci fosse stato il fatto, l’intenzionalità e pure le attenuanti. La legge indicava che i giurati non dovevano pensare alle conseguenze (giuridiche e non) della propria decisione, rifacendosi qui al processo francese. Qualora ci fosse stata solo una maggioranza semplice, essa era da indicare sul verdetto: in quel caso la corte dei giudici all’unanimità poteva chiedere l’intervento di una nuova giuria. La *Urliste* era composta da tutti i cittadini cantonali, poi scelti a caso per ogni processo.¹²⁷⁷

7.5.5 Soletta

A Soletta, dove i liberali tennero saldamente il potere dalla rigenerazione (sconfissero i conservatori a favore del veto) fino al *Kulturkampf*, c’era una sostanziale impasse politica, a causa dell’assenza sul territorio del tribuno Munzinger, eletto in CF. Gli sviluppi cantonali furono statici, lasciando il potere ai liberali centristi. E quindi, se proprio Soletta chiedeva l’unificazione penale e la giuria per tutti a livello federale, in casa propria il vento soffiava in senso contrario. Solo nel 1856 una nuova generazione di democratici (i “rossi” con il loro “libretto rosso”) riuscì ad ottenere una modifica costituzionale, ottenendo il diritto di veto (ora molto simile al referendum, a cui si rinunciò solo per trovare il consenso dei “neri” cattolici) e la pubblicità processuale.¹²⁷⁸ L’ultimo cantone ad adottare nella sua legge le giurie in Svizzera fu quindi proprio Soletta nel 1863,¹²⁷⁹ dove fino ad allora c’era un tribunale criminale composto da giudici di professione e non togati (*Laienrichter*). Con l’arrivo della giuria l’imputato doveva anzitutto dichiarare al presidente se si considerava innocente o colpevole; a fronte di un’ammissione di colpevolezza, i giurati non intervenivano. Nel dibattito il presidente prima introduceva il caso, poi dava spazio all’interrogatorio incrociato. Secondo Mittermaier era problematico che ci si

(“*mise à néant*”) la procedura che avrebbe portato un processo alle AF, come contropartita chiedeva che il re di Prussia riconoscesse l’indipendenza di Neuchâtel, FFfr 1857 I 25, p. 35; in tedesco “*niedergeschlagen*”, BB1 1857 I 27, p. 39; i giurati erano già stati selezionati, FFfr 1856 II 723, p. 724.

¹²⁷⁶ BARRELET, JEAN-MARC: “Neuchâtel (cantone)”, cap. 4.1.3: “Le revisioni costituzionali”, in: DSS, 30.05.2017 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007397/2017-05-30/#HStoriacostituzionaleepoliticadal1848alXXIsecolo>.

¹²⁷⁷ MITTERMAIER 1865, p. 535 ss.

¹²⁷⁸ GRABER 2017, p. 169 ss.; GRAVEN 1938, p. 19a; HAUERT 1974, p. 245; v. anche GRAF, RUEDI: “Soletta (cantone)”, cap. 4.1.2: “Lotte costituzionali e sviluppo dei diritti popolari dal 1831”, in: DSS, 22.05.2017 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007386/2017-05-22/#HStoriapoliticaecostituzionale>.

¹²⁷⁹ EGGENSCHWILER 1947, p. 426.

rifacesse molto ai verbali d'inchiesta. Lo *Schlussvortrag* doveva vertere sulle caratteristiche del crimine e su eventuali concetti giuridici. Le domande erano da porre sui fatti e sulle intenzioni, da rispondere con sì o no. Il verdetto doveva avere al massimo due voti contrari. Ricorda Mittermaier che nel primo processo il presidente si esprime veementemente contro l'istituzione dei giurati, ma lo condusse con coscienza e spiegò loro che dovevano sussumere la legge e non solo limitarsi a constatare i fatti. I giurati erano eletti dal popolo per 5 anni.¹²⁸⁰ La storiografia giuridica osserva con occhio sospetto la giuria solettese, dato che, a suo dire, le riforme giudiziarie erano state sostanzialmente già ottenute nel 1856. La riforma sarebbe quindi da associare all'afflato dovuto all'adozione della democrazia diretta.¹²⁸¹

7.6 *L'altra metà della Svizzera le giurie proprio non le voleva*

7.6.1 Chi adottò le giurie, ma non le fece mai diventare realtà

Anzitutto il **Vallese**. Nella rigenerazione era spaccato in due (l'*Oberwallis* germanofono e cattolico, l'*Unterwallis* francofono e liberale) a causa di un conflitto nel periodo rigenerato che correva sul filo della democrazia. Su spinta francofona si cercò di passare da un sistema di partecipazione alle decisioni dell'autorità a un sistema di veto referendario, che l'*Oberwallis* tendeva a rifiutare. Di riflesso ci furono due guerre civili, alla fine vinte dai germanofoni, che al posto del veto istaurarono il referendum.¹²⁸² Il Vallese fu infine un cantone del *Sonderbund*, ma perse e ebbe la sua nuova Costituzione radicale nel 1848 con le giurie.¹²⁸³ Non si faccia di questa innovazione un feticcio: non si rinunciava certo alle “pene medicinali” (*Beugestrafe*), ovvero il mantenimento in carcere dell'imputato che non confessasse, vietando però di fargli violenza.¹²⁸⁴ La popolazione era comunque chiaramente conservatrice e vicina alla Chiesa, mentre la rivoluzione era questione dei notabili locali. I radicali impostarono quindi un potere esecutivo forte senza creare alcuna riforma sociale che sostenesse la nuova costituzione, probabilmente anche a causa di finanze cantonali instabili. Più facile, quindi per i comuni fare resistenza passiva. Nel 1850 una nuova imposta diretta cantonale, anche patrimoniale, causò una rivolta anzitutto da parte dei comuni, che non la applicavano. I radicali riuscirono a tenersi il potere solo grazie a delle frodi elettorali.¹²⁸⁵ Nel 1852 venne emanata una nuova costituzione compromissoria, dove le parti si facevano concessioni a vicenda.¹²⁸⁶ Lì la giuria – non sorprendentemente invero –

¹²⁸⁰ MITTERMAIER 1865, p. 540 ss.

¹²⁸¹ HAUERT 1974, p. 24 s., e la bibliografia ivi citata.

¹²⁸² GRABER 2017, p. 127 s.

¹²⁸³ GRAVEN 1938, p. 15a.

¹²⁸⁴ GSCHWEND/WINIGER 2008, p. 111.

¹²⁸⁵ CLAVIEN 2002, p. 583 ss.

¹²⁸⁶ *Journal de Genève* del 11.1.1853, p. 2.

cadde.¹²⁸⁷ I conservatori ripresero il potere (che hanno ancora oggi) nel 1857.¹²⁸⁸

Sciaffusa, che in seguito ai moti rigenerati causati da un duro conflitto tra città e campagna nel 1834 aveva adottato una nuova costituzione piuttosto liberale,¹²⁸⁹ fu contraria al *Sonderbund*. Vide la sua nuova Costituzione con le giurie nel 1852, anche lì un atto di forza fra città e campagna. Fuog, l'uomo forte dietro alla riforma costituzionale, aveva espanso il diritto di veto e l'elezione popolare dei giudici circondariali. Riteneva che fosse meglio un tribunale composto da cinque professionisti invece che da 49 non togati (*Laienrichter*), ma quest'idea ricevette costante opposizione nei decenni.¹²⁹⁰ La riforma costituzionale della giustizia fu un vero terreno di scontro fra particolarismi, pur piccolo che fosse il territorio sciaffusano non c'era disponibilità ad abbandonare tutte le piccole giurisdizioni locali dei micro-comuni che costellavano il territorio, che si intendevano in chiave sostanzialmente paternalista conciliativa. Per il penale la nuova costituzione prevedeva il vecchio tribunale cantonale, composto da 7 giudici nominati dal GC, ma indicava che esso avrebbe continuato a funzionare solo fino all'istituzione di un tribunale con la giuria popolare. Gli avvocati, vietati esplicitamente dalla costituzione del 1834, furono un punto di dibattito molto acceso nel 1850: si disse che grazie alla nuova costituzione si voleva dar loro accesso, continuarono infine ad essere vietati.¹²⁹¹ La procedura rimase quindi sostanzialmente scritta, fino alla riforma costituzionale della metà degli anni Settanta dell'Ottocento.¹²⁹² I commentatori anni dopo sostennero che quella rinuncia a sostenere la giuria causò il mantenimento del processo inquisitorio per decenni¹²⁹³ e la pena della menzogna ancora nel 1892.¹²⁹⁴

Inattesa la posizione di **Basilea-campagna**, uno dei cantoni più radicali in Svizzera, che visse la separazione dalla città conservatrice (che aveva deciso di riunirsi nel *Sonderbund* con Uri, Svitto, Untervaldo, Vallese e Neuchâtel) dopo svariati conflitti ufficialmente nel 1833. Cittadini onorari della campagna divennero fra gli altri Schnell e Troxler. Nella nuova costituzione, emanata già il 4 maggio 1832 vennero separati i poteri, adottato

¹²⁸⁷ GRAVEN 1938, p. 19a.

¹²⁸⁸ ARLETTAZ, SILVIA: “Vallese”, cap. 4.1.2: “Storia costituzionale e politica dal 1798 al XXI secolo - Una difficile integrazione nazionale”, in: DSS, 11.01.2018 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007396/2018-01-11/#HStoriacostituzionaleepoliticadal1798alXXIsecolo>.

¹²⁸⁹ JOOS 2001, p. 34 ss.

¹²⁹⁰ JOOS 2001, p. 39 ss.

¹²⁹¹ MÜLLER 1934, p. 49 ss.

¹²⁹² MÜLLER 1934, p. 101 s., ricordava che nei dibattiti costituzionali si notava che Sciaffusa si trovava qui in compagnia degli altri cantoni conservatori Uri, Svitto, Untervaldo, Lucerna, Zugo, Appenzello e Vallese, mentre gli altri avevano o le giurie popolari, o comunque un processo pubblico e orale.

¹²⁹³ LÜTHI 1935, p. 38 s. e la letteratura *ivi* citata.

¹²⁹⁴ PFENNINGER 1966 (1929), p. 255.

il suffragio universale maschile e il veto. Nella pratica comunque tutto il diritto era da rifare – ma non venne rifatto.¹²⁹⁵ Nella costituzione del 1850 vennero adottati il principio di pubblicità nel processo penale e il divieto di fare violenza per cercare un’ammissione di colpa. L’approccio della nuova costituzione del 1850 era comunque direttoriale, dato che da due decenni c’erano tensioni fra il governo cantonale e i comuni, vera forza d’opposizione.¹²⁹⁶ Il tribunale superiore (*Obergericht*) era composto da undici membri eletti dal popolo, mentre il tribunale criminale ne contava nove, eletti dal parlamento. Era previsto che il cantone aiutasse a creare una corte d’assise o attraverso la centralizzazione del diritto penale o per il mezzo di concordati intercantonali.¹²⁹⁷ Il cosiddetto *Revi-Bewegung* (movimento per la revisione della Costituzione, espressione di chi era vieppiù escluso dalla modernizzazione) riuscì a usare la questione di una possibile riunificazione politicamente a suo favore e quindi a modificare la costituzione nel 1863, facendo rimanere Basile-campagna un cantone autonomo. La menzione sulle giurie rimaneva quella del 1850. Sebbene il movimento per la revisione volesse la nomina popolare di tutte le cariche, ma alla fine si fece un compromesso con le classi abbienti del cantone. I giudici del tribunale supremo venivano ora nominati dal *Landrath* e si istituiva la figura del cancelliere. Quella riforma ha comunque portato con sé il primo referendum obbligatorio in Svizzera.¹²⁹⁸

7.6.2 I cantoni che non adottarono mai le giurie nemmeno nelle norme della loro Costituzione

Glarona, che si schierò contro il *Sonderbund*, veniva definito da Ludwig Snell “la più compiuta delle democrazie svizzere”.¹²⁹⁹ Nella rigenerazione i liberali avevano ricucito un cantone fino ad allora diviso in due sotto-assemblye per questioni religiose, ma che risultava anacronistico a causa delle trasformazioni (anzitutto confessionali) date dalla protoindustrializzazione. Per farlo, resero la sovranità popolare non solo un principio guida, ma una realtà costituzionale.¹³⁰⁰ L’indipendenza dei tribunali venne lì garantita dalla Costituzione del 2 ottobre 1836, facendo

¹²⁹⁵ LEUENBERGER 2001, p. 177.

¹²⁹⁶ RUDIN-BÜHLMANN, SIBYLLE: “Basilea-Campagna”, cap. 1.1: “Storia costituzionale e politica”, in: DSS, 29.05.2017 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007477/2017-05-29/#HStoriacostituzionaleepolitica>.

¹²⁹⁷ §76 della costituzione di Basilea-Campagna del 1850, ora su www.verfassungen.ch (sull’utilizzo di questo sito v. sopra, cap. 7.2).

¹²⁹⁸ Cfr. GRABER 2017, p. 149 ss.; v. anche EPPLE 2001, p. 224; §74 ss. della costituzione di Basilea-Campagna del 1863, ora su www.verfassungen.ch (sull’utilizzo di questo sito v. sopra, cap. 7.2).

¹²⁹⁹ Cit. ROHR, AUGUST: “Glarona (cantone)”, cap. 4.1.1: “Dall’Elvetica alla Rigenerazione”, in: DSS, 30.05.2017 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007374/2017-05-30/#HStoriacostituzionaleepolitica>.

¹³⁰⁰ GRABER 2017, p. 120.

eleggere i giudici dalla *Landsgemeinde* (§43).¹³⁰¹ A tutela di quella costituzione, osteggiata dai cattolici e non garantita dalla Dieta, comunque nel 1837 dovettero intervenire le truppe di Zurigo e San Gallo.¹³⁰²

A **Uri**, cantone del *Sonderbund* con la *Landsgemeinde* (abolita nel 1928),¹³⁰³ un codice penale cantonale non è mai arrivato e la prima procedura penale è stata codificata nel 1959!¹³⁰⁴ Gli statuti (*Landbuch*) stampati nel 1823 erano sostanzialmente una riscrittura del sistema di antico regime (ma aggiornati e ampliati nei decenni seguenti, quasi mai in modo progressista), con la conseguente brutalità delle pene.¹³⁰⁵ Fino al 1850 l'autorità suprema criminale era il Consiglio dei sessanta, per i reati minori c'era un consiglio dei sette, per i reati maggiori un tribunale cantonale (*Landgericht*) “dei quindici giurati” (*geschworenen Fünfzehn*), che però nulla avevano a che fare con una giuria popolare. La procedura comunque non era pubblica come nel Medioevo, ma scritta e segreta. Valeva un certo obbligo di denuncia da parte dei cittadini, non c'era quindi nemmeno bisogno della polizia... Prova principale era la confessione, ottenuta con la tortura, in realtà non molto relativizzata (come non lo erano state le pene corporali).¹³⁰⁶ Con la Costituzione del 1850 arrivò una nuova forma “elvetica” di pubblicità processuale (ovvero l'imputato poteva ora consultare gli atti del suo processo alla fine dell'inchiesta) e l'organizzazione giudiziaria venne ridisegnata: il penale di polizia dei boschi, del fuoco e degli stranieri venne assegnato ai consigli comunali. La piccola criminalità spettava ai tribunali circondariali di Uri e Ursern. La criminalità maggiore era affidata a un tribunale criminale cantonale e come istanza d'appello era stato istituito un tribunale supremo. Tutti questi tribunali decidevano però senza codice e Muheim spiegava che i principi procedurali valevano solo come indicazione (*Leitfaden*), non come legge.¹³⁰⁷

Anche a **Zugo** il processo penale si contraddistinse per la centralità della confessione, atti affini alla tortura (*peinliche Befragung*) erano usuali nel primo quarto di secolo ed erano ancora adottati oltre la metà dell'Ottocento.¹³⁰⁸ Come indicato sopra (npp. 1109), nel 1867 il parlamento

¹³⁰¹ Il tribunale criminale veniva ampliato dalla presenza della *Standes-Kommission* (una sorta di consiglio politico intermedio di cui era membro pure il landamano) solo nel caso di reati con la pena di morte (§72). Nella Costituzione di Glarona del 22 maggio 1842 nei casi con la pena di morte al tribunale criminale si aggiungevano solo 4 supplenti (§69), v. www.verfassungen.ch (sull'utilizzo di questo sito v. sopra, cap. 7.2).

¹³⁰² GRABER 2017, p. 121 e la letteratura *ivi* citata.

¹³⁰³ STADLER, HANS: “Uri”, cap. 4.1.3: “Uri nello Stato federale”, in: DSS, 30.05.2017 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007384/2017-05-30/#HStoriapoliticaecostituzionale>.

¹³⁰⁴ LUMINATI 2010, p. 125 s. e la bibliografia *ivi* citata.

¹³⁰⁵ MUHEIM 1889, p. 21 s.

¹³⁰⁶ MUHEIM 1889, p. 23 s.

¹³⁰⁷ MUHEIM 1889, p. 35 s.

¹³⁰⁸ HESS-MASAT 1988, p. 71 s.

federale si lamentò ufficialmente con Zugo a causa dell'utilizzo della tortura. Il governo rimase inoltre presente nella fase d'inchiesta addirittura fino al 1894.¹³⁰⁹ Nel 1847 il cantone, che era sì nel *Sonderbund*, ma piuttosto renitente a causa di una forte spaccatura fra città e campagna, subì un ribaltamento delle forze politiche e un'assemblea popolare rovesciò i conservatori, emanando una nuova Costituzione ad impronta liberale, abolendo addirittura la *Landsgemeinde*.¹³¹⁰ Era ora prevista l'istituzione di un tribunale criminale, composto da 8 giudici eletti dal nuovo Gran Consiglio fra tutti i cittadini del cantone,¹³¹¹ la cui durata d'elezione era breve e con un sistema di rotazione anche casuale. Di giurati però nemmeno l'ombra. Le sentenze erano appellabili al tribunale supremo.¹³¹² La procedura, che non era regolata per il *Malefziengericht* di antico regime, ebbe alcune deboli norme ad inizio dell'Ottocento passando al *Kriminalgericht*. Ad esempio il Landamano ora doveva nominare un difensore tra i membri del Gran Consiglio. Nel 1852 fu emanato un nuovo ordinamento, ma non erano previste le moderne oralità e pubblicità, veniva inoltre violato il nuovo principio costituzionale della presunzione di innocenza.¹³¹³

A **Svitto** c'era un'acuta frattura fra i liberali, che trovavano consenso soprattutto nelle parti esterne del cantone denominata *Ausserschwytz*, e i membri del cantone di lunga data, che avevano un approccio alla libertà come privilegio, ancora di vecchio regime. La *Landsgemeinde* era inoltre luogo di confronto fra oligarchia e popolo già nell'antico regime, popolo che si avvicinò poi ai cittadini di *Ausserschwytz* nella Rigenerazione, tanto da costringere a darle nuova forma, rendendola più inclusiva, permettendo il referendum e portando con sé praticamente una guerra civile.¹³¹⁴ Svitto era un cantone cattolico per eccellenza (qui si trova l'abbazia di Einsiedeln) e accolse i gesuiti già nel 1836, Lucerna solo nel 1844. I liberali, che erano riusciti ad imporre una costituzione rigenerata, non potevano che costatare che i conservatori avessero il potere dello Stato nelle loro mani.¹³¹⁵ Infine l'alleanza contro il *Sonderbund* destituì i conservatori persino prima che venisse fondata la Confederazione. L'ultima *Landsgemeinde* si tenne il 15.12.1847. Quattro giorni dopo ci furono le elezioni per il Gran Consiglio, il consiglio del *Land* e il consiglio Costituzionale, dominato dai liberali. La

¹³⁰⁹ HESS-MASAT 1988, p. 76.

¹³¹⁰ Nel 1850 comunque i conservatori ripresero il potere, v. MOROSOLI, RENATO: "Zugo (cantone)", cap. 4.1: "Lo Stato nel XIX e XX secolo - Storia politica e costituzionale", in: DSS, 24.04.2019 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007373/2019-04-24/>.

¹³¹¹ § 60 Costituzione del canton Zugo dell'8 gennaio 1848, v. www.verfassungen.ch (sull'utilizzo di questo sito v. sopra, cap. 7.2)

¹³¹² §93 ss. Costituzione del canton Zugo dell'8 gennaio 1848, v. www.verfassungen.ch (sull'utilizzo di questo sito v. sopra, cap. 7.2)

¹³¹³ Cfr. HESS-MASAT 1988, p. 84 s.

¹³¹⁴ GRABER 2017, p. 121 ss.

¹³¹⁵ MICHEL 2008, p. 53.

nuova costituzione venne emanata in pochi giorni, ma fu bocciata immediatamente dal popolo e fu riproposta, adottando una divisione in 13 comuni. Si fece una *Justizkommission* il cui compito era “evitare che continuasse l’arbitrio giudiziario, regolarmente oggetto di critiche da parte dei liberali”.¹³¹⁶ Abolendo la *Landsgemeinde* venne dato un nuovo ruolo alle assemblee circondariali con voto per alzata di mano, riconoscendo così l’identità delle sette regioni che componevano i cantoni, una sorta di federalismo interno, che però toglieva loro la sovranità di cui godevano prima e imponeva un’organizzazione statale.¹³¹⁷ Il governo impose una separazione dei poteri e stabilì un Tribunale criminale nel 1848, eletto dal parlamento, composto da cinque uomini che avessero almeno 25 anni, senza pretendere che disponessero di una particolare formazione giuridica.¹³¹⁸ Nella composizione personale del tribunale, a osservare bene, ci fu comunque completa continuità rispetto alla situazione precedente,¹³¹⁹ a riprova che non c’era un approccio positivo alla modernizzazione. Tongendorff nota inoltre che raramente tutti i giudici partecipavano alle sedute del tribunale criminale, rendendo difficile la creazione di una giurisprudenza coerente.¹³²⁰ Con l’arrivo della privazione della libertà nell’esecuzione della pena (il penitenziario era arrivato già nel 1842) ci fu peraltro un inasprimento del penale.¹³²¹ Nel 1854 comunque si espresse un rigurgito conservatore a Svitto, con una proposta di revisione costituzionale da parte dei conservatori attraverso una petizione. Si chiedeva di tornare alle elezioni dei ministri a cielo aperto. Bisognava inoltre reintrodurre la *Landsgemeinde* al posto delle assemblee circondariali. Si segnalava inoltre un eccesso legislativo da parte del Gran Consiglio. Si chiedeva di tornare insomma al “popolo di pastori” (*Hirtenvolk*) e adottare il referendum finanziario. Fu bocciata con il 76% dei no.¹³²²

Anche a **Nidvaldo** ci fu la *Landsgemeinde* (fino al 1996) e ci fu un “*Geschworenen- oder Elfengericht*”, la più alta istanza giurisdizionale civile. I giudici erano eletti politicamente dagli *ÜRten* (gli undici circondari). Questo tribunale non era però competente per l’alta giurisdizione criminale, esercitata dal “*Rat’ und Landleute*”, un gremio di congiunzione fra i

¹³¹⁶ “*Die von den Liberalen immer wieder monierte Willkür der Gerichte konnte somit weitgehend verhindert werden*”, MICHEL 2008, p. 57.

¹³¹⁷ HORAT, ERWIN: “Svitto (cantone)”, cap. 4.1: “Lo Stato dalla fine dell’ancien régime all’inizio del XXI secolo - Storia politica e costituzionale”, in: DSS, 11.05.2017 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007385/2017-05-11/>; v. anche SUTER 2012, p. 80 ss.

¹³¹⁸ Cfr. SUTER 2012, p. 84 s.; v. anche § 54 Costituzione del canton Svitto dell’11 marzo 1848, v. www.verfassungen.ch (sull’utilizzo di questo sito v. sopra, cap. 7.2).

¹³¹⁹ TONGENDORFF 2015, p. 330 s.

¹³²⁰ TONGENDORFF 2015, p. 354.

¹³²¹ Cfr. SUTER 2012, p. 84 s.; v. anche § 54 Costituzione del canton Svitto dell’11 marzo 1848, v. www.verfassungen.ch (sull’utilizzo di questo sito v. sopra, cap. 7.2).

¹³²² MICHEL 2008, p. 62 ss.

Ratsherren e il popolo. La giustizia penale era inoltre nelle mani di gremi locali.¹³²³ Dopo la buriana napoleonica e fino al 1848 continuò il vecchio sistema senza divisione dei poteri, senza libertà d'opinione e con la partecipazione alla *Landsgemeinde* e alla vita politica degli *Ûrte*. Sconfitto nel *Sonderbund*, votò contro la nuova Cost. 1848.¹³²⁴ L'integrazione nel nuovo Stato federale fu faticosa. L'elezione dei rappresentanti alle camere nazionali fu annullata dal CdSi (come a Obvaldo e Uri) perché evidentemente provocatoria. Nella *Landsgemeinde* del 1849 i rossi, sostenitori del *Sonderbund*, stravinsero e scrissero la nuova Costituzione del 1850, subito anticostituzionale perché non permetteva revisioni immediate, senza contare che i nidvaldesi non applicavano le leggi federali. Con la nuova Costituzione arrivò una relativa divisione dei poteri, sebbene il momento elettorale venne delegato dagli *Ûrten* alla *Landsgemeinde* come circondario unico (un *unicum* svizzero) che permetteva ai conservatori il chiaro dominio.¹³²⁵ La giurisdizione penale venne assegnata al *Kriminalgericht*, composto da membri del *Geschwornes Gericht* e del Gran Consiglio. Il "*Geschwornes Gericht*" ora aveva competenze civili e di polizia e divenne permanente. Era ora composto di membri nominati dal Gran Consiglio, che però non potevano essere a loro volta granconsiglieri. Il presidente veniva scelto al suo interno.¹³²⁶ Ci si stava insomma spostando verso un vero Stato costituzionale. Il *Geschworenengericht* venne sostituito da un tribunale cantonale e un tribunale d'appello nel 1877.¹³²⁷

Il cantone **Obvaldo** ebbe la *Landsgemeinde* fino al 1998. Cantone del *Sonderbund*, come Nidvalden, viveva in quegli anni la federazione come imposizione dispotica. Nel 1850 venne emanata una nuova Costituzione, istituendo un nuovo governo composto da 13 membri. A livello comunale i "tribunali dei Sette" (*Siebnergericht*) continuarono ad aver patria, mentre a livello cantonale il "*geschworne Gericht*" dei 15 divenne un tribunale criminale di 13 membri, eletti dai comuni, istituendo quindi una prima leggera divisione dei poteri.¹³²⁸ La prima procedura penale fu emanata nel 1869, dopo che nel 1865 era arrivata la prima legge criminale che prevedeva ancora le pene corporali, ma eliminava la gogna.¹³²⁹

Appenzello interno, un cantone molto tradizionalista, ebbe un sistema giudiziario formalmente inalterato dal 1585 fino alla fine del 19° secolo, le nuove leggi penali arrivarono solo nel 1889 con un complesso sistema di

¹³²³ NIDWALDEN GESCHICHTE 2014, vol. 1, p. 119 s.

¹³²⁴ NIDWALDEN GESCHICHTE 2014, vol. 1, p. 139 s.

¹³²⁵ NIDWALDEN GESCHICHTE 2014, vol. 2, p. 11 ss.

¹³²⁶ § 53 s. Costituzione del canton Unterwalden nid dem Wald del 1° aprile 1850, v. www.verfassungen.ch (sull'utilizzo di questo sito v. sopra, cap. 7.2).

¹³²⁷ NIDWALDEN GESCHICHTE 2014, vol. 2, p. 24.

¹³²⁸ FLÜE 2004, p. 214 s.; v. anche FLÜE, NIKLAUS VON: "Obvaldo", cap. 4.1: "Lo Stato nel XIX e XX secolo - Storia costituzionale", in: DSS, 07.02.2018 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007410/2018-02-07/#HStoriacostituzionale>.

¹³²⁹ LUMINATI 2010, p. 131.

consigli nominati dalla *Landsegemeinde*.¹³³⁰ Come tanti altri cantoni anche Appenzello aveva storicamente il suo *Geschworenengericht*, la cui presenza è provata sin dall’entrata del Cantone nella Confederazione. Era composto da un rappresentante di ciascuno dei 12 *Rhoden* e non era espressione della *Landsegemeinde*, ma degli antichi consigli locali. Dopo la divisione dei due Appenzelli, quello interno creò il suo *Geschworenengericht* composto ora da 21-24 membri composto dai consiglieri segreti (landamani locali) e rappresentanti locali. Presidente del tribunale, di cui non si conoscono atti scritti, era il Landamano. Giudicava poco e i costi erano a carico delle parti, i casi di routine erano gestiti dall’autorità politica locale, il *Wochenrat*. Questo era l’autorità politica di riferimento, anche chiamato piccolo Consiglio e rimase in carica fino al 1872. Era composto inizialmente da 84 membri, che nel 17° secolo si ridussero a 56. Più tardi cominciò una suddivisione interna in tre comitati che operavano anche con i funzionari (*Landesbeamte*) ed erano composti da 20-30 persone. I membri erano espressione dei *Rhoden*. Infine, ancora nell’antico regime, il *Geschworenengericht* venne dimenticato e il *Wochenrat* divenne l’autorità penale di riferimento. Nell’antico regime c’era pure comunque un “tribunale di strada” (*Gassengericht*) composto da 12 membri, che era sostanzialmente un tribunale per i buoni costumi, per i conflitti sull’onore e per le bagatelle, senza essere espressione dell’autorità. Appenzello ancora nel 1993 non aveva una divisione di poteri completa, poiché i membri del governo erano anche membri del parlamento. Fino al 1872 d’altronde non era nemmeno previsto un potere esecutivo, ma un complesso sistema di consigli locali che avevano sostanzialmente funzioni legislative, esecutive e giudiziarie. Nemmeno i funzionari avevano in mano il potere, si sedevano sempre assieme ai reggenti locali. Ancora nell’antico regime però, dando più potere alla *Landsegemeinde* aumentò anche il potere dei funzionari. Sempre predominante fin alla contemporaneità è stato comunque il ruolo del Landamano, fino al 1872 esercitava ancora nelle commissioni con chiare funzioni giurisdizionali.¹³³¹

Appenzello esterno separò invece i poteri nel 1858, con un nuovo *Obergericht* di 13 persone eletto dalla *Landsegemeinde* al posto del Consiglio dei rappresentanti dei comuni. Le logiche di antico regime però perduravano, p.e. ancora non era permesso che gli imputati o i litigiosi appenzellesi venissero rappresentati da avvocati, ma al massimo accompagnati dai *Beistände* scelti fra i membri dei consigli comunali. L’anno dopo vennero emanati un codice e una procedura penali, che però confermavano questa sostanziale messa sotto tutela dell’imputato.¹³³² Arrivò anche un tribunale

¹³³⁰ KÜNG, JOSEPH: “Appenzello Interno”, cap. 2.1.3: “Lotte costituzionali e caute riforme (1848-1872)”, in: DSS, 25.10.2019 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007475/2019-10-25/>.

¹³³¹ GROSSER/HANGARTNER 1993, p. 43 ss.

¹³³² KÜNZLER 1972, p. 22.

criminale, che aveva però sostanzialmente solo la funzione di camera d'accusa. Nel 1876 venne emanata una nuova Costituzione, che istituiva ora un governo "moderno", un nuovo Gran Consiglio e nuovi tribunali, non più ospitati a rotazione in vari luoghi nel cantone. Arrivò la possibilità di farsi rappresentare (*freie Verbeiständung*) di fronte a un tribunale, ma solo qualora la causa potesse essere giudicata fin all'*Obergericht*. Il tribunale criminale venne dotato di competenze decisionali, ma rimaneva controllato automaticamente dall'*Obergericht*.¹³³³

Per **Lucerna** per avere meno oscurità su questa storia dell'assenza delle giurie popolari è senza dubbio interessante rifarsi alle cronache del protagonista giuridico di allora, il giurista liberale Kasimir Pfyffer von Altishofen, già incontrato sopra (cap. 5.4.2). Lucerna perse il *Sonderbund*, ma il seguente dominio dei radicali, vittoriosi, fu condizionato dalla palese assenza di consenso popolare: i conservatori dominavano la campagna. Pfyffer era consapevole dell'assenza di consenso politico sulle giurie, anche perché "non avevano messo radici".¹³³⁴ Per giustificare questa "resa" notava anzitutto che le due procedure (quella con i giurati e quella con i giudici stabili di un tribunale criminale) si svolgevano nello stesso modo, inoltre ricordava che quella soluzione era stata adottata anche da Basilea città, Basilea campagna, Grigioni e San Gallo.¹³³⁵ Riuscì finalmente a far trattare in commissione una nuova procedura penale liberale basata su una procedura pubblica e orale solo nel 1862 (su un progetto datato già 1850). La proposta di Pfyffer trovò comunque ancora molti ostacoli parlamentari, dovette preparare un secondo progetto meno pionieristico, che faceva semplicemente evolvere la procedura del 1836. Nel 1865 il Gran Consiglio decise di continuare con questo secondo progetto. Pfyffer spiegò come mai la procedura orale e pubblica non aveva trovato favore: anzitutto secondo lui con un tribunale criminale pubblico e orale un giudizio d'appello sarebbe stato inammissibile (*unstatthaft*) e quindi bisognava passare da cinque a nove giudici, manovra che avrebbe prodotto costi maggiori. Erano inoltre in molti a ritenere che una procedura pubblica e orale senza giurati non avesse senso, così come molte voci non volevano lasciare che una sentenza penale venisse giudicata una seconda volta in appello.¹³³⁶

¹³³³ SCHLÄPFER 1972, p. 474 ss, in particolare 479.

¹³³⁴ "Die Idee der Schwurgerichte hat im Volke des Kantons Luzern noch zu wenig Wurzel geschlagen, und andererseits wäre das Verfahren mit bedeutenden Mehrkosten verbunden. Dessen ungeachtet war eventuell auch ein Gesetzes-Entwurf mit einem Geschwornen-Gerichte vorbereitet auf den Fall, wo Schwurgerichte Anklang finden sollten. Das was dann aber nicht der Fall, sondern es gab Solche, welche höchst eifrig für mündlich-öffentliches Verfahren sich aussprachen, aber von Schwurgerichten unter keiner Bedingung etwas wissen wollten", PFYFFER VON ALTISHOFEN 1866, p. 9

¹³³⁵ PFYFFER VON ALTISHOFEN 1866, p. 8 s.; come indico a npp. 1455, i cantoni che non istituirono la procedura con i giurati fecero molta più fatica a passare alla procedura orale e pubblica.

¹³³⁶ PFYFFER VON ALTISHOFEN 1866, p. 10 ss., in particolare 13 s.

Ad ogni modo Pfyffer ricordava che la procedura del 1836 aveva già basi di oralità e pubblicità, dato che l'imputato poteva vedere gli atti d'accusa prima del processo il giorno del dibattimento e chiedere di far comparire testimoni da far interrogare anche al difensore. Era però vero, che il processo non si svolgeva davanti a un pubblico, non rendendo vincolante per il giudice decidere in base a ciò che era emerso nel dibattimento orale.¹³³⁷ Rispetto al 1836 c'erano ora la CdA, il procuratore pubblico e un nuovo approccio (“*wesentlichen Verschiedenheit*”) sulla prova. Fino ad allora valeva la teoria della prova legale, ma eliminando la tortura, ecco che non si poteva più usare la confessione come misura di riferimento.¹³³⁸ Non essendo sempre possibile avere testimoni in un processo, ecco che si trovava riparo (*Zuflucht*) nella prova indiziale, che dipendeva dalle circostanze del fatto (*vorhandenen Thatumstände*). Per il giudizio su queste prove esisteva comunque la possibilità di ricorrere in appello e per la colpevolezza occorreva una maggioranza qualificata.¹³³⁹

Il cantone **San Gallo** visse importanti conflitti religiosi fra i protestanti e l'Abate. Già la costituzione restaurata del 1814 prevedeva una sostanziale parità confessionale, secondo la quale le comunità si autoregolamentavano. Negli anni della rigenerazione i sostenitori della democrazia diretta erano i conservatori, nel 1831 la nuova costituzione rese il GC organo supremo, dando diritto di voto al 60% dei sangallesi e istituendo una nuova divisione dei poteri, l'uguaglianza giuridica e la libertà di stampa. I conservatori rurali riuscirono a ottenere un diritto di veto illimitato, la parità confessionale veniva mantenuta. Come già visto, i liberali sangallesi furono decisivi alla dieta per creare la nuova Confederazione, ma la reazione fu che dal 1850, nonostante i liberali avessero vinto le elezioni, i conservatori ebbero la maggioranza nel cantone, tanto da rischiare una guerra civile. I tentativi di revisione costituzionale fallirono. La costituzione venne cambiata solo nel 1861, aumentando le competenze di autoregolamentazione date alle due confessioni¹³⁴⁰ e a causa delle “difficoltà di coesione territoriale” non c'era stato nemmeno un momento codificatorio moderno.¹³⁴¹ Le vittorie dei radicali non riuscirono quindi a intaccare la struttura del tribunale criminale misto composto da non togati (*Laienrichter*), ben ancorato nella tradizione,

¹³³⁷ PFYFFER VON ALTISHOFEN 1866, p. 14 s.

¹³³⁸ Chi legge noti l'inversione giustificatrice: improvvisamente la prova legale non valeva più perché la tortura era stata abolita, sebbene in realtà la tortura fosse un mezzo di prova nel sistema di prove legali...

¹³³⁹ PFYFFER VON ALTISHOFEN 1866, p. 16 ss.; ricordo che Pfyffer fece parte dell'Obergericht dal 1857 al 1871 (parallelamente al TF), finché i conservatori lo rovesciarono, HUBER 1991, p. 30.

¹³⁴⁰ LEMMENMEIER, MAX: “San Gallo (cantone)”, cap. 4.1.1: “Dal principato abbaziale allo Stato liberal-democratico (1798-1861)”, in: DSS, 11.05.2017 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007390/2017-05-11/#HStoriapoliticaecostituzionale>; v. anche LEMMENMEIER 2003, p. 75

¹³⁴¹ GARRÉ 1999, p. 91 e la letteratura *ivi* citata.

per cui non ci fu nemmeno mai spazio per proporre una giuria popolare classica nel suo apice.¹³⁴²

Basilea-città, tendenzialmente conservatrice, fu duramente colpita dalla divisione con la campagna fortemente radicale, tanto da mantenere fino al 1875 istituzioni fortemente conservatrici come reazione a quella divisione. Questo periodo dal 1833 al 1875 è chiamato “Reggimento dei signori del consiglio” (*Ratsherrenregiment*), sì conservatori, ma “sovente da personaggi di elevata cultura umanistica”.¹³⁴³ La città era gestita da assemblee di quartiere e corporazioni elettorali, appannaggio di pochi cittadini censitari che eleggevano il GC.¹³⁴⁴ Qui c’era un forte ceto di commercianti che curava un rigido capitalismo paternalista elitario “alla basilese”.¹³⁴⁵ I tribunali, suddivisi in un “complesso groviglio di tribunali speciali”¹³⁴⁶ erano saldamente nelle mani dei non togati (*Laienrichter*). Il tribunale criminale contava 15 membri eletti dal GC, dove giudicavano in sette più il presidente. Il presidente del tribunale doveva avere esperienza quale giudice o essere giurista, ma i giudici non necessitavano di conoscenze giuridiche. Il tribunale d’appello era composto dal 1833 da 14 membri, eletti dal GC, che dovevano essere stati giudici già per 4 anni o essere giuristi.¹³⁴⁷ Nell’Ottocento, secolo di avanzata dei giuristi, a Basilea lo scontro culturale con i non togati (*Laienrichter*) fu profondo, c’erano “forti resistenze [...] a qualsiasi progetto di esclusione dei laici dalle corti basilesi”, anzitutto da parte dei commercianti che non volevano perdere influenza sulle logiche commerciali locali a causa del diritto romano.¹³⁴⁸ E l’università in realtà poco poteva: la lotta contro i non togati (*Laienrichter*) era antica, sin dal 1460 i canonisti dell’università si lamentavano, e più nei secoli il diritto diventava complesso, più gli avvocati perdevano credito sociale, tanto da non candidarsi più nemmeno per essere funzionari cittadini.¹³⁴⁹

I **Grigioni**, cantone istituzionalmente più complesso, era storicamente un coacervo di giurisdizioni estremamente autonome, che formavano una federazione interna di comuni giurisdizionali (*Gerichtsgemeinde*).¹³⁵⁰ Si trattava di un centinaio di enti con una dozzina e più di membri ciascuno che ne esercitavano la giurisdizione. Per il penale c’erano delle unioni, le

¹³⁴² Notava inoltre MITTERMAIER 1865, p. 494, che erano soprattutto gli anziani (*ältere Männer*) ad opporsi alla giuria.

¹³⁴³ GARRÉ 1999, p. 81 e la letteratura *ivi* citata.

¹³⁴⁴ DEGEN, BERNARD/SARASIN, PHILIPP: “Basilea-città”, cap. 5: “Costituzioni e assetto politico dopo il 1833”, in: DSS, 30.05.2017 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007478/2017-05-30/#HCostituzionieassettopoliticodopoil1833>.

¹³⁴⁵ Che nell’Ottocento impedì pure un momento codificatorio cantonale moderno, cfr. GARRÉ 1999, p. 87 ss.

¹³⁴⁶ GARRE 1999, p. 117.

¹³⁴⁷ Garré 1999, p. 122 ss.

¹³⁴⁸ GARRÉ 1999, p. 193.

¹³⁴⁹ HAGEMANN 2005, p. 5.

¹³⁵⁰ Per una loro storia giudiziaria di antico regime v. ora HITZ 2016.

giurisdizioni erano quindi “solo” 61, ancora più variegate.¹³⁵¹ Nella Rigenerazione i moderati riformatori ebbero la meglio, riuscendo infine a proporre una riforma dell’organizzazione giudiziaria nel 1851 e una costituzionale nel 1853 che suddivise il cantone in distretti, circoli e comuni, dotati comunque di autonomia amministrativa.¹³⁵² Il radicale indipendente Peter Conradin von Planta, presidente del tribunale criminale cantonale, al centro dell’emanazione di svariate leggi anche procedurali, studiò le giurie popolari. Considerava l’istituzione antidemocratica, preferiva che i tribunali agissero secondo il principio di pubblicità e oralità, ma con giudici stabili.¹³⁵³ In una commissione grigionese istituita su questo tema nel 1849 si oppose con veemenza, presentando un rapporto separato. Salutava con favore l’adozione del principio accusatorio e del procuratore pubblico, dell’oralità e in parte della pubblicità, nonché della prova indiziale. Riconosceva le debolezze del processo grigionese fino ad allora, sostanzialmente scritto e arbitrario, in cui ancora si cercava la confessione.¹³⁵⁴ Planta spiegava che la giuria era forse interessante politicamente, ma non lo era dal punto di vista tecnico giudiziario. La cassava come una moda fra chi studiava nelle università francesi e tedesche, ma la vedeva come un’istituzione estranea ai grigionesi. Vedeva i problemi in particolare nella suddivisione fra fatti e diritto, nell’artificialità delle domande poste dal giudice, ma soprattutto nell’affermazione secondo cui i giurati fossero meglio predisposti a cogliere i fatti rispetto ai giuristi professionisti, così sommersi di atti e libri: sosteneva che quel modo “sapienziale” di fare la giustizia, chiusi fra i quattro muri di una biblioteca non rispecchiava la realtà svizzera. Infine evidenziava come alcuni reati, quali ad esempio la truffa, fossero raffinati e quanto fosse necessario avere menti brillanti per giudicarli.¹³⁵⁵ Anche lui si scagliava contro il *Resumé* del giudice presidente, ma soprattutto si scagliava contro chi non aveva ricevuto una formazione: a suo dire si trattava di persone meno capaci a controllare le proprie pulsioni.¹³⁵⁶ Infine ricordava i costi che le giurie comportavano, ponendo l’accento sulla pluralità di lingue parlate nei Grigioni, con i problemi che questo comportava.¹³⁵⁷

¹³⁵¹ SCHMID 1989, p. 309.

¹³⁵² COLLENBERG, ADOLF/HILFIKER, MAX/CRANACH, PHILIPP VON: “Grigioni”, cap. 4: “Lo Stato nel XIX e XX secolo”, in: DSS, 11.01.2018 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007391/2018-01-11/#HLoStatoneIXeXXsecolo>.

¹³⁵³ V. la Lettera 46 del 7 agosto 1850 di von Planta a A. Escher, in: JUNG 2012, p. 172 s.; cfr. GRAVEN 1938, p. 20a.

¹³⁵⁴ PLANTA 1855, p. 30 ss.

¹³⁵⁵ PLANTA 1855, p. 39 ss.

¹³⁵⁶ PLANTA 1855, p. 43 s.; si noti che citava l’Irlanda come esempio negativo di una giuria popolare inglese usata come “clava” politico-religiosa, ivi, p. 44: la paternità di quelle affermazioni è probabilmente di Mittermaier (sopra, npp. 1180), Planta però non lo citava apertamente.

¹³⁵⁷ PLANTA 1855, p. 45 s.

La posizione di von Planta permette di cogliere come fosse difficile in Svizzera per le giurie, che vivevano un fuoco incrociato da entrambi gli schieramenti: tradizionalisti e progressisti, nessuno riusciva a coglierne la bontà e quindi il loro accesso al processo era anzitutto possibile grazie a dei colpi di mano, che non erano certo dappertutto possibili.

7.7 *Giudizi coevi sull'arrivo delle Corti d'assise in Svizzera*

7.7.1 La reazione positiva dei giuristi alla novità delle giurie, la fatica da parte dei governi

I governi si lamentavano regolarmente a causa delle tante assoluzioni da parte dei giurati.¹³⁵⁸ Esse erano difficilmente digeribili e tendevano a scandalizzare, p.e. a Ginevra (dove c'era un codice severo "alla francese"),¹³⁵⁹ all'inizio nel canton Vaud (dove le giurie erano elette casualmente),¹³⁶⁰ a Berna (sebbene secondo Mittermaier si trattasse di verdetti giusti).¹³⁶¹ Dove c'era la possibilità per la giuria di riconoscere le attenuanti, allora le assoluzioni diminuivano, p.e. generalmente a Neuchâtel (e la politica se ne lamentava)¹³⁶² e puntualmente a Ginevra.¹³⁶³ Anche Graven lo ricordò: i primi decenni di esperienza con i giurati si era palesata una tendenza ad assolvere (soprattutto dove l'imputato si scusava e risarciva il danneggiato).¹³⁶⁴ Insomma i giurati "perdonavano" (*ils 'pardonnent'*) e per questo venivano attaccati.¹³⁶⁵

¹³⁵⁸ A Mittermaier dava fastidio che l'analisi sull'istituto della giuria elvetica fosse così politicizzata, dato che per lui esso aveva anzitutto un ruolo tecnico, ovvero decidere sulla colpevolezza secondo la coscienza giuridica popolare (*Volksrechtsbewusstsein*), mentre i *Rechtsgelehrte* avrebbero dovuto statuire solo sulla pena e sulla procedura. Mittermaier difendeva i giurati anche sul problema delle condanne degli innocenti rimarcando che comunque i giudici non avevano fermato i giurati. Sulle troppe assoluzioni non statuiva colpe particolari, v. MITTERMAIER 1865, p. 546. Si noti qui una volta di più che il concetto di *Volk* è una costruzione praticata dai giuristi, che permetteva di omettere che molti svizzeri già ritenevano che il popolo fosse presente nei tribunali e anzi non volevano esserne espropriati dai giuristi.

¹³⁵⁹ Comunque si assolvevano di più i coinvolti nei disordini politici che non gli imputati per reati contro la proprietà, MITTERMAIER 1865, p. 551 s.

¹³⁶⁰ Le statistiche comunque erano imprecise e mischiavano anche i casi di polizia, MITTERMAIER 1865, p. 554 s.; si noti che spesso i giurati si davano malati... MITTERMAIER 1865, p. 510 s.

¹³⁶¹ Che la scienza ripeta il processo è un elemento di elaborazione dell'autopoiesi, che permette al sistema giuridico di autoriprodursi nonostante manchi un sistema di ricorsi completo, essendo per i processi con le giurie possibile in genere solo il ricorso per nullità.

¹³⁶² MITTERMAIER 1865, p. 537 e 555 s.

¹³⁶³ MITTERMAIER 1865, p. 552.

¹³⁶⁴ Nota Graven che proprio a causa di questo problema i presidenti tendevano a porre le domande in modo tale da anticipare i giurati, GRAVEN 1938, p. 52a s.

¹³⁶⁵ V. GRAVEN 1938, p. 56a.

Nei primi anni di vita delle giurie ci fu una lamentela costante sulla nuova teatralità del dibattimento.¹³⁶⁶ L’*Obergericht* zurighese sostenne che la giuria popolare si era dimostrata un’istituzione da mantenere, si lamentava però del ruolo troppo importante che prendeva il dibattimento, avendo già a disposizione gli atti d’inchiesta, e dell’eccessivo spazio che prendeva l’interrogatorio incrociato. I verdetti erano rinviati molto raramente.¹³⁶⁷ Le riforme della giustizia a Zurigo del 1863 evidenziarono poi lamentele sull’eccessivo potere dei procuratori, che per contro chiedevano di avere più competenze sui fatti e sui testimoni.¹³⁶⁸ Tra le varie riforme, la più importante fu quella del 30 ottobre 1866. Era già stato previsto dal legislatore che le leggi del 1852 sarebbero state obbligatoriamente riviste dopo tre anni,¹³⁶⁹ ma ci volle un decennio di studi per arrivare a una riforma complessiva. Per le giurie vennero ridefiniti i circondari, venne dato più rilievo alla confessione che permetteva di rinunciare alla giuria (il cosiddetto *Autoverdikt*), venne eliminato il giuramento dei testimoni, intimandogli di dire la verità sotto minaccia di pena. Inoltre, vennero assegnati loro alcuni delitti a stampa.¹³⁷⁰ Come visto, a Friburgo la giuria era invece una clava politica, tanto che i giurati tendevano a non essere apprezzati a causa della tendenza a giudicare nel senso voluto dal potere.¹³⁷¹

Di rilievo la posizione dei giuristi svizzeri. Nel 1863 il 2° Juristentag fu dedicato alla procedura penale,¹³⁷² lasciando la parola a **Rüttimann**¹³⁷³ a

¹³⁶⁶ Così riporta MITTERMAIER 1865, p. 548; lo indica anche HAUERT 1974, p. 28, per Soletta. Il deputato Vigier chiese subito nel 1865 un resoconto da parte del governo per sapere se non fosse il caso di abolire la giuria creata da appena tre anni.

¹³⁶⁷ MITTERMAIER 1865, p. 516 ss.

¹³⁶⁸ Cosa che MITTERMAIER 1865, p. 519 s., riteneva pericolosa.

¹³⁶⁹ La modernità del contesto normativo in cui si muovevano i liberali zurighesi sta anche in questa cosiddetta *review-clause* ante-litteram.

¹³⁷⁰ FEHR 1975, p. 36 s., che sostiene in particolare che il motivo dell’indurimento dell’ampliamento della validità dell’*Autoverdikt* era d’evitare i processi particolarmente lunghi; si noti che alla fine degli anni ‘60 dell’ottocento su spinta di von Orelli a Zurigo, andato anche lui nel 1852 a studiare le giurie a Londra, si cercò anche di avere delle giurie nei processi civili, ma non se ne fece nulla, *ivi*, p. 41 s.

¹³⁷¹ MITTERMAIER 1865, p. 529 s. e 552 s.

¹³⁷² Il primo, nel 1862, era stato dedicato alla procedura civile e assieme a König parlava l’altro escheriano, Blumer, che ribadiva la matrice orale dell’approccio svizzero, GARRÉ 2011 diffusione, p. 206, npp. 70.

¹³⁷³ Interessante notare che anche il congresso dei giuristi spagnoli ebbe la giuria come tema annuale, v. PENSE 2006, p. 78; MITTERMAIER 1865, p. 501, elogiava lo spirito pratico degli svizzeri che parlavano apertamente dei problemi e decidevano poi da che parte andare; si noti che Mittermaier era in stretto contatto con Aloys von Orelli e, attraverso questi, con Rüttimann. Proprio Orelli spiegava al tedesco in una lettera del giugno 1864 che, sebbene si le giurie garantissero l’oralità e la pubblicità al processo, per motivi politici in Svizzera non c’era bisogno delle giurie (“*Aus politischen Gründen haben wir ja die Jury in der Schweiz nicht nöthig*”). Ad ogni modo nessuno chiedeva di eliminare le giurie già presenti, sebbene la simpatia per l’istituto stesse calando anche a Zurigo. La colpa però non era secondo lui nella cosa in sé, quanto piuttosto nell’atteggiamento di alcune persone pubbliche, JELOWIK 2001, p. 453 s.

proposito del foglio delle domande del presidente alla corte.¹³⁷⁴ Rüttimann le suddivideva in domande “alla francese” e domande “all’inglese”. In tutti i processi svizzeri queste domande arrivavano alla fine del dibattimento, dopo le arringhe finali. Mentre nel processo in Inghilterra si chiedeva alla giuria se l’imputato fosse colpevole ai sensi dell’atto d’accusa, in Svizzera c’era sempre un atto di trasformazione (*Umwandlung*) da parte del giudice, potendo poi i procuratori e i difensori chiedere di modificare le domande. Ma a Rüttimann questa presenza del presidente (a Turgovia dell’intera Camera) non piaceva.¹³⁷⁵ La prassi del processo francese cercava invece di creare domande che non contenessero niente di giuridico, ma secondo lui non era la via giusta, dato che dividere veramente fatti e diritto portava a difficoltà insormontabili. Per fortuna, spiegava, in Svizzera nessuna legge aveva proposto una suddivisione così netta fra fatti e diritto.¹³⁷⁶ Centrale per Rüttimann era che le domande fossero poste in modo che l’imputato sapesse su cosa fosse accusato e quindi potesse difendersi.¹³⁷⁷ Tirando le somme, in Svizzera comunque per Rüttimann non c’era un grande problema con le domande poste dal tribunale, molto più urgente era riformare il diritto penale materiale.¹³⁷⁸

Mittermaier, commentando le parole di Rüttimann, raddoppiava. La sua analisi sulla Svizzera però – di nuovo – era evidentemente di impronta tedesca. E quindi da un lato fustigava di nuovo l’idea (francese) di lasciar decidere i giurati solo sui fatti, dato che tra i giuristi si riconosceva sempre più quanto questa distinzione fatti-diritto fosse impropria. Dall’altro spiegava che i giuristi ora indicavano che il vero significato della giuria popolare stava nel far collimare la legge del legislatore con la coscienza giuridica vivente (*lebendiges Rechtsbewusstsein*) e la morale del popolo,¹³⁷⁹ un discorso che in Svizzera con la sua tradizione di giudici non togati (*Laienrichter*) non poteva fare breccia.

Quella soddisfazione la esprimeva ora pure **H. Escher** nel 1866. Evidentemente capendo l’andazzo, le giurie di Rüttimann – da nemiche che erano – divennero un nuovo istituto per evitare che i romanisti continuassero nella loro opera di tecnicizzazione. E così secondo lui con le giurie popolari andava tutto benissimo, le riteneva una conquista che aveva convinto

¹³⁷⁴ RÜTTIMANN 1864, p. 42 s.; nota JAGMETTI 2018, p. 45, che Rüttimann aveva anticipato i tempi e sin dal 1856 aveva indicato delle vie metodologiche per verificare l’efficacia delle leggi sull’organizzazione giudiziaria.

¹³⁷⁵ RÜTTIMANN 1864, p. 44 s.; la criticava anche Mittermaier sulla procedura bernese, MITTERMAIER 1865, p. 524.

¹³⁷⁶ RÜTTIMANN 1864, p. 45 s.

¹³⁷⁷ RÜTTIMANN 1864, p. 47 s.; sulla palese violazione di questo principio nel processo *Brousse v. sotto*, cap. 8.4.2.

¹³⁷⁸ RÜTTIMANN 1864, p. 57.

¹³⁷⁹ Cfr. MITTERMAIER 1865, p. 548, che riportava fra l’altro le parole del procuratore Baldinger, anche lui relatore al convegno della SSG.

tutti!¹³⁸⁰ In particolare affermava – surrettiziamente, in una sorta di convinzione funzionale a convincere chi leggeva – che la procedura pubblica e orale aveva infine convinto nei confronti dell’inchiesta segreta e della procedura con i testimoni.¹³⁸¹ Il fatto che le giurie tendessero ad assolvere e fare opposizione non metteva in pericolo la sicurezza dello Stato, comunque non più di quanto la democrazia non lo permettesse.¹³⁸²

Di nuovo si coglie la differenza di fondo tra i due approcci: H. Escher non metteva in dubbio che i non togati (*Laienrichter*) dominassero, almeno in parte il codice del diritto, mentre Rüttimann metteva peso sulla tecnicizzazione. Ora bisognava continuare lancia in resta verso una nuova mobilitazione del penale materiale, punto centrale del nuovo *ius puniendi* liberale.¹³⁸³

7.7.2 Correazionalizzazione? Quello strano ruolo dell’*Autoverdikt*

La dura società, quella dei rapporti di forza complessi e resistenti, non era al passo con il positivismo liberale. Al netto degli elogi, in alcuni cantoni si era di fronte ad una strana “correzionalizzazione”. In genere con questo fenomeno si intende la sottrazione della giurisdizione di un caso penale dalla competenza della giuria popolare, dandola ai soli giudici ordinari (di solito già competenti per la giurisdizione correzionale invece che per quella criminale), modificando l’entità della pena, rinunciando a una parte di punibilità o modificando le competenze di assegnazione dei casi penali da parte del governo. Nell’ultimo quarto dell’Ottocento vennero tolte viepiù competenze alle giurie popolari proprio correzionalizzando le fattispecie.¹³⁸⁴

Eppure, nei due decenni seguenti la metà dell’Ottocento quei fenomeni di correzionalizzazione non assomigliavano ad una tecnicizzazione, quanto piuttosto a una nuova rinuncia generale a non far più intervenire la giuria laddove l’imputato avesse confessato.¹³⁸⁵ Questa rinuncia non poteva che ridare centralità alla vecchia epistemica della confessione (con il suo correlato implicito della tortura e le sue forme affini). Ecco allora scoprire che a Berna i funzionari avevano difficoltà a cercare delle prove anche a sua discolpa;¹³⁸⁶ a Neuchâtel nel 1863 venne emanata una nuova legge per i casi in cui ci fosse ammissione di colpevolezza: in quel caso la camera d’accusa

¹³⁸⁰ ESCHER 1868, p. 1.

¹³⁸¹ ESCHER 1868, p. 3 s.; sulla resistenza ancora nel 1888 di mezza Svizzera nei confronti della procedura pubblica e orale v. sotto, npp. 1978.

¹³⁸² La domanda era per lui se per caso fossero state più problematiche nel caso di condizioni di guerra civile, ESCHER 1868, p. 2; come vedremo, in Ticino lo furono.

¹³⁸³ Sullo *ius puniendi* v. GARRÉ 2010.

¹³⁸⁴ V. PFENNINGER 1938, p. 718a; PFENNINGER 1952, p. 351; anche ROTHENBERGER 1903, p. 2, ritiene la correzionalizzazione centrale nella storia delle giurie popolari in Svizzera.

¹³⁸⁵ Cfr. MITTERMAIER 1865, p. 507, nonché le pagine seguenti dove analizza le varie procedure cantonali.

¹³⁸⁶ MITTERMAIER 1865, p. 524.

poteva evitare che i giurati intervenissero al processo;¹³⁸⁷ nel canton Turgovia l'ammissione di colpevolezza faceva rinunciare alla giuria in un alto numero di processi¹³⁸⁸, così anche ad Argovia e a Soletta.¹³⁸⁹

A mio vedere¹³⁹⁰ si trattava dell'espressione di un colpo di coda della vecchia procedura inquisitoria, in linea peraltro con la fatica che ebbe la Svizzera ad adottare un Procuratore pubblico indipendente.¹³⁹¹ Si sommava che, dato che i giuristi ancora non erano riusciti a prendersi i posti di comando, ci si rimetteva sostanzialmente in mano al vecchio sistema del giudizio da parte dei giudici non togati (*Laienrichter*), senza peraltro la garanzia che i giudizi seguissero le aspettative moderne.¹³⁹²

7.8 *Processo moderno, teatralità e pubblicità: la diversità elvetica*

7.8.1 La giuria come fattore legittimante del teatro giudiziario

Le giurie hanno contribuito a mobilitare il processo penale, imponendo l'adozione del principio di immediatezza¹³⁹³ e dell'interrogatorio incrociato, che forniva molti criteri di selezione per la decisione (orientati per mezzo di regole decisionali) e un'importante incertezza sull'esito del processo (possibile proprio perché la discussione verteva solo sui valori diritto/non-diritto e non su altri). Come spiega Luhmann, l'incertezza dell'assegnazione del valore verso cui si dirigerà il codice è essa stessa un terzo valore nel codice binario. Si tratta di temporalizzazione, di futurizzazione. Questo è possibile proprio grazie alla proceduralizzazione¹³⁹⁴, che ritarda la decisione

¹³⁸⁷ MITTERMAIER 1865, da p. 537.

¹³⁸⁸ MITTERMAIER 1865, p. 526.

¹³⁸⁹ MITTERMAIER 1865, p. 555 s.; d'interesse però notare che mentre a Soletta il presidente delle Assise, dopo un caso molto mediatizzato, considerava quello che stava avvenendo in aula una "*comédie indigne*" che feriva il sentimento di giustizia, GRAVEN 1938, p. 21a. Ad Argovia c'era una certa soddisfazione per le giurie da parte dei tribunali e dei giuristi, MITTERMAIER 1865, da p. 533; quella soddisfazione però non era condivisa da tutto il potere politico, tanto che nella costituzione del 1863 (che, ricordo, è segnata dall'avanzata del movimento democratico anche grazie ad una dinamica antisemita) la sua garanzia costituzionale venne sostituita da una norma potestativa, KOCHER 1965, p. 48.

¹³⁹⁰ Sono qui però necessarie ricerche più approfondite per ogni singolo cantone.

¹³⁹¹ Va infatti notato il legame con l'antica figura del fiscale, con il compito sostanzialmente di garantire gli interessi del potere dominante, LUMINATI 2018, p. 343 ss.

¹³⁹² Talvolta, infatti, i cantoni facevano finta di dotarsi di strumenti liberali, come le codificazioni, senza che però ci fossero veri cambiamenti contenutistici, LUMINATI 2010, p. 132.

¹³⁹³ LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 116, che ricorda in particolare che il giudice inglese giungeva al processo impreparato. Questo dettaglio lo ricordava pure Rüttimann nel suo resoconto di viaggio del 1837, cfr. sopra cap. 7.4.2.

¹³⁹⁴ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 318, aggiungendo che la costituzionalizzazione del diritto significa anzitutto una sua proceduralizzazione.

o addirittura fa in modo che il codice venga applicato proprio alla procedura.¹³⁹⁵

Il nuovo processo duale (ovvero con l’istruzione segreta e il dibattimento pubblico) permise così sin da subito grandiosi colpi di scena, tanto da portare gli imputati a “fare il personaggio”, addirittura costruendosi un’aura di celebrità (e facendosi anche dei nemici). “La ‘fonte’ giudiziaria [...diventa...] specifico materiale drammaturgico”¹³⁹⁶ e la giuria divenne rappresentante dell’opinione pubblica, tanto ad assurgere a sinonimo stesso di giustizia penale liberale.¹³⁹⁷ La presenza dei giurati e la relativa teatralità, quindi, non metteva minimamente in dubbio l’autonomia giuridica del processo, anzi la esaltava! Il presidente era inoltre il *dominus* incontrastato del processo.¹³⁹⁸ Quella rappresentazione teatrale-giudiziaria permetteva l’oscillazione nel diritto, del tempo presente, basata sulla messa in collegamento di un futuro necessariamente incerto e un passato irraggiungibile. Dando accesso alla pubblicità permetteva l’autopoiesi¹³⁹⁹: mentre tutti sono concentrati a guardare il diritto, esso può riferire a sé stesso, creare in sé le condizioni per le sue operazioni. Solo sincronizzando varie osservazioni per mezzo della ricorsività e permettendo un controllo di consistenza¹⁴⁰⁰ di secondo ordine del sistema l’autopoiesi è possibile.¹⁴⁰¹ Si trattò di un’evoluzione autonoma del sistema giuridico, come risultato della sua storia,¹⁴⁰² staccandosi dalla politica e da altre funzioni (come la famiglia, la morale, ecc.).¹⁴⁰³

Il diritto moderno liberale va concepito in questa dimensione processual-teatrale, non come una struttura che serva a risolvere i conflitti.¹⁴⁰⁴ La teatralità è funzionale alla creazione di legittimità e alla possibilità di riperformare il codice: bisogna far sapere che il diritto accade. Ma solo nella dimensione pubblica, non in tutte le sue parti tenute segrete, tipo gli atti d’inchiesta¹⁴⁰⁵ o il momento decisionale (la camera di consiglio segreta).¹⁴⁰⁶ Certo, la teoria dei sistemi è consapevole che il diritto si schiera da una parte del conflitto che viene portato in aula, e si ricorda pure da che parte si è schierato. Anzi: quella è l’informazione principale che ricorda. Ma questo

¹³⁹⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 209 s.

¹³⁹⁶ LACCHÈ 2009, p. 25.

¹³⁹⁷ LACCHÈ 2009, p. 32.

¹³⁹⁸ LACCHÈ 2009, p. 29 ss., dove descrive anche i dispositivi per limitarlo in quel potere.

¹³⁹⁹ Su questo concetto luhmaniano v. sopra, npp. 111.

¹⁴⁰⁰ Un esame di consistenza consiste nel costruire soluzioni e riconoscere se nuovi casi non siano costruibili, visto che verrebbero colti come giuridicamente diversi, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 276.

¹⁴⁰¹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 326.

¹⁴⁰² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 443.

¹⁴⁰³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 58.

¹⁴⁰⁴ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 391; sulle norme e i conflitti v. meglio sotto, cap. 9.3.3.1.

¹⁴⁰⁵ VISMANN 2011, p. 144.

¹⁴⁰⁶ VISMANN 2011, p. 143.

modo di funzionare più che risolvere i conflitti contribuisce a crearne di nuovi... e serve a sviluppare la funzione del giudice, che più giudica più può giudicare!¹⁴⁰⁷

7.8.2 Il processo orale e pubblico come veicolo dell'individualismo moderno liberale

In Europa il legame tra la costituzionalizzazione e la dimensione pubblica del processo penale è storicamente accertato.¹⁴⁰⁸ Sebbene le giurie siano spesso associate alla funzione di rappresentazione democratica,¹⁴⁰⁹ esse furono anzitutto usate sul continente come strumento per passare dal processo scritto e segreto a quello pubblico e orale.¹⁴¹⁰ Le prove e le motivazioni giuridiche erano ora riportate all'osservazione collettiva. La sfera pubblica (con la libertà d'opinione e di stampa) fu una delle grandi conquiste delle rivoluzioni liberali ottocentesche ed è proprio connotata dal principio dell'accessibilità all'attività dello Stato, in particolare garantendo trasparenza ai processi decisionali.¹⁴¹¹

Da destinatario del messaggio dell'autorità, a società borghese in genere contemporaneamente attiva e passiva, il pubblico liberale (*Öffentlichkeit*) si è sviluppato sia come descrizione di statualità, sia come dimensione di razionalità, ora controllabile. Il pubblico valeva come nuovo partner fittizio per libri e giornali, era presente nei teatri, concepito come giudicante nei processi penali.¹⁴¹² Diventava un nuovo soggetto della società in cui ognuno poteva partecipare liberamente, creando un nesso di reciprocità fra la dimensione letteraria (*Publikum*) e quella pubblica (*Öffentlichkeit*).¹⁴¹³

Già nell'antichità la differenza tra *epistème* e *doxa* segnalava l'idea che gli individui avessero una loro opinione (e i para-dossi stanno proprio nella retorica di andare contro l'opinione comune). La differenza però non correva sulla distinzione pubblico/privato, quanto piuttosto pubblico/segreto, si

¹⁴⁰⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 121, che tiene a ricordare che comunque le *Rank societies* tribali (le società strutturate in base alla distanza genealogica con il capo) non hanno sviluppato un ufficio per risolvere i conflitti, ce la fanno senza bisogno di effetti vincolanti giuridici ("ergo circolari", "*also zirkulär*"). In sé comunque LUHMANN riconosce che non si è veramente sicuri se sia stata la selezione stabilizzatrice a creare un tale ufficio, oppure se il contrario, v. *ivi*, npp. 157; per un approccio pratico di queste teorie v. GOEBEL 2007.

¹⁴⁰⁸ COLAO/LACCHE'/STORTI 2008, Premessa, p. 8 s.

¹⁴⁰⁹ HANS/VIDMAR 1986, p. 248, notano che già de Toqueville nel 1835, nel suo *Democracy in America*, sosteneva che "*the jury is pre-eminently a political institution; it must be regarded as one forme of the sovereignty of the people*". L'opinione è rimasta "stabile" nei secoli, considerando che nel 1956, come ci riportano, il Britain's Lord Justice Devlin sosteneva che "*Each jury is a little parliament*".

¹⁴¹⁰ Centrali per passare al processo pubblico sono stati gli scritti di Beccaria, SCHLOSSER 2017, p. 198.

¹⁴¹¹ MARCHART 2008, p. 210.

¹⁴¹² HÖLSCHER 1978, p. 433.

¹⁴¹³ HÖLSCHER 1978, p. 437.

discuteva quindi cosa pensasse il popolo sul principe.¹⁴¹⁴ Con l’arrivo dello Stato liberale, come già indicato sopra, arrivò la garanzia della libertà d’opinione e il controllo sull’attività del principe. Il modo di vedere il mondo complessivo e armonico di antico regime venne sciolto dall’individualismo liberale e dalla soggettivizzazione, si fondava così una nuova dimensione dell’osservazione funzionale reticolare, che permetteva di osservare quello che gli altri non possono osservare, i loro punti ciechi. Essi diventarono rilevanti dato che si prevede che tutti partecipassero all’osservazione con i loro *surplus* informativi emozionali. L’individualismo portò quindi con sé una nuova idea di dominio dell’opinione pubblica sul sovrano, quella che chiamiamo democratizzazione.¹⁴¹⁵ Con la stampa era nata la pretesa di controllare la razionalità delle sue decisioni, dato che dava la possibilità a Corte di sviluppare una voce che poteva sempre diventare voce contraria: una nuova ragione pubblica contingente che negava al principe di essere *vox dei*. Ne derivò una concorrenza sulle questioni segrete che la Corte non voleva venissero sapute, scatenando la *vox populi* per ottenerle.¹⁴¹⁶ L’illuminismo permise di concepire le notizie viepiù come rappresentazione dello spazio pubblico e non solo come merci da vendere, il pubblico cominciò ad auto-concepirsi come pubblica opinione.¹⁴¹⁷ Lo spazio pubblico divenne in sostanza un programma per far diventare trasparenti le decisioni prese dal corpo politico.¹⁴¹⁸ Questa opinione pubblica non ha una dimensione psichica, ma solo generalizzata e impersonale.¹⁴¹⁹

Nel processo giudiziario liberale tutto era quindi predisposto in modo tale che il dibattito potesse mettersi in mostra di fronte al pubblico nei suoi dispositivi teatrali. Giudici da una parte, giurati dall’altra. Il casottino per i criminali. Le parti contrapposte. Corridoi separati. Ma la voce e lo scritto non vennero messi in concorrenza! Essi erano partner soprattutto nella funzione del giornalista, a cui venne assegnato un posto d’onore che sostituiva le masse di spettatori, il pubblico (*Zuschauer*) indefinito che venne letteralmente creato, contemporaneamente escludendolo e includendolo. La funzione della stampa giudiziaria era d’essere una sorta di spettatore professionista. E infatti la stampa sin dalla rivoluzione francese è il *medium* del pubblico per eccellenza,¹⁴²⁰ sebbene ci fosse evidentemente confusione su chi rappresentasse sul serio l’opinione pubblica (il procuratore? il Presidente? la giuria? gli avvocati, il pubblico, i giornalisti reporter ormai

¹⁴¹⁴ LUHMANN 1992 Beobachtung, p. 77.

¹⁴¹⁵ LUHMANN 1992 Beobachtung, p. 79 ss.

¹⁴¹⁶ SCHNEIDER 1978, p. 912.

¹⁴¹⁷ SCHNEIDER 1978, p. 909.

¹⁴¹⁸ HÖLSCHER 1978, p. 458.

¹⁴¹⁹ LUHMANN 1992 Beobachtung, p. 78.

¹⁴²⁰ VISMANN 2011, p. 139 s.; si noti che oggi, anno 2018, questa realtà attraverso internet sta infine cambiando, lo viviamo in diretta.

autori di mini romanzi che davano rilievo nazional-popolare a fatti locali creando un mix di genere alto e di genere popolare?).¹⁴²¹

Nell'anfiteatro (la sala del processo) del diritto moderno europeo l'intervento della giuria popolare divenne "l'epicentro di questo mondo nuovo", diventando una formidabile "*machine littéraire*".¹⁴²² Lo scopo del processo stava nel drammatizzare, permettendo così una discorsivizzazione. Venne dato al crimine un posto nella lingua, nel suo ordine legale-linguistico.¹⁴²³ La teatralità era indispensabile, siccome dava voce all'impronunciabile. La stessa architettura dei tribunali segue questo schema dell'assenza: è vero che c'è un'elaborazione mitologica della democrazia, garantendo una certa uguaglianza fra spettatori, creando sale ad anfiteatro dove tutti possano indistintamente osservare il processo;¹⁴²⁴ ma il palazzo è chiuso, il numero dei posti decide l'ampiezza del pubblico, escludendo quindi la garanzia di poter partecipare. Il popolo non è concepito come controllore, ma come presenza che fa far attenzione ai giudici anzitutto su alcuni passaggi procedurali.¹⁴²⁵

Ma perché usare quella forma vetusta, barocca, di teatralità? Per riuscire a integrare l'atto nella prima persona del criminale, uno strumento per assegnare la responsabilità individuale.¹⁴²⁶ La teatralizzazione, la messa in arte del processo penale, era nelle condizioni di dare alle parti un nuovo costume di scena, fermare il tempo e raddoppiare la loro realtà. Si tratta di spogliare un senso e renderlo operabile dal sistema.¹⁴²⁷ Il dibattito divenne una forma di *supplément* derridiano che permetteva di dare una nuova vita alla verità, creando una nuova verità.¹⁴²⁸ Come *supplément* era funzionale alla gestione rischiosa del processo, ed infatti come ho mostrato e mostro sotto era sapientemente usato in modo strategico dai tecnici del diritto.

¹⁴²¹ LACCHÈ 2007, p. 114.

¹⁴²² LACCHÈ 2009, p. 24 s.

¹⁴²³ VISMANN 1999, p. 166 s.

¹⁴²⁴ Sebbene potrebbe sembrare che ci si rifaccia al teatro greco, Vismann indica anche la dimensione ideologica panopticale della fine del Settecento per le scelte architettoniche dei parlamenti, VISMANN 2011, p. 137 s.; il tribunale penale di Lugano ha una concezione simile, dove sia gli scranni per i giurati, quelli per il pubblico (opposti) sono strutturati attorno a un cerchio centrale.

¹⁴²⁵ VISMANN 2011, p. 134 s.

¹⁴²⁶ Mi sembra palese si sia di fronte ad una forma alternativa e necessaria alla confessione. VISMANN 1999, p. 173, sostiene che l'arrivo del video abbia segnato la fine del soggetto nei tribunali, io penso invece che essa sia arrivata proprio attraverso il dispositivo teatrale, che ne aveva già sancito la fine ontologica.

¹⁴²⁷ Così indirettamente anche LUHMANN 1988 Frauen, p. 63, quando indica che la particolarità del sistema è proprio rendere universalizzabile un senso che raggiunge l'ambito operativo del codice, tanto da non far più prendere in considerazione il senso proprio di quel senso (*Eigensinn dieses Sinnes*).

¹⁴²⁸ Cfr. SEIBERT 1994, p. 169.

Nella dinamica dei tribunali l’apertura alla dimensione pubblica fu un’innovazione scovolgente. Il segreto e la scrittura erano così legati fra loro che quando si passò al processo pubblico era impensabile che non avvenisse anche uno spostamento verso l’oralità processuale.¹⁴²⁹ L’effetto terrorizzante delle pene pubbliche venne sostituito con l’identificazione della folla nella persona del criminale (ora romanizzato, eroizzato, oggetto di una società utilitarista previdenziale), per cui diventava necessario che il processo assumesse nuove forme teatrali. A mente dei teorici di quel processo la cerimonialità della giustizia doveva diventare il nuovo momento dell’intimidazione (*abschrecken*).¹⁴³⁰ L’opinione pubblica doveva ora essere attrice e spettatrice.¹⁴³¹ Nella logica liberale si voleva istituire anche una dimensione educativa e di creazione di fiducia nella giustizia, tanto che quella pubblicità divenne un campo di battaglia politico.¹⁴³²

7.8.3 La realtà dello spazio pubblico elvetico e i limiti imposti alla logica delle giurie popolari

Ci sono alcuni fattori comuni fra i cantoni che non ebbero le giurie. Dei cantoni del *Sonderbund*, solo Friburgo le conobbe (ed infatti all’inizio valevano come “clava” politica). Fa specie che tutti i cantoni che avevano conosciuto una *Landsgemeinde* (ovvero un’assemblea popolare cantonale pubblica che eleggeva i membri delle autorità e decideva su questioni particolari)¹⁴³³, non abbiano adottato le giurie nelle loro Costituzioni. La *Landsgemeinde*, un fenomeno più antico dello Stato, venne spesso mitizzata nella costruzione della nuova statualità svizzera, sia al momento della liberazione napoleonica dei territori sudditi, sia nella costruzione di una nuova democrazia diretta nella seconda metà dell’Ottocento.¹⁴³⁴ Originariamente era segnata dall’assenza di una chiara distinzione tra sfera pubblica e sfera privata, tra diritto pubblico e privato. Il popolo maschile era contemporaneamente Stato, esercito e comunità economica, nonostante ciò la *Landsgemeinde* non va mitizzata, bensì compresa. Ad esempio, non bisogna dimenticarsi che in quei territori comunque c’era la figura del

¹⁴²⁹ VISMANN 2011, p. 130.

¹⁴³⁰ VISMANN 2011, p. 131.

¹⁴³¹ La dimensione teatrale era una reazione catartica alle “più gravi storture della fase dell’istruzione preparatoria”, che era rimasta segreta e in cui si giocavano gli arcani del potere. I processi diventavano “clamorosi e infiniti”, con i difensori che cercavano sostegno proprio nella stampa là fuori, dato che dovevano compensare l’assenza nella fase precedente, COLAO/LACCHE/STORTI 2008, Premessa, p. 13 s.

¹⁴³² Nei decenni dopo si assistette ad un risvolto inatteso: la strumentalizzazione dell’oralità e della pubblicità, in particolare nella costruzione della prova da parte di avvocati e giudici, arrivò a provocare resistenze nei confronti del verdetto delle giurie!, COLAO/LACCHE/STORTI 2008, Premessa, p. 14.

¹⁴³³ STADLER, HANS: “Landsgemeinde”, in: DSS, 18.01.2021 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/010239/2008-11-13/>.

¹⁴³⁴ MÖCKLI 1987, p. 14 s.

reggente (*Landamann*), che aveva un legame di carattere personale e patrimoniale con il potere pubblico.¹⁴³⁵ Le *élites* politiche in grado di coprire questo ruolo provenivano soprattutto da ricche casate di contadini o di mercanti autonomi, poiché i nobili non c'erano e le pretese di dominio locali non dipendevano da eredità, né erano prestabilite. Era l'assemblea che doveva legittimarle. Proprio per questo le *élites* si mostravano sempre vicine al popolo e queste assemblee venivano considerate anarchiche o comunque di "dominio del popolino" (*Pöbelherrschaft*). Se oggi le *Landsgemeinde* hanno solo funzione legislativa, storicamente hanno sempre avuto anche funzione giurisdizionale, in quanto derivavano dai *Gerichtsgemeinde* balivali, dove non c'era la divisione dei poteri.¹⁴³⁶

Alcuni cantoni non fecero parte del *Sonderbund* e non avevano la *Landsgemeinde*, penso in particolare ai due Basilea e a Sciaffusa. Il fatto che nemmeno lì la giuria arrivò mostra ancor più quanto la realtà svizzera abbia saputo rifuggire dai tentativi di modernizzazione legandosi ad un'evoluzione propria e particolare. Un errore? Una condanna? Non sta a me voler proporre un'analisi storica di quel tipo. Sicuramente un appiglio in più a considerare le giurie come uno strumento costruito per far fare un'evoluzione originale al sistema giuridico, una strategia che in molti subito capirono e a cui si opposero.

Così come all'estero,¹⁴³⁷ pure in Svizzera si prese coscienza del ruolo del liberalismo grazie alla glorificazione della libertà di stampa. Nel periodo rigenerato, in Svizzera giornali e i volantini fioccarono¹⁴³⁸ e a metà Ottocento la stampa divenne centrale per la formazione di un'opinione pubblica. Si trattava di una pretesa politico-simbolica che mise in discussione tutto, raccontando persino le rivolte come fossero dei romanzi.¹⁴³⁹ I giornali scaldavano gli animi nella battaglia politica, anche in Svizzera non erano certo rari i liberali che in quei decenni chiamarono alle glorie rivoluzionarie.¹⁴⁴⁰ Con quella stampa giunsero pure i partiti politici, che inizialmente furono vietati perché considerati portatori di colpi di Stato. I radicali li elevarono a luoghi di massa necessari per costruire la pubblica opinione,¹⁴⁴¹ facendo riconoscere in essi il nuovo Stato federale. Come spiegava in un rapporto il CF ancora nel 1854:

¹⁴³⁵ MÖCKLI 1987, p. 25.

¹⁴³⁶ KOCH 2017, p. 65 s. e la letteratura *ivi* citata.

¹⁴³⁷ SCHNEIDER 1978, p. 922 ss.

¹⁴³⁸ BLUM 1992, p. 91.

¹⁴³⁹ I prussiani condannavano la libertà di stampa bollandola come *Pressefrechheit* (insolenza di stampa), cercando così di dare connotazione positiva alla censura, SCHNEIDER 1978, p. 915 s.

¹⁴⁴⁰ Cfr. BLUM 1992, p. 92, che ricorda che i giornali potevano anche avere una funzione di stabilizzazione, dato che di sé stessi ritenevano di adempiere ad un servizio pubblico.

¹⁴⁴¹ GRUNER 1977, p. 60.

i partiti, le associazioni e la stampa [...] sono strettamente collegati tra loro, nel senso che le associazioni e la stampa sono il mezzo del quale i partiti si servono per fare presa sull'opinione pubblica e per vincere elezioni e altre votazioni popolari.¹⁴⁴²

Questa narrativa radicale non va però elevata a descrizione completa della realtà. La democrazia diretta, la costruzione cooperativa-federalista dello Stato, la pluralità dei campi di forza, la tendenza a non far degenerare i conflitti e l'approccio collegiale ai sistemi di governo facevano prendere strade diverse ad alcuni elementi tipici di questa nuova statualità pubblica borghese.¹⁴⁴³

Nella società svizzera mancò la tipica suddivisione proposta dagli storici della modernità fra spazi pubblici e spazi privati. Non si può infatti descrivere lo spazio pubblico ottocentesco svizzero senza riferirsi al *fatto associativo*, che ruotava attorno ai movimenti popolari, alla cultura delle assemblee, ai discorsi e dibattiti pubblici. Come spiega Jost, il luogo delle decisioni era la “*vie d'auberge*”, mentre le feste e i cortei erano rituali.¹⁴⁴⁴ Questi spazi mantenevano il potere, l'esclusione, la gerarchia, lo sfruttamento e l'assoggettamento, in particolare quello di genere.¹⁴⁴⁵ I partiti politici ottocenteschi svizzeri rispecchiavano questa particolarità: erano organizzazioni deboli, ma fortemente presenti nelle associazioni “apolitiche” professionali ed economiche. Esse erano molto popolate e lì l'associazionismo filantropico svolgeva ruoli para-statali. Questi luoghi non solo emanavano informazioni, ma pure funzionavano da centri di formazione.¹⁴⁴⁶

Tutte queste associazioni si costituivano formalmente su base “privata”, ma agivano in ambito “pubblico”. Lo spazio pubblico ottocentesco elvetico

¹⁴⁴² “*die Parteien, die Vereine und die Presse [...] unter sich eng verbunden sind, indem die Vereine und die Presse die Mittel sind, deren sich die Parteien bedienen, um auf die öffentliche Meinung zu wirken und bei den Wahlen und andern Abstimmungen des Volkes zu siegen*”, BBl 1854 I 485, p. 491; v. anche GRUNER 1977, p. 11.

¹⁴⁴³ GRUNER 1977, p. 14 ss.

¹⁴⁴⁴ JOST 2005 notion, p. 149 ss.

¹⁴⁴⁵ JOST 2005 notion, p. 157; La ricerca di eliminazione delle logiche di esclusione portata avanti nel solco del liberalismo svizzero va quindi osservata senza mitizzazioni eccessive: in particolare ebrei, donne, apolidi (*Heimatlose*) e bisognosi rimasero esclusi dalle nuove evoluzioni. Sebbene senza censo, la nuova Confederazione federale che arrivò poi dal 1848 fu uno Stato basato su una cittadinanza incompiuta, GRABER 2017, p. 198; l'integrazione degli ebrei ad esempio fu ottenuta solo su spinta straniera, visto che gli Stati si rifiutavano di ratificare gli accordi commerciali qualora la Confederazione non avesse aggiornato il suo ordinamento su questo punto, cosa che accadde comunque solo dal 1856, provocando aspri conflitti a livello locale. Per l'integrazione politica delle donne bisognò aspettare gli anni '60 del Novecento..., *ivi*, p. 199.

¹⁴⁴⁶ JOST 2005 notion, p. 153 s., che pensa qui ad esempio alla SSG (quasi un protoparlamento per le questioni legislative), ma anche ai “*Grand Bureau*” come quello di Ruchonnet; su questo istrionico uomo politico v. meglio sotto, in particolare cap. 8.3.1.

era quindi sostanzialmente privatizzato¹⁴⁴⁷ e i partiti arrivarono come conseguenza della democrazia diretta, non il contrario. I primi a capirlo furono i conservatori, che aizzarono le masse di fronte all'avanzata statalista radicale.¹⁴⁴⁸ Sorpresi dall'avanzata rigeneratrice, chiesero a gran voce il diritto di veto. Si trattava di una prima forma di democrazia diretta che andava oltre la mera rappresentanza parlamentare.¹⁴⁴⁹ Come spiega Gruner, l'interesse a sollevare le masse sorse solo quando ci si accorse che lanciando i veti (nei decenni seguenti, i referendum) si poteva vincere una questione politica. Questo rese la Svizzera la prima nazione al mondo a conoscere quelli che poi vennero chiamati partiti *di massa*, senza però che essi fossero gruppi rigidamente organizzati. Il referendum permetteva infatti di mobilitare in poco tempo, ma senza necessitare di un grande apparato.¹⁴⁵⁰ Il tutto era favorito dallo spirito "di milizia" – tipico della lunga tradizione mercenaria – elvetico che faceva tener sveglia la fiammella politica solo ad un piccolo nucleo di quadri, attivando poi "a comando" la massa di base, che nella vita quotidiana si occupava d'altro.¹⁴⁵¹

Questa nuova forma di "democrazia diretta", sommata al mantenimento della sovranità cantonale, garantiva un sostanziale riconoscimento della presenza di campi di forza plurali in tutte le strutture sociali. Il famoso "compromesso elvetico" veniva così applicato a tutte le questioni e si riversava anche nella concezione politica (a ben vedere valida ancora oggi, nonostante i colpi della globalizzazione) secondo cui tutti i partiti all'opposizione contribuiscono al governo - in virtù dei diritti popolari - e che, tutti i partiti - o prima o poi - si ritroveranno a giocare il ruolo dell'opposizione mentre sono al governo.¹⁴⁵²

A mio modo di vedere in questo contesto l'arrivo delle giurie popolari in Svizzera non poteva che seguire vie diverse rispetto al resto d'Europa.

¹⁴⁴⁷ JOST 2005 notion, p. 155.

¹⁴⁴⁸ Cfr. GRUNER 1977, p. 52 e 105; vanno quindi relativizzate le lagnanze del conservatore SEGESSER 1858, p. 749, che additava i radicali bernesi ("*Die neudemokratische Schule in Bern*") di aver relativizzato la libertà o i diritti dell'individuo o la libertà del cattolicesimo come ente autonomo a causa dell'esaltazione dell'azione statale delle masse.

¹⁴⁴⁹ Il veto consisteva nella possibilità di un dato numero di cittadini di chiedere lo svolgimento di un'assemblea per opporsi all'emanazione di una legge. Chi non partecipava all'assemblea veniva considerato contrario al veto, quindi per respingere una legge era necessaria la maggioranza assoluta degli aventi diritto di voto, v. KLEY, ANDREAS: "Veto", in: DSS, 25.02.2013 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/027474/2013-02-25/>.

¹⁴⁵⁰ GRUNER 1977, p. 25 ss.

¹⁴⁵¹ GRUNER 1977, p. 27, che nota che i partiti inizialmente hanno proprio una struttura simile ai Corpi franchi, che erano gruppi violenti medievali assolutamente spontanei e la cui forma venne, per l'appunto, usata anche per causare la rivoluzione contro il SONDERBUND. Si tratta di forme culturali legate ai tempi in cui gli svizzeri erano attivi in tutta Europa come mercenari, v. STADLER, HANS: "Corpi franchi", in: DSS, 26.08.2010 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/024629/2010-08-26/>.

¹⁴⁵² GRUNER 1977, p. 23 ss.

Anche¹⁴⁵³ qui lo sviluppo della stampa e del suo spazio pubblico fu latore di novità sconvolgenti, anche nell’organizzazione giudiziaria, ma la costruzione surrettizia del voler “mettere il popolo nel tribunale” necessitava di un concetto compatto di “popolo” che in Svizzera non aveva *appeal* e che non aveva bisogno di passare attraverso una ruolizzazione nel processo penale, né tantomeno attraverso un’esaltazione del ruolo dei giuristi nella società. Il popolo qui non poteva essere costruito antitetivamente (d)ai giudici-giuristi statali rappresentanti del potere costituito, dato che i giudici non togati (*Laienrichter*) svizzeri erano già espressione dell’autorappresentazione politica della comunità.

La critica sempre efficace alla Corte d’assise fu spesso che “non ce n’è bisogno”, essa venne quindi sempre tacciata d’essere una strana creatura straniera che nulla aveva da cercare nei cantoni svizzeri. Uno dei problemi principali era il momento dell’osservazione del diritto, che i giuristi volevano ora prendere per sé. Si trattava di una pubblicità “di facciata”, che era sì pubblica, ma che nei rapporti garantiva il dominio della professione. La Svizzera si mise in mezzo a quella nuova ipocrisia, facendo leva su critiche secolari a giuristi e avvocati. Si faccia però attenzione alle mitologie rustiche: opporsi alla giuria, la regina di questa nuova dimensione pubblica del processo e di questa nuova individualizzazione liberale, impediva anche di questionare i rapporti di dominio del Presente. Il risultato: dei 22 cantoni facenti parte della nuova (Con)federazione nata nel 1848, ben nove non la contemplarono. Tre che la avevano sancita nella loro Costituzione non l’adottarono mai. Dunque, 12 cantoni su 22: la maggioranza!¹⁴⁵⁴ Non stupisce apprendere che molti di questi cantoni fecero anche fatica a passare completamente alla procedura immediata e orale, a dotarsi di un procuratore pubblico e ad abbandonare l’epistemica della tortura.¹⁴⁵⁵

¹⁴⁵³ La giuria italiana nel 1848 nasceva proprio con l’Editto sulla stampa, LACCHÈ 2009, p. 34.

¹⁴⁵⁴ Va notato però che sui 2.4 mio di abitanti svizzeri di quel periodo, i cantoni più popolosi (Berna 460’000 abitanti, Zurigo 250’000, Argovia 200’000 e Vaud 200’000), industrialmente più avanzati e con le città più grandi comunque conobbero le Corti d’assise, v. le tabelle sull’evoluzione demografica cantonale delle relative pagine dedicate alla storia dei singoli cantoni sul DSS.

¹⁴⁵⁵ V. ora LUMINATI 2010.

8 La giuria come giudice: strategie liberali per passare al post-liberalismo

8.1 La giuria come rischio politico

8.1.1 La politica di neutralità svizzera di Furrer

A metà Ottocento la Svizzera accolse molti rifugiati - soprattutto liberali - dal Baden e dalla Lombardia. Essi usavano la Svizzera come centro della resistenza e punto di attacco verso l'estero. Furrer riteneva perciò il loro attivismo particolarmente pericoloso.¹⁴⁵⁶ Subito il governo impose ai cantoni una politica migratoria rigorosa, ad esempio vietò al Ticino già il 27 novembre 1848 di accogliere nuovi rifugiati politici italiani e gli impose di espellere quelli già presenti, con poche eccezioni mitigate dal principio di umanità.¹⁴⁵⁷ Mazzini venne espulso dalla Svizzera più volte già a partire dal 1849.¹⁴⁵⁸

Le Potenze da subito spinsero sulla Svizzera in merito alla questione dei rifugiati, tanto che il primo ultimatum congiunto fra Austria, Francia e Prussia per espellere tutti i rifugiati venne emanato già nel 1850.¹⁴⁵⁹ La Svizzera rispondeva con una linea politica costante: annunciare la buona volontà di intraprendere misure adeguate a tranquillizzare le cancellerie estere; indicare che le lamentele estere erano eccessive; il rifiuto di farsi dettare decisioni direttamente dall'esterno, gli svizzeri volevano scegliere da soli chi espellere.¹⁴⁶⁰ Nella logica di Furrer si trattava di un atteggiamento di rigida neutralità che voleva evitare qualsiasi conflitto.¹⁴⁶¹ La Svizzera coltivava così la narrativa d'essere una terra d'asilo,¹⁴⁶² ma non dava asilo a tutti. All'atto pratico i liberali stranieri (cristiani),¹⁴⁶³ donne e uomini,

¹⁴⁵⁶ JUNG 2017, p. 146 ss.: si noti che nel luglio del 1849 il CF informò i cantoni che dovevano internare i rifugiati per ridistribuirli sul territorio svizzero (esclusi Grigioni e Ticino a causa della difficile condizione politica). I piccoli cantoni però non li volevano, senza contare che espellerli costava. Altri cantoni invece non li volevano proprio espellere, mettendo a nudo il classico problema federalista svizzero.

¹⁴⁵⁷ CESCHI/MARACCI/MENA 2007, vol. II, p. 1004, npp. 4 e la letteratura *ivi* citata; v. anche BBI 1854 II 1, in particolare p. 9.

¹⁴⁵⁸ Come indica anche MAISSEN 2010, p. 209, la difesa del diritto d'asilo d'impronta liberale rimaneva pura retorica non appena i rifugiati cominciarono a lottare dalla Svizzera.

¹⁴⁵⁹ In particolare, l'Inghilterra frenava regolarmente qualsiasi tentativo di intervento militare, VUILLEUMIER 1992 (1987), p. 32 s.

¹⁴⁶⁰ VUILLEUMIER 1992 (1987), p. 33.

¹⁴⁶¹ DEJUNG/STÄHLI/GLANZ 1948, p. 445.

¹⁴⁶² Sebbene l'origine della pratica del diritto d'asilo si trovasse nei conflitti interni alla Confederazione e per questo era rimasta materia cantonale, sin dal 17° secolo la Svizzera si auto-considerava terra d'asilo, basandosi sostanzialmente sui suoi miti fondatori, in particolare quello alpino, v. BINAGHI 2015, p. 37.

¹⁴⁶³ Sui limiti al movimento di ebrei e gitani v. HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ 2018, p. 154 ss.

trovavano accoglienza,¹⁴⁶⁴ ma causavano problemi laddove usassero la Svizzera come base per attività politiche all'estero, come effettivamente si intuisce da ciò che scriveva il CF nel rapporto annuale del 1853/4:

Se abbiamo sempre rispettato e rispetteremo quella concessione d'asilo, come dimostra l'alto numero di rifugiati che vivono senza problemi sul territorio svizzero, interverremo nuovamente contro coloro che considerano la Svizzera semplicemente come un nascondiglio dal quale possono lanciare impunemente le loro armi contro altri Stati.¹⁴⁶⁵

Questo schierarsi contro i rivoluzionari stranieri "attivi" non era nuovo: la pressione delle potenze straniere per censurare i rivoluzionari si era sentita già nel 1823 e poi negli anni '30 regolarmente a causa dell'attività di Mazzini, che era considerato un pericolo per la neutralità svizzera.¹⁴⁶⁶ La rigida politica di Furrer ebbe come risultato di ipotecare la sovranità elvetica, potendo però evitare di rimaner schiacciati tra i conflitti tra le nazioni vicine.¹⁴⁶⁷ La questione dei delitti politici transnazionali era insomma di stringente attualità nel processo di *nation building* elvetico.

8.1.2 Il processo politico "forte" solo come attribuzione del ruolo di nemico?

Spiega Portinaro che giustizia e politica sono in genere descritte come contrapposte, come due modi di fare diversi: l'una imparziale, l'altra di parte.¹⁴⁶⁸ Ma la contrapposizione tende a frantumarsi non appena si provi a teorizzarla. La storia moderna sarebbe quindi una storia "dell'invisibilizzazione del potere e della formalizzazione del diritto", quest'ultima da parte dei giuristi.¹⁴⁶⁹ Come anche in Svizzera, dove ci sia stato un fenomeno di centralizzazione del potere, là si voleva che la politica potesse anche decidere se affidare o meno il processo politico ad un tribunale.¹⁴⁷⁰ La giustizia politica porta con sé infatti varie funzioni:

¹⁴⁶⁴ HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ 2018, p. 167 ss.; DEJUNG/STÄHLI/GLANZ 1948, p. 411.

¹⁴⁶⁵ "Wenn wir jenes Asyls stest geachtet haben und achten werden, wie die große Zahl der unbelästigt auf Schweizergebiet wohnenden Flüchtlinge beweist, so werden wir hinwieder pflichtgemäß gegen diejenigen einschreiten, welche die Schweiz bloß als ein Versteck betrachten, aus dem sie ungestraft ihre Waffen gegen andere Staaten schleudern können", cit. da DEJUNG/STÄHLI/GLANZ 1948, p. 376.

¹⁴⁶⁶ HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ 2018, p. 169.

¹⁴⁶⁷ Cfr. JORIO 2015, p. 3 del manoscritto.

¹⁴⁶⁸ Questi i *topoi* generici che individua PORTINARO 2009, p. 86: per la giustizia "imparzialità, neutralità, equità, agire discorsivo fondato su prove e argomentazioni e rivolto all'intesa entro un quadro normativo condiviso", per la politica "faziosità, divisione, lotta, agire strategico volto al successo".

¹⁴⁶⁹ PORTINARO 2009, p. 104.

¹⁴⁷⁰ PORTINARO 2009, p. 85; esattamente ciò che succedeva in Svizzera, come mostro nei casi qui sotto.

l'autodifesa e l'autorappresentazione del potere, la selezione e il controllo dell'élite politica, il contenimento e il controllo degli scandali con le relative crisi.¹⁴⁷¹ Si possono distinguere due tipi di processo politico: quello in senso debole (il processo come strumento di espressione di una politica, p.e. una decisione della Corte costituzionale) e quello in senso forte (inteso nell'accezione "conflittualistica di politica", ovvero che corre nella distinzione amico/nemico).¹⁴⁷²

Il processo politico forte serve in particolare a inventare il nemico, a dargli un volto.¹⁴⁷³ Evidente l'importanza della teatralità del processo: serve a dare una tribuna per isolare l'avversario, legittima le misure del potere per neutralizzarlo e permette di autolimitare quello stesso potere, conducendo la vendetta politica all'interno dei margini del processo. Si riescono così ad evitare eccessi di violenza,¹⁴⁷⁴ ciò che sopra ho chiamato "legittimazione". I processi politici moderni creano incertezza, dato che non riescono a bloccare l'apporto di prove e non c'è sufficiente influenza sui giudici. C'è quindi, a dire di Portinaro, un rischio concreto di "boomerang" politico.¹⁴⁷⁵

Secondo me il *boomerang* non va letto in modo negativo, ma piuttosto come elemento proprio dell'evoluzione della statualità moderna. I politici liberali erano perfettamente consapevoli della dimensione rischiosa portata con sé dal processo moderno e dalle sue nuove logiche, in particolare l'obbligo di decidere, la prova indiziale e la pubblicità della sentenza. Ciò che storiograficamente va indagato è come, nella relazione fra politica e diritto, venga maneggiato quel fattore di rischio. Il buon lanciatore di *boomerang*, infatti, sa riprenderlo con mano ferma, ovvero usa il rischio a proprio vantaggio.

Bisogna quindi chiedersi se il processo "scappi di mano" o se segua le strategie sperate e come la politica si premunisca per avere salda la presa. In questo senso il processo politico forte nelle dinamiche liberali va sì osservato come propone Portinaro sia nella dimensione della costruzione del nemico (sia nel senso legittimante¹⁴⁷⁶ del termine, sia nel senso della formalizzazione giuridica del ruolo di nemico politico), ma anche nella creazione di una sospensione temporale, che permette al mondo politico di creare momenti di anticipazione del tempo. In questa seconda accezione ricadono a mio modo

¹⁴⁷¹ PORTINARO 2009, p. 86.

¹⁴⁷² PORTINARO 2009, p. 103; quest'ultimo è la normalità storica occidentale. Con il diritto canonico (a partire dalla questione dei Templari) si prefigurò il processo politico moderno in ben tre ambiti: si svilupparono procedure e organi giudicanti nuovi, il processo valeva come azione intimidatoria e valeva come messa in scena della propaganda, PORTINARO 2009, p. 88.

¹⁴⁷³ PORTINARO 2009, p. 103.

¹⁴⁷⁴ PORTINARO 2009, p. 92, citando Kirchheimer del 1961 e le relative indicazioni bibliografiche.

¹⁴⁷⁵ PORTINARO 2009, p. 100 e le relative indicazioni bibliografiche; Kirchheimer individuava in sostanza la dimensione della legittimazione individuata anche da Luhmann (sulla legittimazione attraverso il processo nel senso della teoria dei sistemi v. sopra).

¹⁴⁷⁶ Sul processo come fattore legittimante del diritto v. sopra, cap. 2.6.4.5.

di vedere sia il processo Clementi, sia il processo Bassanesi mostrato in apertura, dove il Potere nello Stato democratico mostrò un particolare interesse strategico nel garantire impunità al momento d'opposizione.

8.1.3 La competenza delle Corti d'Assise per i delitti politici transnazionali

Nel libretto di spiegazione del progetto di Cost. 1848 Druet spiegava che per i delitti politici la giuria federale toglieva una parte della decisione a chi poteva esercitare potere sull'accusato.¹⁴⁷⁷ Essa valeva insomma come forte garanzia processuale nel nuovo ordinamento liberale. Come già indicato, infatti, le competenze delle AF per i delitti politici non erano cadute sotto la mannaia della cantonalizzazione. Cosa fosse un delitto politico però non era esplicito, in Svizzera a metà Ottocento, non se ne aveva ancora una definizione chiara.¹⁴⁷⁸ Eppure il concetto era centrale e da applicare decisamente a molte situazioni: si consideri che ai sensi degli artt. 4 e 29 PPF 1851 il CF aveva sempre il diritto di decidere se far continuare un'inchiesta per un delitto politico, oppure no. Senza una definizione legale di delitto politico, sostanzialmente il governo aveva sempre la possibilità di "staccare la spina" a un'inchiesta penale federale.

Non a caso di quella competenza il CF fece ampiamente uso, in particolare in relazione ai delitti in cui veniva messa in discussione la sua sovranità territoriale, tutelata dal titolo del CPF 1853 sui "Delitti contro Stati esteri", che incontrerò spesso nelle prossime pagine:

Art. 41 CPF 1853

Chi viola un territorio estero o commette un'altra azione qualunque contraria al diritto delle genti, è punito colla prigionia o con pena pecuniaria.

¹⁴⁷⁷ "Hier mehr als bei allen anderen Fragen soll die Entscheidung nicht denjenigen zukommen, die ein Theil der Gewalt ausüben, die vom Angeklagten angegriffen wurde", Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung erstattet von der am 16. August 1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission, Bern 1848 (online: <https://www.e-rara.ch/>), p. 75.

¹⁴⁷⁸ VOGT 1857, p. 369 npp. 2); il CF ancora nel 1864 dava una versione molto flou: "Celui qui, à l'occasion d'un mouvement révolutionnaire, saisit le moment de l'anarchie pour s'enrichir, dans des vues de cupidité, par le pillage, l'extorsion ou le vol, - ou qui cherche à tirer vengeance d'un ennemi par un homicide ou par l'incendie, celui-là se rend coupable d'un **crime commun** [...]. Par contre, si un individu s'empare, d'une manière illégale, d'armes et de munitions, soit de valeurs reposant dans la caisse de l'Etat, pour soutenir la révolution; ou si, afin d'aider à son parti à triompher, il prend part au combat, et que, dans l'ardeur de la lutte, il blesse ou tue ceux qui lui font résistance, ou met le feu aux bâtiments servant de moyens de défense à l'ennemi, ces actes-là revêtent le caractère de **crimes ou délits politiques**", FFfr 1867 I 877, p. 879 (grassetto mio); la sua positivizzazione era apparsa per contro la prima volta nella Charte constitutionnelle francese del 1830, la questione verteva attorno alle estradizioni per i crimini contro la sicurezza dello Stato, v. STOOSS 1923, p. 49.

Art. 42 CPF 1853

Il pubblico oltraggio ad un popolo estero o al suo sovrano o ad un estero Governo, è punito con una pena pecuniaria fino a fr. 2000 alla quale in casi più gravi può essere cumulativamente aggiunta la prigionia fino 6 mesi. Ma l'azione giuridica non ha luogo fuorché sulla domanda del rispettivo Governo estero e purché ci abbia reciprocità vero la Confederazione.¹⁴⁷⁹

Art. 43 CPF 1853

L'oltraggio o maltrattamento al rappresentante di un Governo estero accreditato presso la Confederazione porta la pena della prigionia fino a 2 anni al più e pena pecuniaria fino a 2'000 franchi al più.

L'art. Art. 73 lett. c CPF 1853 assegnava la competenza giurisdizionale per queste fattispecie alle AF. Non era però facile comprendere giuridicamente esattamente cosa fosse punito con questi articoli, soprattutto perché il legislatore tendeva a discostarsi dalla dottrina coeva.¹⁴⁸⁰ Il CPF 1853 distingueva infatti tra “ordine e sicurezza interni” e “ordine e sicurezza esterni”, comprendendo anche le categorie di *Hochverrath* e di *Landesverrath*, ma senza nominare quest'ultimo.¹⁴⁸¹ Secondo Temme il *Landesverrath* federale corrispondeva a quei “Delitti contro stati esteri” (artt. 41-44 CPF 1853)¹⁴⁸² e andava ulteriormente suddiviso in “tradimento con pericolo di guerra” (ovvero che stimolasse all'ostilità le potenze straniere o favorisse il nemico in guerra) e in “tradimento con altri pericoli politici”, ovvero ogni atto adeguato a mettere in pericolo gli interessi della Confederazione nei confronti di un nemico straniero, direttamente o

¹⁴⁷⁹ La necessità della domanda e della reciprocità furono elementi centrali della gestione dei rapporti internazionali nel caso dei delitti politici. Furono indirettamente al centro dei vari processi che mostrerò qui di seguito e tema principale nel processo Schill, giudicato dalle AF del 1888 e tema di un articolo di Morel sul primo volume della RPS, dove indicava che non si poteva prescindere dalla domanda e dalla reciprocità, MOREL 1888, p. 304.

¹⁴⁸⁰ Spiegava infatti Temme che la dottrina di metà Ottocento concepiva con il *Hochverrath* (alto tradimento) l'impresa con intenti ostili di un suddito di uno Stato contro l'esistenza di quello Stato (o del suo governo). Sottocategorie non erano previste, sebbene alcuni volessero comunque distinguere il *Hochverrath i.e.S.*, il *Staatsverrath* e il *Landesverrath*. Temme indicava però che i nuovi Codici penali tedeschi non esplicitavano né il criterio degli intenti ostili, né quello della qualità di sudditi. Si faceva inoltre confusione interpretando il concetto di *Hochverrath* in modo rigido e relegando nel *Landesverrath* una serie di crimini contro l'esistenza (*Dasein*) e la sicurezza dello Stato. Questa mancanza di chiarezza valeva anche per i vari Codici cantonali svizzeri, TEMME 1855, p. 334 s.; ESCHER 1822, p. 225 ss., usava il termine generico di *Staatsverrath* e voleva in tempi di guerra un certo “terrorismo legale” (*gesetzlichen Terrorismus*) per difendere l'ordine e la sicurezza, nonché evitare che la Svizzera cadesse in una schiavitù politica (p. 233 ss.).

¹⁴⁸¹ TEMME 1855, p. 335; nel *Hochverrath* svizzero c'era l'ulteriore problema del tradimento nei confronti dei cantoni, TEMME 1855, p. 337; PFENNINGER 1890, p. 350, indicò che secondo alcuni la distinzione tra *Hochverrat* e *Landesverrat* nel CPF 1853 proprio non c'era.

¹⁴⁸² TEMME 1855, p. 365; STOOSS 1892-3, vol. 2, p. 404, sosteneva invece che il *Landesverrath* constava di quegli atti orientati a “*die Interesse eines fremden Staates zum Nachteil der Eidgenossenschaft rechtswidrig zu unterstützen*”.

indirettamente.¹⁴⁸³ Contrariamente a quanto indicato dalla dottrina, in questo ambito il CPF 1853 non decretava il requisito delle intenzioni ostili, inoltre la messa in pericolo dello Stato non indicava che si trattasse dello Stato di cui si era sudditi. Questo rendeva possibile il tradimento colposo e compibile da chiunque.¹⁴⁸⁴ C'era infine una sottoclasse di crimini contro gli Stati stranieri che comportavano la semplice messa in pericolo del proprio Stato, si trattava in questo caso per Temme però di semplici questioni di polizia più che giuridiche.¹⁴⁸⁵

Gli art. 41 ss. CPF 1853 condannavano gli atti (anche indiretti) compiuti contro uno Stato estero che contemporaneamente danneggiassero la Svizzera.¹⁴⁸⁶ La vaghezza di questi articoli era centrale: si poteva condannare la voce degli oppositori politici sulla base di norme che non parlavano apertamente di censura, ma che indirettamente la permettevano. Non a caso essi erano stati oggetto di una diatriba parlamentare non indifferente, secondo Pfenninger l'intero capitolo era emanazione della legislazione tedesca e la pressione straniera aveva avuto un ruolo centrale nel farlo adottare alla Svizzera.¹⁴⁸⁷

La questione centrale stava nell'interpretazione dell'art. 41 CPF 1853, dato che sin da subito ci si chiese cosa significassero le parole "azioni qualunque contrarie al diritto delle genti" (*völkerrechtswidrige Handlungen*). Si trattava infatti di una clausola generale evidentemente vastissima, in quelle parole si poteva interpretare tutto alla bisogna,¹⁴⁸⁸ anche perché il diritto consuetudinario era ancora una solida fonte del diritto internazionale.¹⁴⁸⁹ Il CF nel suo messaggio commentando l'intero titolo del CPF 1853, (in cui era presente anche l'art. 42, peraltro poi profondamente discusso e duramente criticato),¹⁴⁹⁰ ne aveva dato subito una lettura politica:

¹⁴⁸³ TEMME 1855 p. 367, che parlava esplicitamente di *Feinde*.

¹⁴⁸⁴ TEMME 1855, p. 364.

¹⁴⁸⁵ TEMME 1855, p. 366 s.; nel caso Bassanesi la distinzione diventò rilevante: il PG Stämpfli sosteneva che nel caso di *Landesverrat* la questione diventava giuridicamente **troppo complessa per le giurie popolari**, v. sopra, cap. 3.2.2.2; v. anche STÄMPFLI 1931 SSG, 30a s.; RAIS 1931, p. 126a; PFENNINGER 1932, p. 712, rimarcò qui l'obiettivo implicito del legislatore di limitare il più possibile l'attività potenziale delle AF.

¹⁴⁸⁶ TEMME, p. 367 s.

¹⁴⁸⁷ PFENNINGER 1890, p. 357.

¹⁴⁸⁸ Come ebbe poi a dire STÄMPFLI 1928, p. 318, si trattava di una "*Blankettnorm schlimmster Art*".

¹⁴⁸⁹ Come notò ancora STOOS 1892-3, vol. 2, p. 409, per il processo Brousse del 1879.

¹⁴⁹⁰ STÄMPFLI 1928, p. 318, ricordava l'opposizione in CN nel 1852 sull'art. 42 riguardo alle offese ai governi stranieri. Secondo i parlamentari la Svizzera accettando una regola di quel tipo sarebbe stata solo una "*Polizeiprovinz anderer Staaten*". Il CF e Dubs dissero che non c'era però stato influsso di altri stati. La norma venne rifiutata dal CN, ma il CS la mantenne; cfr. STOOS 1892-3, vol. 2, p. 408, che commentando l'art. 41 CPF 1853 ricordò che quelle parole governative, uscite dalla penna di Rüttimann, toccavano tutti gli articoli 41-43 e sì, servivano anche alla interpretazione dell'art. 41 CPF 1853, ma quella stessa interpretazione proprio nel caso Brousse (come mostro sotto, cap. 8.4.2) era stata negata dalla Camera criminale. Era infatti decisivo capire cosa si intendesse con le parole "*völkerrechtswidrige*

Gli atti agiscono in due direzioni. Non solo un'offesa allo Stato estero, ma possono indirettamente causare danni e svantaggi significativi alla Confederazione. Attraverso la violazione del diritto internazionale [gli imputati] potrebbero compromettere la buona intesa tra la Svizzera e l'estero.¹⁴⁹¹

Mi sembra evidente: con questo approccio del CF era impossibile capire se l'atto sarebbe stato illegale a causa della violazione di una regola del diritto internazionale oppure per aver messo in pericolo la buona intesa fra Stati.¹⁴⁹² Questa seconda variabile però non era punita espressamente dall'art. 41 CPF 1853, inoltre non era indicata la necessità di una lamentela ufficiale da parte dello Stato straniero. In base a che criterio e secondo la decisione di chi, il reo avrebbe potuto sapere se la sua azione avrebbe messo in pericolo le buone relazioni fra gli Stati?

Dato che risposte a questa questione non ce ne sono, si rivela la natura di quella fattispecie: si trattava di un articolo utilissimo per il Potere politico, che permetteva la costruzione di una punibilità successiva, facendo dipendere l'effetto giuridico dal giudizio politico successivo ai fatti. Le decisioni avrebbero valutato la percezione della realtà in base a norme "costruite" solo successivamente all'atto in questione, attivate per giudicare il singolo atto. Il tutto condito, come già indicato, dalla possibilità di decidere alla bisogna se far continuare il perseguimento penale, come se si scegliesse "à la carte" se passare il discorso politico al diritto e farlo lì sospendere. Come se non bastasse, Furrer era convinto che in caso di concorrenza fra delitti comuni e delitti politici, allora non ci sarebbe stato bisogno di espellere il criminale.¹⁴⁹³ Come mostro abbondantemente in seguito, questa comoda competenza politica fu usata ad ampie mani.

Handlungen", in particolare se un certo atto fosse o meno condannato da una norma di diritto internazionale (anche consuetudinario) vigente, STOOSS 1892-3, vol. 2, p. 409, npp. 2.

¹⁴⁹¹ „*Handlungen* [...] wirken nach zwei Seite hin. [...] nicht bloss eine Kränkung des fremden Staates, sondern sie können mittelbar die Eidgenössenschaft in bedeutenden Schaden und Nachteil versetzen. [...] Verletzung des Völkerrechtes, durch welche das gute Einvernehmen zwischen der Schweiz und dem Auslande gestört werden könnte" (NB nel suo messaggio CF si riferiva agli artt. 41-43 CPF, mentre nel disegno si trattava degli artt. 42-44), v. BBl 1852 II 581, p. 585 s.

¹⁴⁹² Sull'art. 43 CPF 1853 sappiamo che Furrer era disposto a rinunciare all'esigenza della richiesta di azione dello Stato straniero nel caso di oltraggio, rinunciando quindi a una certa dose di sovranità pur di avere mani libere nella gestione dei rapporti con l'estero, cfr. DEJUNG/STÄHLI/GLANZ 1948, p. 361. Furrer era peraltro molto attento a certificare tutta la sua politica sui rifugiati e sui processi politici, con tanto di tabelle, nei rapporti annuali apparsi sul FF, *ivi*, p. 375.

¹⁴⁹³ DEJUNG/STÄHLI/GLANZ 1948, p. 415; questa "clausola svizzera" cambiò radicalmente nell'epoca della nazionalizzazione, v. sotto, cap. 9.2.2.

8.2 *I processi al liberalismo rivoluzionario*

8.2.1 I moti mazziniani e la politica svizzera

8.2.1.1 **L'attacco su Milano del 6 febbraio 1853**

Sebbene vicino ai rivoluzionari elvetici del Quarantotto,¹⁴⁹⁴ fra cui il CF Francini,¹⁴⁹⁵ Mazzini per molti era il problema svizzero di metà Ottocento, perlomeno per quanto riguarda il fronte austriaco.¹⁴⁹⁶ Rivoluzionario scomodo, patriottico ma non nazionalista,¹⁴⁹⁷ proponeva che si impugnassero le armi:

I provvedimenti, che più immediatamente condurranno alla grand'opera ed allo scopo ultimo, saranno: uno scoppio rivoluzionario [...] il più forte armamento possibile per le milizie regolari e per bande irregolari.¹⁴⁹⁸

Non era né un comunista, né un anarchico e quindi non era intrinsecamente pericoloso per i nuovi liberali al governo elvetico.¹⁴⁹⁹ Eppure, quell'impostazione violenta era ormai il passato per la piccola Svizzera, tanto che la polemica con il CF fu stilata a suon di lettere sui giornali.¹⁵⁰⁰

Mazzini fece degenerare la situazione con l'Austria quando da Londra si trasferì a Lugano e trovò il sostegno di alcuni ungheresi per pianificare dal Ticino i dettagli di un'insurrezione annunciata a Milano (alla quale però i fratelli Ciani erano contrari). Organizzò l'azione a Locarno e aspettò a Chiasso. Il 6 febbraio 1853 i circoli operai milanesi si mossero, ma non riuscirono nella loro azione: furono 400 ad essere arrestati fra i mazziniani, decine i condannati a morte. L'Austria fu spietata anche con il Ticino. Le frontiere tra Ticino e Lombardia vennero bloccate e fu ordinato il rimpatrio di tutti i ticinesi, circa 6'000 bocche da sfamare, provocando difficoltà alimentari ed economiche di grossa portata.¹⁵⁰¹ Per allentare la situazione

¹⁴⁹⁴ MOOS, CARLO: "Giuseppe Mazzini", in: DSS, 27.08.2020 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/024168/2020-08-27/>.

¹⁴⁹⁵ Francini era membro del primo gruppo che accolse, con Grilenzoni, Battaglini e G.B. Pioda (il CF ticinese successore di Francini), Mazzini in Ticino nel 1833, v. BETTONE 1995, p. 166. Mazzini nel 1853 in febbraio era a Lugano, *ivi*, p. 169.

¹⁴⁹⁶ Cfr. GHIRINGHELLI 1998, p. 241.

¹⁴⁹⁷ VIROLI 2011, p. 12 s.

¹⁴⁹⁸ "Istruzione generale per gli affratellati", cit. da COMBA 2011, p. 40.

¹⁴⁹⁹ COMBA 2011, p. 55.

¹⁵⁰⁰ V. la diatriba del 1854 in DEJUNG/STÄHLI/GLANZ 1948, p. 445.

¹⁵⁰¹ In Svizzera e in Europa ci fu una corsa al sostegno che definirei umanitario, GHIRINGHELLI 1998, p. 242 ss.; ancora oggi i Fortini della fame nel Bellinzonese – costruiti nell'ambito di politiche di ampi lavori pubblici a sostegno dell'economia – rimangono testimoni storici di quella drammatico pezzo di storia ticinese, v. LANGENDORF, JEAN-JACQUES: "Austria", cap. 3.1: "Il regno di Francesco Giuseppe - 1848-1866", in: DSS, 09.04.2014 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/046995/2014-04-09/#H1848-1866>.

l’Austria pretendeva che il Ticino riaccogliesse i cappuccini, che espellesse i suoi rifugiati e che riconoscesse le sue colpe nell’aver dato ospitalità e collaborato con i ribelli mazziniani.¹⁵⁰²

Il CF non cedette e inviò in Ticino un commissario, Bourgeois-Doxat,¹⁵⁰³ con i seguenti compiti: doveva controllare la situazione; aprire un’inchiesta per capire se veramente ci fosse stata l’asserita connivenza con i responsabili dei moti milanesi; convincersi che il decreto federale sui rifugiati fosse stato effettivamente applicato in Ticino e quindi che le relazioni internazionali fossero state garantite.¹⁵⁰⁴ Infine il CF fece aprire un’inchiesta penale, che diede visibilità al caso Clementi.

8.2.1.2 L’isteria sul traffico di armi di Grilenzoni

I disordini si sentivano nell’aria. Il 20 gennaio 1853 il CF aveva inviato un commissario in Ticino per controllare le voci di possibili azioni e il 4 febbraio le autorità ticinesi avevano segnalato¹⁵⁰⁵ a quelle grigionesi un carico di armi sospetto, che da Bellinzona era arrivato a Poschiavo e subito sequestrato.¹⁵⁰⁶ Indicato dal suo albergatore, venne interrogato tale Luigi Clementi¹⁵⁰⁷, di Trento, sedicente venditore di guanti di pelle di capretto.¹⁵⁰⁸ Sosteneva d’essere emigrato per motivi politici, asseriva di essere un venditore d’armi per arrotondare, per questo quelle casse di fucili che portava

¹⁵⁰² BETTONE 1995, p. 97 ss.; Furrer faceva evidentemente fatica con l’accoglienza politica ticinese per Mazzini, come scriveva ancora nel 1854 a A. Escher, v. DEJUNG/STÄHLI/GLANZ 1948, p. 527 npp. 101.

¹⁵⁰³ CARRUZZO-FREY, SABINE: “Emmanuel Bourgeois”, in: DSS, 09.07.2007 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004279/2007-07-09/>.

¹⁵⁰⁴ BBl 1854 II 1, p. 8 s.

¹⁵⁰⁵ La data della scoperta delle armi è importante dal punto di vista diplomatico, poiché indica l’attenzione riposta dalle autorità grigionesi e ticinesi nei confronti del contrabbando d’armi e del rispetto dei doveri internazionali anche senza sollecitazione straniera. A rafforzare questa tesi, sosteneva il CF, il fatto che il 3 febbraio 1853 il Dipartimento di giustizia e polizia ticinese aveva inviato una circolare ai circondari di confine per evitare qualsiasi partecipazione ticinese ai disordini v. risposta del CF all’ambasciatore austriaco in BBl 1853 I 591, p. 594 ss. e BBl 1854 II 1, pp. 10 e 13. Cfr NZZ 5.3.1853, Nr. 64, p. 272; v. anche ZENDRALLI 1949-50, p. 26.

¹⁵⁰⁶ Il rapido sequestro da parte grigionesa (che è più volte elogiato, v. p.e. BBl 1854 II 49, p. 75) era d’importanza strategica: il CF lo considerava, assieme al divieto di accogliere nuovi rifugiati, la chiusura della stamperia di Capolago e la preparazione di una nuova legge sulla polizia degli stranieri, come un segnale di durezza e buona volontà a non considerare il Ticino come un pericolo per la Lombardia, v. BBl 1854 II 1, p. 15.

¹⁵⁰⁷ AGLIATI, CARLO: “Lodovico Clementi”, in: DSS, 02.05.2005, <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/019470/2005-05-02/>.

¹⁵⁰⁸ L’albergatore, Giovanni Pola, venne coinvolto nell’inchiesta, ma non fu considerato processabile dalla CdA del TF, su richiesta di abbandono del PG (v. ArchTF - 1853 Clementi, resoconto).

con sé.¹⁵⁰⁹ Subito venne trovato anche Carlo Cassola¹⁵¹⁰, di Brescia, anch'egli espulso dal territorio italiano. Avvocato, diceva d'essere a Poschiavo per delle cure termali. Entrambi furono arrestati.¹⁵¹¹ Il terzo protagonista, Giovanni Grilenzoni,¹⁵¹² di Reggio Emilia, pure lui espulso già nel 1821 e nel frattempo diventato svizzero, venne identificato poco dopo.¹⁵¹³ Grilenzoni sosteneva di speculare sulla vendita di armi, che si era procurato nel 1848.¹⁵¹⁴ Il fatto che fosse svizzero era un problema strategico,¹⁵¹⁵ per non parlare del dettaglio che si trattava della persona di contatto di Mazzini in Ticino, che era cognato di Battaglini e in sostanza vicinissimo al CF Franscini.¹⁵¹⁶ Il capo della banda era sostanzialmente lui!¹⁵¹⁷

Clementi portava con sé una proclamazione mazziniana nonché dei documenti di via da Londra, proprio del periodo in cui lì si trovava Mazzini.¹⁵¹⁸ In camera di Cassola trovarono una quantità di libri rivoluzionari, tra cui molti di Mazzini o comunque in linea con la politica

¹⁵⁰⁹ NZZ 16.02.1853, p. 192.

¹⁵¹⁰ AGLIATI, CARLO: "Carlo Cassola", in: DSS, 03.09.2003, <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/019351/2003-09-03/>.

¹⁵¹¹ Anche questo motivo di orgoglio per il CF, che volle dimostrare agli occhi dell'Austria che anche gli stranieri erano tenuti sotto osservazione dalle autorità. I partecipanti agli attentati furono inquisiti, i fuggiaschi dagli attentati milanesi in Ticino invece spediti senza tanti complimenti in America o a Le Havre, cfr. BBI 1854 II 1, p. 15; unica eccezione gli 11 rifugiati che il Ticino si rifiutò di allontanare. In totale circa 100 rifugiati vennero allontanati dalle terre ticinesi nel solo 1853, v. BBI 1854 II 49, p. 84.

¹⁵¹² AGLIATI, CARLO: "Giovanni Grilenzoni", in: DSS, 06.02.2006, <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/016359/2006-02-06/>; v. anche BETTONE 1995, p. 150 nota 13: Mazzini lo elogiava.

¹⁵¹³ Il nome è scoperto più tardi nell'inchiesta. Ancora il 16 febbraio non si sapeva chi avesse spedito le armi, v. NZZ 16.02.1853, p. 192; sui tre v. anche brevemente ZENDRALLI 1949-50, p. 28, e la letteratura *ivi* citata.

¹⁵¹⁴ Per una panoramica della questione basandosi sugli interrogatori v. POMETTA 1932.

¹⁵¹⁵ Lo ribadisce il CF nel suo rapporto del 1854 sul 1853: „*er nicht unterlassen werde, gegen schweizerische Angehörige oder fremde Niedergelassene, die an dem verbrecherischen Attentate in Mailand Theil genommen hätten, je nach dem Ergebnis der Untersuchung und nach Maßgabe der Geseze einzuschreiten*”, BBI 1854 II 1, p. 10.

¹⁵¹⁶ CESCHI/MARACCI/MENA 2007, vol. II, p. 1048, npp. 3; v. GIUSEPPE MONSAGRATI, Grilenzoni, Giovanni, in: Enciclopedia Treccani online, Dizionario Biografico degli Italiani - Volume 59 (2002), ([http://www.treccani.it/enciclopedia/giovanni-grilenzoni_\(Dizionario-Biografico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/giovanni-grilenzoni_(Dizionario-Biografico)/)); non può essere un caso che molti documenti del processo siano stati tradotti dall'italiano al tedesco dallo stesso Franscini di proprio pugno, v. POMETTA 1932, p. 176.

¹⁵¹⁷ Il PG Amiet, nel suo rapporto del 16 maggio 1853 che presento nelle prossime righe, nella prima carrellata di imputati nella prima pagina semplicemente non citava Grilenzoni. Nei registri e nella sentenza del successivo processo il nome di riferimento è sempre Luigi Clementi. Va però notato che due pagine più tardi il PG riconobbe in Grilenzoni il capo della banda, in Clementi e Cassola i complici (*seine angeblichen Gehulfen Clementi und Cassola*), ArchTF - 1853 Clementi, Antrag, p. 3.

¹⁵¹⁸ NZZ 16.02.1853, p. 192; v. anche l'interrogatorio a Grilenzoni da parte di Dubs, POMETTA 1932, p. 195.

mazziniana, nonché sue lettere manoscritte.¹⁵¹⁹ I due avevano preallarmato dei carrettieri per il trasporto delle armi in Valtellina per la notte tra il 6 e il 7 febbraio 1853.¹⁵²⁰ È palese, gli svizzeri si trovavano di fronte ad uno zoccolo duro di fedelissimi accolti mazziniani¹⁵²¹ che stavano preparando l'attacco contro gli austriaci e che raccontavano una menzogna ogni due parole.

Le prove secondo le prime fasi dell'inchiesta erano carenti. Il CF però si era sempre dimostrato convinto del ruolo riottoso dei tre. Nella sua risposta del 2 marzo 1853 all'ambasciatore austriaco, addirittura pubblicata sul BBI del 2 aprile 1853, il governo sosteneva che Clementi e Cassola fossero "precisamente confidenti di Mazzini" (*genaue Vertraute Mazzini's*) inviati nei Grigioni (precisando che prima erano stati in Piemonte e non in Ticino) e poi li definiva "agenti dei più pericolosi" (*gefährlichern Agenten*).¹⁵²² Nel suo rapporto annuale, a processo già avvenuto, il CF sostenne ancora nel 1854 la convinzione che quell'invio di armi servisse a creare disordini in Lombardia o in Tirolo.¹⁵²³

Dato che il trasporto di armi oltrefrontiera per scopi illegali secondo il CF ricadeva fra le fattispecie indicate all'art. 104 lett. c Cost. 1848 (delitti e trasgressioni contro il diritto delle genti), il PG Amiet venne incaricato di condurre l'inchiesta.¹⁵²⁴ Giudice d'istruzione era Dubs, che consegnò l'inchiesta al PG il 25 aprile 1853 sostenendo la presenza di prove sufficienti per mettere gli imputati in stato d'accusa.¹⁵²⁵ Diversa la posizione del PG Amiet nel suo rapporto del 16 maggio 1853 al CF: la sua opinione era che la procedura andasse interrotta. Sebbene ricordasse pedantemente che il suo compito era anzitutto dare un parere giuridico, ne faceva una questione politica: in caso di assoluzione la stampa estera avrebbe potuto manipolare il caso, soprattutto considerando la presenza di un imputato di nazionalità svizzera (Grilenzoni).¹⁵²⁶ Giuridicamente c'era il problema del nuovo libero apprezzamento indiziale, per Amiet un problema dato che "spesso altro non fa che poter rendere apparente con l'arte avvocatessa e la cavillosità ciò che

¹⁵¹⁹ Nelle lettere ne viene trovata pure una da Torino che dimostrava che Mazzini non era in Ticino nei giorni degli attentati di Milano, fatto che aiutò non poco la Svizzera e il Ticino nella sua diatriba con l'Austria. Cfr. *NZZ* 5.3.1853, Nr. 64 p. 274.

¹⁵²⁰ *NZZ* 16.02.1853, p. 192.

¹⁵²¹ Grilenzoni era responsabile (nonché ricco finanziatore) per le attività tumultuose dell'intero Piemonte, Clementi per il Trentino e Cassola per il Bresciano. Si è davanti a una situazione ben organizzata per affiancare i moti rivoluzionari del 6 febbraio: l'obiettivo è attaccare anche le valli montane del Nord-Italia. Il tentativo però fallisce sia a causa di alcune esitazioni sulla riuscita dei moti mazziniani, sia perché le condizioni metereologiche erano difficili, v. MARTINOLA 1994, p. 300 ss. e ZENDRALLI 1949-50.

¹⁵²² BBI 1853 I 591, pp. 594 e 607.

¹⁵²³ BBI 1854 II 49, p. 74 s.

¹⁵²⁴ *NZZ* 16.02.1853, p. 192; sull'istituzione del PG v. sopra cap. 6.4.4.

¹⁵²⁵ ArchTF - 1853 Clementi, Antrag, p. 16.

¹⁵²⁶ ArchTF - 1853 Clementi, Antrag, p. 3 s.

è in sostanza basato su semplici affermazioni di verosimiglianza”.¹⁵²⁷ Il processo era insomma diventato instabile, si era di fronte ad una situazione rischiosa e si doveva decidere come comportarsi strategicamente nel contesto delle relazioni internazionali. Una costellazione che si ripresenterà altre volte nella storia, come mostro in seguito.

Il clima di quel periodo era isterico. Si pensi che soli due giorni dopo l’attentato a Milano, l’8 febbraio 1853, erano stati distribuiti a Lugano in pieno carnevale durante una rappresentazione teatrale dei volantini con proclamazioni mazziniane. L’autorità ticinese intervenne arrestando i presunti responsabili: Mosker, ufficiale disertore ungherese, Dioli e Zangregorio. La carcerazione fu molto severa.¹⁵²⁸ Il CF, verosimilmente per motivi di ossequio diplomatico, aveva deciso seduta stante di aprire anche contro di loro una procedura penale federale, deferendo i tre direttamente alle AF del IV circondario e congiungendo il processo a quello a Clementi e Cassola.¹⁵²⁹ Ma il PG appurò rapidamente che i volantini incriminati erano in tutto tre, che Mosker li aveva ricevuti da un italiano a caso per strada e li aveva dati a sua volta a Dioli. Zangregorio non era per contro minimamente coinvolto. A differenza del processo Clementi, stavolta il PG fece prevalere la sua posizione: sarebbe bastato espellerli. Trovò l’accordo di Dubs e rinunciò all’accusa per mancanza di prove, decisione confermata dalla CdA il 12 giugno 1853.¹⁵³⁰

8.2.1.3 L’assenza di una base legale e la fermezza di Furrer

Il CF era sensibilmente toccato dal caso Clementi e voleva mostrare l’estraneità della Svizzera all’azione, nonché la sua attenzione per il rispetto degli Stati esteri. Per questo ribadì ancora ufficialmente l’anno dopo che i Grigioni erano intervenuti su indicazione del Ticino *prima* che avvenissero i moti milanesi.¹⁵³¹ Eppure Franscini in una lettera a Battaglini si mostrava particolarmente scettico sull’opportunità di quel processo alle AF.¹⁵³² Decisivo fu Jonas Furrer, fervido sostenitore della neutralità e ostile all’idea

¹⁵²⁷ “*der oft nicht anders, als durch (auf blosse Wahrscheinlichkeitsbehauptungen gestützte) Advokatenkunste und juristische Rabulisterei scheinbar ermöglicht werden kann, in fraglichen Strafuntersuchungen verfahren werden*”, ArchTF - 1853 Clementi, Antrag, p. 2.

¹⁵²⁸ cfr. MARTINOLA 1964 emigrazione, p. 61 ss.

¹⁵²⁹ BBl 1853 I 461, p. 463. Il caso è infatti citato anche nel ArchTF - 1853 Clementi, Antrag, p. 16. Nella NZZ del 6.3.1853, Nr. 65, p. 279 venne fatto notare che il CF non aveva competenza su quale circondario d’assise attivare, visto che era un compito della CdA del TF.

¹⁵³⁰ ArchTF - 1853 Clementi, Antrag, p. 16; cfr. ArchTF - 1853 Clementi, resoconto; cfr. *Der Liberale Alpenbote* 16.6.1853, p. 1; v. anche BBl 1853 I 461, p. 463; BBl 1853 I 591, p. 597; BBl 1854 II 1, p. 14.

¹⁵³¹ BBl 1854 II 1, p. 13 s.

¹⁵³² Nella lettera 498 del 20 maggio 1853 parlava di “Grilenzoni nostro”, nella lettera 504 del 1° giugno 1853 scriveva che “non è in vero positivo ancora che Grilenzoni si troverà citato davanti le Assises, ma pur troppo non è fuori in pericolo d’aver a soggiacere a questo disturbo”, CESCHI/MARACCI/MENA 2007, vol. II, p. 1047 ss.

che la Svizzera venisse accusata d'essere base per attentati all'estero, ma soprattutto fine stratega che comprendeva la potenzialità di "scaricare" il caso politico sul momento giuridico, il quale combatté perché la procedura fosse portata avanti fino alla fine.¹⁵³³ Posso qui ipotizzare che il CF Furrer volesse mettere in moto una doppia strategia: da un lato difendersi contro le accuse austriache di non volersi attivare contro gli insorti, dall'altro un processo avrebbe messo in moto la macchina mediatica e la sua capacità di costruire il nemico e sarebbe valso come strumento di coesione interna di fronte all'arroganza austriaca. Posso ipotizzare fra l'altro che il governo potesse contare su un certo calore antiaustriaco da parte della Stampa nel Paese dopo il blocco del Ticino, che si sarebbe sommato all'assenza di prove chiare.

Il 30 maggio 1853 il CF decise di far continuare la procedura, dato che non sarebbero stati presenti motivi politici tali da rendere inopportuno un processo a questi emigranti. Grilenzoni non veniva citato (il CF verbalizzò "*Clementi u. Cazzola etc.*"), che erano accusati di aver partecipato al tentativo di insurrezione in Lombardia e di averla sostenuta con l'invio di armi. Ma soprattutto il CF non era d'accordo di negare anche l'opportunità giuridica di un processo. Voleva quindi che anzitutto la CdA del TF si chinasse sull'incarto.¹⁵³⁴

Di rilievo notare che in tutta questa fase preprocessuale il CPF 1853 non era stato minimamente preso in considerazione, in quanto non ancora in vigore al momento dei fatti. E che solo il giorno seguente giunse la decisione del CF di continuare la causa, il PG chiese al giudice di istruzione se fosse a conoscenza della legge grigionese applicabile contro Clementi e consorti.¹⁵³⁵

8.2.1.4 Il processo con i giurati a Clementi, Cassola e Grilenzoni

C'è davvero poco di cui stupirsi: ci troviamo davanti all'egemonia di veri giudici-legislatori¹⁵³⁶: Rüttimann era membro della Camera criminale del TF competente per quel processo¹⁵³⁷ e il giudice istruttore Dubs si stava giusto

¹⁵³³ È Franscini che racconta questa determinazione di Furrer in una lettera a Battaglini del 1° giugno 1853, CESCHI/MARCAZZI/MENA 2007, vol. II, p. 1057. Si noti che la differenza di opinioni fra il PG e il CF uscì sui giornali, lo riporta ad esempio il *Nouvelliste vaudois* del 7 giugno 1853. Purtroppo Furrer ha fatto bruciare il suo archivio personale, FEUSI WIDMER 2019, p. 37.

¹⁵³⁴ Verbale CF - 1853 2318; v. anche NZZ 3.06.1853, p. 685.

¹⁵³⁵ ArchTF - 1853 Clementi, resoconto; come mostro sotto, neppure coi primi reati anarchici nel 1878 si sapeva quale legge avessero infranto, ma il CPF 1853 era già in vigore da 25 anni...

¹⁵³⁶ Nel mondo intero è noto l'art. 1 cpv. 2 CCS, scritto da Eugen Huber, e il mito del giudice che deve chiudere le lacune *modo legislatori*, da qui il concetto dei giudici-legislatori. In realtà storicamente è successo sostanzialmente il contrario: i giudici non hanno fatto propria quella competenza, mentre i legislatori si sono spesso messi a capo dei primi tribunali che dovevano applicare le loro leggi, v. per il CCS LUMINATI 2011.

¹⁵³⁷ Sulla paternità parziale di Rüttimann sul CPF 1853 v. sopra npp. 1057.

occupando del Rapporto commissionale sul futuro CPF 1853.¹⁵³⁸ La CdA del TF, composta da Casimir Pfyfer, Trog e Ammann, decise il 13 giugno 1853 di mettere Clementi, Cassola e Grilenzoni in stato d'accusa alle AF del IV circondario per "violazione del diritto internazionale" (*Völker-Rechtsverletzung*) per il tentativo di sostenere una rivolta in Lombardia in violazione del diritto delle genti, attraverso l'invio di armi.¹⁵³⁹ Nonostante il caso fosse sorto prima dell'entrata in vigore del CPF 1853 e dovendo quindi far applicare il diritto materiale cantonale,¹⁵⁴⁰ per la CdA era essenziale l'attivazione delle AF sin da subito come statuito dall'art. 49 n. 1 OG 1849. E così il caso Clementi fu il primo processo penale politico celebrato dal TF con la giuria popolare, composta da cinque grigionesi, sette sangallesi, un appenzellese e un glaronese,¹⁵⁴¹ ma servendosi di una legge cantonale, ovvero il § 68 del *Strafgesetzbuch für den Kanton Graubünden* del 1851 ("*Unternehmungen gegen einen andern Kanton oder Staat*").¹⁵⁴² Questo articolo statuiva che era punito chi partecipava, compieva o preparava un'operazione ostile contro il potere statale di uno Stato amico, a meno che non fosse stato già punito o graziato nello Stato interessato. Nel verbale della sentenza, comunque, non si trovano indicazioni su quale legge sia stata applicata.

Del processo, tenutosi a Coira il 29 agosto 1853, non dispongo di una trascrizione completa, dato che il verbale redatto dal cancelliere ha più la funzione di rapporto che di stenografia. La *NZZ* riporta però una recensione del processo come scritta sulla *Glarner Zeitung*,¹⁵⁴³ il cui Caporedattore era Johann Jakob Blumer, membro della Camera criminale di questo stesso processo!

L'inesperienza di funzionari e giudici con la nuova procedura dibattimentale era evidente, come riferisce il giornale liberale *Alpenbote*, notando però notevoli miglioramenti rispetto ai processi di San Gallo e Basilea.¹⁵⁴⁴ Testimoniarono solo tre persone e l'interrogatorio agli imputati dimostrava palesemente che i tre rivoluzionari avevano costruito un castello di menzogne (i guanti, le terme...). Eppure, continuavano a dichiararsi

¹⁵³⁸ *NZZ* 13.1.1853, Nr. 13 p. 1.

¹⁵³⁹ ArchTF - 1853 Clementi, Camera d'accusa; la *NZZ* notava prontamente che la Camera d'accusa comunque non doveva controllare se ci fossero effettivamente prove sufficienti. Bastava ci fosse un sospetto per permettere un dibattimento in tribunale, v. *NZZ* 15.06.1853, p. 737.

¹⁵⁴⁰ cfr. SEFEROVIC 2010, p. 229.

¹⁵⁴¹ *Il Grigione italiano* 26.8.1853, p. 3; la lista dei giurati si trova in ArchTF - 1853 Clementi, giurati. La *Gazzetta ticinese* del 7.9.1853, p. 3, ricordava che fra di loro sedeva (le lettere sono poco leggibili) il borgomastro Simone de Bavier di Coira, Benedikt di Coira, comandante Futer di Kaltbrunn, land. Hitz di Purpon, cons. Oertli, maggiore federale Streif ecc.; anche qui, come già detto, siamo di fronte ad uno spaccato simil-censitario.

¹⁵⁴² ArchTF - 1853 Clementi, Accusa, p. 35.

¹⁵⁴³ *NZZ* 2.9.1853, p. 1077.

¹⁵⁴⁴ *Der Liberale Alpenbote* 1.9.1853, p. 418.

estranei all'accusa.¹⁵⁴⁵ Le arringhe difensive cercarono di spostare il processo su un piano politico, volevano che si facesse il processo alla rivolta su Milano.¹⁵⁴⁶ Bravi gli avvocati della difesa: non era possibile appoggiare le rivolte milanesi da un posto lontano come Poschiavo, dicevano, e non si sarebbe potuta favorire un'altra rivolta in Lombardia perché non c'era stata nessun'altra rivolta.¹⁵⁴⁷ Inoltre sostennero che i doveri internazionali fossero stati soddisfatti attraverso l'allestimento di un'inchiesta penale, ma che mancasse una fattispecie violata dagli imputati.¹⁵⁴⁸ Infine Cassola prese la parola e in vivace italiano si rivolse ai giurati, facendo pressione sul sentimento anti-austriaco degli svizzeri, citando il grande classico "Guglielmo Tell". Cercava di provare che il Codice penale grigionese non potesse essere applicato, perché l'Austria non era uno Stato amico e che non stava alla Svizzera perseguire gli interessi di altri Paesi.¹⁵⁴⁹

Per ognuno degli imputati ai giurati venne posta la sola domanda se

l'accusato [Clementi, ecc.] sia colpevole di aver tentato, dal territorio del canton Grigioni, di sostenere in modo contrario al diritto delle genti una rivolta in Lombardia inviando armi?¹⁵⁵⁰

La risposta fu NO, per cui i tre furono assolti.¹⁵⁵¹ I giudici della Camera criminale misero comunque in questione la decisione sulla colpevolezza da parte della giuria e indirettamente li condannarono, non riconoscendo agli imputati nessun risarcimento:

¹⁵⁴⁵ NZZ 2.9.1853, p. 1077.

¹⁵⁴⁶ Cfr. (con meno afflato) POMETTA 1932, p. 160.

¹⁵⁴⁷ NZZ 2.9.1853, p. 1078.

¹⁵⁴⁸ *Gazzetta ticinese* del 7.9.1853, p. 493.

¹⁵⁴⁹ NZZ 2.9.1853, p. 1078.

¹⁵⁵⁰ „Ist der Angeklagte [L. Clementi von Trient, ecc.] schuldig, vom Gebiet des Kantons Graubünden her den Versuch gemacht zu haben, einen Aufstand in der Lombardei durch Sendung von Waffen auf völkerrechtswidrige Weise unterstutzen?“, ArchTF - 1853 Clementi, Sentenza.

¹⁵⁵¹ Sebbene la NZZ indicasse scene di giubilo popolari, notava pure che ad alcuni la decisione non piacque: la sua edizione del 16.02.1853, p. 192, indica che il *Der liberale Alpenbote* scrisse: „non possiamo pensare niente di più malvagio che lanciare la torcia di fuoco [...] e mentre questi sanguinano quelli sono celebrati come liberatori del popolo. In effetti se l'Italia non ha migliori garanti per il suo futuro, ci rammarichiamo per il Paese e per il suo futuro“ (wir „können uns in der That nichts Niederträchtigeres denken, als so aus unerreichbarem Schlupfwinkel die Brandfackel in die Gemüther, vielleicht für ihre Person unzurechnungsfähiger Opfer zu werfen, um, während diese bluten, als Volksbefreier sich feiern zu lassen. Wahrlich, wenn Italien keine besseren Gewährsmänner für seine Zukunft hat, so bedauern wir das Land und seine Zukunft. So lange so sinnlose Emeuten und Kravalle in der Lombardei möglich sind, weiß man nicht, soll man mehr über den Mangel an politischem Verstand oder an politischem Charakter staunen“).

non erano innocenti d'aver **provocato il sospetto** di aver causato un atto contrario al diritto internazionale che ha causato poi la procedura.¹⁵⁵²

8.2.1.5 Giudizio pubblico sull'assoluzione dei rivoluzionari

L'assoluzione dei tre rivoluzionari venne sancita a denti stretti, la situazione politica non permetteva di più. Sui giornali si potevano leggere in particolare parole di elogio per le arringhe e i discorsi difensivi pieni di afflato politico e potenza retorica.¹⁵⁵³ Il CF ne era comunque consapevole quando decise di processare Grilenzoni e compagnia.

La giuria veniva ora maledettamente comoda, dato che permetteva di aprire più letture politiche possibili sulla sentenza, come notava pure il *Der liberale Alpenbote*,¹⁵⁵⁴ ripreso dalla *NZZ*. Da un lato l'assoluzione: la fattispecie oggettiva non era realizzata; la legge puniva solo atti contro gli Stati amici; le armi sarebbero arrivate in Valtellina e non a Milano. Ma d'altro canto: le armi erano arrivate in tempo a Poschiavo; le giustificazioni degli imputati erano evidentemente frottole; l'inimicizia per uno Stato andava dichiarata se lo si voleva considerare uno Stato non-amico; e comunque, essendo il blocco austriaco sul Ticino incorso solo dopo il 6 febbraio, fino ad allora l'Austria non poteva essere considerata nemica. Infine, in ogni caso, sosteneva il giornale, i giurati non dovevano dire cosa pensavano dei motivi per avere sospetti, ma solo dichiarare l'eventuale colpevolezza. Tirate le somme, al *Der liberale Alpenbote* il verdetto sembrava giustificato, anche se moralmente non convincente.¹⁵⁵⁵

Lo stesso CF nel suo rapporto annuale scrisse parole simili: prendeva atto dell'assoluzione di Clementi e consorti, ma nel contempo ringraziava il canton Grigioni per essere intervenuto energicamente e tempestivamente e aver sventato così "eventi preoccupanti" ("*bedenkliches Ereignis*").¹⁵⁵⁶ Aver permesso quel primo "incapsulamento" processuale nel 1853 dava alla politica federale la possibilità di mostrarsi "ossequiosa" nei confronti

¹⁵⁵² "Sie seien nicht unschuldig an dem Verdachte einer völkerrechtswidrigen Handlung, welcher die Prozedur veranlasst hatte", *NZZ* 2.9.1853, p. 1078 (grassetto mio); questo atteggiamento di messa in questione del verdetto da parte dei giudici non rimase un'eccezione, come mostro sotto per i processi agli anarchici.

¹⁵⁵³ p.e. *Der Liberale Alpenbote* 1.9.1853, p. 418; *Il Grigione italiano*, 9.9.1853, p. 143, scriveva: "grand' impressione sui giurati e sul pubblico deve aver fatto un discorso del Sig. Cassola in lingua italiana, nel quale appellando ai sentimenti repubblicani della Svizzera e richiamando la nostra storia in cui l'Austria appare nostro ereditario nemico, domandò se si volevano condannare alcuni emigrati perché amavano la loro patria. Ed il giurì rispose di no, non esser presso di noi delitto l'amare la patria."

¹⁵⁵⁴ *Der liberale Alpenbote* 1.9.1853, p. 417 s.

¹⁵⁵⁵ *NZZ* 2.9.1853, p. 1079.

¹⁵⁵⁶ BBl 1854 II 49, p. 75.

dell’Austria senza mettere in discussione la propria sovranità limitata.¹⁵⁵⁷ Si trattava di una strategia calcolata, sostanzialmente preventiva e funzionale allo scaricarsi da eventuali accuse d’esser filo-mazziniani senza dover subire l’accusa d’essere filo-austriaci. D’altronde il rivoluzionario era incorreggibile: come prevedibile, nel 1854 cercò di nuovo di prendere la Valtellina partendo dall’Engadina con Felice Orsini. A Poschiavo accumularono di nuovo le armi, ma alla fine non se ne fece nulla perché i comaschi esitarono.¹⁵⁵⁸

8.2.2 Le cartine al tornasole sui delitti contro Stati esteri

Sebbene a prima vista il caso Clementi possa sembrare una normalità (soprattutto perché le autorità si sono precipitate sul perseguimento, sebbene non ci fosse nemmeno una norma penale chiara da utilizzare), l’apertura di un processo politico federale contro stranieri non era la regola in quell’inizio di Storia federale.

8.2.2.1 Il caso Contini 1853

Quello stesso 1853, ad esempio, non venne celebrato il processo contro l’italiano Angelo Contini, di Como, che si spostava in Ticino per controllare rifugiati dal 31 ottobre 1853. Era un clamoroso caso di spionaggio.¹⁵⁵⁹ Il 7 novembre 1853 fu scoperto per caso perché gli caddero dei foglietti dalla tasca pieni di nomi di italiani. Prontamente interrogato dal commissario federale a Mendrisio, si scoprì che era in contatto con il giornale dell’opposizione conservatrice cantonale *Il patriota del Ticino*.¹⁵⁶⁰ Incaricato dal capo della polizia di Como, doveva raccogliere informazioni sull’emigrazione politica, sugli emigrati italiani agitatori e sulla loro

¹⁵⁵⁷ Ed infatti il caso rimase in memoria, tanto che ancora nel 1930 il PG Stämpfli poteva sostenere che nel caso Clementi del 1853 le AF scagionarono sì il rivoluzionario, ma in realtà la procedura era stata portata avanti dal CF per motivi di opportunità politica internazionale, ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 14.

¹⁵⁵⁸ A fine agosto venne poi perquisito di nuovo Grilenzoni e arrestati gli esuli a Ginevra. È lì che Mazzini scrisse una lettera aperta al CF in cui l’accusava d’essere amico dell’Austria. Il governo tacque, sebbene sulla stampa in molti notavano che i CF erano amici di Mazzini. Rispose (anonimamente) il suo vecchio accolito Fazy: “*Non, la Suisse n’agit pas contre lui en faveur de l’Autriche, elle agit au contraire contre l’Autriche, en s’efforçant d’empêcher que les efforts impuissant et ridicules de M. Mazzini ne continue pas à servir de prétexte à l’Autriche, pour sans cesse harceler la Suisse au sujet de l’asile qu’elle accorde à d’autres réfugiés, plus intéressant que M. Mazzini*”, cit. in: BETTONE 1995, p. 101 ss., in particolare 111 s.

¹⁵⁵⁹ MARTINOLA 1964 Contini, p. 157; v. anche il rapporto del CF ripubblicato in: ULLMER 1862, p. 457 s.

¹⁵⁶⁰ Su questo giornale v. AGLIATI 1981, p. 35; Contini non era solo. In Ticino grazie alla Curia aveva molti contatti. Anche i complici ticinesi vennero arrestati, cfr. MARTINOLA 1964 Contini, p. 161.

pericolosità.¹⁵⁶¹ Ma alcuni di quei rifugiati in realtà non c'erano più, riferiva quindi informazioni false per compromettere ancora di più i rapporti fra il Ticino e l'Austria.¹⁵⁶² La Svizzera lo accusava di cospirare con i consorti ticinesi, contro l'ordine costituito in Ticino come inviato da Vienna. Il CF voleva che l'Austria rispettasse la sovranità territoriale svizzera, soprattutto perché per controllare i rifugiati era già stato incaricato un commissario federale.¹⁵⁶³ Inoltre andava detto: i moti milanesi erano stati organizzati da un milanese, come mai ora l'Austria criticava le autorità ticinesi, se nemmeno sapeva gestire i propri territori?¹⁵⁶⁴ Il PG aprì quindi un'inchiesta per sostegno illecito agli interessi di uno Stato straniero a svantaggio della Svizzera e, soprattutto, per atti contrari al diritto delle genti contro la Svizzera, in particolare contro il Ticino.¹⁵⁶⁵ Era a rischio la sicurezza esterna della Svizzera.¹⁵⁶⁶

Il CF però sul caso era troppo diviso per prendere decisioni diplomaticamente pesanti. Lasciò che il Presidente del TF Rüttimann designasse il giudice istruttore Labhardt di Frauenfeld, che il 14 gennaio 1854 mise Contini e consorti in libertà provvisoria su cauzione. La decisione venne poi giustificata dal governo con una compensazione dei giorni già scontati in carcere preventivo.¹⁵⁶⁷ Dall'epistolario di Franscini si scopre che stavolta, senza che ci fosse il vicino Grilenzoni coinvolto, il ministro ticinese avrebbe volentieri visto almeno un paio di incarcerati imputati davanti alle AF e puniti. Di nuovo si trovò di fronte il muro di Furrer, che sostenne invece giuridicamente l'assenza della correttezza.¹⁵⁶⁸ Il PG Amiet cercò di trovare altre informazioni, senza riuscirci. Il 7 aprile 1854 la CdA del TF, deludendo la politica ticinese,¹⁵⁶⁹ decretò il non luogo a procedere contro gli imputati ticinesi (pur riprovandone gli atti compiuti) e prosciolsse Contini.¹⁵⁷⁰

¹⁵⁶¹ MARTINOLA 1964 Contini, p. 158; inizialmente Contini negava tutto, poi però confessò, *ivi*, p. 163.

¹⁵⁶² MARTINOLA 1994, p. 347 s.

¹⁵⁶³ D'altronde il commissario federale aveva già internato energicamente quasi tutti i rifugiati italiani, per questo Contini ne trovò decine, ma meno di quel che si aspettava, v. MARTINOLA 1964 Contini, p. 164.

¹⁵⁶⁴ BBl 1854 II 1, p. 25 ss.

¹⁵⁶⁵ (art. 38, 39 CPF 1853). Si noti la differenza con l'art. 41 CPF 1853, che condannava gli atti contro gli Stati esteri.

¹⁵⁶⁶ Rapporto del CF ripubblicato in: ULLMER 1862, p. 457 s.

¹⁵⁶⁷ MARTINOLA 1964 Contini, p. 165, v. anche MARTINOLA 1994, p. 347 s.

¹⁵⁶⁸ Per il Ticinese il lungo periodo passato dagli imputati in stato d'arresto era uno scempio che peggiorava la situazione in relazione al blocco austriaco, lettera 524 del 27 novembre 1853 a Giovan Battista Pioda, CESCHI/MARACCI/MENA 2007, vol. II, p. 1096 ss.

¹⁵⁶⁹ Era stato tutto un po' confuso: mancava coordinazione fra cantoni e Confederazione (Conf.) e il PG lo rimarcava, BBl 1855 I 397, p. 440 ss.; incaricato poi dal DFGP di elaborare una perizia per sistemare le cose, il PG rilevò in particolare l'impossibilità in Svizzera di controllare l'applicazione delle leggi federali, quando lasciate alle giurisdizioni cantonali, *ivi*, da p. 444.

¹⁵⁷⁰ MARTINOLA 1964 Contini, p. 166.

L'operazione era riuscita, l'Austria non si dimostrò irritata. Il 13 aprile 1854 il comasco fu espulso dalla Svizzera.¹⁵⁷¹

8.2.2.2 Il caso Marangoni 1860

Sei anni dopo la questione mazziniana si ripropose: nel dicembre 1859 venne fermato Giovanni Marangoni,¹⁵⁷² che con Rosalino Pilo distribuiva un opuscolo di Mazzini pieno di ingiurie contro gli imperatori d'Austria e Francia e si appellava all'insurrezione armata in Italia. Il 6 gennaio 1860 il DFGP, ovvero Furrer, presentò un rapporto al CF¹⁵⁷³ per capire se non fosse il caso di inquisire i due. Sulle ingiurie ai sovrani stranieri il CF aveva però le mani legate, dato che mancava la richiesta di un'azione legale proprio da parte dell'estero. Si poteva solo cercare di condannare l'appello ad impugnare le armi.

A dire di Furrer il CF aveva sempre considerato contrario al diritto delle genti ai sensi dell'art. 41 CPF 1853 radunare armi sul territorio elvetico per usarle poi in un tentativo di rivoluzione in un paese vicino. Di conseguenza la provocazione ad un'insurrezione doveva essere identicamente considerata reato, non aveva senso considerarla meno illegale della cooperazione fisica. A dire del DFGP, era peraltro evidente (sic!)¹⁵⁷⁴ l'applicabilità dell'art. 48 CPF 1853¹⁵⁷⁵ (che rimandava esplicitamente agli artt. 45 e 46 CPF 1853, che punivano le insurrezioni contro... la Svizzera!).¹⁵⁷⁶ Il "legalista" Furrer sosteneva l'analogia con gli artt. 42 e 43 CPF 1853 (che, ricordo, pretendevano che l'altro Stato chiedesse di intervenire, cosa non

¹⁵⁷¹ BBI 1855 I 349, p. 374 e BBI 1855 I 397, p. 437 ss.; noto qui che quest'argomentazione non venne certo in mente al procuratore Stämpfli di fronte alla tortura del povero Bassanesi, che dovette subire 4 mesi di carcere preventivo in semi-isolamento per il suo volo eroico su Milano del 1930, v. sopra cap. 3.1.

¹⁵⁷² Si noti la somiglianza di questo caso con il processo all'anarchico Nicolet 30 anni dopo, v. sotto cap. 8.6.2.

¹⁵⁷³ Rapporto dipartimentale presentato al CF il 9 gennaio 1860, pubblicato in: ULLMER 1862, p. 458 ss.

¹⁵⁷⁴ "*offenbar als Versuch zu qualifizieren*", ULLMER 1862, p. 459.

¹⁵⁷⁵ Art. 48 CPF 1853 (nel titolo sui delitti contro l'ordine costituzionale e la sicurezza interna): "Chi provoca pubblicamente con parole, scritti, figure o immagini (disegni, incisioni, pitture) ad uno degli atti previsti dagli articoli 45 e 46, è punito a tenore delle disposizioni sull'attentato, quand'anche la provocazione sia rimasta senza effetto".

¹⁵⁷⁶ Art. 45 CPF 1853: "La partecipazione ad un'impresa tendente a rovesciare violentemente la Costituzione federale o a scacciare o a sciogliere con violenza le autorità federali o parte di esse, è punita colla reclusione"; art. 46 CPF 1853: "Chi prende parte ad un attruppamento e con atti di violenza manifesta l'intenzione di oppor resistenza ad una Autorità federale, di costringerla o di prendere o impedirle di prendere una decisione, o di esercitar vendetta contro un funzionario federale o un membro di una federale Autorità per la detta sua qualità, è punito colla prigionia e con pena pecuniaria, e ne' casi gravi colla reclusione. La medesima pena incorre chi fa parte di un attruppamento tendente ad incagliare l'esecuzione delle leggi federali o il procedimento alle elezioni, alle votazioni e simili operazioni che devono aver luogo a tenore delle leggi federali"; si noti che i due articoli aprono il Titolo sui delitti contro l'ordine costituzionale e la sicurezza interna.

avvenuta).¹⁵⁷⁷ Per Furrer non era ammissibile che il legislatore volesse punire le semplici ingiurie, e non invece condannare gli atti e gli attentati (sic!)¹⁵⁷⁸ che minavano l'esistenza di un altro Stato. Infine, sostenne che, dato che la Svizzera aveva già chiesto che le offese subite per mezzo stampa fossero represses da parte della giustizia degli altri Stati, allora la Svizzera stessa doveva applicare l'art. 41 CPF 1853 in piena autonomia.¹⁵⁷⁹

Infine nel rapporto affermò però che l'ipotesi di un processo era da scartare dato che avrebbe fatto rumore, causato imbarazzi e spese: tutto inutile dato che l'Impero Austriaco si era detto soddisfatto il 10 dicembre 1859.¹⁵⁸⁰ Bisognava insomma accontentarsi delle misure di polizia già prese: il sequestro delle pubblicazioni e l'espulsione dei due mazziniani.¹⁵⁸¹ Il CF approvò il rapporto in toto il 9 gennaio 1860 e ne diede immediatamente notizia all'Austria.¹⁵⁸² Quel rapporto di Furrer venne poi pietrificato nella raccolta di Ullmer e divenne un elemento strutturale del sistema, venendo citato varie volte come precedente giurisprudenziale nei decenni seguenti.¹⁵⁸³

8.2.3 Per una prima analisi: rigido legalismo di Furrer?

Dall'inizio degli anni '50 al 1860 si può notare un'evoluzione di Furrer nei confronti dell'interpretazione dell'art. 41 CPF 1853. Se ancora con il caso Contini trovava un modo per difendere il rigido legalismo, nel 1860 con il caso Marangoni si serviva della norma giuridica *au fur et a mesure*. Per instaurare la nuova forma di censura, lasciandola peraltro vagare fra i corridoi di palazzo ma senza lasciarla al TF, parificava la parola al gesto senza la necessaria base legale. Il rigido legalista Furrer ora abbandonava il terreno della certezza ed entrava in quello della manipolazione, usando l'analogia con norme che nulla c'entravano. Si intravede una certa

¹⁵⁷⁷ Ho riprodotto questi due articoli sopra, cap. 8.1.3, ricordo qui che si trattava di due fattispecie penali che punivano l'oltraggio ad un popolo estero o il maltrattamento ad un suo sovrano, dove l'art. 43 CPF 1853 valeva come qualificazione dell'art. 42.

¹⁵⁷⁸ "*Handlungen und Attentate*", Rapporto dipartimentale presentato al CF il 9 gennaio 1860, pubblicato in ULLMER 1862, p. 460. Ma si trattava solo di scritti!

¹⁵⁷⁹ Rapporto dipartimentale presentato al CF il 9 gennaio 1860, pubblicato in ULLMER 1862, p. 459 s.

¹⁵⁸⁰ "*als hinreichend betrachtet*", Rapporto dipartimentale presentato al CF il 9 gennaio 1860, pubblicato in ULLMER 1862, p. 460.

¹⁵⁸¹ Nella prassi poi il CF rinunciò all'inchiesta anche di fronte a casi violenti: p.e. la spedizione Perrier proprio di quel 1860 e anni dopo il caso Nathan del 1870, come spiegò poi Stämpfli per il caso Bassanesi nel suo ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 14. Addirittura, il caso Nathan fu sospeso dalla CdA perché il TF ritenne che non avesse proprio chance di essere condannato in un processo davanti alle AF.

¹⁵⁸² ULLMER 1862, p. 460.

¹⁵⁸³ V. sotto, cap. 8.4.2.2; non è raro che un'opinione giuridica dell'amministrazione poi si faccia strada come norma senza essere un precedente vero e proprio. In Svizzera è successo ancora recentemente con la decisione di elevare il diritto internazionale sul diritto interno, figlia di una circolare amministrativa che venne poi citata dal TF come parte centrale della sua sentenza PKK del 1999, v. sotto cap. 13.3.5.

malinconia nel vedere il diritto scappare di mano al suo redattore, che di fronte alle novità storiche si arrogava il suo diritto di dire come far evolvere le norme. Non molto democratico, invero.

La questione rimane il gioco di aspettative contrapposte relazionato alla presenza della giuria: Furrer cavillava e non permetteva che il rivoluzionario finisse di fronte al giudizio delle AF, come mai? Per intuire cosa successe bisogna abbandonare l'idea (che invero ho spesso trovato nei commenti degli storici sociali) che rigido legalismo significhi orientarsi alla norma come elemento intrinsecamente stabile. Il rigido legalismo è piuttosto il voler a tutti i costi orientare lo sguardo sul discorso del diritto e cercare quindi di affermare ricorsivamente la validità della norma su altre logiche. La lotta non sta quindi sul contenuto della norma, ma sul mettere la norma al centro dei riflettori. La domanda storiografica è perché un politico di spicco abbia interesse a compiere questa operazione. Guardare il diritto significa togliere lo sguardo da altri approcci, è un atto rischioso e quindi strategico, dato che una volta che si entra nel diritto moderno, questo diventa instabile.

La particolarità del caso Marangoni è che il CF accettò la lettura giuridica di Furrer, ma non la portò avanti, non lasciò che il TF decidesse. Siamo quindi di fronte ad un elemento che pretende di essere giuridico senza però essere arrivato al centro del sistema, ovvero fino al tribunale. Approccio ora dei processi agli anarchici dove questa volontà di controllo della comunicazione giuridica da parte della politica federale emerge con chiarezza.

8.3 Gli anni '70 dell'Ottocento come cerniera per il post-liberalismo nazionalista e tecnicista

8.3.1 Liberalismo democratico: il sangue di Anderwert – e di Ruchonnet

Di fronte ad una crisi economica contemporaneamente dell'industria tessile e bancaria, negli anni '60 dell'Ottocento si aprì un fronte interno al liberalismo, chiamato Movimento Democratico,¹⁵⁸⁴ il cui motto era, ispirato da Lincoln, "tutto per il popolo, tutto grazie al popolo!".¹⁵⁸⁵ Parallelamente, dagli anni '70 il liberalismo visse una profonda frattura, molti cominciarono a distanziarsi dall'ideologia manchesteriana¹⁵⁸⁶ e all'università i professori,

¹⁵⁸⁴ Mentre a Berna, Lucerna, San Gallo e Argovia le forti opposizioni conservatrici mettevano in discussione proprio gli sviluppi culturali e giuridici dei liberali, GRABER 2017, p. 136.

¹⁵⁸⁵ MAISSEN 2018, p. 183.

¹⁵⁸⁶ CARONI 1984, p. 220.

p.e. quelli di Berna, si chiesero come riuscire a gestire la questione sociale, favorendo l'arrivo di un diritto sociale ("*soziales Recht*").¹⁵⁸⁷

I democratici, intanto, si opponevano con vigore "al controllo dello Stato da parte della Borghesia" e il loro attivismo in Svizzera tedesca aveva permesso l'accesso al potere anche a cittadini privi di patrimonio. Fattori della democrazia diretta (referendum, iniziativa e elezione diretta popolare di tutte le cariche)¹⁵⁸⁸, della società riunita in nazione e dell'intervento statale in economia come reazione per i ceti toccati negativamente dall'industrializzazione, nella Svizzera tedesca i democratici si erano messi perfino all'opposizione dei radicali.¹⁵⁸⁹ Al netto della decisiva presenza di tedeschi e francesi nel Movimento,¹⁵⁹⁰ stavolta era proprio quella Svizzera dell'est a mettersi al timone contro il liberalismo centrista. La ebbero vinta: opponendosi ai Baroni federali zurighesi, riuscirono a strappare i diritti popolari alle élites per – a dire di Graber – trovare una via socialmente tollerabile nella modernità.¹⁵⁹¹ Chiedendo a gran voce il referendum riuscirono ad ottenere la revisione della Cost. 1848, contribuendo in modo incisivo a portare al voto la Confederazione nel 1872.¹⁵⁹²

Il progetto di revisione costituzionale fu comunque strumentalizzato dalla politica istituzionale liberale. Tutto fu di nuovo giocato sul rapporto fra lo Stato e le realtà cantonali, venne proposta la centralizzazione in particolare del diritto civile e penale. Pfyffer von Altshofen cercò di far notare che gli articoli programmatici costituzionali sul punto della sovranità cantonale rimanevano intonsi, ma in realtà stava solo banalizzando quel che avrebbero portato con sé le nuove competenze giuridiche federali. L'approccio elitario della vecchia guardia era inconfondibile: Pfyffer considerava ancora la democrazia diretta un errore, esaltava la democrazia rappresentativa e considerava il federalismo cantonalista come "il più becero egoismo" (*krassesten Egoismus*).¹⁵⁹³ Il progetto venne rifiutato in consultazione popolare, trovandosi contro l'opposizione dei federalisti, anzitutto del liberale vodese Ruchonnet, in alleanza con i conservatori.¹⁵⁹⁴

¹⁵⁸⁷ GASSER 1997, p. 25 ss.; sui *Kathedersozialisten*, comunque liberali e vicini al capitalismo, v. CARONI 1984, p. 206 e 220 s.; LUHMANN 1990 Interesse, p. 9, ricorda che i liberali hanno strutturalmente sottovalutato l'importanza politica del diritto privato.

¹⁵⁸⁸ GRUNER 1977, p. 77 s.; si noti che i democratici di Winterthur curarono buone relazioni con Marx, v. JOSEF LANG, Marx und die Schweiz, *Tages-Anzeiger* online 15.5.2018, <https://blog.tagesanzeiger.ch/historyreloaded/index.php/2802/marx-und-die-schweiz/>.

¹⁵⁸⁹ V. BÜRGI, MARKUS: "Movimento Democratico", in: DSS, 6.01.2020 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/017382/2020-01-06/>; MAISSEN 2010, p. 215, ricorda pure che erano a favore dei diritti delle donne, una delle varie questioni sollevate contro il paternalismo liberale.

¹⁵⁹⁰ GRABER 2017, p. 198.

¹⁵⁹¹ GRABER 2017, p. 205; sui cosiddetti "baroni federali" v. sopra cap. 6.2.3.

¹⁵⁹² MAISSEN 2010, p. 218 s.

¹⁵⁹³ PFYFFER VON ALTSHOFEN 1872, p. 8 ss., in particolare p. 13.

¹⁵⁹⁴ V. KLEY, ANDREAS: "Costituzione federale", cap. 2.1: "Il tentativo fallito del 1872", in: DSS, 03.05.2011 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/009811/2011-05->

Di quel periodo costituzionale vanno a mio modo di vedere accesi i riflettori su due politici che segnarono la vita politica del Paese e che guidarono il DFGP, Anderwert e Ruchonnet.

Ai posti di comando dei democratici stava Fridolin Anderwert, storico, filosofo e giurista, turgoviese, dal 1863 eletto al CN per la sinistra democratica. Divenne rapidamente una voce importante della politica nazionale anche nelle questioni del Gottardo e fu pure eletto come giudice federale quando l'Assemblea federale inizialmente non lo volle come membro del CF. Vi entrò infine nel 1875, prendendo il DFGP. Perseguiva una classica politica di neutralità e chiusura nei confronti dell'anarchia che portò al primo processo federale contro gli anarchici, che indago meglio sotto (cap. 8.4). Nel 1881, dopo essere stato eletto come Presidente della Confederazione, si suicidò a causa d'un'odiosa campagna stampa contro di lui.¹⁵⁹⁵ Proprio lui, il democratico, pagò con la vita soccombendo alla libertà di stampa garantita ai liberali. Quella stessa libertà però la negò agli anarchici, che invece elogiavano la morte dei regnanti.

Il vodese Ruchonnet fu poi il successore di Anderwert nel CF. Da giovane era stato un fervido politico radicale con simpatie rivoluzionarie, nella sua arringa al processo per i moti ginevrini del 1864 si espresse così:

Poi, signori, se il popolo a volte ha momenti di rabbia ed esce dalle vie ordinarie, quante risorse vengono a mancare altrove! Da un lato, troviamo la ricchezza e, con essa, direi i mezzi di corruzione, o perlomeno i mezzi per influenzare, e che formidabile influenza in un paese industriale. L'operaio deve spesso chinare la testa sotto questa **terribile dominazione del capitale**, deve piegarsi alle umiliazioni, deve anche abbandonare, per il pane dei suoi figli, la sua indipendenza di cittadino. Credete, signori, che in questi momenti di miseria non ci siano risentimenti terribili, credete che queste umiliazioni non lascino tracce profonde nei cuori, ma che il bisogno getta ai piedi dell'aristocrazia, del mercato azionario e della finanza? E se, signori, questo vulcano un giorno esploderà e **se il sangue macchierà le strade**, non ci sarà per tutti una materia odiosa e sempre sterile recriminazione, ma un **utile insegnamento**.¹⁵⁹⁶

[03/#Hlltentativofallitodel1872](https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004362/2012-05-25/), e MEUWLY, OLIVIER: "Louis Ruchonnet", in: DSS, 25.05.2012 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004362/2012-05-25/>.

¹⁵⁹⁵ SALATHÉ, ANDRÉ: "Fridolin Anderwert", in: DSS, 16.07.2001 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004052/2001-07-16/>.

¹⁵⁹⁶ "Puis, Messieurs, si le peuple, quelquefois, a des moments de colère et sort des voies ordinaires, de combien de ressources ne manque-t-il pas d'autre part ! D'un côté, nous trouvons la fortune et, avec elle, dirai-je les moyens de corruption, en tout cas les moyens d'influence, d'une influence redoutable dans un pays industriel. L'ouvrier doit souvent courber la tête sous cette terrible domination du capital, il doit s'incliner devant les humiliations, il doit abandonner même, pour le pain de ses enfants, son indépendance de citoyen. Croyez-vous, Messieurs, que dans ces moments de misère, il ne s'amasse pas de terribles ressentiments, croyez-vous que ces humiliations ne laissent pas de traces profonds

Inizialmente vicino al socialismo, partecipante al congresso della Prima Internazionale a Losanna del 1867, era stato un estimatore delle basi filosofiche anarchiche. L'antistatalismo proudhoniano si scontrava però con il suo hegelianesimo e la sua concezione del ruolo dello Stato democratico per la soluzione della questione sociale, mantenendo salda l'idea della proprietà privata. Era in sostanza il vero erede del pensiero democratico del vodese Druey.¹⁵⁹⁷ Entrando nel CF nel 1883,¹⁵⁹⁸ la sua linea alla guida del DFGP non si spostò di molto rispetto a quella di Anderwert. Ben presto si rivelò il grande oppositore dell'anarchia, anzitutto in chiave di difesa dei socialdemocratici,¹⁵⁹⁹ messi in pericolo dalla Germania e, a ruota, da Droz¹⁶⁰⁰ e dai CF germanofoni.¹⁶⁰¹

Come tutti i suoi predecessori al DFGP, anche Ruchonnet spingeva sulla neutralità svizzera. La novità era che attraverso essa riusciva ora a sottolineare la differenza tra socialisti e anarchici. Ma allentò la rigida politica di espulsioni attuata da Anderwert.¹⁶⁰² Come sottolineò negli anni '80 l'ambasciatore tedesco von Bülow, Ruchonnet aveva un "punto di vista dottrinale-radical" che metteva il diritto d'asilo davanti alla buona amicizia fra i due Paesi.¹⁶⁰³

dans les cœurs généraux encore, mais que le besoin jette aux pieds de l'aristocratie, de la bourse et de la finance ? Et si, Messieurs, ce volcan éclate un jour et si le sang souille les rues, que soit pour tous un sujet non de récrimination haineuses et toujours stériles, mais d'un utile enseignement", Arringa di Ruchonnet al processo di Ginevra alle AF, cit. in: DICKER 1933, p. 103 s. (grassetto mio).

¹⁵⁹⁷ Aveva a che fare con il mondo del lavoro: era stato iniziatore della cooperativa Unione vodese di credito e della Cassa popolare per gli operai, cfr. MEUWLY 2006, p. 101 ss.

¹⁵⁹⁸ Potentissimo, fu nelle condizioni di rifiutare *sua sponte* la carica di CF nel 1875. Dal suo studio legale, un "*Grand Bureau*", uscirono altri due CF, v. MEUWLY 2006, p. 221.

¹⁵⁹⁹ Nei suoi scritti Ruchonnet spiegava regolarmente la differenza fra il programma anarchico e quello socialista, MEUWLY 2006, p. 321, npp. 262.

¹⁶⁰⁰ Alla richiesta di Droz di espellere i redattori del *Sozialdemokrat* dal territorio svizzero come conseguenza dell'affare degli spioni tedeschi (v. VUILLEUMIER 1992 (1987), p. 58 ss.), nella seduta del CF del 18 aprile 1888 Ruchonnet si oppose veementemente, anzitutto ribadendo che c'era una differenza fra anarchici e socialisti e quindi condannando la distanza del governo dalla classe operaia. Infine, espresse pubblicamente la sua opinione in una seduta del CN su una mozione che condannava gli agenti provocatori. Ciononostante, rimase leale al CF e fece eseguire la decisione. Identicamente rimase fedele al CF e mitigò la situazione di fronte a una circolare inviata da un suo alto funzionario ai cantoni che indicava che la polizia avrebbe dovuto controllare riunioni e pubblicazioni, senza indicare una differenza fra socialisti e stranieri, v. MEUWLY 2006, p. 324 ss.

¹⁶⁰¹ Hammer e Welti, v. MEUWLY 2006, p. 320.; non è sempre chiaro se il CF agisse come organo collegiale o lasciasse in mano la gestione di un affare al capodipartimento. La rotazione del dipartimento politico faceva comunque diventare le questioni di politica estera tendenzialmente più collegiali. I nuovi compiti federali della nuova Costituzione del 1874 pretendevano comunque ministri specializzati. Ruchonnet imponeva personalmente l'adozione di geometrie variabili in parlamento e in governo contro la sinistra extraparlamentare. v. ALTERMATT 1991, p. 18 ss.

¹⁶⁰² MEUWLY 2006, p. 322 e la letteratura *ivi* citata.

¹⁶⁰³ MEUWLY 2006, p. 318 ss.

8.3.2 L'arrivo del discorso sullo scabinato al posto della giuria classica

8.3.2.1 Gli antichi scabini (*Schöffen*): ma erano giurie?

C'è un'ampia storia europea degli scabinati. In tedesco li si chiamava *Schöffen*: nella distinzione fra una funzione direttiva ed una "gius-dicente" (sistema duale), gli *Schöffen* erano competenti per questa seconda. Il Signore invece dirigeva il processo. A fronte di una procedura altamente formale, il loro "giudizio" stava sostanzialmente nell'indicare il diritto consuetudinario locale o i diritti signorili per amministrare le prove.¹⁶⁰⁴ Erano scelti dal principe o erano vicini all'oggetto della lite, indicati dalle parti come *coutumiers*, più tardi erano eletti come esperti degli usi giuridici locali, in sostanza persone specializzate nell'amministrazione della giustizia.¹⁶⁰⁵

Di sicuro l'intervento degli scabini in un processo medievale non era inteso come strumento di garanzia moderno a favore dell'imputato.¹⁶⁰⁶ Nel 16° secolo, con la scrittura degli usi giuridici, questi assessori diventarono infine magistrati veri e propri, dato che era ora l'interpretazione a farla da padrona,¹⁶⁰⁷ erano quindi giuristi.¹⁶⁰⁸ Ed era proprio contro questa specializzazione del *sénat permanent* che si schierò l'illuminismo anglosassone di Montesquieu a favore delle giurie moderne! Voleva una nuova corte, "nulla" in quanto non legata ad un ceto specifico o a una professione. Paradossalmente, si potrebbe quindi vedere l'arrivo della giuria classica sul continente come reazione alle logiche scabinali... come visto, infine il grande favore rivoluzionario francese per il *jury* si ebbe proprio grazie a una menzione nel *cahier de doléances* presentato agli Stati generali nel 1789.¹⁶⁰⁹

8.3.2.2 Dopo la giuria classica: il nuovo *Schöffengericht* in Germania

Lo scabinato moderno (*Schöffengericht*) era sostanzialmente un'evoluzione della giuria classica. I giurati (meglio: gli scabini) ora non dovevano più decidere da soli, ma assieme ai giudici su tutta la causa (fatti, diritto e sanzione). Questa evoluzione trovò molti favori dal 1850 negli Stati

¹⁶⁰⁴ SCHOTT 1984, p. 379 s.; nelle corti signorili vigeva spesso il diritto per i cittadini di essere giudicati dai loro pari, dove però il signore non era legato dalla decisione di questi *prud'hommes*, PLOUDRET 1981, p. 78; qua si coglie il paradosso di voler il giudizio dei pari (come chiesto inizialmente da Hegel), che era proprio di una cultura feudale.

¹⁶⁰⁵ Il fenomeno di specializzazione si incontra variamente nell'alto e nel basso Medioevo, anche nelle corti balivali (dove spesso gli assessori erano avvocati), PLOUDRET 1981, p. 79 s.

¹⁶⁰⁶ PLOUDRET 1981, p. 71 ss.

¹⁶⁰⁷ Già la CCC mise in discussione il dualismo, preferendo tribunali collegiali dove giudice e *Schöffen* decidevano assieme sul diritto della prova. La condanna era data laddove l'accusato confessasse (la regina delle prove) o ci fossero due testimonianze integerrime. Gli indizi permettevano invece la tortura, RÜPING/JEROUSCHEK 2011, p. 45.

¹⁶⁰⁸ Cfr. OESTMANN 2008, p. 30.

¹⁶⁰⁹ Cfr. PLOUDRET 1981, p. 79 ss.

tedeschi per i processi minori, tanto da diventare il “pericolo” più importante per le giurie classiche.¹⁶¹⁰ La narrazione a favore degli scabinati spiegava di voler andare oltre la divisione innaturale fra decisione sui fatti e sul diritto,¹⁶¹¹ nonché voleva instaurare un nuovo rapporto di fiducia invece che di malafede fra giudici e giurati. La giuria classica era inoltre criticata per essere una creazione della Rivoluzione francese, mentre gli scabinati erano variamente considerati (surrettiziamente, come visto qui sopra) come istituzione autenticamente germanica, richiamandosi agli antichi *Schöffen*.¹⁶¹² Lo *Schöffengericht* moderno trovò così posto nell’organizzazione giudiziaria imperiale tedesca (*Gerichtsverfassungsgesetz*) del 1873, provocando reazioni infastidite fra i germanisti liberali rivoluzionari. Temme p.e. si oppose subito, indicando che si voleva rimettere il potere di giudizio nelle mani dell’autorità, del potere statale, relegando l’elemento “profano” (non giuridico, *laie*) alla sola apparenza, all’essere solo un velo per nascondere la violenza giudiziale. Il rischio era che la componente “profana” venisse repressa.¹⁶¹³

Mittermaier se ne preoccupava sin dagli anni ‘60 dell’Ottocento: aveva timore che con gli scabinati venisse messa a rischio l’immediatezza (che imponeva che le attività investigative venissero tutte riproposte a processo) e la presunzione d’innocenza.¹⁶¹⁴ D’altronde in quel periodo c’era un problema politico non indifferente: molti in Germania volevano limitare le assoluzioni dei liberali da parte delle giurie nei processi politici. Contemporaneamente molti giudici vedevano messa in questione la loro autorità (e la scientificità) a causa dalle giurie.¹⁶¹⁵ Mittermaier ribadiva però che la giuria aumentava la fiducia nella giustizia:¹⁶¹⁶ in queste parole c’era una sostanziale critica ai giudici, a suo dire troppo dipendenti dal governo e con una formazione troppo distante dal resto del popolo. Riteneva infine un problema la routine, che portava a prendere decisioni secondo schemi preconfezionati.¹⁶¹⁷

Per Mittermaier lo *Schöffengericht* non era comunque da buttar via: era sì un tribunale composto da persone del popolo.¹⁶¹⁸ Ma ricordava che non era un’espressione storica tedesca.¹⁶¹⁹ Ne riconosceva lati positivi solo per il

¹⁶¹⁰ KOCH 2001, p. 350.

¹⁶¹¹ PETERS 2010, p. 197 e le relative informazioni bibliografiche.

¹⁶¹² KOCH 2001, p. 350.

¹⁶¹³ PETERS 2010, p. 201 e relative indicazioni bibliografiche.

¹⁶¹⁴ KOCH 2001, p. 352.

¹⁶¹⁵ MITTERMAIER 1866, p. 6.

¹⁶¹⁶ In questo senso la pluralità di punti di vista ed esperienze anche fra ceti diversi della giuria secondo lui era positiva, MITTERMAIER 1866, p. 15 s.

¹⁶¹⁷ MITTERMAIER 1866, p. 19 ss.

¹⁶¹⁸ MITTERMAIER 1866, p. 15 s.

¹⁶¹⁹ Dato che gli antichi *Schöffen* agivano in tempi in cui non c’erano codici scritti da giuristi (*gelehrte Rechtsbücher*), in cui si decideva solo secondo il diritto presente fra il popolo (*im Volke lebenden Rechte*), in cui gli scabini prendevano tutta la decisione e il giudice doveva

giudizio delle contravvenzioni, mentre per i casi più importanti il problema maggiore era il confronto con i periti (*Sachverständige*) nella fase probatoria, dove i giudici statali si facevano guidare troppo dalla loro autorità in quanto esperti di una data materia. Di conseguenza un giudice eloquente avrebbe facilmente potuto far sembrare convincenti (*scheinbar überzeugend*) i motivi esposti alla corte dai periti e imporsi così sugli scabini.¹⁶²⁰ Infine secondo Mittermaier non sarebbe stato possibile costruire una fiducia sociale come con le giurie classiche, dato che mancava uguaglianza nella commissione decidente. C'era il rischio di provocare uno scontro fra due caste (*kastenartig*), dove i giudici avrebbero avuto vita facile a intimorirli con la loro eloquenza.¹⁶²¹ Di nuovo, si deve qua avere a mente che Mittermaier parlava della Germania, non della Svizzera, dove nei tribunali la parte maggiore la giocavano i giudici non togati (*Laienrichter*).

Pochi anni dopo arrivò sull'organizzazione sempre dalla Germania, oltre alla fondamentale voce di Schwarze,¹⁶²² la forte posizione della scuola classica, che rompeva le uova nel paniere di Mittermaier. Karl Binding attaccò le giurie popolari classiche frontalmente (ed infatti venne ricordato più tardi da Pfenninger come un odiatore di giurie, *Schwurgerichtshasser*).¹⁶²³ Nella premessa del suo libello sull'organizzazione giudiziaria penale del 1876 spiegava la sua linea guida: la logica scientifica della deduzione.¹⁶²⁴ A suo dire, con il diritto moderno era ormai arrivata la stretta divisione dei compiti (e dei poteri) fra legislatore e giudicante, il giudice era l'applicatore di un diritto non creato da lui. Si sbagliava quindi chi parlava di "convinzione del popolo" ("*Volksüberzeugung*") dato che la legge aveva solo un senso e una volontà.¹⁶²⁵ Chi voleva intercalare nel processo le sue opinioni (*Anschauung*) individuali stava insomma operando contro la legge, che pretendeva un'osservanza pedissequa.¹⁶²⁶ Centrale era il sillogismo: tutto nel diritto

solo guidare il tribunale. Inoltre, quegli *Urtheiler* della Carolina già dalla fine del 16° secolo erano nominati dal tribunale stesso a vita, MITTERMAIER 1866, p. 33 s.

¹⁶²⁰ MITTERMAIER 1866, p. 35 s.

¹⁶²¹ MITTERMAIER 1866, p. 37 s.

¹⁶²² Friedrich Oscar SCHWARZE, "Das deutsche Schwurgericht und dessen Reform", Erlangen 1865 e "Das Schöffengericht", Leipzig 1873.

¹⁶²³ PFENNINGER 1952, p. 356 npp. 18; Binding fu usato come punto di riferimento per un secolo e oltre nella battaglia per il tecnicismo, senza soluzione di continuità, v. p.e. ROTHENBERGER 1903, p. 299, CAVIN 1937 échevinage, pp. 23 e 27 e ancora GRAVEN 1967, p. 122 s.

¹⁶²⁴ BINDING 1876, Vorwort.

¹⁶²⁵ BINDING 1876, p. 24.

¹⁶²⁶ BINDING 1876, p. 25 s.; si noti come queste parole sul confine del diritto siano in contraddizione con l'autodescrizione del sistema. OGOREK 2008 (2002), p. 97, spiega infatti che Binding attaccava il principio *nulla poena sine lege*, distruggendo così pure le idee (figlie di un'interpretazione errata delle parole di Montesquieu) secondo cui il giudice sarebbe *bouche de la loi*. Ma come far conciliare questa posizione storiografica, soprattutto laddove indica *ivi*, p. 102, che "*die Begriffsjurisprudenz hat [...] nie ein logisch-mechanisches*

nasceva dal concetto giuridico:¹⁶²⁷ sopra stava la legge penale, sotto i fatti (intimamente legati ai concetti giuridici), alla fine la soluzione, ovvero la condanna o l'assoluzione.¹⁶²⁸ In questa logica il giudice doveva essere un fine conoscitore del diritto e una persona esperta, in grado di distinguere il giuridico dal non-giuridico.¹⁶²⁹ Il peggior nemico era il dilettantismo.¹⁶³⁰ Di conseguenza Binding prendeva chiaramente posizione contro la giuria classica e, molto a malincuore (*nicht ohne tiefen Schmerz*), a favore dello scabinato.¹⁶³¹

A segnalare una certa compattezza del mondo giuridico nonostante le differenti scuole di pensiero sul ruolo dei concetti, si notino le parole di Jhering. Con il suo famoso scritto "*Der Zweck im Recht*" aveva deciso di compiere una decisa rottura, ma sulle giurie non si allontanava molto dalla lettura di Binding. Spiegava infatti che esse erano state lo strumento per passare dall'assolutismo allo Stato di diritto e dalla prova legale al libero apprezzamento, ma "il moro ha reso i suoi servigi, ora il moro può andare".¹⁶³²

8.3.3 Le giurie popolari della Cost. 1874: non si toccano!

Persa la votazione del 1872, i liberal-radicali serrarono i ranghi e per vincere inaugurarono un feroce *Kulturkampf*. Ridiscussero il progetto in un anno e mezzo e lo portarono rapidamente al voto. Eliminarono tutta una serie di accentramenti (in particolare l'unificazione del diritto), nel 1874 popolo e cantoni accettarono la nuova Cost. 1874, valida fino al 1999.¹⁶³³ Dal profilo dei contenuti, come spiega Caroni, nella nazionalizzazione, nella

Richterbild gepflegt", dal momento che non appena si parlasse degli altri, ovvero dei "profani" (non giuristi), ecco che il giudice-macchinetta faceva il suo silenzioso ritorno nel discorso?

¹⁶²⁷ „Die Rechtsbegriffe sind aber die juristischen Elemente, aus denen alles besteht, was rechtlichen Wesens ist", BINDING 1876, p. 31.

¹⁶²⁸ Tanto da arrivare a negare che la nuda questione di fatto esistesse in sé, BINDING 1876, p. 35 s.

¹⁶²⁹ BINDING 1876, pp. 33 e 42; il pensiero autopoietico qui è chiarissimo, come è chiarissimo come poco da allora sia cambiato nella vulgata fra giuristi.

¹⁶³⁰ BINDING 1876, p. 47.

¹⁶³¹ Secondo lui, comunque, gli scabinati sarebbero poi scomparsi da soli, lasciando un solido ceto di orgogliosi giudici giuristi professionisti, BINDING 1876, p. 107 s.; sullo scabinato v. proprio qua sopra, cap. 8.3.2.

¹⁶³² Così in esteso: „*Ich bin der Ueberzeugung, dass eine Zeit kommen wird, die im sicheren Besitz der gewonnenen Rechtssicherheit den Geschwornen zurufen wird: der Mohr hat seine Schuldigkeit gethan, der Mohr kann gehen. Denn ein Mohr ist er und bleibt er, und alle Kunst seiner Anhänger wird nicht im Stande sein, ihn weiss zu waschen – freilich wird noch viel Seife nutzlos verschwendet werden, bevor man sich davon allgemein überzeugt hat*", JHERING 1877, p. 411; l'approccio razzial-essenzialista era tipico del periodo e dice molto su cosa sia culturalmente il nostro Stato di diritto. Sull'utilizzo degli stereotipi sugli abitanti dell'Africa come costruzione di una differenza ("othering") finalizzata a fondare un'identità nazionalista europea anche nel 20° secolo, v. ora PURTSCHERT 2019.

¹⁶³³ KÖLZ 2004, p. 599 ss.

tecnicizzazione e nella democrazia diretta si cercavano soluzioni a questioni sociali reali e al caos imperante che connotava i conflitti fra interessi privati.¹⁶³⁴ Anche il TF venne tecnicizzato, venendo istituita una netta divisione personale dei poteri: divenne impossibile agire contemporaneamente come parlamentari e giudici federali.¹⁶³⁵ Inizialmente comunque l'Assemblea federale eleggeva come giudici federali solo coloro che già sedevano fra le proprie file.¹⁶³⁶ Anche nello *ius puniendi* con la Cost. 1874 alcune cose cambiarono, la modernità avanzava a falcate: al passo lento di Furrer si sostituì la logica della nuova epistemica deregolamentata. Venne quindi statuito il divieto delle pene corporali.¹⁶³⁷ Un divieto che, a pensarci bene, rendeva ormai inutile inneggiare alle giurie popolari come strumento che permettesse l'approdo a quell'epistemica.

La vera questione nei dibattiti era comunque se unificare o no il diritto (penale). Qui bisogna tornare al 1872, quando Ruchonnet era riuscito a far tirare il freno a mano in commissione, l'unificazione sarebbe dovuta avvenire gradualmente.¹⁶³⁸ In aula al CN invece fu l'apocalisse: radicali e democratici svizzero-tedeschi, sostenuti dai liberali escheriani (da sempre centralisti), iniziarono la discussione facendo passare l'unificazione del diritto materiale e procedurale civile e penale. Solo i conservatori e i radicali vodesi erano contrari, nulla poterono contro la proposta unificatrice.¹⁶³⁹ Per le giurie popolari cantonali andò così: dato che dopo la composizione delle divergenze con il CdSi per le giurie classiche cantonali non era stata prevista una garanzia esplicita, nonostante l'unificazione e rispettosi del diritto cantonale di continuare ad avere la competenza giurisdizionale sul diritto, venne infine inserito un cavillo per cui esse non potevano essere eliminate per via legislativa federale.¹⁶⁴⁰

¹⁶³⁴ CARONI 1999, p. 130 ss., in particolare 141; si noti che le pretese democratiche di base non erano sempre progressiste. Ad Argovia in particolare le pretese avevano una connotazione smaccatamente antisemita, il Mannlisturm del 1862 aveva ad esempio già sfiduciato il parlamento e da lì derivava la democrazia (semi)diretta, cfr. STAEHELIN, HEINRICH: "Argovia", cap. 4.1.3: "Dallo Stato di diritto liberale allo Stato sociale democratico (1848-1914)", in: DSS, 06.02.2018 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/007392/2018-02-06/>.

¹⁶³⁵ StenBul 1872 BV NR, p. 269.

¹⁶³⁶ Cfr. i rispettivi profili collezionati nel BuRiLex.

¹⁶³⁷ Art. 65 cpv. 2 Cost. 1874; v. GSCHWEND/WINIGER 2008, p. 109.

¹⁶³⁸ KÖLZ 2004, p. 528.

¹⁶³⁹ KÖLZ 2004, p. 532; quel colpo di mano parlamentare fu il motivo principale per cui la Legge del 5 marzo 1872 conteneva il progetto di modifica della Cost. 1848 (pCost. 1872) cadde in via referendaria, mettendo in discussione il federalismo e la tutela delle minoranze.

¹⁶⁴⁰ Come si può leggere nel StenBul Komm 1871, p. 311 ss., la discussione sull'unità giuridica ruotava anzitutto attorno alla modifica dell'art. 54, ma toccava anche l'abolizione della pena di morte (art. 60). Ruchonnet rappresentava la minoranza della commissione che si opponeva alla centralizzazione (p. 318). Il consiglio nazionale accettò l'unificazione del diritto penale e procedurale penale con 82 voti a 32 (p. 346). Il CN democratico solettese Kaiser volle però inserire una garanzia per le giurie nei cantoni in cui erano previste,

Sulla giurisdizione penale federale invece (che prevedeva le giurie popolari classiche), proprio perché Ruchonnet era riuscito a frenare in parte l'unificazione, dalla commissione del 1871 non arrivarono cambiamenti.¹⁶⁴¹ Il nuovo art. 106 rimaneva quindi identico al vecchio art. 94 Cost. 1848, come d'altronde già proposto dal CF.¹⁶⁴² Di nuovo in aula tutto cambiò. Dato che si era deciso di unificare, la commissione del CN mise mano alla competenza delle giurie federali e propose di modificare la loro denominazione da "*Schwurgericht (Jury)*" a "*Geschwornen*".¹⁶⁴³ L'arcigno Kaiser, della Sinistra solettese, nel parlamento il teorico dell'unificazione e della codificazione, aveva notato quella piccola differenza di dizione. Era evidentemente consapevole che c'era chi voleva "far fuori" le giurie classiche e sostituirle con lo scabinato, di cui ormai si parlava in Germania e a cui p.e. Mittermaier si opponeva già nel 1866¹⁶⁴⁴ e chiese di mantenere la vecchia formulazione del 1848.¹⁶⁴⁵ Si noti comunque che quel legame fra unificazione e giurie pochi decenni dopo scomparve.¹⁶⁴⁶

La questione del nome della giuria divenne un'occasione di posizionamento politico: la proposta di cambiamento era arrivata da Demiéville, avvocato liberalconservatore vodese, membro della fazione di A. Escher.¹⁶⁴⁷ Era stato colto in castagna e rispose in modo raffazzonato: dato che i giurati non c'erano in Cassazione, allora la formulazione poteva essere rivista. Rispose Philippin, quotato radicale indipendente neocastellano,¹⁶⁴⁸ notando che nella vecchia dizione non si poteva travisare niente, bisognava quindi mantenere il *Schwurgericht*. Il contrario sarebbe equivalso a dire al popolo che ci si stava prendendo una certa libertà di eliminare il *Jury*. Demiéville allora la sparò grossa: lui era addirittura per adottare le giurie nel processo civile! L'ex radicale Hungerbühler, ormai centrista,¹⁶⁴⁹ sostenne che sulla questione giurati in Svizzera non si era riusciti ad avere un'idea

allineandosi alla proposta del liberale ginevrino indipendente Friderich (p. 591). Quello divenne il nuovo art. 55 (per un riassunto dei passaggi v. p. 131 dell'*Anhang*).

¹⁶⁴¹ L'articolo sulla competenza del TF il capoverso sulla giuria era stato inizialmente leggermente rimaneggiato in commissione. Escher aveva però bloccato tutto, StenBul Komm 1871, p. 226.

¹⁶⁴² FFfr 1870 II 817; v. anche FFfr 1870 II 777, p. 811 s.

¹⁶⁴³ Era ormai diventato il nuovo art. 102, v. StenBul 1872 BV NR, p. 266. La parola *Geschworne* era già usata nell'art. 104 Cost. 1848 e venne ripresa nell'art. 112 Cost. 1874, senza dirlo. La veemente opposizione di Philippin probabilmente smascherava un primo tentativo malcelato di passare allo scabinato nel processo federale. Sullo scabinato v. qui sopra, cap. 8.3.2.

¹⁶⁴⁴ V. il sottocapitolo precedente.

¹⁶⁴⁵ StenBul 1872 BV NR, p. 272

¹⁶⁴⁶ V. meglio sotto, in particolare cap. 9.3.7.1.

¹⁶⁴⁷ MARION, GILBERT: "Jean-Louis Demiéville", in: DSS, 24.03.2004 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004847/2004-03-24/>.

¹⁶⁴⁸ CRUCHAUD, ANNE-MARIE: "Jules Philippin", in: DSS, 05.09.2008 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004655/2008-09-05/>.

¹⁶⁴⁹ MAYER, MARCEL: "Matthias Hungerbühler", in: DSS, 16.01.2008 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003997/2008-01-16/>.

unitaria nonostante le esperienze fatte fino ad allora. Quindi la legge sulla questione andava mantenuta, ma bisognava togliere l'indicazione costituzionale. E il CF? Il ministro Dubs, che in sé era un centrista, buttò acqua sul fuoco e sostenne che voleva i giurati.¹⁶⁵⁰ D'altronde era lui ad aver creato le giurie a Zurigo! Vinse quindi la sinistra, le giurie federali rimasero al loro posto.¹⁶⁵¹

Dato che il progetto commissionale prevedeva di passare lentamente ad un accentramento del diritto penale (a norma dell'art. 55 pCost. 1872 comunque più lento rispetto a quello del civile), infine il parlamento non toccò competenze della giurisdizione penale federale. Philippin nel 1872 lo aveva sottolineato espressamente in aula: non c'erano modifiche.¹⁶⁵² Caduto il pCost. 1872 in votazione, con la Cost. 1874 nulla venne modificato da quel progetto in questo ambito, per la giurisdizione penale federale si ricopiò il vecchio art. 104 Cost. 1848 con piccole modifiche di dizione. In particolare, rimaneva (ipocritamente) intonsa la competenza della giuria per le questioni di fatto.¹⁶⁵³

Infine, come già l'art. 106 Cost. 1848, il nuovo art. 114 Cost. 1874 indicava la competenza residuale del parlamento nell'assegnare nuove competenze giurisdizionali al TF.¹⁶⁵⁴ Assieme alla Cost. 1874 il parlamento emanò subito una riforma della OG, senza però modificare in modo sostanziale l'impostazione tenuta fino ad allora sulla giurisdizione penale federale.¹⁶⁵⁵

¹⁶⁵⁰ Era comodo: lì si indicava sì che il TF decideva con i giurati, ma non come essi dovessero essere integrati nella decisione. La porta per un passaggio allo scabinato (ad esempio) poteva rimanere aperta.

¹⁶⁵¹ v. StenBul 1872 BV NR, p. 272.

¹⁶⁵² StenBul 1872 BV NR, p. 296.

¹⁶⁵³ **Art. 104 Cost. 1848:** La Corte criminale, coll'aggiunta dei Giurati che pronunciano sulle quistioni di fatto, giudica: a. nei casi che un'Autorità federale rimandi al giudizio penale gli impiegati da lei stessa nominati; b. nei casi di alto tradimento contro la Confederazione, di rivolta, o di violenza contro le Autorità federali; c. dei delitti e delle trasgressioni contro il diritto delle genti; d. dei delitti politici e delle trasgressioni che furono cagione e conseguenza di turbolenze tali da rendere necessario l'intervento federale armato.

Art. 112 Cost. 1874: Il Tribunale federale, col concorso di giurati che pronunciano sulla quistione di fatto, giudica in materia penale: 1. sui casi di alto tradimento contro la Confederazione, di rivolta e di violenza contro le Autorità federali; 2. sui crimini e delitti contro il diritto delle genti; 3. sui crimini e delitti politici che sono causa o conseguenza di torbidi tali, per cui diventa necessario un intervento armato federale, e 4. nei casi in cui un'Autorità federale gli demanda pel giudizio penale i funzionari da lei nominati.

¹⁶⁵⁴ Quando si dice che il futuro è difficile da prevedere: il CN disse – sottovalutando completamente la situazione o surrettiziamente campando scuse in anticipo – che erano state date così tante competenze al TF che era praticamente impossibile dargliene altre, StenBul 1872 BV NR, p. 271.

¹⁶⁵⁵ L'art. 38 Legge federale sull'organizzazione giudiziaria federale del 27 giugno 1874 (OG 1874) prevedeva ora che i giudici della Camera criminale rappresentassero le tre lingue nazionali. I circondari rimanevano 5, i giurati erano 1 ogni 1000 abitanti e venivano eletti dal popolo nei cantoni (art. 39 s. OG 1874). Si noti che l'art. 32 OG 1874 seguiva l'art. 112 Cost.

8.3.4 Il processo di Stabio e la sovranità incandescente: una storia di rimpalli¹⁶⁵⁶

Nel febbraio 1875 in Ticino il partito liberale-conservatore (in sé conservatori cattolici, ultramontani) era finalmente riuscito ad ottenere la maggioranza dei seggi nel parlamento cantonale, sebbene il governo grazie alla legge elettorale fosse rimasto a maggioranza liberale. Il Ticino era un campo di battaglia. Tante le riforme elettorali tentate, indissero persino elezioni, poi annullate. Il CF si propose come mediatore per quella polveriera: si consideri che i partiti avevano cominciato a organizzare feste di tiro e a distribuire armi e munizioni.¹⁶⁵⁷ Ed infatti il 22 ottobre 1876 a Stabio, alla fine di un esercizio di tiro, alcuni liberali inseguirono il conservatore Luigi Catenazzi, che girava armato. Catenazzi arrivato a casa Ginella, sparò a uno degli inseguitori liberali, uccidendolo. Accorsi sul luogo altri liberali, tra cui il colonnello federale Pietro Mola, spararono contro i conservatori barricati in casa. Fuori morirono due liberali. In casa morì un conservatore. Da qui in tutto il Ticino vari gruppi armati si mobilitarono. Il CF dovette nominare un commissario, allertare l'esercito a Zurigo e imporre una riforma elettorale. Finalmente i conservatori tornarono ad avere un governo con la loro maggioranza.¹⁶⁵⁸

Nell'inchiesta cantonale il primo atto d'accusa del procuratore vedeva imputato il solo conservatore Catenazzi per gli omicidi dei tre liberali (Pedroni, Cattaneo e Moresi). La camera d'accusa però non si fece ingannare: composta da conservatori, voleva che si indagasse anche sull'omicidio del conservatore (Giorgetti). Si arrivò quindi all'accusa ancora di Catenazzi (e altri) per gli omicidi dei liberali, e dei liberali per l'omicidio del conservatore. Il processo cantonale, previsto per il 26 febbraio 1878, venne bloccato a causa di vari ricorsi incrociati, tra l'altro anche perché dopo le ricuse delle parti risultò che la giuria era composta solo da giurati conservatori! La camera d'accusa fece allora riaprire l'inchiesta, affidandola ad un altro giudice istruttore, conservatore, che decise di abbandonare l'accusa contro i conservatori e propose l'accusa solo contro i liberali, inquisendo ora anche e soprattutto il colonnello Mola. Il procuratore intervenne e a processo estese l'accusa anche a Catenazzi (conservatore).¹⁶⁵⁹ Il 30 settembre 1878 la camera d'accusa cantonale accolse la proposta del procuratore: Catenazzi inquisito per omicidio improvviso e per eccesso di difesa, mentre Mola e i liberali per omicidio volontario. Quest'ultimi

1874 citato sopra: nonostante fosse stato sconfessato da tutti, cocciutamente si continuava a scrivere che i giurati decidevano sui fatti.

¹⁶⁵⁶ Anche qui propongo molto di quanto indicato in CONTARINI/LUMINATI 2014, p. 57 ss.

¹⁶⁵⁷ V. PANZERA 2013, p. 7 ss.

¹⁶⁵⁸ PANZERA 2013, p. 30; ROSSI/POMETTA 1980, p. 325 ss.; i fatti di Stabio scossero tutta la Svizzera. Un riassunto coevo di tutta la questione è ora stato tradotto, v. SCARTAZZINI 2013 (1880), in particolare p. 47/48.

¹⁶⁵⁹ V. SCARTAZZINI 2013 (1880), p. 61 ss.

opposero al decreto tre ricorsi federali al TF, chiedendo che venisse attivata la giurisdizione penale federale al posto di quella cantonale a garanzia di essere giudicati da un giudice imparziale. Su quella questione il CF si era già chinato due volte e per due volte aveva rifiutato la giurisdizione federale.¹⁶⁶⁰

Lo spettacolo era pietoso. Il TF cercò di dare nuovamente la patata bollente al CF, chiedendo se non volesse adottare una risoluzione sulla questione considerando che con l'art. 4 PPF 1851 poteva decidere sull'opportunità di un'azione penale federale in presenza di delitti politici. Il governo si chinò sulla questione una terza volta infastidito e rispose che era affare del TF decidere della politicità dei fatti in questione.¹⁶⁶¹

Per i ricorrenti centrale era stato l'intervento armato dell'esercito federale, per questo chiedevano l'intervento delle AF. Inoltre, sostenevano la parzialità delle autorità cantonali. Il TF notò però che né la Cost. 1874, né la OG 1874 indicavano cosa fossero i delitti politici. A norma dell'art. 73 lett. d CPF 1853 le AF erano competenti sui delitti politici che causassero l'intervento federale armato. L'articolo rimandava esplicitamente all'art. 52 CPF 1853, che chiudeva il titolo dei "Delitti contro l'ordine costituzionale e la sicurezza interna" (art. 45-52) e imponeva di applicare analogamente il diritto penale federale laddove l'intervento federale fosse stato occasionato da torbidi causati o conseguenza degli atti descritti negli art. 45-50 CPF 1853, ma diretti contro la Costituzione, le autorità o le votazioni *cantonali*. Il TF però sostenne che a norma del diritto federale il "delitto politico" era esclusivamente ciò che stava negli art. 45-47 del CPF 1853. Dato che i "fatti di Stabio" non erano sussumibili in nessuno di quegli articoli, sommando che per il TF non c'era stato sul serio un intervento armato, i ricorsi vennero respinti il 17 ottobre 1879.¹⁶⁶²

Quella "sentenza Mola" non piacque, anche perché nello stesso 1879, il 23 febbraio, di nuovo a Stabio ci fu una rissa in cui morì il conservatore Castioni, ma vennero perseguiti e condannati solo dei liberali.¹⁶⁶³ Ad ogni modo il dibattito per i fatti di Stabio davanti alla giuria cantonale si tenne infine tra febbraio e maggio 1880 nella chiesa parrocchiale di Stabio, tutti gli imputati furono assolti.¹⁶⁶⁴ La Svizzera liberale rimase indignata dalla giustizia ticinese, ma anche dal TF. A dire la verità la stretta interpretazione del TF non piacque nemmeno al TF stesso!¹⁶⁶⁵

¹⁶⁶⁰ Il 10 agosto 1877 su richiesta dei familiari dei liberali, che temevano per i loro diritti di parte civile (v. SCARTAZZINI, 2013 (1880), p. 64), il 24 settembre 1878 su richiesta del colonnello Mola (cfr. DTF 5 487, p. 505).

¹⁶⁶¹ DTF 5 487, p. 506.

¹⁶⁶² DTF 5 487, p. 509 ss.

¹⁶⁶³ ROSSI/POMETTA 1980, p. 327.

¹⁶⁶⁴ Cfr. ROSSI/POMETTA 1980, p. 328; sul processo di Stabio e le sue conseguenze v. MÜLLER 2009, p. 136 ss.

¹⁶⁶⁵ FFfr 1880 II 488, p. 490 s.

Immaneabilmente arrivò la reazione politica. La Mozione Brosi al CN del 19 giugno 1880, evasa dal CF con un Messaggio nel gennaio del 1882,¹⁶⁶⁶ chiedeva che il concetto di delitto politico di competenza giurisdizionale del TF fosse ampliato e che di conseguenza venisse modificato l'art. 52 CPF 1853.¹⁶⁶⁷ Il cosiddetto "articolo di Stabio" intraprese quasi tutto l'iter legislativo, anche se il messaggio del CF andò in un'altra direzione rispetto a quella indicata da Brosi.¹⁶⁶⁸ Il governo constatò sì che quando l'agitazione colpisce la popolazione di un intero cantone anche l'imparzialità di giudizio dei tribunali può essere messa in discussione, ma negò che ci fosse un legame con l'art. 52 CPF 1853. Non voleva insomma toccare il concetto di delitto politico. Ma prese la palla al balzo e notò che non si poteva togliere un processo a un cantone quando quello stesso processo era la causa dei disordini politici.¹⁶⁶⁹ Invece di ampliare il concetto di delitto politico, propose quindi con un nuovo art. 74^{bis} CPF 1853 di dare la possibilità al CF di spostare a livello federale un processo per motivi di sicurezza pubblica nel caso di dubbi sull'imparzialità politica delle autorità penali cantonali.¹⁶⁷⁰ Il CF insomma metteva in dubbio la sovranità cantonale! Mai proposta fu peggiore: "l'articolo di Stabio" venne bocciato dai federalisti in votazione popolare nel 1884, anche in Ticino grazie alla dura opposizione dei conservatori.¹⁶⁷¹

Come spiegava Weber, quell'articolo riprendeva in realtà una proposta già contenuta nel Patto Rossi e già rigettata. Eppure l'idea di Pellegrino Rossi aveva un senso: si trattava di cogliere il potenziale di parzialità che portava con sé un giudizio svolto subito dopo dei torbidi politici.¹⁶⁷² In realtà era sin dal '70 che il governo, per voce di Dubs, mandava messaggi di centralizzazione del diritto, sostenendo che la Costituzione prevedeva una clausola generale per le competenze del TF che avrebbe permesso di adeguarsi alle nuove circostanze dando competenze di giudizio o di appello

¹⁶⁶⁶ Non molto dissimilmente dalla questione ginevrina del 1865, v. sopra npp. 1014.

¹⁶⁶⁷ FFfr 1882 I 109; sulle discussioni in commissione costituzionale nel 1848, HOLENSTEIN 2018, p. 881.

¹⁶⁶⁸ Va notato peraltro che pochi giorni prima dell'inoltro della mozione il capo del DFGP Hammer, centrista, aveva già proposto al CF l'avvio di una revisione del CPF 1853, v. *Il Dovere* del 9 maggio 1884, p. 2.

¹⁶⁶⁹ FFfr 1882 I 109, p. 112 ss.

¹⁶⁷⁰ FFfr 1884 I 122: Art. 74^{bis}.

¹⁶⁷¹ FFfr 1884 III 162; v. *Il Dovere* del 5 aprile 1884, p. 1; v. anche CONTARINI/LUMINATI 2014, p. 57 ss., in particolare per altri resoconti giornalistici; sulle parallele resistenze ticinesi contro la codificazione civile, in particolare sulla funzione sostanzialmente simbolica della sovranità rispetto invece ai bisogni concreti economici particolari – in Ticino spesso dei conservatori, v. CARONI 1986, p. 18 ss. Non stupisce la tensione di fondo contro l'arroganza centralista dei liberali, che "si erano abituati a generalizzare i loro desideri (ma non i redditi)", *ivi*, p. 30.

¹⁶⁷² Weber sottolineava che Rossi era italiano... come se non potesse capire fino in fondo la mentalità degli svizzeri, WEBER 1888, p. 365.

a piacimento.¹⁶⁷³ A dire di Weber, ampliamenti della giurisdizione federale erano sì giustificati, ma con tutti i distinguo costituzionali.¹⁶⁷⁴ Il problema di fondo erano i motivi che portavano a decidere se attivare la giurisdizione federale o quella cantonale. Su questo tema era drastico: riteneva gli svizzeri semplicemente degli opportunisti, soprattutto Dubs, che propendevano per la competenza federale a corrente alternata solo quando facesse comodo economicamente.¹⁶⁷⁵

Insomma: il percorso verso una centralizzazione compiuta fu meno scontato del previsto. Aver emanato la nuova Cost. 1874 certo non era bastato a certificare la volontà culturale di quel movimento centripeto. Il Tribunale Federale non era pronto a prendersi la competenza di imporlo a tutta la Svizzera giuridicamente, senza una base legale che glielo permettesse e dovendosi quindi basare sulla sola competenza di giudicare un conflitto istituzionale: ancora aspettava che la politica gli comunicasse per bene i margini in cui muoversi.

8.4 Il primo processo federale agli anarchici: dalle parole ai fatti!

8.4.1 Il ritorno della già apprezzata propaganda del fatto, ora di ispirazione anarchica

8.4.1.1 La concitazione governativa di fronte alla gioia anarchica per i nuovi attentati

Rispetto al mazzinianesimo, nei decenni successivi l'attivismo dei rifugiati cambiò volto: si fece vivo un forte associazionismo di sinistra, negli anni Sessanta vennero qui organizzati vari congressi internazionali dei lavoratori.¹⁶⁷⁶ Come risposta al marxismo della maggioranza delle associazioni dei lavoratori, nel 1871 nacque in Svizzera romanda un movimento operaio anarchico, la *Fédération jurassienne*.¹⁶⁷⁷ Al netto dello scontro su alcuni feticci (libertà, proprietà e contrattazione in quanto risultati

¹⁶⁷³ WEBER 1888, p. 366.

¹⁶⁷⁴ WEBER 1888, p. 373 s.

¹⁶⁷⁵ WEBER 1888, p. 379.

¹⁶⁷⁶ Nel 1866 il primo congresso dell'Internazionale a Ginevra, il secondo a Losanna l'anno dopo. Nel 1869 il quarto a Basilea, in generale v. GRUNER 1967, p. 305 ss.

¹⁶⁷⁷ Ho trattato questo tema in CONTARINI 2019 Brousse, dove rimando in particolare alla bibliografia minima *ivi* citata per una contestualizzazione dell'anarchismo, i suoi attori e il rapporto che aveva con lo Stato dell'ordine. Alcuni passaggi di quel testo sono qui in parte ripresi (NB il contributo era stato scritto nel 2017 e pubblicato solo dopo molte peripezie. I contenuti teorici del ricerca che chi legge ha sottomano sostituiscono le annotazioni lì contenute).

della Rivoluzione francese),¹⁶⁷⁸ c'era una vicinanza culturale innegabile tra liberali e anarchici,¹⁶⁷⁹ ma la loro vicinanza alla Comune parigina e la loro opposizione all'ordine sociale vigente li faceva irrimediabilmente divergere.¹⁶⁸⁰ Nel 1878, con l'attentato di Passanante e la relativa pressione italiana sulla Svizzera, l'apertura liberale nei loro confronti divenne chiara chiusura.¹⁶⁸¹ Al CdSi nel 1879 la Commissione della gestione sottolineava ora la differenza qualitativa rispetto ai rivoluzionari di metà secolo.¹⁶⁸² Nel frattempo i regnanti e i capi di Stato vari, che regolarmente usavano la Svizzera come base per tornare in patria per cercare di riprendersi il potere, erano sostanzialmente tollerati ed eventualmente ammoniti.¹⁶⁸³

Alla fine degli anni '70 dell'Ottocento, comunque, l'anarchismo originario era ormai isolato e in declino, anche la base ne era consapevole.¹⁶⁸⁴ Non solo il marxismo montante, un ruolo lo giocarono anche le strategie liberali di fronte alla Grande Depressione, contrastando i primi grandi scioperi. Arrivarono la repressione,¹⁶⁸⁵ ma anche la Legge federale sul lavoro nelle fabbriche del 1877¹⁶⁸⁶ (emanata su spinta democratica, ma capo del

¹⁶⁷⁸ Questi valori si ritrovano in profondità nel radicalismo elvetico, cfr. MAISSEN 2010, p. 232.

¹⁶⁷⁹ p.e. i liber-radicali ticinesi dal 1875, quando persero il potere a favore dei conservatori in pieno *Kulturkampf*, decisero di sostenere gli anarchici per portare in Ticino il conflitto europeo, BINAGHI 2015, p. 43; Bakunin visse a Locarno dal 1869 fin alla morte, che avvenne a Berna nel 1876, assistito dal CN radicale Carl Vogt, v. REDAZIONE DEL DSS: "Michail Bakunin", in: DSS, 26.03.2009 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/028358/2009-03-26/>.

¹⁶⁸⁰ VUILLEUMIER 1992 (1987), p. 40; GROSSEN/STEFFEN/WIEDMER/WYSS 1992, p. 127.

¹⁶⁸¹ p.e. Malatesta venne rapidamente espulso, BINAGHI 2015, p. 43; Berna comunque li teneva già d'occhio proprio nel momento di loro massima fioritura e nel 1873 (anno del crac della borsa di Vienna e della Grande Depressione) fece aprire delle inchieste, GRUNER 1967, p. 310; i militanti espressamente anarchici erano comunque solo 300-400, perlopiù operai o fuoriusciti dalle attività della Comune, v. KOHLER, FRANÇOIS: "Fédération jurassienne", in: DSS, 01.10.2014 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/017400/2014-10-01/>; GROSSEN/STEFFEN/WIEDMER/WYSS 1992, p. 128 s., notano che l'Italia richiedeva inchieste e la Svizzera eseguiva.

¹⁶⁸² BBl 1879 II 747, p. 762.

¹⁶⁸³ p.e. Don Carlos Infante di Spagna (il sobrio nome completo era Infante Carlos María de los Dolores Juan Isidro José Francisco Quirin Antonio Miguel Gabriel Rafael de Borbón y Austria-Este, Duca di Madrid, v. la relativa pagina Wikipedia), console a Ginevra, a capo del partito cospiratore carlista e personaggio chiave di una sommossa scoppiata in Spagna a metà aprile 1872. Il CF aveva invitato il canton Ginevra a ricordare a Carlos di omettere qualsiasi comportamento rivoluzionario, altrimenti sarebbe stato espulso. Infine, Don Carlos si diede alla macchia prima che fosse possibile la presa di provvedimenti, BBl 1873 II 1, p. 63; la consorte venne espulsa nel maggio del 1873 per aver sostenuto materialmente la rivolta, BBl 1873 II 374.

¹⁶⁸⁴ V. in esteso CONTARINI 2019 Brousse; sulla vittoria del marxismo sull'approccio giurassiano v. GRUNER 1967, p. 310 ss.

¹⁶⁸⁵ MAISSEN 2010, p. 228.

¹⁶⁸⁶ Proposta fin dal 1868 dal medico e CN Joos, che aveva girato il mondo aprendo studi medici, JOOS, EDUARD: "Wilhelm Joos", in: DSS, 04.02.2008 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004232/2008-02-04/>.

dipartimento federale dell'interno era il giovanissimo liberale centrista Numa Droz, orologiaio e maestro).¹⁶⁸⁷ Proprio in quel contesto di crisi venne adottata la “propaganda del fatto”, ovvero la lotta attraverso azioni che facessero scalpore e convincessero a passare all'anarchismo.¹⁶⁸⁸

L'Avant-Garde, dal 1878 l'organo stampa della *Fédération jurassienne*, scrisse la sua prima apologia della violenza il 3 novembre 1877, infaticabile redattore era il medico e chimico Marie Louis Paul Brousse di Brousse, che aveva radicalizzato il movimento.¹⁶⁸⁹

In linea di principio, siamo contrari all'assassinio politico. Ma se, in un caso particolare, potesse essere utile noi sappiamo come affrontare questa eventualità con freddezza.¹⁶⁹⁰

Altre posizioni simili uscirono il 3 giugno 1878 (attentati di Hödel e Nobiling al Kaiser Guglielmo I): “ci sono forme di omicidio che non biasimiamo”.¹⁶⁹¹ Il 17 giugno 1878 arrivò l'annuncio definitivo della nuova linea politica:

Riteniamo insufficiente la propaganda teorica, noi vediamo la propaganda pratica, potente anche quando non è voluta, noi cerchiamo di inaugurare una propaganda *del fatto* non più inconscia, ma voluta.¹⁶⁹²

Altri elogi nel settembre 1878, in particolare il 23:

Dopo le ripercussioni delle vicende dell'avenue des Tilleuls, davanti al coraggio di Hödel, dopo il lento e doloroso martirio di Nobiling, chi in Germania non si è chiesto che cosa volessero e fosse giusto?¹⁶⁹³

¹⁶⁸⁷ PERRENOUD/BARRELET 2019, p. 166.

¹⁶⁸⁸ Per una breve introduzione v. CHOCOMELI, LUCAS: “Terrorismo”, in: DSS, 15.08.2012 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/017353/2012-08-15/>.

¹⁶⁸⁹ Su Brousse v. VUILLEUMIER 1965, p. 79; il *Bulletin* arrivò a contare ca. 600 abbonati in una decina di Paesi, KOHLER, FRANÇOIS: “Fédération jurassienne”, in: DSS, 01.10.2014 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/017400/2014-10-01/>; pubblicato fra il 1872 e il 1878, uscì per 40 numeri, SPICHTIGER 1879, p. 6; al giornale collaborava pure Kropotkin, THOMANN 1947, p. 110; a dire del CdSo neocastellano Comtesse (opinione del dicembre 1878), *L'Avant-Garde* non è che avesse un vero impatto sull'opinione pubblica locale... v. BURKHARD 2013, p. 131.

¹⁶⁹⁰ “*En principe, nous sommes contre l'assassinat politique. Mais si, dans un cas spécial, il peut être utile nous savons regarder en face, et froidement, cette éventualité*”. Molte copie del giornale si trovano nel faldone Brousse sul processo a *L'Avant-Garde* conservato nell'archivio del TF a Losanna. Questo e gli altri passaggi citati qui sotto si trovano incollati sulle pagine delle domande poste alla giuria, ArchTF - 1879 Brousse, domande alla giuria.

¹⁶⁹¹ “*il y a ensuite des formes d'homicide que nous ne blâmons pas*”.

¹⁶⁹² “*nous voyons la propagande théorique insuffisante, nous voyons la propagande pratique, puissante même quand elle n'est pas voulue, nous cherchons à inaugurer une propagande par le fait non plus inconscience, mais voulue*”, l'italico si trova anche nell'originale.

¹⁶⁹³ “*Après le retentissement des affaires de l'avenue des Tilleuls, devant le courage de Hödel, après le lent et pénible martyre de Nobiling, qui donc en Allemagne ne s'est pas demandé quelle chose ils voulaient, et si cette chose était juste?*”.

Spesso nella lettura storica si dimentica comunque di parlare della violenza governativa, che è esistita tanto quanto quella anarchica, ma sempre ben più subdola. Sfruttando il momento di confusione il 19 ottobre 1878 l'Impero tedesco emanò quindi le “*Sozialistengesetze*”. Pochi giorni dopo, il 25 ottobre 1878, a Madrid Juan Oliva Moncasi attentò alla vita di Alfonso XII di Spagna, senza ucciderlo. *L'Avant-Garde*, il 4 novembre 1878, lo elogiò: era un “nuovo giustiziere in piedi, tenendo in mano l'arma liberatrice”.¹⁶⁹⁴ Il 17 novembre 1878 fu il turno di Giovanni Passanante contro Umberto I. Il 18 *L'Avant-Garde* tornava invece sui fatti spagnoli:

È quindi certo che, in queste condizioni, se il colpo di pistola di Oliva avesse raggiunto il suo scopo, avrebbe reso un grande servizio alla rivoluzione, precipitando un movimento che non va più frenato. Ci rattristiamo ora il valoroso Oliva, ma ci rattrista ancor più che non abbia mirato meglio.¹⁶⁹⁵

Il 4 dicembre 1878 arrivarono infine le reazioni a mezzo stampa contro gli anarchici: il *La Epoca* di Madrid e il *Norddeutsche allgemeine Zeitung* di Berlino accusarono apertamente la Svizzera e la sua politica di tolleranza nei confronti dei rifugiati politici.¹⁶⁹⁶

Ma il gruppetto anarchico in Svizzera era già stato notato un mese prima: l'inviato a Berlino aveva informato il CF l'11 ottobre 1878 che la *Fédération jurassienne* era stata nominata nella discussione sulle *Sozialistengesetze* al *Reichstag*.¹⁶⁹⁷ La questione venne comunque lasciata dormiente fino al 25 novembre 1878, quando il Presidente del CF Schenk scrisse ai diplomatici svizzeri chiedendo di riferire cosa si dicesse su presunti *pourparlers* per far cessare la tolleranza elvetica.¹⁶⁹⁸ Il 7 dicembre 1878 il DFGP scrisse alle autorità cantonali indicando che la Germania aveva preso misure contro i socialdemocratici, per cui il diritto d'asilo doveva sì essere garantito, ma bisognava opporsi a qualsiasi loro attività di propaganda.¹⁶⁹⁹ Lo stesso giorno

¹⁶⁹⁴ “*nouveau justicier debout, tenant en main l'arme libératrice*”.

¹⁶⁹⁵ “*Il est donc certain, que dans ces conditions, si le coup de pistolet d'Oliva eût atteint son but, il aurait rendu un grand service à la révolution, en précipitant un mouvement qui gagnerait à ne point se retarder. Plaignons donc aussi le brave Oliva, mais plaignons-le de n'avoir point mieux visé*”.

¹⁶⁹⁶ Cfr. SPICHTER 1879, p. 54; il *Norddeutsche allgemeine Zeitung* di quel giorno, a p. 1 nelle notizie sull'estero riportava notizie della stampa spagnola in cui si spiegava che fra Madrid, Berlino, Vienna e Roma ci si stava scambiando opinioni per agire a livello legislativo e facendo pressioni sulle nazioni tolleranti.

¹⁶⁹⁷ Verbale CF - 1878 5392.

¹⁶⁹⁸ v. CONTARINI 2019 Brousse sulle risposte preoccupate dei diplomatici.

¹⁶⁹⁹ Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement an einige kantonale Polizeibehörden, 7.12.1878, in: Bucher, Erwin/Stalder, Peter (ed.), Documenti Diplomatici Svizzeri, vol. 3, doc. 147, <http://dodis.ch/42126>, Bern 1986; nel suo rapporto di gestione per l'anno 1878 il CF ribadì che il motivo per cui si attivò il 7 dicembre era il fatto che vari rifugiati da Germania, Spagna e Italia, considerato il *Sozialistengesetz* del 21 ottobre 1878, avrebbero potuto fare attività d'agitazione per l'Internazionale. Valeva insomma il principio di neutralità: asilo sì,

diede incarico al governo di Neuchâtel d'indagare sugli agitatori de *L'Avant-Garde* a La Chaux-de-Fonds al fine di confermare le informazioni già in mano al dipartimento federale.¹⁷⁰⁰

L'ambiente era concitato. Il giorno dopo il *Kaiser* tedesco si esprese perché i governi europei agissero. "Le ferite", diceva riferendosi agli attacchi ai sovrani "possono essere guarite solo con la dura mano della legge".¹⁷⁰¹ Secondo il diplomatico svizzero non c'erano stati *pourparlers* contro la Svizzera, ma un intervento deciso contro la gente de *L'Avant-Garde* sarebbe stato molto ben visto.¹⁷⁰² Il 10 dicembre 1878 il CF, dicendosi preoccupato dei rumori della stampa su presunte pressioni straniere, prese misure contro *L'Avant-Garde*.¹⁷⁰³ Il CF basava le sue decisioni sull'art. 102 nn. 8, 9 e 10 della Cost. 1874.¹⁷⁰⁴

L' 11 dicembre 1878 il ministro svizzero a Berlino riportava colloqui strettamente confidenziali con il ministro degli esteri tedesco von Bülow. Lo svizzero gli aveva riferito che il CF voleva agire di sua spontanea volontà contro la gente (*die Leute*) de *L'Avant-Garde*, il tedesco ribadiva di non sapere nulla di interventi collettivi voluti dai governi, anzi: una presa di posizione di questo tipo sarebbe stata addirittura controproducente. Comunque, il tedesco teneva a far conoscere il suo desiderio che la Svizzera facesse qualcosa contro l'Internazionale, visto che si scriveva apertamente di regicidio. Il tedesco si chiedeva se quella forza politica non avrebbe potuto

ma senza attività politica per non disturbare i rapporti internazionali. E per questo ci si era attivati contro Brousse e *L'Avant-Garde*, BBI 1879 II 569, p. 644 s.

¹⁷⁰⁰ Verbale CF - 1878 6456; v. anche ArchTF - 1879 Brousse, inchiesta agitatori; si noti che uno dei principali attori della *Fédération*, James Guillaume, era figlio dell'eterno CdSo radicale George Guillaume, membro del governo neocastellano dal 1853 al 1886..., v. GIGANDET, CYRILLE: "James Guillaume", in: DSS, 13.10.2008 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/013180/2008-10-13/>.

¹⁷⁰¹ "*Die schmerzlichen Erfahrungen, welche mich persönlich betroffen, haben aber auch wunde Stellen in unseren gesammten gesellschaftlichen Verhältnissen aufgedeckt und erkennen lassen, welche nur von der starken Hand des Gesetzes geheilt werden können*", Der schweizerische Gesandte in Berlin, A. Roth, an den Bundesrat, 8.12.1878, in: Bucher, Erwin/Stalder, Peter (ed.), Documenti Diplomatici Svizzeri, vol. 3, doc. 148, <http://dodis.ch/42127>, Bern 1986.

¹⁷⁰² *Ivi*.

¹⁷⁰³ Ordinò alla Posta di sospendere l'invio del giornale e chiese al governo Neuchâtel di ottenere dal tipografo una dichiarazione che non lo stampasse più. Vietò inoltre formalmente l'edizione anche se fosse stato pubblicato con un altro titolo qualora il tipografo si negasse. Approvò infine retroattivamente la richiesta al canton Neuchâtel da parte del DFGP di condurre l'inchiesta, v. Verbale CF - 1878 6456; la dichiarazione firmata dal tipografo Courvoisier si trova in ArchFed - 1879 Brousse, tipografo.

¹⁷⁰⁴ Il Consiglio federale ha, entro i limiti della presente Costituzione, precipuamente le attribuzioni e le incombenze seguenti: [...] 8. Veglia alla conservazione degli interessi della Confederazione all'estero, e specialmente ai rapporti di diritti internazionali, ed in generale è incaricato degli affari esteri; 9. Veglia per la **sicurezza esterna** della Svizzera, per il mantenimento della sua indipendenza e della sua neutralità; 10. Ha cura della **sicurezza interna**, del mantenimento della tranquillità e dell'ordine della Confederazione; [...].

danneggiare anche la Svizzera stessa e quindi se non sarebbe stato suo interesse prendere provvedimenti contro questa malattia infettiva (*ansteckenden Krankheit*). Comunque, disse, non bisognava far pensare che ci fosse una pressione da parte tedesca.¹⁷⁰⁵

Nel frattempo, quello stesso 11 dicembre 1878 il CdSo neocastellano prese sanzioni immediate contro *L'Avant-Garde* per far cessare la pubblicazione¹⁷⁰⁶ e già il 12 dicembre 1878 inviò il suo rapporto al CF, lamentandosi che all'affare era stata data pubblicità eccessiva. Il 14 dicembre 1878 il CF avvallò tutto l'operato di Neuchâtel¹⁷⁰⁷ e scrisse ai suoi vari diplomatici ribadendo di non aver avuto pressioni dall'estero nel prendere queste misure.¹⁷⁰⁸ Paul Brousse venne arrestato poco più tardi, il 26 dicembre 1878.¹⁷⁰⁹

8.4.1.2 L'inchiesta (solo) contro Paul Brousse – in base a che legge?

Il 23 dicembre 1878 il CF nominò Marc Morel, vicinissimo a Ruchonnet,¹⁷¹⁰ come PG *ad hoc* per il caso Brousse.¹⁷¹¹ Il giudice istruttore federale Berdez gli consegnò l'inchiesta lo stesso giorno.¹⁷¹² In un paio di

¹⁷⁰⁵ V. per intero *Der schweizerische Gesandte in Berlin*, A. Roth, an den Bundespräsidenten und Vorsteher des Politischen Departements, K. Schenk, 11.12.1878, in: Bucher, Erwin/Stalder, Peter (ed.), *Documenti Diplomatici Svizzeri*, vol. 3, doc. 149, <http://dodis.ch/42128>, Bern 1986, in particolare p. 311 sull'ipotesi di un'espulsione.

¹⁷⁰⁶ BURKHARD 2013, p. 132.

¹⁷⁰⁷ Verbale CF - 1878 6540, dove anche il CF si dispiaceva della fuga di notizie; v. anche ArchTF - 1879 Brousse, Neuchâtel: il governo cantonale si dichiarava preoccupato delle possibili pressioni internazionali e chiedeva quindi un processo rapido.

¹⁷⁰⁸ Il 13 dicembre 1878 Schenk informava i diplomatici svizzeri a Berlino, Parigi, Roma e Vienna sulle misure intraprese, ribadendo di non aver subito pressioni straniere, v. *Der Bundespräsident und Vorsteher des Politischen Departements*, K. Schenk, an die schweizerischen Gesandten in Berlin, Paris, Rom und Wien, 13.12.1878, in: Bucher, Erwin/Stalder, Peter (ed.), *Documenti Diplomatici Svizzeri*, vol. 3, doc. 150, <http://dodis.ch/42129>, Bern 1986.

¹⁷⁰⁹ ArchTF - 1879 Brousse, arresto.

¹⁷¹⁰ TISSOT, LAURENT: "Marc Morel", in: DSS, 03.09.2008 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004342/2008-09-03/>: avvocato, consigliere nazionale dal 1876 al 1878, fu poi proprio Morel a rilevare lo studio legale di Ruchonnet al momento della sua elezione in CF. Morel era in quel momento titolare del giornale *La Revue*, fondato da Ruchonnet. Il giornale già allora, nonostante l'opposizione al socialismo dell'Internazionale, era completamente contrario a mettere in dubbio il diritto d'asilo, che doveva valere per tutti: "dai sovrani detronizzati agli oscuri proletari". D'altronde la posizione politica per loro era chiara: la propaganda socialista in Svizzera non attecchiva proprio grazie alle istituzioni liberali e per la situazione sociale migliore che in Germania o in Russia, v. *La Revue*, 10.6.1878, cfr. anche MEUWLY 2006, p. 320; su Ruchonnet v. qua sotto.

¹⁷¹¹ ArchTF - 1879 Brousse, nomina Morel.

¹⁷¹² La legge prevedeva la procedura inversa, ma dato che (da anni) il PG era nominato *ad hoc* e la nomina di un PG era già stata rifiutata sia da Juilliard, sia da Friedrich (v. Verbale CF - 1878 6708) e non esisteva ancora una polizia politica federale, il CF e il TF si arrangiavano con gli organi disponibili. Si noti che Morel era un compagno di viaggio politico del liberale federalista Berdez: assieme a lui nella costituente cantonale vodese, assieme a lui in CN,

mesi Morel elaborò un rapporto, che venne discusso e approvato “dopo attenta discussione” dal CF in una seduta del 21 febbraio 1879, facendo continuare il processo politico.¹⁷¹³ Morel in questa sua inchiesta aveva un problema implicito: la palese assenza di basi legali per un'accusa. Altro che la dura mano della legge!

Gli articoli pubblicati ne *L'Avant-Garde* riguardavano infatti al massimo l'oltraggio pubblico contro i sovrani, che era sì sanzionato dall'art. 42 CPF 1853,¹⁷¹⁴ ma come già visto (npp. 1479) questa fattispecie pretendeva una richiesta ufficiale di messa in stato d'accusa da parte del governo straniero. Cosa da cui i governi stranieri si tenevano ben lontani.¹⁷¹⁵ Il PG si diresse allora sull'art. 41 CPF 1853,¹⁷¹⁶ asserendo che principio fondamentale del diritto delle genti era il rispetto degli Stati fra loro in tempo di pace, che andava osservato anche dagli individui di un Paese nei confronti dello Stato vicino.¹⁷¹⁷

Le sue idee erano chiare: gli agitatori stranieri avevano potuto approfittare delle istituzioni elvetiche, più libere che altrove, per predicare l'assassinio sui giornali.¹⁷¹⁸ Un'assoluzione sarebbe quindi stata catastrofica, dato che avrebbe significato che le leggi svizzere “*tolèrent et protègent les anarchistes*”, bisognava evitarla in tutti i modi.¹⁷¹⁹ Eppure quell'interpretazione dell'art. 41 CPF 1853 non era pacifica: p.e. il difensore al processo ricordò che l'art. 41 CPF 1853 condannava solo gli attacchi violenti, non l'oltraggio, né la calunnia ad uno Stato straniero.¹⁷²⁰ Ma Morel aveva elaborato – leggermente manipolandolo – un sostegno dottrinale alla sua tesi.¹⁷²¹ Al centro delle sue argomentazioni stava l'Enciclopedia giuridica di von Holtzendorff,¹⁷²² il PG ne riportava le parole:

Il rispetto che uno Stato ha il diritto di esigere da altri Stati e la cui violazione costituirebbe un delitto contro il diritto delle genti ha per

assieme a lui cadde poi rifiutando il “compromesso del Gottardo”, v. MEYLAN, MAURICE: “Louis Berdez”, in: DSS, 01.07.2014 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004266/2014-07-01/>.

¹⁷¹³ Verbale CF - 1879 948.

¹⁷¹⁴ “Il pubblico oltraggio ad un popolo estero o al suo sovrano o ad un estero Governo, è punito con una pena pecuniaria fino a fr. 2000 alla quale in casi più gravi può essere cumulativamente aggiunta la prigionia fino 6 mesi. Ma l'azione giuridica non ha luogo fuorché sulla domanda del rispettivo Governo estero e purché ci abbia reciprocità vero la Confederazione”.

¹⁷¹⁵ V. anche ArchFed - 1879 Morel, Rapporto, p. 19.

¹⁷¹⁶ “Chi viola un territorio estero o commette un'altra azione qualunque contraria al diritto delle genti, è punito colla prigionia o con pena pecuniaria”.

¹⁷¹⁷ ArchFed - 1879 Morel, Rapporto, p. 20.

¹⁷¹⁸ ArchFed - 1879 Morel, Rapporto, p. 3 ss.

¹⁷¹⁹ ArchFed - 1879 Morel, Rapporto, p. 10.

¹⁷²⁰ NZZ 18.4.1879 n. 180 p. 2; non dà una lettura critica al caso Brousse p.e. SALIS 1927, p. 74 s.

¹⁷²¹ ArchFed - 1879 Morel, Rapporto, p. 20 s.

¹⁷²² Holtzendorff 1870.

oggetto: 1. Insegne e simboli dello Stato; 2. Le autorità supreme dello Stato; 3. Le relazioni dello Stato con i cittadini che gli sono soggetti. Qualsiasi eccitazione di questi ultimi nei confronti delle autorità (**di un altro Stato**) sarebbe incompatibile con le relazioni tra Stati, relazioni basate sul rispetto reciproco.¹⁷²³

Morel indicava la citazione a p. 747 dell'enciclopedia, io ho trovato quelle parole a p. 776 s.¹⁷²⁴ ed erano di difficile interpretazione.¹⁷²⁵ Ciò che più stupisce è però che nella citazione Morel aggiunse la parentesi “(di un altro Stato)”, che nell'originale non si trova: una manipolazione, un'interpolazione per essere precisi. Non era l'unica.

Morel richiamava infatti anche i materiali del CPF 1853, sostenendo che il CF, commentando il progetto di art. 41 CPF, aveva ritenuto che non bisognava permettere che tutti soffrissero della cattiva volontà di un qualche individuo.¹⁷²⁶ Come ho già mostrato (sopra, cap. 6.4), la realtà era un'altra: il CF nel suo Messaggio non stava commentando solo l'articolo in questione.¹⁷²⁷ Eppure a Morel serviva che così sembrasse: poteva tacciare Brousse d'esser autore di atti contrari al diritto delle genti, e poteva surrettiziamente dire che la giurisprudenza del CF (sic!) sul caso Marangoni nel 1860 aveva già condannato tali atti,¹⁷²⁸ omettendo però di ricordare che la procedura Marangoni si dissolse prima di arrivare in aula.¹⁷²⁹

Il CF fece – ovviamente – continuare l'accusa. Il 1° marzo 1879 in 3 paginette il PG spiegava quindi che Brousse era ritenuto colpevole di atti

¹⁷²³ Il PG scriveva in francese: “*Le respect qu'un Etat à le droit d'exiger d'autres Etats et dont la violation constituerait un délit contre le droit des gens a pour objet: 1. Les insignes et symboles de l'Etat; 2. Les autorités suprêmes de l'Etat; 3. Les relations de l'Etat avec les citoyens qui lui sont soumis. Toute excitation de ces derniers contre les autorités (d'un autre Etat) serait incompatible avec les rapports entre Etats, rapports qui se fondent sur le respect réciproque*”. (grassetto mio).

¹⁷²⁴ Era in un paragrafo sul “diritto al rispetto” (*Recht auf Achtung*), contenuto nel capitolo sul diritto delle genti europeo (*europäischen Völkerrecht*), paragrafo sui soggetti dei traffici del diritto delle genti (*Die Subjekte des völkerrechtlichen Verkehrs*) nell'unico volume della prima parte dell'enciclopedia.

¹⁷²⁵ Non era chiaro se von Holtzendorff, che aveva una posizione di osservatore esterno, si riferisse agli stranieri che prendevano di mira le autorità dello Stato in cui si trovavano, oppure le autorità dello Stato a cui appartenevano! Intendeva che i doveri degli Stati si ripercuotevano nei confronti di un loro cittadino che si trovava all'estero, o nei confronti di un loro cittadino che si trovava in patria, o addirittura che il dovere lo avesse lo Stato estero nei confronti del cittadino a lui straniero, ma lì soggiornante?

¹⁷²⁶ ArchFed - 1879 Morel, Rapporto, p. 21.

¹⁷²⁷ BBl 1852 II 581.

¹⁷²⁸ ArchFed - 1879 Morel, Rapporto, p. 22 s.

¹⁷²⁹ V. ArchFed - 1879 Morel, Rapporto, p. 11, che nelle conclusioni notava anche che considerava la vera anima de *L'Avant-Garde*, per cui si poteva rinunciare (al netto delle possibili critiche di imputare solo uno straniero) all'imputazione contro gli svizzeri, contro loro c'era un rischio troppo alto di assoluzione. Invero la prognosi surrettizia reggeva: in realtà nessuno (nemmeno Brousse) aveva proprio infranto la legge...; su Marangoni v. sopra cap. 8.2.2.2.

contro il diritto internazionale, avendo composto o comunque pubblicato gli articoli incriminati, ai sensi dell'art. 41 CPF 1853 commessi a mezzo stampa.¹⁷³⁰ La Camera d'accusa il 4 marzo 1879 ammise il processo per atti contrari al diritto delle genti ai sensi dell'art. 41 CPF 1853.¹⁷³¹ Si trattava così del primo processo federale alla stampa.¹⁷³² Infine nell'atto d'accusa definitivo dell' 8 marzo 1879 Morel divenne chiarissimo sul perché si dovesse condannare Brousse:

È vano cercar di nascondersi dietro i termini generali utilizzati dal Codice per sostenere che atti come quelli che emergono dalla pubblicazione de *L'Avant-Garde* non siano colpiti dalla legge penale e non rientrino nella categoria degli atti contrari al diritto delle genti.¹⁷³³

Il PG notava ripetutamente come la dottrina di Brousse mettesse in pericolo le buone relazioni della Svizzera quando predicava la rivolta e il regicidio: il francese violava l'ospitalità elvetica. Il diritto internazionale per Morel era la quintessenza degli obblighi reciproci degli Stati, riconosceva l'obbligo di ognuno nei confronti dell'altro di imporre sul proprio territorio il rispetto dei governi e delle istituzioni straniere.¹⁷³⁴

Rispetto al Rapporto di febbraio, il PG nell'atto di accusa presentava però un nuovo autore (straniero...), il giurista uruguayo attivo a Ghent Carlos Calvo, molto più deciso rispetto a Holtendorff sulla punibilità dei delitti contro Stati esteri.¹⁷³⁵ Ed effettivamente nel suo manuale di diritto internazionale del 1870 si può leggere:

Il diritto internazionale non solo obbliga che i cittadini non rechino danni all'interesse e alla considerazione dei popoli e governi amici. Impone pure di impedire ogni complotto sul proprio territorio, macchinazione o combine qualunque che possa disturbare la sicurezza dei paesi con cui hanno relazioni di pace, amicizia e armonia. Alcuni pubblicisti non hanno paura di sostenere che le spedizioni organizzate sul proprio territorio non impegnano i governi se sono organizzate solo da stranieri rifugiati politici, [...]. Ma significa disconoscere gli obblighi imposti dalla neutralità e legittimare tutti i delitti internazionali. [...]. I rifugiati colpevoli [...] violano anche i doveri di

¹⁷³⁰ ArchTF - 1879 Brousse, PG alla camera d'accusa.

¹⁷³¹ ArchTF - 1879 Brousse, Camera d'accusa, p. 3.

¹⁷³² Diceva la *NZZ* 18.4.1879 n. 179 p. 2: "la libertà finisce dove inizia il crimine". Va ricordato che l'art. 55 Cost. 1874 statuiva la garanzia della libertà di stampa e lasciava che fossero i cantoni a regolare nei margini, controllati dal CF: alla Confederazione restava dunque solo una competenza penale accessoria, v. anche PFENNINGER 1890, p. 576 s.

¹⁷³³ "c'est en vain que l'on chercherait à se retrancher derrière les termes généraux employés par le Code, pour soutenir que des actes tels que ceux qui ressortent de la publication de *'L'Avant-Garde'* ne tombent pas sous le coup de la loi pénale et ne rentrent pas dans la catégorie des actes contraires au droit des gens", ArchTF - 1879 Brousse, Atto d'accusa, p. 35.

¹⁷³⁴ Cfr. ArchTF - 1879 Brousse, Atto d'accusa, p. 43.

¹⁷³⁵ ArchTF - 1879 Brousse, Atto d'accusa, p. 36 ss.

ospitalità. [...] I governi che non si oppongono sono da considerare colpevoli.¹⁷³⁶

Le parole di Morel ricalcavano ora quelle di Calvo, che contestava quegli autori secondo i quali lo Stato ospitante non aveva obblighi nei confronti dei rifugiati qualora non fossero coinvolti i propri cittadini. In ogni caso quelle stesse parole nulla di nuovo dicevano sul requisito di una richiesta di accusa da parte dell'altro Stato, che invece Holtzendorff riteneva indispensabile.¹⁷³⁷

8.4.2 Il processo Brousse, ovvero come i giudici si negarono senza negarsi 1738

8.4.2.1 Il processo Brousse delle Assisi federali a Neuchâtel

Si andò così al dibattimento,¹⁷³⁹ tenuto davanti alle AF il 15-16 aprile 1879 nella vecchia sala del Gran Consiglio nel castello di Neuchâtel. Presidente della Camera criminale era il liberale di centro Jules Roguin, già presidente due volte del CdSi.¹⁷⁴⁰ Accompagnava il giudice supplente

¹⁷³⁶ “*Le droit international n’oblige pas seulement les États à empêcher que leurs sujets ne portent atteinte à la considération et aux intérêts des peuples et des gouvernements amis; il leur impose encore le devoir strict de s’opposer sur leur territoire à tout complot, toute machination ou combinaison quelconque de nature à troubler la sécurité des pays avec lesquels ils entretiennent des relations de paix, d’amitié et de bonne harmonie. Certains publicistes n’ont pas craint de soutenir que l’organisation d’expéditions hostiles n’engage pas la responsabilité du gouvernement territorial, lorsque les nationaux n’y prennent aucune part et qu’elles ne sont imputables qu’à des étrangers réfugiés politique, émigrés ou autres. Énoncer de pareilles doctrines, c’est ne pas comprendre les devoirs moraux qui rattachent les nations les unes aux autres, méconnaître les obligations qu’impose la neutralité et légitimer implicitement tous les crimes ou les délits internationaux, la trahison, la désertion, l’excitation à la guerre civile etc. [...] le gouvernement qui ne s’oppose pas à la réalisation de semblables combinaison se rend complice de l’attentat et ne peut décliner les conséquences de sa coupable conduite*”, CALVO 1870, p. 424, nel capitolo sui doveri mutuali degli Stati; noto qui che Calvo nel 1863 pubblicò il suo *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, poi tradotto in francese nel 1870 come “*Le droit international théorique et pratique*”. Nelle biblioteche svizzere c’è solo la seconda edizione, non so se ce ne sia una prima in francese oppure se si consideri la prima in spagnolo. La terza edizione è del 1880-1881, quindi successiva al processo Brousse.

¹⁷³⁷ V. la citazione su Holtzendorff in ArchTF - 1879 Brousse, Atto d’accusa, p. 37; d’interesse notare che le uniche citazioni dottrinali erano riferite alla questione di cosa fosse in sé il diritto internazionale – allora non ancora positivizzato – senza mai citare norme concrete che sarebbero state violate dall’imputato. Inevitabile quindi che il PG si concentrasse “solo” sulla pericolosità dell’imputato. Fa specie che al processo la difesa tacciò Calvo d’essere in fondo solo un giureconsulto sudamericano... riproponendo la logica escludente dello straniero! V. SPICHTER 1879, p. 32.

¹⁷³⁸ Propongo qui sostanzialmente degli stralci del processo così come esposto in CONTARINI 2019 Brousse, talvolta aggiungendo altri dettagli.

¹⁷³⁹ Vedi la sentenza pubblicata su FFfr 1879 II 177.

¹⁷⁴⁰ Vodese di Yverdon, dottore, avvocato e professore di diritto pubblico, era già stato Presidente del TF dal 1876 al 1878. Era stato battuto di poco da Droz per l’entrata nel CF. Roguin tra l’altro era stato già CdSo vodese con una coalizione di liberali, radicali moderati e

Heinrich Honegger, radicale, già CN ed ex giudice federale ordinario.¹⁷⁴¹ L'altro doveva essere il conservatore moderato lucernese Alois Kopp (appena eletto al posto di Jakob Dubs, morto il 21 marzo 1879),¹⁷⁴² ma intervenne al giudizio Gaudenzio Olgiati (indipendente, ma vicino ai liberali).¹⁷⁴³ È vero che ormai i giudici non erano più contemporaneamente anche politici, ma è qui evidente che quella Camera criminale era in grado di capire quali risvolti politico-diplomatici vi fossero in gioco. È inoltre interessante che i due giudici che affiancavano il potente Roguin erano scelti quasi *ad hoc*.

La giuria popolare federale era quella del 1° circondario (quello francofono). Estratti a sorte 54 giurati,¹⁷⁴⁴ le parti scelsero (fin troppo) rapidamente chi recusare.¹⁷⁴⁵ All'inizio della seduta il presidente, fra i 13 presentatisi, ne estrasse uno a sorte come supplente, gli altri 12 divennero i giurati effettivi. 6 di loro erano vodesi, 5 neocastellani, un ginevrino, un vallesano. Per alcuni era indicato il mestiere: un municipale, un notaio, un sindaco, un segretario, un medico.¹⁷⁴⁶ Fra i restanti 41 scartati c'erano due deputati, un cancelliere, un *procureur-juré*, un altro municipale, un commissario, un coltivatore, tre altri sindaci, due altri dottori, due altri notai, un *préposé*, un proprietario, un sarto.¹⁷⁴⁷ Lo spaccato sostanzialmente censitario che contraddistingueva le prime giurie popolari svizzere sembra quindi che cominciasse ad allentarsi.

radicali di sinistra, ed era poi stato eletto al CN negli anni della riunificazione radicale vodese compiuta da Ruchonnet, v. BuRiLex Jules Roguin; v. anche MEUWLY, OLIVIER: "Jules Roguin", in: DSS, 16.10.2009 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004357/2009-10-16/>.

¹⁷⁴¹ Agiva come giudice supplente alla Camera criminale proprio dal 1879. Honegger era zurighese, teologo e dottore in diritto, avvocato, procuratore pubblico e poi presidente del Tribunale di appello a Zurigo fino al 1876. CN di sinistra fino al 1869, era diventato un liberale, ma anti-escheriano. Era stato eletto in TF nel 1872, ma si dimise nel 1874, probabilmente per non lasciare il suo ruolo zurighese, rimanendo giudice supplente, v. BÜRGI, MARKUS: "Heinrich Honegger", in: DSS, 24.11.2006 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003649/2006-11-24/> e ora BuRiLex Heinrich Honegger.

¹⁷⁴² BuRiLex Alois Kopp.

¹⁷⁴³ Poschiavino, giurista, avvocato, giudice, granconsigliere e giudice istruttore federale, fu eletto nel TF nel 1874, in genere agiva comunque come giudice della Camera criminale, v. BuRiLex Gaudenzio Olgiati; v. COLLENBERG, ADOLF: "Gaudenzio Olgiati", in: DSS, 02.11.2009 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/013584/2009-11-02/>; sebbene probabilmente vicino ai radicali federalisti, siamo di fronte a uno dei rarissimi casi di giudice federale senza partito, nelle fonti non è indicata una sua appartenenza politica. Era riuscito ad entrare nel TF a causa di una spaccatura fra i ticinesi.

¹⁷⁴⁴ Fastidiosa la procedura: dopo aver rettificato le liste di base con le cancellerie cantonali, la Corte in una seduta preliminare aveva letto a voce alta i nomi dei 608 presenti sulla lista del circondario per poi estrarre i membri della lista che sarebbe stata soggetta alla ricusa arbitraria delle parti, v. ArchTF - 1879 Brousse, estrazione giurati.

¹⁷⁴⁵ Il PG ne ricusò 20 e Brousse, dopo riflessione di 30 minuti, altrettanti, v. ArchTF - 1879 Brousse, selezione giurati.

¹⁷⁴⁶ v. ArchTF - 1879 Brousse, verbale processo.

¹⁷⁴⁷ v. ArchTF - 1879 Brousse, estrazione giurati.

La necessità febbrile d'una condanna ha lasciato delle tracce in archivio riguardanti il modo di funzionare della giuria. C'era infatti un fastidioso silenzio nell'art. 108 PPF 1851: non si capiva se il requisito dei 10 voti su 12 per emanare un verdetto riguardasse solo la condanna o anche l'assoluzione. Ho già mostrato sopra (cap. 7.4.2) che nella procedura di Zurigo c'era una soluzione simile, ma più esplicita. Il presidente Roguin chiese allora lumi al DFGP il 19 e il 20 marzo 1879 sulla storia dell'emanazione di quell'articolo. Il governo inviò al giudice l'estratto del verbale dei dibattiti parlamentari, da cui si evinceva una differenza fra il progetto del CF della PPF e la sua versione finale. C'erano inoltre due emendamenti: uno proponeva di modificare la parola "gegen" (ovvero: una maggioranza di 10 voti su 12 contro l'accusato) con la parola "gegenüber" (quindi parificando le maggioranze necessaria per la condanna e l'assoluzione, come in uso in alcuni cantoni).¹⁷⁴⁸ L'altro emendamento proponeva di iscrivere che bastasse una maggioranza semplice per l'assoluzione. Il parlamento federale decise pilatescamente di eliminare le parole della discordia e di imporre una maggioranza necessaria di 10 su 12, senza specificare di più.¹⁷⁴⁹ È evidente: a fronte del rischio di vedersi Brousse assolto, veniva comodissimo inserire un ostacolo formale quasi inattaccabile.¹⁷⁵⁰ La Camera criminale decise che non solo per condannare Brousse erano necessari 10 voti su 12, ma anche per assolverlo.¹⁷⁵¹

Al dibattimento, dopo le prime parole di rito, si iniziò con l'interrogatorio ai testimoni, ovvero ai co-redattori svizzeri de *L'Avant-Garde*.¹⁷⁵² Invero questi dovevano essere imputati come complici, non come testimoni. Ma il PG aveva usato la scappatoia prevista dall'art. 69 CPF 1853: l'autore dei

¹⁷⁴⁸ Per tutta la questione v. ArchTF - 1879 Brousse, maggioranze.

¹⁷⁴⁹ È evidente: così facendo si avvicinavano comunque alla parola "gegenüber", ma permettevano anche nella contingenza di non doversene servire.

¹⁷⁵⁰ SPICHTER 1879, p. 57, segnalava che vari giuristi non erano d'accordo con questa impostazione: si sarebbe adottato l'assurdo e antico metodo inglese di minacciare i giurati di farli morire di fame finché non ci fosse una minoranza sufficientemente piccola per arrivare a una sentenza.

¹⁷⁵¹ Nella NZZ 20.4.1879, Nr. 182, p. 2, questo dettaglio non è minimamente criticato; NB il 16 maggio 1879 il Dipartimento militare scrisse una circolare agli ufficiali giudiziari in cui si chiedeva di indicare in ogni processo ai giurati quanti voti sarebbero stati necessari per la decisione, v. BBl 1879 II 693; il CF ribadiva questa interpretazione sulle maggioranze necessarie ipocritamente e senza criticarla nel suo rapporto di gestione, v. BBl 1880 II 642, p. 645.

¹⁷⁵² Esiste il protocollo del processo nel faldone degli Archivi federali (Dossier E21#1000/131#14461*), ma ho cercato di utilizzare piuttosto fonti indipendenti. Spichtiger, membro del comitato di redazione de *L'Avant-Garde*, pubblicò il resoconto del processo. Io ho incrociato con i resoconti del giornale liberale *Neue Zürcher Zeitung*, le cui parole sono ritrovabili (sebbene non sia esplicitato) anche in LANGHARD 1903; anche il *Le Révolté* fece un resoconto del processo il 12 maggio 1879, le sue parole sono molto simili a quelle di SPICHTER 1879 (che, ricordo, sono state redatte da Spichtiger).

delitti commessi per mezzo stampa si assumeva la responsabilità penale anche per i complici.¹⁷⁵³

Tutti si mostrarono stupiti d'essere considerati dei criminali. Schwitzgubel era esterrefatto che nella patria di Guglielmo Tell fosse venuto in mente a qualcuno di mettere in stato d'accusa chi riteneva che l'assassinio politico fosse precursore della libertà.¹⁷⁵⁴ Spichiger sostenne che non riteneva ci fossero pericoli per le relazioni internazionali causati da *L'Avant-Garde*. D'altronde, notava, era stato proprio il capo del DFGP Anderwert ad aver detto al parlamento che non c'erano state pressioni dall'estero! Ma mentre rispondeva con queste parole il presidente della Corte lo fermò: il testimone doveva rispondere alle domande, non spiegare qualcosa alla giuria.¹⁷⁵⁵

La requisitoria del PG cominciò con un approccio mordente rivolto alla giuria: "dovete difendere la libertà contro i peggiori nemici".¹⁷⁵⁶ E ricordava che per questo processo non si era riusciti nemmeno a trovare un procuratore pubblico (facendo credere quindi che il problema fosse la pericolosità degli anarchici e non... l'assenza di una base legale per condannarli!). *L'Avant-Garde*:

attacca l'ordine, la legge, l'autorità, la vita degli individui, dei magistrati, dei sovrani; non rispetta né la famiglia, né la religione, né la proprietà, né la patria. [...] Se gli internazionalisti si fossero limitati ad esposizioni dottrinali, il loro organo non sarebbe stato disturbato dal governo. Ma [...] gli anarchici attaccano l'esistenza di tutti gli Stati. [...] Gli anarchici vogliono [...] l'autonomia della Comune, l'appropriazione collettiva della terra e degli strumenti di lavoro, l'autonomia del gruppo [...] ottenendoli con la propaganda del fatto. La propaganda per il fatto [...] significa l'assassinio.¹⁷⁵⁷

Dopo queste invettive il procuratore però relativizzò le sue stesse parole e disse che l'unica cosa rilevante del processo erano gli articoli che, istigando

¹⁷⁵³ v. *NZZ* 17.4.1879, n. 178 p. 2; incriminare qualcuno come complice sarebbe stato ancora peggio, dato che a dire del PG la giuria probabilmente li avrebbe assolti e poi si sarebbe sentita nell'obbligo morale di assolvere anche Brousse (ArchFed - 1879 Morel, Rapporto, p. 10).

¹⁷⁵⁴ SPICHER 1879, p. 12; *NZZ* 17.4.1879, Nr. 178 p. 2; Morel alla fine dei dibattimenti criticò questo rifarsi a Tell, sostenendo che non era comparabile rispetto agli assassini moderni, dato che i suoi atti erano causati da un attacco ai suoi sentimenti di padre, v. SPICHER 1879, p. 59.

¹⁷⁵⁵ SPICHER 1879, p. 10.

¹⁷⁵⁶ "*vous avez à défendre la liberté contre les pires ennemis*", SPICHER 1879, p. 17

¹⁷⁵⁷ "*ce journal attaque l'ordre, la loi, l'autorité, la vie des particuliers, celle de magistrats, celle des souverains; il ne respecte ni la famille, ni la religion, ni la propriété, ni la patrie*". "*si les internationaux se fussent bornés à des exposés doctrinaires, leur organe n'eut pas été inquiété par le gouvernement. Mais [...] les anarchistes attaquent l'existence de tous les Etats*" "*Les anarchiste veulent [...] l'autonomie de la Commune, l'appropriation collective du sol et des instruments de travail, l'autonomie du groupe [...] par la propagande par le fait. La propagande par le fait [...] c'est l'assassinat*", SPICHER 1879, p. 17 ss.

al regicidio e intorbidando le buone relazioni con gli Stati vicini, potevano causare insopportabili danni alla Svizzera.¹⁷⁵⁸ Morel infine affermò di nuovo che lo Stato aveva voluto agire senza aver ricevuto pressione dall'estero, garantiva solo i propri interessi. L'Europa intera aveva infatti preso conoscenza degli attentati con orrore, mentre *L'Avant-Garde* li approvava: "gli altri Stati osservano riguardo il nostro Pese una condotta che ci obbliga".¹⁷⁵⁹ Il PG pretese così una pena severa, per dare un esempio a tutti gli altri rifugiati.¹⁷⁶⁰

L'avvocato notò ironicamente che era stato inventato il reato di partecipazione all'Internazionale!¹⁷⁶¹ Dell'anarchia parlò poco, mentre molte parole furono spese per l'analisi della situazione giuridica.¹⁷⁶² In particolare secondo l'art. 41 CPF 1853 sarebbero stati punibili solo gli attacchi violenti, non l'oltraggio, né la calunnia ad uno Stato straniero.¹⁷⁶³ Si richiamò al principio di legalità, al divieto di analogia, alla libertà di stampa e alla dottrina di Girardin per cui lo scritto può portare ad errori, non però a crimini.¹⁷⁶⁴ D'altronde, notò, la repressione della stampa non si sa mai fino a che punto vada: a seguire il discorso del PG bisognava reprimere la maggior parte dei giornali svizzeri dopo la loro pubblicazione di vari commenti di fuoco a proposito dello scioglimento dell'Assemblea nazionale francese da parte di MacMahon il 16 maggio 1877.¹⁷⁶⁵ L'avvocato espresse poi parole dure contro tutto il titolo del CPF 1853 sui "Delitti contro Stati esteri": era stato emanato sotto pressione dei governi stranieri, ma la saggezza del governo elvetico era riuscita fino ad allora ad evitare che venisse applicato.¹⁷⁶⁶

Su questo punto la versione di Spichiger e quella della *NZZ* improvvisamente divergevano:

- Secondo Spichiger, il difensore ricordò che non c'erano state pressioni straniere.¹⁷⁶⁷

¹⁷⁵⁸ *NZZ* 18.4.1879 n. 179 p. 2.

¹⁷⁵⁹ "*les autres Etats observent à l'égard de notre pays une conduite qui nous oblige*", SPICHTER 1879, p. 24.

¹⁷⁶⁰ SPICHTER 1879, p. 24; *NZZ* 20.4.1879, Nr. 182, p. 2. Chiese un anno di pena e 12 anni di espulsione, oltre ai costi processuali e ai costi per la pubblicazione della sentenza in dieci quotidiani, così da dare risarcimento morale agli Stati stranieri.

¹⁷⁶¹ SPICHTER 1879, p. 25.

¹⁷⁶² SPICHTER 1879, p. 33 ss.

¹⁷⁶³ SPICHTER 1879, p. 31 ss.; *NZZ* 18.4.1879 n. 180 p. 2.

¹⁷⁶⁴ v. *NZZ* 18.4.1879 n. 180 p. 2.

¹⁷⁶⁵ *NZZ* 18.4.1879 n. 180 p. 2.

¹⁷⁶⁶ SPICHTER 1879, p. 33; *NZZ* 18.4.1879 n. 180 p. 2; come visto sopra, npp. 1487, il difensore non fu certo l'unico a sostenere questa tesi negli anni.

¹⁷⁶⁷ SPICHTER 1879, p. 31 ss.

- Per la *NZZ* invece, l'avvocato si chiese se fosse necessario condannare qualcuno in mancanza di qualsiasi norma, ma solo a causa della pressione straniera.¹⁷⁶⁸

Lo ricordo: Spichiger era co-redattore de *L'Avant-Garde*, mentre la *NZZ* era in mano liberale. Sulla questione della pressione straniera si stava quindi giocando la "battaglia" politico-mediatica. Qua ben si nota il gioco del giornale radicale zurighese: mettere in bocca alla difesa le parole del rischio politico-internazionale era il modo migliore per far credere che gli anarchici volessero uscire strategicamente dal quadro giuridico segnato dal processo.¹⁷⁶⁹ In realtà gli anarchici nel quadro giuridico ci stavano, eccome. Per l'avvocato di Brousse la fattispecie in gioco era data dall'art. 42 CPF 1853, dato che in gioco c'erano solo parole e non atti. Ma mancava la richiesta di messa in stato d'accusa da parte dell'altro Stato.¹⁷⁷⁰ Chi usciva dai margini era invece proprio la *NZZ*, che spostava invece il terreno di gioco sul discorso "Stato straniero vs. cittadino straniero", mettendo in bocca alla difesa le parole di un presunto rischio politico-internazionale che stava correndo la Svizzera a causa dell'anarchico.¹⁷⁷¹

Nel suo intervento finale Brousse ebbe libertà di parola. Sostenne fra l'altro l'assurdità di essere imputato nonostante a Zurigo ci fosse un noto bar dedicato a Felice Orsini, che aveva tentato di assassinare Napoleone III: le insurrezioni borghesi liberali erano state regicide tanto quanto gli anarchici. Ricordò inoltre che l'art. 41 CPF 1853 non puniva l'istigazione¹⁷⁷² e che comunque *L'Avant-Garde* non aveva mai consigliato di commettere un regicidio, per cui bisognava capire quali fossero i veri motivi del perseguimento contro di lui. Propose due ipotesi: era stato il CF ad averlo deciso, oppure l'influsso degli Stati stranieri era stato determinante? Per quasi due anni l'autorità non era intervenuta, e ora, dopo gli articoli de *l'Epoca* e del *Norddeutsche Allgemeinen Zeitung*, tutto era diventato punibile. Per Brousse era evidente: si trattava della seconda ipotesi.¹⁷⁷³ Insomma, a dire dei resoconti di Spichiger, Brousse da buon profano del diritto sconfessava platealmente la strategia difensiva del suo avvocato. Non si sa se fu una posizione concordata.

¹⁷⁶⁸ *NZZ* 18.4.1879 n. 180 p. 2.

¹⁷⁶⁹ Sul senso del "rigido legalismo" già di Furrer v. sopra, cap. 8.2.3.

¹⁷⁷⁰ Rimaneva quindi solo l'espulsione, SPICHIGER 1879, p. 31.

¹⁷⁷¹ *NZZ* 18.4.1879 n. 180 p. 2.

¹⁷⁷² SPICHIGER 1879, p. 48 ss.

¹⁷⁷³ SPICHIGER 1879, p. 53 ss.; *La NZZ* 20.4.1879, Nr. 182, p. 2, additandolo come "*Fanatiker*", chiari che Brousse sosteneva di non voler indagare se ci fossero state o meno pressioni internazionali, ma disse che durante gli interrogatori le autorità gli avevano ben spiegato il pericolo che stava correndo la Svizzera. *La NZZ* ribadì che proprio Brousse notava che il perseguimento era iniziato solo dopo i due articoli dei giornali stranieri.

8.4.2.2 La sentenza della giuria, il verdetto della Corte

Arrivati al momento delle domande alla giuria, sostiene Spichiger, il Presidente si rivolse ai giurati in modo del tutto irrituale, ricordando il loro ruolo civico e che esisteva un diritto delle genti, risultante anzitutto dalla morale umana.¹⁷⁷⁴ Un *Résumé* alla francese in tutto il suo splendore, peraltro non previsto – guai a noi – dalla legge. Leggermente diverso il resoconto del corrispondente *NZZ*, che sostenne che il presidente affermò solo che il diritto internazionale derivava dai trattati e che pretendeva lo stesso rispetto per le istituzioni dell'altro Stato così come per il proprio.¹⁷⁷⁵ *Le Révolté* sosteneva addirittura che a dire del presidente Roguin il procuratore aveva *dimostrato* che Brousse aveva commesso un delitto...¹⁷⁷⁶

La Camera criminale passò quindi alle domande da porre alla giuria popolare:

L'imputato Marie Louis Paul Brousse, come autore o editore dei seguenti articoli inseriti nei n. 12, 27, 28, 30, 34, 35, 38, 39 e 40 del giornale "*L'Avant-Garde*" è colpevole di aver commesso volontariamente un atto contrario al diritto delle genti, provocando ed incitando pubblicamente a commettere l'assassinio di regnanti e magistrati di Stati stranieri alla Svizzera?

La giuria rispose SÌ per 11 voti a 1.

L'imputato Marie Louis Paul Brousse, come autore dei seguenti articoli inseriti nei n. 1, 3, 14 e 30 del giornale "*L'Avant-Garde*" è colpevole di aver commesso volontariamente un atto contrario al diritto delle genti provocando ed incitando pubblicamente a commettere insurrezioni armate per rovesciare i sovrani e i governi di Stati stranieri alla Svizzera?

A questa domanda la giuria rispose NO per 10 voti a 2.¹⁷⁷⁷

¹⁷⁷⁴ SPICHTIGER 1879, p. 55 s.; così le parole nel verbale ufficiale (v. qui sopra npp. 1752): "*Mons.r le Président retrace ensuite aux jurés la tâche qu'ils ont à remplir conformément à l'art. 92 du Code de procédure pénale fédérale; il insiste sur l'importance de leur mission et leur expose la portée de la notion du droit des gens, auquel le prévenu est accusé d'avoir porté atteinte*".

¹⁷⁷⁵ *NZZ* 20.4.1879, Nr. 182, p. 2.

¹⁷⁷⁶ *Le Révolté* del 12 maggio 1879, p. 4; chiuso *L'Avant-Garde*, *Le Révolté* – organe socialiste, era stato subito fondato nel 1879 a Ginevra da Kropotkin, v. REDAZIONE DEL DSS: "Anarchismo", in: DSS, 17.06.2002 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/017399/2002-06-17/>.

¹⁷⁷⁷ "*L'accusé Marie Louis Paul Brousse, comme auteur ou éditeur des articles suivants insérés dans les n. 12, 27, 28, 30, 34, 35, 38, 39 et 40 du journal „L'Avant-Garde” est-il coupable d'avoir commis avec dol un acte contraire au droit des gens en provoquant et excitant publiquement à commettre l'assassinat de Rois et magistrats d'Etat étrangers à la Suisse ?*" e "*L'accusé Marie Louis Paul Brousse, comme auteur des articles suivants insérés dans les n. 1, 3, 14 et 30 du journal „L'Avant-Garde” est-il coupable d'avoir commis avec dol un acte contraire au droit des gens en provoquant et excitant publiquement à commettre des*

Si nota immediatamente: nella domanda posta ai giurati la Camera criminale non aveva citato l'articolo di legge violato da Brousse. La difesa ne era conscia e prima che la giuria entrasse in camera di consiglio aveva chiesto che fossero riportate perlomeno le parole esatte dell'art. 41 CPF 1853, con l'aggiunta della parola "analogo" dopo la parola "atto".¹⁷⁷⁸ Ma la Corte criminale, dopo una discussione, decise di non farne menzione alcuna, dato che

Il programma presidenziale caratterizza in modo sufficiente le infrazioni al diritto internazionale rilevate contro l'imputato.¹⁷⁷⁹

La difesa, una volta emanato il verdetto allora chiese nuovamente che la Corte specificasse la questione di diritto: voleva in particolare sapere se una provocazione non seguita da conseguenze concrete potesse essere considerata come un atto.¹⁷⁸⁰ Ma i giudici si rifiutarono di fare i giudici, i giurati bastavano e avanzavano.

Riporta Spichiger: **"Il giudice Olgiati non si pronuncerà sulla questione giuridica: essa è stata decisa dal verdetto della giuria"**.¹⁷⁸¹ Il giudice Honegger non era proprio convinto per quale delitto Brousse fosse colpevole e ricordò che la difesa chiedeva un proscioglimento a norma dell'art. 117 PPF 1851 se il verdetto non si fosse riferito alla violazione di una legge. Nel contempo notava che in realtà giurati avevano asserito la colpa in relazione a un delitto contro il diritto internazionale.¹⁷⁸² Il presidente Roguin notò che se le domande poste alla giuria si fossero sul serio riferite alla questione di fatto dell'istigazione all'assassinio politico, la Corte avrebbe dovuto decidere se si fosse stati davanti ad un atto contrario al diritto internazionale. Ma secondo lui le domande ai giurati prevedevano entrambi i casi, ovvero (interpreto liberamente quelle confuse parole): secondo il presidente Roguin la Corte criminale aveva chiesto alla giuria di decidere sia sull'istigazione, sia sull'interpretazione giuridica di quell'istigazione. Il diritto internazionale secondo lui pretendeva che gli atti vietati contro le autorità del proprio Paese fossero vietati anche laddove diretti contro i

insurrections à main armée pour renverser les souverains et les gouvernements d'Etats étrangers à la Suisse?", ArchTF - 1879 Brousse, domande alla giuria.

¹⁷⁷⁸ Con tutti i distinguì storici del caso, penso sia interessante notare che oggi le ricerche dimostrano che i giudici non togati sono molto attenti nel considerare le regole formali che dominano sull'apprezzamento delle prove, ma bisogna far loro sapere quali regole siano in gioco..., RENNIG 1993, p. 232.

¹⁷⁷⁹ *"le programme présidentiel caractérise d'une manière suffisante les infractions au droit des gens relevées contre le prévenu par l'accusation"*, ArchTF - 1879 Brousse, verbale processo, p. 7 s.; v. anche SPICHIGER 1879, p. 58.

¹⁷⁸⁰ SPICHIGER 1879, p. 61; non troviamo traccia nel verbale della seduta né di questa domanda, né della seguente discussione dei giudici.

¹⁷⁸¹ *"M. le juge Olgiati ne se prononcera pas sur la question juridique ; elle a été tranchée par le verdict du jury"*, SPICHIGER 1879, p. 61 (grassetto mio).

¹⁷⁸² SPICHIGER 1879, p. 62; NZZ 20.4.1879, Nr. 182, p. 2.

sovrani stranieri. Si trattava quindi di sapere se si potesse usare l'art. 48 CPF 1853 per analogia.¹⁷⁸³

I giudici infine relativizzarono i fatti stabiliti nel verdetto. Volendo ammorbidire la pena, infatti, Olgiati sostenne che in realtà non si trattava di un delitto compiuto, ma di un tentativo. Sostenne inoltre che, dato che il numero di lettori del giornale era piccolo, gli articoli non erano in grado di produrre un pericolo reale per la Svizzera.¹⁷⁸⁴ Honegger constatò che negli articoli di Brousse non si riusciva a trovare nessun incitamento diretto al regicidio. La pena inoltre doveva essere mitigata, dato che Brousse era cresciuto in un Paese dispotico e non sapeva quindi moderare appieno la lingua.¹⁷⁸⁵ Tutto ciò, nella sua necessaria irrazionalità giuridica, era riportato nero su bianco anche sulla *NZZ*. Non era insomma materiale di propaganda di oscuri anarchici amanti del disordine...

La pena finale decisa dalla Camera criminale per Brousse infine ammontò a 10 anni di espulsione, 2 mesi di prigionia da scontare, 200 Fr. di costi. La sentenza doveva essere pubblicata sul *FF* e la confisca non valeva.¹⁷⁸⁶

8.5 *La norma come mero supplément*

La norma come programma del sistema è l'espressione di un futuro che potrebbe essere, nonostante si presuppone che esso non sarà tale (perché se fosse tale non ci sarebbe bisogno della norma...). Chiaramente si tratta di un futuro autocreato, una finzione che ha la pretesa di immobilizzare un futuro mobile – o perlomeno di influenzarlo. È la comunicazione della volontà di un futuro diverso. Non è però una storia, una poesia o un sogno:

la distinzione tra aspettativa e fantasia, tra decisione e arbitrio [è che si] si decide sempre in condizioni di incertezza, ma questo non vuol dire che si considerano i previsti eventi futuri indipendenti dall'azione presente.¹⁷⁸⁷

¹⁷⁸³ *NZZ* 20.4.1879, Nr. 182, p. 2; l'idea di usare l'art. 48 CPF 1853 per analogia era farina del sacco di Furrer, riportata da ULLMER 1862, come ho mostrato sopra, cap. 8.2.2.

¹⁷⁸⁴ *NZZ* 20.4.1879, Nr. 182, p. 2. Propose quindi solo 2 mesi di galera, 5 anni di espulsione e costi. Propose inoltre che la confisca non valesse come sanzione, ma comunque di mantenere il sequestro. Si noti che nella domanda approvata dai giurati non si parla di tentativo.

¹⁷⁸⁵ SPICHTER 1879, p. 62; *NZZ* 20.4.1879, Nr. 182, p. 2.

¹⁷⁸⁶ ArchTF - 1879 Brousse, verbale processo, p. 7.

¹⁷⁸⁷ ESPOSITO 2001, p. 201 e la letteratura *ivi* citata; sull'aspettativa come marchio della *différance* derridiana v. AMSTUTZ 2008, p. 139; BAER 2011, p. 254, considera le norme come vettori di valori. Si noti però che il segreto bancario, ovvero la comprensione svizzera della differenza giuridica fra truffa e sottrazione fiscale che ha condizionato la nostra quotidianità per decenni, è caduto in dieci minuti. Di fronte al panico, l'autonominata élite mostrò interessante affinità con il vituperato popolo della "strada". La narrativa di Baer va relativizzata: più che vettori di valori, talvolta le norme sembrano dei portavalori, cioè delle scatole chiuse che negano la possibilità agli altri di accedere ai valori che essi contengono. Bisogna appropiare le norme in un modo diverso, come espressione di logiche di

La norma assume la forma di aspettativa comportamentale controfattuale. Come spiega Luhmann, si tratta del risultato dell'operazione di un osservatore: può essere seguita – oppure no. La norma **non promette che qualcuno la segua**, tutela però chi se lo aspetta.¹⁷⁸⁸ Questa ambivalenza della norma la rende una forma asimmetrica, dato che il *re-entry* entra in considerazione solo da una parte.¹⁷⁸⁹ Di solito si pensa che la legge¹⁷⁹⁰ sia gerarchicamente sovrapposta al giudice. In realtà quel rapporto è paritario, simmetrico: la norma e l'operazione sono paralleli e reciproci.¹⁷⁹¹ È il diritto, infatti, a statuire quando la norma sia valida giuridicamente. Per sciogliere questa tautologia (“il diritto è diritto”) si usa la gerarchizzazione delle norme in varie fonti (costituzione, leggi, ...), a sua volta raddoppiata nella distinzione tra un sistema sociale e un sottosistema giuridico.¹⁷⁹² Si tratta però solo di un *escamotage*, che nasconde una dura realtà: la norma giuridica moderna per il diritto non regola il nostro presente, né è un impianto che disciplina il nostro futuro. Non è nemmeno una guida (*Steuerung*) della società. Al massimo guida l'operazione del diritto, niente più. La norma è solo una „eccedenza di rimandi” (*Verweisungsüberschüsse*).¹⁷⁹³ Il tribunale

ricordo/dimenticanza del sistema – e quindi inserirle nella loro dimensione evolutiva, distinguendo la loro funzione per il diritto dalla loro funzione per la politica. Ricordo qui infatti che “le organizzazioni modificano la forma dell'insicurezza, trasformando l'insicurezza del mondo, **indeterminata e ingestibile**, in sicurezza interna, ma nei confronti di un mondo che rimane intrasparente – e quindi una **nuova insicurezza** autogenerata”, ESPOSITO 2001, p. 201 e la letteratura *ivi* citata. Pensare che le norme nel diritto portino valori (inteso: valori morali o politici) può al massimo essere vero in una logica di *re-entry*, necessariamente contingente.

¹⁷⁸⁸ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 135.

¹⁷⁸⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 176.

¹⁷⁹⁰ La legge è un'innovazione giuridica solo indiretta: provoca la domanda del sistema giuridico se per rimediare al difetto ci voglia o meno un cambiamento giuridico. È possibile quindi che un'innovazione venga rifiutata perché non garantirebbe la stabilità del sistema, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 277; importante è distinguere rigidamente la norma dalla fonte giuridica (“*Rechtsquelle*”), a cui è solo affibbiato il ruolo di sciogliere il paradosso con tendenze esternalizzanti, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 102.

¹⁷⁹¹ Secondo Luhmann l'asimmetrizzazione sta all'interno del codice stesso, permessa dal *supplément*, facendo decidere all'operazione che è lecito decidere secondo il codice lecito/illecito. Il *supplément* può essere decostruito, portando però al problema delle origini del mondo: un altro paradosso. Per questo Luhmann preferisce l'approccio dell'invisibilizzazione, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 189, p. 216 e p. 547; i programmi condizionali sono necessari per la “supplementizzazione” del codice e la relativa “rispecificazione” della formula di contingenza “giustizia”, *ivi*, p. 231. Non a caso per Luhmann la ponderazione degli interessi, così di moda oggi, va rigettata se si decide di rimanere nel sistema giuridico, *ivi*, p. 397.

¹⁷⁹² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 102, che si riferisce alla gödelizzazione, l'esternalizzazione nella lingua.

¹⁷⁹³ Secondo Derrida, invero criticato da Teubner, queste “eccedenze di rimandi” (*Verweisungsüberschüsse*) ci sono in vari sistemi: come effetto paradossale del “dono puro” rispetto ad un'economia orientata al profitto, dell'“amicizia” rispetto ad una politica professionalizzata, del “perdono” rispetto ad una morale secolarizzata, ed infine della

al centro del sistema giuridico può sempre creare nuove norme (“doppia modalizzazione”) a prescindere dal contenuto di quelle già emanate, è anzi l’unico in grado di risolvere le insicurezze giuridiche proprio grazie a quella riserva.¹⁷⁹⁴ Il sistema decisionale comunque non costruisce la sua complessità considerando la doppia modalizzazione (ovvero il fatto che costruisce norme attraverso norme), resta infatti indifferente alle aspettative e opera solo in base al codice.¹⁷⁹⁵ Quando il codice operativo del diritto si stabilizza, allora si crea anche una norma di carattere autopoietico, a cui il giurista si richiama “dimenticando” che è solo con il codice del diritto che fa l’operazione giuridica.¹⁷⁹⁶

Il tribunale non decide in base alle norme. Nel diritto moderno piuttosto si decide in forza¹⁷⁹⁷ alle aspettative normative, dato che il diritto può anche eroderle, può consumare una norma, renderla irricognoscibile.¹⁷⁹⁸ In questo senso, a dire di Luhmann, l’aspettativa normativa vale come *supplément* del codice del diritto, in senso esplicitamente derridiano:¹⁷⁹⁹ essa **sta all’operazione giuridica in senso relazionale-produttivo, complementare che non completa**. È quello che è lo scritto per la parola: non ne descrive il contenuto, ma senza lo scritto la parola sarebbe inferma. È performativo, circolare.¹⁸⁰⁰ Nella comunicazione ciò che è indispensabile viene infatti portato con sé solo come laterale, un simbolo, un semplice *supplément*.¹⁸⁰¹ Si comprende come mai secondo Amstutz le aspettative normative siano

“giustizia” rispetto ad un diritto altamente tecnico, TEUBNER 2003, p. 37 e la letteratura *ivi* indicata.

¹⁷⁹⁴ Luhmann indica comunque anche altri ambiti di doppia modalizzazione normativa: anche due cittadini fra loro (o attraverso i loro avvocati) possono farlo, ad esempio creando un contratto, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 145 ss.

¹⁷⁹⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 148.

¹⁷⁹⁶ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 203 s.; è in particolare l’organizzazione giudiziaria che stabilisce il codice.

¹⁷⁹⁷ AMSTUTZ 2008, p. 140.

¹⁷⁹⁸ Ciò che ho mostrato ampiamente in relazione all’art. 41 CPF 1853 lungo tutta la ricerca, ma anche in relazione all’art. 277 PPF 1934.

¹⁷⁹⁹“*Aus der Codierung ergibt sich aber nur ein Ergänzungsbedarf, ein Bedarf für ‘Supplemente’ etwa im Sinne von Derrida*”, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 189; “*Eine erste Anreicherung besteht in der Zusatzunterscheidung von Codierung und Programmierung. Man kann konditionale Programme als ‘Supplement’ (Derrida) hinzufügen*”, *ivi*, p. 215 s.; “*Kelsen hatte in dieser Beziehung von Gerechtigkeit als Gleichheit und konditionaler Programmierung ein rein logisches Problem gesehen [...] Mit Bezug auf Derridas Begriff des ‘supplement’ wollen wir darauf hinweisen, dass dem nicht so ist. Kelsen hatte offenbar nicht registriert, welche Probleme im Verhältnis von Logik und Paradoxien bereits zu seiner Zeit diskutiert wurden*”, *ivi*, p. 231, npp. 47.

¹⁸⁰⁰ AMSTUTZ 2008, p. 133 ss.; come già indicato sopra, anche il dibattito svolto in chiave teatrale è una forma di *supplément* che permette di dare una nuova vita alla verità, o anzi di creare una nuova verità, cfr. SEIBERT 1994, p. 169.

¹⁸⁰¹ TEUBNER 2003, p. 37, npp. 45 sostiene che Luhmann abbia criticato troppo ferocemente Derrida. Ma come ho mostrato qui sopra, la sua teoria della norma è sostanzialmente derridiana. Per un interessante ipotetico dialogo fra luhmaniani e derridiani, e quindi sulla differenza fra sistema e *différance*, v. KIESOW 2008.

ritrovabili anzitutto nel diritto “inufficiale” (“*inoffizielle*”), negli arcani del diritto (*Arkane des Rechts*).¹⁸⁰²

La domanda, inevitabilmente, è se non ci si avvicini pericolosamente alla semiotica, visto che “è segno qualsiasi cosa che possa essere assunta” e “questo qualcosa d’altro non deve necessariamente esistere, né deve sussistere di fatto nel momento in cui il segno sta in luogo di esso”, per cui la semiotica “è la disciplina che studia tutto ciò che può essere usato per mentire”.¹⁸⁰³ Luhmann critica programmaticamente la semiotica, perché essa ragiona su una triade (significante, significato e segno), ovvero includendo quello che invece la teoria dei sistemi considera il terzo escluso.¹⁸⁰⁴ Qui sta la chiave del paradosso della modernità liberale, la logica del codice tecnicizzato, che mette in conto anche la gödelizzazione (ovvero: la non motivabilità) dell’operazione: grazie al codice ogni senso può essere universalmente specificato, permettendo il ritorno del terzo escluso sotto forma di programmazione, ovvero di norma (e non di codice), di decisione e di decidente.¹⁸⁰⁵

Il giurista dice che “usa la legge”, ma in realtà si tratta sempre (solamente) di gestire un conflitto processuale in cui non si sa mai fino in fondo come opererà il codice, dato che entrambe le parti del codice sono sempre a disposizione. Il *crossing* è in particolare quell’operazione tecnica che rende efficace il sistema, dato che permette di operare con entrambi i valori diritto/non-diritto contemporaneamente: anche dove la decisione sia stata veramente casuale, la tecnicizzazione del codice è conservata, dato che comunque chi osserva la decisione può specificare se, e in quale precisa ottica chi ha preso la decisione ha fatto quale differenza giuridica.¹⁸⁰⁶ Dal punto di vista sistemico le leggi si rivelano solo irritazioni per il diritto: dato che il giudice ha l’obbligo di decidere, si instaura necessariamente l’indistinguibilità tra creazione e applicazione del diritto. La presunta superiorità politica di elaborare leggi, infatti, in realtà nel processo non può esserci, siccome non ha nulla a che vedere con la superiorità di una parte in un processo: diritto e politica sono due sistemi diversi con “due diverse forme di comunicazione d’aspettative relativamente al comportamento altrui”.¹⁸⁰⁷

¹⁸⁰² AMSTUTZ 2008, p. 139; non tratto qui comunque il suo approccio *parasitär* a Girard (*ivi*, p. 136).

¹⁸⁰³ ECO 2016, p. 17 e la letteratura *ivi* citata. Ringrazio Nathalie Campana per avermi reso attento a questi passi di Eco.

¹⁸⁰⁴ V. HABERMANN 2012, p. 315.

¹⁸⁰⁵ Cfr. LUHMANN 1988 Frauen, p. 60 ss.

¹⁸⁰⁶ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 183 s., Su questo punto Luhmann nota che proprio le ricerche sull’influsso dell’origine partitica dei giudici dimostrano quanto poco conti quest’ultima.

¹⁸⁰⁷ “*zwei verschiedene Formen der Kommunikation von Erwartungen in Bezug auf das Verhalten anderer*”, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 151.

La legge è solo un'informazione ben osservabile grazie al particolare accoppiamento strutturale che intercorre tra politica e diritto.¹⁸⁰⁸

Su Luhmann aleggiano leggende che lo considerano un tecnicista. Spiace che si voglia trovare a tutti i costi una dimensione normativa nel suo approccio descrittivo, e intanto la società avanza. In realtà, dopo la svolta scientifica autopoietica, Luhmann ha “solo” chiarito che la componente giuridica moderna non serve a razionalizzare il programma “profano” (non giuridico), quanto piuttosto a sciogliere il paradosso della decisione. Ma proprio in questa logica afferma che il diritto non abbia certo bisogno dell'argomentazione per decidere: in realtà può anche decidere e basta, l'autopoiesi non sarebbe messa in pericolo, dato che decidendo il tribunale si prende una competenza-competenza.¹⁸⁰⁹ Persino la decisione di smettere di motivare nel diritto moderno è un'arma di invisibilizzazione del paradosso!¹⁸¹⁰

Questa indifferenza del diritto per le motivazioni giuridiche a dire di Luhmann è possibile grazie alla bistabilità del sistema, ovvero quella caratteristica che definisce un sistema che può accettare entrambi gli stati del codice binario. Il *crossing* permette la bistabilità, dato che si tratta di una seconda operazione che opera sull'operazione per poter anche raggiungere lo stato contrario rispetto a quello precedente. In ottica sistemica significa poter reagire all'ambiente (ovvero: cambiando il risultato della propria operazione) senza però dovervisi adeguare.¹⁸¹¹ “L'altra parte” del codice, il non-diritto, non è comunque uno spazio bianco.¹⁸¹² Nel diritto moderno – è bene qui ricordarlo – non è infatti l'ambiente che determina il sistema, è il sistema che crea il suo ambiente e cerca in sé i mezzi adeguati a compensare i suoi stessi “difetti”. L'ambiente al massimo “irrita” il diritto.¹⁸¹³

¹⁸⁰⁸ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 471.

¹⁸⁰⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 203.

¹⁸¹⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 498.

¹⁸¹¹ Certo, questo esclude la presenza di un terzo valore del codice, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 177; KURTZ 2002, p. 57, sottolinea comunque che mentre p.e. la scienza o la politica hanno fatto diventare la parte preferita del codice anche il medium comunicativo che li simbolizza (la verità, risp. il potere), il diritto non trova un medium che ne simbolizzi il valore positivo del codice. Trova invece nel professionalismo la tendenza verso una parte della forma. Penso che uno dei motivi di questa intelligente differenza trovata da Kurtz stia proprio nella bistabilità del sistema giuridico, che non ha nessun problema a considerare non-giuridica una comunicazione, se non quello di mettere in discussione la consistenza – cosa che peraltro succedeva proprio con le giurie popolari!

¹⁸¹² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 178.

¹⁸¹³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 276.

8.6 *L'insufficienza del liberalismo nei piani egemonici liberali*

8.6.1 La nazionalizzazione della polizia e il ritorno del PG

*In anderer Richtung ist auch die Frage aufgeworfen worden, ob wir nicht zur Bekämpfung des Anarchismus, zur Einführung einer eidgenössischen politischen Polizei schreiten sollten. [...] Es würde eine solche Massregel einerseits der Opposition der Föderalisten und andererseits der natürlichen Abneigung Unseres Volkes gegen alles, was Polizei heisst, namentlich aber gegen eine politische Polizei, begegnen.*¹⁸¹⁴

8.6.1.1 **La Svizzera come nazione politica**

Ho mostrato sopra (cap. 8.1) che la Confederazione usò sin da subito i rifugiati politici stranieri come strumento di autodescrizione, muovendosi a cavallo di due mitologie: la Svizzera come terra d'asilo e la Svizzera come terra neutrale. Poteva in questo modo sempre scegliere geometrie variabili su chi e quando accogliere e come e chi espellere. Già nel suo rapporto di gestione del 1854 il CF notò che agli aventi diritto d'asilo da perseguire bisognava dare un passaporto, dei soldi e espellerli oltremarica o oltreoceano.¹⁸¹⁵ La polizia politica, che emerge dalle fonti dagli anni '70 dell'Ottocento, è infatti anzitutto identificata con la polizia degli stranieri.¹⁸¹⁶ L'esclusione fisica dello straniero politicamente problematico, dopo un periodo di carcere, era infatti uno strumento preferito alla via giudiziaria fino alla fine dell'Ottocento.¹⁸¹⁷ Questa costatazione va a braccetto con quella di Gruner secondo cui "la Svizzera è una nazione politica come nessun altro Stato".¹⁸¹⁸

Ciò che era nuovo era l'accanimento contro il movimento dei lavoratori. In particolare di fronte agli attentati anarchici in Svizzera da lato borghese vennero mischiati tutti assieme socialismo, anarchia e terrorismo. A differenza di Ruchonnet, la *NZZ* ad esempio non distingueva fra socialisti e anarchici e l'anarchismo era usato per discreditarlo il movimento sindacalista. In un momento di perdita di senso del mondo liberale, tacciare l'anarchico straniero di essere estremamente pericoloso e quindi costruirlo come

¹⁸¹⁴ Il procuratore ad hoc Eduard Müller, poi CF, nel suo rapporto, BBl 1885 III 537, p. 718.

¹⁸¹⁵ BBl 1854 II 49, p. 85.

¹⁸¹⁶ GROSSEN/STEFFEN/WIEDMER/WYSS 1992, p. 112; per una prima storia della polizia politica v. anche LANGHARD 1909, che in quanto inviato della *NZZ* sei anni prima aveva pubblicato un'altra monografia sul movimento anarchico, LANGHARD 1903 (su questa sua attività v. VUILLEUMIER 1992 police, p. 33).

¹⁸¹⁷ Cfr. KROPFENBERG/LINDER 2014, p. 86.

¹⁸¹⁸ "Die Schweiz ist aber wie kaum ein anderer Staat eine politische Nation", GRUNER 1967, p. 320.

“*imagined community*” era uno dei modi per costruire la nazione attraverso una cartina tornasole, un “fuori” che certificava un “dentro”.¹⁸¹⁹

La libertà di stampa, che i liberali avevano sempre utilizzato per esaltare i rovesciamenti violenti, per gli anarchici (stranieri) ormai non valeva più. Il 19 dicembre 1878 il CF rispose a un’interpellanza del CN radicale Vogt¹⁸²⁰ e cofirmatari che chiedevano lumi sulla violazione della libertà di stampa causata dall’inchiesta contro *L’Avant-Garde* e sull’intervento governativo contro il tipografo.¹⁸²¹ Il CF Anderwert sostenne che le decisioni su *L’Avant-Garde* erano state prese al fine di evitare che si abusasse del diritto di asilo, visto che il giornale metteva in pericolo le buone relazioni internazionali. Inoltre, sosteneva che si agiva in modo conforme alla legge e che non si doveva certo aspettare l’iniziativa cantonale.¹⁸²² Ruchonnet continuò questo approccio, riteneva che i cantoni valessero come corpi intermedi nell’azione di controllo, unificando senza centralizzare. Il risultato: tra il 1874 e il 1889 ci furono sei grandi inchieste condotte da un PG federale (*ad hoc*) che riguardavano anarchici e socialisti.¹⁸²³

8.6.1.2 La distinzione fra socialisti e anarchici come strategia legislativo-diplomatica

La distinzione di Ruchonnet fra socialisti e anarchici fu soprattutto importante nel 1885, quando il CF ricevette svariate lettere minatorie di un fantomatico gruppo anarchico internazionale che minacciava di far saltare in aria il Palazzo federale. Ruchonnet non si fece certo scappare l’occasione e fece scandagliare la Svizzera a tappeto da un PG *ad hoc*, il CN radicale Eduard Müller.¹⁸²⁴ Si scoprì infine che esse erano solo opera di un mitomane. 1825 Ma l’occasione era stata buona per far stilare al PG un rapporto conclusivo¹⁸²⁶ che era sostanzialmente un manifesto contro l’anarchia. Anche Müller distingueva con cura i socialdemocratici, che volevano migliorare (*Verbesserung*) l’ordine sociale, e gli anarchici (in particolare la

¹⁸¹⁹ GERMANN 2012, p. 204 s. e la letteratura *ivi* citata.

¹⁸²⁰ SCHOLL, SARAH: “Carl Vogt”, in: DSS, 05.01.2015 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003899/2015-01-05/>.

¹⁸²¹ Pressefreiheit. Unterdrückung der Zeitung “L’Avant-Garde” in La Chaux-de-Fonds wegen anarchistischer Umtriebe. Interpellation von NR Vogt GE [...], 19.12.1878, in: Meyrat, Walter (ed.), Repertorium über die Verhandlungen der Bundesversammlung der schweizerischen Eidgenossenschaft, vol. 2 1874-1891, Berna 1972, p. 99, n. 1967; il testo dell’interpellanza si trova nel Verbale CF - 1878 6615; lo si trova anche in LANGHARD 1903, p. 126.

¹⁸²² LANGHARD 1903, p. 128 ss.

¹⁸²³ Cfr. GROSSEN/STEFFEN/WIEDMER/WYSS 1992, p. 122 ss.

¹⁸²⁴ Poi nel CF dal 1895 al 1919, quasi sempre a capo del EJPD, quindi in prima linea sulla questione anarchica, STETTLER, PETER: “Eduard Müller”, in: DSS, 19.11.2009 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004619/2009-11-19/>.

¹⁸²⁵ V. per un breve riassunto del caso MÜLLER 2009, p. 159 s. e BURKHARD 2010, p. 56 ss.

¹⁸²⁶ Il rapporto (187 pagine) venne reso pubblico in BBl 1885 III 537.

rivista *Freiheit* di Most), che propugnavano la propaganda del fatto.¹⁸²⁷ Il PG radicale in particolare evidenziò l'assenza di una forza di polizia coordinata a livello federale che potesse scongiurare le azioni rivoluzionarie.¹⁸²⁸ Nelle conclusioni notò inoltre che, nell'ipotesi di inquisire qualcuno, non si riuscivano a individuare elementi di imputabilità con le basi legali date. In particolare, l'art. 41 CPF 1853, sebbene fosse un "paragrafo di caucciù" ("*Kautschukparagraf*"), a causa dei principi penali non poteva certo essere esteso a volontà.¹⁸²⁹ Inoltre, nonostante in Europa e in Germania in particolare stesse soffiando un certo vento autoritario,¹⁸³⁰ era convinto che il liberale CPF 1853¹⁸³¹ fosse sufficiente per lottare contro il movimento anarchico, che secondo lui era ormai in caduta libera e una legislazione speciale avrebbe solo ravvivato la fiammella. La strategia da percorrere era, a dire di Müller, che lo Stato nella sua funzione di mediatore riconoscesse la validità delle richieste del ceto dei lavoratori, che soffrivano veramente.¹⁸³² D'altronde in Svizzera gli anarchici, spiegava sempre Müller, non erano certo pronti a organizzare attentati come li propugnava Most.¹⁸³³

Sebbene Müller avesse sconsigliato anche di creare una polizia politica, dato che gli svizzeri la polizia proprio non la sopportavano,¹⁸³⁴ Ruchonnet non lo ascoltò e usò il rapporto per elaborare un Messaggio sulla polizia politica,¹⁸³⁵ notando di nuovo con precisione la differenza fra il socialismo e l'anarchismo violento.¹⁸³⁶ Fu così che il CF nel marzo 1888, rifacendosi al solito principio di neutralità secondo cui non si può permettere agli stranieri in Svizzera di adottare un atteggiamento delittuoso (*frevelhaftes*), chiese all'AssFed un credito suppletivo al Budget del DFGP con l'obiettivo di dirigere e controllare le inchieste delle polizie cantonali sugli anarchici. L'idea, così il Messaggio del CF, era muoversi pure contro gli spioni – agenti provocatori – degli Stati esteri.¹⁸³⁷ Quest'ultimo punto è particolarmente

¹⁸²⁷ BBl 1885 III 537, p. 542 s.

¹⁸²⁸ BBl 1885 III 537, p. 604 ss.

¹⁸²⁹ BBl 1885 III 537, p. 716.

¹⁸³⁰ MEUWLY 2006, p. 317 ss.

¹⁸³¹ Che era considerato il "codice mite", TEMME 1855, p. 62 e ancora PFENNINGER 1890, p. 348.

¹⁸³² BBl 1885 III 537, p. 717 ss.

¹⁸³³ BBl 1885 III 537, p. 715 s.

¹⁸³⁴ BBl 1885 III 537, p. 718.

¹⁸³⁵ BBl 1888 I 586, citando subito a p. 587 proprio le lacune di coordinazione fra polizie cantonali evidenziate dal rapporto Müller come base di legittimazione.

¹⁸³⁶ BBl 1888 I 586, p. 590; v. anche MEUWLY 2006, p. 323.

¹⁸³⁷ BBl 1888 I 586, p. 601 ss.; v. anche SALIS – COLOMBI 1894, p. 43, nel capitolo sulla prassi delle autorità sulla polizia politica dei forestieri, e PFENNINGER 1890, p. 608; la centralità della neutralità nel diritto d'asilo era ribadita pure dal rapporto della commissione del CN sul Messaggio del CF: "Noi vogliamo del pari la conservazione del diritto d'asilo [...] Abbiamo fiducia del CF il quale si opporrà senza riguardi a tutti i maneggi", SALIS – COLOMBI 1894, p. 43; così parlò poi anche il CF Numa Droz: "i forestieri che vengono sul nostro suolo a titolo di rifugiati politici [...] i sentimenti di rancore [...] contro le Autorità della loro patria non possono [...] legittimare da parte loro degli atti di ostilità che partano dal nostro suolo. [...]"

interessante. Il ministro si riferiva agli agenti provocatori tedeschi che infestavano la Svizzera a caccia di socialdemocratici¹⁸³⁸ e coglieva al balzo la palla offertagli da un fatto accaduto in quei mesi: il capitano della polizia zurighese Fischer aveva passato informazioni a un parlamentare tedesco (grazie ai suoi contatti con i socialisti) sugli spioni tedeschi presenti in Svizzera, un modo di comportarsi pubblicamente biasimato dal CF proprio nel messaggio.¹⁸³⁹ Ad ogni modo la motivazione ufficiale per la richiesta di nuovi fondi era il dover adempiere agli obblighi internazionali così come indicato dalla Cost. 1874 e dal CPF 1853, ovvero punendo gli atti contro il diritto internazionale.¹⁸⁴⁰ Quella nota contro Fischer permise però a Ruchonnet di trovare un appiglio per condannare la Germania e quindi far risuonare la centralizzazione anche come strategia di difesa.¹⁸⁴¹ Su questo punto va detto che la stessa storiografia può diventare un campo di lotta. Il biografo vodese di Ruchonnet sostiene quindi ad esempio che grazie a quella voglia di centralizzazione della polizia politica il CF riuscì effettivamente a resistere alle minacce di violenze tedesche della fine degli anni '80.¹⁸⁴² Vuilleumier ricorda comunque che Bismarck, che si occupò personalmente della questione, aprendo un incidente diplomatico, sostenne alla fine della sua carriera di aver fatto pressione sulla Svizzera per scaricarsi dell'onere di dover occuparsi dell'Internazionale personalmente in Germania.¹⁸⁴³ non è chiaro quindi se l'attività di centralizzazione del CF fu in realtà proprio un riflesso di una politica strategica tedesca vissuto come decisione autonoma...

8.6.1.3 Spinte centraliste dell'ormai ex federalista ed ex *pasionario*¹⁸⁴⁴ Ruchonnet

Ottenuto il credito, nel maggio 1888 il DFGP mandò una circolare confidenziale a tutti i cantoni indicando loro che sugli anarchici dovevano ora muoversi spontaneamente informando il Dipartimento e fornendo regolarmente rapporti sull'attività di controllo. Si trattava dell'inizio informale della polizia politica in Svizzera.¹⁸⁴⁵

Libertà di stampa [...] alla condizione che se ne mostrino degni", SALIS – COLOMBI 1894, p. 44; per un'interessante analisi del legame immanente fra Stato moderno elvetico e agenti provocatori v. STYX 1935-36.

¹⁸³⁸ BBI 1888 I 586, p. 602.

¹⁸³⁹ BBI 1888 I 586, p. 596 ss.

¹⁸⁴⁰ BBI 1888 I 586, p. 586 s.

¹⁸⁴¹ D'altronde contro Fischer non venne aperta nessuna procedura per violazione del diritto internazionale, cosa che ai tedeschi non piacque e mise in cattiva luce Ruchonnet agli occhi dell'Impero, MEUWLY 2006, p. 323 s.

¹⁸⁴² MEUWLY 2006, p. 331, ci informa che Droz riportava che in realtà Ruchonnet è stato solo il fedele esecutore delle decisioni del CF, ma ne era in disaccordo. Una ricostruzione contestata dallo stesso, v. *ivi*, p. 332.

¹⁸⁴³ VUILLEUMIER 1992 (1987), p. 58 ss.

¹⁸⁴⁴ V. sopra, cap. 8.3.1.

¹⁸⁴⁵ VUILLEUMIER 1992 police, p. 39; v. anche BURKHARD 2010, p. 59 ss.

Secondo Meuwly gli svizzeri comunque non avrebbero però mai concesso quella centralizzazione della polizia senza un evento scatenante. Lo spostamento di attenzione di Ruchonnet dall'anarchia alla difesa dal sopruso tedesco nel messaggio sul credito supplementare fu qui (solo) strategicamente efficace. L'evento determinante venne infatti presto trovato nell'affare Wohlgemuth, quando un poliziotto tedesco incaricato di controllare i socialisti in Svizzera (reclutando peraltro informatori sullo stesso territorio svizzero) venne colto in flagrante.¹⁸⁴⁶ Ruchonnet trovò quell'appiglio scandalistico per ristabilire il posto permanente del PG nel giugno 1889:

Nel corso degli anni Ottanta dell'Ottocento le condizioni politiche e sociali sono cambiate in modo significativo. Le relazioni pubbliche del Paese con gli Stati vicini sono diventate più complesse e delicate. Le indagini politiche, che si sono rese necessarie in varie occasioni, in particolare negli anni 1885, 1888 e 1889, a causa di circostanze che non è necessario discutere in dettaglio, hanno inoltre dimostrato che le autorità di polizia non sono sufficientemente organizzate per poterle svolgere con la rapidità e la coerenza auspicata.¹⁸⁴⁷

Per quanto contraddittorio possa risuonare Ruchonnet, che era stato il grande oppositore al centralismo del pCost. 1872, ora riteneva che il PG dovesse avere visione d'insieme e disporre di un sistema di polizia funzionante su tutto il territorio, che fra l'altro considerava come garanzia e non certo come minaccia per gli stranieri.¹⁸⁴⁸ Il PG assumeva ora il ruolo del

¹⁸⁴⁶ Wohlgemuth fu scoperto in Argovia, vittima di una trappola organizzata dai socialisti, e immediatamente espulso dalla Svizzera con decisione del CF del 30 aprile 1889, BBl 1889 II 437; v. anche DEGEN, BERNARD: "Affare Wohlgemuth", in: DSS, 13.02.2013 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/026893/2013-02-13/>; nel segreto delle discussioni governative si scopre che il CF ritenne di aver subito un danno effettivo ("*dommage effectif*") e lo fece anche sapere alla Germania. Ciononostante si dimostrava disponibile nei confronti di Bismarck: "*nous avons déféré, ..., au désir du gouvernement impérial, en faisant abstraction de poursuites judiciaires contre Wohlgemuth*", così nello scritto al ministro svizzero a Berlino, Protokoll der Sitzung des Bundesrates, 30.4.1889, in: Bucher, Erwin/Stalder, Peter (ed.), Documenti Diplomatici Svizzeri, vol. 3, doc. 394, <http://dodis.ch/42373>, Bern 1986. Si noti il significato tra le righe: contro Wohlgemuth non venne celebrato un processo penale davanti alle AF! Il CF evitò il processo politico e non era certo la prima volta che succedeva (sul caso di spionaggio di Contini v. sopra, cap. 8.2.2.1; sugli sconfinamenti fascisti in territorio svizzero e l'atteggiamento di Häberlin v. sopra npp. 323).

¹⁸⁴⁷ „*Im Laufe der 1880er Jahre haben sich namentlich die politischen und sozialen Verhältnisse wesentlich geändert. Die öffentlichen Beziehungen des Landes zu den Nachbarstaaten sind mannigfaltiger und delikater geworden. Es haben auch die politischen Untersuchungen, welche zu verschiedenen Malen, insbesondere in den Jahren 1885, 1888 und 1889, durch Verhältnisse, die nicht näher erörtert zu werden brauchen, nöthig geworden sind, zur vollsten Evidenz bewiesen, daß die polizeilichen Behörden nicht genügend organisirt sind, um solche Untersuchungen mit der wünschbaren Raschheit und Uebereinstimmung erledigen zu können*”, BBl 1889 III 627, p. 630.

¹⁸⁴⁸ MEUWLY, p. 328.

criminalista federale (*Kriminalisten des Bundes*).¹⁸⁴⁹ L'AssFed comunque tirò il freno in ottica federalista, imponendo che il PG fosse solo un controllore della polizia sugli stranieri cantonale, in relazione agli atti che mettevano in pericolo la sicurezza interna e esterna.¹⁸⁵⁰ La sinistra socialista comunque non condivideva quella politica di Ruchonnet e non gliela perdonò, definì il PG “omicida d’anarchici e oppressore della rivoluzione” (*„Anarchistentöter und Revolutionsbesieger“*) e cercò di lanciare un referendum.¹⁸⁵¹

8.6.2 L’anarchismo solo svizzero però non venne condannato¹⁸⁵²

8.6.2.1 Il processo a Nicolet, l’orologiaio giurassiano che osò affiggere un manifesto polemico

Non ancora votato il Messaggio sul PG, ci fu un nuovo caso anarchico che fece abbastanza scalpore. Albert Nicolet, orologiaio noto nella scena anarchica dell’arco giurassiano,¹⁸⁵³ venne accusato a La Chaux-de-Fonds d’aver affisso, distribuito nonché inviato via posta un manifesto anarchico a Neuchâtel e altrove tra il 17 e il 25 agosto 1889.¹⁸⁵⁴ Il manifesto, in francese e in tedesco, prendeva posizione proprio sull’affaire Wohlgenuth e sull’atteggiamento della Svizzera, che usava la questione degli agenti provocatori di Bismarck per espellere socialisti e anarchici stranieri. Attaccava infine la decisione di creare il PG permanente e la polizia politica, tirando queste conclusioni:

Alle istituzioni della borghesia consegneremo una guerra senza fine. Parteciperemo a tutte le assemblee dei lavoratori per predicare la lotta di classe e accendere l’odio contro l’ordine costituito. E per te, Governo federale abbiamo solo due parole: “Occhio per occhio, dente per dente!”¹⁸⁵⁵

¹⁸⁴⁹ BBl 1889 III 825, p. 830 (italico nell’originale).

¹⁸⁵⁰ LUMINATI 2018, p. 347, che ricorda che come primo PG venne nominato il CdSi Scherb, dato che anche nel 1889 non venne statuita incompatibilità personale con la politica.

¹⁸⁵¹ Schweizerischer Sozialdemokrat del 22 giugno 1889, cit. da LÜTHI 1923, p. 107; (purtroppo) non riuscirono a raccogliere nemmeno le firme necessarie per andare al voto, v. LUMINATI 2018, p. 347, che indica anche i commenti di inizio Novecento sull’incostituzionalità di quella legge che istituiva il PG.

¹⁸⁵² A differenza di altri processi qui esposti, per il processo Nicolet non ho consultato materiale di archivio, eccezion fatta per i verbali del CF, consultabili on-line; su tutto il caso v. BURKHARD 2010, p. 67 ss. e il relativo riassunto in BURKHARD 2013, p. 134 ss.

¹⁸⁵³ Cantiere biografico degli Anarchici IN Svizzera online, voce Nicolet Albert (<http://www.anarca-bolo.ch/cbach/biografie.php?id=606>).

¹⁸⁵⁴ NZZ 25.12.1889, n. 359 p. 1.

¹⁸⁵⁵ “ [...] den Einrichtungen der Bourgeoisie einen Krieg ohne Unterlass zu liefern. [...] Wir werden in alle Arbeiter-Versammlungen gehen, [...] um dort den Klassenkampf zu predigen [...] und [...] den Hass gegen die bestehende Ordnung der Dinge zu entfachen. [...] Und Dir, Bundes-Regierung [...] haben wir nur zwei Worte zu sagen „Auge für Auge, Zahn für Zahn!“

La stampa si indignò,¹⁸⁵⁶ la polizia neocastellana perquisì casa Nicolet il 29 agosto 1889, lui venne arrestato e si dichiarò immediatamente colpevole. Lo scopo era fermare le indagini, rivendicò quindi la responsabilità dei fatti.¹⁸⁵⁷ Il 30 agosto il CF nominò come PG *ad hoc* il leader giurassiano della sinistra radicale Joseph Stockmar¹⁸⁵⁸ e fece aprire un'inchiesta federale sugli autori e distributori del Manifesto per possibile violazione degli artt. 45 e 46 CPF 1853 (che punivano il rovesciamento contro la Costituzione federale, risp. la resistenza attraverso un attruppamento) e dell'art. 48 CPF 1853 (che ne puniva la provocazione a mezzo stampa).¹⁸⁵⁹ Con la stessa decisione il CF decise di espellere gli anarchici stranieri in Svizzera.¹⁸⁶⁰

Ricevuti i risultati dell'inchiesta del PG, il 22 ottobre 1889 il CF diede seguito al processo, richiamando sorprendentemente la violazione dei soli artt. 45 e 46 CPF 1853, non dell'art. 48 CPF 1853.¹⁸⁶¹ Vennero incriminati Albert Nicolet come imputato principale, Felix Darbelley, sarto, e Ferdinand Hänzi, compositore tipografico, come complici. Il 29 ottobre 1889 la CdA decise di far continuare il processo alle AF, ma per violazione degli artt. 46 e 48 CPF 1853, non dell'art. 45 CPF 1853.¹⁸⁶² Come ben notò Rott sulla RPS, Nicolet non era accusato di violazione dell'art. 59 CPF 1853.¹⁸⁶³

Il processo Nicolet si svolse alla presenza di un folto pubblico a Neuchâtel il 20 dicembre 1889¹⁸⁶⁴ e come allora c'era il liberalismo schierato di fronte agli imputati: il Presidente era di nuovo Jules Roguin, di nuovo con Olgiati e ora con l'autorevole Josef Karl Pankraz Morel.¹⁸⁶⁵ La giuria, inclusi i

Manifeste des anarchistes suisses/Manifest der Schweizer Anarchisten, Agosto 1889 (online: <https://placard.ficedl.info/article3574.html>).

¹⁸⁵⁶ NZZ 25.12.1889, Nr. 359 p. 1; v. in particolare NZZ 25.12.1889, Beilage, Nr. 359, in cui è indicato che il PG lesse nella sua arringa le richieste di aprire un'inchiesta da parte dei vari quotidiani elvetici.

¹⁸⁵⁷ BURKHARD 2013, p. 136.

¹⁸⁵⁸ CdSo bernese e CN, anticlericale radicale di sinistra, si occupò di ferrovie, polizia e penitenziari, v. anche KOHLER, FRANÇOIS: "Joseph Stockmar", in: DSS, 21.09.2011 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004752/2011-09-21/>.

¹⁸⁵⁹ Il testo degli artt. 45, 46 e 48 CPF 1853 si trova sopra, npp. 1576.

¹⁸⁶⁰ Verbale CF - 1889 3562; la costellazione giuridica è quella del caso Marangoni (sopra, cap. 8.2.2.2); MÜLLER 2009, p. 158, nota che alla Confederazione ancora mancava la competenza per attivare quelle inchieste penali.

¹⁸⁶¹ Verbale CF - 1889 4252; sbagliava ROTT 1890, p. 52, quando sosteneva che il CF indicò di richiamare pure la violazione dell'art. 48 CPF 1853.

¹⁸⁶² ROTT 1890, p. 53.

¹⁸⁶³ ROTT 1890, p. 55; l'art. 59 CPF 1853 diceva: "L'insulto o la diffamazione pubblica contro l'Assemblea federale od una delle sue sezioni, o contro il Consiglio federale, o il Tribunale federale od un membro di queste Autorità, o contro un rappresentante o commissario federale, è punito con una pena pecuniaria [...]".

¹⁸⁶⁴ NZZ 25.12.1889, Nr. 359 p. 1.

¹⁸⁶⁵ Radicale cattolico sangallese, già in CdSi e già presidente della SSG dal 1881 al 1885, successore di Blumer nella redazione del suo "*Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechtes*", studiò tra l'altro a Heidelberg, dottore e professore onorario, influente giudice cantonale, fu giudice federale dal 1872. A lungo giudice di Cassazione e poi della

supplenti, era composta da un tipografo, due fabbricanti, un farmacista, un albergatore, un *contre-mâitre*, un medico, un cancelliere, un negoziante, un deputato, un notaio e altri tre giurati di cui non era specificato il mestiere. D'origine erano due vodesi, tre giurassiani bernesi, due vallesani, due neocastellani, tre friburghesi e un ginevrino.¹⁸⁶⁶

Tutte le persone interrogate, che nell'inchiesta avevano negato qualsiasi fatto e coinvolgimento, ora si dichiaravano complici di Nicolet e affermavano di aver contribuito alla redazione e alla distribuzione del manifesto. La bugia era diventata il loro strumento di lotta e quindi volevano dire la verità solo di fronte al pubblico, non certo alla polizia.¹⁸⁶⁷ Sostenevano che mai avrebbero pensato che il governo della libera Svizzera potesse perseguire un simile manifesto. Nicolet sosteneva ora di non aver idea di chi lo avesse redatto (contraddicendo però le parole di alcuni testimoni, che affermano di averlo scritto assieme a Nicolet). Sostenne inoltre se il CF avesse voluto far la guerra all'anarchia, allora all'uccisione di uno di loro questi a loro volta avrebbero ucciso un uomo del governo.¹⁸⁶⁸ La voce del PG Stockmar non si fece attendere: la giuria popolare doveva dare l'esempio contro la violenza. Per lui l'anarchismo era intrinsecamente pericoloso e si era di fronte ad un abuso della libertà d'espressione. Non era però rigido, dava agli anarchisti dei puerili e aveva – sorprendentemente – anche parole di comprensione.¹⁸⁶⁹

Ma c'era un motivo per quella comprensione, sollevato addirittura da Nicolet, che al momento di dire la sua opinione prima affermò che una condanna sarebbe stata un ulteriore atto di propaganda,¹⁸⁷⁰ poi citò versi reclamanti il sangue di re e tiranni scritti proprio da... Stockmar nel 1871!

Pourvoyeurs de la mort, o rois ! quand viendra l'heure / Où, dans leurs
larges mains, les peuples briseront / Tous les hochets pompeux dont
votre orgueil les leurre, / Dans leurs sombres linceuls les mort
tressailleront. / O rois, quand viendra l'heure infaillible et prochaine /
où, vengeance en un jour la conscience humaine, / Vous finirez éperdus,
conspués et maudits ; / Où les trônes, les sceptres et les glaives infames
/ Avec les échafauds seront jetés aux flammes, / La Terre entonnera
des hymnes inouïs. / La coupe de sang veut une dernière goutte, / **Ce**

Camera criminale, morì in carica nel 1900, v. BuRiLex Josef Karl Pankraz Morel (non lo si confonda con il procuratore Morel del caso Brousse).

¹⁸⁶⁶ *Gazette de Lausanne* del 20.12.1889, p. 3.

¹⁸⁶⁷ *NZZ* 25.12.1889, Nr. 359, p. 1 s.

¹⁸⁶⁸ *NZZ* 25.12.1889, Nr. 359, p. 2.

¹⁸⁶⁹ BURKHARD 2010, p. 77 s. e la letteratura *ivi* citata. Secondo la *NZZ*, decisamente più rigida del PG, l'aizzamento alla violenza era sulle orme di Most e del suo *Freiheit*. *NZZ* 25.12.1889, Beilage zu, Nr. 359. Il corrispondente *NZZ*, nell'edizione 28.12.1889, Nr. 362, sosteneva che Stockmar era una persona troppo benevola per gestire il suo ufficio con implacabile severità. In particolare, non si spiegava come fosse possibile che non avesse fatto arrestare tutti gli anarchici che al processo si erano dichiarati complici.

¹⁸⁷⁰ *NZZ* 21.12.1889, Nr. 355 p. 2.

sang sera le votre, o tyrans ! et la route / Que pourra suivre enfin la
libre Humanité, / Lui montrera le but divin: fraternité.¹⁸⁷¹

La difesa, inoltre, ribadiva che la libera espressione non era un reato punibile dal CPF 1853, che nemmeno puniva la minaccia alle autorità. Infine, condannava quel processo tendenzioso (“*Tendenzprozess*”), anche perché in Svizzera erano già state pubblicate cose ben più pesanti.¹⁸⁷² Ma la corte criminale non si fece impressionare e su Nicolet pose ai giurati una sola domanda (di nuovo senza citare l’articolo di legge violato):

L’accusato Albert Nicolet, in quanto autore o uno degli autori del manifesto degli anarchici svizzeri, stampato a Parigi nel luglio 1889, è colpevole di aver, pubblicamente e con premeditazione, provocato attruppamenti e vie di fatto volti a resistere al Consiglio federale per impedirgli di prendere una decisione nell’ambito delle sue competenze, e una vendetta contro un funzionario federale, o un membro del governo federale, essendo rimasta tale provocazione inefficace?¹⁸⁷³

8.6.2.2 Il verdetto di assoluzione: i giurati si occuparono della sussunzione!

I giurati risposero di NO all’unanimità, facendo cadere le altre domande della Corte dedicate alla colpevolezza dei complici.¹⁸⁷⁴ La sala esultò.¹⁸⁷⁵ La stampa notò che per il radicalismo era evidentemente difficile condurre questi processi.¹⁸⁷⁶

Dopo il verdetto alcuni ipotizzarono che i giurati avevano semplicemente ritenuto gli anarchici dei terribili fanfaroni, facendo così cadere la fattispecie dell’istigazione, dato che gli anarchici non avrebbero mai creduto veramente

¹⁸⁷¹ Stockmar era stato un fervido attivista, fondatore della *Tribune du peuple*. La poesia era apparsa per la prima volta nella “*Tribune du peuple*” di Delemont il 1° novembre 1871, si trovava nuovamente stampata sulla *Gazette de Lausanne* del 21.12.1889, p. 3; v. anche *Gazzetta ticinese* 23.12.1889 e BURKHARD 2013, 137 s. (grassetto mio).

¹⁸⁷² NZZ 25.12.1889, Beilage zu, Nr. 359. Il difensore di Darbellay cita, fra l’altro, la tesi di Secretan, filosofo a Losanna ed editore della *Revue Suisse*, per far apparire le dottrine anarchiche sotto una luce più benevola.

¹⁸⁷³ “*L’accusé Albert Nicolet, comme auteur ou l’un des auteurs du manifeste des anarchistes suisses, imprimé à Paris en juillet 1889, est-il coupable d’avoir publiquement et avec préméditation provoqué à des attroupements et à des voies de fait ayant pour but une résistance au conseil fédéral pour l’empêcher de prendre une décision dans sa compétence, et une vengeance contre un fonctionnaire fédéral, ou un membre du gouvernement fédéral, cette provocation étant demeurés sans effet ?*”, ROTT 1890, p. 54, dove è indicata anche la domanda sull’eventuale complicità dei consorti.

¹⁸⁷⁴ NZZ 28.12.1889, nr 362, dove il corrispondente della NZZ sollevava pure un punto interessante: era stupito che ci volessero 10 voti su 12 per condannare l’imputato, mentre all’estero o nei cantoni bastavano maggioranze semplici o di 8 giurati su dodici.

¹⁸⁷⁵ NZZ 21.12.1889, Nr. 355 p. 2.

¹⁸⁷⁶ p.e. *Gazette de Lausanne* del 23.12.1889, p. 1.

alla possibilità di causare assembramenti.¹⁸⁷⁷ Altri invece sottolinearono che il processo era diventato una farsa, dal momento che Stockmar agli anarchici la morale proprio non la poteva fare... sebbene comunque a loro dire il problema stesse nella mitezza del CPF 1853.¹⁸⁷⁸

Il corrispondente della *NZZ* era riuscito a sapere cosa si dissero i giurati fra loro nella camera di consiglio segreta.¹⁸⁷⁹ Nonostante nella domanda della Camera criminale ai giurati non fosse indicato alcun articolo di legge, questi nelle loro discussioni avevano anzitutto considerato inapplicabile l'art. 46 CPF 1853¹⁸⁸⁰; considerando poi tutta la sfilza di anarchici svizzeri reconfessi a processo non inquisiti, si erano rifiutati d'essere duri con l'imputato; infine consideravano quei ragazzini semplicemente dei matti e ritenevano innocuo l'anarchismo svizzero-francese.¹⁸⁸¹ Il corrispondente della *NZZ* notava infine che nel processo Nicolet sui fatti non c'era poi molto da decidere, dato che erano stati tutti confermati dagli imputati stessi, quanto piuttosto la questione processuale riguardava l'interpretazione dell'art. 46 CPF. Per questo l'avvocato di Darbelley aveva chiesto che venisse distribuita una copia del CPF 1853 ai giurati all'inizio del processo.¹⁸⁸² I giurati insomma svolgevano propriamente la funzione di giudice.

Il giorno dopo il verdetto la Camera criminale decise infine le conseguenze giuridiche date dal verdetto di assoluzione. E di nuovo successe quello che già era osservabile nel caso Brousse: i giudici affermarono che i fatti erano diversi da quello che sosteneva la giuria. Morel affermò che gli

¹⁸⁷⁷ Tra cui il cancelliere del TF Rott, che inoltre sosteneva che era chiaro che il verdetto statuiva sulla colpa e non sui fatti, ROTT 1890, p. 55.

¹⁸⁷⁸ *Gazette de Lausanne* 23.12.1889, p. 1, che inoltre si lamentava dell'aumento di anarchici svizzeri rispetto ai tempi di Brousse, ma che ribadiva che il problema era l'influsso degli stranieri sugli operai svizzeri; MÜLLER 2009, p. 162, sostiene che la giuria ha voluto evitare di trasformare le fattispecie del CPF 1853 in fattispecie che punissero un'ideologia, non avrebbero quindi voluto dare con il loro verdetto una vera e propria direzione giuspolitica alla questione anarchica. In realtà era proprio Stockmar che, chiedendo la condanna, chiedeva di non giudicare come se la fattispecie punisse un'ideologia: "*Il n'y a pas chez nous de délit d'opinion; on peut soutenir toutes les thèses, même la thèse anarchiste; mais dès que l'on se place au-dessus des lois, la répression s'impose, et chez nous elle s'impose d'autant plus que la Suisse est le laboratoire politique d'Europe*", cit. in: BURKHARD 2010, p. 78, e la letteratura *ivi* citata.

¹⁸⁷⁹ Il corrispondente spiegava che la sua fonte era sicura, v. *NZZ* 28.12.1889, n. 362.

¹⁸⁸⁰ V. sopra pp. 1576.

¹⁸⁸¹ *NZZ* 28.12.1889, n. 362. Il corrispondente della *NZZ* sosteneva *ivi* apertamente che una corte d'assise svizzera tedesca con anarchici svizzeri tedeschi li avrebbe sicuramente condannati!

¹⁸⁸² *NZZ* 28.12.1889, n. 362 p. 1. Il corrispondente parla del codice come se fosse del 1851, in realtà è del 1853. In Cantiere biografico degli Anarchici IN Svizzera online, voce Nicolet Albert (<http://www.anarca-bolo.ch/cbach/biografie.php?id=606>), si sostiene che non ci fu la condanna perché mancava una legge che lo permettesse. Non è preciso. Non è vero che una legge mancava, bisogna sottolineare che in uno Stato liberale una tale legge sarebbe stata impropria, quindi giustamente non poteva esserci. D'altronde a mio modo di vedere dal decennio successivo la Svizzera smise di essere uno Stato compiutamente liberale...

imputati erano stati prosciolti solo perché formalmente l'art. 48 CPF 1853 non ne permetteva la condanna, ma il Manifesto era comunque un atto di rivolta contro l'autorità. Olgiati raddoppiò il pensiero di Morel, sostenendo che gli anarchici appendendo il manifesto ai muri erano ben consci di compiere un atto illecito, sebbene non fosse formalmente punibile dall'art. 46 CPF 1853. Anche in questo caso si trattava di rimettere in dubbio la questione di fatto, non di diritto. La Corte infine non riconobbe le indennità processuali agli imputati.¹⁸⁸³

Successe insomma quello che era già successo nel caso Clementi, ma a differenza di metà secolo qua i fatti erano accertati, la questione era veramente solo giuridica. D'altronde la presa di posizione del giudice Morel, il più brillante giurista svizzero, era semplicemente assurda, un capovolgimento della realtà: era la corte a dover prosciogliere un condannato se il fatto non era punito dalla legge, non la giuria!

8.6.2.3 Il rapporto conclusivo del PG – e vecchio rivoluzionario – Stockmar

Il PG nel suo rapporto conclusivo al CF¹⁸⁸⁴ sostenne che gli anarchici erano stati prosciolti per il semplice fatto di essere completamente inaffidabili.¹⁸⁸⁵ L'inchiesta avrebbe mostrato una totale sopravvalutazione di sé da parte dell'intero movimento, che contava un numero insignificante di membri, oltretutto completamente invisibili ai socialisti. Stockmar riteneva però che le dottrine anarchiche erano sul serio nelle condizioni di creare pericoli, che le autorità dovevano controllare gli anarchici, soprattutto in periodi di crisi economica.¹⁸⁸⁶ Da qua la necessità di migliorare i difetti nell'organizzazione della polizia degli stranieri¹⁸⁸⁷ e di rivedere il diritto penale federale. Sul primo punto propose che era il PG stesso a dover elaborare delle soluzioni di coordinazione assieme ai cantoni, senza intaccare la loro sovranità. Sul diritto penale sosteneva:

¹⁸⁸³ NZZ 25.12.1889, Beilage zu, Nr. 359.

¹⁸⁸⁴ Sappiamo che è il suo rapporto dato che lo si nota nel rapporto annuale del CF, DFGP, BBl 1890 II 127, p. 207 ss. È un dettaglio non irrilevante: fu lo stesso Stockmar a redigere la nuova legge su incarico di Ruchonnet, v. sotto cap. 9.2.3.

¹⁸⁸⁵ "Ihr [der Anarchisten] Auftreten vor den Geschwornen war dasjenige harmloser Großthuer, ein Eindruck, welcher ohne Zweifel zu ihrer Freisprechung nicht wenig beigetragen hat" BBl 1890 II 127, p. 207.

¹⁸⁸⁶ BBl 1890 II 127, p. 207 s.

¹⁸⁸⁷ Il controllo degli stranieri, essendo cantonale, secondo Stockmar soffriva di carenze comunicative, le indagini inoltre non sarebbero state unitarie e quindi direttamente utilizzabili contemporaneamente da tutti gli uffici, BBl 1890 II 127, p. 208.

La versione degli articoli del CPF 1853 relativi ai crimini e ai delitti contro l'ordine costituzionale e la sicurezza interna (parte seconda, titolo III) non sembra più rispondere alle esigenze attuali.¹⁸⁸⁸

Insomma, bisognava riformare il sistema penale, anche perché l'interpretazione data al codice da parte dei giurati (sic!) e dalla Camera criminale faceva diventare lettera morta gli artt. 46 e 48 CPF 1853.¹⁸⁸⁹ Le innovazioni proposte furono quindi tre:

- la precisazione della lettera degli artt. 45 e 46 CPF 1853 indicando espressamente i crimini e i delitti invece dei generici “assembramenti e atti di violenza” (“*Zusammenrottung und Aufruhr*”);
- includere la minaccia ad autorità in questa lista;
- ed infine cambiare l'art. 69 CPF 1853 sulla complicità indicando i gradi di vera partecipazione ai reati.¹⁸⁹⁰

Queste proposte corrispondevano all'ambiente giuspolitico europeo del periodo, in cui si viveva uno spostamento sul lato preventivo del diritto, con la consapevolezza del pericolo di creare delle fattispecie che andassero a colpire motivi puramente ideologici (i “*Gesinnungstatbestände*”). Inevitabile la creazione di reati di pericolo astratto (“*Gefährungsdelikte*”) in tutta Europa.¹⁸⁹¹

8.7 Per un'analisi storica: come usare le logiche di esclusione di fronte alle contraddizioni del liberalismo e la “lezione” tratta dai penalisti

In questo capitolo ho osservato la giuria *in action*, affrontando un contesto molto preciso: i processi ai rivoluzionari. Ho raccolto il rapporto che intercorreva fra corte giudicante e giuria popolare nei processi in cui alla sbarra stavano atti politici il cui significato poteva rappresentare un pericolo per le relazioni internazionali fra la Svizzera e gli Stati esteri. Gli imputati dei vari processi sono accomunati dalla giustificazione (rivoluzionaria) della violenza contro il Potere costituito. Le autorità erano accomunate fra loro dall'essere completamente espressione del potere politico. La scelta del processo politico non è quindi casuale come strumento di analisi policonstesturale: si tratta di un punto di evidente contatto tra la politica e il

¹⁸⁸⁸ “*Die Fassung derjenigen Artikel des Bundesstrafrechts, welche die Verbrechen und Vergehen gegen die verfassungsmäßige Ordnung und die innere Sicherheit betreffen (zweiter Abschnitt, Titel III), entspricht den gegenwärtigen Bedürfnissen offenbar nicht mehr*”. Stockmar notava inoltre che l'aumento di competenze della Confederazione l'avrebbe trovata impreparata con quella situazione legislativa penale, BBl 1890 II 127, p. 208; si distanziava quindi dal rapporto Müller del 1885, v. sopra cap. 8.6.1.2.

¹⁸⁸⁹ BBl 1890 II 127, p. 208.

¹⁸⁹⁰ BBl 1890 II 127, p. 209.

¹⁸⁹¹ MÜLLER 2009, p. 155 s. e la letteratura *ivi* citata.

diritto, si tratta di processi politici cosiddetti forti. Sono momenti in cui l'imputato è rappresentato come nemico e in cui la norma appare improvvisamente trasparente, vuota, instabile per definizione.

A dipendenza dei contenuti in gioco ci furono diversi approcci. Anzitutto non sempre i casi arrivarono fino all'aula: spesso il CF li fermava, inizialmente (ovvero quando il sistema giuridico era sì differenziato, ma la memoria del sistema ancora *in fieri*) cercando di imporre la sua ottica giuridica per mezzo di interpretazioni autentiche. Quindi osservare i processi politici significa osservare momenti storici figli di una prima scelta pregiudiziale. Inoltre, mentre per i mazziniani vigeva un clima di sostanziale comprensione per la causa, sebbene con la consapevolezza sui rischi per la Svizzera, con gli anarchici vigeva una chiara intolleranza ideologica da parte dell'autorità, che correva parallela al fastidio straniero. Dal punto di vista processuale questa ostilità è chiara: mentre si permise ai mazziniani di giocare tutto sulla dissimulazione dei fatti, peraltro usando la nuova teoria del libero apprezzamento giudiziale come nuovo (pretestuoso) fattore di rischio, nei processi agli anarchici si era di fronte a una situazione fattuale sostanzialmente incontestata. La questione doveva quindi essere – programmaticamente – giocata sul puro piano giuridico. Con Brousse era necessaria una condanna, il che comportava una diminuzione dei rischi al minimo sopportabile. Con Nicolet invece si permise al processo per giurati di esprimersi in tutto il suo splendore, ovvero lasciare che giocasse l'incertezza. Ed infatti mostrarono tutta la loro inadeguatezza alle autorità ormai in assetto di nazionalizzazione.

Nella logica della moderna semantica dello straniero, sostanzialmente nazionale, è comprensibile che Clementi e Nicolet non dessero particolari problemi al giudizio, essendo considerati anche assolvibili dalla politica (in particolare lo si nota avendo il CF dotato il processo Nicolet di un PG indulgente nei confronti degli anarchici). Nel processo Brousse si nota invece un grande lavoro dietro le quinte. Per la politica Brousse non doveva solo essere processato, Brousse doveva essere condannato. È molto diverso: senza avere a disposizione una norma adeguata, si trattava di chiudere ad uno dei lati del codice, ripoliticizzandolo. Ma l'apparato normativo non era pronto per quella novità, non era stato ancora sintonizzato alla condanna dell'elogio al regicidio. Di fronte a una Nazione che non aveva ancora interiorizzato nel momento legislativo la differenza “rivoluzionario svizzero/rivoluzionario straniero”, ma la usava solo come elemento ambivalente di gestione della paradossalità della sovranità, di fronte a quella novità la giuria popolare diventava uno strumento maledettamente utile. Essa, vista dall'organizzazione dei giuristi come elemento escluso, quindi equipollente alla parte non-diritto del codice del sistema, avrebbe potuto affermare l'altro-lato-della-differenza senza cadere in contraddizione. Il tutto senza negare la tecnicità del codice, essendo la loro lingua solo un'espressione “sì/no”. I non-giuristi avrebbero potuto prendere con agilità quella decisione non-giuridica,

facendola ri-entrare nel sistema grazie alla loro (paradossale) presenza al centro del sistema.

Quello che le fonti inaspettatamente mostrano fu quindi che il diritto liberale svizzero usò a garanzia del *suo* modello di Stato di diritto (ovvero di funzionalità del codice autopoietico) il ribaltamento dei ruoli fra giudici e giurati. Nei processi Clementi e Nicolet, la giuria e i giudici tutto sommato si mossero all'interno dei rispettivi ruoli costituzionali. Contro Brousse la Corte era invece di fronte all'evidente absurdità di dover condannare la stessa base teorica del liberalismo elvetico moderno, ovvero la violenza contro il potere conservatore! Ma come strumento aveva con sé il solo CPF 1853, un codice penale liberale ancora espressione fedele di quella rivoluzione anticonservatrice. La Corte non indicò alla giuria per quale norma l'anarchico avrebbe dovuto essere condannato, mise in discussione i fatti così come statuiti dal verdetto e si rifiutò infine di compiere la sussunzione. Il tutto alla luce del sole e riportato dai media. Nessuno (fatta eccezione per gli anarchici) si lamentò dell'atteggiamento dei giudici. Paradossalmente l'elemento non-giuridico del processo alla fine fu proprio la Corte dei giuristi!

Si trattava di un'opzione evidentemente instabile e da sanare rapidamente, cosa che ben si intravede nel lavoro degli anni seguenti da parte di Ruchonnet e compagnia che, di fronte alla crisi dell'unità del liberalismo, hanno alacramente lavorato alla creazione di un nemico (per l'appunto: l'anarchico straniero) da denigrare come nuovo elemento di descrizione nazionale. L'anarchia portando il costruendo Stato nazionale ai suoi limiti, ovvero criticando la territorialità, la soggettività proprietaria, la democrazia economicizzata e la famiglia come nucleo di riproduzione individualista, poteva agilmente essere descritta come l'alterità. Addirittura era definibile come la parte sbagliata di un'opposizione politica giusta (ovvero distinguendo abilmente i socialisti dagli anarchici). La condanna dell'elogio al regicidio però era un punto troppo vicino alla storia dei liberali nella loro lotta per l'emancipazione. Si assisteva infatti a un ribaltamento, i liberali si trovarono dall'altra parte della barricata e si comportarono come i prussiani, che criticavano il momento più alto della cultura liberale, la libertà di stampa (*Pressefreiheit*), chiamandola insolenza di stampa (*Pressefrechheit*).¹⁸⁹²

Aver cercato la negazione palinogenetica di quella Storia nella forma della decisione di un tribunale significa aver voluto creare una nuova memoria. Ora valeva anche in Svizzera l'"abuso della libertà di stampa", mascherato sotto il concetto della tutela dei buoni rapporti con le potenze straniere. Lo strumento giuridico fu l'ampio uso dell'analogia *a minori ad maius*, sacrificando la sistematica del diritto penale e il principio di uguaglianza. Infine la parola, feticcio della libertà liberale, diventava un fatto. Siamo

¹⁸⁹² SCHNEIDER 1978, p. 915 s.

sostanzialmente di fronte ad un sacrificio della logica sull'altare della Nazione. Che fare giudizialmente di fronte a questa contraddizione, a questo annullamento dei propri valori attraverso i propri valori? Per i processi agli anarchici si scorge tutta la difficoltà nel gestire quella catarsi nazionale, dove la politica cercava nuova unità di fronte all'incapacità di sintesi di fronte all'emergere della questione sociale. Il "problema" stava quindi a monte, nell'accoppiamento strutturale, in ciò che il diritto può aspettarsi dalla politica e viceversa. Era ormai chiaro che i giudici-politici in quel contesto non avevano gli strumenti per far funzionare il sistema in senso immunitario.

Alcuni erano consapevoli del problema, dell'insufficienza di quel diritto rispetto alle aspettative politiche riposte in esso. Pfenninger, penalista ben disponibile nei confronti dei conservatori,¹⁸⁹³ p.e. era consapevole delle contraddizioni liberali e del fatto che in realtà non il diritto, ma la società attorno doveva farsi carico del compito di garantire il liberalismo. Nel 1890 scriveva che, nell'ambito dei crimini politici transfrontalieri, le pene dello Stato non servivano a niente. Il fatto che la Confederazione non si fosse ancora dovuta chinare su processi per tradimento su casi così singolari, molto personali e praticamente non pericolosi ("*so vereinzelte, blos persönliche und praktisch ungefährliche Kundgebungen*") era dovuto all'intima fiducia che veniva coltivata nello Stato stesso ("*vertrauend auf den inneren Halt des Staates*"), come ad esempio era successo con la semplice espulsione di Contini. Per di più, la punibilità di questi atti praticamente non c'era perché le autorità federali lasciavano con serenità che a giudicare questi incitatori e nemici dello Stato ("*Aufreizer und Staatsfeinde*") fossero i loro concittadini – inteso come opinione pubblica, non come giuria.¹⁸⁹⁴ Pfenninger commentando il titolo sui "Crimini contro Stati stranieri" notò che esso era stato imposto dall'estero e nella prassi era rimasto insignificante ("*bedeutungslos*"), dato che mancava sempre la reciprocità con gli stati esteri. Con Brousse l'art. 41 CPF 1853 era stato infine utilizzato, si era però trattato di un delitto a mezzo stampa dove si dovette trovare un atto contrario al "diritto delle genti" ("*Pressvergehen, in welchen eine 'völkerrechtswidrige Handlung' gesehen werden musste*"). Quel "dovette" esprimeva la presa di coscienza, strozzata, dei limiti del diritto intesi come

¹⁸⁹³ Figlio della scuola storica del diritto, aveva proposto a fine secolo un codice penale molto conservatore per il canton Uri, cfr. SCHÄFER 2015, p. 45, npp. 50 V; nella prefazione a quel progetto indicava infatti che "*Das Friedensrecht unserer alten Rechtsquellen, wie es im Landbuch von Uri zum grossen Theil noch erhalten ist, beherrscht den vorliegenden Entwurf*", PFENNINGER 1894, p. VI; v. PETRIG SCHULER, EVA: "Heinrich Pfenninger", in: DSS, 01.02.2010 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/015813/2010-02-01/>.

¹⁸⁹⁴ Per Pfenninger, riferendosi evidentemente al caso Nicolet, la provocazione ("*mündliche oder schriftliche Aufreizung*") alla rivolta o alla resistenza (art. 48 CPF 1853) era comunque da qualificare come tentativo. E quindi nonostante ci fosse una norma contro l'abuso della stampa compiuto contro la Confederazione (art. 59 CPF 1853), le autorità non si erano mai sentite spinte ad aprire una causa su questo tema, PFENNINGER 1890 p. 352 s.; d'interesse notare che Pfenninger qui citava proprio il BLUMER/MOREL.

luogo dell'uguaglianza¹⁸⁹⁵ e richiamava, a mio modo di vedere, tutta la sua consapevolezza per la paradossalità della sovranità elvetica.

Di fronte a questa presa di coscienza la risposta liberale fu semplice: ignorare il problema. Il "rivale"¹⁸⁹⁶ Stooss,¹⁸⁹⁷ organico allo Stato nazionale e alla dimensione del costruendo *ius puniendi* svizzero, pose le basi scientifiche per dotare la nazione del suo nuovo diritto.¹⁸⁹⁸ Dalla sua posizione di tecnicista¹⁸⁹⁹ oscurava il problema teorico di fondo dei processi agli anarchici. Nel caso Brousse si limitò a ricordare che la Camera criminale si era rifiutata di compiere l'accertamento di validità della norma.¹⁹⁰⁰ E intanto costruì il suo codice che rispondeva a quelle necessità nazionali. La costruzione della memoria come struttura di oblio, ovvero dimenticare di essere elogiatori del regicidio, fece politicamente il suo corso. Ancora negli anni '20 del Novecento Werner Lüthi, impiegato al Ministero pubblico della Confederazione, poteva acriticamente scrivere che:

Verso la fine degli anni Settanta, con la comparsa della propaganda anarchica e socialista, l'attività della polizia politica prese una nuova direzione. La polizia politica non si opponeva in alcun modo alla dottrina socialdemocratica, bensì alle attività sovversive di alcuni ambienti pericolose per la sicurezza, all'epoca prevalentemente dirette verso l'esterno e influivano sulle relazioni della Svizzera con l'estero.¹⁹⁰¹

Si trattava di uno scontro fra logiche, dove il liberalismo giuridico si sbarazzò di sé stesso concedendosi di performare sé stesso. Era un diritto che

¹⁸⁹⁵ PFENNINGER 1890, p. 343.

¹⁸⁹⁶ Stooss aveva – inizialmente – recensito negativamente quell'opera di Pfenninger, tanto da farne quasi sfumare la nomina di straordinario a Zurigo, v. SCHÄFER 2015, p. 45.

¹⁸⁹⁷ Bernese del 1849, Carl Stooss studiò anche a Heidelberg. A Berna fu sia giudice, sia professore. Fu incaricato dal CF di studiare il diritto penale svizzero e redigere un progetto di Codice penale nazionale nel 1888, anno in cui fondò la RPS. Finì lo studio di diritto cantonale comparato nel 1890, nel 1893 fu pronto il progetto, che divenne legge solo 44 anni e svariati progetti dopo. Scienziato ammirato, insegnò poi a Vienna per 25 anni, ma nemmeno lì riuscì a riformare il diritto penale locale, ZÜRCHER, CHRISTOPH: "Carl Stooss", in: DSS, 26.11.2013 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/013299/2013-11-26/>; sulla storia della codificazione penale svizzera v. anche LUMINATI 2004 "rinviato".

¹⁸⁹⁸ Sul peso di quell'approccio, che condannò infine il suo Codice penale per 40 anni, v. sotto cap. 12.1.1.

¹⁸⁹⁹ V. sotto, 9.3.1.

¹⁹⁰⁰ STOOSS 1892-3, vol. 2, p. 409, npp. 2; nota che peraltro PFENNINGER 1890, p. 359, ometteva.

¹⁹⁰¹ „Gegen Ende der siebziger Jahre nahm die Tätigkeit der politischen Polizei eine neue Richtung indem die anarchistische und die sozialistische Propaganda in Erscheinung traten. Wohlverstanden wandte sich die politische Polizei keineswegs etwa gegen die sozialdemokratische Lehre, sondern gegen die sicherheitsgefährdenden Umtriebe gewisser Kreise, die sich damals vornehmlich nach Aussen richteten und die Beziehungen der Schweiz zum Ausland in Mitleidenschaft zogen", LÜTHI 1923, p. 84 (italico mio), che inoltre rispiegava che a fine 1878 il CF aveva comunicato ai cantoni di controllare che i rifugiati non mettessero in pericolo le buone relazioni internazionali con le loro parole.

accoglieva in sé la sua dimensione non-giuridica. Un paradosso che fa parte della svolta culturale della modernità e che può essere ben colto in una lettura dinamica e policontesturale. Può essere capito spogliando il diritto moderno dalla centralità della norma e sostituirla la centralità del codice.¹⁹⁰² Non stupisce invero che il Codice penale nazionale non riuscì a trovare il sostegno politico per essere emanato: il liberalismo poteva anche “simulare” sé stesso a livello federale e internazionale, ma non poteva nascondersi di fronte alla sovranità cantonale. Che aveva capito benissimo l’antifona del codice tecnicista e bloccò tutto. Il Codice penale unificato infatti non vide la luce ancora per decenni.¹⁹⁰³

¹⁹⁰² La storiografia non è riuscita a mettere in luce come il diritto sia riuscito a gestire il potenziale scontro culturale fra le logiche del diritto e le logiche della politica. GROSSEN/STEFFEN/WIEDMER/WYSS 1992, nonostante citino l’inchiesta Brousse a p. 124, poi né l’approfondiscono, né le danno un ruolo centrale per lo sviluppo della polizia politica in Svizzera; nemmeno BURKHARD 2013 nota, né nel testo, né nelle sue conclusioni a p. 146, il ruolo del processo Brousse nell’evoluzione della lotta politica, né giuridica; si noti che non sono d’accordo con KREIS, GEORG: “Censura”, cap. 2: “Dopo il 1848”, in: DSS, 25.01.2015 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/024656/2015-01-25/#HDopoil1848>, dove sostiene che “dopo il 1848 le autorità federali limitarono la libertà di stampa solo durante le due guerre mondiali”, quando limitarono gli stampati “che mettono in pericolo le buone relazioni della Svizzera con le altre potenze o che non sono compatibili con la posizione neutrale del nostro Paese” (Esortazione del CF al Dip. Politico del 30.9.1914, *ivi*).

¹⁹⁰³ V. sotto, cap. 12.1.1; v. anche LUMINATI 2004 “rinviato”.

9 La psichiatria, la Nazione e i loro tribunali tecnici

9.1 La crisi del liberalismo di fine Ottocento e l'apertura di nuove linee di repressione

La fine dell'Ottocento è un momento di crisi del liberalismo della Svizzera come nazione liberale ottocentesca. Il caso di Stabio era stato un evidente *marking point*, un punto di passaggio nella storia costituzionale svizzera: si mostrava alla luce del sole tutta la paradossalità della sovranità suddivisa, creando momenti di blocco in cui il CF e il TF si rimpallavano la questione, mostrando di non poter voler decidere.¹⁹⁰⁴ Come già mostrato, le tensioni interne avevano già portato i democratici al governo. Di fronte all'avanzata socialista però tra il 1880 e il 1920 si assistette ad una reazione, i liberali si compattarono, assumendo a livello federale una nuova dimensione chiaramente governativa.¹⁹⁰⁵

Negli anni '90 si istaurò una certa stabilizzazione partitica a livello federale con la costruzione di frazioni parlamentari fisse.¹⁹⁰⁶ Era una fase di svolta nazionalista, una nuova unità nazionale che cercava di sostituire la frammentazione politica cantonale con la nuova suddivisione interna del sistema politico nazionale. Era una risposta ad una socialdemocrazia che proponeva, sulla scorta della questione sociale, modelli partitici legati a quelli tedeschi e russi, cercando di mettere in discussione quell'autonomia partitica cantonale.¹⁹⁰⁷ Come spiega Gruner rileggendo Hilty, la volontà dei liberali era ora passare la nazionalità alle prossime generazioni come un "tutto popolare ermetico" (*festgeschlossenes Volksganze*), tenendo ben lontano il sangue straniero. Per loro il partito liberale era un partito di Stato con il compito di condurlo e conservarlo. Il problema era però che il liberalismo classico era evidentemente incapace di gestire il conflitto fra interessi economici.¹⁹⁰⁸ Si vede bene che la forza dirompente che portava con sé il socialismo, che identificava invece i partiti come espressione delle classi sociali, metteva tutto in discussione.¹⁹⁰⁹

¹⁹⁰⁴ Sul ruolo del diritto moderno nelle situazioni di blocco v. meglio sopra, cap. 2.6.4.3.

¹⁹⁰⁵ GRUNER 1977, p. 49 ss.: la nuova Cost. 1874 aumentò infatti in modo deciso il ruolo governativo della Confederazione, cristallizzando una politica federale degna di questo nome. Con questa evoluzione arrivò però anche il referendum federale, senza che i liberali si fossero accorti di aver messo un'arma politica devastante nelle mani dei conservatori – ed infatti nel 1891 dovettero loro aprire un posto in CF.

¹⁹⁰⁶ GRUNER 1977, p. 27; i conservatori ebbero il loro primo regolamento per la frazione nell'AssFed nel 1882, mentre i liberali aspettarono fino al 1893, *ivi*, p. 54.

¹⁹⁰⁷ GRUNER 1977, p. 28; i conservatori si opponevano a una nazionalizzazione della questione sociale, chiedendo per contro di riconoscere i lavoratori come ceti in ottica corporativa, GRUNER 1977, p. 110.

¹⁹⁰⁸ GRUNER 1977, p. 73.

¹⁹⁰⁹ GRUNER 1977, p. 62 s.; nel 1919 i liberali infine persero la maggioranza assoluta nel parlamento federale. La causa va anzitutto cercata nelle loro contraddizioni interne: non riuscivano più a gestire la complessità della società, la discordanza tra il mondo contadino e

Di fronte alla crisi dell'idea liberale, la Nazione come costruzione di senso e campo di lotta diventava un nuovo modo di catalizzare l'attenzione.¹⁹¹⁰ A fine Ottocento prese quindi una connotazione spiccatamente etnica, con il suo correlato di costruzione di un nemico basato sull'alterità.¹⁹¹¹ Sebbene la repressione politica in Svizzera sia stata una costante nell'Ottocento,¹⁹¹² affiancata da una chiara repressione sociale che trovava consenso orientando l'opinione pubblica nei momenti elettorali,¹⁹¹³ proprio tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento si può notare un deciso rigurgito illiberale dei nazionalisti liberali. Le espulsioni di anarchici (e socialisti, come dimostra quella di Bernstein)¹⁹¹⁴ aumentarono vistosamente.¹⁹¹⁵

Era un'evoluzione all'interno del solco europeo: di fronte agli attentati anarchici venne organizzata una Conferenza internazionale per la difesa sociale contro l'anarchismo a Roma nel 1898, che propose di migliorare la collaborazione fra polizie nazionali.¹⁹¹⁶ La realtà però è che quella voglia di coordinarsi rimase su carta, l'Europa preferiva affrontare il fulgore del fenomeno anarchico, vissuto comunque come nemico comune, in modo flessibile a livello locale, in particolare potendo cambiare rapidamente le leggi nei singoli Stati.¹⁹¹⁷

quello impiegatizio, l'opposizione parlamentare alle leggi a tutela del lavoro portate avanti dai tre CF liberali di sinistra, *ivi*, p. 41.

¹⁹¹⁰ Nel 1891 ci furono p.e. forti discussioni sul seicentesimo della Confederazione, una delle tante espressioni di *nation building* di quel periodo, cfr. GERMANN 2012, p. 205.

¹⁹¹¹ KROPFENBERG/LINDER 2014, p. 85 s.; sull'iniziativa animalista antiebraica v. KÜLLING, FRIEDRICH: "Macellazione rituale", in: DSS, 11.01.2012 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/011380/2012-01-11/>, e PICARD, JACQUES: "Antisemitismo", cap. 2: "Dal 1848 a oggi", in: DSS, 18.11.2009 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/011379/2009-11-18/>.

¹⁹¹² VUILLEUMIER 2008, p. 23.

¹⁹¹³ VUILLEUMIER 2008, p. 41.

¹⁹¹⁴ REDAZIONE DEL DSS: "Eduard Bernstein", in: DSS, 08.09.2004 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/028327/2004-09-08/>.

¹⁹¹⁵ V. p.e. GERMANN 2012, p. 215 ss.; BURKHARD 2013, p. 138 ss.; c'era comunque resistenza. p.e. nel 1888 quando il DFGP inaugurò informalmente la stagione della polizia politica, un po' dappertutto fiocavano mozioni e interpellanze da parte dei rappresentanti di socialisti e democratici nei vari consigli locali e cantonali. All'arrivo del PG permanente nel 1889 lanciò un referendum, fallito, cfr. VUILLEUMIER 1992 pollice, p. 40 s.

¹⁹¹⁶ L'Italia e la Russia volevano misure drastiche, Francia e Inghilterra riuscirono però a frenarle, VUILLEUMIER 1992 pollice, p. 54.

¹⁹¹⁷ MECCARELLI 2015, p. 137 s., che indica però che trent'anni più tardi si valorizzava già decisamente di più un approccio cooperativo nel penale europeo.

9.2 *L'arrivo della medicalizzazione nazionale dei modernisti*

9.2.1 La società sana, l'anarchico malato?

Nella seconda metà dell'Ottocento la Scuola classica perorò nel penale una progressiva estensione dei concetti giuridici, statalizzando la logica giuridica e rendendo reato la sola violazione di un bene giuridico così come codificato dal legislatore.¹⁹¹⁸ La legge, espressione di uno Stato che per Binding era legittimamente autoritario, era quindi dedicata al giudice e non al delinquente.¹⁹¹⁹ Tutto ciò venne fortemente messo in discussione (anche)¹⁹²⁰ con la medicalizzazione del comportamento criminale. Le basi erano già state messe nel 18° secolo, dato che il diritto moderno si sviluppò parallelamente alla scienza medica e alla scientificizzazione.¹⁹²¹

Se i vari Beccaria e Feuerbach vedevano nel principio di legalità la garanzia di fronte all'arbitrio del potere, con il pieno sviluppo del principio liberale della responsabilità individuale (e con esso il principio della libera volontà del reo) era possibile creare un accoppiamento strutturale fra diritto penale e una scienza psichiatrica che si esprimesse sull'imputabilità del criminale. La divisione del lavoro iniziò negli anni '30 dell'Ottocento.¹⁹²² Nell'ultimo quarto di secolo gli psichiatri iniziarono a esporsi e chiedere un ruolo più ampio nel penale. Germann spiega che non ci fu un conflitto aperto: il diritto affermò il suo codice e il discorso interno alla psichiatria non ritenne dovesse prendersi il compito della decisione giuridica. Alla fine, si sviluppò un sistema duale di pene e di misure psichiatriche, che conosciamo ancora oggi. Era un sistema "che soddisfaceva le esigenze della moderna società delle classi e dei commerci".¹⁹²³

Dal punto di vista scientifico-giuridico diede il tono la scuola moderna di Franz von Liszt (1851-1919), segnata da un pensiero special-preventivo. Non vedeva più la pena come vendetta, ma come strumento funzionale a uno scopo di politica criminale. Lo scopo della pena veniva legato alla personalità

¹⁹¹⁸ GARRÉ 2010, p. 25, npp. 38.

¹⁹¹⁹ SCHLOSSER 2017, p. 342.

¹⁹²⁰ Un ruolo lo ebbero certo anche personalità come Ehrlich, Geny e Fuchs, che nel privato con la loro dura critica ai metodi permisero l'arrivo di una mentalità (anche sociologica) legata a un diritto cosiddetto "libero" a cavallo tra 19° e 20° secolo. Lottarono contro la giurisprudenza dei concetti e principi astratti coltivata nel 19° secolo, affermando la necessaria lacunosità del diritto positivo. Il periodo in cui si fecero sentire era connotato da una centralizzazione statale dell'amministrazione della giustizia e da fratture nello Stato liberale. Non portarono molto, se non l'articolo 1 cpv. 2 del CCS di Huber, che però fu sostanzialmente dichiarativo più che normativo per l'attività giudiziale, cfr. RÜCKERT 2008.

¹⁹²¹ Sull'arrivo illuministico dell'eziologia criminale e della fisiognomica, nonché sul darwinismo che si aiutò a mettere in crisi la teologia, ma che pure contribuì all'idea che ci fossero delinquenti nati v. SCHLOSSER 2017, p. 322 ss.

¹⁹²² GERMANN 2002, p. 399 s.

¹⁹²³ "Befriedigung der Sicherheitsbedürfnisse der modernen Verkehrs- und Klassengesellschaft", GERMANN 2002, p. 402.

del delinquente. Si discostava dal rigido conservatorismo classico e inglobava le tendenze scientifiche che volevano un approccio al crimine come espressione sociale. Si voleva giocare in anticipo rispetto al criminale, in modo tale da mettere in (una presunta) sicurezza la società. Si sviluppò quindi anche la differenza tra pena e misura psichiatrica.¹⁹²⁴

Questo pensiero venne poi estremizzato dalla scuola positiva italiana, che vedeva il crimine come una vera e propria ferita del tessuto sociale.¹⁹²⁵ Per gli italiani Lombroso (1835-1909), di ispirazione psichiatrica, e poi Ferri, di ispirazione social-antropologica, la sanzione era “uno strumento di difesa della società contro il delinquente”, non una pena metafisica, né correttiva, né espiativa. In questo modo però si affermava che la società era giusta di per sé, il reo diventava quindi una persona anormale.¹⁹²⁶ D’interesse notare che questo positivismo, con la sua idea giuridica organica, rispetto al rigido legalismo della scuola classica paradossalmente forniva una scienza penale che si adattava ancora meglio alla legittimazione dello Stato nazionale.¹⁹²⁷ La scuola positiva forniva ora gli strumenti adeguati alla reazione giudiziale: l’idea era riuscire a negare la politicità dell’atto criminoso. Ad esempio se la società era ontologicamente giusta e il delinquente anormale, l’anarchia poteva diventare un delitto contro la proprietà.¹⁹²⁸ E per Lombroso l’anarchico era ora a tratti un malato¹⁹²⁹, a tratti un criminale nato a carattere filantropico,¹⁹³⁰ uno dei possibili rimedi il manicomio, non la pena di morte.¹⁹³¹ Forte delle parole del IV Congresso internazionale di antropologia del 1894, dove i positivisti con Lombroso proponevano di considerare gli anarchici come volgari criminali, il diritto si nascose: negava regolarmente la natura politica del reato contestato, gli anarchici diventavano “comuni malfattori”.¹⁹³²

¹⁹²⁴ SCHLOSSER 2017, p. 341.

¹⁹²⁵ GARRÉ 2010, p. 25.

¹⁹²⁶ Cfr. SCIUMÉ 1998, p. 240 s.

¹⁹²⁷ LACCHÈ/STRONATI 2014, p. 9 ss.

¹⁹²⁸ SCIUMÉ 1998, p. 243.

¹⁹²⁹ Dove LOMBROSO 1998 (1894-5), vedeva il legame con l’epilessia e l’isteria (p. 35 ss.), la pazzia geniale (p. 43 ss.), l’eccesso di passione (p. 53 ss.).

¹⁹³⁰ p.e. LOMBROSO 1998 (1894-5), p. 88.

¹⁹³¹ LOMBROSO 1998 (1894-5), p. 100.

¹⁹³² SCIUMÉ 1998, p. 245, che nota pure che questa via giurisprudenziale in realtà si era già vista alla fine degli anni Sessanta con una giurisprudenza che affermava che non tutti i reati contro lo Stato erano politici ed era percorsa in tutta Europa; p.e. da Vienna LENZ 1896, p. 8 ss., chiedeva un indurimento delle pene, l’adozione di nuovi reati compiuti dagli anarchici, citava Bluntschli e la sua idea che l’anarchia fosse una violazione dell’umanità e classificava gli anarchici nella classe dei criminali sociali); LOMBROSO 1998 (1894-5), pp. 18 e 20, indicava che laddove gli anarchici siano pronti a prendere il dominio di classe con ogni mezzo, ecco che quell’ogni” covava il delitto comune.

9.2.2 I modernisti in Svizzera e la prima spinta – rovinosa – per l’unificazione

In Svizzera la *Schulenstreit* tra classici e moderni si fece sentire, ma non come all’estero.¹⁹³³ Che i cambiamenti fossero nell’aria comunque è evidente: la generalizzazione dei reati anarchici fu proprio l’atteggiamento ufficiale svizzero di fine Ottocento. Nel 1892 la Confederazione, non volendo recepire la “clausola belga” del 1856 che permetteva l’extradizione di un imputato nel caso di attentati a capi di Stato o di omicidi politici, con la Legge federale del 22 gennaio 1892 sulla estradizione agli Stati stranieri creò la nuova “clausola Svizzera” che concedeva l’estradiabilità per il reato politico quando “il fatto, per il quale l’extradizione è domandata, costituisce principalmente un delitto comune”.¹⁹³⁴ Anche dal punto di vista pratico era impossibile non aprire una fase di cambiamento: sempre più nei tribunali venivano richieste dai giudice perizie psichiatriche sugli imputati, ben documentate sulla RPS.¹⁹³⁵

La voce più vicina a Lombroso e Ferri era quella di Emil Zürcher, espressione di un nuovo approccio criminologico scientifico, secondo cui le basi del diritto penale erano cosmopolite in quanto lo era il “tipo criminale” lombrosiano: La loro applicazione era però legata – così la sua idea – alle varietà dei popoli nazionali.¹⁹³⁶ Contro i positivisti italiani in Svizzera le voci erano però rumorose. Da un lato Gretener, della scuola classica, professore a Berna, non riteneva convincente la proposta lombrosiana del tipo delinquente.¹⁹³⁷ Chiarissimo pure Gautier, comunque modernista e amico di Zürcher,¹⁹³⁸ che tacciava Lombroso di trovare nessi scientifici senza che vi fossero prove alcune.¹⁹³⁹ Rigettava la psico-patologizzazione, come pure condannava che Lombroso si permettesse di fare diagnosi da lontano, ad esempio affermando che l’assassino di Sissi, Lucheni, avesse l’epilessia.¹⁹⁴⁰

¹⁹³³ HOLENSTEIN 1996, p. 243.

¹⁹³⁴ MECCARELLI 2015, p. 148; v. il Messaggio del CF in BBI 1890 III 316; come ho mostrato sopra (cap. 8.1.1), si trattò di una vera e propria giravolta storica rispetto alle basi gettate da Furrer. Va interpretata con l’avanzata della logica nazionalista.

¹⁹³⁵ LUMINATI 2004 “rinviato”, p. 334; d’altronde Carl Stooss per la sua attività unificatrice aveva cercato alleanze anche fuori dal diritto e quindi ospitava le voci degli psichiatri sulla RPS, GERMANN 2002, p. 402.

¹⁹³⁶ Sia Stooss sia von Listz erano ben predisposti nei confronti di Zürcher, HOLENSTEIN 1996, p. 244; su Lombroso von Listz era invece scettico, *ivi*, p. 256.

¹⁹³⁷ HOLENSTEIN 1996, p. 257.

¹⁹³⁸ HOLENSTEIN 1996, p. 293.

¹⁹³⁹ GAUTIER 1898, p. 354; così anche FAVEY 1891, p. 21.

¹⁹⁴⁰ In effetti Lombroso aveva pubblicato sulla *Revue des Revues* una diagnosi da lontano. Spiegava che la personalità doppia che si notava nella scrittura di Luccheni si poteva trovare anche nella sua psicologia e che la causa del suo crimine politico era l’epilessia, LOMBROSO 1898, p. 244; si noti che la diagnosi era anche legata ad un accertamento delle condizioni sociali in Spagna e Italia, dove la miseria “*du peuple*” era “*navrante*”. La colpa di Lucheni sarebbe quindi stata organica-individuale per un terzo, ma altrettanto facevano il milieu e la

Nel contempo però anche Gautier definiva l'anarchia una malattia¹⁹⁴¹ e affermava che lo spirito altruista di Lucheni era stato intossicato dall'anarchia,¹⁹⁴² come visto, molto vicino a quello di Lombroso... Favey, da Losanna, condannava invece le tendenze socialiste del positivismo di Ferri e la sua ricerca spasmodica delle cause sociali del delitto.¹⁹⁴³

I modernisti in Svizzera (Stooss, Zürcher, Gautier, ma anche il giudice federale Morel) ebbero un ruolo non indifferente nel diritto e nella procedura penale in Svizzera. Accompagnati dal CF Ruchonnet si raggrupparono nello *schweizerische Landesgruppe* nell'associazione internazionale di criminologia e da lì statuirono come prossimo scopo dichiarato l'unificazione in Svizzera del diritto penale. Consideravano la lotta contro il delinquente un compito del singolo Stato, ma necessitando di una collaborazione internazionale. Con un codice nazionale, Zürcher riteneva di poter rimettere la Svizzera al centro delle idee riformiste internazionali.¹⁹⁴⁴ Con Luminati si può parlare di posizionamento nel campo di gioco di uno spazio discorsivo.¹⁹⁴⁵ Un campo peraltro difficile, von Liszt ad esempio nel 1896 creò una dura frattura con Stooss sul concetto d'imputabilità, tacciandolo di essersi avvicinato a Binding.¹⁹⁴⁶

9.2.3 Spinte politiche e dottrinali per l'unificazione del diritto penale materiale

Come spiegato sopra, i processi agli anarchici avevano mostrato dei punti deboli per lo Stato liberale: gli svizzeri non si potevano espellere¹⁹⁴⁷ e i crimini contro la sicurezza interna erano puniti ancora lievemente.¹⁹⁴⁸ Subito Ruchonnet fece approfondire la questione dando incarico – al netto delle critiche subite per la gestione del processo Nicolet – al radicale Stockmar di elaborare un progetto di modifica del CPF 1853, che però si rivelò prudente: se da un lato il CF chiedeva di reprimere gli appelli alla violenza, di perseguire gli atti illegali degli agenti provocatori e di elaborare misure contro la dinamite, il radicale Stockmar continuava a sostenere che gli anarchici erano “degli sbruffoni inoffensivi, dei plagari, degli eccentrici che

miseria. Le classi dirigenti dovevano quindi cambiare rotta, *ivi*, p. 246 ss.; sul problema procedurale relativo all'assassinio di Sissi v. meglio sotto, npp. 2213.

¹⁹⁴¹ GAUTIER 1898, p. 345, legando peraltro quella condizione patologica al non aver avuto né affetti, né famiglia, *ivi*, p. 343.

¹⁹⁴² GAUTIER 1898, p. 355.

¹⁹⁴³ FAVEY 1891, p. 18 s.

¹⁹⁴⁴ HOLENSTEIN 1996, p. 293 ss.; due decenni dopo il gruppo venne guidato da Hafter e Logož, *ivi*, p. 295.

¹⁹⁴⁵ LUMINATI 2004 “rinviato”, p. 330.

¹⁹⁴⁶ HOLENSTEIN 1996, p. 376.

¹⁹⁴⁷ Giustamente notato dal corrispondente della *NZZ* al processo Nicolet, *NZZ* 28.12.1889, Nr. 362.

¹⁹⁴⁸ PFENNINGER 1890, p. 351.

la polizia di Parigi a ben ragione tratta con indulgenza”.¹⁹⁴⁹ Indicava inoltre che il pericolo anarchico si stava dissolvendo, mentre una legge sarebbe stata fortemente liberticida. Infine, la competenza sulla dinamite non stava alla Confederazione.¹⁹⁵⁰

Ruchonnet di nuovo ignorò l’avviso e incaricò una commissione di esperti d’elaborare un progetto di modifica del CPF 1853, consegnato il 23 aprile 1889 con queste nuove fattispecie liberticide:

- istigazione non riuscita;
- pubblica provocazione non riuscita a taluni reati contro lo Stato (artt. 45-47);
- esortazione, provocazione e istruzione alla rivolta e all’odio di classe;¹⁹⁵¹
- agente provocatore al servizio di una polizia straniera;
- istigazione e incitamento a violare i propri doveri di servizio militare.¹⁹⁵²

Inoltre si sarebbe dovuto esautorare le AF a favore della nascente Corte penale federale.¹⁹⁵³ Ancora anni dopo Zürcher sosteneva che alla base di questa proposta di legge stava una vera ondata sovversiva di crimini anarchici sulla Terra (“*eine förmliche Sturzwelle von anarchistischen Verbrechen über die Erde*”) alla fine degli anni ‘80, che aveva portato a dover controllare se ci fossero le armi di difesa necessarie, poi considerate insufficienti.¹⁹⁵⁴ Di un certo interesse notare che il vago art. 41 CPF 1853 non dava invece nessun problema.¹⁹⁵⁵

Il “completamento” del CPF 1853 venne però messo da parte per dare spazio all’unificazione penale. Parallelamente, infatti, anche la SSG aveva

¹⁹⁴⁹ “*hâbleurs inoffensifs, des plagiaires, des excentriques que la police de Paris a bien raison de traiter avec indulgence*”, MEUWLY 2006, p. 330 e il fondo d’archivio ivi indicato.

¹⁹⁵⁰ MEUWLY 2006, p. 330.

¹⁹⁵¹ Come notava Stooss, era considerato reato anche la provocazione non compiuta pubblicamente, STOOSS 1992-3, vol. 2, p. 423 s.

¹⁹⁵² Il progetto di riforma dei vari articoli si trova in STOOSS 1890 Novelle, p. 174, le pagine precedenti sono dedicate a spiegare i contenuti del progetto di revisione di legge; su questo attivismo politico-giuridico v. anche GERMANN 2012, p. 208 ss., che sottolinea il doppio binario d’azione, da un lato il momento legislativo penale, dall’altro le misure concrete di polizia con l’apertura di una lotta di classe dall’alto, *ivi*, p. 213.

¹⁹⁵³ STOOSS 1890 Novelle, p. 171; sulla costruzione anticostituzionale nazionalista della Corte penale federale v. sotto, cap. 9.3.4.2.

¹⁹⁵⁴ ZÜRCHER 1922, p. 1; anche STOOSS 1892-3, vol. 2, p. 423 s., considerava questa novella come una reazione adatta a dare tutela giuridica unitaria contro la propaganda del fatto, notava però che per la condanna dei delitti anarchici in sé bastava il diritto cantonale. Criticava comunque che il diritto penale cantonale ancora avesse validità in Svizzera... (“*Das Missliche dieser Theilung [...] springt in die Augen*”).

¹⁹⁵⁵ STOOSS 1892-3, vol. 2, p. 409, se ne lamentava e proponeva di far decadere il concetto di “atti contrari al diritto delle genti”, spiegando al suo posto precisamente quali atti fossero puniti secondo il principio *nulla poena sine lege*. Indicava pure che già Müller nel 1885 sosteneva questa novella.

inaugurato la lunga fase codificatoria nazionale elvetica. Nella sua assemblea del 1887, capitanati da Carl Stooss, la società decideva di dare sostegno ad una petizione di 25 giuristi che chiedevano al CF di valutare l'unificazione per combattere efficacemente il crimine e dare avvio a una scienza penalistica di respiro nazionale. Nel 1888 Stooss creò quindi la RPS con Gautier e Zürcher, tutti professori, tutti evoluzionisti modernisti, che erano riusciti però a radunare attorno a sé anche i giuristi classici.¹⁹⁵⁶ Ruchonnet si era dichiarato d'accordo all'unificazione, ma (come per il CCS) decise di anticiparle uno studio scientifico sullo stato del diritto penale in Svizzera, che assegnò allo stesso Stooss e che questi consegnò nel 1893.¹⁹⁵⁷ Stooss creò infine un avamprogetto per un Codice penale nazionale (CPS), rielaborato da una commissione di esperti, di cui erano membri esponenti delle varie scuole penalistiche.¹⁹⁵⁸ Solo dopo questi passaggi e il relativo progetto di CPS la competenza legislativa sul tema venne data alla Confederazione con l'art. 64bis Cost. 1874 del 30 giugno 1898, dopo una lunga opposizione dei federalisti.¹⁹⁵⁹ Il progetto del CPS però si bloccò più volte, rimanendo per decenni sui banchi del parlamento.¹⁹⁶⁰

Fra le due Guerre negli anni Trenta fu alla fine il concetto di “difesa spirituale” (*geistige Landesverteidigung*) che considerava la Svizzera in pericolo fra i prossimi belligeranti, fascista e antifascista contemporaneamente,¹⁹⁶¹ a dare nuovo slancio alla codificazione. L'esaltazione dello straniero come nemico permetteva di far collimare gli interessi dei cantoni con quelli della Confederazione.¹⁹⁶² Le divergenze fra scuole penalistiche si appiattirono e gli storici del diritto coevi riuscirono addirittura a ricostruire una storia che legittimasse il codice, addirittura ricostruendo la storia dello *ius puniendi* cantonale come se il particolarismo fosse un retaggio del passato figlio dell'occupazione francese.¹⁹⁶³

¹⁹⁵⁶ LUMINATI 2004 “rinviato”, p. 330 s.; sulla scuola moderna e suoi influssi in Svizzera v. qui sotto, cap. 9.3.2.

¹⁹⁵⁷ cfr. STOOSS 1893, p. 5.

¹⁹⁵⁸ STOOSS 1894, p. I.

¹⁹⁵⁹ LUMINATI 2004 “rinviato”, p. 344.

¹⁹⁶⁰ Il nuovo codice penale nazionale venne approvato infine con un referendum solo nel 1937, dopo sette progetti e 40 anni di lavori. Il CPS 1937 entrò in vigore nel 1942, LUMINATI 2004 “rinviato”, p. 346 s.

¹⁹⁶¹ V. LUMINATI 2004 “rinviato”, p. 346; l'irredentismo dava particolarmente fastidio, il comunismo pure. Pochi mesi prima dell'emanazione del CPS 1937 fu quindi emanata una modifica del CPF 1853 che permetteva di incriminare per tradimento chi provasse a far immischiare una potenza straniera nelle questioni svizzere. Si noti che trattava di un reato di pericolo (*Gefährdungsdelikt*) e non di reato materiale (*Erfolgssdelikt*) perseguibile sin dagli atti preparatori, STÄMPFLI 1937, p. 19 ss. e 25 s.

¹⁹⁶² Sulle teorie nazionali di Hilty cfr. GRUNER 1977, p. 73.

¹⁹⁶³ LUMINATI 2004 “rinviato”, p. 346 s.

9.3 *La giuria popolare di fronte alle logiche di nazionalizzazione*

9.3.1 I giurati come usurpatori: le dure critiche tra gli anni '70 e gli anni '80, ma senza imporre lo scabinato

La scabinizzazione in Svizzera fu lentissima. Come visto, il maldestro tentativo parlamentare federale di scabinizzazione delle AF del 1872, quando i liberali escheriani provarono di sottocchi a sostituire la parola *Schwurgericht* con la parola *Geschworenengericht*, fallì miseramente.¹⁹⁶⁴ A **Berna** già nel 1880 la giuria subì una certa correzionalizzazione e venne eliminata la sua competenza nel caso di confessione dell'imputato (*Autoverdict*).¹⁹⁶⁵ Non divenne però uno scabinato.

Nel 1881 al convegno della SSG Favey attaccò le giurie, ma non propose lo scabinato. Iniziava il suo discorso con queste poco lusinghiere parole: “In Svizzera, la giuria non è un’istituzione nazionale e non ha incontrato l’entusiasmo ammirato di cui alcuni dei nostri vicini amano circondarla”.¹⁹⁶⁶ Spiegava che la giuria non era riuscita a mettere radici e che si sarebbe potuto benissimo farne a meno. Come spesso era già successo, massacrò l’istituzione sia dal punto di vista del suo ruolo politico, sia da quello giuridico, il catalogo degli argomenti era quello che circolava già da decenni (e che ha continuato a circolare per decenni), fra lamentele su determinate tipologie di assoluzioni o condanne, persino la condannava d’essere parziale perché i giurati conoscevano più dell’accusa e della difesa l’ambiente in cui si muovevano gli imputati.¹⁹⁶⁷ Insisteva sul fatto che il buon senso non bastasse per giudicare casi complessi, per giudicare era infatti necessario avere “attenzione costante, tanta memoria, grande perspicacia”.¹⁹⁶⁸ Immane la critica sull’impossibilità di separare le questioni di fatto da quelle di diritto, perché non si poteva certo pretendere che i giurati non pensassero alle conseguenze delle loro decisioni. A suo dire, i giurati **erano in questo senso degli usurpatori** che si sostituivano al giudice.¹⁹⁶⁹

Detto tutto questo però Favey non si azzardava a proporre di abolire la giuria, limitandosi a metterla sotto una pessima luce e a chiedere alcuni miglioramenti puntuali.¹⁹⁷⁰ Tra i vari miglioramenti Favey notava in

¹⁹⁶⁴ V. sopra cap. 8.3.3; si noti peraltro che invece a Zurigo nel 1874 non fu proferita parola per cambiare lo *status quo*, FEHR 1975, p. 38.

¹⁹⁶⁵ WAGNER 1926-27, p. 316.

¹⁹⁶⁶ “Le jury n’est pas en Suisse une institution nationale et n’a pas rencontré chez nous l’enthousiasme admiratif dont se plaisent à l’entourer certains de nos voisins”, FAVEY 1881, p. 39.

¹⁹⁶⁷ FAVEY 1881, p. 42.

¹⁹⁶⁸ “une attention soutenue, beaucoup de mémoire, une grande perspicacité”, FAVEY 1881, p. 44.

¹⁹⁶⁹ FAVEY 1881, p. 49.

¹⁹⁷⁰ FAVEY 1881, p. 54 s.

particolare che si poteva evitare di avere la giuria se i giudici fossero stati eletti direttamente dal popolo. Il romanista Schneider, anche lui scettico sulle giurie in particolare a causa del sistema di selezione a sorte dei giurati, gli rispose nelle sue antitesi che assolutamente non era il caso di lasciare l'elezione dei giudici al popolo. Concordava con il giudizio annichilente contro la giuria da parte di Favey, in particolare sull'idea che la giuria avesse usurpato il ruolo del giudice e che nulla apportava alla democrazia. Nemmeno lui però propose lo scabinato.¹⁹⁷¹

Stooss nel 1883, commentando una proposta di modifica costituzionale per il canton **Berna**, certificò che nessuno metteva più in questione i principi di immediatezza e oralità e si schierò fervidamente per la professionalizzazione della magistratura e dei tribunali stabili. Addirittura perorava l'adozione di un esame di Stato per i giudici.¹⁹⁷² Non osando condannare i non togati (*Laienrichter*) in sé chiese infine il passaggio dalle giurie popolari allo scabinato (definendolo un *Volksgerecht* più che un *Assisengericht*). Riteneva comunque ovvio (*ergibt sich ... von selbst*) che si passasse da una riforma costituzionale.¹⁹⁷³ Ad **Argovia** il sistema scabinale venne proposto la prima volta nel 1884, ma fu bocciato.¹⁹⁷⁴ A **Berna** nuovamente si provò ad adottarlo all'interno di una riforma costituzionale nel 1885, bocciata dal popolo.¹⁹⁷⁵ Nel 1891 era di nuovo il turno della **Confederazione**: una mozione per la modifica della PPF 1851 chiedeva fra l'altro lo scabinato al posto della giuria classica, ma il legislatore gli preferì la Corte penale federale.¹⁹⁷⁶

Quei tentativi di riforma si inserivano in una situazione peraltro molto divisa, arrivavano probabilmente troppo presto. La modernizzazione non era stata completata, in Svizzera il processo moderno non era ancora considerato lo standard comune. Hafner nel 1888 stilò una lista completa delle competenze giurisdizionali penali in tutti i cantoni svizzeri, distinguendo con cura quali cantoni avessero le giurie popolari, quali i tribunali criminali e quali fossero le varie pene inflitte,¹⁹⁷⁷ notando che dove c'erano le giurie

¹⁹⁷¹ Albert SCHNEIDER, Thesen des Correferenten, in: FAVEY 1881, p. 57.

¹⁹⁷² Stooss già allora si rifaceva al parallelismo fra professionalizzazione della medicina e professionalizzazione della giurisprudenza. La sua critica, richiamandosi a Binding, era in modo particolare contro le giurie popolari e la capacità di manipolarle da parte degli avvocati difensori. Si scagliava comunque anche contro i giudici non togati (*Laienrichter*), in particolare quelli di milizia e non quindi attivi solo come giudici, v. STOOSS 1883, p. 423 ss.

¹⁹⁷³ STOOSS 1883, p. 444 s.

¹⁹⁷⁴ GRAVEN 1938, p. 22a.

¹⁹⁷⁵ OBERLI 1934, p. 14; WAGNER 1926-27, p. 316, chiamava la spinta ideologica dietro quella riforma "*Bürgerknebel*" (bavaglio ai cittadini).

¹⁹⁷⁶ GRAVEN 1938, p. 31a e p. 24a ss.; sulla Corte penale federale v. qui sotto, cap. 9.3.4.

¹⁹⁷⁷ HAFNER 1888 Motive, p. 241.

popolari il processo era orale, mentre i tribunali criminali giudicavano ancora secondo procedure scritte.¹⁹⁷⁸

9.3.2 La giuria popolare – a ben vedere un problema anche per i modernisti svizzeri

Sebbene a prima vista si potrebbe pensare che il vero ostacolo contro la giuria fosse l'ipertecnicismo della scuola classica, le voci che ebbero più peso nel mettere in discussione le giurie popolari furono proprio modernisti e positivisti. Lombroso in particolare sosteneva che “tanto più sono i deliberanti, meno giusta e meno savia è la deliberazione che ne risulta”.¹⁹⁷⁹ Come indicato da Lacchè, alcuni positivisti sostennero che non era la pubblicità a scatenare la curiosità del pubblico, ma al contrario la curiosità generava la teatralità. Inoltre, sostenevano che

di fronte al dichiarato – ma indimostrato – aumento della criminalità, la pubblicità dei dibattimenti [valeva] come **fattore criminogeno**. Uno dei più consolidati *topoi* positivistici è quello che si potrebbe definire della *sterilizzazione medica* del processo.¹⁹⁸⁰

I modernisti italiani, infine, nel 1895 al congresso penitenziario di Budapest chiesero apertamente l'abolizione della giuria.¹⁹⁸¹

Come visto sopra Favey nel 1881 aveva criticato fortemente la giuria. 10 anni dopo, nel 1891 spiegava inoltre che “il giudice deve prendere in considerazione la personalità del delinquente”, questo secondo lui era il vero insegnamento che bisognava trattenere in Svizzera dalla scuola italiana,¹⁹⁸² in linea con la posizione di Zürcher che negli anni sottolineò l'importanza che anche il giudice verificasse quali fossero gli istinti interni nei singoli delinquenti.¹⁹⁸³ Era quella la posizione dei modernisti svizzeri? Inaspettatamente, nel 1898 Gautier si dichiarava ostile di principio alla presenza dei giurati nel processo penale, di fronte al caso Lucheni valutava però positivamente che avessero potuto emanare il loro verdetto, lodando la sorte come criterio di selezione nonché la loro origine popolare. Li riteneva infatti uno strumento di consolidamento della forza repressiva in quel processo. A suo dire la Corte d'assise, essendo in maggioranza composta da giurati, rifletteva l'opinione nazionale invece di rappresentare la casta dei

¹⁹⁷⁸ HAFNER 1888 Motive, p. 245; una buona e ampia descrizione dell'evoluzione sulle norme giurisdizionali sulle giurie cantonali con le giurie si trova anche in GRAVEN 1938.

¹⁹⁷⁹ LOMBROSO 1998 (1894-5), p. 19.

¹⁹⁸⁰ LACCHÈ 2009, p. 47, notando che Florian riteneva che la pubblicità fosse comunque un sintomo, non la causa della patologia, *ivi*, p. 48.

¹⁹⁸¹ LORENZELLI 1911, p. 163 ss.

¹⁹⁸² “*le juge doit prendre en considération la personnalité du délinquant*”, FAVEY 1891, p. 32.

¹⁹⁸³ Cfr. HOLENSTEIN 1996, p. 281.

giuristi.¹⁹⁸⁴ Il verdetto aveva, a suo dire, potuto mostrare tutta la repulsione di un popolo verso l'assassino anarchico.¹⁹⁸⁵

Pochi anni dopo, nel 1905, Borel,¹⁹⁸⁶ in un testo che sembra essere una risposta indiretta a quello di Favey del 1881, spiegò che era sbagliato suonare la campana a morto per le giurie, dato che il popolo era loro affezionato (*attaché*). Stilava anche lui una lista di tutti i loro difetti senza però mai calcare la mano. Se poteva essere che i giurati non capissero tutti i loro compiti, in realtà bastava ridurre le liste per avere gli uomini giusti.¹⁹⁸⁷ Bisognava a suo dire eliminare l'atto d'accusa, visto come uno strumento di eccessiva influenza sulla giuria. Gli errori della giuria inoltre erano spesso causati da dei malintesi di cui non aveva responsabilità, anzi i giurati dovevano poter chiedere la modifica delle domande del presidente. Per Borel peraltro andava benissimo che le giurie non avessero remore a pensare alle conseguenze della loro decisione.¹⁹⁸⁸ Proprio per questa loro particolarità, a suo dire, bisognava aprire allo scabinato.¹⁹⁸⁹ Era una motivazione abile, che, come mostro meglio sotto affrontando il tema del passaggio allo scabinato, proponeva quello che volevano anche altri, ma arrivandoci senza criticare sul serio la giuria come invece aveva fatto Favey.

Se le tesi dei primi positivisti, in particolare quelle di Lombroso, nei primi decenni del 20° secolo persero *appeal*, quelle idee psichiatriche avevano portato delle evoluzioni chiare nella scienza processualistica elvetica sin dalla fine dell'Ottocento. Ancora negli anni '20 Cleric sosteneva che gli scabinati erano problematici tanto quanto le giurie classiche.¹⁹⁹⁰ Anzitutto il problema era – a suo dire – esterno, causato dalla pubblicità processuale: i giurati portavano più pubblico di curiosi in aula rispetto a una commissione di soli giudici.¹⁹⁹¹ Secondo Cleric il problema era però, anche interno al processo: era necessario che il giudice sapesse maneggiare la psicologia, criterio a cui fino ad allora nemmeno tutti i giudici professionisti adempivano, figurarsi le lacune drastiche (*drastisch*) dei giurati! Cleric rendeva p.e. attenti alla tendenza delle parti nell'interrogatorio incrociato a porre domande suggestive qualora fosse presente una giuria. I giudici dovevano essere persone con il giusto atteggiamento (*richtige*

¹⁹⁸⁴ Un discorso non così dissimile da quello sui pari di inizio secolo, v. sopra cap. 5.2.2.

¹⁹⁸⁵ GAUTIER 1898, p. 357 s., che comunque (al solito!) criticava l'eccessiva clemenza delle giurie.

¹⁹⁸⁶ Figlio del CF Borel, fu un giurista di fama mondiale, procuratore generale a Ginevra e poi presidente della Corte di cassazione, v. BERENSTEIN, ALEXANDRE: "Eugène Borel", in: DSS, 14.01.2003 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/015766/2003-01-14/>.

¹⁹⁸⁷ BOREL 1906, p. 346 s.

¹⁹⁸⁸ BOREL 1906, p. 348 ss.

¹⁹⁸⁹ BOREL 1906, p. 352.

¹⁹⁹⁰ CLERIC 1924/25, p. 75; sullo scabinato v. sopra, cap. 8.3.2.

¹⁹⁹¹ Era infastidito anche dal foglio delle domande del giudice alla giuria classica, che diventava pubblico e oggetto di discussione, quindi di potenziale polemica, CLERIC 1924/25, p. 74 s.

Einstellungen), mentre i giurati risultavano estranei alla sala giudiziaria.¹⁹⁹² Hentig comunque trovava una soluzione a questo problema, proponendo che per legge alcuni giurati al processo fossero psichiatri e pedagoghi. Non si pensi che sia stato ascoltato dai giuristi.¹⁹⁹³

9.3.3 Tra aspettative e follia: il conflitto come espressione di normalità

9.3.3.1 “Non c’è mai stata una società senza diritto” – costruzione di aspettative normative fra diritto e conflitto nella modernità

Usare il codice funzionale diritto/non-diritto come sistema immunitario¹⁹⁹⁴ permette di incapsulare una comunicazione conflittuale e di concentrarla tutta su di sé, modulandola, come se venga dato un secondo significato alle parole. Per direzionare l’operazione verso il valore “diritto” o verso quello “non-diritto” vengono usati dei programmi, ovvero le norme giuridiche (le leggi sono infatti, anche nella teoria classica del diritto, chiamate “programmi condizionali” che impongono che “se succede questo, allora deve succedere quest’altra cosa”) basate sulla distinzione aspettativa/delusione.¹⁹⁹⁵ Ci si aspetta infatti che tutti seguano le regole e si è delusi se questo non accade. Ci si aspetta inoltre un certo consenso sociale attorno a questa delusione: la struttura del diritto è inserita in un aspettarsi normativo di aspettative normative.¹⁹⁹⁶

Le aspettative sono espressione di una struttura che permette di gestire la complessità del mondo che ci sta attorno. La struttura permette di cogliere una comunicazione non come selezione, ma come premessa di una selezione che si fa su quella comunicazione (p.e. qualcuno ci chiede qualcosa e, sapendo di aver capito, dobbiamo decidere. Per sapere di aver capito bisogna affidarsi a una struttura, altrimenti si continuerebbe a chiedersi se effettivamente si è capito!). Le strutture riducono la possibilità di scelta e dipendono da supposizioni condivise fra chi comunica. Le strutture fan sì, quindi, che all’interno di quella scelta si possa sviluppare un’aspettativa, ma, come spiegava Luhmann già nel 1972, si tratta di un inganno, dato che il mondo è ben più complesso di ciò che propone la struttura. La riduzione del mondo a struttura fa sì che anche le delusioni delle aspettative siano

¹⁹⁹² CLERIC 1924/25, p. 71 ss.; si noti che ancora oggi chi studia alle università di giurisprudenza svizzere in genere non frequenta corsi di psicologia o di psichiatria forense...

¹⁹⁹³ HENTIG 1927.

¹⁹⁹⁴ V. sopra, cap. 2.6.4.7.

¹⁹⁹⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 61.

¹⁹⁹⁶ V. su questo tema anche la conferenza, ora on-line, di Niklas Luhmann “Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?” al link <https://www.youtube.com/watch?v=3mXwN1Svay4> e la relativa pubblicazione LUHMANN 1993 Gibt es...

prevedibili, dosando quindi le aspettative e le delusioni: in sostanza le strutture regolano la paura.¹⁹⁹⁷

Si possono distinguere due tipi di aspettative: le aspettative cognitive e quelle normative. La differenza fra i due tipi aspettative viene usata per gestire i rischi della complessità, creando la distinzione artificiale fra essere e dovere.¹⁹⁹⁸ Con le aspettative cognitive si impara dalla delusione. 1999 Da esse ci si aspetta che succeda qualcosa, ma se questo non succede si accetta che ciò non sia successo. Sono legate alla capacità di imparare dalla delusione. Io le chiamerei “regole negative”, o anche semplici costatazioni dei fatti nella speranza non fossero così. Assomigliano alla scoperta di una “legge fisica”: si prende atto solo di una regolarità, ma quando si scopre un’altra legge fisica, ecco che vale quella nuova e si girano le spalle a quella vecchia.²⁰⁰⁰

Le aspettative normative sono invece quelle che non permettono di imparare qualcosa dalla delusione: si ritiene che comunque sia corretto mantenere quell’aspettativa nonostante le cose non siano andate come essa prevedeva. L’aspettativa rimane invariata e viene imputata all’attore che se l’aspettava. Si continua a pensare che il futuro andrà in un certo modo – anche se il futuro va in un modo diverso.²⁰⁰¹ Le aspettative normative, abbreviate in: norme, sono quindi aspettative comportamentali controfattuali, la cui differenza con le aspettative cognitive consiste nella differenza della reazione alla delusione.²⁰⁰² Le aspettative normative sono, a dire di Luhmann, spesso inconsapevoli, ad esempio le distanze quando si parla fra persone: semplicemente non si pensa a cosa succederà se l’aspettativa verrà delusa. La norma può insomma crearsi anche dopo la delusione. Per questo Luhmann sostiene che il diritto si possa pensare come un sistema che sorge come risposta alla delusione delle aspettative, sebbene in genere si tenda a vedere la delusione anzitutto come risultato di una stranezza, di una inappropriatezza, di un’incomprensione. 2003 Queste aspettative possono poi essere trasformate, siccome è sempre possibile sapere di star deludendo un’aspettativa e non contestarlo, ma comunque

¹⁹⁹⁷ LUHMANN 2008 (1972), p. 40 s.

¹⁹⁹⁸ LUHMANN 2008 (1972), p. 44.

¹⁹⁹⁹ p.e. la decisione da parte di un tribunale di modificare la propria giurisprudenza provoca che un’aspettativa normativa venga trasformata in aspettativa cognitiva, senza peraltro che ai giuristi dia particolarmente fastidio.

²⁰⁰⁰ LUHMANN 2008 (1972), p. 44 s.

²⁰⁰¹ Cfr. LUHMANN 2008 (1972), p. 42; si noti che per far sì che qualcuno si comporti un certo modo si possono usare tanti strumenti sociali, ad esempio gli incentivi economici. Sul ruolo oggi dei default v. SUNSTEIN 2017.

²⁰⁰² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 134; LUHMANN 2008 (1972), p. 43 chiede fra l’altro, giustamente, che la differenza fra “fattualità” e normatività sia abbandonata. Noto che questo farebbe cadere anche l’importanza della fallacia di Hume come pure la normatività dei fatti di Jellinek... finalmente!

²⁰⁰³ LUHMANN 2008 (1972), p. 46 ss.

farlo. Luhmann richiama qui il diritto penale: qui viene adottata una differenza ulteriore fra aspettative normative contestate (*streitig*) e incontestate (*unstreitig*), che portano in sé il potenziale del diritto per creare nuovi conflitti, invece che risolverli.²⁰⁰⁴

Per garantire le aspettative normative non ci sono molte alternative al diritto.²⁰⁰⁵ Per questo dice Luhmann che non c'è mai stata una società senza diritto²⁰⁰⁶ e, a scapito di incomprensioni, ribadisce che comunque il diritto c'era già prima che arrivasse lo Stato moderno.²⁰⁰⁷ Distingue però, separando i concetti di funzione e prestazione, ovvero fra società con e senza il diritto come sistema differenziato.²⁰⁰⁸ L'idea è che la lingua e il diritto (anche quello non rigidamente regolato) abbiano permesso alla società di adeguarsi transitoriamente a situazioni transitorie, così da fermare i conflitti e poterli gestire. All'arrivare di molti problemi ci volevano più soluzioni, ad esempio conoscenze divinatorie o principi normativi (che hanno entrambi, secondo Luhmann, un nesso con l'evoluzione della scrittura).²⁰⁰⁹ Con l'arrivo della modernità liberale è stata intrapresa la via dell'ugualitarismo formale.²⁰¹⁰ Il liberalismo era una strategia di mobilitazione sociale per andare oltre la società divisa in ceti,²⁰¹¹ convertendo la società in modo che potesse prendersi sempre nuovi rischi, mettere come punto di riferimento la gestione di un futuro incerto.²⁰¹² Con la Rivoluzione francese si confermava quell'impostazione: il diritto moderno liberale era ora pensato per intervenire senza considerare lo status della persona. L'idea che hanno avuto i moderni è stata arginare i conflitti normativi senza più deciderli in base a chi sono le

²⁰⁰⁴ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 139.

²⁰⁰⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 160.

²⁰⁰⁶ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 583; nonostante la similitudine delle parole, noto qui la differenza dal pensiero di Kirchmann, che affermava: "*Ein Volk kann wohl ohne Rechtswissenschaft bestehen, aber nie ohne Recht. [...] Ein Volk hat auch ohne Jurisprudenz ein Wissen von seinem Recht*", KIRCHMANN 1956 (1848), p. 10, di conseguenza "*das Recht ist der Wissenschaft ewig voraus*", *ivi*, p. 23. L'antipositivista Kirchmann era decisamente più semplicista di Luhmann, dato che dava sostanzialmente un significato emozional-popolare al diritto, peraltro etero-costruendo un popolo nazionale (*Volk*) che non ha particolare sostanza storica. Vedevo nel diritto un certo decisionismo emozionale ("*es ruht in den dunkeln Regionen des Gefühls, des natürlichen Takts, es ist nur ein Wissen des Rechts in dem einzelnen Falle*", *ibidem*; "*Das Recht kann nicht sein ohne das Moment des Wissens und Fühlens*", *ivi*, p. 33) e sosteneva che le emozioni eran figlie del caso ("*Das Gefühl [...] ist das Produkt der Erziehung, der Gewohnheit, der Beschäftigung, des Temperaments, also des Zufalls*", *ivi*, p. 19).

²⁰⁰⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 408.

²⁰⁰⁸ p.e. le società tribali conciliative non lo conoscevano come sistema differenziato, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 160.

²⁰⁰⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 260 s.

²⁰¹⁰ STICHWEH 1997 Indifferenz, p. 50.

²⁰¹¹ Anche CARONI 2018, p. 90, richiamando Polanyi, indica nella rivoluzione borghese la decettualizzazione. Le dà però un significato mercantile, ovvero una società che si adagia sui (o che viene presa in ostaggio dai) bisogni dell'economia capitalista.

²⁰¹² LUHMANN 2003 (1991) Risikos, p. 80.

persone in conflitto. L'idea era piuttosto di vedere il conflitto come una sorta di patologia e trovare un sistema che lo potesse immunizzare, riducendo la capacità del conflitto di causare altre infezioni.²⁰¹³

Bisogna infatti considerare che il processo conflittuale non è un processo giuridico. Il conflitto c'è anche (e soprattutto) fuori dal diritto. Esso consiste in una stabilizzazione delle comunicazioni (si litiga potendo legare ogni comunicazione a quelle precedenti e a quelle successive), senza però garantire posizioni sicure a chi lo vive a causa della ricorsività della comunicazione.²⁰¹⁴ Tra le aspettative nel conflitto e il diritto c'è un rapporto di reciproco parassitismo.²⁰¹⁵ In particolare il diritto usa il conflitto in modo parassitario perché esso produce aspettative che vengono elaborate, trasformate e generalizzate, si lega loro in modo cooperativo perché gli permettono di operare²⁰¹⁶ permettendo così di adempiere alla sua funzione: garantire le aspettative anche di fronte alle delusioni.²⁰¹⁷ Il diritto quindi non si lega propriamente al conflitto, ma solo (strutturalmente) alle aspettative emerse e permette di decidere, comminando una sanzione. p.e. l'atto punibile nel diritto penale moderno non è concepito come lesione della vittima (cosa che permetterebbe una gestione del conflitto), ma solo come violazione del diritto penale stesso.²⁰¹⁸ La conseguenza di questa impostazione sociale è che il diritto può causare conflitti.²⁰¹⁹

Nucleo della gestione moderna ugualitaria dei conflitti sono i cosiddetti diritti soggettivi, concepiti solo come premessa dell'azione legale: in sostanza l'aver un diritto garantisce che si possa chiedere di aprire un processo – non garantisce però la propria aspettativa. Avere un'aspettativa permette di chiedere diritto, non di avere diritto, non di aver ragione. A

²⁰¹³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 161 s., che parla di “*Infektionen*” fra virgolette; sul diritto come sistema immunitario v. sopra, 2.6.4.7.

²⁰¹⁴ MESSMER 2003, p. 88; v. anche GOEBEL 2007, p. 263 ss., e la sua riflessione secondo cui i conflitti più complessi in genere non sono lasciati al diritto.

²⁰¹⁵ Si noti che anche la conciliazione e la mediazione sono forme di scioglimento del paradosso. Obbligando a cercare anzitutto una conciliazione, il diritto sposta il conflitto in periferia. Il risultato è che c'è una perdita di ridondanza nella ricerca dell'esame di consistenza. Il problema: si perdono il concetto di tutela del diritto e tutela delle istituzioni, dato che manca la possibilità del diritto di ripersi in quanto diritto giudiziale e di comunicare la sua normatività. “*Eine fortlaufende Verknüpfung juristischer Bindung und Lernfähigkeit wird indes nicht geleistet*”, GOEBEL 2007, p. 280. Si trovano però varietà e responsabilità ambientale, nonché il compito alle parti di stesse di sciogliere il paradosso del diritto. La domanda è se il legislatore sia consapevole di questi aspetti quando legifera sul funzionamento delle procedure e dell'organizzazione, *ivi*, p. 274 ss.

²⁰¹⁶ AMSTUTZ 2008, p. 131 s.

²⁰¹⁷ Si noti che le delusioni sono necessarie per il diritto: se la politica eseguisse senza eccezione ogni decisione giuridica si costituirebbe una situazione paradossale, v. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 153.

²⁰¹⁸ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 283.

²⁰¹⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 139; si pensi, nella nostra quotidianità, alla reazione inorridita di chi sente che un figlio fa causa ai suoi genitori, ad esempio per denaro.

differenza del sistema formale di antico regime (si pensi ai *writs* inglesi)²⁰²⁰ garantire i diritti soggettivi casuali ha aperto a una moltitudine di possibili processi, dato che il diritto moderno non dice certo quando e come ci sarà un conflitto, né se qualcuno si richiamerà al diritto per risolverlo.²⁰²¹ Il processo decide il conflitto e usa la decisione per evolvere, irrobustendosi e facendo sì che gli altri sistemi si possano servire proprio di quella robustezza²⁰²² costruita attraverso operazioni ridondanti e autoreferenziali sottoposte a un test di consistenza, ovvero verificando quale comprensione si ha della norma nel contesto delle altre norme.²⁰²³ Le leggi liberali sono quindi state concepite per garantire apertura ai rischi della società del rischio, ovvero per garantire che ci possa sempre essere un'altra decisione a disposizione. Si tratta di una cosiddetta proceduralizzazione del diritto moderno atta a garantire che il futuro rimanga insicuro.²⁰²⁴ Il diritto moderno in sostanza non fa altro che accogliere uno spostamento del conflitto al diritto (che decide a sua volta cosa sia un conflitto), lasciandone intonse le cause profonde e non controllandone nemmeno le conseguenze.²⁰²⁵ Nel frattempo sviluppa una concettualità giuridica propria.²⁰²⁶

I giuristi si dicono sempre convinti che il diritto crei certezza. Addirittura, parlano delle norme giuridiche come se fossero oggetti sociali certi e suggeriscono questa convinzione con la famosa favola della “sicurezza del diritto”. In realtà non è così: il diritto moderno garantisce di operare con incertezza – ovvero garantisce che un processo sia a disposizione per un litigio – cosicché il resto della società possa fidarsi del diritto.²⁰²⁷ La definirei una certezza riflessa.

9.3.3.2 Psichiatrizzare il processo come certificazione della chiusura autopoietica

Secondo la teoria dei sistemi, il diritto può funzionare come sistema immunitario solo grazie ad accoppiamenti strutturali altamente selettivi che gli permettano di ignorare tutto il resto. L'accoppiamento strutturale è una canalizzazione di irritazioni.²⁰²⁸ Luhmann ritiene che attraverso un accoppiamento strutturale il sistema premette durevolmente alcune caratteristiche del suo ambiente e vi si fida strutturalmente (*sich strukturell*

²⁰²⁰ V. p.e. SCHLOSSER 2017, p. 403.

²⁰²¹ Cfr. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 159.

²⁰²² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 490.

²⁰²³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 279.

²⁰²⁴ Cfr. LUHMANN 2005 (1996), p. 67; si noti che la dogmatica attuale vede la proceduralizzazione come una via d'uscita dall'attuale crisi del diritto, invece che come particolarità propria del diritto moderno, p.e. EICKER 2010, p. 8 s.; sul processo giudiziario come creatore di incertezza e legittimità v. meglio sopra, cap. 2.6.4.5.

²⁰²⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 159.

²⁰²⁶ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 385 s.

²⁰²⁷ V. anche LUHMANN 2003 (1991) Risikos, 80.

²⁰²⁸ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 544.

darauf verlässt). L'accoppiamento in quanto forma limita, ma al contempo facilita gli influssi dell'ambiente sul sistema.²⁰²⁹ Ci sono accoppiamenti strutturali anche fra la società e i sistemi psichici. La coscienza è ambiente per la comunicazione (un punto della teoria dei sistemi che in realtà dà molto fastidio a chi vede l'umano al centro della società). E quindi anche il sistema giuridico ha rapporti diretti con questo ambiente psichico della società. Il diritto deve definire le condizioni per l'inclusione della coscienza o dei comportamenti degli umani.²⁰³⁰

Come indicato sopra, le aspettative normative sono spesso inconsapevoli possono insomma crearsi anche dopo una delusione, sebbene in genere si tenda a vedere la delusione anzitutto come risultato di una stranezza, di una inappropriatezza, di un'incomprensione. La risposta sociale cerca quindi di reagire prima con una normalizzazione e poi con la relativa patologizzazione psichiatrica. Secondo una vecchia opinione di Luhmann questa fase di mezzo poteva essere considerata come fase pre-normativa.²⁰³¹ L'ultimo Luhmann ha però affrontato questa situazione con nuovi strumenti, in particolare riferendosi alla **distinzione normalità/normatività**, che è nelle condizioni di gestire lo sconosciuto, l'inatteso e il sorprendente (*Unvertrauten, Unerwarteten, Überraschenden*), potendo quindi il diritto ricorrere a una nuova storia del suo passato, indicando che il diritto c'è sempre stato.²⁰³²

Siamo quindi di fronte a un diritto che autodefinisce il margine di costruzione dell'aspettativa. In questo senso il diritto definisce le vie per legarsi strutturalmente ai sistemi psichici, che non essendo comunicazione fanno parte del suo ambiente. In questo senso, lo sviluppo di una scienza psichiatrica ha provocato la messa in questione delle risorse discorsive del diritto riguardanti la definizione dell'imputabilità del reo. In ottica evolutiva la psichiatria non si è "presa" la definizione sul caso psichiatrico, quanto piuttosto il diritto ha permesso l'entrata nel diritto anche del caso psichiatrico, in modo tale da poterlo escludere. Mi sembra rilevante come quest'evoluzione corra parallela al diritto moderno proceduralizzato, al processo penale come momento di rappresentazione teatrale, coronato dalla costruzione di palazzi di giustizia che assomigliano a templi sacrali in cui, come già indicato, avvengono forme di inclusione ed esclusione del pubblico. L'imputato nel dispositivo teatrale è posto di fronte ai giudici, ma non può parlare. Nella cosiddetta ricerca della verità non è strutturalmente coinvolto, è lui stesso al massimo un testimone: è il diritto che parla e viene osservato.²⁰³³ Dal punto di vista rituale è sostanzialmente il contrario di ciò

²⁰²⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 441; sulla forma, v. sopra, 2.6.3.5.

²⁰³⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 482.

²⁰³¹ LUHMANN 2008 (1972), p. 46 ss., citando fra gli altri Garfinkel, e proponendo come esempio l'idea di un criminale che compia un crimine in prigione proprio di fronte al secondino.

²⁰³² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 138.

²⁰³³ V. per una descrizione efficace SEIBERT 1994, p. 158 ss.

che avviene in una seduta psicoanalitica, Freud metteva ora il malato al centro e faceva il possibile per non mettere significati in bocca al paziente, anche rinunciando alla mimica facciale, rinunciando quindi a qualsiasi forma di teatralità. Simile è però l'approccio all'immediatezza: come talvolta richiesto per i giurati, anche Freud sosteneva che la psicanalisi dovesse farsi senza prendere appunti scritti.²⁰³⁴

Il passaggio all'attenzione psichiatrica ha, a mio modo di vedere, avuto l'effetto di andare oltre Bentham, che voleva il riconoscimento dell'autonomia psicologica del giudice, ed oltre Hegel, che chiedeva la giuria popolare per garantire l'individualità dell'imputato, visto che la verità della tortura era irrimediabilmente morta nell'ottica delle Rivoluzioni lancia in resta per la modernità. Quel Palladio delle libertà borghesi, ovvero la giuria come "coscienza popolare" consapevole del diritto che l'individuo come espressione comunitaria si portava appresso, veniva sostituita dall'attenzione all'individuo in sé, alla sua coscienza, poi con Freud al subconscio. Ancora nel 1939 proprio Freud sosteneva che la follia psichiatrica contenesse un pezzo di verità. Si tratta insomma di creare un codice in cui ordinare il paziente,²⁰³⁵ un codice che può essere messo a disposizione del diritto.

La giuria popolare classica aveva la competenza di assolvere l'imputato, di decidere quindi dal diritto sull'accesso al codice diritto/non-diritto. Quella spontaneità politica portata con sé dalla giuria, la cui selezione grazie a delle ampie *Urlisten* era più legata a un sorteggio che a un progetto politico-organizzativo come può esserlo un tribunale di professionisti, era d'intralcio nel progetto di autonomizzazione del diritto. Il diritto per prendersi il dominio discorsivo aveva tutto l'interesse a riferirsi alla psichiatria per definire i confini delle aspettative normative, ovvero della sua struttura. In linea con il progetto della modernità, aveva l'interesse a far istituzionalizzare da una struttura funzionale quali fossero i comportamenti abnormi, a lasciare che i discorsi "da marciapiede" rimanessero sul marciapiede, confinandoli ai fatti noti. Il modo per farlo era avvicinarsi al momento psichiatrico nel suo approccio autonomo, a cui rispondeva bene la nascita del "dualismo" delle sanzioni e delle misure.

Si tratta, a mio modo di vedere, di una riduzione di complessità eteroreferenziale possibile grazie a un effetto di accoppiamento strutturale dei sistemi. Come scritto sopra, Germann ha dimostrato l'accoppiamento con la psichiatria (sostanzialmente statalizzata), storicamente diventa quindi

²⁰³⁴ SEIBERT 1994, p. 162; Freud, comunque, comparando la professione del giurista e quella dello psicanalista nel 1906, rimarcava che mentre i giuristi premettono una verità esistente, in una sessione di psicanalisi il segreto è sconosciuto a tutti, allo psicanalista come al paziente, v. le indicazioni in VISMANN 1999, p. 170.

²⁰³⁵ SEIBERT 1994, p. 168, e la letteratura *ivi* citata, che spiega comunque che nell'analisi freudiana non viene trovata solo una verità soggettiva, le verità collettive sono infatti comprese in corrispondenza ai meccanismi individuali di rimozione (*individuellen Verdrängungserleben*).

comprensibile come mai la giuria abbia trovato non nella scuola classica²⁰³⁶, ma nella scuola moderna il suo vero rivale.

9.3.4 La Corte penale federale composta da soli giuristi al posto della giuria popolare federale

*Der Schweizer ist ein angeborener Opportunist
und es fehlt ihm zumal in Fragen des öffentlichen Rechts der Sinn
für die Reinheit des Prinzips.*²⁰³⁷

9.3.4.1 Il caso della Banque de Genève

Come indicato sin dall'inizio di questa ricerca, la questione della sovranità cantonale è centrale per comprendere le evoluzioni giuridiche in Svizzera. I politici più abili lo capirono e invece di subirla la usarono, "cantonalizzando" alcuni ambiti che in teoria dovevano essere di giurisdizione federale. Ad esempio, l'art. 74 del CPF 1853 prevedeva che il giudizio degli "altri delitti" federali (in particolare il diritto penale amministrativo federale) fosse svolto a livello cantonale, lasciando al CF la possibilità di assegnare il caso alle AF. L'evoluzione della complessità economica dello Stato portò questa suddivisione di sovranità ai suoi limiti. La creazione della Corte penale federale ne segna la svolta irrevocabile – e l'inizio della fine per le giurie popolari svizzere.

Nel novembre del 1885 di fronte al sospetto di violazione dell'art. 10 Legge federale su l'emissione e il rimborso dei biglietti di banca dell'8 marzo 1881 (LBanconote 1881)²⁰³⁸ da parte del direttore e del cassiere della *Banque de Genève*, pur di togliere il caso alla giustizia cantonale²⁰³⁹ il CF decise (per 3 voti contro 2) di assegnare il caso alle AF.²⁰⁴⁰ Già durante quella decisione

²⁰³⁶ Che chiedeva da decenni a gran voce il passaggio allo scabinato! V. sopra, 8.3.2.2.

²⁰³⁷ WEBER 1888, p. 364; si riferiva anzitutto al gruppo di A. Escher, v. sibillamente *ivi*, p. 367.

²⁰³⁸ Legge federale su l'emissione e il rimborso dei biglietti di banca dell'8 marzo 1881, che prevedeva la competenza giurisdizionale parallela federale e cantonale, al CF scegliere di caso in caso.

²⁰³⁹ Rammento qui che in un caso di falsificazione di monete il codice ginevrino si era dimostrato particolarmente inefficace: la decisione della Camera d'accusa locale di prosciogliere due imputati stranieri causò molto fastidio, soprattutto in Francia, WEBER 1888, p. 377; Weber comunque riteneva che non aver voluto la competenza federale in quella materia era in realtà una scelta oculata di un'élite svizzera che voleva riempire le casse federali, p.e. anche con il denaro falso, e che necessitava quindi un controllo penale blando. Su alcuni temi la garanzia di giurisdizione cantonale serviva esattamente allo scopo, *ivi*, 379.

²⁰⁴⁰ Quella decisione lasciò strascichi anche nella scienza penalistica. PFENNINGER 1890, p. 343, descrisse le AF come "apparato goffo" ("*umständlicher Apparat*") che peraltro talvolta non era attivabile quando era necessario, quando però era attivato, allora non era adeguato alle esigenze. Il processo della *Banque de Genève* causò, a dire di Pfenninger, inconvenienti talmente grossi ("*grosse Ubelstände*") da spingere il CF a chiedere al DFGP d'elaborare una

si diede incarico al DFGP di elaborare un progetto di legge per evitare in futuro quella procedura coi giurati, così “goffa e complicata” (*schwerfällig und kompliziert*).²⁰⁴¹ I fastidi dati dalla giuria federale come una autorità di giudizio penale federale erano conosciuti e dibattuti in quegli anni. Persino il TF, considerando l’esplosione del diritto penale amministrativo nelle nuove leggi federali arrivate con la riforma costituzionale del 1874, chiedeva se non si potesse assegnare alla Corte di cassazione il giudizio “dei casi importanti enumerati nell’art. 74 CPF 1853”.²⁰⁴² Era una vera richiesta di “correzionalizzazione” a proprio favore!²⁰⁴³

Il processo della *Banque de Genève* si tenne nel febbraio del 1886, i due furono condannati dalle AF in seduta a Ginevra al pagamento di una piccola multa. Ma dove stava, allora, la gravità? La *Tribune de Genève* spiegava che a Ginevra erano particolarmente amareggiati perché la Confederazione aveva tolto il caso dalle mani della giurisdizione cantonale. Il giornale inoltre minimizzava il reato dei direttori della banca, anche se poi riconosceva che i giurati avevano semplicemente osservato la legge, non ci si poteva certo aspettare un’assoluzione per quella contravvenzione.²⁰⁴⁴ D’altronde che la legge esistesse lo aveva riconosciuto pure la difesa. Era la mediatizzazione del caso a dare fastidio, causata dall’averne segnalato l’importanza dato che si erano dovute scomodare addirittura le AF, una “macchina pesante e costosa”.²⁰⁴⁵

Quello che aveva impressionato la popolazione ginevrina non era quindi “il verdetto, ma il **rumore** fatto attorno all’*affaire*”²⁰⁴⁶ che avrebbe addirittura potuto mettere in ginocchio la banca stessa. Macchina mediatica che peraltro non era stata messa in moto con la banca di Friburgo o quella di Neuchâtel. I cittadini ginevrini si sentivano vittima di un affronto da parte del CF. Peggiorato poi dalla ricusa dei quattro giurati ginevrini e dal “*Résumé*” presidenziale (dirigeva Roguin, vodese) ai giurati che spingeva per una colpevolezza. Il giudice avrebbe infatti fatto capire ai giurati che al

procedura giudiziaria federale penale senza giuria popolare, *ivi*, p. 596. La realtà, come scritto qui sopra, è che la decisione di inventare la Corte senza giurati arrivò *prima*, non dopo l’esito del processo!

²⁰⁴¹ Le autorità cantonali ginevrine erano contrarie a quella decisione, cfr. Verbale CF - 1885 5123; la metafora della pesantezza contraddistingue tutta la storia delle giurie popolari.

²⁰⁴² „*Endlich wäre es angezeigt, bei Neugestaltung der Kompetenzen des eidgenössischen Kassationsgerichtes auch zu untersuchen, ob die Kompetenz dieses Gerichtes nicht auch auf die wichtigen Fälle des Art. 74 des Bundesstrafrechtes, welche in der Regel den kantonalen Gerichten zugewiesen werden, ausgedehnt werden sollte*”, BBl 1884 II 815, p. 820.

²⁰⁴³ Sulla correzionalizzazione v. sopra, cap. 7.7.2.

²⁰⁴⁴ *Journal de Genève* del 11.2.1886, p. 1.

²⁰⁴⁵ “*Jourde et coûteuse machine*”, *Journal de Genève* del 11.2.1886, p. 1; si noti che gli storici del diritto, p.e. GSCHWEND 2018, p. 148, tendono a ripercorrere questa descrizione di pesantezza, senza questionarla dal profilo né teorico, né politico.

²⁰⁴⁶ “*Ce qui à froissé la population genevoise ce n’est pas tant le verdict du jury que le bruit fait autour de toute cette affaire*”, *Journal de Genève* del 11.2.1886, p. 1 (grassetto mio); in particolare sul ruolo del rumore nel diritto v. meglio sotto, cap. 11.3.5.

verdetto di colpevolezza avrebbe fatto seguire una pena mite.²⁰⁴⁷ Come escludere che le Autorità federali avessero bisogno di condannare anche politicamente l'atteggiamento dei ginevrini? Come escludere che la Corte criminale, organica a quelle autorità, ben lo sapesse? Una *nuance* politica che i giuristi non vollero notare. Non la rimarcò ad esempio il professore ginevrino Alfred Martin: quando espose la sua relazione sulle riforme della OG nel 1889, nell'ambito della SSG, commentando il processo della *Banque de Genève* si chiese solo perché dei gentiluomini fossero penosamente sottoposti a un processo di quella solennità e così costoso.²⁰⁴⁸

9.3.4.2 Quando i giuristi negarono l'anticostituzionalità di una Corte penale federale

Nel 1885 il CF aveva già deciso di chinarsi su una revisione totale della OG, anche per mettere in questione le AF,²⁰⁴⁹ e nel suo rapporto di gestione per il 1886 mostrò un chiaro fastidio causato proprio dal caso della *Banque de Genève*. I delitti di quel tipo avrebbero dovuto essere giudicati senza giurati, se ne sarebbe tenuto conto nella prevista revisione della OG.²⁰⁵⁰ Il giudice federale Hafner, incaricato dal CF, consegnò la proposta e i relativi motivi nel 1888²⁰⁵¹ e il documento fu dibattuto all'assemblea della SSG tenutasi a Lucerna nel 1889. Hafner proponeva come proposta (fintamente) eventuale di creare una nuova Corte penale federale, ovvero una Camera penale del TF che avrebbe giudicato senza giurati.²⁰⁵²

²⁰⁴⁷ *Journal de Genève* del 11.2.1886, p. 2.

²⁰⁴⁸ “*or les faits reprochés aux accusés et la condamnation qui a été prononcée contre eux, n'étaient nullement en rapport avec la solennité, l'apparat et les frais d'une audience de cour d'assises. Il était pénible de voir sur les bancs des accusés, deux hommes parfaitement honorables, et auxquels l'accusation une contravention qui n'entachait nullement leur loyauté ni leur bonne foi*”, MARTIN 1889, p. 527; stupisce (in parte, considerando che stiamo parlando di giuristi...) in questa discussione l'assenza di un'analisi sul ruolo pervasivo che la stampa stava acquisendo in quelle faccende e del legame strutturale fra politica, identità culturale, stampa e processo penale pubblico; non stupisce invece la presa a difese dell'élite per partito preso.

²⁰⁴⁹ Viene ribadito anche in FFfr 1892 II 95, p. 170, legando la questione al caso della *Banque de Genève*.

²⁰⁵⁰ FFfr 1887 II 1, p. 3; v. anche FFfr 1886 I 673, p. 765 s.; ragionando al limite della speculazione, sarebbe d'interesse studiare carte intime degli attori del periodo per capire se attivare le AF nel caso *Banque de Genève* e la prevedibile scandalizzazione pubblica non sia stato pensato proprio per aprire un fronte di critica contro le giurie popolari federali.

²⁰⁵¹ Lo zurighese Heinrich Hafner, che aveva studiato giurisprudenza senza però ottenere il titolo, era diventato un pratico del diritto come cancelliere nei tribunali di vari livelli. Divenne *Oberrichter* in pieno *Kulturkampf*. Non era un uomo politico e prima di essere giudice al TF ne era stato cancelliere. Eletto nel TF nel 1879, nel 1883 ricevette il dottorato *h.c.* a Zurigo per il suo commentario al nuovo CO. Fatta la nuova OG 1893 dal suo progetto, divenne proprio quell'anno presidente del TF, v. BuRiLex Heinrich Hafner.

²⁰⁵² Artt. 85a-85m del progetto, HAFNER 1888 Entwurf, p. 225 ss.; presentando la conferenza, GSCHWEND/INGBER/WEHRLE 2011, p. 85, non discutono della proposta di Corte penale federale.

Hafner aveva stilato una lunga lista di leggi del penale laterale federale la cui giurisdizione era stata affidata ai cantoni e ricordava di quale giungla giudiziaria si stesse parlando considerando le varie autorità giudicanti nei cantoni svizzeri.²⁰⁵³ Quella giurisdizione peraltro causava un problema non di poco conto: se il giudizio sulla violazione del diritto federale era svolto da una giuria popolare cantonale, come rimedio rimaneva solo il ricorso in nullità. Questo si rivelava di solito fallimentare, dato che il verdetto delle giurie non era motivato, negando al TF voce in capitolo sulla questione della colpevolezza.²⁰⁵⁴ Alcune leggi importanti della Confederazione, ricordava Hafner citando espressamente la LBanconote 1881, prevedevano sì che il CF potesse dare il caso al TF, ma il governo rinunciava per non sfiduciare le autorità cantonali. Inoltre, per alcuni piccoli casi non era giustificato attivare quell'apparato così pesante, costoso e che creava scalpore (*den Aufsehen erregend, schwerfälligen und kostspieligen*).²⁰⁵⁵ Infine Hafner ricordava che per alcune fattispecie, come il giudizio sulle contravvenzioni alla LBanconote 1881, i giudici permanenti erano semplicemente più adatti (*offenbar viel besser eignen*).²⁰⁵⁶

La nuova Corte non era prevista dalla Cost. 1874, né era stata concepita come possibilità futura. Hafner stesso, proponendola, ne spiegava l'incostituzionalità se non si fosse provveduto a modifiche dalla Carta,²⁰⁵⁷ ma fu subito scavalcato da Martin. Il fresco decano di facoltà a Ginevra sostenne candidamente “che il sentimento generale nei confronti di questa anomalia non poteva più sussistere”.²⁰⁵⁸ Il processo della *Banque de Genève* era stato penoso (*pénible*).²⁰⁵⁹ Martin sostenne quindi che nel 1848 non era previsto che sarebbe arrivata una tale quantità di leggi amministrative con delle pene di semplice polizia (*simple police*).²⁰⁶⁰ La lettera della Costituzione era spesso rimasta la stessa, ma essendo stata ampliata la sovranità federale lo spirito (*l'esprit*) era diverso.²⁰⁶¹ La conseguenza giuridica per Martin era chiara come il sole: impensabile che il legislatore con le nuove leggi dal 1874 in poi dovesse sul serio ogni volta pensare di dare un caso alle AF.²⁰⁶² Il criterio determinante sarebbe dovuto essere piuttosto la gravità della sanzione e la capacità di essere sottoposta

²⁰⁵³ HAFNER 1888 Motive, pp. 236 ss. e 242.

²⁰⁵⁴ HAFNER 1888 Motive, p. 248.

²⁰⁵⁵ HAFNER 1888 Motive, p. 249.

²⁰⁵⁶ HAFNER 1888 Motive, pp. 249.

²⁰⁵⁷ HAFNER 1888 Motive, pp. 229, 240 e 250; MARTIN 1889, p. 528.

²⁰⁵⁸ “*Le sentiment général était que cette anomalie ne pouvait pas subsister*”, MARTIN 1889, p. 527: era il professore di giurisprudenza, come al solito, a dire quale fosse il senso comune...

²⁰⁵⁹ MARTIN 1889, p. 527.

²⁰⁶⁰ MARTIN 1889, p. 530.

²⁰⁶¹ MARTIN 1889, p. 532.

²⁰⁶² MARTIN 1889, p. 530-533.

all'apprezzamento morale dei cittadini. Le disposizioni regolamentari di carattere amministrativo non rientravano per lui in questa sorta.²⁰⁶³

Mai Martin nel suo ragionamento si pose la domanda se non fosse necessario passare da una votazione popolare per ratificare questa sua posizione. Fece anzi leva sui silenzi costituzionali: dato che la Cost. 1874 non indicava [più]²⁰⁶⁴ l'esistenza della Corte di cassazione del TF, ma essa al TF c'era [ancora], allora per Martin significava che il tipo di Corti indicate nella Costituzione non era esaustivo. Si legittimava citando il manuale di diritto pubblico di Blumer, spiegando però solo sommariamente cosa era successo in parlamento quando eliminarono quella menzione.²⁰⁶⁵

La capacità di imporre senso comune del sistema giuridico e la coscienza di sé era ormai tale da non aver già più bisogno delle parole scritte nella Costituzione. Lo si vede benissimo ri-osservando con cura i dibattiti parlamentari del 1872. Con l'accordo "contronatura" che ho mostrato (sopra, cap. 8.3.3) fra radicali, democratici e liberali escheriani sull'unificazione del diritto penale, il vecchio art. 103 Cost. 1848 (che citava la corte di cassazione) era diventato semplicemente d'intralcio: bisognava lasciarsi un po' di libertà per dare una nuova forma alla giurisdizione penale federale, in particolare sulla differenza fra cassazione e appello. L'articolo venne quindi semplicemente cancellato, senza dare troppo peso a quell'eliminazione,²⁰⁶⁶ come ben spiegava Philippin.²⁰⁶⁷ Il problema è che, persa la votazione sul pCost. 1872 e quindi affossata l'unificazione sul diritto penale, ora bisognava trovare la quadratura del cerchio. Il CF presentò nel 1873 un nuovo progetto costituzionale, sostenendo che era inutile rimettersi a fare un esame dettagliato di ogni norma del pCost. 1872. Il CF, con rara arroganza, rimase inoltre fermo sulla sua idea di unificare il diritto gradualmente, modificando solo leggermente l'articolo sull'unificazione e lasciando intonsi tutti gli altri sulla giurisdizione penale.²⁰⁶⁸ Non a tutti piacque. Segesser in aula colpì duro: la maggioranza era moralmente debitrice alla minoranza che aveva vinto il referendum. Ruchonnet attaccò il messaggio del CF con veemenza proprio sull'unificazione del diritto, e così il CN sull'articolo

²⁰⁶³ MARTIN 1889, p. 535 s.

²⁰⁶⁴ Art. 103 Cost. 1848.

²⁰⁶⁵ MARTIN 1889, p. 534; il manuale era il *Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechtes*, continuato dal giudice federale radicale Morel come seconda edizione in tre volumi a Basilea tra il 1877 e il 1887.

²⁰⁶⁶ La commissione aveva proposto il cancellamento pure per gli articoli 106 e 107, che contenevano ad esempio l'indicazione che i processi penali del TF dovevano essere orali e pubblici!, v. StenBul 1872 BV NR, p. 266 s. Il CdSi accettò le eliminazioni senza discutere, v. StenBul 1872 BV SR, p. 472. Chissà se per Martin anche in quel caso si sarebbe trattato di un silenzio qualificato...

²⁰⁶⁷ StenBul 1872 BV NR, p. 269. Si noti bene: era quello stesso Philippin che salvò la dizione "*Schwurgericht*" al posto del proposto "*Geschwornen*", motivando che altrimenti si ingannava il popolo (v. sopra, cap. 8.3.3).

²⁰⁶⁸ FFfr 1873 II 909, pp. 910 e 922.

dell'unificazione fece marcia indietro.²⁰⁶⁹ Le altre norme sul penale del 1872 rimasero però intonse: qui si spiega come mai quella citazione riguardante la corte di cassazione era caduta. Non si trattava di un silenzio qualificato, quanto piuttosto un crescere storico errante, una voglia di fare in fretta, una noia in più su cui nessuno verosimilmente voleva di nuovo chinarsi dato che la situazione era chiara come il sole. Era chiara anche per Martin: il silenzio c'era, ed era assordante. Con quella dote che i bravi giuristi hanno di far dire ai testi semplicemente quello che devono dire anche se non lo dicono, trovò che la Corte penale federale era possibile perché in fondo la cassazione nella nuova Costituzione non era più prevista. Ecco che il voto democratico – rischiosissimo – era agilmente evitabile persino restando nei margini giuridici.

Alternative a questo ragionamento non se ne trovano. L'autore del rapporto alla SSG Johann Winkler si limitò a notare che il TF riteneva legale una Corte penale senza giurati, unica eccezione le fattispecie previste dall'art. 112 Cost. 1874.²⁰⁷⁰ Intervenne poi l'autorevolissimo giudice federale Morel, che aveva continuato l'opera di Blumer sul diritto costituzionale svizzero. Affermò che la costituzionalità della Corte penale federale era sicuramente data per le questioni penali amministrative (“*administrative Strafsachen*”). Nessuno si oppose a questa lettura.²⁰⁷¹ La domanda sorge spontanea: considerando che Hafner divenne presidente del TF nel 1893 con la nuova OG 1893 basata sul suo progetto²⁰⁷² e considerando che proprio Morel fu il primo a far parte della nuova Corte penale federale²⁰⁷³ chi mai avrebbe potuto mettere in discussione la costituzionalità di quella riforma? Questo problema del diritto vale ancora oggi: come far valere il proprio diritto, se dall'altra parte c'è chi ha il diritto nelle sue mani?

9.3.5 Se i giuristi ricostruiscono la Costituzione

9.3.5.1 La Costituzione come evoluzione e non come rivoluzione

Luhmann spiega che lo sviluppo costituzionale ottocentesco nella direzione dello Stato di diritto è una conquista evolutiva (*evolutionäre Errungenschaft*), ovvero cieca e casuale, e non invece rivoluzionaria (*revolutionäre*), ovvero voluta e guidata verso uno scopo preciso. La

²⁰⁶⁹ KÖLZ 2004, p. 611 s.

²⁰⁷⁰ Quella che io ho chiamato “lista coincidente”, v. npp. 1062.

²⁰⁷¹ v. SSG 1889 – Protokoll, p. 690 s.; anche STOOSS 1890 Novelle, p. 173, salutò positivamente il giudizio positivo del TF, della SSG e pure della commissione di esperti nominata dal Dipartimento di giustizia sulla costituzionalità della Corte penale federale.

²⁰⁷² Hafner non solo doveva gestire la nascita della nuova Corte, ma pure l'aumento di 5 giudici nell'organico del TF. Anche Winkler entrò a far parte del TF in quella tornata, nominato nella corte di Cassazione assieme a Hafner, che la presiedeva, v. BBI 1894 I 1001, p. 1002.

²⁰⁷³ FFfr 1893 IV 432, 438.

tradizione di vedere la società politica come legata da un contratto e identificare *lex et imperium* hanno infatti una lunga tradizione antecedente alle rivoluzioni liberali. Si diede però una rinfrescata (*Auffrischung*) lessicale con lo scopo di creare una nuova differenza, ovvero la possibilità di definire ora una regola come non-costituzionale. In questo modo si poté creare una nuova rigida distinzione fra i due sottosistemi sociali politica e diritto, per riuscire e collegarli strutturalmente fra loro.²⁰⁷⁴ Sostanzialmente quello che fecero i rivoluzionari liberali con il nuovo diritto fu un “fissaggio dell’agitazione, la rivoluzione fermata, lo Stato assoluto vincolato”.²⁰⁷⁵ Si trattò di un’età di democratizzazione dello Stato attraverso la Costituzione,²⁰⁷⁶ con conseguenze enormi per l’individuo:²⁰⁷⁷ nel 19° secolo arrivarono infatti concetti giuridici individualistici, come la capacità giuridica, la cittadinanza, il diritto di voto. Contemporaneamente cambiò la concezione della politica.²⁰⁷⁸

Entrambi i sistemi: politica e diritto potevano ora rifarsi alla Costituzione e funzionava.²⁰⁷⁹ Lo “Stato di diritto” era ora inteso come schema, ovvero una “forma di fissaggio di un accordo di contingenza di livello superiore” (*Form der Fixierung eines höherstufigen Kontingenzarrangements*), un’interazione reciproca autoreferente (*selbstbezügliche Wechselwirkung*).²⁰⁸⁰ Uno schema è una differenza in cui quando si parla di una parte della forma, si intende sempre anche l’altra parte.²⁰⁸¹ In particolare il passaggio all’idea dei diritti soggettivi influenzò notevolmente i meccanismi dell’accoppiamento strutturale con la politica: essi erano infatti il *pendant* all’individualismo moderno. Erano la messa da parte della rilevanza dello *status* sociale, l’abbandono del sistema nobiliare.²⁰⁸² Lo Stato di diritto come schema contemporaneo riassume quindi il nesso condizionale tra diritto e libertà dai ceti nobiliari, che venne poi democratizzato attraverso la questione costituzionale.²⁰⁸³

²⁰⁷⁴ LUHMANN 1990 *Verfassung*, p. 177 ss.

²⁰⁷⁵ “*nichts... als die fixierte Unruhe, die angehaltne Revolution, der gebundene absolute Staat*”, indicato in una scritta coeva, citato in LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 476; in Svizzera le spedizioni dei Corpi franchi e poi l’abbattimento del *Sonderbund* permisero l’arrivo del nuovo Stato liberale, che bloccò poi qualsiasi nuova rivoluzione.

²⁰⁷⁶ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 415.

²⁰⁷⁷ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 487.

²⁰⁷⁸ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 416.

²⁰⁷⁹ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 477 s.

²⁰⁸⁰ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 415, npp. 17, citando qui Novalis.

²⁰⁸¹ LUHMANN 1996 *Zeit*, p. 317 s.

²⁰⁸² LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 487: non a caso il diritto di proprietà viene rielaborato in chiave individualistica. Contemporaneamente si lavora sul sistema fiscale come accoppiamento strutturale tra diritto ed economia; sull’approccio mittermaieriano a questo punto, che mostra come mai proprio i rappresentanti dell’idea del *Justizstaats* abbiano formulato la teoria dei diritti individuali, v. OGOREK 2008 (1992), p. 151 s.

²⁰⁸³ LUHMANN 1995 (1993) *RdG*, p. 416.

9.3.5.2 Scrivere la norma come momento di oblio culturale

La memoria ha due funzioni: da un lato ricordare, dall'altro dimenticare.²⁰⁸⁴ Essa si continua a produrre nel presente, si riattualizza come prodotto accessorio dell'operazione del sistema. La creazione di memoria è circolare: bisogna aver memoria per creare memoria. Quando si ri-conosce qualcosa di conosciuto, significa che si è stati di fronte ad una biforcazione, una differenza fra il considerare quel qualcosa conforme oppure divergente a ciò che già si conosceva. Imboccando il lato della conformità si fa una selezione. Essa lascia delle tracce della scelta, senza che esse determinino il futuro, perché – spiega Luhmann – le scelte servono proprio a strutturare il futuro senza che ogni volta bisogna ripetere la stessa operazione. Quando ci si ricorda del risultato, allora l'operazione può essere dimenticata. La funzione primaria della memoria è quindi cancellare le tracce:

Ciò che viene trattenuto è solo l'orizzonte temporale del passato (a differenza del futuro), nonché la struttura di datazione che serve a misurare il tempo e qualche schema che può essere trattato nel presente come conosciuto e quindi usato come ridondanza, per poter registrare e elaborare la varietà.²⁰⁸⁵

La possibilità di essere di fronte a una biforcazione che distingue tra un *prima*, un *ora* e un *dopo* è creata dall'osservatore grazie alla memoria stessa. Si tratta di un rapporto circolare fra memoria e tempo, dato che se un momento rimanesse tale per sempre, non ci sarebbe niente da dimenticare e nemmeno qualcosa da ricordare. Il mondo sarebbe fisso.²⁰⁸⁶ La memoria in questo senso è il *re-entry* del tempo nel tempo.²⁰⁸⁷

La memoria permette di gestire la cosiddetta doppia contingenza, ovvero il fatto che nella comunicazione sia *ego* sia *alter* sono posti di fronti alla contingenza dell'altro. Ho già chiamato questo problema la “sfida della comprensione”, ovvero: è impossibile essere veramente sicuri di aver capito. La soluzione, spiega Luhmann, non va cercata di una sorta di “memoria

²⁰⁸⁴ LUHMANN 1996 Zeit, p. 313.

²⁰⁸⁵ “Zurückbehalten wird nur der gegenwärtige Zeithorizont der Vergangenheit (im Unterschied zur Zukunft), ferner die der Zeitmessung dienende Struktur der Datierung sowie einige Schemata, die in der Gegenwart als bekannt behandelt werden können und als Redundanzen gebraucht werden, um Varietät registrieren und bearbeiten zu können”, LUHMANN 1996 Zeit, p. 312.

²⁰⁸⁶ LUHMANN 1996 Zeit, p. 310.

²⁰⁸⁷ LUHMANN 1996 Zeit, p. 326; d'altronde una persona non riesce a ricordarsi tutto! È anche una questione di velocità: c'è bisogno di punti di riferimento per ricordarsi le cose. Si pensi al *Zettelkasten* di Luhmann: apre un cassetto, all'interno ci sono foglietti con le cose ricordate. Da qualche parte c'è una biblioteca con i contenuti dei libri da cui provengono i suoi appunti: le cose dimenticate. Quei libri sono a disposizione. Le sue *Zettel* sono velocizzatori, schemi mnemonici a cui rifarsi, ovvero dimenticatori che grazie alla loro creazione nel passato anticipano un eventuale futuro – ovvero l'andare a prendere il libro e riportare ciò che vi si trova scritto.

collettiva”, dato che i sistemi sociali per l'appunto escludono i singoli individui, premettendoli come ambiente irritante. Il sistema punta anzi a una certa “dispersione” (*verisckern*) delle sue prestazioni nella mente degli individui. Questo è successo con vari strumenti, nella modernità la lingua e la scrittura, il cui uso le riperforma (*re-imprägniert*) senza che il tema della memoria debba essere ogni volta tematizzato nella riperformazione. Più che una coscienza collettiva, la memoria usa piuttosto le competenze individuali dei singoli soggetti senza che la comunicazione venga frenata. Luhmann sostiene che in questi frangenti vengono utilizzati degli “schemi”, dei “frames”. Uno schema non rappresenta né il passato, né determina il futuro. Ma permette di dimenticare il presente in quanto passato laddove lo schema tenga aperte le possibilità per momenti di ridondanza.²⁰⁸⁸

Spiega Luhmann, che in una teoria della memoria il medium porta su di sé la funzione di ritardare la ripetizione della forma, mentre la forma porta su di sé la funzione di discriminare fra memoria e dimenticanza.²⁰⁸⁹ La lingua e gli schemi permettono la libertà di poter riferire il presente al passato e al futuro, permettendo quindi di dissociare comunicazione sociale e coscienza individuale.²⁰⁹⁰ Nell'organizzazione, come ricorda Kastner, la verbalizzazione, che non coincide con le memorie di ogni singolo, ma le lega fra loro, permette di concepire le singole memorie individuali come eventi decisionali che confluiscono nella memoria dell'organizzazione.²⁰⁹¹ Proprio la gerarchia dell'organizzazione impone che la decisione sia dotata di un forte portato mnemonico: i sottoposti si devono ricordare per bene chi comanda... In questo modo la memoria dell'organizzazione non ricorda cosa aveva nella mente chi ha deciso: considera però le premesse decisionali basate su quell'interazione nella sua struttura decisionale e permette così che ci si ricordi di influssi esterni che hanno portato a determinati processi decisionali.²⁰⁹²

Proprio nel diritto, spiega Luhmann, questo discrimine fra ricordare e dimenticare e fra passato e futuro è centrale, dato che la norma – come forma – è fissata nel testo senza che ogni volta bisogna chiedersi cosa sia stato

²⁰⁸⁸ LUHMANN 1996 Zeit, p. 315 ss.; per questo i nuovi strumenti virtuali di correzione e traduzione automatica, secondo me, cambieranno anche il nostro modo di relazionarci alla memoria.

²⁰⁸⁹ LUHMANN 1997 (1995), p. 170 ss.

²⁰⁹⁰ LUHMANN 1996 Zeit, p. 319.

²⁰⁹¹ Nel diritto questo sistema di memoria sistemica coincide con il simbolo di validità (ovvero: la modificabilità), KASTNER 2015, p. 269, citando Luhmann. Per Kastner p.e. le commissioni della verità sono quindi descrivibili come meccanismi solo di sincronizzazione e apprendimento per identificare una nuova forma di autodescrizione, senza che si creino vere verità storiche, né vera conciliazione.

²⁰⁹² “*es nimmt aber die interaktionsbasierten Entscheidungsprämissen in seine rekursive Entscheidungsstruktur mit auf und ermöglicht so die Erinnerung an externe Umwelteinflüsse, die zur Herausbildung von Entscheidungsprozessen geführt zu haben*”, KASTNER 2015, p. 267.

effettivamente detto o scritto.²⁰⁹³ Si pensi a quelle piccole parte di sentenza che vengono usate senza chiedersi quale fosse il contesto in cui sono state scritte, e valgono comunque come particelle normative, quindi con la pretesa di influenzare le delusioni esterne.²⁰⁹⁴ Luhmann spiega, a ragione, che proprio il diritto mostra come la memoria abbia una funzione spiccata per ricordare e contemporaneamente per dimenticare.²⁰⁹⁵ I Codici di legge e i concetti giuridici sono delle raccolte di aspettative normative. Essi hanno la funzione di creare una memoria del sistema, ovvero di ricordare solo una parte delle informazioni, ovvero poter dimenticare tutto il resto, stabilire cosa dimenticare e poter continuare a operare ricorsivamente.²⁰⁹⁶

9.3.5.3 I due tipi di scrittura della norma: fra decisione e organizzazione

Ci sono due vie per i giuristi per scrivere le norme: imporle come organizzazione compatta, oppure imporle nell'ambito di una decisione giudiziaria, che valgano come precedenti imposti dal Tribunale supremo. Entrambe le possibilità poggiano su strutture di inclusione/esclusione al livello organizzativo.

Ciò che è successo con la creazione della Corte penale federale è un esempio interessante di come la costruzione della memoria sia servita a garantire la ri-performazione della costruzione di memoria, ancorandola in una logica organizzativa gerarchica. La verbalizzazione dell'Assemblea federale non era dotata di un portato gerarchico, ma solo storico, e i silenzi costituzionali diventavano ora concessioni all'innovazione. Scrivere la norma insomma aveva permesso che si potesse andare oltre la norma, la spiegazione di Philippin del 1872 non aveva (più) un portato normativo proprio perché ciò che la norma non diceva ora diventava centrale. Ho già spiegato in entrata di questo lavoro che gli storici del diritto sono storici del futuro. Ma quale futuro? Quello previsto, ma non verificatosi? I silenzi sono sempre lo strumento più adatto per far dire al passato quello che non aveva detto, crearlo, modularlo, il presente diventa passato di sé stesso, formando un nuovo futuro che diventa poi il presente che si sta vivendo. Qui sta la costruzione di memoria intesa come costruzione di dimenticanza, una particolarità che qui riguardava in modo chiarissimo il momento legislativo, ma che funziona con le stesse dinamiche anche nel momento

²⁰⁹³ LUHMANN 1996 Zeit, p. 325.

²⁰⁹⁴ Un esempio sempre impagabile è la DTF 105 Ia 157, che viene usata spesso come precedente che mostrerebbe la condanna pregiudiziale del TF contro i giudici non togati (inteso come non giuristi, sia *Laienrichter*, sia giurati popolari) perché più influenzabili. Sorprende che anche la sinistra si rifaccia a questa sentenza, che riguardava l'opposizione a una centrale nucleare. Ma l'analisi giuridica riesce a far finta di niente e a trattarla come se si trattasse di una sentenza riguardante un caso di ladri di galline.

²⁰⁹⁵ LUHMANN 1996 Zeit, p. 325.

²⁰⁹⁶ Cfr. LUHMANN 2005 (1996), p. 36.

giurisprudenziale e dogmatico. La differenza qui sta nella dimensione gerarchica: la corporazione dei giuristi àncora l'interpretazione a una struttura della memoria, controllata a vista dal tribunale supremo.

È chiaro che scoprendo tutto ciò, sorge un problema legato alle giurie popolari. Il sistema fa di tutto per non dare peso a chi sia il decidente, né si interessa di quanto debole sia la sua memoria, ma non è vero che il decidente non sia importante per il sistema. Anzi: il sistema usa il decidente proprio per le sue caratteristiche mnemoniche, usando per questo meccanismi di inclusione organizzativa. Il sistema cerca di creare stabilizzazione delle aspettative normative nella società. Crea organizzazioni e schemi. Ciò prevede consapevolezza: dell'organizzazione e della memoria. La giuria invece è estranea a tutto ciò. I giurati si muovono nell'ambiente del sistema organizzativo. Con la creazione della SSG, i non togati (*Laienrichter*) sono stati volontariamente esclusi dalla corporazione dei giuristi che si è presa l'incarico di decidere e osservare in forza al diritto. Loro fanno parte – ipoteticamente – della società in cui sono fatte circolare le aspettative normative. Tutto ciò non mette in discussione l'operazione del diritto, come ampiamente mostrato. Solleticano anzi logiche di *re-entry*. Il rischio che portano con sé è però che si ricordino fin troppo bene ciò che andava dimenticato – ad esempio, che i liberali erano rivoluzionari tanto quanto gli anarchici, fatto che doveva essere rapidamente dimenticato – senza poter essere richiamati dalla struttura organizzativa per questo.

È chiaro, ancora una volta, che per i giuristi gli ostacoli ad un controllo escludente del sistema giuridico sono sostanzialmente due: **le giurie e i cantoni**, fenomeni diversi ma paralleli nella rottura della sovranità all'interno dell'accoppiamento strutturale fra diritto e politica. Che entrambe le strutture siano state messe a tacere in un colpo solo con la Corte penale federale non è un caso, ma il risultato di un'evoluzione nazionalista accompagnata da una messa in discussione anche del sistema giuridico penale. Centrali in questa svolta furono in particolare i modernisti.

9.3.6 Rifare la nazione: inventare una competenza dei giudici-giuristi al posto della giuria popolare

Nel Messaggio del 1892 sulla revisione della OG il CF si richiamò – evidentemente – alle risultanze dell'assemblea della SSG per motivare la nascita della Corte:²⁰⁹⁷ anzitutto era necessario avere processi senza i giurati.²⁰⁹⁸ Certo il governo notò che non si poteva eliminarli – erano previsti dalla Cost. 1874 – ed in fondo la giuria era un'istanza adeguata al giudizio di processi politici,²⁰⁹⁹ ma la Cost. 1874 non imponeva (!) che fossero solo

²⁰⁹⁷ BBl 1892 II 273, p. 276.

²⁰⁹⁸ BBl 1892 II 273, p. 350.

²⁰⁹⁹ Come mostrato sopra, cap. 3.2.2.2 (caso Bassanesi), questa opinione aveva un sapore contingente. E infatti le Assise intervenirono solo altre due volte da allora.

le AF a giudicare i casi penali.²¹⁰⁰ Per citare un esempio concreto di quanto fosse necessario passare al nuovo sistema, il messaggio disquisiva del caso della *Banque de Genève*. L'opinione pubblica insomma già si era posta contro le AF²¹⁰¹ – certo il governo non disse che quella manovra era stata pilotata da sé stesso.

Alla questione si aggiungeva una mozione del 1891 per la revisione della PPF 1851: secondo coloro i quali muovevano la mozione, le AF non avevano dato buoni risultati. Pubblicità e oralità davanti a un collegio di giudici esperti avrebbero dato migliori garanzie per una buona giustizia. La maggioranza qualificata di 10 voti su 12 non era peraltro efficace nella lotta contro il crimine. Comunque, dissero i proponenti, sarebbe stato il caso di sostituire uno scabinato al *jury* classico.²¹⁰²

La OG 1893 del 22 marzo 1893, entrata in vigore il 1° ottobre, non propose particolari novità sulle AF, eccezion fatta per i circondari, che diventavano tre.²¹⁰³ Strumento vetusto, le giurie erano ormai quasi ignorate, non subirono nemmeno una diminuzione di competenze giurisdizionali fino all'emanazione della nuova Legge federale sulla procedura penale del 15 giugno 1934 (PPF 1934).²¹⁰⁴ Bastava insomma costruire la nuova Corte penale federale e dare a lei tutte le nuove competenze giurisdizionali penali federali. Inoltre, per fugare qualsiasi dubbio, la Corte aveva una competenza sussidiaria:

art. 125 OG 1893

La Corte penale federale conosce, in prima ed ultima istanza, delle cause penali che soggiacciono alla giurisdizione penale della Confederazione e non sono deferite dalla presente legge alle Assise federali.

È però lecito al Consiglio federale di delegare l'istruzione ed il giudizio di queste cause alle Autorità cantonali, le quali applicheranno il diritto penale federale. Il diritto di grazia appartiene all'Assemblea federale.

La Corte penale federale conosce inoltre delle contravvenzioni alle leggi fiscali della Confederazione, il cui giudizio le venga deferito dal Consiglio federale.

Il processo penale federale alle AF non era molto dissimile da quello dalla Corte penale federale, anche perché la vecchissima PPF 1851 non era stata riformata. Attivato dal PG, il primo stadio era sempre rappresentato dall'attività del giudice istruttore, nominato dal TF, sorvegliato e diretto dalla

²¹⁰⁰ BBI 1892 II 273, p. 353 s.; D'altronde se nemmeno la SSG pensava ci fosse incostituzionalità, tra l'altro attraverso la voce del futuro presidente del TF, del futuro presidente della Corte, chi avrebbe potuto sostenere il contrario?

²¹⁰¹ BBI 1892 II 273, p. 354 s.

²¹⁰² StenBul 1891 Mozione Wirz/Muheim/ Raisin, p. 456; v. anche RAIS 1931, p. 117a.

²¹⁰³ Uno per i cantoni e le regioni latini, uno per i cantoni centrali e uno per i cantoni orientali (cfr. art. 109 OG 1893).

²¹⁰⁴ V. CONTARINI/LUMINATI 2014, p. 64, in particolare npp. 92.

CdA (art. 10 ss. OG 1893). A dipendenza della fattispecie per cui l'imputato era messo in stato d'accusa, la CdA decideva se far intervenire la Camera criminale (un giudice federale per ognuna delle tre lingue) con i giurati del relativo circondario oppure la Corte penale federale (composta dai giudici della Camera criminale più altri due giudici federali, senza la giuria, art. 127 OG 1893). Il presidente di entrambe queste corti era deciso per ogni caso penale da giudicare (artt. 18 s. OG 1893).

Le due grandi differenze stavano nel dibattimento e nella camera di consiglio: il dibattimento alla Corte penale federale non era incrociato, si passava al sistema inquisitorio, per cui era il presidente ad interrogare i testimoni, i periti e l'imputato. Le parti potevano poi porre domande (art. 133 OG 1893). Gli atti dell'inchiesta potevano essere riletti in aula. La colpa e la pena erano discusse congiuntamente dalla Corte (art. 134 ss OG 1893).²¹⁰⁵ La Camera di consiglio era ora segreta (art. 36 OG 1893), mentre le decisioni della Camera criminale delle AF erano pubbliche, segreta era solo la camera di consiglio dei giurati.

9.3.7 I giudici tecnici e nazionali in chiave anti-anarchica?

9.3.7.1 La Corte penale federale come giudice naturale contro gli anarchici (stranieri)

Nel 1893 arrivò l'occasione per emanare il progetto di una nuova legge contro gli anarchici, conosciuta anche come Legge sugli esplosivi (inizialmente chiamata Legge sui crimini contro la sicurezza pubblica nel territorio della Confederazione)²¹⁰⁶, che condannava con pene piuttosto dure chi chiamasse ad azioni violente, chi istigasse alla rivolta, chi produceva esplosivi per motivi criminali o li usava. Il breve Messaggio sulla Legge era stato rilasciato dal CF il 18 dicembre 1893, pochi giorni dopo l'attentato esplosivo di Vaillant al parlamento di Parigi e la relativa emanazione delle *lois scèlerates* francesi.²¹⁰⁷ Eppure l'inizio del Messaggio non si rifaceva solo a quell'evento, ma anche alle inchieste sugli anarchici del 1885 e alle conclusioni del procuratore *ad hoc* Müller, che voleva uno Stato, un diritto e

²¹⁰⁵ Si noti che la riforma era palesemente emergenziale ed incoerente dal punto di vista sistematico, inserendo molte norme procedurali in una legge d'organizzazione.

²¹⁰⁶ BBl 1893 V 761; si noti che il nome di Legge sugli anarchici non è quello formale, ma è quello assegnatogli. Oggi la stessa equivocità è utilizzata nella Legge sulla dissimulazione del volto, da tutti chiamata Legge sul burka. Si tratta di un gioco raffinato sull'immanente differenza fra simbolo e referente; v. ora su questa questione anche DTF 144 I 281.

²¹⁰⁷ Enciclopedia Treccani online, voce Vaillant, Auguste (<http://www.treccani.it/enciclopedia/auguste-vaillant>); v. anche REDAZIONE DEL DSS: "Anarchismo", in: DSS, 17.06.2002 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/017399/2002-06-17/>. Caserio uccise il presidente francese Carnot proprio perché voleva vendicare il ghigliottinato Vaillant, v. Cantiere biografico degli Anarchici IN Svizzera online, voce Caserio Sante Geronimo (<http://www.anarchibolo.ch/cbach/biografie.php?id=186>).

una procedura unitari contro gli anarchici.²¹⁰⁸ Che le autorità covassero da qualche tempo un indurimento legislativo anche a livello di procedura?²¹⁰⁹

Stavolta il momento legislativo riuscì. La Legge federale del 12 aprile 1894 a compimento del Codice penale federale del 4 febbraio 1853 (LAnarchici 1894) entrò in vigore nemmeno un anno dopo l'emanazione della OG 1893. L'obiettivo dichiarato era indurire le pene previste nel CPF 1853 nell'ambito della sicurezza pubblica.²¹¹⁰ La nuova legislazione era feroce. Chi usava esplosivo era punito con almeno 10 anni di prigione, chi lo preparava "con scopi criminali" vedeva una pena minima di 5 anni (artt. 1 e 2 LAnarchici 1894). Chi istigava a spandere terrore o destabilizzare la sicurezza pubblica aveva una pena non sotto i 6 mesi di prigione. Gli articoli del CPF 1853 sulla libertà di stampa non erano utilizzabili analogamente, valeva un regime più duro (art. 5 LAnarchici 1894).²¹¹¹ Nonostante non ci fosse ancora stata l'unificazione, l'AssFed considerava la materia intrinsecamente federale e basava la sua competenza legislativa nell'art. 114 Cost. 1874,²¹¹² mentre il CF aveva addirittura provato a basarla sia sull'articolo di scopo generale della Cost. 1874, sia sulla clausola sulla sicurezza interna.²¹¹³ Come notava Emil Zürcher già nel 1894²¹¹⁴ e nota ora anche Müller, si trattava di un'operazione palesemente incostituzionale: l'art. 114 Cost. 1874 permetteva l'emanazione di una legge penale a livello federale solo per competenze già assegnate alla Confederazione: altrimenti gli unici a poterci pensare erano i cantoni.²¹¹⁵

Zürcher salutava la legge con fervore (*sehr zu begrüßen*), ricordando che essa trovava il suo modello in una legge sugli esplosivi francese del 1871 ed una simile tedesca del 1884 (!). Con il progetto di legge svizzero del 1889 aveva in comune solo il primo articolo.²¹¹⁶ Seguiva invece le linee del primo

²¹⁰⁸ BBl 1893 V 761. Si noti che il 1885 è anche l'anno del caso della *Banque de Genève*.

²¹⁰⁹ Ho già mostrato sopra per il caso Bassanesi (cap. 3.2.3.4) la difficoltà a cogliere sul serio quali siano le volontà politiche nel momento normativo. È vero, talvolta lo storico si arrischia. Ma sarebbe sbagliato non aprire alle ipotesi, cercando di dimostrarle.

²¹¹⁰ FFfr 1893 V 769, p. 770.

²¹¹¹ Ancora anni dopo Zürcher ricordava con una certa soddisfazione che "*Die Begehung des Verbrechens der Aufmunterung und Anleitung durch die Druckerpresse soll indessen nicht der pressrechtlichen Sonderbehandlung unterstellt werden, sondern es sind jeweilen die sämtlichen Teilnehmer als solche strafbar*", ZÜRCHER 1922, p. 2; MÜLLER 2009, p. 170, nota che per l'art. 1 si trattava per di più di un delitto di pericolo astratto.

²¹¹² "E" lasciato alla legislazione federale di comprendere nella competenza del Tribunale federale anche altri casi oltre a quelli designati negli art. 110, 112 e 113, e di determinare in specie le attribuzioni da conferirsi ad esso Tribunale in seguito all'emanazione delle leggi federali previste dall'art. 64, per l'applicazione uniforme delle medesime".

²¹¹³ V. MÜLLER 2009, p. 172.

²¹¹⁴ ZÜRCHER 1894, p. 128, che non capiva perché allora la Confederazione non si prendesse la competenza anche nelle altre materie.

²¹¹⁵ MÜLLER 2009, p. 172.

²¹¹⁶ ZÜRCHER 1894, p. 119.

progetto di CPS, anche troppo (*mit zu weit getriebene Schärfe*).²¹¹⁷ Zürcher salutava il reato di istigazione anche laddove non ci fosse stato il successo dell'atto. In classico stile positivista, per il penalista l'istigatore anarchico era un uomo avariato (*verdorben*) e pericoloso, quindi ogni passo penale per contrastarlo era da salutare, aiutando così persino la politica internazionale della Svizzera.²¹¹⁸ Era soddisfatto che il tentativo e il successo dell'uso di esplosivi permettessero una certa mobilità decisionale del giudice, comminando con l'art. 3 una pena non inferiore ai 10 anni (!) di prigione fino alla pena della privazione della libertà a vita e lasciando al giudice la possibilità di muoversi in questi margini. Ricordava che nella commissione per il CPS questo principio non era previsto, dato che non si riteneva che il libero apprezzamento del giudice potesse garantire tutela all'imputato.²¹¹⁹ Sulla fattispecie qualificante della chiamata alla rivoluzione, notava inoltre che non bastava certo un'istigazione di un matto per far sì che ci fosse un pericolo maggiore. Si trattava solo di propaganda del fatto, il dibattito processuale diventava addirittura propagandistico. La qualificazione del reato era quindi un errore.²¹²⁰

La questione della Legge sugli anarchici, quindi, non verteva solo sulla materia, ma anche sulla forma. E qui Müller si inganna: non è vero che quel rimando generale all'art. 114 Cost. 1874 era facilone e non è vero che esso era legato all'art. 112 Cost. 1874.²¹²¹ Il parlamento, negando nella legge gli scopi securitari (salvo poi affermarli nel dibattito parlamentare), era più attento del CF nel de-politicizzare formalmente i reati anarchici.²¹²² La competenza giurisdizionale federale infatti nella legge non era esplicitata e nel Messaggio si notava che il governo ritenesse un'ovvietà dare la competenza alla nuova Corte penale federale (riservata la possibilità comunque di lasciare il caso alla giurisdizione cantonale), richiamando l'art. 125 OG 1893 fresco di stampa.²¹²³

In questo modo era quindi possibile giustificare l'esclusione delle giurie popolari. Eppure si trattava – soprattutto considerando le dure pene previste – di un palese indurimento politico, sebbene nelle discussioni sulla nuova OG un *refrain* era quello di voler lasciare intonse le competenze delle giurie

²¹¹⁷ ZÜRCHER 1894, p. 120.

²¹¹⁸ Ricordando il caso Brousse, ZÜRCHER 1894, p. 120.

²¹¹⁹ ZÜRCHER 1894, p. 122; aveva comunque delle critiche da porre. Ripercorrendo la letteratura (partendo dalla Rivoluzione francese, ma citando pure Dostoevskij e Zola) ricordava che chiamare alla rivolta era parte dell'umano, per cui la pena doveva essere mite (*wenig mehr als eine freundliche Mahnung*) e per gli artisti essere solo una confisca dell'utile ottenuto con i libri che elogiavano a atti ribelli, *ivi*, p. 124.

²¹²⁰ ZÜRCHER 1894, p. 126 s.

²¹²¹ MÜLLER 2009, p. 173.

²¹²² Comunque, anche il governo lo aveva mascherato: scrisse che gli atti anarchici avevano "*einen socialen, weniger einen spezifisch politischen Charakter*", BBl 1893 V 761.

²¹²³ BBl 1893 V 761, p. 765, dove il CF ricordava che il CF stesso poteva sempre comunque rimandare un caso alla giurisdizione cantonale.

federali sui delitti politici... Altro che competenza sussidiaria, altro che diritto penale amministrativo! Ora la Corte penale federale si occupava di delitti politici, di esortazioni a mezzo stampa su delitti dinamitardi anarchici (con pene oltre i 10 anni)! Erano lontani i tempi dei Processi a Brousse e a Nicolet, *de facto* era avvenuta un'esautorazione della giuria popolare a livello federale, con buona pace dell'intervento in parlamento di Philippin nel 1872.²¹²⁴

I processi agli anarchici avevano mostrato che la giuria – con il suo portato di incertezza – non era in grado di tutelare il ruolo della neutralità (la sovranità limitata) come garante politico dei liberali nelle loro relazioni internazionali. **Le giurie svizzere insomma erano diventate il grande ostacolo per la creazione dell'immagine di un popolo nazionale**, dato che era d'intralcio alla creazione di un nemico unitario che fosse contemporaneamente interno ed esterno che garantisse l'unità dei liberali di fronte alla società per classi che stava prendendo coscienza di fronte ai suoi occhi.

La Svizzera quindi non si allontanò molto dall'evoluzione del resto d'Europa nella costruzione di una "identità giudiziaria degli Stati" fra Otto e Novecento, che "realizza numerosi e complessi percorsi di nazionalizzazione della giustizia" come "pilastro fondamentale nella identificazione dell'identità nazionale".²¹²⁵ La seguì attraverso l'istituzione di questa Corte penale federale, a cui si affiancavano le leggi contro gli anarchici come primo fenomeno di codificazione nazionale svizzera affidata completamente ai giuristi. Esse permisero alla Svizzera di arrivare al momento in cui la concezione paradossale della sovranità²¹²⁶ venne sciolta non più con il federalismo (ovvero una seconda suddivisione della sovranità), ma con l'aiuto del diritto nazionale, che metteva a disposizione una distinzione interna fra diritto costituzionale inviolabile (il liberalismo) e diritto modificabile (le leggi).²¹²⁷

Questo percorso è parallelo all'istituzionalizzazione della politica come luogo di rappresentanza, proprio dal 1893 le frazioni parlamentari si sono infatti stabilizzate, mentre prima erano riconoscibili solo delle linee-guida. Lo Stato securitario si stava compattando, la Corte penale federale diventava l'istanza giudiziaria ordinaria penale federale svizzera, affidata a fedelissimi giudici federali giuristi: in quel 1894 la Corte era composta da Josef Karl Pankraz Morel, Agostino Soldati, Charles-Henri Soldan, Heinrich Stamm e

²¹²⁴ V. sopra, npp. 2067.

²¹²⁵ LACCHÈ 2009, p. 15.

²¹²⁶ La sovranità è in sé paradossale dato che permette di decidere slegati da qualsiasi vincolo, ma legando gli effetti della decisione su tutti quanti, anche coloro che decidono alla fine sono legati.

²¹²⁷ LUHMANN 1990 *Verfassung*, p. 197 s.

Andrea Bezzola,²¹²⁸ tutti organici alla politica istituzionale federale, non certo “pericolosi” socialdemocratici. Con la presenza della Corte penale federale nel TF era ormai assodato che le giurie federali, al netto del portato costituzionale, non avessero più molto da dire. Tra l’altro l’art. 222 OG 1893 (dedicato ai conflitti normativi) aveva pure statuito l’abrogazione dell’art. 74 CPF 1853²¹²⁹ nonché la modifica dell’art. 16 LPFisc 1849 nel senso che il CF avrebbe ora potuto deferire le contravvenzioni federali alla giurisdizione della Corte penale federale.²¹³⁰

La semantica dello straniero – peraltro connotato come nemico pericoloso – fu importante per questo passaggio alla nazionalizzazione: in esso si trovava l’elemento sociale da svantaggiare in quanto non-membro della nazione. Si notino i paralleli: lo stesso anno in cui venne creata la Corte penale federale, nell’agosto del 1893, veniva votata la prima iniziativa popolare federale, smaccatamente antisemita.²¹³¹ Così gli anarchici erano individuati come nemici politici stranieri e osteggiati, e la polizia politica era considerata una polizia per gli stranieri.²¹³² Il tutto era accompagnato da una certa militarizzazione del parlamento, composto sempre più di alti graduati dell’esercito.²¹³³

9.3.7.2 La semantica dello straniero come oggetto escludibile

La cittadinanza dal profilo teorico-sistemico è un oggetto strano. Il ruolo di membro (qui: di cittadino) dovrebbe stare semanticamente solo alle organizzazioni, non ai sistemi funzionali. Essi, infatti, operano secondo delle semantiche comunicative proprie, non includono le persone. In questo senso quindi la semantica dello straniero, che nella modernità segnala proprio il non-essere-membro, non essere cittadino, non dovrebbe funzionare generalmente con la divisione moderna funzionale della società.²¹³⁴ Fa

²¹²⁸ FFfr 1893 IV 432, p. 438; su Morel, radicalcattolico in TF da vent’anni, v. sopr, npp. 1865; il liberalconservator Soldati, anche lui nel CdSi, era appena stato eletto nel TF, su di lui v. meglio sopra, cap. 3.2.2.3; Soldan, eletto da poco nel TF, era giudice e CdSo radicale losannese, già praticante nello studio di Ruchonnet (il capo del DFGP era appena morto, nel settembre del 1893); Stamm era un influente politico radicale sciaffusano, già nel CdSi, giurista autodidatta, già avvocato e procuratore, da vent’anni al TF come cassazionista con Morel; Bezzola era appena stato eletto al TF, avvocato e giudice, anche lui già CdSi e CN, era un influentissimo radicale in parlamento federale, v. i rispettivi profili in BuRiLex.

²¹²⁹ V. sopra, npp. 1066.

²¹³⁰ Un esempio su questa nuova regolamentazione fu il caso in cui l’impiegato ausiliario del Dipartimento politico Mühleman aveva abusato della sua posizione ufficiale per godere di vantaggi patrimoniali. Per la violazione della contravvenzione all’art. 53 CPF 1853 era ora competente la Corte penale federale, che lo condannò a una multa di 5’000 CHF, v. BBl 1918 II 1, p. 224 s.

²¹³¹ DEGEN, BERNARD: “Iniziativa popolare”, in: DSS, 18.07.2016 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/010386/2016-07-18/>.

²¹³² GROSSEN/STEFFEN/WIEDMER/WYSS 1992.

²¹³³ Cfr. GRUNER 1966, vol. II, p. 72.

²¹³⁴ STICHWEH 2010 (2002), p. 153.

eccezione proprio la politica. Come indica Luhmann, citando Foucault, lo strumento di gestione del politico è l'invenzione dell'individuo, del singolo umano.²¹³⁵ Con lo Stato nazionale quando si parla dello straniero (ovvero non necessariamente di una persona, ma di un ruolo sociale) si parla di semantica dell'inclusione/esclusione legandola alla dimensione dell'essere membro di un gruppo composto da umani.²¹³⁶

Di stranieri si parla sin dall'antichità. Ma lo straniero come lo conosciamo oggi venne concepito in negativo alle porte dell'Ottocento come non-membro, non-appartenente alla nazione, mentre essa incarnava la massima estensione del Sociale (*maximale Extension des Sozialen verkörpert*). Nell'Ottocento la società funzionale cambiò leggermente lo schema: visto che lo straniero era espressione di una semantica gerarchica, perse di rilevanza.²¹³⁷ Volendo una società egualitaria, ovvero pretendendo di dare a tutti lo stesso accesso ai sistemi funzionali (il diritto, l'economia, la politica, ...), era impossibile ora usare gli "stranieri interni" (*inneren Fremden*) come strumento di allentamento dei conflitti sociali come si faceva nella società stratificata (nell'*ancien régime* p.e. gli ebrei erano privilegiati o svantaggiati alla bisogna).²¹³⁸ Lo straniero moderno non poteva più essere privilegiato nei confronti di qualcun altro, secondo Stichweh.²¹³⁹ L'antisemitismo svizzero ottocentesco può ben rappresentare questa evoluzione: la democrazia semi-diretta che ancora oggi conosciamo trovò slancio proprio perché i politici liberali mercantilisti cercarono di dare una forma di cittadinanza agli ebrei, i democratici si ribellarono e fecero cadere il governo, ottenendo poi il diritto generalizzato di referendum.²¹⁴⁰

La possibilità di svantaggiare lo straniero in quanto non membro si sostiene su un linguaggio sociale premoderno: la lingua, l'odore, la tattilità della comunicazione fra presenti. Un corpo, un oggetto sociale compatto in ottica corporativa,²¹⁴¹ non un correlato comunicativo.²¹⁴² Quindi quando parliamo di straniero e di inclusione/esclusione siamo di fronte a un problema di incompatibilità fra teorie:

²¹³⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 574, npp. 42.

²¹³⁶ STICHWEH 1997, p. 46.

²¹³⁷ STICHWEH 2016 (2006) Fremden, p. 185 s.

²¹³⁸ STICHWEH 1997, p. 48 ss.

²¹³⁹ Cfr. STICHWEH 1997, p. 50.

²¹⁴⁰ V. HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ 2018, p. 154 ss.; per il *Mannlisturm* v. STAEHELIN, HEINRICH: "Argovia", cap. 4.1.3: "Dallo Stato di diritto liberale allo Stato sociale democratico (1848-1914)", in: DSS, 06.02.2018 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/007392/2018-02-06/>.

²¹⁴¹ STICHWEH 2016 (2006) Fremden, p. 187 s.

²¹⁴² La comunicazione reticolare della società moderna ha bisogno di forme di inclusione più blande (*losere Inklusionsformen*), ce la si fa con nodi deboli. Non si chiede più "chi sei?", ma "con chi sei in contatto?". In questo senso la rete vale come veicolo per potenziali identità, la cui stabilità però non è garantita a lungo termine, STICHWEH 2010 (2002), p. 159.

- la semantica e la **sociologia dello straniero** da una parte, come sistemi sociali incorporati, con chiari criteri per essere membro e chiusura sociale. Qua si ritrova anche il fenomeno dell'identità collettiva.
- il mondo moderno dell'**inclusione/esclusione** dall'altra, dove l'identità perde significato, arrivano ora i nuovi concetti multipli di applicazione e interpretazione. L'identità viene processualizzata.²¹⁴³

Ecco perché la semantica dello straniero “nella modernità liberale trova il suo più chiaro sostegno nella realtà dello Stato-nazione basato sulle costruzioni dell'essere membro della nazione”.²¹⁴⁴ Stichweh propone quindi di concepire lo Stato nazionale come espressione eminentemente moderna, basata però su logiche premoderne. Si tratta di un'appendice atavica residuale (*Residuum*) di autodescrizione corporativa del sistema sociale, oppure addirittura di un sintomo di crisi del sistema.²¹⁴⁵ Osservando più precisamente la Svizzera, non stupisce la constatazione di Holenstein/Kury/Schulz secondo cui con la costruzione dello Stato federale si è notato uno spostamento lessicale dallo straniero come *Fremde* (“estraneo”) allo straniero come *Ausländer* (“proveniente da una terra esterna”), legando quindi il concetto vieppiù a quello di cittadinanza nazionale. Venne quindi distinto dal concetto di “svizzero, ma estraneo da un altro cantone” (*kantonsfremde Schweizer*).²¹⁴⁶

9.3.7.3 Il diritto può operare seguendo la semantica dell'esclusione dello straniero?

Mi sembra che si possa definire il fenomeno di metacodifica inclusione/esclusione proposto da Luhmann²¹⁴⁷ anche con il termine di doppio standard (*doppelter Standard*).²¹⁴⁸ Esso permette di pensare il

²¹⁴³ STICHWEH 2010 (2002), p. 156

²¹⁴⁴ In esteso: “*Die Soziologie des Fremden ist eine Sprache der vormodernen Welt, die im Verhältnis zu korporativ aufgefaßten und sozial relativ geschlossenen Sozialsystemen Andere als kompakte soziale Objekte externalisiert. Als eine solche findet sie in der Moderne ihren deutlichsten Halt in der auf Mitgliedschaftskonstruktionen aufruhenden Realität des Nationalstaats. Die Theorie der Inklusion und Exklusion dagegen, wenn sie auch historisierbar und damit von ihrem Entstehungskontext ablösbar ist, verdankt ihren Erfolg in der Konkurrenz mit anderen Soziologien der sozialen Ungleichheit der Tatsache, daß sie die fluiden Partizipationen des modernen Individuums an pluralen, kommunikationsbasierten Sozialsystemen zu analysieren erlaubt und daß sie zugleich für den Sachverhalt und die konkreten Umstände kumulativer und sequentiell vernetzter Nichtpartizipation an mehreren dieser Sozialsysteme sensibilisiert*”, STICHWEH 2016 (2006) *Fremden*, p. 188; v. anche STICHWEH 2010 (2002), p. 155.

²¹⁴⁵ STICHWEH 1997, p. 46; ed infatti le prime persecuzioni degli anarchici come stranieri arrivarono proprio con la Grande Depressione del 1873.

²¹⁴⁶ HOLENSTEIN/KURY/SCHULZ 2018, p. 159 ss.

²¹⁴⁷ V. anche sopra, cap. 6.3.4.

²¹⁴⁸ Concetto che richiama ad esempio in senso antropologico SANCAR 2013, p. 346, nell'ambito delle teorie postcoloniali e femministe. Anche LUHMANN 1988 *Frauen*, p. 54, tocca il tema. Dal punto di vista teorico per il diritto mi sembra comunque che le parole di

funzionamento delle logiche giuridiche in due modi diversi per gli inclusi e per i non-inclusi, quindi anche per i cittadini e i non-cittadini.²¹⁴⁹ Questo doppio standard vale sia nel momento legislativo – si pensi all’esclusione degli stranieri dal momento elettorale – sia in quello del diritto quotidiano, della “strada”: segue lo schema della regola/eccezione²¹⁵⁰ che vale come logica supplementare a quella dell’ottica dell’inclusione/esclusione nel senso che lo straniero non ha diritto a godere di alcuna eccezione di fronte alla rigidità della regola.²¹⁵¹ A mio modo di vedere si tratta del palesamento dell’accoppiamento strutturale fra la politica e il diritto:²¹⁵² l’esclusione non è direttamente giuridica, ma sostanzialmente politica, legata a logiche di appartenenza basate sulla cittadinanza.

Durante tutto questo studio l’assunto teorico di fondo è che il diritto moderno svolga una duplice funzione: da un lato mettere a disposizione un paradosso chockante che funzioni, in chiave terapeutica, da riserva di sbloccaggio per il giudice obbligato a decidere;²¹⁵³ dall’altro la funzione di valere come sistema immunitario della società, ovvero che permetta alla società di osservarlo mentre si occupa di rallentare i rischi strutturali che il mondo moderno porta con sé.²¹⁵⁴ Tutto questo è riassunto da Luhmann nel concetto di “stabilizzazione delle aspettative normative riposte sulle aspettative normative”, ovvero la funzione del diritto come sistema autopoietico, possibile grazie al codice operativo “*diritto/non-diritto*”. La

LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 584, che più vadano in quella direzione siano queste: “*Wenn aber die Inklusion der einen auf Exklusion der anderen beruht, untergräbt diese Differenz das Normalfunktionieren der Funktionssysteme. Vor allem das Recht ist dann betroffen. Denn das Rechtssystem beruht nicht nur auf den systemeigenen Sanktionen, auf Verteilung zur Zahlung oder zu strafen, sondern auch auf gesellschaftsweiter Resonanz festgestellter Rechtswidrigkeiten, die zusätzlich motiviert, sich ans Recht zu halten. Im hochintegrierten Exklusionsbereich ist, abgesehen von der Kontrolle über den eigenen Körper, nichts zu verlieren. Im wenig integrierten Inklusionsbereich werden die Folgen von Rechtsmässigkeit/Rechtswidrigkeit nicht transportiert, und es lohnt sich dann auch nicht, sich um die Feststellung dieser Werte nach Massgabe rechtsspezifischer Programme zu kümmern*”.

²¹⁴⁹ Sul diritto di fuga dei migranti, la sovradeterminazione della frontiera e il conseguente potenziale giuridico di definire una persona come non-persona v. NUZZO 2006, p. 163 ss. e la letteratura *ivi* citata.

²¹⁵⁰ Sull’idea che sia uno schema v. LUHMANN 1995(1993) RdG, p. 206. Il nostro, *ivi*, p. 573 npp. 40, nota che ci sono eccezioni alla pervasività del diritto nella società del mondo. Propone come esempio il rischio di entrare non accompagnato in una favela. Sulla teoria dei sistemi e l’America latina v. NEVES 2012.

²¹⁵¹ Per fare un esempio “dalla strada”: proprio di recente mi è capitato di ascoltare un capocurva romano affermare sugli stranieri: “io posso sbagliare perché so’ a casa mia, loro no”. Questa frase esemplifica bene cosa significhi l’alta integrazione per gli esclusi teorizzata da Luhmann: „sbagliare” nel diritto significa per loro rimanere esclusi anche dagli altri sistemi, ne deriva una stigmatizzazione sociale più penetrante rispetto, ad esempio, a una multa comminata a un grosso imprenditore.

²¹⁵² V. meglio sopra, cap. 6.1.

²¹⁵³ V. sopra, cap. 2.6.4.1.

²¹⁵⁴ V. sopra, cap. 2.6.4.7.

stabilizzazione del codice è assegnata all'organizzazione giudiziaria, alle professioni giuridiche e al processo in sé,²¹⁵⁵ che sono quindi funzionalmente equivalenti. Come ho spiegato sopra (cap. 6.3.4.2) lì – e solo lì – intervengono a mio modo di vedere le logiche di inclusione/esclusione, che hanno la capacità di mediatizzare il codice operativo del diritto all'interno dello schema dello Stato di diritto. Esse riguardano sostanzialmente la differenza giuristi/*Laien* con le sue derivate e le logiche gerarchiche interne all'organizzazione.

Proprio perché la semantica dello straniero con le sue logiche di esclusione non ha accesso diretto al codice del diritto, essa risponde agilmente alle logiche della regola/eccezione. Il codice del diritto viene sì attivato anche sullo straniero, ma nessuna eccezione è possibile. La mia proposta, reinterpretando le parole di Stichweh, è che il diritto, valendo lo straniero come escluso dal sistema politico, non può cercare nella politica nessun sostegno a una decisione che non segua pedissequamente la regola. Lo straniero in questa logica moderna infatti non è avvantaggiabile, ma è svantaggiabile. Lo straniero viene quindi ritrovato nel codice del diritto nella forma di *re-entry* che conferma il codice stesso. Questo valse ad esempio anche con il caso Brousse: il diritto non ha smesso di funzionare nella sua oscillazione, semplicemente lo ha fatto nella sua forma brutale “sì/no” propria della giuria popolare, ricevendo una condanna che poi i giudici non hanno voluto smussare assolvendolo. Avrebbero avuto quella competenza, che sarebbe stata coerente con le loro intime considerazioni, ma non avrebbero potuto garantire il sostegno politico alla decisione giuridica. In questo senso valgono le parole di Rotter, che legge addirittura anche il ruolo di giudice come mero *supplément* del codice del diritto,²¹⁵⁶ un terzo escluso.

Per studiare lo straniero nell'operazione del diritto quindi, a mio modo di vedere, bisogna studiare a fondo i rapporti di accoppiamento strutturale e l'operazione del diritto, considerando i margini dell'eccezione alla regola nell'ambito delle promesse di eseguibilità che il diritto si aspetta da parte della politica. Per questo motivo la nazionalizzazione in Svizzera abbisognava di nuovi giuristi tecnici: non era una risposta alla “complessità delle tematiche”, ma piuttosto una reazione al disordine della selezione del personale giudiziario a livello cantonale. Il diritto, in questo modo, non poteva garantire di reagire in modo compatto alla nuova unità politica costruita a livello federale. Tecnicizzare i giudici significava decontestualizzarli e legarli alla memoria dell'organizzazione.

²¹⁵⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 332.

²¹⁵⁶ Cfr. ROTTER 1994, p. 247 s., citando la semiotica di Eco, che definisce il soggetto un annesso. Sulla critica di Luhmann a Eco v. sopra, npp. 1804.

10 La giuria intoccabile e lo scabinato compromissorio

10.1 Dopo l'apertura di Ginevra, lo scabinato ticinese

Il primo cantone a mettere concretamente in questione la giuria classica fu quello che l'aveva riportata in Svizzera: **Ginevra**. Abrogato nel 1884 il codice penale francese del 1808, adottato provvisoriamente da decenni, si adottò il dibattimento contraddittorio e nuovi diritti per gli imputati.²¹⁵⁷ Nel 1890 crearono per caso²¹⁵⁸ una variante conosciuta universalmente (*notoriété universelle*),²¹⁵⁹ frutto di una riforma voluta nel 1889 dopo una serie di verdetti considerati stupefacenti.²¹⁶⁰ In realtà si trattava di un compromesso: Hornung aveva proposto lo scabinato, ma trovò il consenso solo della commissione parlamentare.²¹⁶¹ La soluzione fu che nel nuovo processo i ruoli tra giuria e corte rimanevano separati e la giuria doveva comunque occuparsi di stabilire la colpevolezza. L'innovazione stava nel far partecipare il presidente della corte alle deliberazioni della giuria, con voto consultivo.²¹⁶² La pena sarebbe poi stata decisa assieme. Certo il compromesso non fu facile ed aver anticipato i tempi costò una riforma già nel 1904, togliendo il voto consultivo al giudice, permettendogli solo di dare informazioni richieste dai giurati.²¹⁶³ Questa versione ancor più annacquata era già nota in Svizzera, dato che la aveva adottata **Neuchâtel** nel 1893.²¹⁶⁴

Il primo scabinato vero è proprio arrivò quindi in **Ticino** nel 1895, alla fine di un periodo molto tumultuoso e sotto l'influenza degli studi accademici stranieri.²¹⁶⁵ In Ticino invece la possibilità fu data dalla temporanea assenza della giuria classica, abolita nel 1883. Dopo i fatti di Stabio il "Nuovo indirizzo" conservatore aveva infatti imposto una riforma dell'organizzazione giudiziaria e il referendum facoltativo sulle leggi,²¹⁶⁶ eliminando il giurì liberale e imponendo una forte tecnicizzazione dei

²¹⁵⁷ STRÄULI 2001, p. 328.

²¹⁵⁸ Così Picot, cit. da STRÄULI 2001, p. 329.

²¹⁵⁹ GRAVEN 1938, p. 98a.

²¹⁶⁰ STRÄULI 2001, p. 329; GRAVEN 1938, p. 22a; per la riforma del 1890 della giustizia militare e dell'arrivo precoce di una forma di scabinato v. ROTHENBERGER 1903, p. 119 ss. e JESCHECK 1977, p. 245.

²¹⁶¹ KOCHER 1965, p. 46.

²¹⁶² STRÄULI 2001, p. 330.

²¹⁶³ v. STRÄULI 2001, p. 328 s.; GRAVEN 1938, p. 40a, nota comunque che le *Urlisten* ginevrine negli anni a venire erano piene di morti, condannati, infermi. La situazione di disinteresse per le giurie era tale che alla fine venne lasciato che fossero i municipi a comporre e non una commissione apposita.

²¹⁶⁴ KOCHER 1965, p. 44.

²¹⁶⁵ GARRÉ 2014, p. 88.

²¹⁶⁶ MARCACCI, MARCO/VALSANGIACOMO, NELLY: "Ticino (cantone)", cap. 4.1.3: "Dalle riforme respiniane al sistema proporzionale (1875-1922)", in: DSS, 30.05.2017, <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007394/2017-05-30/#HStoriapoliticacostituzionale>.

giudici.²¹⁶⁷ I tumulti però non si erano fermati, il cantone dell'epoca era un campo di battaglia, tanto che l'11 settembre 1890 il giovanissimo CdSo conservatore Luigi Rossi venne assassinato sulle scale del palazzo del governo a Bellinzona nel mentre di una rivoluzione liberale.²¹⁶⁸ Il CF dovette di nuovo intervenire, ma stavolta scelse la via del compromesso e impose un governo consociativo proporzionale fra liberali e conservatori, guidato da Agostino Soldati.²¹⁶⁹ Nel frattempo Stefano Gabuzzi, avvocato di fama e politico liberale,²¹⁷⁰ allievo di Wolfgang Mittermaier (figlio di Carl) a Heidelberg, progettò nel 1893 e fece adottare nel 1895 la riforma dell'intero sistema penale ticinese, aiutando il CF a trovare vie per una conciliazione fra liberali e conservatori in Ticino. Elaborò uno scabinato che valesse da un lato come garante del giudizio grazie alla motivazione della sentenza, dall'altro come strumento di conciliazione politica, che garantisse "consenso civile attorno alla giustizia penale".²¹⁷¹ I giudici dovevano essere giuristi. I giurati non sottostavano a limitazioni particolari ed erano eletti dal popolo.²¹⁷²

Non mi pare però che si possano fare generalizzazioni di carattere sociale su chi venisse in effetti eletto. Sappiamo che in Ticino nel 1896 in un processo come giurati intervennero tre medici, due giuristi, un ingegnere, un giornalista e un commerciante. In un altro erano presenti tre contabili, un ingegnere, un medico e un giurista. In un altro processo, dove si disquisiva peraltro di imputabilità, sedevano due medici e un giurista.²¹⁷³ Sarebbe degno di studio scoprire se in Ticino parallelamente alla tecnicizzazione e democratizzazione dei giudici dalla fine dell'Ottocento ci sia stata anche una generale "volgarizzazione" delle giurie.

10.2 L'attacco scientifico alle giurie di inizio Novecento – riscrivendo la Storia!

Sbarazzarsi delle giurie classiche era decisamente difficile. Ho mostrato sopra come la scuola moderna avesse cercato di mettere il criminale al centro del processo, che nelle logiche della teoria dei sistemi significava un aumento di autoreferenzialità del sistema: meno concettuale certo, ma più scientifico. Il tema della giuria era d'altronde in quell'ultimo quarto dell'Ottocento sempre più dibattuto in tutta Europa. Dalla fine dell'Ottocento le pubblicazioni scientifiche che distinguevano le due tipologie di partecipazione popolare, giurie e scabinati, si sommarono una dopo

²¹⁶⁷ V. p.e. GARRÉ 2014, p. 86 s.

²¹⁶⁸ V. ROSSI/POMETTA 1980, p. 345 s.

²¹⁶⁹ Abbiamo incontrato questo importantissimo giurista ticinese sopra, cap. 3.2.2.3.

²¹⁷⁰ GHIRINGHELLI, ANDREA: "Stefano Gabuzzi", in: DSS, 04.09.2007, <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003511/2007-09-04/>.

²¹⁷¹ GARRÉ 2014, p. 94.

²¹⁷² GARRÉ 2014, p. 89 ss.

²¹⁷³ GABUZZI 1908, p. 671, citando un resoconto di Brenno Bertoni.

l'altra,²¹⁷⁴ i giuristi elvetici parteciparono attivamente ai convegni sul tema. Aggettivi sulla giuria come pesante, macchinosa, lenta, costosa, che erano parte dell'armamentario degli oppositori alla giuria sin dall'inizio, negli scritti dei giuristi aumentavano. Ma secondo Graven il problema in quel periodo era sostanzialmente democratico: le giurie davanti al popolo erano "intoccabili" (*intangibile*).²¹⁷⁵

A osservare bene però, non si trattava solo di logiche di autorappresentazione popolare²¹⁷⁶ e l'accusa di "giustizia di classe" (*Klassenjustiz*) era parte di un discorso laterale.²¹⁷⁷ Anche i giuristi facevano infatti la loro parte per garantire il mantenimento delle giurie: come ricorda anche Fehr riferendosi a Zurigo, non era assolutamente vero che i professionisti del diritto (*Fachkreise*) vedessero di cattivo occhio i processi con i giurati, ne elogiavano anzi l'indipendenza dal giudice.²¹⁷⁸

In Svizzera la discussione venne presa in mano da Rothenberger, che scrisse una corposa dissertazione sulla storia della procedura con le giurie popolari classiche in Svizzera, criticandole ferocemente. Rothenberger cassava le motivazioni di Druey a favore della giuria popolare come stereotipali e criticava la sua impostazione sull'intima convinzione più legata ai sentimenti che alla ragione (*mehr das Gefühl als der Verstand*).²¹⁷⁹ Rimproverava che la divisione tra fatti e diritto valesse per il CF nel 1851 sostanzialmente come un assioma.²¹⁸⁰ Considerava l'arrivo della giuria

²¹⁷⁴ V. la bibliografia generale in calce a CONTARINI/BERNASCONI 2014.

²¹⁷⁵ GRAVEN 1938, p. 61a s.; per questo c'è una tale ricchezza di metodi per contrastarle dalla correzionalizzazione alla riduzione delle *Urlisten*, alla scabinizzazione silenziosa.

²¹⁷⁶ Secondo HAUSER 1977, p. 270, il popolo nel 1941, quando decise di mantenere ancora una volta la giuria popolare classica intatta, vi si affidò in chiave antinazista, dando un segnale a favore della democrazia. Come mostro sotto, cap. 12.3.1, la logica sostenuta da Pfenninger era proprio quella contraria, nel senso di quel fascismo antifascista elvetico.

²¹⁷⁷ Nel 1913 il giornale dei sindacati pubblicava un articolo sulla Germania, che criticava – al netto delle garanzie formali di uguaglianza cetuale – l'occupazione fattuale dei posti di giudice o procuratore da parte degli esponenti borghesi. Gli scabinati venivano tacciati d'essere in mano ai giudici, ed infine nemmeno la composizione delle giurie classiche era sufficientemente vicina al mondo operaio. Insomma, l'amministrazione della giustizia (e non i singoli giudici) in fin dei conti per l'estensore dell'articolo non era che uno strumento usato contro la socialdemocrazia, R.-GEWRUND 1913, p. 153 ss.

²¹⁷⁸ FEHR 1975, p. 48; non stupisce che alcuni pratici fossero contrari ad eliminare le giurie. In Svizzera non era ancora stabilita l'unità del diritto a livello federale, non c'erano quindi istanze superiori che potessero destabilizzare l'interpretazione del diritto da parte dei giudici cantonali. A segnalare la problematicità della tendenza dei giudici a giudicare sempre nello stesso modo, nel mondo forense è ancora oggi famoso l'adagio dell'anonimo americano: "Un buon avvocato conosce la legge. Un grande avvocato conosce il giudice". Su questo pragmatismo a conferma della tesi della stabilità garantita dall'osservazione di secondo ordine nel sistema v. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 531; sulla rischologia giudiziaria v. meglio sopra, cap. 5.3.1.

²¹⁷⁹ "die Notwendigkeit der Aufstellung eines subjektiven Masstabes", ROTHENBERGER 1903, p. 57.

²¹⁸⁰ ROTHENBERGER 1903, p. 120.

zurighese una riforma sostanzialmente “dottrinale”, a differenza della finalità “politica” della giuria dei radicali. In particolare, associava le idee sulle giurie popolari di Heinrich Escher a quelle di Rüttimann, senza minimamente citare il conflitto scientifico e politico del primo con Keller, che era vicinissimo al secondo.²¹⁸¹ Grazie alla sua narrativa normativa e didascalica, Rothenberger presentava insomma l’evoluzione delle giurie verso la correzionalizzazione e verso il sistema scabinale come un’evoluzione ineluttabile.

Rothenberger affermava che uno sguardo retrospettivo di una cinquantina d’anni non faceva che dare pienamente (*vollständig*) ragione alle tesi di Binding. La giuria federale era sostanzialmente una trovata politica, un articolo di lusso (*Luxusartikel der schweizer Eidgenossenschaft*).²¹⁸² Sull’*Autoverdict*, ovvero sull’ammissione di colpa dell’imputato che permetteva di rinunciare alle giurie, che (come visto sopra, cap. 7.7.1 s.) poco dopo l’adozione delle giurie tornò di gran carriera, Rothenberger esprimeva un elogio: permetteva di abbattere i costi! Non una parola sul problema della tortura.²¹⁸³ Massacrava di nuovo la teoria di Hegel sulla divisione fra questioni di fatto e questioni di diritto, senza cogliere che proprio quella distinzione aveva fatto fare un salto avanti nella modernità alla società occidentale.²¹⁸⁴

Rothenberger questionava pure, in linea con l’aumento del ruolo della psichiatria nel diritto, perché le giurie potessero mettere in questione le perizie, peraltro consegnate da più di un medico, sull’imputabilità dell’accusato.²¹⁸⁵ L’attacco frontale di Rothenberger avvenne infine – paradossalmente, perché diceva la verità, ma quella verità non dava il senso della Storia così come impostata da Rüttimann – sostenendo che le giurie erano un prodotto elitario e non certo popolare, un articolo di moda (*Modeartikel*) voluto da illuministi politici che “vaccinarono le opinioni giuridiche svizzere con linfa straniera”.²¹⁸⁶ Poi citando Jhering, altro straniero che aveva insegnato in Svizzera..., affermava che le decisioni delle giurie popolari non potevano più essere slegate da una sovradimensione costituzionale.²¹⁸⁷

Il periodo era di grande intensità discorsiva. Mittermaier/Liepmann pubblicarono nel 1908 una miscellanea in due grossi volumi dedicata alle

²¹⁸¹ ROTHENBERGER 1903, p. 224 ss.; sul conflitto fra H. Escher e Keller v. sopra, cap. 5.5.3.

²¹⁸² ROTHENBERGER 1903, p. 299.

²¹⁸³ ROTHENBERGER 1903, p. 311.

²¹⁸⁴ ROTHENBERGER 1903, p. 323.

²¹⁸⁵ ROTHENBERGER 1903, p. 329.

²¹⁸⁶ “[sie] vaccinierten schweizerische Rechtsanschauungen mit fremder Lymphe”, ROTHENBERGER 1903, p. 317.

²¹⁸⁷ ROTHENBERGER 1903, p. 324; si tratta della pretesa di riprendere possesso del codice del diritto da parte dei giuristi, in linea col bisogno di chiudere il momento autopoietico garantendolo con la tecnica.

giurie popolari classiche e agli scabinati, raccogliendo contributi scientifici in ottica comparata geografica (provenivano da mezza Europa e dagli Stati Uniti, anche dal Ticino con Gabuzzi) e interdisciplinare (c'erano infatti anche contributi sulla psicologia processuale). Sebbene nell'introduzione indicassero la necessità di ragionare sull'evoluzione storica,²¹⁸⁸ non c'erano contributi spiccatamente storici. Spiegavano che in Germania a livello politico si tentava di eliminare la giuria popolare, ma c'era una decisa resistenza popolare. I due scienziati si lamentavano però che tutti ne parlassero senza sapere di cosa stessero parlando, non sapendo nemmeno peraltro cosa fossero gli scabinati. Mittermaier/Liepmann si dichiaravano sostenitori delle giurie classiche, ma erano consapevoli che si trattava di figlie del proprio tempo e che erano destinate a scomparire.²¹⁸⁹

10.3 L'esempio zurighese di inizio Novecento: quando i giuristi non riuscirono ad essere compatti contro le giurie

Nel 1895 a Zurigo il Gran Consiglio accolse una mozione per riformare la giuria. Il progetto di legge arrivò anni dopo, il nome del *Geschworenengericht* veniva mantenuto, ma si passava a uno scabinato espressamente secondo l'esempio ticinese.²¹⁹⁰ Se ne discusse a fondo in Gran Consiglio nel 1905. La maggioranza era guidata da Hans Sträuli, dottore in diritto, nonché giudice d'appello e presidente della Corte d'Assise zurighese.²¹⁹¹ La mozione minoritaria invece era guidata da Emil Zürcher, professore, già presidente della Corte d'Assise zurighese e in quegli anni giudice di Cassazione.²¹⁹² Entrambi giuristi, entrambi politici, entrambi esperti di giurie popolari. Sträuli sosteneva l'importanza dell'indipendenza della giuria in un sistema orale e immediato. Al massimo di poteva dotare la giuria di un consulente giuridico. Zürcher invece spingeva sulla necessità di formare i giudici nell'ambito psicologico, nonché sull'indivisibilità tra la questione di colpevolezza e il resto della sentenza. Chiedeva quindi di passare allo scabinato. In particolare, la motivazione, a dire di Zürcher,

²¹⁸⁸ I temi erano i classici: l'evoluzione storica, la prassi nelle corti coeve, il significato della distinzione fra colpevolezza e pena, l'influenza dei giudici sui giurati, l'influsso del presidente della Corte sui giurati, il ruolo dell'inchiesta penale preliminare, l'istituzione dell'appello, il significato della popolarità nella giurisprudenza, la fiducia nella magistratura, il ruolo della giuria nell'evoluzione del penale materiale, la relazione fra l'organizzazione giudiziaria e il diritto pubblico e la politica, le statistiche giurisprudenziali, la comparazione con l'estero, le opinioni personali degli attori del diritto, le proposte di riforma e infine una bibliografia, MITTERMAIER/LIEPMANN 1908, Zur Einführung, p. 3 ss.

²¹⁸⁹ MITTERMAIER/LIEPMANN 1908, Zur Einführung, p. 1 s.

²¹⁹⁰ ROTHENBERGER 1903, p. 249 ss.

²¹⁹¹ Fu perfino eletto sia al TF, sia al CF, ma rifiutò non volendo spostarsi da Winterthur, v. WIDMER, URS: "Hans Sträuli", in: DSS, 02.07.2012 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003703/2012-07-02/>.

²¹⁹² WEISS, RETO: "Zürcher, Emil Johann Jakob", in: DSS, 25.06.2012 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/003736/2012-06-25/>.

avrebbe permesso di controllare (*nachprüfen*) come il giudice fosse arrivato alla sua convinzione intima.²¹⁹³ Vinse la maggioranza.²¹⁹⁴

Ancora negli anni '20 del Novecento, sempre a Zurigo, fu l'avvocato Emil Zürcher, verosimilmente figlio del professor Emil Zürcher, a perorare la causa delle giurie classiche all'assemblea dei giuristi zurighesi, sostenendo che esse erano il legame più vivido e diretto fra il diritto e la comunità popolare, il modo per farla esprimere nell'aula di tribunale. A suo dire le leggi erano, per i giurati, nient'altro che delle direttive da cui si poteva anche allontanarsi se necessario. Ernst Hafter, professore e giudice di cassazione assieme al vecchio professor Zürcher,²¹⁹⁵ però lo criticava su questo punto, convinto com'era del principio *nulla poena sine lege*. La questione divideva talmente la comunità giuridica che l'associazione quella sera votò due volte se sostenere o contrapporsi alle giurie, ottenendo due risultati contrapposti...²¹⁹⁶ Alla fine, facendo leva su delle sentenze considerate scandalose, l'associazione dei giuristi riuscì ad accordarsi sull'adozione dello scabinato, ma le loro proposte caddero davanti al parlamento.²¹⁹⁷

Lo scabinato non passò, ma le proposte portarono con sé una forte correzionalizzazione e una chiara diminuzione del numero di giurati nella *Urliste*,²¹⁹⁸ – come anche una convinzione sempre più forte che per dirigere le giurie fosse necessario che il presidente della Corte fosse dotato di particolari doti giuridiche.²¹⁹⁹

10.4 Intanto il Tribunale federale si prese da solo altre competenze federali

Al netto della correzionalizzazione legislativa, ciò che diede il vero colpo di grazia alle giurie popolari federali all'inizio del Novecento furono anzitutto due sentenze del TF del 1915 e del 1919, una riguardante i delitti politici, l'altra i delitti contro le autorità. In entrambi i casi si trattava di un abile gioco politico-giudiziario, dove il CF e il TF si passavano reciprocamente la palla con lo scopo di estromettere la giurisdizione delle AF, senza però modificare la Costituzione.

La prima privò le AF della loro competenza sui delitti politici a stampa di carattere transnazionale e fu emanata in tempo di guerra, operando un interessante manipolazione del concetto di sovranità. Nel 1915 Millioud,²²⁰⁰

²¹⁹³ STRÄULI 1905.

²¹⁹⁴ Cfr. OBERLI 1934, p. 40 e FEHR 175, p. 43 s.

²¹⁹⁵ NÄGELI, CATERINA: "Hafter, Ernst", in: DSS, 28.08.2006(traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/015807/2006-08-28/>.

²¹⁹⁶ ZÜRCHER 1925, p. 110 s.

²¹⁹⁷ FEHR 1975, p. 51 ss.; MEYER 1929, p. 6.

²¹⁹⁸ FEHR 1975, p. 50.

²¹⁹⁹ P.e. MEYER 1929, p. 9.

²²⁰⁰ Del 1865, era ordinario di filosofia all'Università di Losanna, sostituendo Pareto per un decennio alla cattedra di sociologia. Aveva scritto nel 1915 l'opera "*La caste dominante*

redattore della rivista *Bibliothèque universelle*, aveva permesso che venisse pubblicato un articolo considerato lesivo dell'art. 69 CPF 1853²²⁰¹ e dell'art. 1 dell'Ordinanza del CF del 2 luglio 1915 sulla repressione degli oltraggi contro i popoli, i Capi di Stato e i governi stranieri. A processo il 13-14 dicembre 1915, la Corte penale federale affermò la propria competenza basandosi su quell'ordinanza emanata nell'ambito dei Pieni poteri.²²⁰² La Corte spiegò che dato che la pubblicazione di articoli oltraggiosi avrebbe potuto mettere in pericolo le relazioni internazionali e la pace con le altre Nazioni, per condannare l'imputato non era necessario che ci fosse una lamentela delle altre nazioni, né la reciprocità. Punire la pubblicazione di quegli articoli non serviva a proteggere gli interessi del Paese straniero, ma il proprio interesse nazionale. L'atto punibile non ricadeva sotto la violazione del diritto internazionale, da qui il motivo per cui il CF aveva il diritto di non far sottostare quel reato alla regola giurisdizionale dell'art. 112 Cost. 1874, estromettendo di riflesso le AF.²²⁰³

La DTF 45 I 102 del 1919, decisa dalla Corte di Cassazione, verteva per contro sul giudizio del signor Bloch e del funzionario federale Junod, da lui corrotto. Qua non era in gioco una contravvenzione, ma un delitto, previsto dall'art. 56 CPF 1853. Il 7 aprile 1918 il CF decise (e la CdA avallò la decisione) che il reato doveva sì essere perseguito a livello federale, ma giudicato dalla Corte penale federale. Questa condannò i due. I ricorrenti si lamentarono, perché l'art. 107 OG 1893 (confermato nel 1912), statuiva che, qualora il CF avesse deciso di dare competenza giurisdizionale federale, essa stava alle AF. Ma la Cassazione del TF non era d'accordo: il CPF 1853 aveva già fatto diventare la competenza delle AF facoltativa ed eccezionale,²²⁰⁴ avendo tolto loro gli "altri delitti", tra cui la corruzione dell'art. 56 CPF 1853.²²⁰⁵ Usando come al solito il silenzio per far parlare la legge, il TF sostenne che con la riforma della OG 1893 di sicuro non erano state estese

allemande", v. ZÜRCHER, MARKUS: "Maurice Millioud", in: DSS, 29.05.2008 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/044345/2008-05-29/>.

²²⁰¹ "Per delitti commessi mediante la stampa, è responsabile primamente l'autore della cosa stampata. Ma se l'edizione e la distribuzione è seguita senza saputa e volontà di lui, o se l'autore non può facilmente scoprirsi, [...] la responsabilità pesa sull'editore, [...]" (italico mio).

²²⁰² I resoconti d'attività del TF negli anni dei Pieni poteri mostrano un'impennata di casi giudicati dalla Corte penale federale: nel 1915 5, nel 1916 29, nel 1917 67, nel 1918 69, nel 1919 25. La maggior parte riguardavano lo spionaggio. Una lista virtuale dei resoconti in formato pdf si trova su <https://www.bger.ch/it/index/federal/federal-inherit-template/federal-publikationen/federal-pub-geschaeftsbericht.htm>; v. anche KLEY, ANDREAS: "Pieni poteri", in: DSS, 6.10.2020 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/010094/2020-10-06/>.

²²⁰³ DTF 41 I 551, p. 552.

²²⁰⁴ In questo senso valeva anche la riserva di legge della prima versione dell'art. 77 lett. c CPF 1853, visto che in gioco c'erano gli artt. 40 e 41 LResp 1850 che statuivano che in caso di reati gravi il CF doveva decidere se perseguire i funzionari a livello federale.

²²⁰⁵ DTF 45 I 102, p. 105.

le competenze delle AF e la Corte penale federale era ora un'istanza ordinaria di giudizio.²²⁰⁶ L'art. 112 cifra 4 Cost. 1874 permetteva sì, originariamente, una scelta fra competenza cantonale e competenza delle AF.²²⁰⁷ Ma ora quella possibilità di scelta si era estesa. I ricorrenti non potevano così richiamarsi alla garanzia costituzionale d'averne una giuria che giudicasse il loro caso. Secondo il TF l'interpretazione costituzionale corretta era ora che si aveva diritto alla giuria solo qualora il CF avesse affidato esplicitamente il caso al giudizio delle AF, altrimenti la giurisdizione federale stava alla Corte penale federale.²²⁰⁸

10.5 Escamotages e ipocrisie per far digerire lo scabinato bernese

10.5.1 Il problema dell'affare Conradi del 1923 – la “colpa” fu veramente della giuria?

L'*affaire* Conradi scosse la Svizzera nel 1923. Moritz Conradi, cresciuto a San Pietroburgo in una famiglia svizzera, era stato nell'esercito contro i comunisti. Era emigrato in Svizzera nel 1921. Il 10 maggio 1923 assassinò il diplomatico sovietico Vaclav Vorowsky a Losanna. Dato che questi non era ufficialmente accreditato ad una conferenza diplomatica e il CF volle interpretare immediatamente il fatto come questione privata,²²⁰⁹ il caso venne giudicato a livello cantonale. Chiaramente, considerato il clima ostile in Svizzera alla rivoluzione, scoppiò un caso mediatico.²²¹⁰ Conradi venne assolto dalla giuria cantonale di Losanna il 16 novembre 1923. Nella procedura vodese ci voleva la maggioranza qualificata dei due terzi per condannare l'imputato, invece si era raggiunta solo la maggioranza

²²⁰⁶ DTF 45 I 102, p. 105.

²²⁰⁷ Dove “Tribunale federale” andava interpretato come “Tribunale federale con i giurati”, DTF 45 I 102, p. 109.

²²⁰⁸ DTF 45 I 102, p. 110. Questa giurisprudenza fu criticata da varie voci autorevoli della scienza giuridica elvetica, perché palesemente eccedente il dettato costituzionale, v. RAIS 1931, 125a.

²²⁰⁹ CONSEIL FÉDÉRAL Procès-verbal de la séance, 11.5.1923, in: Fleury, Antoine/Imboden, Gabriel (ed.), Documenti Diplomatici Svizzeri, vol. 8, doc. 272, <http://dodis.ch/44914>, Bern 1988.

²²¹⁰ La difesa, condotta da un borghese di destra, “trasformò il dibattito in un processo politico all'Unione Sovietica”, DEGEN, BERNARD: “Affare Conradi”, in: DSS, 02.12.2010 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/017335/2010-12-02/>; la parte civile era rappresentata da Jacques Dicker, CN socialista di sinistra, poi difensore di Nicole al processo sulla sparatoria (SENARCLENS, JEAN DE: “Jacques Dicker”, in: DSS, 06.07.2004 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/006260/2004-07-06/>). Era sotto controllo, nell'archivio federale è conservata la sua arringa contro Conradi in cui richiamava i giurati al giudizio della Storia e li metteva in guardia dalla mediatizzazione del caso, v. Extraits de la plaidoirie de Me. DICKER, Compte rendu de la Police de sûreté du Canton de Vaud sur la plaidoirie de J. Dicker au procès de M. Conradi à Lausanne, 13.11.1923, conservato su DoDiS online (<http://dodis.ch/48633>).

semplice.²²¹¹ Il verdetto procurò fastidi alla Svizzera, sede della Società delle Nazioni, soprattutto da parte dell'Unione Sovietica. Non a caso, da allora Motta decise di controllare meglio politicamente i perseguimenti penali, consigliando ai giudici di considerare come aggravanti le difficoltà internazionali²²¹² – cosa che come visto accadde anche nel caso Bassanesi.

Ma come mai dare il caso a un tribunale cantonale? Già nel 1898 questo caos giurisdizionale si era palesato con l'assassinio di Sissi, quando Lucheni venne giudicato da un tribunale ginevrino: il regicidio non era condannato dal CPF 1853!²²¹³ Nemmeno il “maltrattamento”, punito dall'art. 43 CPF 1853 poteva essere preso in considerazione: qua non si trattava di provocare dolore a qualcuno, ma di uccidere.²²¹⁴ Inoltre lo stesso CF nel 1918 aveva ristretto l'interpretazione dell'art. 41 CPF 1853 alle aggressioni dirette contro la Costituzione degli Stati stranieri.²²¹⁵

Eppure, a guardare bene quel processo mediatizzato, come fatto da Gattiker, la “colpa” non era certo tutta nelle mani della giuria, i giuristi ci avevano messo lo zampino: sia nella creazione del CP vodese, sia nella sua applicazione. La pena prevista per l'omicidio era dai 12 ai 30 anni di reclusione. Se c'era premeditazione la pena era a vita, ma se i giurati avessero riconosciuto le attenuanti sarebbe passata a un minimo di 15 anni fino a un massimo di 30. Questi altissimi minimi di pena potevano suscitare nella giuria la preferenza di rispondere negativamente alla questione della colpevolezza, un pericolo certo “non diminuito dalle circostanze particolari di quel processo”. Per questo il procuratore (che aveva elaborato un dossier di ben 1500 pagine!) fece aggiungere alle domande la clausola della provocazione violenta, che permetteva di eliminare i minimi di pena. Per Gattiker era una domanda “giuridicamente inammissibile” (“*juridiquement inadmissible*”): tutto si poteva dire, meno che individualmente Vorowsky avesse aggredito Conradi.²²¹⁶ Ma proprio da quella clausola la difesa intervenne cogliendo la palla al balzo: chiese alla Corte di aggiungere alle domande da porre alla giuria anche la clausola della forza maggiore (“*force irrésistible*”), anch'essa prevista nel CP vodese. Anche qui si era di fronte ad una manipolazione, dato che quella clausola non era pensata per il campo delle passioni.²²¹⁷ Gattiker non nota però un dettaglio: se era giuridicamente

²²¹¹ Le leggi procedurali in gioco sono ben spiegate da GATTIKER 1975, p. 91.

²²¹² Protokoll der Sitzung des Bundesrates, 1.12.1925, in: Hofer, Walter/Mesmer, Beatrix (ed.), Documenti Diplomatici Svizzeri, vol. 9, doc. 124, <http://dodis.ch/45141>, Bern 1980, p. 194 s.

²²¹³ GAUTIER 1898, p. 341, citando esattamente per la sua motivazione *a contrario* gli articoli 73, 39 e 41-43 del CPF 1853). Ma Gautier lamentava di questa situazione: che senso aveva vedere davanti alle AF chi oltraggiava un ambasciatore, mentre chi uccideva un sovrano doveva essere giudicato da tribunale cantonale; sull'assassinio di Sissi v. anche sopra 9.2.2.

²²¹⁴ GATTIKER 1975, p. 89.

²²¹⁵ V. STÄMPFLI 1928, p. 321 s.

²²¹⁶ “*Pas amoindri par les circonstances particulières de ce procès*”, GATTIKER 1975, p. 93.

²²¹⁷ GATTIKER 1975, p. 94.

così problematica, perché la Corte dei giudici accettò di mantenerla nel questionario?

Dalla legazione a Londra chiesero come mai il governo non si mosse per una revisione o comunque per controllare il processo con il suo procuratore. Ma Motta era irremovibile: la Svizzera era uno Stato federale, la competenza era dei cantoni e il procuratore pubblico vodese era imparziale. Il problema per il ministro era che i giurati vodesi avevano dovuto anche esprimersi sulle circostanze attenuanti, facendo scivolare il processo sull'Unione sovietica, anche perché i giudici non potevano vietare alla difesa di chiamare i testimoni. Motta ad ogni modo, ribadendo che il CF politicamente aveva condannato l'assassinio, notava che aveva fatto notare al ministro degli esteri russo che la Russia aveva espropriato e fatto violenza su migliaia di cittadini svizzeri in Russia e che comunque la giustizia cantonale avrebbe proceduto secondo le proprie leggi.²²¹⁸

Insomma: al netto della solita *reductio ad stultum* verso i giurati, anche qui viene da chiedersi se in realtà alla Confederazione quella soluzione processuale non avesse dato poi così fastidio...

10.5.2 Tra compassione e tassonomia: Thormann e l'escamotage per imporre lo scabinato a Berna

Nel Canton Berna, dopo una decisa correzionalizzazione a cavallo del secolo,²²¹⁹ Thormann, poi rettore dell'Università di Berna, aveva elaborato già nel 1907 un progetto di riforma procedurale e giudiziaria. Sulle giurie criticava duramente la divisione dei compiti (*Teilung der Aufgabe*) tra giudici e giuria e descriveva le decisioni dei giurati, rifacendosi a Görres, come giustizia casuale (*Zufalljustiz*).²²²⁰ Cercando comunque di evitare l'isolamento dei giudici professionisti, proponeva il passaggio allo scabinato e sosteneva che non bisognava concentrarsi tanto sul nome che gli sarebbe stato dato: insomma *Geschwornengericht* andava benissimo. Questo era peraltro proprio il nome previsto nella Costituzione bernese. Giustificava la mancanza di necessità di modificare la Costituzione indicando anzitutto che

²²¹⁸ V. Le Ministre de Suisse à Londres, C. Paravicini, au Chef du Département politique, G. Motta, 18.1.1924, in: Fleury, Antoine/Imboden, Gabriel (ed.), Documenti Diplomatici Svizzeri, vol. 8, doc. 311, <http://dodis.ch/44953>, Bern 1988, p. 829 ss.; questa era comunque stata da subito la posizione del CF, v. CONSEIL FÉDÉRAL Procès-verbal de la séance, 19.5.1923, in: Fleury, Antoine/Imboden, Gabriel (ed.), Documenti Diplomatici Svizzeri, vol. 8, doc. 275, <http://dodis.ch/44917>, Bern 1988, p. 733 s., ribadita poi anche in Protokoll der Sitzung des Bundesrates, 11.3.1927, in: Hofer, Walter/Mesmer, Beatrix (ed.), Documenti Diplomatici Svizzeri, vol. 9, doc. 268, <http://dodis.ch/45285>, Bern 1980, p. 458; si noti che Schopfer, difensore di Conradi al processo, non venne riletto nel CN, Protokoll der Sitzung des Bundesrates, 30.12.1925, in: Hofer, Walter/Mesmer, Beatrix (ed.), Documenti Diplomatici Svizzeri, vol. 9, doc. 138, <http://dodis.ch/45155>, Bern 1980, p. 227.

²²¹⁹ OBERLI 1934, p. 14.

²²²⁰ THORMANN 1907, p. 89 ss.

lo *Schöffengericht* germanico non aveva proprio niente da spartire con quella forma moderna di tribunale.²²²¹ Inoltre sosteneva che a metà Ottocento si conosceva la divisione rigida dei compiti fra giuria e giudici, non invece lo scabinato moderno.²²²² Come ho mostrato sopra, questa era una pura falsità. Il progetto di Thormann comunque non divenne legge, troppe erano le opposizioni.

Nel 1923 però il caso Conradi fece parlare tutta la Svizzera dell'inopportunità della giuria.²²²³ Nel 1924 si riattivò quindi anche la discussione bernese. Il professore, nel frattempo, aveva coordinato un ampio numero di studi dottorali riguardanti l'organizzazione giudiziaria e le giurie in tutta la Svizzera.²²²⁴ La sua motivazione sulla costituzionalità²²²⁵ dello scabinato passava ora da una strategia leggermente diversa rispetto a quella di inizio secolo: faceva un'operazione di carattere tassonomico e cercava gli elementi caratteristici che permettessero di stabilire il genere della giuria popolare in modo che potesse rientrarvi anche lo scabinato:

- dovevano essere emanazione del popolo (*aus dem Volke*),
- dovevano essere numericamente superiori ai giudici professionisti al momento della decisione,
- le parti dovevano avere un influsso determinante (*wesentlich*) nella loro selezione attraverso la ricusa arbitraria,
- dovevano giurare all'inizio dell'esercizio della loro funzione.

Per questi criteri **lo scabinato** bastava e avanzava. La questione se la giuria dovesse decidere separatamente o no diventava quindi solo una questione organizzativa del tribunale, non più faccenda costituzionale. Importante era solo corrispondere in modo fattuale (*sachlich gerechtfertigte*) agli scopi del processo (*Prozesszwecke*). Thormann, comunque, né spiegava cosa fosse quella fattualità, né quali fossero gli scopi. Indicava però che il processo sarebbe stato meno costoso.²²²⁶

Non nascondeva comunque, che si fosse di fronte a una novità fondamentale (*grundlegende Neuerung*), ovvero la fine della suddivisione in due del tribunale eliminando la spartizione del compito giudicante

²²²¹ Voto al *Juristentag* del 1931, SSG 1931 - Protokoll, p. 350a.

²²²² THORMANN 1907, p. 92.

²²²³ V. p.e. nel discorso del presidente del CdSi Böhi del 3 dicembre 1923 in BBl 1923 III 386, p. 392 ss.

²²²⁴ V. ora LUMINATI 2018, p. 342.

²²²⁵ L'art. 62 della Costituzione bernese del 1893, confermato nella sostanza dall'art. 61 della riforma del 1907, indicava esplicitamente che "*Für Kriminal-, politische und Preßvergehen sind Geschwornengerichte eingesetzt*" (grassetto mio), v. www.verfassungen.ch (sull'utilizzo di questo sito v. sopra, cap. 7.2)

²²²⁶ THORMANN 1926, p. 12.

(*Urteilsaufgabe*).²²²⁷ Per motivare la novità usava lo strumento discorsivo della domanda retorica, condito da una certa ipocrita incredulità, atta a scatenare una ridicola (per non dire patetica) compassione del giurista che si lamenta dell'ingiustizia di non essere giusti a sufficienza nei confronti dei non togati. Se da un lato si lamentava che non c'erano motivi per escludere il giudice dall'apprezzamento delle prove, aggiungendo che con il sistema misto giuristi-*Laien* (non togati) le esperienze erano buone (*gute Erfahrungen*), dall'altro esaltava la giuria e voleva ora elevarla al ruolo di giudice completo!

Se la partecipazione dei giudici non togati [*Laien*] al sistema di giustizia penale appare particolarmente auspicabile, e nessuno vorrà negarlo nemmeno per le nostre necessità, perché i giurati non dovrebbero essere coinvolti anche nell'applicazione della legge e la comminazione della pena?²²²⁸

Grazie a questi *escamotages*, ovvero la ridefinizione della giuria, il lasciare nell'oscurità il rapporto fra organizzazione e scopi del processo, l'indicazione sul risparmio finanziario e l'esaltazione ipocrita dei giurati come giudici, Thormann poteva continuare a chiamare *Geschwornengericht* la giuria, diventando però essa ora uno scabinato.

Le voci critiche si fecero sentire. Hentig chiamava lo scabinato una "giuria impropria" (*unechtes "Geschworenengericht"*) e ricordava che la Costituzione prevedeva garanzie, che non andavano aggirate alla leggera.²²²⁹ Ma poco valsero le critiche: il discorso pubblico fu ampio e la riforma della procedura penale bernese nel 1928 venne approvata in toto – scabinato

²²²⁷ THORMANN 1926, p. 11. Si noti qui la particolarità, comprensibile nell'ottica della teoria dei sistemi, di identificare il tribunale con la funzione giudicante e non, invece, con le persone che lo compongono.

²²²⁸ "Wenn die Mitwirkung von Laienrichtern in der Strafrechtspflege sehr wünschbar erscheint, und das wird auch für unsere Verhältnisse niemand bestreiten wollen, warum sollen die Geschwornen nicht auch über die Anwendung des Gesetzes und die Bemessung der Strafe miturteilen?", THORMANN 1926, p. 12; si noti l'ipocrisia tipica del mondo giuridico, per cui Thormann riusciva a indicare *ivi*, p. 3, che la giuria c'era proprio perché la costituzione bernese la imponeva! L'ipocrisia di quel discorso di Thormann è ancor più lampante leggendo un suo testo di pochi anni dopo, dove alla giuria contrapponeva l'immagine sacerdotale del giudice. Ricordava (giustamente) che l'arrivo dei giurati in Svizzera non stupiva tanto per la loro "profanità" (c'erano già i *Laienrichter*), ma all'arrivo del libero apprezzamento giudiziale, e ribadiva che quella soluzione aveva ancora solo funzione democratica, siccome cerchie più ampie che non solo gli appartenenti al ceto dei giudici potevano così avere accesso all'amministrazione della giustizia, THORMANN 1934, p. 18; ricordo che volutamente ho escluso l'analisi del ruolo dei *Laienrichter* in Svizzera da questa ricerca. V. comunque ora le prime riflessioni sul tema in LUMINATI/CONTARINI 2019.

²²²⁹ Proponeva inoltre che per legge alcuni giurati al processo fossero psichiatri e pedagoghi, HENTIG 1927.

incluso – dal popolo a grande maggioranza, senza passare dalla modifica della Costituzione.²²³⁰

10.5.3 Approfondimento: Il processo scandaloso e il suo diritto

Uno dei motivi per cui la giuria veniva messa in questione erano le cosiddette sentenze scandalose. Ma si trattava sul serio di una critica alla giuria o si trattava piuttosto dell'ennesima scusa da parte dei giuristi?

Sin da metà Novecento nella storiografia si considera lo scandalo – in Svizzera chiamato anche *affaire* – quell'avvenimento che, anche se immaginario, rompe determinati presunti valori morali o sociali e che trova un suo pubblico. Deve avere una forma funzionale ai valori messi in gioco, considerando le caratteristiche proprie della società che coinvolge. Nello scandalo è infatti insita anche la lotta per farlo diventare scandalo e come effetto può sia dissolvere, sia consolidare i valori messi alla prova. Semplificando, si possono individuare nel pubblico sostanzialmente due tipi di reazione allo scandalo: una parte si sente soffocata a causa della messa in questione della coscienza pubblica, gli altri invece sfruttano lo scandalo per portare novità, rivoluzione.²²³¹

Secondo Rayner lo scandalo si appoggia su mobilitazioni dentro e fra più universi sociali, delle mobilitazioni multisettoriali che lo fanno evolvere dalla semplice situazione di litigio. Senza questa localizzazione multisettoriale il litigio rimarrebbe settoriale e così anche la sua denuncia. Questo può fra l'altro avvenire indipendentemente dalla realtà, l'accusa può p.e. essere infondata. Per studiare lo scandalo bisogna quindi spostare la lente dalla trasgressione alla mobilitazione, osservandolo come un processo temporale all'incrocio di più spazi sociali. Particolarità dello scandalo è l'intervento di attori di diversi ambienti (giornalisti, magistrati, avvocati, intellettuali, capi d'azione, politici, militari, membri dei servizi segreti, ecc.) che irrompono nel gioco politico. Si evidenzia qui l'idea storiografica dello scandalo come un'apertura del gioco politico a delle irritazioni esterne. Rayner sostiene che lo scandalo non ha funzione esemplare, anche se succede che alcuni suoi partecipanti possano scommettere sul ricorso alle norme per meglio promuovere le "lezioni da trarre" da una pretesa violazione dei valori sociali. Si tratta piuttosto di un groviglio di prese di posizione interdipendenti e reversibili in cui ci sono (de)mobilitazioni e contromobilitazioni legate anche all'*habitus* degli attori in gioco e alle aspettative che esso propone in un delicato schema di giochi speculari. È trovando questo schema che si può cogliere la dimensione della rottura normativa causata dallo scandalo.²²³²

²²³⁰ OBERLI 1934, p. 41 s.; v. anche SOLLBERGER 1996, p. 131; PFENNINGER 1932, p. 710, continuava comunque a considerarla anticostituzionale.

²²³¹ MAZBOURI ET AL. 2015, p. 17 ss. e la bibliografia *ivi* citata.

²²³² RAYNER 2015, p. 33 ss.

Lo scandalo, comunque, evolve durante lo scandalo, non è quindi un rituale, ma un processo aperto, dove nulla è fissato prima. Gli attori si adattano allo scandalo, il loro modo di capire la situazione può variare tantissimo, prendendo posizione in modo prima impensabile. Si capisce bene che lo scandalo è prodotto e produttore di queste fluttuazioni di aspettative con effetti di *re-entry* che portano con sé fenomeno di auto-amplificazione. Gli attori in questo gioco speculare sono costretti a degli aggiustamenti, giungendo a modi e visioni un tempo inimmaginabili. Nota bene: la stampa vale qui sia come fonte, sia come oggetto di studio per capire lo scandalo, dato che su essa si compongono le lotte per la definizione della situazione.²²³³

Il caso Conradi corrispondeva a tutto ciò, ed infatti venne ampiamente manipolato per riuscire a strappare lo scabinato alla popolazione bernese. La situazione politica e quell'assoluzione "assurda" avevano portato al moltiplicarsi di voci interne e esterne a tutti i livelli istituzionali. Ecco il "ricorso alle norme" per trarre le conclusioni, sebbene in realtà le rivendicazioni degli attori in gioco avessero ben poco in comune con ciò che sul serio era successo nell'aula del tribunale losannese. Si attaccava la giuria, ma erano stati gli avvocati e i giudici ad aver portato il processo all'esasperazione!

Lo scandalo aveva però evidenziato una rottura costituzionale: quelle logiche casuali e plurime portate dalla giuria popolare, sommate alle logiche federaliste in aperto controbilanciamento alle logiche della neutralità internazionale, potevano ora essere messe da parte. La politica centrale aveva cambiato i suoi schemi di osservazione, trovando nello straniero socialista/comunista il nemico stabile e costante della Nazione. La resistenza cantonale e la giuria come spostamento del paradosso potevano scomparire assieme, spianando la strada all'arrivo del Codice penale unificato.

10.5.4 L'interiorizzazione delle logiche dello Stato di diritto a sinistra e l'indecisione sulle giurie

Posso ipotizzare che la messa in questione della giuria abbia avuto a che fare con una certa "volgarizzazione" dei giurati a causa della nazionalizzazione dei partiti di massa. Sappiamo ad esempio che nel 1926 a Soletta fra loro non c'era un solo intellettuale o professionista.²²³⁴ Inevitabile quindi chiedersi cosa ne pensasse la sinistra di quelle evoluzioni.

Wagner, dottore in diritto e già segretario del TF, in quegli anni cancelliere del tribunale d'appello bernese e quindi suo giudice e CN,²²³⁵ sulla *Rote Revue* dei sindacati spiegava con accuratezza storica che la giuria

²²³³ RAYNER 2015, p. 40 ss.

²²³⁴ GRAVEN 1938, p. 41a; si tratta di un tema però da approfondire socio-storicamente.

²²³⁵ ZÜRCHER, CHRISTOPH: "Johann Robert Wagner", in: DSS, 17.08.2013 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/006733/2013-08-17/>.

era un prodotto del liberalismo elitario, non certo popolare. Il criterio di giudizio sulla bontà della giuria doveva quindi stabilire se fosse uno strumento per emanare sentenze di classe o meno.²²³⁶ La giustizia, secondo il socialdemocratico, non doveva essere lasciata a una casta di giuristi, perché era questione della collettività. Problematica era però la scandalizzazione (*Sensationsstandpunkte*) della giustizia che faceva diventare “l’uomo della strada” (“*Mann in der Strasse*”) poco più che uno spettatore al cinema. La partecipazione “profana” (non giuridica) era quindi da salutare solo laddove avesse portato freschezza (*frischen Zug*) nella prassi, tenuto lontane una giurisprudenza avulsa dalla realtà e contribuito a rafforzare il sentimento giuridico pubblico (*öffentliches Rechtsgefühl*). In questo senso la giuria poteva pure essere un elemento educativo.²²³⁷ Da buon politico e da buon giurista, al momento di esprimere critiche all’istituto faceva della legalità e della relativa comprensione tecnica elementi centrali dell’attività giudiziaria, constatando che per riuscire a cogliere la fattispecie di un reato era necessario conoscere il diritto. Altrimenti c’era sia il rischio di sentenze sbagliate (*Fehlurteile*), sia la posizione di dominio del presidente della corte con il suo “*Belehrung*” sulla giuria. I giurati infine (come i giudici) non si attenevano ai loro confini, loro però non avevano l’obbligo di motivare le loro decisioni,²²³⁸ senza peraltro che ci fosse una seconda istanza: per Wagner si trattava di un’anomalia nello Stato di diritto moderno (*eine Anomalie im modernen Rechtsstaat*).²²³⁹

Considerato che, secondo lui il proletariato non aveva nessun interesse a sostenere il sistema vigente, visto che i giudici erano già eletti dal popolo ed erano controllati dall’opinione pubblica e visto che le Assise a suo dire erano manipolabili dal potere (citava il caso dei giurati neri di Mussolini in Italia), riteneva urgente modificare la situazione, unificando la Corte criminale e la giuria in un’unica corte.²²⁴⁰ Insomma, anche il giurista socialista rimaneva in linea con tutti gli altri e si schierava per uno scabinato.

La voce di Wagner non rimase comunque incontrastata. Sempre sulla *Rote Revue* pochi mesi dopo, rispose Fritz Marbach, granconsigliere e professore di economia politica. Marbach considerava il delitto penale come delitto contro la comunità e l’interesse a punire un qualcosa di mistico nella società. Si richiamava agli antichi tribunali germanici²²⁴¹. Era convinto che laddove le giurie sparissero, si lasciava la strada spianata ad un aumento di potere di una classe sociale.²²⁴² In particolar modo criticava il diritto codificato, a suo vedere espressione della borghesia. Criticava quindi i

²²³⁶ WAGNER 1926-27, p. 318.

²²³⁷ WAGNER 1927-28, p. 84 s.

²²³⁸ WAGNER 1927-28, p. 86 ss.

²²³⁹ WAGNER 1927-28, p. 109.

²²⁴⁰ WAGNER 1927-28, p. 110 s.

²²⁴¹ Ma sugli scabinati v. meglio sopra, cap. 8.3.2.

²²⁴² MARBACH 1927-28, p. 206 ss.

giuristi e la loro autocomprensione, tutta basata sulle leggi, nient'altro che una “*Maschinerie*” da cui, menzionando Radbruch, il popolo (*Volk*) poteva scostarsi. Ricordava che per la socialdemocrazia la forma era il partito, l'organizzazione fra umani, non invece la legge. L'importante era per lui sempre l'umano, non l'istituzione. Citando – anch'egli²²⁴³ Jhering – sosteneva che la resistenza contro le ingiustizie è un dovere” (*Widerstand gegen das Unrecht ist Pflicht*), di conseguenza riteneva che aumentare l'influsso dei giuristi nelle decisioni dei giurati attraverso lo scabinato fosse un errore.²²⁴⁴

²²⁴³ Sulla citazione di ROTHENBERGER v. sopra, npp. 2187.

²²⁴⁴ MARBACH 1927-28, p. 209 ss.

11 Anni '30 del Novecento: i processi paralleli a Bassanesi come pietra di paragone

Nei prossimi due capitoli osservo il funzionamento di due processi incredibilmente vicini al processo Bassanesi. Il primo si era svolto in Belgio, chiedo a chi legge di spostarsi con me nella consapevolezza di essere di fronte ad altre storie ed altre culture giuridiche. Ma quello che successe in quell'aula, con attori del tutto simili al processo Bassanesi, non può che far riflettere su tutto ciò che si disse sul pericolo che gli avvocati facessero il processo al fascismo a Lugano: a Bruxelles fu il giudice presidente a farlo! Nel secondo caso si tratta del processo Nicole, che approfondisco decisamente di più di quello belga. Anche a Ginevra si scopre che il ruolo del giudice presidente è decisamente un altro rispetto a ciò che sosteneva il PG Stämpfli accampando scuse contro le giurie. Lì Soldati mostrò con tutta limpidezza cosa significhi essere un orgoglioso giudice antisocialista.

11.1 Il dibattito del processo De Rosa in Belgio nel settembre 1930: l'antifascismo poté parlare

Un importante parametro di paragone del processo Bassanesi è il processo De Rosa, tenutosi a Bruxelles dal 25 settembre 1930, un paio di mesi prima di quello di Lugano. Non voglio qui proporre incerti elementi di diritto comparato, vorrei solo cercare, attraverso una stenografia del processo scritta dai membri di Giustizia e Libertà, gli stessi del caso Bassanesi, di descriverne il *clima*. Quel clima era spesso indicato, nei mesi precedenti al processo Bassanesi, come paradigmatico per un processo politico, dove sul banco degli imputati c'era più il fascismo che l'autore del fatto. I fatti per l'appunto: il 24 ottobre 1929 il principe ereditario d'Italia, in visita a Bruxelles per fidanzarsi con Maria José, stava andando a porre una corona di fiori al milite ignoto. Era appena sceso dalla sua auto e parlava con le autorità belga e italiane quando un uomo gli sparò, mancandolo. Gli agenti ed alcuni funzionari si piombarono sull'aggressore e lo bloccarono, poi lo picchiarono. Fu trasportato al commissariato. Si chiamava Fernando De Rosa, aveva 21 anni e veniva da Parigi.²²⁴⁵

²²⁴⁵ LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 1. Nelle pagine seguenti l'editore spiega la vita di De Rosa, dato che a suo dire solo così si poteva capire l'atto. Il padre di De Rosa aveva fatto fortuna oltremare, la madre era ignota, il ragazzo fu cresciuto da una levatrice. Il padre era morto quando Fernando era piccolo. Sciatore e alpinista, segretario del CAI giovanile a Torino, poi lasciò tutto per fare l'antifascista. A 12 anni era però stato in un'organizzazione fascista e aveva ucciso un egiziano per sbaglio con un revolver che gli era stato dato. Da lì in avanti ebbe in odio i fascisti. Curava intensi contatti antifascisti anche grazie al fatto che era uno sportivo riconosciuto, poteva quindi contrabbandare materiale rivoluzionario in val di Susa. Scappato a Parigi, viveva semplicemente e si era iscritto a Giurisprudenza. Collaborava coi giornali antifascisti, ma preferiva i fatti. Viveva sobriamente, un giorno scomparve.

Al giudice istruttore De Rosa si dichiarava autore dell'attentato. Diceva di aver sparato un colpo solo, di aver fatto tutto da solo, aveva un passaporto falso ricevuto in Italia da una persona che non voleva nominare.²²⁴⁶ A causa del suo gesto era stato picchiato, anche in commissariato, ma non se ne lamentava, dato che venendo da un altro paese a fare un attentato non ci si aspettava di esser trattati bene. La polizia negava.²²⁴⁷ Si riconosceva nell'omicidio per la sua coscienza di intellettuale, non era anarchico, ma socialista centrista. Si dispiaceva di non aver ucciso il principe. Considerava il suo atto come un sacrificio.²²⁴⁸ Ribadiva che gli dispiaceva aver violato le leggi del Belgio, ma le aveva violate per obbedire alla legge della sua coscienza. Ci voleva qualcuno che si sacrificasse, ovvero che terrorizzasse il governo. Aveva quindi accettato la teoria dell'attentato leggendo la lettera di Mazzini a Daniel Manin, patriota italiano, avversario della dominazione austriaca, dove si statuiva il diritto del popolo a uccidere il tiranno.²²⁴⁹

Il 14 maggio l'istruzione venne chiusa e De Rosa rinviato alla corte di assise della provincia di Brabant. L'accusa era tentato omicidio, passaporto falso (datogli a Bellinzona il 25 settembre 1928) e abuso del nome di un altro (Marcacci Enrico).²²⁵⁰ La Corte era composta dal presidente Van Damme (giudice d'appello a Bruxelles), due assessori (vicepresidenti al tribunale di Bruxelles) e una giuria popolare classica. Valeva la procedura d'interrogatorio inquisitoria. Al procuratore si opponeva una difesa composta da avvocati di grido: il politico Spaak,²²⁵¹ lo scrittore De Brock e l'avvocato Soudan. L'accusa chiamò 36 testimoni (poliziotti, medici, gente comune), mentre la difesa ne aveva 17, tra gli altri i fuoriusciti Turati e Tarchiani (protagonisti anche al processo di Lugano); la moglie di Carlo Rosselli; Nitti, radicale già presidente del Consiglio dei ministri in Italia; Nenni, socialista già direttore dell'*Avanti*; Modigliani, socialista, già deputato; Salvemini, professore di economia; Facchinetti, repubblicano, già deputato italiano; Pistocchi, giornalista; Ferrari, già avvocato cassazionista

²²⁴⁶ La questione dei passaporti falsi era di attualità nel 1930: il passaporto era stato fornito proprio dall'antifascismo con base in Ticino. Il 25 luglio *Libera Stampa* pubblicava una prima pagina a gran titolo "L'ombra di Canevascini" in cui contrattaccava alle accuse del giornale liberale di destra *Gazzetta ticinese*, che sosteneva che Canevascini avesse fatto insabbiare le inchieste sul tema dei passaporti dati agli antifascisti e che Cattori, alleato di Canevascini, ne era prigioniero. Sui passaporti falsi e il ruolo della centrale di Lugano, che lo aveva fornito a De Rosa, v. ora CASTRO 2016, p. 70 s.

²²⁴⁷ LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 11 ss.

²²⁴⁸ LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 24; il principe non era estraneo: nel 1926 o 1927 si era dichiarato fascista e vestiva con la camicia nera, LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 15 ss.

²²⁴⁹ LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 25 s.

²²⁵⁰ LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 32 ss.

²²⁵¹ Futuro primo ministro, oggi considerato padre dell'UE. Era famoso come giocatore di tennis e proprio per l'essere stato avvocato al processo De Rosa. Per evidenti questioni di opportunità mi sono qui riferito a Wikipedia, voce Paul-Henri Spaak (https://fr.wikipedia.org/wiki/Paul-Henri_Spaak).

in Italia; Labriola, socialista già ministro del lavoro in Italia,²²⁵² Trentin, professore di giurisprudenza. Al processo c'era una grande folla, la sala comunque era grande, i banchi della stampa debordavano: quarantotto giornalisti e una dozzina di fotografi.²²⁵³

Il presidente cominciò l'interrogatorio affermando che De Rosa fosse stato vessato dalla polizia e rileggeva dalle parole dell'interrogatorio che il giovane voleva "attirare l'attenzione del mondo sugli 'orrori del regime fascista'". Cominciò quindi a parlare dei fatti, tanto che il difensore lo fermò subito, chiedendogli se non volesse interrogare l'accusato. Pretendeva fosse De Rosa a esporre i fatti. Questi ebbe spazio per raccontare le malefatte del fascismo²²⁵⁴ e che era stato picchiato. Secondo lui i belgi vivevano in un paese libero e non potevano capire. Lui trovava la violenza riprovevole, ma era legittima in un paese che non aveva nessuna libertà. Poi parlò delle responsabilità della monarchia e del principe piemontese e delle sue amicizie fasciste.²²⁵⁵ Sosteneva di non essere un criminale di diritto comune, diceva di avere pietà del suo paese e di aver commesso un crimine intellettuale volendo evitare che qualcuno in Italia potesse subirne le conseguenze.²²⁵⁶ Il Presidente però contestava che la morte del principe non avrebbe cambiato nulla e avrebbe aumentato la repressione contro l'antifascismo. De Rosa non era d'accordo: voleva attirare l'attenzione delle democrazie d'Europa e far capire al mondo le responsabilità della monarchia nel Fascismo.²²⁵⁷

Leggendo il resoconto processuale di G+L, tra i vari interrogatori il presidente lasciò grande spazio di parola a Nitti sul Fascismo e i suoi omicidi. "*La Constitution a été abolie et seule la violence et le crime règnent*". Come poteva la gioventù manifestare contro la violenza? La stampa italiana era solo "*la voix de son maître*". Cosa avrebbero fatto i belgi? Ci sarebbero stati ancora belgi monarchici?²²⁵⁸ Anche la casa di Nitti era stata saccheggiata, l'economia nazionale devastata. Qui il presidente intervenne, ci si stava perdendo. Ma la difesa intervenne immediatamente, usando un approccio caro ai modernisti: la psicologizzazione, nonostante le giurie.

È necessario che i suoi avvocati possano tenere le loro arringhe non su giustificazioni, ma su attenuanti. Per questo ci si deve permettere di far conoscere la mentalità di De Rosa.²²⁵⁹

²²⁵² Labriola poi nel 1936 tornò in Italia, v. Enciclopedia Treccani online, voce Labriola, Arturo (<http://www.treccani.it/enciclopedia/arturo-labriola/>).

²²⁵³ LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 39 s.

²²⁵⁴ Per Bassanesi v. sopra 3.3.1.

²²⁵⁵ LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 45 ss.

²²⁵⁶ LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 49.

²²⁵⁷ LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 50.

²²⁵⁸ LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 65.

²²⁵⁹ "*il faut que ses avocats puissent plaider, non par des justifications, mais par des causes d'excuse. Pour ce-là il faut nous permettre de faire connaître la mentalité de De Rosa*", LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 68.

Il presidente acconsentì di nuovo. Nitti espose allora le sue tesi economiche:

tra le cause di eccitazione bisogna tenere in conto la miseria di un popolo. [...] Il fascismo non è stato solo l'apologia del crimine e l'abolizione di tutta la moralità pubblica, ma è stato la distruzione sistematica della ricchezza nazionale.²²⁶⁰

D'altronde il capitale belga era stato interamente perso a causa di fallimenti e di "*billet à ordre potestés*". Nel 1914 Nitti aveva scritto un libro sul capitale straniero in Italia e il Belgio era lo Stato con più investimenti. Questo capitale belga investito in Italia era ormai praticamente tutto perso. "*La valeur de vos titres a été presque annulée*". Concludeva dicendo che non desiderava giudicare l'atto di De Rosa. Era spiaciuto per quell'avvenimento. Ma si spiegava perché si era prodotto. La responsabilità era soprattutto del fascismo.²²⁶¹

Tarchiani venne interrogato dal presidente, parlarono dell'appoggio monarchico a Mussolini.²²⁶² Con Salvemini si parlò di nuovo del massacro di Torino. Il presidente sostenne inizialmente che non avevano influenza, visto che erano all'inizio degli anni '20. Ma gli avvocati ricordarono che quei fatti accaddero quando De Rosa aveva 15 anni, al che il presidente cominciò a porre domande per approfondire, inclusa la questione dell'amnistia da parte del re.²²⁶³ Agli altri testimoni il Presidente chiedeva sulla situazione della stampa politica in Italia, che era stata censurata. Chiedeva del diritto d'associazione, della libertà di insegnamento, delle garanzie giudiziarie, annullate, dato che l'inamovibilità dei giudici non esisteva più e l'esecutivo aveva diritto a revocare i giudici.²²⁶⁴

Questo sì che era un processo politico! E il presidente ne era l'attore principale! Era evidente la fortissima spinta da parte dell'autorità giudiziaria per parlare di Italia, di fascismo, soprattutto per parlarne male. Si erano persi i soldi, e la principessa era stata promessa già da più di un decennio...

11.2 Il processo Nicole (1932), ovvero come il giurista negò il giudizio ai giurati

Come ultima pietra processuale di paragone per il caso Bassanesi, non rimane che questionare un processo politico celebrato con l'interrogatorio incrociato e la giuria, il processo Nicole. Si tratta di un momento importante,

²²⁶⁰ "*parmi les causes d'excitation on doit compter la misère d'un peuple*". "*Le fascisme n'a pas été seulement l'apologie du crime et l'abolition de toute morale publique, mais il a été la destruction systématique de la richesse nationale*", LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 68.

²²⁶¹ LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 68.

²²⁶² LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 77 ss.; ricordo che l'attentato avvenne due mesi prima del matrimonio combinato fra la casa reale savoiarda e la casa reale belga, il processo giusto pochi mesi dopo.

²²⁶³ LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 82 ss.

²²⁶⁴ LIBRAIRIE VALOIS 1930, p. 88 ss.

perché usando la stessa giuria potenzialmente competente per Bassanesi, mostra con chiarezza come si svolgeva il dibattimento, mostrando quindi *in action* almeno due punti su cui Stämpfli giocò la sua strategia di delegittimazione contro le giurie popolari: da un lato al processo Nicole si svolge l'interrogatorio incrociato, che era agitato come motivo principale per aprire la porta a un "processo al fascismo"; dall'altro con la giuria si presentava un rischio inappellabile di assoluzione degli imputati. L'assurdo, come mostrerò, è che veramente svariati politici di allora e storiografi di oggi hanno espresso l'idea che la giuria popolare si sarebbe schierata dalla parte di Bassanesi e dei rivoluzionari antifascisti... senza nemmeno chiedersi chi avrebbe fatto parte di quella giuria. Paradossalmente, nel processo Nicole in molti si sono invece schierati contro la giuria, cassandola d'essere reazionaria. Ma *de deux choses l'une*: o sarebbe stata antifascista, o sarebbe stata reazionaria, no? Oppure, seguendo la tesi proposta in questo mio studio, si rinuncia sostanzialmente a chiedersi da che parte penda la giuria e si decide di aprire i libri del processo, per capire effettivamente cosa successe.

Ecco, quindi, il processo alle AF sui fatti di Ginevra del 1933 presieduto da Soldati (come nel caso Bassanesi) alla presenza della giuria del 1° circondario (quella che sarebbe dovuta intervenire pure con Bassanesi), contro il capo socialista Léon Nicole e consorti, difesi da Borella (come nel caso Bassanesi) e da altri avvocati socialisti. Fu l'ultimo processo della storia delle AF. Userò molte pagine per presentarlo: è necessario per riuscire a comprendere a fondo quale ruolo centrale possa prendersi il presidente di un Tribunale in un processo.

11.2.1 I fatti in breve e le accuse reciproche

All'inizio degli anni '30 l'ambiente ginevrino era tesissimo. La crisi economica aveva permesso sia all'estrema destra, sia alla sinistra di trovare molti consensi. Tra queste due ali però il patriziato ginevrino, militarista e sostanzialmente internazionalizzato (quindi sensibile ai fascismi europei)²²⁶⁵ temeva l'avanzata del consenso per i socialisti e non era per niente imparziale; l'anticomunismo della classe dirigente era talmente marcato da non volere sbarrare la strada ai filofascisti. Secondo Heimberg ancor più che il linguaggio oltranzista di Léon Nicole, capo dei socialisti, ciò che l'élite liberale non perdonava alla sinistra era l'aver denunciato lo scandalo della Banque de Genève nel 1931.²²⁶⁶

Il 9 novembre del 1932 migliaia di militanti socialisti e della sinistra radicale si radunarono di fronte alla sala comunale ginevrina al Plainpalais contro l'*Union nationale* del dandy parafascista Georges Oltramare²²⁶⁷. Questi

²²⁶⁵ BATOU 2012, p. 349.

²²⁶⁶ HEIMBERG 2008, p. 11 s.

²²⁶⁷ V. GAUTIER, MICHAEL: "Georges Oltramare", in: DSS, 16.09.2010 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/009213/2010-09-16/>. Figlio di una famiglia di

aveva chiamato un'assemblea per declamare un'incerta pubblica accusa contro i signori Nicole e Dicker, autorizzata peraltro dal governo ginevrino, tanto che un suo membro vi avrebbe addirittura parlato.²²⁶⁸ I socialisti si radunarono e decisero di rispondere con una contromanifestazione ed azioni di disturbo²²⁶⁹. Il CdSo ginevrino Martin decise di chiedere al CF di mobilitare una truppa dell'esercito svizzero, composta da reclute, per intervenire in caso di problemi. Il ministro cantonale venne criticato dal CF Minger, capo del dipartimento militare, scettico sull'opportunità che un cantone gestisse così i suoi problemi, ma alla fine gli diede la truppa richiesta, facendogli notare che esposeva il cantone a un pericolo.²²⁷⁰ Le autorità informarono poi le reclute della possibilità di andare incontro a moti terribili.²²⁷¹

Alla sera durante la manifestazione, dopo due allocuzioni di Nicole e altri capipopolo²²⁷² e dopo un primo momento difficile in cui i manifestanti avevano rotto uno sbarramento della gendarmeria, rapidamente ripristinato, venne fatta intervenire la truppa. Al suo arrivo i manifestanti (anzitutto i comunisti) dapprima cercarono di fraternizzare con le reclute, poi le disarmarono in gruppetti di mezza dozzina per soldato, anche con tafferugli, fracassando i fucili a terra. Inaspettatamente e senza motivi seri²²⁷³ un primo tenente diede infine all'inesperta truppa l'ordine di sparare sui manifestanti a distanza molto ravvicinata. Le fucilate causarono 13 morti e 65 feriti socialisti. Nel dibattito questi fatti vennero messi lungamente a fuoco, come mostro sotto.

Subito si aprì un momento di grande confusione politica: non era chiaro cosa fosse successo e le parti si davano la colpa a vicenda. Il 10 novembre Motta, allora presidente, riferì a voce al CF riportando solo che l'*Union Nationale* voleva "stigmatizzare pubblicamente la condotta" di Nicole e Dicker.²²⁷⁴ Motta indicava che su richiamo del giornale dei socialisti una grande folla si era assemblata davanti alla sala comunale, che alle 20.30 venne aizzata da Nicole e da altri comunisti. Verso le 21 gli sbarramenti avanzati dalla polizia furono rotti e la folla si riversò sui poliziotti davanti

latinisti, era fratello di André, professore di filologia all'università, CdSo socialista pochi anni prima..., BRON, MARIE: "André Oltramare", in: DSS, 02.12.2010 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/006463/2010-12-02/>.

²²⁶⁸ Così spiegò Dicker al seguente processo penale, cit. in MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 70.

²²⁶⁹ Secondo STÄMPFLI 1933, p. 420, fra i fatti è stato riconosciuto che nell'assemblea in cui i socialisti decisero di manifestare Nicole e un altro chiamarono anche alla violenza contro le autorità di polizia. Questo punto, come mostro sotto, fu cardine nel processo.

²²⁷⁰ DICKER 1933, p. 71 s.

²²⁷¹ HEIMBERG 2008, p. 11.

²²⁷² Normali allocuzioni socialiste, "*Hetzreden*" a dire del PG Stämpfli..., STÄMPFLI 1933, p. 421.

²²⁷³ Così BATOU 2012, p. 349.

²²⁷⁴ „das Gebaren der Nationalrate Nicole und Dicker öffentlich zu brandmarken", Verbale CF - 1932 1797, p. 1.

alla sala, per cui venne chiamata la truppa già allarmata. Motta indicava che la truppa sparò per autodifesa.²²⁷⁵ Le questioni cardine tra le parti politiche furono se sul serio fosse stato necessario il 9 novembre attivare l'esercito per contenere la manifestazione; se sul serio il popolo socialista quella sera avesse dato motivo alla truppa di aprire il fuoco; e se i militari avessero fatto di tutto per non uccidere i manifestanti. Il governo cantonale e l'esercito, *ça va sans dire*, ritenevano che la sparatoria fosse stata un atto di autodifesa, accusando quindi la sinistra di essere colpevole della strage. Il Partito socialista spiegava, invece che il popolo era minacciato dalla politica di destra e governativa e che quel dramma non era altro che il frutto di un agguato, una controrivoluzione preventiva.²²⁷⁶ La storiografia ha accertato che la sinistra non si stava muovendo in modo rivoluzionario, bensì semplicemente rispondendo all'ignavia liberal-radicalista – così spaventata dalla politica “bolscevica” dei socialisti di Nicole – da permettere quell'assemblea “giuridica” di Oltremare.²²⁷⁷

11.2.2 L'incriminazione e l'atto d'accusa

Sugli avvenimenti del 9 novembre 1932 furono aperte due inchieste. Una militare, che scagionò tutta la truppa considerandola in stato di necessità esimente,²²⁷⁸ e una penale. Con questa Nicole fu perseguito, venendo sopraggiunto dall'ordine di arresto federale per “attentato alla sicurezza della Confederazione” (*atteinte à la sûreté de la Confederation*), basato direttamente sull'art. 16 Cost. 1874 che aveva permesso al CF di far intervenire l'esercito il 12 novembre (si noti: 3 giorni dopo la sparatoria) dopo che la sinistra aveva chiamato a uno sciopero generale.²²⁷⁹ Su questo secondo intervento il PG costruì una strana struttura retroattiva che gli permetteva di affermare la competenza penale federale, sebbene gli eventuali reati venissero considerati compiuti il 9 novembre 1932 e tutti fossero consapevoli che i moti erano eventualmente stati contro la sfera d'autorità

²²⁷⁵ Verbale CF - 1932 1797, p. 2; il CF ordinò inoltre subito l'apertura di un'inchiesta militare, *ivi*, p. 3.

²²⁷⁶ CHEVALLEY 2003, 6-7, p. 36 s.; v. anche BATOU 2012, p. 350; la storiografia negli anni a seguire cercò di far passare gli avvenimenti all'acqua bassa, CHEVALLEY 2003, 6-7, p. 38 s.; dagli anni '70 i fatti sono stati rimessi in discussione, oggi la tesi dell'autodifesa dell'esercito non trova più sostegno, *idem*, 8, p. 40.

²²⁷⁷ Cfr. BATOU 2012, p. 355.

²²⁷⁸ BATOU 2012, p. 92.

²²⁷⁹ Cp.v. 1: “Allorché l'ordine interno di un Cantone è turbato, o quando il pericolo è minacciato da un altro Cantone, il Governo del Cantone minacciato deve darne immediata conoscenza al Consiglio federale, affinché quest'ultimo entro i limiti degli attributi suoi (art. 102 n. 3, 10 e 11) possa prendere le necessarie provvidenze o convocare l'Assemblea federale. In casi urgenti il rispettivo Governo è autorizzato, dandone immediato avviso al Consiglio federale, a richieder per aiuto altri Cantoni, e gli Stati di ciò richiesti hanno dovere di prestarsi”.

cantonale.²²⁸⁰ Il CF, considerando il movimento militare del 12 novembre come intervento federale,²²⁸¹ sanò tutto il 18 novembre 1932, consentendo di continuare l'inchiesta per delitti contro l'ordine costituzionale e la sicurezza interna ai termini degli artt. 45 s. e 52 CPF 1853, includendo eventuali delitti connessi di diritto cantonale.²²⁸²

Stämpfli successivamente notò che la competenza di quella decisione spettava alla CdA,²²⁸³ richiamava comunque la prassi del CF, secondo cui in questi casi si trattava sempre di intervento federale, anche senza commissario, a meno che non fosse solo una messa a disposizione provvisoria delle truppe per un cantone. Qualora però le truppe fossero state attivate da Berna e rimaste sotto il suo comando e qualora si usasse la violenza federale, invece di quella cantonale per riportare l'ordine (*Ruhe und Ordnung*), allora dottrina e giurisprudenza si schieravano per riconoscere l'intervento.²²⁸⁴

Il capo di incriminazione di attentato alla sicurezza interna venne abbandonato rapidamente. La CdA eliminò poi l'accusa per altri reati minori.²²⁸⁵ Il punto saliente dell'atto d'accusa fu quindi:

Nicole Léon è accusato di istigazione, eventualmente di provocazione pubblica alla rivolta, ovvero: 1° nell'ambito un'assemblea tenutasi l'8 novembre 1932, ha provocato i presenti a formare un assembramento e a resistere in comune all'autorità passando per le vie di fatto, e 2° il 9 novembre 1932, ha provocato la folla a formare un assembramento e a resistere in comune all'autorità passando per le vie di fatto, essendo quest'attività il risultato di un'azione concertata (artt. 46, 19, eventualmente 48, 20 e 52 del CPF 1853).²²⁸⁶

Sui fatti l'atto d'accusa indicava che Nicole e altri avevano incitato, l'8 novembre 1932, a formare degli assembramenti e a esercitare atti violenti contro gli organi di polizia. Il 9 novembre Nicole avrebbe poi fatto appello alla rivoluzione incitando la folla a tenere la strada (*“Tenez la rue, tenez-la bien”*). Subito dopo lo sbarramento avrebbe ceduto e la folla avrebbe

²²⁸⁰ BATOU 1933, p. 96.

²²⁸¹ STÄMPFLI 1933, p. 425 s.

²²⁸² Verbale CF - 1932 1866.

²²⁸³ STÄMPFLI 1933, p. 427.

²²⁸⁴ STÄMPFLI 1933, p. 427 s.; sulla declinazione di questo problema nel caso Mola v. meglio sopra cap. 8.3.4.

²²⁸⁵ STÄMPFLI 1933, p. 424.

²²⁸⁶ *“Nicole Léon est accusé d'instigation, éventuellement de provocation publique à la révolte, soit d'avoir : 1° lors d'une assemblée tenue le 8 novembre 1932, provoqué les assistants à former un attroupement et à résister en commun à l'autorité par des voies de fait, et 2° le 9 novembre 1932, provoqué la foule à former un attroupement et à résister en commun à l'autorité par des voies de fait, cette activité étant le résultat d'une action concertée (art. 46, 19, éventuellement 48, 20, 52 du Code pénal fédéral)”*, cit. in DICKER 1933, p. 55; si vedano le accuse simili contro gli altri imputati in MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 119.

malmenato alcuni gendarmi, poi brutalmente anche le reclute. Essendo la loro vita in pericolo – così l'atto – venne ordinato di fare fuoco.²²⁸⁷

Come notò poi il PG, la difficoltà che poneva quell'art. 46 CPF 1853²²⁸⁸ era dimostrare che gli imputati avessero l'intenzione di fare resistenza violenta per il mezzo dell'attrupamento. Cosa che venne dichiarata come provata dal tribunale, non solo contro la polizia cantonale, ma anche contro la truppa federale, dato che a dire del PG i manifestanti andavano considerati come una "massa di persone insorte come forza compatta dalla volontà unitaria di opporre resistenza agli organi dello Stato"²²⁸⁹ che attaccarono la truppa "nella maniera più grossolana possibile" (*in rohester Weise*).²²⁹⁰

Rinviati a processo erano gli imputati Nicole e altri 17 uomini della sinistra, fra socialisti, comunisti e anarchici. Al posto del germanofono Stämpfli, su sua richiesta il CF nominò come procuratore per il processo il francofono Sillig.²²⁹¹ Fra gli avvocati della difesa il CN socialista Jacques Dicker, che come visto era stato oggetto assieme a Nicole del manifesto insultante di Oltramare, e Francesco Borella, già incontrato nel processo Bassanesi. Anche il parigino de Moro-Giafferi doveva partecipare, ma alla fine non riuscì.²²⁹²

11.2.3 Il dibattimento del maggio 1933

11.2.3.1 Giudici e giurati

Giudici erano tre liberali: l'ormai settantenne Agostino Soldati, Emil Kirchhofer e Robert Guex. Kirchhofer era anche alto giudice militare. Come visto sopra, i primi due erano stati pure giudici nel caso Bassanesi. I giurati erano un buralista, un sindaco, tre agricoltori, un rappresentante, un ispettore scolastico, due negozianti, un imprenditore, un consigliere, un agente d'assicurazione, due non specificati. Fra loro c'erano due italo-foni: un mesolcinese e un sottocenerino.²²⁹³ Come spiegava Dicker, nella giuria dopo la ricusa non erano rimasti giurati ginevrini. L'unico giurato socialista era stato ricusato dal procuratore e quello chiaramente di destra era stato ricusato dalla difesa.²²⁹⁴

²²⁸⁷ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 120.

²²⁸⁸ V. sopra npp. 1576.

²²⁸⁹ "*eine als geschlossene Macht auftretende Personenmehrheit vorhanden war, die den einheitlichen Willen hatte, den Organen des Staates Widerstand entgegenzusetzen*", STÄMPFLI 1933, p. 430.

²²⁹⁰ STÄMPFLI 1933, p. 430.

²²⁹¹ Verbale CF - 1933 332; Sillig era avvocato, capitano della giustizia militare, liberale di destra, nel 1933 creò un partito frontista, BATOU 2012, p. 448.

²²⁹² MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 8 e 76. Si noti che nel resoconto non si cita mai il processo Bassanesi.

²²⁹³ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 5.

²²⁹⁴ DICKER 1933, p. 5.

I giurati non erano tenuti di gran conto dal punto di vista organizzativo: spiega il giornalista della *Tribune de Genève* che al momento dell'ispezione del tribunale sul luogo dei fatti, i giurati riuscirono a malapena a raggiungere i giudici della Corte facendosi spazio fra la folla, mentre questi erano stati agilmente portati direttamente in taxi sul posto. In quel contesto, comunque potevano porre le domande che volevano, per bocca del presidente eletto fra loro.²²⁹⁵ Successe anche in aula, quando il presidente della giuria chiese ad un soldato se avesse sentito dei manifestanti gridare alla truppa di sparare ai capi dell'esercito. Il militare rispose di sì.²²⁹⁶ Dettaglio interessante: durante le pause i giurati potevano rincasare²²⁹⁷ e leggevano quotidianamente i giornali con i resoconti del processo.²²⁹⁸

La giuria venne criticata da sinistra (e ancora oggi, sibillinamente, dagli storici, p.e. Batou)²²⁹⁹ d'essere conservatrice e contadina. Soprattutto ci si lamentava della mancanza di rappresentanti della classe operaia. Rappresentative sono le parole del CN e presidente del PS ginevrino Ehrler, che subito dopo il processo scrisse che la giuria federale era "composta da politici e da cittadini reazionari".²³⁰⁰ E doveva essere la stessa giuria del processo Bassanesi!

Anche Nicole sostenne di essere giudicato da una giustizia di classe e da un apparato giudiziario al servizio dello Stato borghese.²³⁰¹ Eppure nella sua arringa Dicker indicò che i giurati erano stati ricusati dalle parti in modo da far diventare la giuria neutrale.²³⁰² Spiegava inoltre che non bisognava permettersi di ingiuriare i giurati considerandoli degli ingenui,²³⁰³ che li considerava integri e probi, che non si sarebbero fatti guidare da considerazioni politiche ("*La question politique ne jouera pas de rôle dans leur décision*"), che non differivano da Nicole né antropologicamente, né politicamente come sostenevano altre voci. Diceva loro che si fidava, che era sicuro che non si sarebbero fatti influenzare dalla stampa.²³⁰⁴ Discutendo del

²²⁹⁵ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 14.

²²⁹⁶ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 41.

²²⁹⁷ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 45.

²²⁹⁸ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 109.

²²⁹⁹ BATOU 2012, p. 224, sottolinea laconicamente che illazioni su un giurato dicevano che questi sosteneva di non potersi addormentare, se non ascoltando la famosa canzone "*Le ranz des vaches*". Evidentemente a Batou non piacciono né il patois vodese, né le mucche... Si noti comunque che gli storici sociali tendono a cercare nella personalità dei giudici e dei giurati indicazioni sulle decisioni giuridiche. Bisogna fare però sempre attenzione a non banalizzare il ruolo immunizzante del processo e del diritto – con la sua organizzazione – in sé.

²³⁰⁰ "*composé de politiciens et de citoyens réactionnaires*", EHRLER 1933.

²³⁰¹ Così il procuratore Sillig, che si rifaceva a degli articoli di Nicole, cit. in MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 82.

²³⁰² DICKER 1933, p. 4 s.

²³⁰³ DICKER 1933, p. 35.

²³⁰⁴ DICKER 1933, p. 6.

CF Minger, originariamente un contadino molto attivo nelle cooperative agricole,²³⁰⁵ disse infine ai giurati che

noi accademici [...] ogni giorno abbiamo la possibilità di incontrare persone del popolo che, pur non avendo una formazione universitaria, sanno, così come coloro che l'han fatta, e spesso anche meglio, gestire non solo i propri affari, ma anche gli affari pubblici e gli interessi del paese.²³⁰⁶

11.2.3.2 Gli interrogatori (senza l'atteggiamento del Presidente Soldati)²³⁰⁷

Il processo venne celebrato dal 15 maggio 1933, fra il pubblico almeno 300 persone. Durò 16 giorni, furono ascoltati 304 testimoni.²³⁰⁸ Dicker fece notare che dei suoi 178 testimoni richiesti, ne furono accettati solo 40, dei 223 dell'accusa invece ne erano stati sentiti più di 200. Soldati spiegò che la legge non gli permetteva di ridurre i testimoni richiesti dall'accusa, anche se dicevano tutti la stessa cosa. Comunque, anche gli altri avvocati fecero parlare ancora decine di testimoni, arrivando in tutto a un centinaio.²³⁰⁹ Su lamentela della difesa, forti dell'art. 88 PPF 1851 non ancora riformata, Soldati dovette comunque limitare l'azione del procuratore, che voleva leggere a un testimone dei verbali di interrogatorio di un imputato. Il Presidente si fece convincere che così facendo sarebbe stato violato il principio di oralità.²³¹⁰

Ciò che disse Nicole alle riunioni socialiste

Gli interrogatori non restituirono un quadro chiaro di cosa venne detto il 7 novembre (comitato allargato) e l'8 novembre 1932 (assemblea del partito). *Libera Stampa* addirittura indica che Soldati all'inizio propose alle parti di non interrogare i testimoni "su quanto avvenuto alle riunioni", cosa

²³⁰⁵ STETTLER, PETER: "Rudolf Minger", in: DSS, 16.09.2010 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004612/2010-09-16/>.

²³⁰⁶ "nous autres universitaires [...] tous les jours, nous est donné de rencontrer des gens du peuple qui, eux, et bien que n'ayant pas fait d'études universitaires, savent, tout aussi bien que ceux qui en ont fait, et souvent même mieux encore, gérer non seulement leurs propres affaires, mais encore les affaires publiques et les intérêts du pays", DICKER 1933, p. 71; si noti che la ministra della Giustizia svizzera dal 2010 al 2018, la socialista Simonetta Sommaruga, di professione era pianista... v. <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/ueber-uns/dv.html> (visitato il 5.6.2018).

²³⁰⁷ Al fine di dare più visibilità alle similitudini e differenze con il processo Bassanesi, ho riunito gli interventi di Soldati sotto (cap 11.2.4); NB per gli interrogatori mi rifaccio al resoconto processuale pubblicato dalla *Tribune de Genève*, subito pubblicato in un unico volume: MATTHEY-CLAUDET 1933.

²³⁰⁸ BATOU 2012, p. 224; MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 120; i testimoni furono così tanti e di provenienza così eterogenea da entrambe le parti, che per motivi di sintesi non mi sembra necessario indicare nelle mie prossime righe chi fu convocato dalla difesa e chi dall'accusa.

²³⁰⁹ MATTHEY-CLAUDET 1933, pp. 45 e 68.

²³¹⁰ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 70.

che gli avvocati non contestarono.²³¹¹ C'era un verbale non firmato, in cui era scritto che era stato deciso di impedire a Oltramare di parlare il 9 sera.²³¹² I testimoni socialisti però lo sconfessavano continuamente. Uno sosteneva che Nicole disse di tagliare le corde, se ci fossero state, ma anche di usare pugni. Un altro che bisognava usare gli idranti. Erano però d'accordo che non era stato lui a consigliare di lanciare pepe ai soldati alla manifestazione. La difesa metteva però in guardia su alcuni testimoni, perché si trattava di civili al soldo della polizia ginevrina.²³¹³

Altri testimoni socialisti spiegarono che l'unica cosa prevista era far rumore se la polizia avesse impedito ai manifestanti di accedere alla sala di Oltramare, consapevoli che dentro ci si sarebbero presi dei pugni cercando di impedire all'assemblea filo-fascista d'aver luogo.²³¹⁴ Tutti indicavano che Nicole non aveva chiamato a prendere le armi.²³¹⁵ Un testimone socialista spiegò, visto che il PS aveva scritto una lettera al CdSo dove si ribaltavano sul governo eventuali responsabilità su eventuali disordini dalla manifestazione, che essa era stata scritta nella consapevolezza che potevano volare i pugni. Il procuratore ribatté che i socialisti erano pronti ad essere violenti, ma i socialisti intendevano ben altro, dato che, come ricordava un altro testimone, Nicole incitava sempre i manifestanti a restare pacifici. I testimoni socialisti risposero sempre così.²³¹⁶

Il presidente del PS ginevrino, il CN Ehrler, spiegò che dato che era già successo di essere malmenati a un'assemblea dell'*Union Nationale* cercando di parlare, la questione era mettere tutto in sicurezza, anche perché comunque la base sarebbe andata a manifestare contro la provocazione fascista, a prescindere dalle decisioni della dirigenza. Indicò poi che il PS non avrebbe mai permesso a Nicole di chiamare alla rivoluzione, cosa che comunque non fece. Dava infine al governo la colpa della sparatoria.²³¹⁷

Il procuratore chiese al presidente del CdSo Martin come mai non avesse vietato la manifestazione socialista. Martin rispose che il governo non avrebbe saputo come far rispettare il divieto, considerando che tre consiglieri nazionali avrebbero parlato alla manifestazione. La cosa migliore era secondo lui schierare direttamente la gendarmeria.²³¹⁸

La messa in pubblico stato d'accusa da parte di Oltramare

Interrogando un ex ispettore assicurativo, Dicker chiese cosa ne pensasse di quella messa in accusa pubblica fatta da Oltramare. Questi rispose che non

²³¹¹ *Libera Stampa* 17.5.1933, p. 2.

²³¹² MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 12.

²³¹³ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 10 s.

²³¹⁴ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 15.

²³¹⁵ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 16.

²³¹⁶ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 62 s.

²³¹⁷ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 58 ss.

²³¹⁸ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 23 s.

la aveva presa sul serio, “*une assemblée politique n’est pas un tribunal!*” disse.²³¹⁹ Un testimone sostenne che in realtà Oltramare non era molto considerato in città, essendo deplorato moralmente per i suoi testi erotici.²³²⁰ Il presidente del CdSo Martin spiegò che non erano solo quelli di Oltramare ad aver chiesto un’accusa pubblica: i socialisti avevano fatto esattamente lo stesso contro il governo intero, non c’era quindi motivo di vietare quella di Oltramare che aveva lo stesso tenore.²³²¹ Ma un testimone comunista, che spiegava l’assurdità di pensare che il 9 novembre 1932 qualcuno volesse fare la rivoluzione, ricordava che Oltramare era appena stato in visita da Hitler ed era quindi corretto reagire alla provocazione.²³²²

Un membro del municipio cittadino testimoniò che si era opposto all’affitto della sala proprio perché ipotizzava disordini. Il PS però, sostenne di non poter fare altro che una contro-manifestazione in quelle condizioni, soprattutto perché un contraddittorio era impossibile e l’*Union Nationale* non faceva entrare nella sala i socialisti. Ribadiva inoltre che non si fa certo la rivoluzione con dei fischietti e del pepe, che quindi l’intenzione di Nicole non era rivoluzionaria. Il testimone ricordava che i liberali in Ticino non avevano certo ucciso Rossi a colpi di fischietto.²³²³

L’atteggiamento in piazza dei manifestanti verso le reclute

Un testimone socialista notò che i manifestanti lanciavano sì ghiaia contro i soldati, ma anche che alcuni di loro (in particolare i comunisti) ci chiacchieravano amichevolmente.²³²⁴ Altri testimoni spiegaronò che, non riuscendo a fraternizzare con la truppa, i manifestanti disarmavano le reclute e rompevano seduta stante quei fucili loro sequestrati.²³²⁵ Vennero poi interrogati i soldati malmenati, che spiegavano di essere stati attaccati, ad esempio quando per difendersi caricavano i loro fucili.²³²⁶ Sebbene alcuni manifestanti fossero stati malmenati dai soldati e non solo il contrario,²³²⁷ un doganiere elogiava le reclute per essersi comportate correttamente mentre i manifestanti si scagliavano contro di loro.²³²⁸ Pure Dicker affermò, alla fine di una testimonianza, che l’atteggiamento delle reclute non era mai stato provocatorio. Provocatoria avrebbe però potuto essere la presenza in sé della truppa.²³²⁹

²³¹⁹ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 47.

²³²⁰ Scriveva infatti testi erotici, MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 33.

²³²¹ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 23 s.

²³²² MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 52.

²³²³ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 66.

²³²⁴ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 15.

²³²⁵ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 18.

²³²⁶ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 30.

²³²⁷ P.e. MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 54.

²³²⁸ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 21.

²³²⁹ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 35.

L'allocuzione in piazza di Nicole

Un testimone vicino agli unionisti disse che nella sua arringa in piazza, Nicole chiamava alla rivoluzione e diceva “*Tenez la rue, tenez-la bien*”. Quella frase di Nicole era ripetuta da altri testimoni non socialisti (non da tutti), che spiegavano che Nicole aveva incitato la folla, che prima ruppe uno sbarramento della polizia e poi obbligò la truppa a ritirarsi quando entrò una prima volta in contatto con loro.²³³⁰ Non pochi testimoni erano però tacciati da Dicker di avere dei conti – o addirittura dei processi – aperti con Nicole.²³³¹ Un professore di odontoiatria presente sul posto testimoniò che erano stati i discorsi di Nicole a eccitare la folla, che prima era invece tranquilla. Un rappresentante sosteneva invece che il tono era lo stesso degli articoli che scriveva sul giornale socialista e che i soldati non erano stati insultati in modo particolarmente greve.²³³²

Un testimone indicò che in realtà Nicole cercava di calmare la folla e non di aizzarla, ma altri continuavano a eccitare gli animi.²³³³ Un altro spiegava che Nicole aveva sì, detto di tenere la strada, ma pure di restare calmi.²³³⁴ Venne quindi interrogato un testimone che durante l'orazione di Nicole chiese della rivoluzione, al che Nicole rispose che la massa non era pronta e che bisognava stare in piazza degnamente.²³³⁵ Dei testimoni socialisti spiegaronò che non c'era relazione fra le allocuzioni di Nicole e la rottura dello sbarramento. Uno indicava in particolare che la “folla” davanti alle reclute era composta di nemmeno un paio di centinaia di persone. A dire un testimone, già ufficiale dell'esercito, l'entrata della truppa nella piazza era stata fatta male.²³³⁶

L'atteggiamento in piazza delle autorità

Alcuni testimoni erano concordi che dire di tenere la strada non significa certo fare la rivoluzione. Anzi: ritenevano che la provocazione quella sera fosse stata proprio allarmare la truppa.²³³⁷ Un testimone spiegò di avere ricevuto il compito di usare gli idranti contro la folla, ma che arrivò l'ordine di non usarli quando lo sbarramento fu rimesso in ordine. Dicker gli chiese se non sarebbe stato adeguato usare gli idranti, questi spiegò che in effetti molti di fronte agli idranti indietreggiano alla svelta.²³³⁸

Il capo della polizia notò che se avesse avuto 100 uomini in più non avrebbe avuto bisogno della truppa (ma i socialisti avevano vinto un

²³³⁰ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 16 s.

²³³¹ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 22.

²³³² MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 45 ss.

²³³³ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 18.

²³³⁴ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 63.

²³³⁵ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 64.

²³³⁶ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 60 s.

²³³⁷ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 68.

²³³⁸ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 22.

referendum contro quell'aumento).²³³⁹ Interrogato, il presidente del CdSo Martin spiegò che nella notte fra l'8 e il 9 venne a conoscenza del fatto che i socialisti prevedevano di entrare a forza nella sala assembleare. Su decisione del governo chiese al CF di aver a disposizione la truppa più vicina, una scuola di reclute. Il dipartimento federale lo avvisò dei rischi, la Confederazione non si assumeva il comando delle operazioni. Dopo la rottura dello sbarramento dei gendarmi, spiegava Martin, che era sul luogo, fece intervenire i militari.²³⁴⁰ Dicker ricordava che, dopo la sparatoria, il procuratore ginevrino Cornu si rifiutò di firmare l'atto di arresto di Nicole, cosa che fece invece Martin al suo posto. E che Oltramare si vantava sul Corriere della Sera di essere l'artefice di quella scelta. Martin negava, indicando di aver già deciso da solo di arrestare il capo socialista. Sosteneva inoltre che, essendo sul posto, aveva la cognizione di causa per far fermare Nicole. Si rammaricava dei morti, ma non di aver chiamato la truppa. Sosteneva inoltre che il partito comunista fosse un partito anticostituzionale. Il manifesto di Oltramare contro Nicole e Dicker invece non era illegale, anche se era aggressivo e non lo condivideva.²³⁴¹

L'ordine di sparare dato ai soldati

Un caporale spiegò che i soldati ricevettero l'ordine di caricare e sparare davanti alle porte del palazzo dei congressi. I manifestanti gli erano molto vicini, chiedevano di aprire le porte. I soldati diedero un primo, poi un secondo segnale sonoro di indietreggiare. La folla a suo dire doveva capire che la truppa si stava disponendo in posizione di tiro. Si sentiva in pericolo, i manifestanti tiravano pietrisco. Ma sparò solo perché gli era stato ordinato. Erano alla sesta settimana di scuola reclute. Gli altri soldati confermarono questa deposizione, compresa una recluta il cui padre morì fra i manifestanti.²³⁴² Il capitano che diede l'ultimo ordine di sparare testimoniò che l'avrebbe rifatto.²³⁴³ Nel suo interrogatorio il militare che sparò con la mitragliatrice affermò di essere antimilitarista, ma che aveva di fronte a sé dei teppisti che cercavano solo la "bagarre". Un trombettiere sostenne che si sentiva e in pericolo e che se avesse avuto il fucile avrebbe sparato, anche perché la folla gli tirava pepe e pietre.²³⁴⁴

Una recluta sostenne che non riteneva necessario sparare, indicò che si potevano usare getti d'acqua e che si sarebbe dovuto prevedere il posizionamento di un idrante.²³⁴⁵ Alcuni testimoni dissero che i soldati in realtà non erano in pericolo, che potevano defilarsi facilmente dalla

²³³⁹ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 20; sul referendum *ivi*, p. 24.

²³⁴⁰ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 23 s.

²³⁴¹ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 25 s.

²³⁴² MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 32.

²³⁴³ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 41.

²³⁴⁴ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 49.

²³⁴⁵ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 49.

posizione in cui erano.²³⁴⁶ Un fuciliere testimoniò che la folla non sembrava molto pericolosa, ma agitata.²³⁴⁷ Un soldato che si era rifiutato di sparare contro gente che non gli aveva fatto niente, spiegò nell'interrogatorio che riteneva la sparatoria inutile e che non aveva paura della folla. Un altro testimone spiegò che la folla non poteva disarmare la truppa, dato che davanti ai soldati che spararono c'erano poche centinaia di persone.²³⁴⁸

Un regista che aveva visto la scena indicò che i manifestanti erano organizzati e che non sembravano molto ostili e testimoniò che i manifestanti erano convinti che i fucili fossero caricati a salve.²³⁴⁹ Un soldato disse di aver mostrato ai manifestanti che le cartucce non erano a salve, ma ricordò che i manifestanti non ci volevano credere.²³⁵⁰ Una recluta testimoniò che agli ordini di prepararsi, caricare e fuoco, la folla invece di indietreggiare rispondeva con dei fischi (*huées*).²³⁵¹

11.2.3.3 L'interrogatorio a Léon Nicole

Nicole spiegò che il 6 novembre 1932 redasse la lettera per il CdSo, il 7 organizzò la riunione di comitato allargata, decidendo di convocare l'assemblea per il giorno seguente. Il procuratore gli chiese se non avesse riflettuto sulle misure che avrebbe preso il governo. Nicole rispose che i socialisti non pensavano al governo e non avevano nessun problema con il governo, loro volevano solo rispondere a Oltramare e processarlo a loro volta. Il procuratore chiese allora come mai non avessero chiesto direttamente a Oltramare di poter avere un contraddittorio. Ma Nicole spiegò che a Ginevra era d'uso chiedere il contraddittorio all'inizio di un'assemblea, non prima.²³⁵²

Secondo Nicole il governo ginevrino aveva teso un agguato (*guet-apens*), dato che la manifestazione aveva costretto l'Union National a far diventare l'assemblea privata, ma la politica non poteva riconoscerlo, perché l'avrebbe data vinta ai socialisti, quindi la gendarmeria ne fece entrare una cinquantina. Quelli che poi non riuscirono subito a uscire vennero malmenati. Il procuratore contrattaccò, dicendo che avrebbero lasciato parlare Nicole. Dicker lo fermò, dicendo che non conosceva l'*Union Nationale*, che certo non accettava il contraddittorio. Il procuratore controbatteva appurando che i socialisti avevano messo in conto scontri violenti, al che Nicole replicò che di certo non ci si aspettava qualcosa di dolce e per questo aveva ridotto al

²³⁴⁶ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 35.

²³⁴⁷ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 52.

²³⁴⁸ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 65.

²³⁴⁹ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 43.

²³⁵⁰ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 51.

²³⁵¹ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 34.

²³⁵² MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 76.

massimo i rischi, vietando nel modo più assoluto le armi e limitandosi ai pugni.²³⁵³

Il procuratore chiese se non fosse stato imprudente fare una seconda allocuzione in piazza. Nicole riteneva invece fosse un momento gioioso, perché sembrava che la gendarmeria avesse deciso di far entrare i socialisti nella sala assembleare. Non sapeva per contro, che il governo aveva chiamato l'esercito e contestava in toto di aver parlato nella sua allocuzione, di sangue che si sarebbe versato quella sera. Soprattutto riteneva impensabile l'idea che qualcuno sparasse sulla folla.²³⁵⁴ Infine spiegò che quando disse di tenere la strada si riferiva all'eventuale occupazione di locali adiacenti, chiedendo di non farlo, non certo intendendo fare qualche idiozia (*bêtise*) contro la gendarmeria!²³⁵⁵

11.2.3.4 La requisitoria e le arringhe

La requisitoria del procuratore Sillig

Sillig parlò per 6 ore e mezza.²³⁵⁶ Cominciò lamentandosi della difesa che ormai da mesi faceva Nicole sul giornale del partito, portando la tesi che lo si voleva silenziare a causa dello scandalo bancario e cercando quindi di assassinarlo: da qui l'idea dell'agguato. Una tesi comunque non seguita dalla difesa.²³⁵⁷ Il procuratore ricordava che la questione ruotava attorno al delitto di rivolta, laddove ci fosse un attrupamento e di vie di fatto contro la truppa. Ebbene, fucili, caschi e baionette erano stati strappati ai soldati, poi malmenati, tanto da sentirsi in pericolo ed eseguire l'ordine di sparare, vi era perfino un soldato il cui padre era fra le vittime. Per Sillig i primi colpevoli del moto erano i comunisti, che erano rivoluzionari per propria ammissione e che creavano rivolte per allenarsi (*entraînement*). Nicole, a dire del procuratore, era in realtà comunista e autore di un matrimonio (*marriage*) tra socialisti e comunisti.²³⁵⁸

Sulla provocazione Sillig legava con un filo diretto, la riunione del 7 novembre 1932 ai fatti del 9 novembre, per cui faceva stato il verbale – non firmato – secondo cui il PS voleva limitare la libertà di parola di Oltramare. Si sommavano le allocuzioni che avevano eccitato la folla, nove testimoni avevano sentito Nicole dire che il governo sarebbe stato responsabile del sangue versato.²³⁵⁹

²³⁵³ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 77.

²³⁵⁴ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 77.

²³⁵⁵ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 82.

²³⁵⁶ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 88.

²³⁵⁷ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 82.

²³⁵⁸ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 83.

²³⁵⁹ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 85.

L'arringa di Dicker

Dicker parlò per sei ore.²³⁶⁰ L'arringa iniziava con una breve biografia di Nicole, esponeva quindi le disgrazie economiche del cantone, la rottura fra i borghesi e i socialisti. Spiegava che mettersi d'accordo con la borghesia significava tradire gli interessi della classe operaia. Condannava gli interessi esorbitanti richiesti dalle banche sui crediti agricoli.²³⁶¹ Dicker metteva Nicole sotto una luce di correttezza istituzionale, contro la politica personale della borghesia, contestando quindi le parole della procura che sosteneva che l'agitatore socialista faceva del male al Paese. Ricordava lungamente – e senza essere fermato da Soldati – i fatti della banca cantonale e di altri scandali sollevati da Nicole.²³⁶² Insomma: un comizio in piena regola, con l'obiettivo di spiegare l'ostilità generale contro i socialisti e di convincere la giuria, piena di contadini, che la lotta politica dei socialisti fosse una lotta giusta. Dicker tuonava che su quel banco degli imputati doveva sedere Georges Oltramare. Al processo mancavano i veri provocatori di tutti quegli avvenimenti, come anche chi aveva autorizzato l'assemblea di Oltramare. Il PG aveva messo sul ridere quella richiesta pubblica di messa in stato d'accusa, ma Dicker ricordava che nessuno aveva riso fino ad allora, anzi. Deresponsabilizzando gli unionisti era proprio il Procuratore a politicizzare tutto il caso.²³⁶³

L'avvocato ribadiva che Nicole non era comunista e che sbagliava il procuratore quando lo affermava.²³⁶⁴ Contestava che si usassero le parole di Nicole riferite alla manifestazione del 9 novembre 1932 per attivare un articolo di legge legato all'intervento del 12 novembre, creando le condizioni per un'interpretazione giuridica retroattiva. Dicker ne era sicuro: quella era una scelta causata dall'impossibilità di condannare Nicole ai sensi della legislazione cantonale.²³⁶⁵

Sulle provocazioni e istigazioni – al netto di spioni e agenti provocatori – all'assemblea del PS dell'8 di novembre del 1932 nessuno espresse l'idea di fare resistenza contro la gendarmeria, ma solo di disturbare l'assemblea degli unionisti. Quel giorno Nicole non ha né istigato, né provocato nessuno a opporsi violentemente contro la forza dello Stato. E comunque era stato il partito all'unanimità e non Nicole a convocare la manifestazione.²³⁶⁶ Lo stesso si poteva dire per il 9 novembre 1932: Nicole non ha mai detto alla folla che bisognava resistere alla forza pubblica, non c'era quindi stata

²³⁶⁰ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 89 ss.; come fonte primaria uso qui l'arringa originale, pubblicata da Dicker nel 1933, un volumetto di ben 139 pagine comprendente anche la duplica.

²³⁶¹ DICKER 1933, p. 7 s.

²³⁶² DICKER 1933, p. 12 ss.

²³⁶³ DICKER 1933, p. 23 ss.

²³⁶⁴ DICKER 1933, p. 41 ss.

²³⁶⁵ DICKER 1933, p. 55.

²³⁶⁶ DICKER 1933, p. 58 ss.

nessuna istigazione a rompere lo sbarramento, cosa che fecero peraltro dei manifestanti poi nemmeno imputati al processo.²³⁶⁷ Dicker notò che quando Martin decise l'intervento della truppa l'unica cosa che era successa era la rottura di quello sbarramento, subito risistemato dalla gendarmeria. La presenza della truppa era quindi nient'altro che una provocazione contro la folla.²³⁶⁸

Dal punto di vista procedurale Dicker ricordava che la Lega dei diritti dell'Uomo da Parigi condannava la PPF 1851, che prevedeva ancora nel 1932 che l'imputato potesse essere tenuto confinato per tutta la durata dell'istruzione, senza poter vedere il suo avvocato.²³⁶⁹

Infine, ricordò ai giurati che il loro ruolo era diverso rispetto a quello di uno scabinato. Non potevano statuire sulla pena, ma solo dovevano dire sì o no alla colpevolezza. Dovevano essere consapevoli che l'entità della pena avrebbe potuto essere diversi anni di prigione.²³⁷⁰

11.2.4 In particolare: l'atteggiamento del Presidente Soldati

Dal resoconto intero emerge una preparazione eccezionale non solo degli avvocati, ma pure del presidente Soldati su tutti i dettagli del processo, su tutte le persone coinvolte, sui testimoni, perfino sulla situazione politica del cantone. Era un Presidente presente e polemico. I suoi interventi più energici erano estremamente puntuali e tendevano tutti a condurre il processo nella direzione da lui voluta. Si beccò con Dicker per tutta la durata del processo commentando le varie prese di posizione dei testimoni.

11.2.4.1 L'approccio filo-militare e anticomunista

Alla domanda di un avvocato a un testimone oculare se la truppa non avesse il tempo di tornare nella caserma, Soldati replicò che l'esercito ha il dovere di difendere il proprio prestigio.²³⁷¹ Alla domanda posta al capo della scuola reclute se la truppa non si fosse potuta ritirare, Soldati intervenne di nuovo ricordando che in nessun esercito un superiore avrebbe ordinato la ritirata. Il testimone inoltre ribadiva che in gioco c'erano il prestigio e la missione da compiere.²³⁷²

All'arrivo di un testimone comunista non riuscì a trattenersi e gli chiese se il Partito comunista fosse anche amico degli ufficiali, oltre che della truppa; se considerasse il governo attuale in Russia come rappresentante del

²³⁶⁷ DICKER 1933, p. 81.

²³⁶⁸ DICKER 1933, p. 82 ss.

²³⁶⁹ DICKER 1933, p. 49; come ho già notato, il caso Bassanesi era un esempio lampante di quell'inumanità.

²³⁷⁰ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 108.

²³⁷¹ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 23; fu un giurato a chiedere che il testimone giurasse dopo la deposizione.

²³⁷² MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 38 ss.

comunismo; se intendesse la fraternità così come intesa dal bolscevismo. Dicker intervenne, notando che il processo era talmente politico che il presidente della Corte non si faceva nemmeno più problemi a porre domande di questo tipo. Al che Soldati rispose notando che non era certo inutile fornire questo tipo di informazioni ai giurati.²³⁷³

Soldati chiese a Nicole come mai ritenesse fascista l'assemblea di Oltramare. Il socialista spiegò che quell'assemblea unionista voleva chiedere al governo di escludere i socialisti dal parlamento. Soldati però si chiedeva come si potesse considerare fascista un partito, che compiva un atto in assemblea e non con una spedizione punitiva violenta. Rimproverò poi a Nicole di aver organizzato la manifestazione per limitare la libertà di riunione di Oltramare, invece di chiedere il contraddittorio. Ma per Nicole quell'assemblea era un abuso della libertà di riunione.²³⁷⁴

11.2.4.2 Sullo *stop* discorsivo imposto sulla morte dei manifestanti socialisti

Soldati tenne a precisare che gli imputati erano di due tipi: quelli che erano accusati d'aver provocato la sommossa (*troubles*) e gli altri d'avervi partecipato. Spiegò per contro che se qualcuno avesse compiuto un atto che obbligava i soldati a sparare, allora si trattava di una responsabilità morale che sarebbe stata presa in conto per la pena, ma la sparatoria non aveva a che fare con i capi di imputazione. Soprattutto non erano accusati d'essere responsabili per le morti della sparatoria militare.²³⁷⁵ Così non appena Dicker cercava di mettere attenzione sui morti (p.e. chiedendo a una testimone come erano andate le raccolte fondi), il Presidente Soldati lo fermava, spiegando che i morti non avevano niente a che fare con il processo.²³⁷⁶ Così anche quando l'avvocato nella sua arringa volle rispondere alla domanda, se Nicole fosse responsabile per il sangue versato. Cosa restava, quindi? Una mera incitazione ad opporsi a delle misure di polizia?²³⁷⁷

Su questo punto Soldati fermò anche il procuratore Sillig nella sua requisitoria, non permettendogli di analizzare la manovra di tiro, ma solo se la truppa fosse stata attaccata.²³⁷⁸ La difesa venne per contro ammonita di non parlare della questione, se la truppa avesse o meno il diritto di sparare. Dicker pretese però di poter rispondere alla domanda retorica del procuratore su chi fosse responsabile del sangue versato, a cui si era auto-risposto sostenendo che era stato Nicole. Soldati, sibillinamente, acconsentì.²³⁷⁹

²³⁷³ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 73.

²³⁷⁴ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 78.

²³⁷⁵ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 14.

²³⁷⁶ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 68.

²³⁷⁷ DICKER 1933, p. 103.

²³⁷⁸ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 83.

²³⁷⁹ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 88.

11.2.4.3 Sullo *stop* al processo al fascismo

Quando, nella sua replica, il procuratore attaccò frontalmente i socialisti indicando che collaboravano con i comunisti, Soldati lo interruppe. La difesa intervenne, chiedendo la libertà di contestualizzare i fatti. Soldati sostenne però che non si poteva, nell'ambito dell'accusa concreta fare una storia né del fascismo, né del bolscevismo. Senza voler limitare i diritti della difesa, sostenne che non era il caso di fare disquisizioni accademiche e che il suo ruolo era mantenere il processo nei limiti dell'atto d'accusa.²³⁸⁰

11.2.4.4 Sullo *stop* discorsivo imposto sul rapporto fra Oltramare e il governo

Lo stesso *stop* discorsivo Dicker lo ricevette quando chiese lumi su una telefonata fra Martin e Oltramare dopo la sparatoria. Soldati lo fermò spiegando che il governo non era sul banco degli imputati. Dopo un'interruzione di dieci minuti Borella presentò una lamentela ufficiale, dicendo:

Abbiamo avuto l'impressione sin dall'inizio delle assise che il Sig. Presidente – detto senza mancargli di rispetto – non trattò nello stesso modo la difesa e il pubblico ministero, fatto che restringe un po' la nostra libertà.²³⁸¹

Soldati disse che non era assolutamente nelle sue intenzioni limitare i diritti della difesa. Spiegò che tutta la sua carriera protestava contro questa tesi. Dato che però erano stati citati 375 testimoni, il suo ruolo era tenere il dibattito nel quadro disegnato inizialmente, impedendo di divagare, in particolare senza dover discutere sul ruolo di Oltramare.²³⁸² Fu poi – ipocritamente? – lo stesso Presidente a interrogare il capo del servizio d'ordine dell'*Union Nationale* sul significato del manifesto sulla messa in stato d'accusa di Nicole e Dicker. Il testimone spiegò che si trattava di un atto politico e che erano stati i socialisti a cominciare. Venne poi confrontato con un testimone che lo aveva sentito proferire parole minacciose nei confronti di Nicole. In questo frangente Soldati si rivelò particolarmente indulgente nei confronti dei filofascisti:

²³⁸⁰ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 106.

²³⁸¹ “*Nous avons eu l'impression nette, dès le début des assises, que M. le président – ceci dit sans lui manquer de respect – ne traitait pas de la même façon la défense et le ministère public, ce qui restreint un peu notre liberté*”, MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 25.

²³⁸² MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 25.

il Sig. Crozet ammette di aver detto ‘che bisognerebbe cacciare Nicole’. Il Presidente Soldati domanda. – Intendete cacciarlo dalle sue funzioni politiche? – Sì.²³⁸³

11.2.4.5 Sui verbali dell’assemblea dell’8 novembre 1932

Interrogando il segretario del PS, Soldati notò che il verbale dell’assemblea dell’8 novembre 1932 diceva che l’obiettivo era impedire l’assemblea dell’*Union Nationale*. Il segretario affermò che era corretto. Indicava però che di fronte a una manifestazione bastavano gli idranti. Dicker doppiava, affermando che tutta la questione stava là. E rimarcava che era previsto che un membro del CdSo prendesse parola all’assemblea dell’*Union Nationale*, ecco perché essa non era stata fermata.²³⁸⁴ Quella presa di posizione socialista era importante per Soldati, che si comportava come un poliziotto non appena qualcuno mettesse in discussione ciò che era scritto in quel verbale assembleare.

Ad esempio, riprese un testimone indicandogli che era contraddittorio rispetto a quanto scritto sui verbali dell’assemblea socialista in cui si decideva di impedire agli unionisti di parlare. Addirittura, lo provocò, dicendo che pensava che fra i socialisti si seguissero più pedissequamente le idee del capo.²³⁸⁵ Fu la stessa storia con l’interrogatorio del presidente del PS ginevrino Ehrler, ma questi ribatté che il documento non era firmato. Soldati allora caricò di nuovo, notando che lo stesso giornale socialista aveva affermato che una volta in piazza Nicole il 9 novembre 1932 aveva esaltato il sentimento rivoluzionario. Ehrler rispose che non era il caso di discutere le formule giornalistiche.²³⁸⁶

11.2.4.6 Sullo sbarramento rotto dalla folla

Secondo Dicker molti testimoni interrogati inizialmente sulla rottura dello sbarramento continuavano a ripetere nelle loro deposizioni semplicemente quello che avevano letto nei resoconti giornalisti sui fatti avvenuti, o anche solo semplicemente ripetendo quello che dicevano i testimoni prima di loro. Si trattava insomma di suggestioni automatiche, come spiegava un altro avvocato della difesa.²³⁸⁷ Il presidente chiese poi al capo della polizia, nella quarta giornata di interrogatori, di spiegare come si era rotta la catena. Questi spiegò che il punto nel muro in cui era stata fissata aveva ceduto.²³⁸⁸ Successivamente però, un avvocato chiese che venissero

²³⁸³ “M. Crozet reconnaît qu’il a dit ‘que Nicole il faudrait le f[foutre] bas’. Le Président Soldati questionne. – Vous entendiez le f[foutre]en bas de ses fonctions politiques ? – Oui.”, MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 57.

²³⁸⁴ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 70.

²³⁸⁵ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 11 s.

²³⁸⁶ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 58 ss.

²³⁸⁷ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 29.

²³⁸⁸ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 30.

ascoltati due testimoni per chiarire le responsabilità della caduta dello sbarramento organizzato dalla gendarmeria, ma Soldati si oppose rigidamente, spiegando che il processo non era sulla partecipazione ai moti, ma per istigazione ai moti, per cui non era necessario sentirli.²³⁸⁹ Eppure un testimone socialista ribadì che lo sbarramento della gendarmeria cadde a causa della pressione della folla, non per una manipolazione particolare.²³⁹⁰

Nella sua arringa, al momento di discutere dell'istigazione a rompere lo sbarramento, Dicker notò che Soldati lo controllava. Questi gli disse che non poteva certo lamentarsi che la presidenza non gli avesse permesso di uscire dai margini dei fatti. Dicker gli rispose che i suoi ricordi sulla presidenza di quell'assise sarebbero stati indimenticabili.²³⁹¹

11.2.5 La conclusione del processo

Il dibattimento si chiuse dopo 16 giorni. Il presidente Soldati aveva distribuito il giorno prima le domande che sarebbero state poste ai giurati per far prendere loro posizione alle parti. A parte una domanda non rilevante, non ci furono richieste di specificazione particolari.²³⁹²

11.2.5.1 L'allocuzione presidenziale

Soldati accompagnò le domande con un'allocuzione, prevista per legge.²³⁹³ Spiegò ai giurati che “per mezzo della giuria il popolo esercita la sua sovranità in ambito giudiziario” e quindi il loro verdetto era “espressione del sentimento popolare”.²³⁹⁴ Esso doveva essere frutto della propria libera convinzione e li metteva in guardia sulla possibilità di essere influenzati dalle voci della stampa. Soldati ricordava che sia il procuratore, sia la difesa avevano cercato di rompere gli argini del dibattimento. Ribadiva però che nessuno degli imputati era accusato di aver scatenato la rivoluzione; che i socialisti avevano il diritto di organizzare la loro manifestazione; che l'accusa non chiedeva neppure – e Soldati non capiva come mai – di decretare, se gli imputati avessero o meno turbato con la violenza l'assemblea di Oltramare, ma piuttosto se avessero provocato. Ricordava che secondo l'accusa, il partito socialista aveva deciso di vietare l'assemblea di Oltramare permessa dal governo e aveva deciso di rompere gli sbarramenti, qualora ce ne fossero stati. La domanda a cui dovevano rispondere i giurati era quindi se ci fosse un assembramento con lo scopo comune di resistere agli ordini dell'autorità cantonale. Definiva “modesto” (*modeste*) questo

²³⁸⁹ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 55.

²³⁹⁰ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 63.

²³⁹¹ DICKER 1933, p. 82.

²³⁹² MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 108.

²³⁹³ Sul problema di fondo a metà Ottocento su questa *Rechtsbelehrung* v. sopra, cap. 6.4.3.

²³⁹⁴ “*par le jury, le peuple exerce sa souveraineté dans le domaine judiciaire*” e “*expression du sentiment populaire*”, MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 110.

terreno su cui avrebbe dovuto svolgersi il processo, era la realtà oggettiva, sebbene certamente la giuria avrebbe potuto “prendere in considerazione tutti gli elementi che potevano esercitare un’influenza sul giudizio” (*prende en consideration tous les éléments qui peuvent exercer une influence sur le jugement*). Infine, ricordava che la maggioranza di 10 voti a 12 era necessaria sia per condannare, sia per assolvere.²³⁹⁵

Si noti che su questo ultimo punto la Tribune de Genève era imprecisa. Il Journal de Genève ci fornisce indicazioni più dettagliate: Soldati non disse solo che il processo era modesto, ma addirittura che avrebbe dovuto tenersi di fronte a delle assise correzionali cantonali, tacciando quindi implicitamente il reato d’essere solo una contravvenzione. Trovava il motivo per cui si era di fronte alle AF nel successivo intervento militare federale.²³⁹⁶

11.2.5.2 Il verdetto

Queste le domande alla giuria:

Domanda 1a:

L’imputato Léon Nicole è colpevole d’aver, la sera dell’8 novembre 1932, deliberatamente esortato i presenti all’assemblea del Partito socialista del Cantone di Ginevra ad assembrarsi la sera del giorno successivo e a dimostrare con atti violenti la loro intenzione di resistere alle autorità cantonali?²³⁹⁷

Domanda 1b:

Questa richiesta è stata accolta con successo, la sera seguente, quando è stato costituito un assembramento con l’intenzione di resistere con azioni violente ad un’autorità cantonale?²³⁹⁸

Domanda 2a:

L’imputato Léon Nicole è colpevole d’aver deliberatamente esortato, la sera del 9 novembre 1932, la folla ad assembrarsi con l’intenzione di resistere con azioni violente ad un’autorità cantonale?²³⁹⁹

²³⁹⁵ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 111 s.

²³⁹⁶ *Journal de Genève* n. 151 del 4.6.1933, p. 6.

²³⁹⁷ “*Ist der Angeklagte Léon Nicole schuldig, am Abend des 8. November 1932 in der Versammlung der sozialdemokratischen Partei des Kantons Genf die Anwesenden vorsätzlich aufgefordert zu haben, sich am Abend des folgenden Tages zusammenzurotten und durch gewaltsame Handlungen die Absicht an den Tag zu legen, der kantonalen Behörde Widerstand zu leisten?*”, STÄMPFLI 1933, p. 424.

²³⁹⁸ “*War diese Aufforderung von Erfolg begleitet, indem am folgenden Abend eine Zusammenrottung sich bildete und die Absicht an den Tag legte, durch gewaltsame Handlungen einer kantonalen Behörde Widerstand zu leisten?*”, STÄMPFLI 1933, p. 424.

²³⁹⁹ “*Ist der Angeklagte Léon Nicole schuldig, am Abend des 9. November 1932 vorsätzlich die Menge aufgefordert zu haben, sich zusammenzurotten und durch gewaltsame Handlungen*

Domanda 2b:

Questo invito è stato seguito da un successo, nel senso che la stessa sera si è formato un assembramento con l'intenzione di resistere con atti violenti ad un'autorità cantonale?²⁴⁰⁰

Per Nicole la giuria rispose di sì a tutte le domande all'unanimità.²⁴⁰¹ Si noti quindi, che la giuria accertò l'intenzione della violenza già per l'8 novembre 1932:²⁴⁰² si trattava di un vero e proprio accertamento giudiziale, dato che significava automaticamente accertare il reato di istigazione. Non era solo un accertamento dei fatti. Vorrei qui ribadire, che il giudice Soldati preliminarmente e senza obiezione aveva dichiarato i fatti del 7 e 8 novembre come accertati.

Come notò poi Stämpfli, di fronte a quei verdetti incerti Soldati riteneva che l'imputato fosse da considerare assolto, qualora non fosse stata raggiunta la maggioranza qualificata.²⁴⁰³ Gli altri due giudici però non la vedevano così. Kirchhofer alla fine cambiò idea, consapevole che se la giuria dopo una nuova consultazione non avesse trovato una maggioranza qualificata, allora si sarebbe dovuto rifare il processo.²⁴⁰⁴ Il PG, ricordando la giurisprudenza del processo Brousse,²⁴⁰⁵ ritenne che la Corte criminale fosse stata faziosa e opportunista "*opportunistisch*".²⁴⁰⁶

11.2.5.3 La discussione sulla richiesta di pena

Chieste le pene di reclusione da parte del procuratore, Dicker ribadì che non riteneva le AF competenti per giudicare il caso. Rinfacciava inoltre a Soldati di aver minimizzato il processo, facendo sorgere l'aspettativa di una pena minima e quindi favorendo il verdetto di colpevolezza. Ora si trattava di dare corpo a quell'aspettativa.²⁴⁰⁷

die Absicht an den Tag zu legen, einer kantonalen Behörde Widerstand zu leisten?", STÄMPFLI 1933, p. 424.

²⁴⁰⁰ "*War diese Aufforderung von Erfolg begleitet, indem sich am gleichen Abend eine Zusammenrottung bildete, die die Absicht an den Tag legte, durch gewaltsame Handlungen einer kantonalen Behörde Widerstand zu leisten?*", STÄMPFLI 1933, p. 424.

²⁴⁰¹ STÄMPFLI 1933, p. 424.

²⁴⁰² Gli altri imputati, le cui domande sulla colpevolezza erano simili, furono condannati in sei e scagionati in otto, sempre con maggioranze sia per la colpevolezza, sia per l'assoluzione di 10 voti o più. Per due imputati non si trovò la maggioranza qualificata né per la condanna, né per l'assoluzione, la Corte decise però di considerarli assolti. Uno fu dichiarato incapace di discernimento, STÄMPFLI 1933, p. 424 s.

²⁴⁰³ Sebbene non sia indicato fra le fonti, non posso che chiedermi se Soldati pensasse in sé al caso Conradi, che fu assolto per l'appunto a causa dell'assenza di una maggioranza qualificata, oppure al caso Brousse, in cui l'idea di un'assoluzione era semplicemente non percorribile.

²⁴⁰⁴ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 114; STÄMPFLI 1933, p. 433.

²⁴⁰⁵ V. sopra, cap. 8.4.2.2.

²⁴⁰⁶ STÄMPFLI 1933, p. 435 s.; critico richiamandosi a Rüttimann anche LÜTHI 1935, p. 42.

²⁴⁰⁷ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 114 s.

La Camera criminale deliberò pubblicamente. Kirchhofer sostenne sì, che Nicole andava condannato per istigazione alla rivolta, ma ricordò che il capo socialista non aveva previsto l'ampiezza degli avvenimenti né le conseguenze dell'intervento della truppa.²⁴⁰⁸ La politica si era insomma trovata invischiata negli avvenimenti; il fatto che il Procuratore non chiedesse di togliere i diritti civili a Nicole era la prova che stava cercando un giudizio pacificatore. 6 mesi di prigione bastavano. Guex si allineava a Kirchhofer. Soldati iniziò le sue riflessioni indicando il dispiacere di dover applicare il diritto retroattivamente. Anche lui si poneva su un piano di pacificazione, elogiando la rinuncia a chiedere la sospensione dei diritti civili di Nicole, che sarebbe stata la pena più severa. Ribadì inoltre che se il processo fosse stato sugli episodi tragici del 9 novembre 1932, il giudizio che si stava rendendo sarebbe stato inadeguato. Ma non era ciò di cui si stava discutendo. Si discuteva, se gli imputati volevano abbattere lo sbarramento e questo il dibattito lo aveva certificato: gli imputati lo volevano. Nicole non voleva però la tragedia e questo andò oltre qualsiasi sua previsione.²⁴⁰⁹

11.2.5.4 La sentenza finale

Non ho trovato la sentenza in DTF. Perché non sia stata pubblicata, rimane un mistero. Se ne trovano scampoli inviati da Stämpfli alla RPS.²⁴¹⁰ Il PG scrisse quindi un resoconto sulla RPS, riportando i fatti della sentenza e indicando che l'8 novembre 1932 il PS ginevrino decise "di disturbare l'assemblea dell'*Union Nationale* con violenza".²⁴¹¹ Alla Storia è quindi passata questa versione sulla volontà della violenza, sebbene quel verbale non fosse firmato.²⁴¹²

²⁴⁰⁸ Una relativizzazione dei fatti, così come stabiliti dalla giuria identica a quella che avvenne nel caso Brousse.

²⁴⁰⁹ MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 117.

²⁴¹⁰ Extrait du jugement de: Assises fédérales du Ier Arrondissement réunies à Genève du 15 mai au 7 juin 1933. Jugement de la Chambre criminelle du 7 juin 1933 dans la cause Ministère public de la Confédération suisse contre Léon Nicole et consorts, in : RPS 47 (1933), pp. 489-492; la sentenza integrale si trova in MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 118 ss.

²⁴¹¹ "[die] *Versammlung der Union nationale gewaltsam zu stören*", STÄMPFLI 1933, p. 420; così è scritto (in francese) anche in MATTHEY-CLAUDET 1933, p. 120.

²⁴¹² Invero la Storia non sembra molto interessata a questo dettaglio centrale! BATOU 2012 ad esempio non cita la riunione di organizzazione del 8 novembre 1932 e non ne discute a p. 225 ss., dove si trova l'analisi del processo. Anzi, sottolinea l'interesse del presidente sulla questione se ci fosse stato o no l'attrupamento, mentre in realtà la questione processuale riguardava l'istigazione; nemmeno HEIMBERG 2008 nota questo dettaglio; RAUBER 2008, p. 93 s., ci scivola sopra, come se si trattasse di un dettaglio laterale: "*De leur côté, les socialistes genevois, qui s'étaient réunis en assemblée générale le soir du 8 novembre, avaient décidé qu'ils se rendraient à la manifestation de l'Union nationale pour y demander la parole et que si celle-ci leur était refusée, comme on pouvait le prévoir, il feraient le nécessaire pour que les orateurs ne puissent pas s'exprimer*". In particolare, infastidisce qui l'assenza di note bibliografiche da parte di Rauber.

Nella sentenza la Corte indicò che le domande poste alla giuria riguardavano solo l'art. 46 CPF 1853, non altri delitti di diritto cantonale. Gli accusati in effetti avevano fatto resistenza ad un'autorità cantonale, ma l'art. 52 CPF 1853 permetteva di applicare il diritto federale per analogia se gli atti avessero causato un intervento armato federale, dichiarato tale l'intervento del 12 novembre 1932 dal CF come conseguenza dei fatti del 9 novembre.²⁴¹³

La Camera criminale prendeva atto che gli atti stabiliti dalle risposte della giuria ricadevano incontestabilmente sotto l'egida dell'art. 46 CPF 1853, dove l'intenzione di resistere all'autorità era stata provocata da Nicole e altri, si trattava quindi di istigazione a norma dell'art. 19 CPF 1853. Nicole era, inoltre, considerato più responsabile, a causa del suo ascendente personale (*ascendant personnel*) e come capo del PS, dato che doveva prevedere che il movimento avrebbe turbato profondamente l'ordine pubblico, portando con sé conseguenze di una certa gravità. La Corte statuì comunque che la sovraeccitazione generale avrebbe potuto non far cogliere esattamente la situazione.²⁴¹⁴ Su questo punto si scostava quindi sensibilmente dall'atto d'accusa. Nicole venne condannato a 6 mesi di prigione e 100 franchi di multa, gli altri a pene minori per correità o complicità. La Corte non risarcì gli imputati prosciolti e accollò ai condannati le spese di giudizio per due terzi, nonché un contributo alle spese di 1000 CHF.²⁴¹⁵

11.2.6 Alcuni commenti coevi sul processo

Commentando il processo sulla RPS, il PG si complimentò con la giuria. Il suo merito era di non aver seguito l'allocuzione di Soldati, che aveva accennato l'ipotesi che i reati in questione fossero solo delle contravvenzioni.²⁴¹⁶ Non a caso *Libera Stampa* accolse il risultato del processo con parole chiarissime: "Verdetto che offende" era il titolo in alto in prima pagina. Ricordava che inizialmente nessuno aveva voluto arrestare Nicole, che la giustizia militare aveva già assolto chi aveva ordinato il fuoco e che alla sbarra non c'era chi uccise. Il giornale socialista lo diceva a chiare lettere: si stava giudicando l'atto della classe operaia di manifestare senza armi, si giudicava Nicole, ma si era deciso di non giudicare né Oltramare con i suoi fascisti, né il ministro ginevrino. Venne criticato anche Soldati, reo di confondere l'onta di una ritirata contro l'invasore straniero ad una situazione con civili svizzeri.²⁴¹⁷ Si trattava insomma di una "sentenza di classe", in particolare venivano criticati i giurati, dato che avevano condannato un altro

²⁴¹³ Sentenza Nicole RPS (v. sopra, npp. 2410), p. 489 s.

²⁴¹⁴ Sentenza Nicole RPS (v. sopra, npp. 2410), p. 490.

²⁴¹⁵ Sentenza Nicole RPS (v. sopra, npp. 2410), p. 492.

²⁴¹⁶ STÄMPFLI 1933, p. 430; non si trova traccia di queste parole di Soldati nel resoconto della *Tribune de Genève*.

²⁴¹⁷ *Libera Stampa* 6.6.1933, p. 1.

comunista, sebbene il procuratore avesse indicato di poter rinunciare all'accusa.²⁴¹⁸ Il giornale del PS decise di tracciare una chiara linea di responsabilità: da un lato i giudici, rimarcando che “la magistratura non ha infierito”. Dall'altro i giurati vennero marchiati come reazionari:

È appunto per questo che in certi processi politici si chiamano i giurati popolari, non i tecnici della legge: perché il loro giudizio superi i confini del giure per entrare nel regno più vasto dell'equità, della morale, dell'umanità. È toccato invece ai giudici professionali limitare il più possibile le conseguenze del verdetto.²⁴¹⁹

I commenti a sinistra su Soldati erano generalmente divisi, persino fra gli autorevoli anarco-sindacalisti: il bimensile di Luigi Bertoni *Le Réveil* definiva il giudice “cnicamente partigiano delle maniere forti” (*cyniquement partisan de la manière forte*), mentre il capopopolo Tronchet (scagionato dal procuratore alla fine del processo) lo ricordava come competente, rigoroso e comprensivo.

11.2.7 Alcuni commenti degli storici

Batou oggi ricorda che Dicker decise di non ricorrere in cassazione contro la condanna: intuì il volano elettorale che la sentenza avrebbe portato con sé, avendo ragione. Nicole vinse poi le elezioni del 1933, provocando la stizza del mondo borghese che non riusciva a capire la scelta del procuratore federale di non chiedere di privare Nicole dei diritti politici.²⁴²⁰ Quest'evoluzione va messa in parallelo a quello che accadde a Zurigo nel giugno di quello stesso 1932, quando la polizia in mano ai socialisti sparò in una manifestazione, causando un morto e 30 feriti. Il discorso sui diritti civili sulla questione di Zurigo venne silenziato, facendo rimanere “dimenticato” quel caso, dato che il discorso legalista del mantenimento dell'ordine pubblico a tutela dello Stato di diritto e della democrazia riuscì subito a imporsi in modo egemonico, proprio venendo usato dalla sinistra rigidamente anticomunista al governo. Pochi mesi dopo vinse le elezioni senza che i tumulti venissero tematizzati.²⁴²¹ A Ginevra la sinistra era per contro all'opposizione, orientata in chiave movimentista e affascinata dal bolscevismo, senza però essere comunista. La borghesia ginevrina non condannò l'intervento militare, mentre i socialisti condannarono l'intervento anche a livello federale. Tutta la sinistra era insomma schierata compatta nella critica alla sparatoria. Il tema della libertà di dimostrazione divenne rapidamente un tema centrale della campagna elettorale. Alla fine, i socialisti

²⁴¹⁸ *Libera Stampa* 7.6.1933, p. 2.

²⁴¹⁹ *Libera Stampa* 8.6.1933, p. 1.

²⁴²⁰ Batou 2012, p. 225 ss.

²⁴²¹ TACKENBERG/WISLER 1998, p. 58 ss.

vinsero le elezioni e Nicole prese il posto di Martin a capo della Gendarmeria ginevrina.²⁴²²

Nella loro analisi Tackenberg/Wisler hanno mostrato che per la sinistra degli anni '30 non furono né la risonanza culturale dei diritti civili, né il complottismo a far da motore elettorale, ma la dura prassi politica, il riuscire a ottenere ciò che chiedevano. Ciò che manca nella loro analisi è però il ruolo del processo penale, giocato a Ginevra contro Nicole, che diede alla sinistra la possibilità di rimuginare sui suoi giornali sui fatti per mesi e mesi e alla fine di giocare la carta del martirio politico. I due lo citano però solo una volta, senza dargli veramente peso.²⁴²³ Omettono quindi, di questionare il ruolo che ebbe l'esporsi alla pubblica opinione per due settimane di fila di nuovo i fatti in aula, con i suoi 300 testimoni, dando la possibilità al sistema giuridico di discettare sulla verità senza avere una verità. Tackenberg/Wisler omettono soprattutto di segnalare il tentativo della maggioranza borghese, di designare Nicole come pericoloso nemico al soldo degli stranieri, cercando di affibbiargli indirettamente la colpa dei morti di quel 9 novembre 1932 con la scusa di ordire un complotto comunista. Il contro-complottismo giocò o non giocò un ruolo? In questo senso Soldati effettivamente tirò il freno a mano del processo, dicendo a chiare lettere che non si stava discutendo della tragedia. Limitò l'accusa a Nicole ad un laconico "doveva sapere", facendo quindi entrare il penale nell'ambito delle opinioni della responsabilità politica. Il tentativo istituzionale borghese di lavarsi via la responsabilità penale di quei fatti era infine palese. Come poter tacere la potenza di questa devianza giuridica nella dimensione delle dinamiche elettorali?

11.2.8 Sintesi critica: intendere il processo Nicole come momento rischioso

16 giorni di processo e 300 testimoni, ma alla fine ciò che Soldati riuscì a far risaltare sul serio furono i verbali scritti dell'assemblea, che però i testimoni principali non avevano confermato. Dicker non era certo un pivello: socialista russo emigrato in Svizzera nel 1906, era segretario del PS ginevrino e presidente della federazione dell'estrema sinistra svizzera, al CN in quegli anni.²⁴²⁴ Eppure sembra proprio che il suo avversario processuale (non certo il Procuratore Sillig, e neppure Stämpfli, ma il giudice antisocialista Soldati) lo avesse in pugno sulla questione del verbale. Soldati controllava talmente il processo, che decise di far parlare la difesa a comando: p.e. la lasciò parlare apertamente sul caso della *Banque de Genève*, non invece dei morti della sparatoria. Permise di fare un processo politico

²⁴²² TACKENBERG/WISLER 1998, p. 65 ss.

²⁴²³ TACKENBERG/WISLER 1998, p. 69.

²⁴²⁴ SENARCLENS, JEAN DE: "Jacques Dicker", in: DSS, 06.07.2004 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/006260/2004-07-06/>.

nel senso di lasciar parlare sui temi politici, ma sui temi giuridici, ovvero quelli che avrebbero permesso un'assoluzione, non permise di aprire bocca.

Alla fine, in mezzo alla confusione delle opinioni orali in cui veniva sostenuto tutto e il contrario di tutto in una sorta di ripetizione catartica di quella tragica manifestazione, performando nuovamente una discussione già condotta da mesi sulla stampa, dal profilo processuale ciò che emerse fu la dura carta. Essa prevalse sulla parola. Come ai bei vecchi tempi, viva la modernità! Il "merito" fu di Agostino Soldati, che riuscì meglio del procuratore a far risaltare il ruolo del verbale dell'assemblea e degli articoli del giornale socialista, in cui si dava spazio alla possibilità di entrare in un conflitto anche violento con gli unionisti. Questo approccio fece naufragare – così perlomeno rimane nella Storia se ci si basa sui resoconti tramandatici – la strategia difensiva di Dicker, che voleva mettere in luce l'errore governativo di far intervenire l'esercito invece di organizzare degli idranti contro la folla. Su questo punto la strategia di Soldati, a prima vista il vero *key-player* del processo, era chiarissima: non appena si rese conto della possibilità che lo sbarramento fosse caduto non per colpe intrinseche dei manifestanti, ma per un errore della gendarmeria, e che quindi si poteva mettere in discussione l'opportunità dell'intervento dell'esercito, non diede più il permesso di parlarne. La difesa su questo punto era disarmata nei confronti della direzione processuale. Ancora oggi rimane incredibile leggere, che Soldati non permise di disquisire sui motivi fisici per cui cedettero le catene!

Eppure, anche in questo processo qualcosa dà fastidio. Il *Rechtsbelehrung* di Soldati assomigliava pericolosamente a un *Résumé*. La maggioranza per il verdetto valeva solo per la colpevolezza e non per l'assoluzione, rigirando improvvisamente e di malavoglia la giurisprudenza Brousse sul tema. Ma come in Brousse, i giudici misero in discussione il verdetto della giuria, sostenendo che in fondo l'istigazione non era certo completa. Se ne intravedono i motivi, la Corte criminale era di fronte a una situazione fastidiosa: se i giurati avessero assolto Nicole, avrebbero sdoganato la protesta della Sinistra, vista come fumo negli occhi in Svizzera in quella stagione. Condannandolo lo avrebbero però martirizzato. Una situazione *lose-lose*. L'"errore" era precedente, e Soldati lo diceva chiaramente: quel processo non s'aveva da fare, non così, doveva essere un processino cantonale.

La domanda è spontanea: la difesa socialista subì il processo, così come dicono i resoconti? O, conscia delle forze in gioco, lasciò che Soldati seguisse il suo percorso? A dire delle fonti consultate, la difesa non oppose resistenza (e con lei nemmeno la stampa) sulla conduzione del processo a proposito del dettaglio più importante: il momento dell'istigazione. Io non posso qui rispondere, ma bisognerebbe rianalizzare quel caso, spogliandolo dell'afflato politico e cercando dati a sostegno di un'altra tesi, ovvero che la difesa giocò il processo, accettando sin da subito che Nicole sarebbe stato

condannato. Spinse Dicker non tanto per l'assoluzione di Nicole, quanto più verso una condanna leggera, cosa che peraltro successe? Che i borghesi erano caduti strategicamente in errore facendo celebrare il processo era evidente. Come gestirlo, ora? Il PG decise di spolicizzarlo il più possibile – e la Corte seguì quella strategia del procuratore. Soldati era inoltre evidentemente condizionato dalla sua posizione antisocialista. Consci della situazione, gli avvocati hanno potuto portare Nicole a risultare condannato per colpe non sue, “martirizzandolo”? A questa risposta non posso rispondere, Nicole vinse però le elezioni.

Si palesa comunque in modo limpido la dimensione “rischiosa” della presenza della giuria popolare nel processo. Un rischio che riguarda la possibilità di dominare un lato della differenza, quel non-diritto di cui la giuria è rappresentante. È lei il Visconte dimezzato.

11.3 Cerniera: la comunicazione delle giurie popolari con la Corte criminale

11.3.1 Il tribunale al centro del sistema giuridico

L'istituzione dei tribunali è il punto di partenza della differenziazione del sistema giuridico,²⁴²⁵ l'obbligo di decidere il punto di partenza dell'argomentazione giuridica.²⁴²⁶ Il giudice moderno, infatti, non può decidere di non decidere. Può camuffare il suo rifiuto, certo, ma il suo ruolo è già assegnato, questa decisione è già stata presa e così per il giudice rifiutare l'obbligo di decidere è a sua volta... una pretesa giuridica!²⁴²⁷ Decidere su un'alternativa è un

modo particolare di separare e integrare il passato e il futuro – e quindi, anche sul piano temporale, una revisione tipica della modernità [...] le decisioni rovesciano dal punto di vista della determinazione temporale il rapporto tra passato e futuro: ricostruiscono il passato nella forma di un'alternativa ancora aperta, su cui si deve decidere – e a seconda della decisione presa comincerà una storia nuova, che ricorderà e dimenticherà cose differenti. Il passato, quindi appare in qualche misura ancora aperto, mentre per contro le possibilità aperte del futuro vengono limitate fissando degli scopi – vengono osservate in riferimento all'alternativa in questione, come differenza tra ciò che si raggiunge con la decisione e ciò che sarebbe senza di essa.²⁴²⁸

²⁴²⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 334.

²⁴²⁶ “*Dass Gerichte entschieden müssen, ist der Ausgangspunkt für die Konstruktion des juristischen Universums, für das Rechtsdenken, für die juristische Argumentation*”, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 317.

²⁴²⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 180 ss.

²⁴²⁸ ESPOSITO 2001, p. 199 s.; sul ruolo decisioni v. sopra, 2.6.4.2.

Imporre il divieto di diniego di giustizia è stato lo strumento cardine per “chiudere” il sistema giuridico su sé stesso e farlo decidere solo in base al diritto (le già citate “chiusura operativa” e “apertura cognitiva”).²⁴²⁹ Per farlo era necessaria un’organizzazione interna dell’osservazione delle osservazioni (p.e.: delle istanze di giudizio, ma anche la professionalizzazione o l’apertura al principio di pubblicità. Il diritto, infatti, non si “fa” certo solo nei tribunali). Ribadisce Luhmann che un’organizzazione delle osservazioni non significa creare una pluralità nel diritto, non ci sono gruppi interni separati che produrrebbero un sistema morale, destabilizzandolo. Si tratta piuttosto della presenza di più livelli interni di osservazione tutti sullo stesso piano, diverse prospettive interne al sistema.²⁴³⁰

I teorici dei sistemi citano sempre solo la Costituzione come portatrice dello schema dello Stato di diritto.²⁴³¹ In realtà la positivizzazione ha seguito un percorso più complesso, dove la Costituzione è uno degli elementi di questa evoluzione. Si tratta di un’evoluzione lenta che si svolge anzitutto da una frattura al centro del sistema giuridico, ovvero dal sistema organizzato decisionale del sistema giuridico (“*organisiertes Entscheidungssystem des Rechtssystem*”), di cui in realtà non fanno parte solo i tribunali, ma anche i parlamenti con le loro competenze di accertamento e di modifica del diritto.²⁴³²

Imporre l’obbligo di decidere ai tribunali significò proiettarli al centro del sistema giuridico,²⁴³³ affidando loro la gestione del paradosso dell’autopoiesi e proiettandoli verso l’isolamento cognitivo autoreferenziale. La periferia (ovvero: i contratti, le leggi, che comunque creano nuovo diritto) gode invece del privilegio di non-dover-decidere e quindi vale come zona-cuscinetto usata dal centro per tutelarsi nella sua operatività. Qui, nella periferia, il diritto è nelle condizioni di procurarsi quel consenso (ad esempio il consenso democratico per una legge, o il consenso delle parti nel sinallagma – a prescindere che esso ci sia sul serio o meno) che non può essere preso in considerazione nell’operazione decisionale vera e propria. Esso viene al massimo elaborato nella forma di finzione legale contro chi vede la sua aspettativa delusa.²⁴³⁴

²⁴²⁹ V. anche GOEBEL 2007, p. 273; ciò non significa che i vari attori e le varie istituzioni del e nel sistema siano aperti nello stesso modo, come non significa che operino nello stesso modo.

²⁴³⁰ Cfr. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 69 ss.

²⁴³¹ P.e. CALLIES 2009, p. 61.

²⁴³² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 145.

²⁴³³ Cfr. LUHMANN, RdG p. 503; la differenza centro/periferia è una forma premoderna e deriva dalla differenza fra città e campagna, *ivi*, p. 333; non è gerarchica, dato che il centro non può operare senza periferia, *ivi*, p. 323; la stessa differenza è usata dalla società globalizzata ed è operativamente più adeguata rispetto alle strutture gerarchiche, *ivi*, p. 321, npp. 50.

²⁴³⁴ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 321 ss.

La distinzione centro/periferia non è una distinzione gerarchica (sopra/sotto), ma è circolare: centro e periferia si premettono a vicenda. Luhmann chiarisce che non è corretto dire che il centro rappresenta il sistema, si può invece dire che al centro il sistema scioglie il paradosso, usando forme possibili solo settorialmente (come la gerarchia e l'organizzazione), spostando sulla periferia l'apertura alla varietà e la capacità di adeguarsi alle pressioni ambientali (*Offenhalten für Varietät und Anpassungen an Umweltpressionen*).²⁴³⁵ Solo al centro peraltro è possibile un'ulteriore differenziazione sia orizzontale (segmentaria, per materia o territoriale), sia verticale (gerarchica) fra tribunali. Questa sotto-differenziazione ha la particolarità che ogni sotto-sottosistema così creato (i tribunali particolari) è comunque in grado di funzionare senza gli altri.²⁴³⁶

L'organizzazione giudiziaria (come pure le professioni giuridiche, ma anche il processo in sé)²⁴³⁷ permette al codice del diritto di stabilizzarsi,²⁴³⁸ serve anzitutto a limitare che lo status sociale o le relazioni personali abbiano influenza determinante sulla decisione ed è funzionale al legame fra

- l'indipendenza personale del giudice,
- la dipendenza dal testo giuridico e
- l'obbligo di decidere.²⁴³⁹

L'organizzazione è a sua volta una zona cuscinetto (*Pufferzone*) in cui l'attività giudiziale può richiamarsi al cambiamento della validità del diritto (p.e. perché l'istanza superiore ha cassato una sentenza).²⁴⁴⁰ I membri di questo sistema decisionale – a differenza dei non-membri, ad esempio i normali cittadini fuori dai tribunali o la politica – sono obbligati a decidere secondo il programma del sistema giuridico (ovvero le norme giuridiche). Dando al sistema decisionale competenza universale sulle decisioni giuridiche si riesce a creare un'aspettativa sociale generale sulla funzionalità del sistema giuridico (e quindi sull'operatività del codice diritto/non-diritto, ora sempre utilizzato).²⁴⁴¹ La decisione deve poi essere resa vincolante grazie all'accoppiamento strutturale con il sistema politico.²⁴⁴² Il sistema decisionale pretende quindi di essere disciplinante, correndo il rischio di considerare sé stesso *solo* come organizzazione politica. Si tratta di un difetto

²⁴³⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 337.

²⁴³⁶ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 323 s.

²⁴³⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 332.

²⁴³⁸ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 204.

²⁴³⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 329 ss.

²⁴⁴⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 332.

²⁴⁴¹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 321: tutto ciò che sta in periferia invece non sottostà all'obbligo di decidere. Impossibile qui non riconoscere il programma kelleriano di Zurigo fatto di formazione dei giudici, indipendenza della magistratura e creazione di una rivista con le decisioni dei tribunali – fallito di fronte alle resistenze sociali.

²⁴⁴² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 145.

di auto-osservazione che secondo Luhmann arriva perfino a provocare che il tribunale non riesca più a vedere quando non gode di sostegno sociale.²⁴⁴³

11.3.2 La giuria come fenomeno-ponte nel passaggio alla modernità giuridica

Stichweh ha parlato della giuria riconoscendole una certa eternità²⁴⁴⁴ al sistema giuridico.²⁴⁴⁵ Un po' come Machura, che ha definito le giurie un elemento che porta il *Judiz* nel diritto, una certa moralizzazione. È facile cadere nell'inganno che le giurie più dei giudici riescano a solleticare logiche di *re-entry* della normatività sociale. Si potrebbe altresì ipotizzare che la giuria sia un elemento periferico, in grado di "proteggere" l'operazione del diritto nella logica della differenza centro/periferia.²⁴⁴⁶

Eppure, sebbene sia evidente che la giuria classica e lo scabinato non facciano parte dell'organizzazione interna del tribunale (non si forma una struttura interna che permetta ai giurati di fare carriera come i giudici, mancano i rapporti economici, mancano le regole di riconoscimento), non potrebbero decidere autonomamente senza giudici. Sono loro che le attivano e che decidono quali domande porle, oppure quale programma decisionale seguire all'interno della camera di consiglio. A prima vista quindi una dimensione gerarchica c'è. Eppure, la giuria agisce solo per un caso, non è parte stabile dell'organizzazione e quindi non subisce conseguenze di carriera a causa delle sue decisioni. È evidente: è più difficile da controllare nella tipica limitazione comportamentale che si dà agli altri membri del tribunale, in particolare per quanto riguarda l'attenersi agli standard metodologici.²⁴⁴⁷

Se il controllo dei giurati è indubbiamente semplificato nello scabinato, sebbene i giurati in genere siano presenti in numero maggiore rispetto ai giuristi, è invece intermittente con la giuria classica: non appena le domande sono state composte e fatto il *Résumé*, la giuria da soggetto sottoposto diventa elemento sregolato, siccome un'assoluzione (a meno che non ci sia un sistema di giudizio d'appello con piena cognizione) non può essere questionata. Nella sua forma classica la giuria non ha insomma né un ruolo

²⁴⁴³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 148; d'altronde non è certo raro che i tribunali supremi si trovino ad esempio a rappresentare una posizione giuridica minoritaria, Cfr. JOST 2011, p. 144.

²⁴⁴⁴ Preferisco questa parola a quella, forse grammaticalmente più corretta, di estraneità, proprio perché si può sì pensare che la giuria sia esterna, ma non estranea.

²⁴⁴⁵ STICHWEH 1994, p. 276.

²⁴⁴⁶ La differenza centro/periferia è una forma premoderna di differenziazione sociale, che deriva dalla differenza fra città e campagna e che viene oscurata dalle pretese differenze gerarchiche, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 333; v. anche sopra, npp. 2433.

²⁴⁴⁷ Al contrario per i giudici, v. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 321.

segmentario, né gerarchico all'interno del centro del sistema giuridico.²⁴⁴⁸ La giuria però non è nemmeno periferia, siccome – ai termini della teoria dei sistemi – la periferia del diritto gode del privilegio di non-dover-decidere.²⁴⁴⁹ In periferia non ci sono obblighi operativi, essa è una zona-cuscinetto che il centro usa per “tutelarsi”.²⁴⁵⁰ La realtà ci dice che la giuria popolare non solo è rigorosamente al centro del sistema, ma giudica proprio come i giudici. Non ha però la competenza di dare la forma al processo.

A mio modo di vedere, storicamente la giuria ha avuto il ruolo d'essere **un fenomeno-ponte della modernità, proprio come le professioni**. Era una moderna giuria terapeutica: contemporaneamente elemento di scioglimento del paradosso, potendo scaricare la decisione giuridica su di lei, ma pure momento di entrata delle logiche giuridiche moderne (ovvero della contingenza dominata dal codice binario) al centro di un sistema giudiziario di antico regime che non voleva lasciar loro l'accesso. Come spiega sempre Stichweh,²⁴⁵¹ di fronte alle resistenze sociali verso la nuova logica del diritto per il diritto (autopoiesi), la presenza della giuria nei processi segnalava separazione. Bisogna fare attenzione però: come già indicato, se è vero che la separazione c'era, in Svizzera l'obiettivo non era stato separare il “popolo” per poi integrarlo nell'organizzazione, quanto piuttosto separare i giuristi, per poi integrarli. E quindi si separò il presidente della Corte, dandogli un ruolo autolimitato, dai giurati. Paradossalmente, il gruppo “discriminato”, ora politicamente da includere, erano proprio loro: i giudici-giuristi! Questi dovevano quindi inizialmente accontentarsi di condividere la loro decisione con i giurati. Infine questi ultimi diventando scabini poterono essere messi scientemente sotto tutela.

Non è strano che nella maggior parte dei testi analizzati riguardanti le giurie in realtà ciò che ha preoccupato i giuristi era la definizione della posizione del presidente della Camera criminale nel processo. Esso è parte del suo dominio, anche laddove ci sia l'interrogatorio incrociato. È il processo che crea il fatto e propone il diritto, ed è il Presidente della Corte che decide quali margini dare per queste operazioni giuridiche, è lui che decide quale spettacolarità dare al processo, è lui che identifica l'obbligo di decidere del sistema giuridico e lo amministra. La storiografia tende a omettere l'importanza di questa gestione strategica, tende a concentrarsi solo sulle figure supplementari del processo, ad esempio l'imputato, sulle quali il codice opera in realtà con sostanziale disinteresse. La storiografia sociale non

²⁴⁴⁸ Come già indicato, il centro del sistema giuridico può differenziarsi sia segmentariamente, sia gerarchicamente, si pensi qui ai tanti tribunali sul territorio e alle varie istanze di giudizio, cfr. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 323 s.

²⁴⁴⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 322.

²⁴⁵⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 321 ss.; in periferia in particolare ci sono le leggi e i contratti, mentre i tribunali inferiori, anche quelli di campagna, sistemicamente stanno al centro, *ivi*, p. 324.

²⁴⁵¹ V. sopra, cap. 6.3.1.

colgie che la funzione del processo giudiziario moderno risponde ad almeno una necessità ben definita: permettere al suo giudice di garantirsi la certezza di decidere, ricreando l'incertezza della situazione che gli si presenta di fronte.

Si guardi il caso Nicole presentato sopra (cap. 11.2): paradossalmente, nonostante fosse super-mediatizzato, Soldati riuscì comunque a mettere la giuria alle corde e a imporre che decidesse in base a un argomento su cui non si era dibattuto: ovvero i motivi fisici per cui prima della sparatoria le catene di contenimento della folla cedettero. Soldati aveva limitato lo spazio discorsivo del processo, fingendo che quella questione iper-tecnica non fosse rilevante. Le parti erano "complici", siccome tutte impegnate a politicizzare il processo lasciarono che fosse il presidente a dare il tono alla questione giuridica. In questo senso la giuria può anche essere al centro, ma il codice rimane (perlomeno fino al momento decisionale) tutto saldamente in mano al presidente.

11.3.3 La comunicazione fra i giuristi e la giuria

La lingua del processo come luogo di sincronizzazione è una questione che viene spesso messa sotto la lente nelle discussioni riguardanti i dibattimenti giudiziari con la giuria classica.²⁴⁵² La domanda è inevitabile: quando la giuria entra nel sistema di decisione, siamo di fronte a un momento di integrazione fra lingue e culture diverse? Walter-Busch annota che il problema non è veramente linguistico. I "profani" (non togati) hanno una capacità sorprendente ed empiricamente osservabile di far propria un'argomentazione scientifica riguardante un ambito sociale. Il motivo è dato dalla grammatica della lingua quotidiana, fondata su un comune nucleo originario (*Grundstock*) condiviso fra gli esperti, i pratici e i "profani". Questi ultimi riescono a cogliere proprio quei *topoi*, che giocano un ruolo anche nella lingua specializzata.²⁴⁵³ Lì, si finisce spesso per scoprire, che al centro delle riflessioni degli esperti ci sono nient'altro che pensieri legati al senso comune, comunque contestabili.²⁴⁵⁴ Semplicemente la recezione sarà diversa da ciò che ci si può attendere in un discorso fra soli esperti, rinunciando a parte della sua autorità, mantenendone però la topica.²⁴⁵⁵

²⁴⁵² p.e. HERZOG 1997, p. 357, sostiene che la procedura con i giurati sia la più adatta per permettere all'accusato di comprendere l'amministrazione dalla giustizia.

²⁴⁵³ WALTER-BUSCH 1994, p. 93.

²⁴⁵⁴ WALTER-BUSCH 1994, p. 98.

²⁴⁵⁵ HESPANHA 1983, p. 10, rifacendosi agli studi relativi alle *favelas* brasiliane e al ruolo lì svolto dai notabili.; il problema dello scontro culturale è una questione spesso osservata nella storia del diritto: "nella pratica, tendono a formarsi diversi sistemi di comunicazione giuridica (diritto ufficiale, diritti popolari, professionali, delle comunità etnicamente culturalmente differenziati) chiuso l'uno all'altro. [...] Le cose si complicano ancor più quando i sistemi giuridici si integrano in ambienti culturali differenti [...] la comunicazione giuridica si compie attraverso sostegni infra-giuridici (come la lingua o il senso comune). Perciò se questi sono

Sebbene ambientate in America, disponiamo di ricerche empiriche su questo rapporto linguistico fra (giudici, ma anche avvocati) giuristi e giurie. Anesa ci propone ora l'analisi linguistico-empirica di un processo californiano.²⁴⁵⁶ La prima risultanza è che in effetti si tratta di un processo giuridico, nonostante ci sia la giuria. La parola giuridica nel processo con i giurati infatti c'è, e viene spiegata dal professionista al "profano" (inesperto).²⁴⁵⁷ Chi usa un lessico complesso si qualifica come esperto, mantiene l'autorità epistemica, dato che l'apparenza di saper gestire le informazioni viene spesso correlata con la credibilità.²⁴⁵⁸ La ricercatrice ha mostrato che il linguaggio giuridico funziona come riserva di una specifica classe professionale, che però cerca di dar a questo linguaggio la possibilità di accogliere i cambiamenti come forma e riforma di sé stesso.²⁴⁵⁹

Anesa riconosce che, come "dialetto tecnico", il linguaggio giuridico ha la particolarità di dover concernere anche le persone ordinarie, è posseduto quindi da più di una professione ed è autorizzato da un'ampia varietà di insegne molto visibili, organizzative e sociolinguistiche, che esprimono gerarchia, status, potere e ricchezza.²⁴⁶⁰ I giuristi sanno che le loro parole finiranno in una rete di pubblicità: quella dell'aula, ma pure quella delle trascrizioni ufficiali. Il discorso nell'aula di tribunale è quindi ibrido, coinvolge usi informali, linguaggio figurativo, scelte di lessico ordinario e colloquiale. Prevalgono versatilità e eterogeneità nelle strategie comunicative, ma è il linguaggio del diritto a fare da mantello del dibattito nell'ambito di più sublinguaggi.²⁴⁶¹ Il giurista sa di essere sempre sotto la lente, soprattutto quella della controparte. L'autorità epistemica va quindi mantenuta, cercando di presentare ciò che si dice come completo, accurato e preciso. Il tutto combinato con la necessità di mantenere l'attenzione dell'ascoltatore.²⁴⁶²

culturalmente molto diversi, la comunicazione crea sul piano cognitivo ambiguità e malintesi che si ripercuotono sul piano normativo", HESPANHA 2003 (1999), p. 328, che sottolinea che in Cina termini come "diritto" e "dovere" non hanno senso se usati come li usiamo noi; v. anche ROTTER 1994, che a p. 243 discute le riflessioni di Seibert nella differenza fra oralità e scrittura nella quotidianità della prassi giudiziaria e spiega che anche nei rapporti orali può esprimersi una forte gerarchia.

²⁴⁵⁶ Sulle difficoltà epistemiche nel definire un solo processo v. ANESA 2012, p. 115; sono consapevole dei limiti comparativi del prendere ad esempio uno studio su una giuria americana contemporanea in questa mia ricerca. Dal profilo teorico mi sembra però che le proposte di Anesa possano essere accolte come discorso di confine in una riflessione ampia sul ruolo dei giurati visto dall'ottica dei giuristi.

²⁴⁵⁷ ANESA 2012, p. 208 s.

²⁴⁵⁸ ANESA 2012, p. 210 ss.

²⁴⁵⁹ ANESA 2012, p. 21 ss.

²⁴⁶⁰ ANESA 2012, p. 25 s., l'autorizzazione consisterebbe in una appropriazione e istituzionalizzazione di significati e discorsi. È evidente qui l'approccio foucaultiano.

²⁴⁶¹ ANESA 2012, p. 203 s.

²⁴⁶² ANESA 2012, p. 210 ss.

Sebbene sia un rapporto evidentemente squilibrato, asimmetrico, secondo Anesa i giurati sono inclusi in un processo costante di costruzione e decostruzione di significato, hanno quindi un ruolo centrale nella decisione di quale significato debba essere accettato.²⁴⁶³ Il questionario del giudice, un testo complesso diretto sia ai giurati come utenti, sia alle corti superiori come target, subisce un lavoro di adattamento, scritto e orale, dove il termine giuridico è elaborato, parafrasato, semplificato, riassunto. Si notano registri misti e una fluttuazione fra formalità e informalità, il giudice nei suoi commenti usa tono familiare e colloquiale, quando non umoristico.²⁴⁶⁴ Le arringhe degli avvocati sono piene di elementi che attirano l'attenzione, il "legalese" canonico viene legato a elementi narrativi extralegali in modo da sembrar con i piedi per terra. Realismo e concretezza permettono di abbandonare i segni del potere: l'avvocato riesce a negare simbolicamente la gerarchia senza distruggerla.²⁴⁶⁵

11.3.4 La comunicazione fra il giudice e la giuria classica: comunque gerarchica

Va sottolineato che la differenza fra giudici e giurie nel diritto moderno si sviluppa nel contesto di costruzione dell'alterità. Dare la libertà di giudicare "sì/no" non significa riconoscere l'altro nella sua oscura diversità, quanto piuttosto imporsi comunicativamente su un altro senza chiedergli di spiegare quale sia il suo punto di vista sulla situazione discorsiva. L'apparente "libertà concessa" della giuria, che diventerebbe sovraordinata, non è altro che certificazione della subordinazione nei confronti del dominio discorsivo del presidente che pone le domande.

Certo, come spiega Anesa la gerarchia è soppesata dalla posizione privilegiata della competenza decisionale dei giurati.²⁴⁶⁶ Ma manca il *feedback* nel discorso, manca la gestione della doppia contingenza fra presenti! Si tratta di un'immagine possibile dei giurati, si tratta comunque di costruzione di ruoli,²⁴⁶⁷ si tratta soprattutto di affermazione di simboliche gerarchie sul dominio del codice, peraltro proprio come previsto dagli allievi di Keller a metà Ottocento.

Il senso di imporre quella nuova gerarchia in Svizzera attraverso la giuria è presto detto. La casualità per il sistema giuridico è in genere

²⁴⁶³ ANESA 2012, p. 202: ad esempio nel *voir dire* si accumulano informazioni biografiche e interagiscono. Potrei qui parlare di una situazione di *feedback*, che tra l'altro non è molto diversa dalla situazione nell'adagio dell'anonimo americano "Un buon avvocato conosce la legge. Un grande avvocato conosce il giudice", v. su questo argomento, riferendosi all'autopoiesi, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 581.

²⁴⁶⁴ ANESA 2012, p. 205.

²⁴⁶⁵ ANESA 2012, p. 205 ss. e la bibliografia ivi citata.

²⁴⁶⁶ ANESA 2012, p. 203.

²⁴⁶⁷ Sui ruoli v. di nuovo sopra, cap. 2.6.4.5.

un'irritazione,²⁴⁶⁸ da cui poter anche derivare il proprio apprendimento evolutivo (rimandando la propria evoluzione a impulsi esterni).²⁴⁶⁹ Come spiega Luhmann, in questo senso la ridondanza è sempre casuale, ma ben preparata.²⁴⁷⁰ Ho mostrato che il ruolo della selezione a sorte della magistratura stuzzicò sempre i primi radicali (da Druey a Dubs) e la giuria popolare fu un fisso elemento rivoluzionario. L'adozione della giuria classica aveva provocato una deregolamentazione (*deregulation*) nel diritto, con il suo approccio di immediatezza e potendo decidere in autonomia uno dei due lati della decisione (l'assoluzione non era infatti cassabile). Portava con sé la possibilità di rendere il diritto meno ridondante e il processo intrinsecamente più incerto e più scandaloso. Tutto questo, compresa la pubblicità processuale, era però ottenibile anche con i giudici "profani" (non giuristi, *Laienrichter*) professionisti, che peraltro già c'erano. La giuria quindi – nel diritto – permetteva di fare altro: centrale era la dimensione della casualità. La casualità portava con sé la possibilità del sistema di reinventarsi. La giuria corrispondeva ad un primo stadio della tecnologia dell'inclusione dei nuovi giudici giuristi che si opponevano al vecchio sistema patriarcale e cercavano di sfondare nel sistema con la loro nuova logica professionale, dove non più il **chi**, ma il **cosa** diventava centrale: l'operazione del sistema.

11.3.5 *Order from noise*: e se gli scabinati aiutassero il diritto a fare ordine?

Storicamente in Svizzera si passò gradualmente ad un eguagliamento dei ruoli fra i giuristi e i non togati (giurati e *Laienrichter*), i giudici arrogarono a sé un ruolo vieppiù centrale, fino alla nuova narrativa sulla giuria come usurpatrice della funzione giudicante. Il giudice e la giuria vennero quindi riuniti in un'inclusione integrativa. Uniti (nello scabinato), venne creata la narrativa secondo cui gli scabini effettivamente svolgono una funzione periferica sebbene siano al centro del sistema, permettendo al giudice di controllare la lingua adottata nel processo. Come diceva anche Raselli: in particolare in un contesto di controllo della validità, un giurista (persino un cancelliere) può „far credere facilmente” che l'autorità superiore ribalterà la decisione.²⁴⁷¹

²⁴⁶⁸ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 285.

²⁴⁶⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 83.

²⁴⁷⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 362; sui diritti soggettivi come casualità v. sopra, npp. 292; la chiusura autopoietica permette al sistema di rendersi indipendente dall'arrivo casuale dei conflitti grazie alla programmazione che dà un ordine temporale autonomo e quindi diventa il sistema stesso a decidere quale conflitto può essere deciso (e che infine *deve* decidere), *ivi*, p. 168.

²⁴⁷¹ „*doch einfach zu glauben [geben kann], ansonsten werde das Bundesgericht 'einen auf den Hafen setzen'*”, RASELLI 2008, p. 98 s.

Si può ipotizzare che i rapporti fra giudice e giuria in un processo cambino qualora ci si trovi di fronte ad uno scabinato, sapendo che l'autorità giuridica dei giuristi potrà trovare il suo spazio all'interno della camera di consiglio. La domanda è quindi se il diritto abbia orecchie per ascoltare o semplicemente usi la giuria popolare per scaricarsi di responsabilità. Come ha scritto Hesse, il diritto tende a infatti a sentire i "profani" (non giuristi, *Laien*) come entità solo rumorose, "mormorii da marciapiede" ("*au trottoir*"-*Gemurmel*).²⁴⁷² Hespánha chiama quei rumori da marciapiede "la generalità delle situazioni vissute" ("*la généralité des situation vécues*"), contro cui si è palesata storicamente una deliberata opposizione dei giuristi. Si tratterebbe di violenza della ragione giuridica, che si contrappone a una "ragione naturale" che viene segregata nella periferia dell'esecuzione giudiziaria.²⁴⁷³ C'è anzi un ribaltamento di condizionamento, i "rustici" riconoscono nel giurista il ruolo di traduttore, il ruolo dello Stato per contro assurge a distributore, definitore e limitatore del potere di raccontare storie o di comporre sceneggiature sociali, dove quelle alternative diventano insensate, ignoranti o addirittura impossibili.²⁴⁷⁴

Eppure, questa narrativa sulla "strada" va contrappesata. Anzitutto nel processo con la giuria classica il "rumore" dei giurati fa parte di un calcolo del rischio.²⁴⁷⁵ Come ho mostrato sopra, a Ginevra nel 1885 nel processo ai banchieri, i giuristi non si lamentarono del rumore causato dai giurati, ma da quello della stampa! Il problema era l'aver attivato la macchina dell'opinione pubblica, che non doveva toccare le questioni bancarie ginevrine – una macchina peraltro saggiamente attivata dal governo federale proprio volendo le giurie. Nemmeno nello scabinato i "rustici" sono così bistrattati: spesso la presenza degli scabini in camera di consiglio è elogiata dagli stessi pratici, siccome aiuterebbe i giudici a migliorare l'autoriflessione del giudice, in particolare sulla lingua che usa.²⁴⁷⁶ Gli scabini a loro volta spiegano di essere in genere ascoltati.²⁴⁷⁷

²⁴⁷² HESSE 1998, p. 161.

²⁴⁷³ HESPANHA 1983, p. 2 s.; v. ora sullo *ius rusticorum* e la progressiva periferizzazione dell'oralità del diritto (e oggi la sua immaginificazione) HESPANHA 2006, p. 1 s. del manoscritto.

²⁴⁷⁴ HESPANHA 2006, p. 6 s. del manoscritto; Come i rustici, possiamo comprendere nella condizione di elementi "rumorosi" anche la democrazia diretta e la stampa, sebbene in effetti quelli siano attori sociali che non possono parlare al momento della Camera di Consiglio.

²⁴⁷⁵ Si noti che di rumore parla anche Calvino nel capitolo sull'esattezza delle sue lezioni americane, CALVINO 1993 (1985), p. 74: "le lingue naturali dicono sempre qualcosa *in più* rispetto ai linguaggi formalizzati, comportano sempre una certa quantità di *rumore* che disturba l'essenzialità dell'informazione" (italico nell'originale). Ringrazio Nathalie Campana per l'indicazione.

²⁴⁷⁶ V. p.e. WALTER 2000 o ZIEGLER 2007; per altri esempi v. LUMINATI/CONTARINI 2019.

²⁴⁷⁷ Così il giurato Bonomi, che fra l'altro tutto è meno che un "rustico", anzi è una persona ragionevole e preparata, che alla conferenza di presentazione del volume Contarini/Bernasconi 2014, tenuta alla biblioteca cantonale di Bellinzona il 21 maggio 2015, spiegò ai giuristi presenti la prospettiva – positiva – dell'attività di un giurato nel sistema

La critica di Hesse e Hespanha è corretta laddove i giuristi tecnici considerino, in chiave mitologica e assolutamente inconscia, che il sapere “profano” abbia il valore di poco più che del rumore, confinandolo così alla periferia dell’operazione. Non però i giuristi pratici, ma gli scienziati sono il vero flagello, tutti concentrati a costruire la mitologia professionale immunizzante, come dimostra la storia dell’organizzazione giudiziaria svizzera osservata in questa ricerca.

In queste condizioni, la giuria popolare è senza dubbio una fonte di rumore, imporla nella procedura significa quindi cercare di imporre una differenza piuttosto chiassosa. Ma è vero che Luhmann crei leggende sul diritto, segregando i “profani” (non giuristi, *Laien*) al ruolo di insignificanza? In realtà non è così: Luhmann osserva il diritto moderno nell’esercizio della sua funzione e certifica anche lui una certa segregazione, ma dà secondo me contemporaneamente chiavi per ragionare sul rapporto che intercorre fra la logica del sistema e le logiche altre. Ricorda anche Goebel nell’ottica della teoria dei sistemi, che il diritto per evitare la sua rovina deve essere responsivo al suo ambiente. Esso però è comunque creato dal diritto stesso.²⁴⁷⁸ I rumori non previsti, casuali, secondo la teoria dei sistemi non causano necessariamente disordine nel sistema, ma anzi collaborano alla creazione del sistema e del suo ambiente. Luhmann sostiene che l’ordine, dato che nessun sistema può nascere e riprodursi esclusivamente su base autoreferenziale, è possibile proprio grazie alla percezione del rumore (*order from noise*).²⁴⁷⁹

Il concetto di *order from noise* descrive un sistema di apprendimento schizzato fra gli altri da von Foerster, fisico teorico che Luhmann ha seguito a piè mani nel suo atteggiamento radical-costruttivista della sua teoria autopoietica. Si tratta di “un’interpretazione dinamica del concetto di entropia dell’informazione”, per cui il sistema cerca di cogliere l’informazione attraverso un processo ermeneutico, partendo cioè dalle sue stesse conoscenze.²⁴⁸⁰ L’ipotesi della biofisica è che l’ordine e il disordine siano complementari, in un sistema che si auto-organizza e che riesce a “imparare” dal rumore. Probabilmente proprio per questo punto Luhmann viene considerato un teorico postmoderno: è andato oltre alla descrizione dell’ordine meccanicistico descritto solo attraverso la logica e ha accolto le teorie quantistiche e biofisiche – paradossalmente poi proprio adottando elementi di logica binaria nella sua analisi dei sistemi.²⁴⁸¹ In particolare

penale ticinese. In particolare, l’impressione di non essere mai considerato un minorato da parte dei giudici fu grandemente istruttiva; sulle lamentele quando il giudice non li ascolta v. ora MACHURA 2001, p. 229 ss.

²⁴⁷⁸ GOEBEL 2007, p. 273.

²⁴⁷⁹ LUHMANN 1990 *Verfassung*, p. 201.

²⁴⁸⁰ FEDERICI/FEDERICI 2003, p. 13.

²⁴⁸¹ Si può quindi vedere l’eredità scientifica di Luhmann come una sfida per portare alcune scienze umane, p.e. il diritto, ad una condizione concettuale tale che possano riiniziare a

Luhmann ha accolto la costatazione foesteriana secondo cui il caos è leggermente diverso dalla casualità, dato che nel caos si riescono a ritrovare delle forme ripetitive, ridondanti, come p.e. nei cristalli, che poi continuano a cristallizzarsi. L'organizzazione mantiene la struttura che lei stessa ha prodotto, in una relazione circolare con l'ordine, sebbene nel sistema il disordine non scompaia e anzi possa perfino aumentare.²⁴⁸²

Leggendo le parole di Henri Altan del 1974 ci si stupisce per quanto in effetti il linguaggio impiegato nel settore biofisico abbia improntato la teoria dei sistemi descritta da Luhmann: sembra quasi di leggere *Recht der Gesellschaft*!²⁴⁸³ Altan parlando dei suoi studi sull'autoorganizzazione e sul DNA, citando anche altre ricerche, si è chiesto come i sistemi auto-organizzati sappiano reagire agli stimoli casuali, sviluppando le proprie capacità regolative. Qua entra in gioco il principio dell'*order from noise*. La scoperta era che più si aumenta l'eterogeneità del sistema, più il sistema aumenta la capacità di regularsi, aumenta quindi la sua autonomia nei confronti dei disturbi casuali. I sistemi riescono così a integrare gli effetti della casualità e usarli per aumentare la propria capacità di far fronte al loro ambiente. Condizioni di partenza: da un lato un'alta ridondanza strutturale e funzionale, ovvero che i componenti del reticolo si ripetano molto e che la stessa funzione logica si ripeta in più punti del reticolo; dall'altro l'affidabilità. Il sistema può reagire quando coglie che la sua ridondanza e la sua affidabilità diminuiscono. La diminuzione di ridondanza e affidabilità causano infatti varietà e eterogeneità, così Altan. In un apprendimento non-direzionato, il sistema è pronto per un ambiente che non conosce, e lo conosce quindi per mezzo dei suoi *patterns*. È la "macchina" stessa che calcola probabilisticamente quali *patterns* nel suo ambiente può riconoscere meglio. Il processo di apprendimento è quindi la creazione di *patterns* grazie a una diminuzione di ridondanza e a una differenziazione, una specificazione di ciò che si è imparato e ha come conseguenza un aumento di varietà.²⁴⁸⁴

Spiega Luhmann che il rumore è ciò che può influire sulla percezione, dato che è un campo di ambiguità che intercorre tra la "stranezza" e la "normalità". Come mostrato sopra, non ci sono tecnologie che permettano di isolare un'organizzazione dalla percezione individuale dei suoi membri. Bisogna quindi capire empiricamente cosa effettivamente sia quella

parlare con le altre scienze; questo approccio ha peraltro messo fuori gioco anche le vecchie concezioni europee della Giustizia come momento apicale del diritto, v. GOEBEL 2007, p. 271 s.

²⁴⁸² Sugli studi sul caos, che in questa ricerca non ho potuto approfondire, v. il breve blog di GIOVANNI VILLANI online, <https://www.scienzainrete.it/contenuto/articolo/caos-e-ordine>.

²⁴⁸³ NB di queste forme di linguaggio non c'è praticamente traccia nella teoria del diritto in Svizzera.

²⁴⁸⁴ ALTAN 1974.

normalità e su cosa siano di riflesso le percezioni.²⁴⁸⁵ Bisogna in particolare capire cosa si pretende dal diritto.

Hesse è qui sempre lucido: l'idea che solo una comunicazione composta da specialisti sia in grado di risolvere un problema nel singolo contesto in cui esso sorge, come se solo là si sviluppino le capacità necessarie per risolverlo, non ha nessuna sostanza empirica.²⁴⁸⁶ Ecco che si comprendono le voci della prassi (a differenza di quelle scientifiche) sia nella storia, sia oggi, comunque a favore dello scabinato.²⁴⁸⁷ Loro sono l'esempio più lampante che dal "disordine" del pensiero "profano" riescono a ricavare ordine giuridico. Ecco cosa significa quando i giudici rimarcano – con favore – che nella camera di consiglio mista devono chiarire agli scabini cosa intendano con il loro "dialetto tecnico". Chiaramente però rimane un rapporto gerarchico, dove la conoscenza della memoria del sistema e quindi l'anticipazione di una possibile lettura negativa in un'osservazione di secondo ordine rendono le prese di posizione del giudice necessariamente dominanti.²⁴⁸⁸

²⁴⁸⁵ LUHMANN 1994, p. 41 s.

²⁴⁸⁶ HESSE 1998, p. 161, npp. 379.

²⁴⁸⁷ Sulla vana difesa dello scabinato zurighese da parte del suo presidente v. HÜRLIMANN 2010; v. anche LANDMANN 2014 come voce da parte degli avvocati.

²⁴⁸⁸ Su come si sentano gli scabini in Germania quando vengono guidati con il pugno di ferro dal presidente della Corte v. MACHURA 2001, p. 308 ss. Sul fatto che paradossalmente Machura chieda di formare giuridicamente... gli scabini, v. già sopra, npp. 98.

12 La caduta delle giurie: l'assoluzione significò la loro condanna

12.1 I silenzi della Legge federale sulla procedura penale del 1934²⁴⁸⁹

12.1.1 Il Codice penale unificato fermo e i suoi silenzi sulle giurie

Negli anni dopo la Prima guerra mondiale a livello internazionale era tutta una fioritura di iniziative penalistiche, criminologiche e di polizia, le scuole penali approntarono una “messa a punto del tecnicismo giuridico”, facendo chiudere la dottrina penalistica nella “cittadella asettica della dogmatica”.²⁴⁹⁰ In Svizzera però la scienza non riusciva a imporre le sue innovazioni. Carl Stooss non era riuscito a compiere il miracolo di Eugen Huber, la creazione del Codice penale **si inceppò**. Non stupisce: le sue posizioni, sebbene assolutamente consapevole del ruolo dei non togati (*Laienrichter*) nel diritto svizzero e quindi ancorato al concetto di *simplicitas* nell’attività codificatoria,²⁴⁹¹ erano legate ad un approccio sostanzialmente razionalista. Rinunciò peraltro ad usare la storia come strumento di legittimazione del suo progetto.²⁴⁹² Si somma che il popolo (imboccato dai socialisti)²⁴⁹³ bocciò due progetti legislativi per aumentare la sicurezza, proposti da un ministro comunque democratico e liberale.²⁴⁹⁴

²⁴⁸⁹ Per quanto segue, v. anche CONTARINI/LUMINATI 2014, p. 68 ss. e le relative note a piè di pagina, talvolta qui inglobate.

²⁴⁹⁰ MECCARELLI 2015, p. 137 ss.

²⁴⁹¹ LUMINATI 2004 “rinviato”, p. 340 s.

²⁴⁹² LUMINATI 2004 “rinviato”, p. 345.

²⁴⁹³ Il periodo era caldissimo, nel 1918 il parlamento liberale fece sparare sul popolo sceso in sciopero generale, DEGEN, BERNARD: “Sciopero generale”, in: DSS, 09.08.2012 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/016533/2012-08-09/>; il risultato di quello sciopero fu l’ascesa della Destra, la stigmatizzazione per decenni della sinistra, ma anche la democratizzazione del lavoro, la riduzione del tempo di lavoro, l’arrivo della contrattazione. Nel frattempo, proprio nel 1918, con un’iniziativa costituzionale popolare, era stato adottato il sistema elettorale proporzionale a livello federale, v. GILG, PETER: “Sistemi elettorali”, in: DSS, 27.12.2014 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/026454/2014-12-27/>; ancora oggi, 100 anni dopo, al rifiuto dei sindacati di sedersi al tavolo con il governo vari rappresentanti degli schieramenti borghesi hanno definito il loro atteggiamento “non-svizzero”.

²⁴⁹⁴ Il nome di Häberlin “è legato soprattutto alla bocciatura di due progetti legislativi sulla protezione penale dello Stato: nel 1922 il popolo respinse la legge sulla tutela dell’ordine pubblico (denominata 1° Lex Häberlin), nata dalla reazione allo sciopero generale del 1918; nel 1934 fu respinta anche la legge per la protezione dell’ordine pubblico (detta 2° Lex Häberlin)”, ROTHENBÜHLER, VERENA: “Heinrich Häberlin”, in: DSS, 16.10.2007 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004065/2007-10-16/>.

Sulle giurie in nessuno dei due documenti avamprogettuali del CPS di fine Ottocento ho trovato riferimenti alla giurisdizione penale.²⁴⁹⁵ Nel Progetto del 1918 per il futuro CPS (pCPS 1918) proposto dal CF²⁴⁹⁶ a riguardo delle giurie popolari si trovava invece un titolo sui conflitti normativi fra Confederazione e cantoni (bisognava infatti distinguere quali delitti fossero di competenza cantonale con la loro procedura penale e quali della Conf.).

L'art. 357 pCPS 1918 statuiva che alla giurisdizione federale spettavano:

I delitti contro lo Stato e la difesa nazionale; i delitti contro la volontà popolare; i delitti contro l'autorità pubblica; i delitti contro l'amministrazione della giustizia, in quanto diretti contro la Confederazione, contro la volontà popolare in elezioni, votazioni e domande di referendum o d'iniziativa federali, contro l'autorità o la giustizia federale; i delitti contro gli Stati esteri; i delitti commessi da un funzionario federale nell'esercizio delle sue funzioni; le contravvenzioni contro la difesa nazionale e contro l'autorità pubblica federale.

Avendo a disposizione la Corte penale federale, la giurisdizione delle AF veniva ora "limitata ai soli delitti indicati dall'art. 112 Cost. 1874 e dall'art. 107 OG 1893", a causa della loro "organizzazione complicata".²⁴⁹⁷ Quindi con una nuova "lista coincidente" dell'art. 358 pCPS 1918 era previsto un pesante giro di vite, togliendo vari rimandi interni.²⁴⁹⁸

Il Tribunale federale giudica col concorso di giurati:

- a. nei casi di alto tradimento contro la Confederazione, di rivolta e di violenza contro le autorità federali;
- b. dei delitti contro il diritto delle genti (art. 261 a 264);
- c. dei delitti politici, che sono causa o conseguenza di torbidi per cui fu reso necessario un intervento federale armato;
- d. nei casi in cui un'autorità federale deferisce alle AF i funzionari da essa nominati.²⁴⁹⁹

Il pCPS 1918 comunque si bloccò presto e a lungo sui banchi del parlamento,²⁵⁰⁰ tanto che nel frattempo venne progettata e emanata una

²⁴⁹⁵ La prima commissione di esperti per la redazione del CPS, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kommissionalentwurf, in: RPS 9 (1896), p. 61 ss..

²⁴⁹⁶ Si trova in calce a FFit 1918 II 1, p. 113 ss.

²⁴⁹⁷ FFit 1918 II 1, p. 89; molte delle annotazioni qui riprodotte si trovano già simili in CONTARINI/LUMINATI 2014, p. 67 ss.

²⁴⁹⁸ RAIS 1931, p. 130a, criticò veementemente la rinuncia a quei rimandi interni.

²⁴⁹⁹ Questa lett., corrispondente all'art. 112 n. 4 Cost. 1874, dopo aver dato adito ad alcune incertezze nella OG, trovava finalmente spazio nella codificazione penale, cfr. sotto, npp. 2519.

²⁵⁰⁰ LUMINATI 2004 "rinviato".

nuova procedura penale federale.²⁵⁰¹ Sebbene mascherata, anche questa riforma aveva comunque un certo potenziale di centralizzazione, siccome regolando l'accesso al TF per determinati ricorsi penali aveva la possibilità indiretta di influenzare le procedure cantonali.

12.1.2 La riforma della PPF invece dell'unificazione penale

La PPF 1851 era vecchissima, compromissoria fra le innovazioni liberali e l'approccio egemone ottocentesco, dove l'imputato aveva ancora un ruolo minore nella tutela dei suoi diritti procedurali. Ai suoi termini il responsabile dell'azione penale era il CF, per voce del procuratore generale.²⁵⁰² Ma di casi penali giudicati a livello federale ce n'erano veramente pochi. La situazione era cambiata grazie (o a causa) della guerra, quando la Corte penale federale si occupò copiosamente di spie, violazioni delle leggi alimentari di guerra e affini, accumulando sufficiente esperienza per chiedere delle innovazioni.²⁵⁰³ Il CF decise quindi di rivederla, creando una nuova organicità legislativa²⁵⁰⁴ e dando nuove garanzie agli imputati sia nella difesa, sia nelle condizioni di arresto.²⁵⁰⁵ Come ricordava Stämpfli, le AF a causa della garanzia costituzionale non potevano essere né eliminate, né modificate (*Umgestaltung*).²⁵⁰⁶

Il progetto pilota era stato scritto nel settembre 1922 da Stooss (ormai alla fine della sua carriera viennese), di concerto con Zürcher. Il progetto passò poi a una fase dipartimentale nelle mani di Stämpfli e Hafter.²⁵⁰⁷ Nel 1926 il CF diede incarico a una commissione di esperti di elaborare, sotto la guida del CF Häberlin, il progetto definitivo di PPF del 1929 per la futura PPF 1934 (pPPF 1929).²⁵⁰⁸ Dell'impostazione stoossiana vennero modificate parti essenziali, in particolare la proposta di indicare all'inizio della legge tutta una serie di principi processuali.²⁵⁰⁹ Sulle AF, come ricordava Pfenninger, invece di passare allo scabinato come avrebbe voluto Stooss, il CF rimaneva sulle giurie classiche, proponeva però di aumentare il numero di cittadini da porre sulla *Urliste*, prevedeva di far entrare il presidente della Corte senza diritto di voto nella Camera di consiglio della giuria e ne riduceva determinate competenze giurisdizionali.²⁵¹⁰

²⁵⁰¹ C'era quindi il problema d'avere delle norme per la competenza delle AF sia nella revisione della PPF, sia nel progetto di CPS, notato anche da RAIS 1931, p. 130a.

²⁵⁰² Così ancora LÜTHI 1924, p. 476.

²⁵⁰³ Vedi la lamentela del TF in FFfr 1919 I 437, p. 446; 10 anni dopo in FFfr 1929 II 607, p. 610, il CF affermò di voler dare seguito proprio a quella nota del TF...

²⁵⁰⁴ FFfr 1929 II 607, p. 612 s; RAIS 1931, p. 115a.

²⁵⁰⁵ Tra gli altri LÜTHI 1935, p. 42.

²⁵⁰⁶ STÄMPFLI 1929, p. 331.

²⁵⁰⁷ HOLENSTEIN 1996, p. 520 s.

²⁵⁰⁸ RAIS 1931, p. 119a.

²⁵⁰⁹ STÄMPFLI 1929, p. 331.

²⁵¹⁰ PFENNINGER 1932, p. 710.

Nel 1931 se ne discusse alla SSG, dove Rais e Stämpfli presentarono il progetto. In particolare, va sottolineata la nota di Stämpfli, che apostrofava l'art. 112 Cost. 1874 (che sanciva la giurisdizione delle AF) come una curiosità storica e riteneva fosse in opposizione ad un ordinamento penale efficace. In particolare dichiarava che, a differenza di Rais, non riteneva anticostituzionale che fosse la Corte penale federale a giudicare i funzionari federali.²⁵¹¹ Con Rais riteneva però che non ci fosse niente di antidemocratico a limitarne le competenze.²⁵¹² A quella posizione rispose il procuratore generale di Zurigo Pfenninger, affermando che la riforma della PPF 1851 evitava un attacco frontale alla giuria popolare classica, ma la aggirava, cosa che si era peraltro già vista col caso Bassanesi.²⁵¹³ Stimolante il commento del giudice federale Pillier, che riteneva la giuria una buona istituzione a patto che i giurati fossero scelti bene, che i casi da loro giudicati fossero ridotti ai più importanti e che i giudici fossero coscienti del loro ruolo quando operavano con i giurati, ponendo domande chiare e semplici. Chiudeva ricordando che tutte le volte, che i giuristi si mostravano disponibili a lavorare con la giuria, le cose andavano per il meglio.²⁵¹⁴

12.1.3 Le regole sulle Assise federali della PPF 1934

Nell'ambito della giurisdizione penale federale si restava nel solco della direzione securitaria già vista con gli anarchici a fine Ottocento e continuata con le leggi sui "crimini contro l'ordine costituzionale"²⁵¹⁵ bocciate per via referendaria proprio in quegli anni di primo Dopoguerra. Stooss sosteneva che quella competenza di giudizio delle AF andava ritoccata, riducendola "rigorosamente ai crimini previsti dalla Costituzione federale".²⁵¹⁶ Nel progetto pilota di PPF alle AF sarebbero quindi rimasti "i pochi crimini che sono riservati loro dalla Costituzione".²⁵¹⁷ Certo vien da chiedersi come fosse possibile che restassero spazi di riduzione, dal momento che erano decenni che portavano via competenze alle giurie federali...

La prima via seguita da Stooss fu creare disordine. Venne quindi eliminato l'art. 73 CPF 1853, quello della "lista coincidente",²⁵¹⁸ per proporre al suo posto due nuovi articoli, gli art. 13 e 14 pPPF 1929:

²⁵¹¹ Complemento al suo rapporto durante la discussione, SSG 1931 - Protokoll, p. 321 a.

²⁵¹² SSG 1931 - Protokoll, p. 352a s.

²⁵¹³ SSG 1931 - Protokoll, p. 339a.

²⁵¹⁴ SSG 1931 - Protokoll, p. 346a.

²⁵¹⁵ FFfr 1922 I 145.

²⁵¹⁶ „Das revidierte Bundesstrafrecht beschränkt die Zuständigkeit der Bundesassisen mit Recht strikte auf die Verbrechen, die die Bundesverfassung vorschreibt“, STOOSS 1922 Zuständigkeit, p. 190.

²⁵¹⁷ „Den Bundessassisen verbleiben die wenigen Verbrechen, die die Bundesverfassung ihnen vorbehält“, STOOSS 1922 Vorentwurf, p. 219.

²⁵¹⁸ Art. 344 n. 3 pPPF 1929. Il progetto si trova in calce a FFfr 1929 II 607, p. 703 ss.

Art. 13. Le AF conoscono:

1. i casi di tradimento e di alto tradimento contro la Confederazione (art. 36-39 e 45 CPF 1853),
2. i casi di rivolta o di violenza contro le autorità federali (art. 46, 47 e 50 CPF 1853),
3. i crimini e i delitti contro il diritto delle genti (art. 41, 42 e 43 CPF 1853),
4. i casi in cui un'Autorità federale demanda al giudizio delle AF i funzionari da lei nominati e ora incriminati.²⁵¹⁹

Art. 14. Le AF conoscono, al posto della giurisdizione competente cantonale:

1. i crimini e i delitti politici che sono causa o continuazione di disordini e che sono all'origine di un intervento armato della Confederazione,
2. i casi di alto tradimento contro un cantone e di rivolta o di violenza contro le autorità cantonali, quando la Costituzione o la legislazione del cantone sottopongano loro il caso e quando l'AssFed abbia approvato queste disposizioni.

Il Tribunale federale applica la legislazione penale cantonale. Nei casi alla cifra 1 applica, in mancanza di disposizioni di diritto cantonale, l'art. 52 CPF 1853.

Grazie a questa lista venivano eliminati i rimandi ai “delitti elettorali” (art. 48 CPF 1853), così come previsto dalla giurisprudenza,²⁵²⁰ e alla “provocazione all'alto tradimento e alla rivolta” (art. 49 CPF 1853), dal momento che nemmeno nella nuova Legge federale del 30 marzo 1906 che completa il Codice penale federale del 4 febbraio 1853 in quanto riguarda i delitti anarchici (LAnarchici 1906) le AF erano previste.²⁵²¹

Nel progetto si abbandonò però quell'impostazione stoossiana del doppio articolo sulle AF per tornare ad una “lista coincidente” unitaria (v. art. 9 PPF 1934), perdendo però per strada altri rimandi (quelli agli art. 36-38 CPF 1853 e al tradimento). In sé venne addirittura proposta l'eliminazione delle AF, ma l'idea non trovò sostegno: il CF sostenne che per un passo del genere mancava consenso sia in parlamento, sia nel popolo, nonostante varie voci critiche nelle commissioni parlamentari.²⁵²² D'altronde valeva ancora la concezione secondo cui le giurie erano pensate come un'istituzione creata a garanzia dei diritti dell'imputato.²⁵²³

²⁵¹⁹ Si noti la dizione ora in linea con la sentenza Bloch-Junod (v. sopra, cap. 10.4), v. anche FFfr 1929 II 607, pp. 619 e 706 (traduzione mia).

²⁵²⁰ Si trattava di una lettura estensiva della sentenza della Corte di cassazione DTF 48 I 441 (Arnold) del 1922.

²⁵²¹ Secondo il CF la “provocazione” non era necessariamente assegnata dalla Cost. 1874 alle AF, v. FFfr 1929 II 607, p. 619.

²⁵²² Cfr. GRAVEN 1938, p. 126a; FFfr 1929 II 607, p. 616.

²⁵²³ Questa posizione emergeva non appena si questionasse, se eliminare il diritto alla rinuncia del giudizio coi giurati laddove ci fosse stata una confessione, STÄMPFLI 1929, p. 349.

Venne però messo in discussione il rapporto fra la giuria e i giudici. Seguendo le indicazioni di Stooss,²⁵²⁴ il CF sosteneva che la giuria per deliberare sui fatti, doveva necessariamente ragionare anche sulla colpevolezza.²⁵²⁵ Il problema sarebbe scomparso passando allo scabinato, ma non era una proposta praticabile a causa della garanzia della giuria nell'art. 106²⁵²⁶ c.d. 112 Cost. 1874. Il CF propose quindi un'alternativa: o applicare la via del sistema ginevrino, come proposto da Stooss,²⁵²⁷ o la via neocastellana.²⁵²⁸ Alla fine il parlamento adottò il sistema neocastellano.²⁵²⁹

La camera di consiglio della giuria inoltre preoccupava anche per un altro tema: le maggioranze necessarie per i verdetti dei giurati. La versione antica diceva 10 su 12 per dare la colpevolezza, ma non c'erano indicazioni per la non-colpevolezza.²⁵³⁰ Il progetto Stooss prevedeva una maggioranza qualificata di 8 su 12, il progetto del CF invece (art. 205 pPPF 1929) prevedeva solo la maggioranza assoluta, soluzione infine accolta dal parlamento.²⁵³¹ Il progetto del CF, poi confermato dalla maggioranza della commissione di esperti, aveva proposto infine che la Camera criminale giudicasse in seduta segreta. L'idea era garantire "l'unità e l'autorità della sentenza, nonché la libertà e la tutela personale del giudice". La minoranza degli esperti considerava invece importante poter controllare le discussioni dei giudici.²⁵³²

12.1.4 I silenzi della PPF sulle giurie cantonali e la sentenza Lebet

Il rapporto fra giurisdizione cantonale e giurisdizione federale, come visto, era regolato dalla OG 1893. Il ricorso in nullità (*Nichtigkeitsbeschwerde*) alla Corte di Cassazione contro le sentenze penali cantonali sulla violazione di leggi federali era regolato negli artt. 143 ss. OG 1893 (artt. 86-108 del Progetto del 1888 per la futura OG 1893 (pOG 1888)). L'art. 173 OG 1893 (art. 104 pOG 1888), prevedeva che le sentenze cantonali sulla questione di fatto, se "redatte così difettosamente che sarebbe stato impossibile capire in quale modo fosse stata applicata la legge",

²⁵²⁴ STOOSS 1922 Vorentwurf, p. 228.

²⁵²⁵ FFfr 1929 II 607, p. 658 s.

²⁵²⁶ In cui, come già indicato sopra (npp. 1643), era scritto espressamente "*Schwurgerichte (Jury)*".

²⁵²⁷ STOOSS 1922 Vorentwurf, p. 228; v. anche STÄMPFLI 1929, p. 356; sul sistema ginevrino alternativo allo scabinato v. sopra, cap. 10.1.

²⁵²⁸ A Neuchâtel il presidente poteva essere chiamato dai giurati per dare delucidazioni, dopodiché doveva lasciare la sala di deliberazione, v. FFfr 1929 II 607, p. 661.

²⁵²⁹ Art. 200 PPF 1934, cfr. RAIS 1931, p. 122a.

²⁵³⁰ Art. 108 PPF 1851; il tema aveva toccato il caso Brousse del 1879 (v. sopra, cap. 8.4.2), come anche il caso Nicole del 1932 (v. sopra, cap. 11.2), portando a soluzioni contraddittorie fra loro.

²⁵³¹ Art. 202 PPF 1934. V. GRAVEN 1938 p. 91a; RAIS 1931, p. 121a.

²⁵³² "*Im Interesse der Einheit und Autorität des Urteils, sowie der Freiheit und des persönlichen Schutzes des Richters*", STÄMPFLI 1929, p. 333.

avrebbero potuto essere annullate e rinviate all'autorità inferiore (art. 173 OG 1893).²⁵³³ Il giudice federale Hafner, il creatore del progetto di legge di fine Ottocento,²⁵³⁴ aveva comunque indicato, esplicitando che la Cost. 1874 non permetteva di imporre un tipo di tribunale ai cantoni, che il ricorso in nullità di fronte ai verdetti delle giurie popolari sarebbe sempre fallito²⁵³⁵ e che quindi quell'articolo non era da applicare in quei casi.²⁵³⁶ Il TF rispettò quell'indicazione.²⁵³⁷

Dato che il progetto di nuova PPF del 1929 conteneva le regole anche sul ricorso penale in cassazione contro le sentenze cantonali, l'art. 173 OG 1893 venne lì trasportato (art. 279 pPPF 1929) quasi copiandolo senza nemmeno discuterne,²⁵³⁸ diventando poi il nuovo art. 277 PPF 1934. Da norma potestativa implicita divenne una norma potestativa esplicita (*kann-Vorschrift*).²⁵³⁹ Nel suo commentario Stämpfli chiariva pacificamente che, qualora fosse giunto un ricorso in nullità contro un verdetto di una giuria, bisognava semplicemente dichiarare la non-entrata in materia.²⁵⁴⁰

Il 24 maggio 1937²⁵⁴¹ si arrivò alla prima prova dei fatti, con la sentenza Lebet. Il caso verteva su un passaggio di informazioni compiuto a favore della Francia da tale Lebet che, partito da Losanna, aveva scattato fotografie della Germania da un aereo. Il tribunale di Neuchâtel lo aveva assolto, ma il TF si lamentò di non poter capire i motivi dell'assoluzione poiché si trovava di fronte a un verdetto – evidentemente – indecifrabile. Dato che per il TF il legislatore federale non poteva aver ignorato i problemi che il TF avrebbe avuto con l'articolo 277 PPF 1934, che erano stati oltretutto indicati dalla dottrina, il ricorso venne respinto.²⁵⁴²

²⁵³³ Così in tedesco “*Der Kassationshof ist auch dann zur Aufhebung des kantonalen Erkenntnisses und zur Rückweisung der Sache (Art. 172, Abs. 1) berechtigt, wenn das Erkenntnis an Mängel leidet, welche dem Gericht die Prüfung der Gesetzesanwendung (Art. 163) verunmöglichen*”; solo leggermente diverso il progetto di Hafner: “*Das Bundesgericht ist auch dann zu Aufhebung des Urteils und zur Rückweisung der Sache (Art. 103, Abs. 1) berechtigt, wenn das angefochtene Urteil an solchen Mängel leidet, welche dem Gericht die ihm obliegende Prüfung der richtigen Gesetzesanwendung (Art. 94) verunmöglich*”.

²⁵³⁴ V. sopra, cap. 9.3.4.2.

²⁵³⁵ HAFNER 1888 Motive, p. 246 ss.

²⁵³⁶ HAFNER 1888 Motive, p. 257.

²⁵³⁷ PFENNINGER 1952, p. 354 s.

²⁵³⁸ V. FFfr 1929 II 607, p. 677.

²⁵³⁹ “*Der Kassationshof kann auch auch dann die kantonale Entscheidung aufheben und die Sache an die kantonale Behörde zurückweisen, wenn die Entscheidung an derartigen Mängeln leidet, dass der Gerichtshof die Gesetzesanwendung nicht nachprüfen kann*”; “La Corte di cassazione può pure annullare una decisione cantonale e rimandare la causa all'autorità cantonale per nuovo giudizio quando la decisione impugnata sia così difettosamente redatta che la Corte si trovi nell'impossibilità di riconoscere in qual modo sia stata applicata la legge”.

²⁵⁴⁰ STÄMPFLI 1935, p. 110.

²⁵⁴¹ Si noti che l'emanazione del CPS è di pochi mesi dopo, del 21 dicembre 1937.

²⁵⁴² “*Le législateur ne pouvait pourtant pas ignorer les difficultés rencontrées par le Tribunal fédéral dans l'examen des jugements reposant sur un verdict*”, DTF 63 I 136, c. 2, p. 140.

Giudici della Cassazione erano il presidente Hablützel, Huber, Petitmermet, Studer e infine Leuch.²⁵⁴³ Quest'ultimo sostenne nel 1943 pubblicamente a un'assemblea della società di criminalistica svizzera, che l'AssFed non avrebbe potuto voler eliminare le giurie popolari senza nemmeno parlarne. Per questo a suo modo di vedere non erano necessarie motivazioni del verdetto.²⁵⁴⁴ Cancelliere responsabile della redazione della sentenza era il giovane Deschenaux che, nel 1948, in un libro sulla distinzione tra fatti e diritto la analizzò. Nelle sue parole si può leggere la difficoltà nei confronti dell'articolo 277 PPF 1934: riteneva infatti che il legislatore federale non volesse eliminare i giurati, ma giudicò l'onda di razionalismo arrivata con l'emanazione del CPS come inarrestabile. Per Deschenaux i giurati erano spacciati, dato che le proposte compromissorie di quegli anni sull'affinamento delle domande poste dalla corte alla giuria non erano praticabili.²⁵⁴⁵

12.2 Il nuovo modo di essere giuristi negli anni '30

12.2.1 Descrizioni sociologiche tra tecnica e altruismo

Sarebbe riduttivo considerare l'evoluzione a favore dello scabinato una semplice necessità storica. C'è in realtà un contesto evolutivo. Anzitutto epistemico: come ricercatore nella Storia, entrare nel Novecento ha significato anche per me far fronte ad un mondo archivistico completamente diverso da quello consultato per i capitoli precedenti: i documenti cominciano ad essere scritti a macchina, i testi possono essere ritrovati in nuove riviste giuridiche, aumentano i manuali e le voci accademiche specializzate nei vari ambiti giuridici. Si leggono sempre più testi di giuristi che non portavano in sé contemporaneamente la scienza, la prassi e la politica. I Pfyffer e i Rüttimann insomma non c'erano più. I ministri continuarono a essere eminenti giuristi, ma non compaiono più come player discorsivi. Lasciarono che al loro posto parlassero i procuratori pubblici, nuove antenne giuridiche di contatto fra la politica e il diritto.

Spiega inoltre Stichweh, che la crisi dell'ideologia capitalista portò con sé delle innovazioni fondamentali all'autocomprensione dei professionisti. I sociologi cambiarono il modo in cui le professioni si autocomprendevano, diedero loro il significato d'essere forme istituzionalizzate di altruismo (ovvero: ci si occupava ora dei clienti, non di problemi). Da allora la professione divenne – così Stichweh – un modello interattivo studiabile

²⁵⁴³ V. i vari profili dei giudici su BuRiLex. Si noti che Studer era stato presidente del PS svizzero.

²⁵⁴⁴ LEUCH 1943, p. 21.

²⁵⁴⁵ In particolare, creare un questionario ai termini dell'art 227 PPF "*semble s'achopper à des obstacles insurmontables*", DESCHENAUX 1948, p. 57. Si noti che *ivi*, p. 19, indicava che il giudice non opera con un fatto, ma con una rappresentazione del fatto.

osservando entrambi i lati del rapporto professionista-cliente. Il focus venne spostato sull'incertezza che attanagliava il cliente, il professionista poteva quindi creare un rapporto fiduciario interno. Con questa attenzione per il cliente e non più per la situazione problematica ecco sorgere i codici deontologici, le organizzazioni professionali e i meccanismi di accesso ed esclusione legati ad una gerarchia interna.²⁵⁴⁶

Notando tutte queste evoluzioni, non stupisce individuare nuovi discorsi anche attorno alla figura del giudice, sia interni, sia esterni. Come recentemente mostrato con Luminati, si può notare un circolo discorsivo fra prassi e scienza che impose un nuovo modello di giudice. I giudici federali, tutti rigorosamente giuristi, sono stati “giudici politici” fino all’inizio del 20° secolo, di cui Agostino Soldati era uno degli ultimi interpreti, per poi essere sostituiti – senza cambiare autorità d’elezione – da giudici tecnici: avvocati, professori, cancellieri o giudici cantonali di carriera, anche in questo caso solo giuristi.²⁵⁴⁷ Come indica Aerschmann, nell’autodescrizione giudiziale fra le qualità del buon giudice non emergeva solo il rigido legalismo, la capacità di conformarsi alla regola. Anzi:

oltre alle conoscenze giuridiche e alla capacità di comprendere ed esaminare autonomamente i problemi giuridici, erano menzionate anche l’intelligenza e il senso di giustizia. Molto più importante e centrale, tuttavia, era considerata la conoscenza pratica, intesa come una buona conoscenza delle persone e del popolo, conoscenze precise della realtà della vita e un certo senso pratico.²⁵⁴⁸

Così si esprimevano anche due professori-giudici. Nel 1921 Fritzsche, civilprocessualista a Zurigo, spiegò che il buon giudice era ben oltre che solo un giurista:

Conosce il diritto e sa usare i metodi scientifici per la sua applicazione. Ha un vivo interesse per i problemi legali **e le preoccupazioni di coloro che lo chiamano**. Trova con sicura risolutezza e secondo i principi del diritto una via nella confusione dei conflitti a lui sottoposti. Con la forza di carattere della sua personalità morale sfida i pericoli che minacciano la sua chiarezza di pensiero e l’indipendenza del suo giudizio giuridico.²⁵⁴⁹

²⁵⁴⁶ STICHWEH 2005 Zukunft, p. 4 s.

²⁵⁴⁷ LUMINATI/CONTARINI 2019 e la letteratura *ivi* citata, in particolare di LUMINATI; v. su questo tema inoltre l’approfondita tesi di AERSCHMANN 2014.

²⁵⁴⁸ “*Neben Rechtskenntnissen und der Fähigkeit, rechtliche Probleme zu verstehen und selbständig zu prüfen, wurden Intelligenz und Gerechtigkeitssinn erwähnt. Viel wichtiger und zentraler war jedoch praktisches Wissen. Darunter verstand man gute Menschen- und Volkskenntnisse, genauere Kenntnisse der Realitäten des Lebens sowie praktischen Sinn*”, AERSCHMANN 2014, p. 230.

²⁵⁴⁹ „*Er kennt das Recht und beherrscht die wissenschaftlichen Methoden seiner Anwendung. Er nimmt mit lebendigem Verständnis Anteil an den rechtlichen Mühen und Sorgen derer, die*

Non molto diversamente si esprimeva Hafter, professore ordinario per il diritto penale sempre a Zurigo, nel 1944: “Il legalismo da solo non basta. Gli si deve aggiungere la conoscenza della natura umana, l'esperienza di vita, solide convinzioni e una vita integra”.²⁵⁵⁰ Come mostrato con Luminati, lo stesso dicevano i giudici non professori, che chiedevano virtù e personalità, ormai volevano sostanzialmente dei giudici-eroi.²⁵⁵¹ È evidente: di fronte a tutto ciò lo spazio per i giurati – e per i non togati (*Laienrichter*) – nelle corde della loro accettazione da parte del sistema giuridico era sempre più ridotto all'osso.

12.2.2 La nuova esaltazione del giudice eroe-legalista: la tesi di Cavin “sulle giurie”

Negli anni '30 l'argomento giudiziario era il passaggio allo scabinato.²⁵⁵² La questione venne discussa anche a livello internazionale, tanto che al Congresso di diritto penale di Palermo del 1933 il sistema scabinale (definito là “collegio unico”) venne indicato come la via da seguire.²⁵⁵³

In Svizzera fu lo stesso. Grazie alla manipolazione del nome, la scabinizzazione continuava. A **Neuchâtel** nel 1938 (entrata in vigore 1945) il governo, dato che riteneva impossibile l'abolizione della giuria passando per il voto popolare, favorì uno scabinato senza toccare il nome.²⁵⁵⁴ Così pure il canton **Vaud**, che adottò le sue modifiche drastiche nel 1940 con la consapevolezza della manipolazione del nome.²⁵⁵⁵ Eliminò infatti la parola *jury* dalla legge, mantenendo quella di *jurés*. Sedevano ora in sei,

ihn anrufen. Er findet mit sicherem Entschluss einen den Prinzipien des Rechts entsprechenden Weg durch das Wirrsal der ihm unterbreiteten Konflikte. Mit der charaktervollen Kraft seiner sittlichen Persönlichkeit trotz er den Gefahren, die seinem klaren Denken und der Selbständigkeit seines rechtlichen Urteils drohen”, FRITZSCHE 1921, p. 25 (grassetto mio).

²⁵⁵⁰ “Mit Juristentum allein ist es nicht getan. Menschenkenntnis, Lebenserfahrung, gefestigte Überzeugungen, integre Lebensführung müssen dazukommen”, HAFTER 1944, p. 37.

²⁵⁵¹ LUMINATI/CONTARINI 2019 e la letteratura *ivi* citata.

²⁵⁵² Lo spiega anche HAUSER 1977, p. 276; EGGENSCHWILER 1947, p. 427, ricorda che passarono allo scabinato in Germania nel 1924, in Italia nel 1931, in Austria nel 1934 e nella Francia di Vichy nel 1941.

²⁵⁵³ V. GRAVEN 1938, p. 118a (che scrive per errore 1932); GRAVEN 1970, p. 106; questi i temi: “1. Per quali delitti è opportuno ammettere la competenza universale? 2. Il jury d'onore ed il delitto di diffamazione. 3. È auspicabile l'adozione, accanto al codice penale ed al codice di procedura penale, di un codice di esecuzione delle pene? 4. Occorre ammettere in materia penale il sistema della giuria o quello dell'arbitrato? 5. È opportuno considerare l'accusato come un testimone nel suo stesso processo? 6. Come ottenere una migliore specializzazione del giudice penale?”, trovati sul sito http://www.aidpitalia.org/index.php?option=com_content&task=view&id=23&Itemid=43

²⁵⁵⁴ KOCHER 1965, p. 44; i socialisti si erano fermamente opposti all'idea, CAVIN 1937 *échevinage*, p. 265.

²⁵⁵⁵ KOCHER 1965, p. 45.

accompagnando un presidente e due giudici a latere, decidendo tutti insieme sui fatti e il diritto.²⁵⁵⁶

Parallelamente si assiste però ad una novità: la messa in luce del giudice nel discorso sulle giurie. Un esempio è dato dalle ricerche di Cavin, segretario-redattore al TF.²⁵⁵⁷ Tra i tanti lavori che ho letto, questo è il primo così corposo²⁵⁵⁸ che in un'analisi espressamente dedicata alle giurie metteva il giudice giurista al centro.²⁵⁵⁹ Il tono veniva subito esplicitato nella premessa del lavoro: Cavin sosteneva che se la giuria era riuscita a mantenersi fino ad allora, non era certo per meriti propri, quanto piuttosto per la priorità data ad altri temi.²⁵⁶⁰ Sorprenderà forse, ma questo lavoro *di confine* mette decisamente più l'accento sull'operazione tecnica del buon giudice rispetto a quello che si dice nel discorso sulle giurie. Come prima citazione nel capitolo sulle qualità personali del giudice, Cavin si rifaceva direttamente a Binding²⁵⁶¹ e sosteneva che “il giudice penale ha come unica missione d'applicare la legge” e quindi doveva conoscere le leggi e il diritto in generale.²⁵⁶² Cavin inoltre manipolava la storia: sosteneva che il diritto svizzero conobbe i non togati (*Laienrichter*) solo dalla fine del 18° secolo, dopo secoli di dominazione dei giuristi. Le ragioni dell'istituzione della giuria erano quindi di ordine solo politico.²⁵⁶³ Per Cavin bisognava avere a

²⁵⁵⁶ PELLET 2010, p. 217; da allora la giuria non giudicò più che una manciata di casi all'anno, GRAVEN 1970, p. 109.

²⁵⁵⁷ CRIVELLI, PAOLA: “Pierre Cavin”, in: DSS, 27.11.2000 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/043834/2000-11-27/>: l'avvocato Cavin divenne poi professore straordinario di diritto penale e procedura penale, quindi ordinario di diritto civile e infine Giudice federale.

²⁵⁵⁸ C'erano comunque anche contributi puntuali che approcciavano lo stesso metodo, p.e. THORMANN 1934.

²⁵⁵⁹ Sebbene lo studio fosse del 1933, il volume fu pubblicato nel 1937 e ristampato nel 1938, anno del convegno nazionale della SSG sul tema delle giurie popolari (che presento nel prossimo sottocapitolo). Era dunque un'opera di stretta attualità, dal potenziale per dare il tono alla discussione.

²⁵⁶⁰ CAVIN 1937 *échevinage*, Avant-propos.

²⁵⁶¹ CAVIN 1937 *échevinage*, pp. 23 e 27; come mostriamo ora in LUMINATI/CONTARINI 2019, questa comunque non era la narrativa autodescrittiva dei giudici giuristi di quei periodi; si noti che nelle sue citazioni di Binding non era certo da solo. Anche Eggenschwiler 10 anni dopo lo citava copiosamente (v. sotto, cap. 13.1.2.2). Poi in un articolo ficcante contro le giurie popolari di 30 anni dopo: Jean Graven lo definì il “*grand Binding*”, riprendendo le sue parole secondo cui la giuria sarebbe stata adottata perché “*on avait perdu confiance dans les juges professionnels*”, GRAVEN 1967, p. 122 s. Ho mostrato ampiamente che questa narrazione in Svizzera è falsa, dato che la fiducia nei giudici giuristi al momento della svolta liberale semplicemente non c'era. Purtroppo, questa narrativa si è istaurata in modo durevole, persino il TF la ha usata recentemente in DTF 134 I 16, c. 4.2, p. 18.

²⁵⁶² “*Le juge pénal a donc pour unique mission d'appliquer la loi*”, CAVIN 1937 *échevinage*, p. 23.

²⁵⁶³ CAVIN 1937 *échevinage*, p. 24 ss.; gli sarebbe bastato leggere le pagine di Thormann per scoprirlo. Il concetto che i giurati avevano scardinato la presenza di giudici non togati (*Laienrichter*) permanenti nei tribunali svizzeri era p.e. un'ultima volta ribadito in THORMANN 1934, p. 15.

disposizione sostanzialmente giudici-eroi, siccome il giudice doveva compiere un “lavoro di classificazione, di coordinazione e di sintesi, il giudice dovrà impiegare uno spirito, non solamente aperto, illuminato e comprensivo, ma logico e soprattutto critico”.²⁵⁶⁴ Per giudicare doveva rispondere a questioni “spesso così gravi di conseguenze che devono essere decise con sufficiente sicurezza e con un’imparzialità sufficiente per un solo individuo”. Considerava comunque più adeguato decidere in un collegio.²⁵⁶⁵

Sulla questione se il giudice dovesse essere stabile o temporaneo, sosteneva che la routine poteva meglio creare **compassione** rispetto agli elementi dell’inchiesta.²⁵⁶⁶ Sulla questione se potesse essere non togato, sottolineava che i “profani” (non giuristi, *Laien*) non erano qualificati per rendere giustizia (*rendre justice*), mancavano d’esperienza, erano ingenui, non riuscivano a cogliere quali elementi di prova fossero determinanti, anche loro avevano pregiudizi e non possedevano né un’esperienza di vita più grande, né un buon senso migliore dei giudici. Soprattutto “certo c’è la legge, ma il “profano” la contrasterà volentieri”.²⁵⁶⁷

Finiva la tirata negando che per questioni politiche fosse necessario avere i giudici non togati (nel senso sì di *Laien*, ma in questo caso di giurati), dato che l’indipendenza politica era garantita dall’applicazione della legge. Era quindi il legislatore a dover mantenere il contatto con l’opinione pubblica. La partecipazione del popolo all’amministrazione della giustizia aveva al massimo una funzione educatrice, nel senso di far capire la serietà e la grandezza (*le sérieux et la grandeur*) di questo compito statale, nonché la sua difficoltà.²⁵⁶⁸

Entrando nella parte di analisi dell’attualità, spiegava che “si è generalmente molto soddisfatti del nuovo tribunale criminale bernese”.²⁵⁶⁹ Sosteneva inoltre che l’invenzione dello scabinato in Svizzera era da retrodatare ed assegnare al patrizio vodese Samuel Clavel, che nel 1820 aveva partecipato ad un concorso di idee per istituire una giuria moderna nel

²⁵⁶⁴ “A ce travail de classification, de coordination et de synthèse, le juge devra apporter un esprit, non seulement ouvert, éclairé et compréhensif, mais logique et surtout critique”, CAVIN 1937 échevinage, p. 29; sul ruolo di queste auto-narrative mitizzanti della giustizia che, come qui, riflettevano poi su chi parlava dell’amministrazione della giustizia, v. LUMINATI 2007.

²⁵⁶⁵ “D’autre part, les questions que le juge pénal a à résoudre sont souvent si graves de conséquences qu’elles ne sauraient être tranchées avec assez de sûreté et avec une impartialité suffisante par un seul individu”, CAVIN 1937 échevinage, p. 35.

²⁵⁶⁶ Ed ecco quindi l’attenzione alla persona più che al problema come indicato nelle righe precedenti. Che poi si trattasse di un approccio paternalista, è un altro problema.

²⁵⁶⁷ “il y a bien la loi, mais le laïque se posera volontiers en critique de celle-ci”, CAVIN 1937 échevinage, p. 43; queste argomentazioni sono tuttora espresse negli ambiti giuridici, v. LUMINATI/CONTARINI 2019.

²⁵⁶⁸ CAVIN 1937 échevinage, p. 47 ss.

²⁵⁶⁹ “on est en général très satisfait du nouveau tribunal criminel bernois”, CAVIN 1937 échevinage, p. 164.

canton Vaud.²⁵⁷⁰ Insomma lo scabinato era roba svizzera! La costruzione della Storia aveva di nuovo un ruolo centrale per la definizione delle strategie da adottare sull'organizzazione giudiziaria e per la definizione delle dinamiche d'appartenenza svizzero/straniero. Cavin infine massacrava la giuria, colpevole a suo dire di "non adempiere il suo ruolo, ovvero difendere la società e lottare contro la criminalità".²⁵⁷¹ Si rendeva conto delle difficoltà nel chiedere di eliminarla.

Dovendo proporre una soluzione non propendeva comunque per lo scabinato. Piuttosto chiedeva un tribunale composto di soli giudici permanenti, giuristi se possibile. Anche un tribunale composto da soli *Laienrichter* permanenti sarebbe andato bene.²⁵⁷² Comunque Cavin sosteneva che a Berna il passaggio allo scabinato era frutto di un inganno (*on a trompé le corps électoral*), nel canton Vaud bisognava quindi passare dall'esercizio della revisione costituzionale – portando quindi il popolo al voto.²⁵⁷³ Come indicato nelle righe sopra, non fu ascoltato.

12.3 La SSG 1938: Pfenninger vs. Graven e il nuovo ruolo del tecnicismo

12.3.1 La difesa paternalista: Pfenninger, paladino delle giurie classiche

Le giurie popolari classiche hanno trovato un'inaspettata e importante voce a loro difesa tra l'inizio del Novecento e la metà del secolo: quella di Hans Felix Pfenninger.²⁵⁷⁴ Dottore in diritto, fu allievo sia di Binding, sia di von Liszt. Era procuratore penale a Zurigo parallelamente all'epoca di Franz Stämpfli alla Confederazione²⁵⁷⁵ e fu professore straordinario e poi ordinario per diritto penale e procedura penale a Zurigo, subentrando a Hafter.²⁵⁷⁶ Si

²⁵⁷⁰ CAVIN 1937 *échevinage*, p. 192; l'opera in due volumi di Clavel si intitola "Mémoires envoyés au concours annoncé par le programme officiel du 10 août 1819, sur cette question "Convient-il d'introduire dans le canton de Vaud l'institution du jury, pour les causes criminelles?": précédés dudit programme et suivis du délibéré du Conseil d'Etat qui a adjugé le prix et les accessit", Lausanne 1820.

²⁵⁷¹ "le jury ne remplit pas son rôle qui est de défendre la société et de lutter contre la criminalité", CAVIN 1937 *échevinage*, p. 257.

²⁵⁷² Si tratta della prima volta che i giudici non togati (*Laienrichter*) vennero usati per cercare di abbattere le giurie popolari, esercizio poi compiuto in particolare da Hauser decenni dopo, v. sotto, npp. 2747.

²⁵⁷³ CAVIN 1937 *échevinage*, p. 264 s.

²⁵⁷⁴ WALDER 1991; una biografia sui contributi sulle giurie popolari, tra cui quelli di Pfenninger dal 1918, si trova ora in CONTARINI/BERNASCONI 2014, p. 189 ss.

²⁵⁷⁵ PFENNINGER 1932, p. 712, criticava apertamente Stämpfli in particolare nel suo atteggiamento contro le giurie nel caso Bassanesi. Non gli andava giù che i giurati potessero essere definiti inadatti a prescindere.

²⁵⁷⁶ Nella miscellanea conclusiva della sua carriera, PFENNINGER 1966, si trova la raccolta delle sue opere maggiori.

noti bene, nonostante la passione per le giurie, che era a favore di un'unificazione della procedurale penale, che considerava indivisibile dall'unificazione del penale materiale.²⁵⁷⁷

Pfenninger era lo strenuo difensore della giuria classica all'inglese, in particolare di alcune sue particolarità che a suo dire la facevano preferire allo scabinato. Anzitutto sosteneva che la giuria fosse un'istituzione mondiale (*Weltrechtsinstitution*), per la quale bisognava essere grati, dato che aveva permesso di rinnovare la giustizia elvetica. A suo modo di vedere la procedura con la giuria (all'inglese) era possibile solo nell'ambito di un processo moderno.²⁵⁷⁸ Sosteneva inoltre che il ruolo principale della giuria fosse garantire la popolarità (*Volkstümlichkeit*) della giurisdizione penale.²⁵⁷⁹ Era però del tutto consapevole, che in Svizzera ci fossero anche i giudici non togati (*Laienrichter*), per cui indicava che la questione elvetica sulla giuria non era la classica "giuristi contro *Laien*" quanto piuttosto "giurisdizione permanente contro giurisdizione intermittente", dove comunque la giurisdizione intermittente per pura fattualità era composta da non togati.²⁵⁸⁰

La preferenza per la giuria popolare era per lui funzionale alla creazione di fiducia nella popolazione sull'amministrazione della giustizia, lo strumento era lasciare il giudizio dei fatti e la comprensione psicologica alla percezione immediata della giuria, dato che per questo compito non era certo necessario essere giuristi, anzi i non togati che intervenivano saltuariamente erano più attenti e recettivi che non i giudici calati nella loro routine.²⁵⁸¹ Per la sussunzione, sosteneva la necessità di studiare giurisprudenza per anni. Indicava inoltre che per motivi pratici una distinzione tra fatti e diritto non era possibile.²⁵⁸² Insomma, da professore di diritto che era, ribadiva la differenza fra giuristi e popolo, sebbene poi cercasse di relativizzare che nell'operazione del diritto si potesse realmente ricreare una differenza così chiara. Passata con poca attenzione quella parte discorsiva, strategicamente spaccava poi il capello sulla distinzione fra la decisione sulla colpevolezza e

²⁵⁷⁷ PFENNINGER 1955, p. 199; d'altronde anche (alcuni) germanisti tedeschi del 1847 vedevano bene sia la giuria, sia l'unificazione, v. KERN 1982, p. 85.

²⁵⁷⁸ Portando la divisione dei poteri, la pubblicità e l'immediatezza, il libero apprezzamento delle prove e il principio del *nemo tenetur se ipso accusare*, PFENNINGER 1966 (1929), p. 253 ss. Noto qui di sfuggita che proprio il principio *nemo tenetur* è oggi messo in pericolo dalla società del controllo.

²⁵⁷⁹ PFENNINGER 1966 (1929), p. 251.

²⁵⁸⁰ PFENNINGER 1966 (1929), p. 256.

²⁵⁸¹ PFENNINGER 1966 (1929), p. 258 ss., un pensiero non molto distante dal *Totaleindruck* di metà Ottocento.

²⁵⁸² PFENNINGER 1966 (1929), p. 261. Va qui notata la contraddittorietà di Pfenninger, dato che in realtà quella distinzione fatti-diritto era tipica "francese" e non invece rüttimaniiana, sebbene Pfenninger lo citasse a piene mani... è qui allora chiaro come mai il TF ebbe gioco facile a condannare la giuria proprio puntando alla differenza fatti-diritto: da chi avrebbe potuto trovare un'opposizione credibile, dal momento che quella motivazione gliela fornivano proprio i tifosi della giuria classica? Sull'abolizione giudiziale della giuria v. meglio sotto, cap. 13.1.4.

quella sulla pena,²⁵⁸³ senza accorgersi che il suo approccio era già destinato ad essere abbattuto da chi, come lui, era pieno di autocomprensione sul ruolo irrinunciabile dei giuristi per la sussunzione.²⁵⁸⁴

La voglia di difendere la giuria popolare da parte di Pfenninger è espressione di un atteggiamento paternalista tipico dei giuristi moderni, che si ritrova con chiarezza, nella battaglia per non vedere il presidente della Corte seduto nella Camera di consiglio con i giurati. La considerava “un tipo di sorveglianza tutoria” (“*eine Art Schutzaufsicht*”), “un’istitutrice che preservi [la Camera di consiglio] dalle stupidità” (“*eine Gouvernante, um sie vor Dummheiten zu bewahren*”). Per Pfenninger era quindi importante, che la *Rechtsbelehrung* (ovvero la spiegazione che il presidente faceva ai giurati della situazione giuridica, non il *Résumé*) avvenisse adempiendo il principio di pubblicità.²⁵⁸⁵ Dare accesso al presidente da solo nella Camera di consiglio sarebbe stato, a suo modo di vedere, come cercare di influenzare i giurati e quindi mettere in discussione i tribunali popolari.²⁵⁸⁶ Ricordava che, se veramente la presenza del giudice fosse stata irrilevante nella Camera di consiglio, allora non si sarebbe capito come mai per decenni in Germania si lottò per adottare lo scabinato al posto della giuria classica.²⁵⁸⁷ Infatti si schierava contro lo scabinato proprio perché qualsiasi influenza (*Einwirken*) sui giurati era sottratta al controllo pubblico, fattore che lo portava a sostenere la giuria classica.²⁵⁸⁸ Sosteneva addirittura, senza uno straccio di prova, che in uno scabinato i giudici avrebbero visto i giurati come un peso inutile.²⁵⁸⁹

Le intenzioni di Pfenninger erano buone: voleva difendere i giurati dall’accusa che fossero stupidi. Voleva evitare che venissero influenzati. Ma era sicuro che fossero influenzati? Si trattava dell’ennesimo giurista che costruiva il suo popolo in logica paternalista: non un popolo stupido, ma certo nemmeno capace dell’operazione tecnica. Inoltre, era distante dallo *Zeitgeist*: mentre la strategia per eliminare le giurie passava dall’integrazione fra giurati e giudici, lui costruiva un nuovo muro, peraltro più alto di quello già esistente costruito da Rüttimann.

Questo approccio paternalista di Pfenninger emerge chiaramente laddove si dichiarava d’accordo nell’eliminare la giurisdizione delle AF sui delitti contro Stati esteri, dato che – come a suo dire aveva mostrato il caso Conradi – le questioni potevano essere così passionali, che l’indipendenza della giuria

²⁵⁸³ PFENNINGER 1966 (1929), p. 262.

²⁵⁸⁴ Ancora nel 1966 discuteva di partecipazione (*Beteiligung*).

²⁵⁸⁵ PFENNINGER 1932, p. 711.

²⁵⁸⁶ PFENNINGER 1932, p. 712.

²⁵⁸⁷ PFENNINGER 1966 (1929), p. 258.

²⁵⁸⁸ PFENNINGER 1966 (1929), p. 264

²⁵⁸⁹ PFENNINGER 1966 (1929), p. 265; come ho mostrato con alcuni testi di giudici e avvocati in CONTARINI/BERNASCONI 2014, non è vero che i giudici fossero così infastiditi dai giurati; sul concetto di *order from noise* v. sopra, 11.3.5.

avrebbe potuto porre problemi a un giudizio composto secondo le necessità del caso. C'era il rischio che decidessero esprimendo più il sentire popolare, che non l'opportunità politica di talune decisioni.²⁵⁹⁰ Infine non solo si contraddiceva, mostrando il fastidio di avere una giuria libera, ma non riusciva nemmeno a notare che il caso Conradi fosse una perla di strategia giudiziaria, di pura manipolazione da parte non solo degli avvocati, ma pure dei giudici, che avevano scaricato il barile sui giurati.

12.3.2 La chiarezza di Graven, il populismo di Pfenninger: il Juristentag 1938

Il 1938 fu il momento della verità. Il luogo: il convegno della SSG. Al Pfenninger 52enne professore straordinario e giudice divisionario militare si contrappose il 39enne Jean Graven, penalista vallesano, in quegli anni cancelliere del TFA a Lucerna, futuro rettore a Ginevra e primo direttore della Rivista internazionale di criminologia e polizia tecnica. Dagli anni '50 fu famoso in tutto il mondo.²⁵⁹¹ Da quel 1938 fu il più feroce oppositore alle corti d'assise, anzitutto nella sua forma di giurie popolari classiche. Consegnò un rapporto di 213 pagine sulla storia delle corti d'assise svizzere e del passaggio allo scabinato, la sua formazione di storico del diritto gli permise di andare a fondo scientificamente in un lavoro ancora oggi pregevole, sebbene decisamente schierato. Probabilmente Pfenninger non se lo aspettava, ne consegnò 50, molto incentrate sul dibattito coevo.

Nel suo testo Pfenninger solleticava antiche mitologie svizzere.²⁵⁹² Sosteneva che la recezione del diritto romano non ci fosse stata, mentre c'erano i funzionari (*rechtsgelehrte Stadt- und Ratschreiber*) che usavano la CCC, così lontana dal popolo, contro cui vennero adottate le giurie in rappresentanza del popolo. Ed infatti osservava che erano proprio i giuristi a chiedere a gran voce lo scabinato.²⁵⁹³ La sua strategia era quella della paura: quando c'erano stati tribunali composti solo da giuristi, era stata la catastrofe: inquisizione, procedura scritta e segreta, tortura e teoria della prova legale, la giuria era quindi l'argine contro l'arbitrio. Lo scabinato era da rigettare, dato che metteva in questione il principio di immediatezza e la pubblicità della *Rechtsbelehrung*.²⁵⁹⁴ La fiducia riposta nel popolo rendeva infine superflua la motivazione del verdetto.²⁵⁹⁵ Il suo era un vero e proprio attacco all'eventualità che il presidente potesse partecipare alla camera di consiglio

²⁵⁹⁰ Tengo qui a sottolineare che anche PFENNINGER 1932, p. 713, nota l'indipendenza delle giurie come problema intrinseco del rapporto fra diritto e politica, e non invece la loro parzialità come invece sostiene Cerutti (nell'ambito del caso Bassanesi), v. sopra, npp. 427.

²⁵⁹¹ PONCET, DOMINIQUE: "Jean Graven", in: DSS, 07.07.2004 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/016290/2004-07-07/>; v. anche BOLLE 1988.

²⁵⁹² Per una prima Storia demitologizzata del diritto penale svizzero v. LUMINATI 2010.

²⁵⁹³ PFENNINGER 1938, p. 714a ss.

²⁵⁹⁴ PFENNINGER 1938, p. 721a.

²⁵⁹⁵ PFENNINGER 1938, p. 740a s.

con i giurati. Già anni prima aveva sostenuto che non si sarebbe più potuto controllarne l'influsso sulla giuria.²⁵⁹⁶ Nel dibattito spiegò più a fondo: nella Camera di consiglio la corte i giurati e i giudici non sarebbero stati sullo stesso piano gerarchico, al fine di tutelarli.²⁵⁹⁷

La discussione veniva condotta da Pfenninger, non in modo originale, ma contraddittorio, solleticando la semantica dello straniero. Nel testo condannava lo scabinato come forma giurisdizionale straniera (tedesca) tipica degli stati autoritari.²⁵⁹⁸ Contraddittoriamente – e tristemente, a pensarci oggi – nel dibattito invece sosteneva che sebbene in altri punti non condividesse le opinioni del nazismo, vedeva di buon occhio l'idea della “comunità popolare” (“*Volksgemeinschaft*”) e della responsabilità individuale come antidoti alla lotta e all'odio di classe. La partecipazione popolare al processo era a suo dire uno degli strumenti migliori per collegare l'amministrazione della giustizia alla *Volksgemeinschaft*.²⁵⁹⁹

A differenza di Pfenninger, Graven non si era ancora esposto sul tema della giuria. Il suo rapporto alla SSG era suddiviso in una parte storico-normativa, una parte di confronto (e critica) delle tesi a favore delle giurie classiche, una terza parte sulle riforme effettuate, una parte finale sull'evoluzione coeva.²⁶⁰⁰ Sosteneva che lo scabinato fosse la forma giurisdizionale storica tipica della Svizzera.²⁶⁰¹ Nella dialettica fra smontaggio delle tesi a favore e le pesanti critiche all'istituzione, ad esempio a causa dell'elezione politica dei giurati componendo delle liste su cui non c'era alcun interesse,²⁶⁰² si mostrava particolarmente irritato dalle assoluzioni, i giurati erano troppo rigidi con le prove.²⁶⁰³ Per sostenere l'abbandono delle giurie classiche, notava che la questione della colpevolezza o della decisione sui fatti era stata sempre dibattuta nella scienza giuridica elvetica e ribadiva che fatti e diritto non erano scindibili.²⁶⁰⁴ Notava inoltre che il verdetto non motivato non permetteva alcun controllo, non molto dissimile da un'ordalia. Non permetteva la creazione di costanza, né di stabilità. Intralciava, citando Gautier, sulla strada del progresso. Graven si schierava decisamente contro la casualità.²⁶⁰⁵ Era un tecnicista, proponeva addirittura un “servizio giudiziario obbligatorio” (*service judiciaire*

²⁵⁹⁶ PFENNINGER 1932, p. 711.

²⁵⁹⁷ SSG 1938 - Protokoll, p. 847a s.

²⁵⁹⁸ PFENNINGER 1938, p. 734a.

²⁵⁹⁹ SSG 1938 - Protokoll, p. 845a.

²⁶⁰⁰ GRAVEN 1938.

²⁶⁰¹ GRAVEN 1938, p. 27a.

²⁶⁰² GRAVEN 1938, p. 40a ss.

²⁶⁰³ p.e. GRAVEN 1938, p. 36a, 52a ss., 90a. ss., 109a, 139a (dove sosteneva che l'alta quota di assoluzione anche dei tribunali ordinari era dovuta alla presenza dei *Laienrichter*) e nel SSG 1938 - Protokoll, p. 829a npp. 2 e 831a.

²⁶⁰⁴ GRAVEN 1938, p. 47a ss.; ROTHENBERGER 1903, p. 321 ss., sosteneva che si trattasse di una conseguenza della dottrina filosofica hegeliana, su cui era critico.

²⁶⁰⁵ GRAVEN 1938, p. 57a ss.

obligatoire), l'eliminazione della ricusa arbitraria,²⁶⁰⁶ l'abolizione dell'interrogatorio incrociato e perorava una *Rechtsbelehrung* che andasse in profondità.²⁶⁰⁷ Per "l'uomo della strada" ("*l'homme de la rue*") secondo Graven le questioni a cui bisognava rispondere in un processo erano troppo imprecise e inestricabili, una "*tour de Babel*".²⁶⁰⁸ La giuria era insomma "indiscutibilmente, il trionfo del culto dell'incompetenza" ("*indiscutablement, le tromphe du culte de l'incompétence*"), un elemento giurisdizionale paradossale dato che, citando Vidal, aveva "in sé tutte le qualità che un giudice non doveva avere" ("*a toutes les qualités que le juge ne doit pas avoir*").²⁶⁰⁹ La giuria era "inutile e francamente nociva".²⁶¹⁰

Sosteneva poi, che l'unica missione del giudice penale fosse applicare la legge penale, il giudice doveva esserne il servitore.²⁶¹¹ Graven proponeva di passare al modello ginevrino, allo scabinato o anche al tribunale misto con i giudici non togati (*Laienrichter*).²⁶¹² Nonostante queste ipotesi di "miglioramento", sperava nell'abolizione *tout-court* delle corti d'assise in tutte le loro espressioni. Voleva "una giustizia vera esercitata da magistrati veri".²⁶¹³ Sulla questione del nome, Graven sosteneva che fosse necessario cambiare la costituzione.²⁶¹⁴ Nel dibattito, che vide la partecipazione di molte voci con le proprie esperienze personali pro o contro, in cui Pfenninger costatava di essere in minoranza,²⁶¹⁵ l'assemblea rifiutò però di esprimersi pro o contro le giurie popolari.²⁶¹⁶ Thormann fece pervenire una presa di posizione che cercava di scardinare il bisogno di riforma della costituzione e proponeva che si parlasse di "vecchie e nuove corti d'assise" ("*altes und neues Geschworenengericht*"), dato che il termine scabinato individuava una giurisdizione medievale che nulla aveva a che fare con quella che si adottava in Svizzera.²⁶¹⁷

12.4 La trappola della certificazione dell'asimmetria

12.4.1 Cercare comparazioni asimmetriche

L'approccio del mio studio ha suggerito che la giuria popolare sia un'istituzione impostasi nei cantoni più importanti della Svizzera anzitutto

²⁶⁰⁶ GRAVEN 1938, p. 72a s.

²⁶⁰⁷ GRAVEN 1938, p. 82a s.

²⁶⁰⁸ GRAVEN 1938, p. 88a.

²⁶⁰⁹ GRAVEN 1938, p. 154a.

²⁶¹⁰ SSG 1938 - Protokoll, p. 837a.

²⁶¹¹ GRAVEN 1938, p. 157a.

²⁶¹² GRAVEN 1938, p. 185a.

²⁶¹³ "*une vraie justice exercée par de vrais magistrats*", GRAVEN 1938, p. 170a.

²⁶¹⁴ GRAVEN 1938, p. 185a.

²⁶¹⁵ SSG 1938 - Protokoll, p. 870a.

²⁶¹⁶ SSG 1938 - Protokoll, p. 873a.

²⁶¹⁷ SSG 1938 - Protokoll, p. 857a.

come creazione artificiale dei giuristi, innestando una differenza funzionale fra giuristi e giurati che avrebbe permesso ai giuristi (assieme ad altre innovazioni qui non oggetto di studio) di prendere il predominio sul sistema giuridico, inizialmente campo dei “profani” (non togati, *Laien*).

Questa idea si è sviluppata in me in modo assolutamente autonomo e anche per me è stata sorprendente, siccome si tratta di una storia tendenzialmente non raccontata e non è conforme alla narrativa dominante dell’ineluttabilità del dominio dei giuristi sul diritto. Dal punto di vista tecnico, i giuristi hanno operato una ri-asimmetrizzazione nella differenza *Laien*/giuristi, che doveva ora diventare una differenza giuristi/*Laien*: dove i giuristi professionisti prima erano i malvoluti,²⁶¹⁸ ora questi si appropriavano della parte interna della differenza.

Hesse ha sostenuto che l’idealizzazione dei giuristi su di sé ricorda la pseudoscientificità con cui gli uomini nella storia sono riusciti ad escludere le donne nello studio e nella professione.²⁶¹⁹ L’idea è stimolante, per questo motivo per sviluppare dal punto di vista teorico questa ipotesi mi sono rivolto agli scritti Luhmann e Esposito sulla differenza uomini/donne.²⁶²⁰ Nei loro testi, basati sulle teorie del matematico George Spencer Brown e del logico Gotthard Günther, hanno cercato di osservare i metodi di lotta delle donne nel loro cercar di essere riconosciute all’interno di una società che le discrimina. A differenza loro, che analizzano la logica di chi lotta per non essere più discriminato, io verifico se quegli strumenti teorici possano essere utilizzati anche per analizzare la logica di chi crea l’alterità per dominarla.

Esorrò quindi anzitutto brevemente la loro idea, per poi trarre delle conclusioni su ciò che è successo ai non togati (“profani”, *Laien* intendendo anche i giurati), in particolare considerando ciò che fece Pfenninger negli anni ‘30 del Novecento per cercare di salvare le giurie.

12.4.2 L’asimmetria uomo/donna come rimasuglio logico nella società moderna

Luhmann spiega che la differenza uomo/donna è atavica ed era gerarchica, sebbene sia un errore pensare che fosse solo una differenza sopra/sotto. Essa era pure asimmetrica, potendo l’uomo rappresentare il tutto nel tutto.²⁶²¹ La donna era l’altro lato della differenza e la si considerava parte

²⁶¹⁸ Ancora oggi, mi spiegava un’archivista del Canton Appenzello esterno, nel nord-est elvetico chi si dà arie sapienziali viene ammonito, pregandolo di “non fare il *Doktor*”. Sulla storiella di *Bartele e Baldele* v. sopra, cap. 5.1.

²⁶¹⁹ HESSE 1998, p. 13.

²⁶²⁰ LUHMANN 1988 *Frauen*; ESPOSITO 2003 (1992).

²⁶²¹ “*By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband*”, frase di William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Oxford 1765, p. 430, che simbolizza la pretesa rappresentatività del tutto da parte degli uomini.

della differenza, riconoscendole peraltro una certa identità, ad esempio una morale femminile.²⁶²² In questo modo l'uomo poteva definirsi in quanto non-l'altro, lasciando che la donna fosse il suo punto cieco (*blinde Fleck*).²⁶²³ Nella modernità quella differenza presuntamente ontologica ha ormai poco da cercare. L'ottica sociale è cambiata e il paradosso della modernità si trova ora nel problema dell'indistinguibilità di ciò che viene distinto (*Ununterscheidbarkeit des Unterschiedenen*).²⁶²⁴ Un'evoluzione possibile grazie anzitutto all'arrivo dei romanzi, che hanno portato con sé l'individualizzazione, rendendo l'asimmetria oggetto di osservazione di secondo ordine ("come sono osservati gli osservatori?") come nuovo modo normale di operare della società nella sua rappresentazione della realtà.²⁶²⁵ La risposta, ovvero lo scioglimento del paradosso nella modernità, è ora lo spostamento del problema nel futuro. Ecco, ad esempio, che il movimento femminista post-strutturalista, connotato da un alto tasso di autoreferenzialità, per combattere il dominio dell'uomo sulla donna si ritrova nella contraddizione di usare la differenza donne/uomini per ottenere, in futuro, l'uguaglianza fra donne e uomini.²⁶²⁶

In tutto ciò un'analisi policontesturale può contribuire indicando che l'uomo ha perso il suo ruolo di rappresentazione del tutto, la differenza uomo/donna è quindi utilizzata nella società individualista e funzionale solo per categorizzare alcune scelte tecniche dei sistemi funzionali. Si tratta ora di una differenza sempre questionabile, ri-inserita (*re-entry*) nel sistema al livello del programma, diventando quindi parte del terzo escluso.²⁶²⁷ Il superamento della preferenza per un ordine gerarchico, così Esposito, è possibile quindi solo laddove socialmente le condizioni di plausibilità che una parte riesca a rappresentare il tutto (ovvero una dura asimmetria) vengano meno.²⁶²⁸ Con il passaggio alla modernità tecnicizzata non sono infatti state più richieste codifiche binarie rigide (come lo era, per l'appunto, la differenza uomo/donna), quanto piuttosto codici dall'asimmetria debole, che permettano il *crossing* e che diano al valore principale e al valore opposto quasi lo stesso significato. Il codice funziona così con un *re-entry*: il paradossale re-inserimento del terzo escluso (che nel diritto sono ad esempio la decisione o il programma normativo). Come già ampiamente mostrato, la particolarità della modernità è infatti che il sistema è bistabile, in

²⁶²² LUHMANN 1988 Frauen, p. 51 ss.

²⁶²³ ESPOSITO 2003 (1992), p. 65.

²⁶²⁴ LUHMANN 1988 Frauen, p. 56.

²⁶²⁵ LUHMANN 1988 Frauen, p. 56.

²⁶²⁶ LUHMANN 1988 Frauen, p. 64; ESPOSITO 2003 (1992), p. 78, npp. 17; ringrazio qui Julia Hagi per i tanti bei momenti in cui abbiamo parlato di femminismo, che mi hanno permesso di problematizzarmi a fondo, ma su cui ho ancora molto da riflettere e interiorizzare.

²⁶²⁷ LUHMANN 1988 Frauen, p. 64.

²⁶²⁸ ESPOSITO 2003 (1992), p. 75

un'oscillazione data dall'auto-osservazione, da qui la necessità di disporre di valori facilmente intercambiabili.²⁶²⁹

12.4.3 L'asimmetrizzazione fra i giuristi, i *Laienrichter* e i giurati

Come già spiegato, osservare qualcosa significa operare una differenza, creando l'oggetto osservato e il mondo che lo attornia. La differenza è asimmetrica, non è una semplice classificazione, siccome nasce storicamente da un'unità, creando un "contrario di un contrario" (*als Gegenteil seines Gegenteils*).²⁶³⁰ Un lato della differenza prende il sopravvento sull'altro, senza però voler questo significare che la differenza non sia invertibile. Si tratta piuttosto di una rappresentatività del tutto.²⁶³¹ Luhmann spiega che l'utilizzo di differenze asimmetriche è facilitato laddove la struttura sociale permetta una rappresentazione della società nella società. La struttura moderna, ugualitaria per definizione, non permetterebbe posizioni di dominio non questionabili. Possono trovare spazio, così il tedesco, solo quelle differenze che hanno un'asimmetrizzazione leggera e permettono facilmente il *crossing*.²⁶³² Un *crossing* bistabile che nella modernità giuridica è garantito dall'osservazione di secondo ordine del processo giudiziario, dell'istituzione di moderni avvocati-scienziati del diritto (i professionisti) e dall'organizzazione del tribunale.²⁶³³

Come mostrato nel capitolo sulla professionalizzazione,²⁶³⁴ per i giuristi la differenza giuristi/Laien agisce ed è stata sviluppata in modo equipollente al codice del diritto: i giuristi vogliono stare dalla parte del valore "diritto", i non togati (*Laienrichter*) e i giurati vengono costruiti come l'alterità che sta dalla parte del valore "non-diritto". Si tratta di una distinzione individualizzabile nella mitizzazione del giurista ottocentesco, dello scienziato incaricato di sistematizzare il diritto, compreso il cosiddetto "spirito popolare" o la "coscienza popolare", e di occuparsi del momento giudiziale in tribunale.

In Svizzera questa narrativa non poteva funzionare: i non togati (*Laienrichter*) erano già nei tribunali, eletti dal collettivo. Quello che i giuristi dovevano fare era quindi anzitutto abbattere la differenza: i giuristi dovevano essere considerati popolo. La novità delle giurie nella narrativa tedesca veniva giusto all'uopo: come spiegava Mittermaier, in realtà un giurista non era certo diverso da un giurato quando si trattava di operare con un sistema probatorio basato sul libero apprezzamento. Uguagliati i giuristi

²⁶²⁹ LUHMANN 1988 Frauen, p. 60 s.; non stupisce che la prima giurista donna svizzera, Emilie Kempin-Spyri, fosse allieva di un romanista, Albert Schneider. V. sul tema DELFOSSE 1994.

²⁶³⁰ LUHMANN 1988 Frauen, p. 51.

²⁶³¹ LUHMANN 1988 Frauen, p. 52.

²⁶³² LUHMANN 1988 Frauen, p. 60.

²⁶³³ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 332 e 532.

²⁶³⁴ V. sopra, cap. 6.3.

con il popolo (la rivoluzione del *Sonderbund* evidentemente diede le condizioni strutturali per far accettare con la violenza questa uguaglianza), si trattava di integrare nel processo, in chiave ugualitaria, i giuristi e i giurati. Con la giuria di Rüttimann l'asimmetria veniva sostituita da un'uguaglianza formale ma non materiale: il giudice sì da una parte, il giurato sì dall'altra, ma il giurato liberamente giudicando sulla colpevolezza era sostanzialmente ancora un giudice. Si trattava – surrettiziamente – di garantire logiche di inclusione.

Creando contemporaneamente la fede legalista, il giurista-sacerdote poteva nel solco evolutivo creare una nuova direzione della simmetria. Creata la differenza giudice-giurato (*draw a distinction!*)²⁶³⁵ il giurato non possedendo più la memoria del sistema, ora sincronizzata con la professione e l'organizzazione, diventava il lato oscuro della differenza. L'unica opposizione possibile alla capacità dominatrice di quell'asimmetria era vietare semplicemente gli avvocati: cosa che venne fatta in gran parte della Svizzera fino a quando la nuova Cost. 1874 non impose la nazione e con essa la libera circolazione dei professionisti.

La differenza giuristi/giurati non era il vero obiettivo dei giuristi. I più sprovveduti non se ne resero conto. Pfenninger, ad esempio, difendendo i giurati dall'alto della sua autorevolezza tecnica e pratica non faceva altro che riperformare la differenza asimmetrica. Come detto, questa differenza non impedisce momenti di *crossing*, ma rimane asimmetrica. Esaltare le capacità dei giurati non cambia il problema che per il sistema giuridico il valore narrativo di riferimento è l'essere accoppiato strutturalmente con la professione/organizzazione dei giuristi. La narrativa eroica sui professionisti rese inutile la differenza giuristi/giurati, tanto che esse vennero assorbiti come scabini. La democratizzazione degli studi accademici (che tolse rappresentatività politica alle giurie e aumentò l'accesso alla carriera giudiziaria),²⁶³⁶ mise in crisi, questa la mia idea, pure lo scabinato. Al suo posto si garantiva ora un tribunale costituzionale nei cantoni, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) a livello federale.²⁶³⁷

E i non togati (*Laienrichter*)? Come spiegato sopra, il codice abbisogna di asimmetrie deboli. I *Laienrichter* a Zurigo dagli anni Novanta del Novecento per riuscire a salvarsi hanno creato un'associazione di categoria,

²⁶³⁵ LUHMANN 1988 Frauen, p. 48, citando Spencer Brown.

²⁶³⁶ In Svizzera l'inclusione di vari strati di popolazione nella struttura giudiziaria grazie alla democratizzazione degli studi è viepiù messa in pericolo. Il Corso di studi avanzati "Judikative" dell'Accademia svizzera per giudici a Lucerna (*Richterakademie*) costa 12'000 CHF e sempre più la prassi chiede l'assolvimento di costosissimi LLM all'estero per i posti meglio pagati. Sulla formazione contemporanea dei giuristi svizzeri v. ora WALTER/CONTARINI 2021.

²⁶³⁷ V. ora LUMINATI/CONTARINI 2019.

fornendo corsi giuridici.²⁶³⁸ Come nota Esposito, sottolineare la propria diversità in un momento di auto-referenza quando si è nella parte bistrattata della differenza è un'arma a doppio taglio, siccome “la cecità dell'osservatore osservato diventa impotenza dell'osservatore osservante”.²⁶³⁹ Creare l'associazione dei giudici non togati (*Laienrichter*) nulla ha potuto contro l'avanzata dei giudici giuristi, anzi verosimilmente ha persino contribuito a segnalare il peggioramento delle cose, certificando la differenza basata sul sapere.²⁶⁴⁰

Rimanendo nella frase di Blackstone citata qui sopra, i giuristi svizzeri sono ormai quasi riusciti a prendersi la posizione che il marito aveva nei confronti della moglie d'antico regime: sono una parte del tutto, ma rappresentano il tutto. La differenza giuristi/*Laien* – anche grazie al passaggio intermedio giuristi/giurati – è diventata troppo ampia. Troppo grande la differenza di aspettative del sistema sull'inclusione professionale dei giudici, soprattutto oggi che ci sono più studenti e studentesse di giurisprudenza in assoluto.

Mi si permetta di dare un consiglio non richiesto, da giurista che parla per gli altri: se i non togati (*Laienrichter*) vogliono di nuovo trovare un ruolo nel diritto, devono allora lottare per l'entrata di nuove professioni nelle corti: si tratta dei cosiddetti giudici provenienti da professioni specialistiche (*Fachlaienrichter*), oggi viepiù studiati per il loro ruolo in nuovi tribunali settoriali specializzati.²⁶⁴¹ Non è però tema di questa ricerca.

²⁶³⁸ V. ora LUMINATI/CONTARINI 2019.

²⁶³⁹ “*Die Blindheit des beobachteten Beobachters wird zur Ohnmacht des beobachtenden Beobachters*”, ESPOSITO 2003 (1992), p. 67.

²⁶⁴⁰ Per un resoconto sugli sviluppi recenti riguardanti i giudici non togati (*Laienrichter*) a Zurigo v. ora LUMINATI/CONTARINI 2019.

²⁶⁴¹ V. ora RÜEFLI 2017.

13 La “fine” delle giurie in Svizzera

13.1 I silenzi che decretarono la fine della giuria popolare classica

13.1.1 L’ennesima riduzione di competenze giurisdizionali per le Assisi Federali nel CPS 1937

L’ambiente a sfavore delle giurie popolari nell’ambiente unificatore era chiarissimo, continuando a limare competenze giurisdizionali. Seguendo l’impostazione progettuale, l’art. 340 CPS 1937 prevedeva l’enumerazione completa della competenza giurisdizionale federale, ricavata in particolare dalla riunione di tutto il diritto penale di competenza federale contenuto anche nelle leggi laterali amministrative:²⁶⁴²

- i crimini e i delitti previsti negli articoli 224 a 226 [esplosivi e gas];
- i crimini e i delitti previsti nel titolo decimo [falsificazione...] e concernenti le monete, la cartamoneta o i biglietti di banca, come pure i valori di bollo ufficiali, le altre marche ufficiali della Confederazione e i pesi e le misure;
- i crimini e i delitti previsti nel titolo undecimo [falsità in atti], in quanto si tratti di documenti federali;
- i reati previsti nei titoli dal tredicesimo al quindicesimo [crimini o delitti contro lo Stato e la difesa nazionale; delitti contro la volontà popolare; reati contro la pubblica autorità] e nel titolo diciassettesimo [crimini o delitti contro l’amministrazione della giustizia], in quanto essi siano diretti contro la Confederazione, contro la volontà popolare in elezioni, votazioni e domande di referendum o d’iniziativa federali o contro l’autorità o la giustizia federali; inoltre i crimini e i delitti previsti nel titolo sedicesimo [crimini o delitti che compromettono le relazioni contro gli Stati esteri] e i reati commessi da un funzionario federale nell’esercizio delle sue funzioni (titolo diciottesimo), infine le contravvenzioni previste negli articoli 329 a 331 [reati militari];
- i crimini e i delitti politici che sono causa o conseguenza di torbidi tali da rendere necessario un intervento federale armato.

L’art. 341 CPS 1937 riproponeva quindi la classica “lista coincidente”:

Art. 341 CPS 1937

Il tribunale federale giudica col concorso di giurati:

- a. i casi di alto tradimento contro la Confederazione (art. 265);
- b. i casi di rivolta o di violenza contro le autorità federali (art. 285);
- c. i crimini e i delitti previsti negli articoli 299 e 300;²⁶⁴³

²⁶⁴² V. StenBul 1928-1937 CPS, p. 571.

²⁶⁴³ “Violazione della sovranità territoriale di uno Stato estero” e “Atti d’ostilità contro un belligerante o contro truppe straniere”. Si noti che in questo caso la “lista coincidente” rinunciava a ricalcare il dettato costituzionale (competenza delle assise sui “crimini e delitti

- d. i crimini e i delitti politici che sono causa o conseguenza di torbidi tali da rendere necessario un intervento federale armato;
- e. i casi in cui un'autorità federale deferisce alle assise federali i funzionari da essa nominati.

Per l'art. 342 CPS 1937 la competenza della Corte penale federale continuava ad essere sussidiaria. L'AssFed si discostò dal progetto solo sui crimini legati al diritto delle genti: lì solo due fattispecie rimasero assegnate alle AF.²⁶⁴⁴ Una minoranza in CN si oppose invano, sostenendo che la maggioranza aveva semplicemente paura della libertà delle giurie.²⁶⁴⁵

13.1.2 Quando il TF anticipò la condanna delle giurie cantonali

13.1.2.1 La revisione della Legge di procedura penale federale 1943/5: eliminare la giuria bloccando il tentativo di scrivere una riserva di legge

Emanato finalmente il CPS 1937, nel 1940 in rappresentanza del TF il giudice federale Adolf Ziegler²⁶⁴⁶ fu chiamato dal CF per progettare una revisione della PPF 1934. Questi nell'art. 276 cpv. 1 lett. b) Avamprogetto del 1940 (apPPF 1940) per la modifica della PPF 1934 modificò pochissimo la dizione dell'art. 277 PPF 1934. In particolare, mantenne la forma potestativa della norma. Cauti, aveva inoltre inserito una riserva esplicita per le giurie popolari cantonali (“*ausgenommen der Wahrspruch der Geschworenen*”).²⁶⁴⁷ Ma qualcuno era più cauto di lui: intervenne il suo datore di lavoro, il TF, e bocciò (senza addurre motivazioni) quella riserva per le giurie.²⁶⁴⁸

Il CF si allineò alla posizione del TF e propose nel Progetto del 1943 (pOG 1943) per la futura Legge federale sulla organizzazione giudiziaria del 16 dicembre 1943 (OG 1943) al parlamento che si mantenesse l'art. 277 PPF 1934, ma modificandone leggermente la dizione, rendendo la norma non più una *kann-Vorschrift* (norma volitiva), ma un programma condizionale lineare.²⁶⁴⁹ Soprattutto non propose un cpv. 2 e quindi di riserve esplicite per

contro il diritto delle genti”, art. 112 n. 2 Cost. 1874) indicando direttamente che le AF erano competenti solo per queste due fattispecie nell'ambito del titolo sedicesimo.

²⁶⁴⁴ Nella commissione del CN una minoranza ritenne comunque necessario far sentire la sua voce, ribadendo che la Costituzione assegnava alle AF il giudizio di tutti i crimini contro il diritto internazionale, StenBul 1928-1937 CPS, p. 714. Il relatore al CN sostenne che “per cose così piccole ... il legislatore costituzionale non può aver pensato di togliere la competenza alla Corte penale federale”, StenBul 1928-1937 CPS, p. 715.

²⁶⁴⁵ StenBul 1928-1937 CPS, p. 716.

²⁶⁴⁶ BuRiLex Adolf Ziegler.

²⁶⁴⁷ ZIEGLER/TF 1941, Vorentwurf, p. 65; v. anche PFENNINGER 1952, p. 355.

²⁶⁴⁸ ZIEGLER/TF 1941, Entwurf BGer, p. 40.

²⁶⁴⁹ “*Leidet die Entscheidung an derartigen Mängeln, dass die Gesetzesanwendung nicht nachgeprüft werden kann, so hebt sie der Kassationshof ohne Mitteilung der*

le giurie non ce n'erano. Pfenninger cercò di rendere attenta la comunità scientifica e i parlamentari dei rischi dati dall'assenza di questa riserva, ma nel 1943 il relatore del CN non se ne curò. Il relatore del CdSi Joseph Piller, professore di diritto pubblico e sostenitore delle giurie, spiegò invece alla sala che il mantenimento tale e quale dell'articolo non era un invito ad abbandonare le giurie popolari classiche, dato che la prassi in voga rimaneva intonsa.²⁶⁵⁰ Anche il PG Stämpfli chiese ad esempio di far attenzione a non eccedere nell'intervento legislativo federale sulla procedura cantonale, lasciando la libertà di avere le giurie popolari. Posizione che ribadì pure il capo del DFGP von Steiger.²⁶⁵¹

Quella prudenza non era casuale: il 6 luglio 1941, proprio a Zurigo la popolazione era stata chiamata alle urne sulla proposta di scabinizzazione della giuria. Nel momento legislativo erano state portate due varianti: Hafter, professore, cercò di far adottare il sistema ginevrino,²⁶⁵² mentre la conferenza cantonale dei procuratori fu più ardita e chiese di modificare le giurie secondo il sistema bernese (ormai uno scabinato), chiedendo però espressamente di mantenere immutato il nome *Geschworenengericht*. Consultato sulla costituzionalità dell'affare, il giurista del governo zurighese diede il suo assenso. Chiaramente Pfenninger ruppe le uova nel paniere e proprio a causa dei dubbi sulla costituzionalità, il progetto dovette andare in votazione popolare, perdendo malamente.²⁶⁵³ Secondo Hauser quella decisione era da leggere in chiave antinazista, dando attraverso la giuria un segnale a favore della democrazia.²⁶⁵⁴

Al congresso annuale della SSG nel settembre di quel 1941 si discusse dell'unificazione, di come garantirla e soprattutto di quali strategie attuare per non dover aumentare il numero di giudici federali.²⁶⁵⁵ La posizione del TF sulle giurie popolari cantonali venne salutata positivamente. La tanto agognata unità giuridica non poteva essere rimessa in questione dalla sovranità cantonale. Bourgknecht, presidente degli avvocati svizzeri e poi CF, decise di attaccare le giurie, affermando che con l'entrata in vigore del diritto materiale unificato si sarebbe sollevato un grande problema pratico e bisognava quindi concedere il controllo federale sulle sentenze cantonali più gravi. Ribadì che i giuristi svizzeri non avrebbero “ammesso che la procedura cantonale possa rendere illusorio il ricorso al Tribunale federale”.²⁶⁵⁶

Beschwerdeschrift auf und weist die Sache an die kantonale Behörde zurück”, BBl 1943 I 97, p. 219; v. anche il commento *ivi*, p. 164.

²⁶⁵⁰ PFENNINGER 1952, p. 355.

²⁶⁵¹ Cfr. BBl 1956 I 805, 815 s.

²⁶⁵² FEHR 1975, p. 57.

²⁶⁵³ PFENNINGER 1952; FEHR 1975, p. 58 ss.

²⁶⁵⁴ HAUSER 1977, p. 270. Si tratta comunque di un discorso ostico, dato che quasi sempre anche le dittature hanno voluto istituire “tribunali popolari” a difesa della loro rivoluzione...

²⁶⁵⁵ GSCHWEND/INGBER/WEHRLE 2011, p. 56.

²⁶⁵⁶ “*nous n'admettons pas que la procédure cantonale puisse rendre illusoire le recours au tribunal fédéral*”, BOURGKNECHT 1941, p. 6a (grassetto mio).

Discutendo apertamente la questione della giuria popolare, elogiò il TF nella sua decisione di bloccare la proposta di Ziegler, sostenne che la giuria non meritava un'eccezione e che era proprio l'art. 277 PPF 1934 la via da utilizzare per eliminare la giuria classica. Indicò comunque che se il TF l'avesse giudicata una base legale insufficiente, allora bisognava cambiare la legge.²⁶⁵⁷ L'altro referente, il procuratore pubblico bernese Waiblinger, chiedeva dal canto suo che le giurie classiche diventassero "giurie riformate" ("*reformierten Geschworenengerichts*"),²⁶⁵⁸ ovvero scabinati, anche perché, ricordava, lui proveniva da un cantone in cui corte e giuria già si riunivano assieme e funzionava.²⁶⁵⁹ Quel giorno parlò – immancabilmente – anche Pfenninger, che – evidentemente ormai consapevole di avere l'acqua alla gola – disse che non era auspicabile compiere un'applicazione ottusa (*sture Anwendung*) dell'art. 277 PPF 1934, poiché troppa rigidità avrebbe significato l'abolizione delle corti d'assise classiche.²⁶⁶⁰ Nonostante Pfenninger fosse accerchiato, come detto sopra aveva comunque un asso nella manica: il popolo era dalla sua, contro lo scabinato.

Al congresso parlò infine anche il giudice federale Leuch, che fece due importanti affermazioni. Anzitutto spiegò che nella procedura di consultazione sulla nuova PPF il TF non aveva preso posizione sull'art. 277 poiché era necessario lasciare che fosse la giurisprudenza (ovvero: lui e i suoi colleghi) a decidere su questo articolo. Sostenne inoltre che con l'unificazione del diritto federale non c'era più scampo per le giurie popolari classiche, dato che in uno stato federale il controllo dell'applicazione doveva essere garantito nello stesso modo in tutti i cantoni, verdetto o non verdetto. Personalmente era a favore di un cambio di prassi e quindi condannare le giurie popolari classiche, in particolare la definitività del verdetto, dato che esso tutelava "l'arbitrio e una posizione diseguale dell'imputato nei cantoni con la giuria rispetto agli altri cantoni".²⁶⁶¹

Alla fine, l'art. 277 PPF 1934 venne modificato nel senso indicato dal TF e approvato dalla SSG all'interno della riforma dell'intero titolo sul ricorso in nullità al TF, votata nel 1943 ed entrata in vigore nel 1945.²⁶⁶²

Art. 277 PPF 1934 – versione del 1934:

La Corte di cassazione può pure annullare una decisione cantonale e rimandare la causa all'autorità cantonale per nuovo giudizio quando la decisione impugnata sia così difettosamente redatta che la Corte si

²⁶⁵⁷ BOURGKNECHT 1941, p. 37a.

²⁶⁵⁸ WAIBLINGER 1941, p. 144a.

²⁶⁵⁹ SSG 1941 – Protokoll, p. 445a s.

²⁶⁶⁰ SSG 1941 – Protokoll, p. 464a s.

²⁶⁶¹ "*Schutz der Willkür und zu ungleicher Stellung der Angeklagten in den Schwurgerichtskantonen gegenüber denjenigen der anderen Kantone*", SSG 1941 – Protokoll, p. 472a.

²⁶⁶² BBl 1944 1, p. 56 (NB traduzione mia dal tedesco).

trovi nell'impossibilità di riconoscere in qual modo sia stata applicata la legge.

Art. 277 PPF 1934 – versione del 1945:

Quando la decisione impugnata è così difettosamente redatta che è impossibile riconoscere in quale modo sia stata applicata la legge, la Corte di cassazione l'annulla senza comunicare l'atto di motivazione agli interessati e rinvia la causa all'autorità cantonale per nuovo giudizio.

Tutto risolto? Nemmeno per sogno.

13.1.2.2 L'incertezza fra i giuristi con la nuova OG 1943: giurie salve o condannate?

Nel 1943 lo stesso giudice Leuch, a due anni dal suo intervento alla SSG, venne folgorato sulla via di Damasco e sostenne che il legislatore fosse distante dall'aver voluto porsi contro la competenza giurisdizionale cantonale e che, ovviamente il verdetto dei giurati non abbisognava di essere motivato. Lo doveva essere però la sentenza, quindi anche il verdetto doveva tenerne conto; le domande dovevano essere chiare, distinguendo non solo i fatti e la colpevolezza, ma pure le caratteristiche della fattispecie, l'illiceità, la colpa e le attenuanti.²⁶⁶³ Insomma, senza che Leuch lo notasse chiedeva di tornare al famoso formulario alla francese tanto vituperato a metà Ottocento.

Cornu, procuratore generale ginevrino, nel 1945 raddoppiò: per dare accesso a un controllo in Cassazione della sentenza di una Corte d'assise essa doveva basarsi su verdetto composto su un formulario di domande completo e bisognava dare la possibilità alla Cassazione di controllare giuridicamente qualora la giuria avesse statuito un verdetto di non-colpevolezza su un punto.²⁶⁶⁴

Così pure nel 1946 Cavin alla SSG. Il professore, affermando la difficoltà di comporre un formulario con tante questioni in cui il fatto poteva venire scomposto, negò con forza che l'art. 277 PPF 1934 imponesse lo scabinato ai cantoni. Si basava sulla giurisprudenza del TF tenuta fino ad allora e sul silenzio del legislatore su questo punto. Negava quindi, che la nuova procedura federale imponesse ai cantoni di passare allo scabinato, chiedeva però di precisare le domande poste alle giurie, in particolare sulle attenuanti.²⁶⁶⁵ Nella discussione gli animi subito si scaldarono e la giuria fu il primo tema discusso. L'avvocato zurighese Gühl ribadiva che bisognava abbandonare la domanda secca sulla colpevolezza (che, come già notato, con Rüttimann era proprio stata l'elemento cardine dell'arrivo dei giurati come garanzia processuale liberale). Il giudice d'appello zurighese Egloff

²⁶⁶³ LEUCH 1943, p. 21 s.

²⁶⁶⁴ CORNU 1945, p. 427.

²⁶⁶⁵ CAVIN 1946, p. 51a ss.; il coreferente Comtesse rimaneva vago, v. SSG 1946 – Protokoll, p. 373a s.

ricordava che le giurie zurighesi non decidevano solo sui fatti, ma sulla colpevolezza ai termini dell'atto d'accusa, che non poteva essere modificato dal presidente della Corte, per cui non poteva essere d'accordo con le parole di Gühl.²⁶⁶⁶ Pfenninger si chiedeva come mai l'unificazione avrebbe dovuto mettere in questione la prassi del TF sulle giurie.²⁶⁶⁷

L'anno dopo, nel 1947 intervenne contro le giurie il segretario del TF, Eggenschwiler (vero costruttore di leggende sull'attività del giudice). Facendo tuonare l'importanza del metodo sussuntivo da applicare nel diritto, citando peraltro anche lui Binding ad ampie mani, ribadendo che le questioni di fatto e di diritto non possono esser decise separatamente²⁶⁶⁸ e che per interpretare paragrafi di legge poco chiari sono necessari anni di studio, sostenne che permettere oscillazioni (*Schwanken*) nella prassi del TF era foriera di perdita di fiducia nella magistratura.²⁶⁶⁹ Discusse varie possibilità di "miglioramento" della giuria ragionando su quella solettese, ponendo l'accento su un'estensione della lista di domande da porre ai giurati, in particolare componendo con cura la fattispecie.²⁶⁷⁰ Affermò però, che uno dei problemi principali era che la giuria non era in grado di motivare il come avesse trovato la sua *intime conviction*, dato che i giurati né conoscevano il diritto, né erano abituati a parlare (*redegewohnt*), non potevano quindi comportarsi razionalmente in questo esercizio.²⁶⁷¹ Dato che queste proposte non gli sembravano adeguate, ma a Soletta era fuor di dubbio (*ausser Frage*) che i "profani" (*Laien*, non togati intesi qui come giurati) dovessero continuare a giudicare, decise di schierarsi a favore di uno scabinato (chiamato surrettiziamente "giuria secondo la nuova formula", *Schwurgericht neuer Formel*). Lo preferì ad un tribunale criminale, valutava positivamente le *Urlisten*, che evitavano la routine. A suo dire il tribunale criminale con i giudici non togati (*Laienrichter*) non era un tribunale popolare vero e proprio, gli mancava "vicinanza col popolo" (*Volksnahe*).²⁶⁷²

13.1.3 Un'ultima limatura alle Assisi federali nel 1951

L'art. 341 CPS 1937 venne infine ritoccato un'ultima volta con la riforma dell'ottobre del 1951,²⁶⁷³ proposta dal CF nel 1949.²⁶⁷⁴ Cambiavano le regole della protezione dello Stato e fu modificato l'art. 285 CPS 1937, estendendo la fattispecie di violenza o minaccia ai membri delle autorità.

²⁶⁶⁶ SSG 1946 – Protokoll, p. 375a ss.

²⁶⁶⁷ SSG 1946 – Protokoll, p. 389a.

²⁶⁶⁸ EGGENSCHWILER 1947, p. 437 ss.

²⁶⁶⁹ EGGENSCHWILER 1947, p. 429 ss.

²⁶⁷⁰ EGGENSCHWILER 1947, p. 454.

²⁶⁷¹ EGGENSCHWILER 1947, p. 456.

²⁶⁷² EGGENSCHWILER 1947, p. 463 s.

²⁶⁷³ Legge federale del 5 ottobre 1950, RU 1951 I 16.

²⁶⁷⁴ FFit 1949 I 613.

Il motivo per cui quella riforma era sfociata dal caso di Steinen, avvenuto del 1942, quando in pieno periodo bellico una folla di centinaia di persone negò il controllo di un mulino ai funzionari di un Ufficio federale sull'alimentazione bellica, chiedendo che prima fosse liberato un loro compaesano, arrestato per violazione alle norme sul diritto economico bellico. Gli ispettori furono fermati e malmenati, causando l'attivazione preventiva dell'esercito. Ora: erano competenti le AF o la Corte penale federale, dato che l'art. 341 lett. b CPS 1937 statuiva che le assise erano competenti per il giudizio dei casi di rivolta o di violenza nei confronti delle “autorità federali”?²⁶⁷⁵ Con la DTF 70 (1944) IV 213 la Corte penale federale si tenne il caso²⁶⁷⁶ statuendo che bisognasse distinguere tra “autorità federali” (*Bundesbehörden*) e “autorità federale” (*Bundesgewalt*), dove “autorità federale” includeva sia le “autorità federali”, sia i funzionari.

Di nuovo i giuristi riuscivano a giocare sul filo di lana linguistico, le parole cantavano. Quella giurisprudenza diede però lo spunto per eliminare dalla “lista coincidente” dell'art. 341 lett. b CPS 1937 il rimando all'art. 285 CPS 1937. Il CF sostenne nel suo Messaggio anzitutto che le AF erano competenti solo per giudicare il reato contro l'autorità stessa. Aggiunse inoltre che l'autorità poteva ora finalmente decidere liberamente se si fosse in presenza di un atto di violenza ai sensi dalla Cost. 1874. Si poteva così evitare abilmente il giudizio delle AF, una procedura “così costosa e complicata”, in casi “poco gravi come le vie di fatto”.²⁶⁷⁷

13.1.4 La fine giudiziale delle giurie popolari classiche

13.1.4.1 L'imposizione dello scabinato al canton Zurigo: da Lebet a Schürch nel 1952

Passata la metà del secolo, ormai la bontà di una procedura completamente orale e immediata non valeva più come feticcio intoccabile.²⁶⁷⁸ Non appena nel 1952 il TF ebbe sottomano un ricorso contro le giurie popolari classiche zurighesi non ci pensò due volte²⁶⁷⁹ e rimandò il caso all'istanza inferiore, dato che non adempiva i requisiti dell'art. 277 PPF 1934 (nella versione del 1943). Effettivamente il signor Schürch era stato

²⁶⁷⁵ L'art. 341 lett. b CPS 1937 rimandava all'art. 285 CPS 1937, che reprimeva la violenza contro le “autorità e i funzionari federali”. La differente dizione era stata voluta dal CS per evidenziare meglio che la giurisdizione delle AF era da intendere in modo restrittivo (per “autorità” si sarebbero dovute intendere: “*Bundesversammlung, Bundesrat, Bundesgericht, eidg. Versicherungsgericht*”), seduta del 17 marzo 1932, StenBul 1928-1937 CPS, p. 80 ss., p. 145.

²⁶⁷⁶ Non era la prima volta, v. sopra, cap. 10.4.

²⁶⁷⁷ FFit 1949 I 613, p. 629 s.

²⁶⁷⁸ Così p.e. a Lucerna, LERCH 1954, p. 362.

²⁶⁷⁹ PFENNINGER 1952, p. 352 s., ricorda che comunque già l'anno prima il TF aveva cominciato con il caso Eggmann (DTF 77 IV 57) a problematizzare la questione di fatto e con essa la colpevolezza.

condannato dalla Corte d'assise zurighese senza che tra i "sì" e i "no" del verdetto – evidentemente – si potesse capire la differenza tra la valutazione giuridica e l'accertamento dei fatti.²⁶⁸⁰ I giudici della Cassazione erano il presidente Nägeli, l'influente ginevrino Logoz,²⁶⁸¹ Fässler, Arnold e Tschopp. Sostennero che non ci sarebbe stato nulla di anticostituzionale nel bloccare i cantoni quando venissero violate le competenze dello stesso TF. E un ampliamento di queste competenze sarebbe avvenuto proprio con l'unificazione del diritto penale federale. D'altronde, sostenne il TF, da nessuna parte nella Cost. 1874 era scritta una riserva esplicita a favore delle giurie e "sarebbe irragionevole" (*es wäre sachlich nicht zu verstehen*) pensare che l'Assemblea federale avesse veramente voluto rendere meno controllabili i crimini gravi rispetto ai delitti comuni giudicati senza giurie, questo al parlamento "non può essere sfuggito" (*kann der Bundesversammlung nicht entgangen sein*) nel 1943 quando riformava la OG e con essa la PPF. D'altronde il TF ricordava di essere intervenuto in fase legislativa proprio per evitare qualsiasi eccezione a favore delle giurie.²⁶⁸² L'assenza di una garanzia a favore delle giurie nell'art. 277 PPF 1934 era quindi ora diventata un silenzio qualificato, capovolgendo le parole di Leuch degli anni '30.²⁶⁸³

È comprensibile che in quella sentenza del TF realtà non fosse il signor Schürch, ma la giuria popolare classica zurighese ad essere posta sul banco degli imputati, sostanzialmente **un agguato**. E infatti Clerc, professore a Neuchâtel, sottolineò che in realtà si poteva affrontare il caso in un altro modo, ragionando in via giudiziale se non fosse stata la Camera criminale zurighese a compiere un errore giuridico nell'approcciarsi al problema.²⁶⁸⁴ Comunque sosteneva che il TF avrebbe fatto meglio a lasciare che fosse il parlamento a discutere sulla limitazione delle competenze delle giurie popolari.²⁶⁸⁵

L'attacco nei confronti delle giurie classiche da parte dei giudici-giuristi era stato frontale e definitivo. Formalmente non erano state vietate (bastava

²⁶⁸⁰ DTF 78 IV 134, p. 143.

²⁶⁸¹ Come ricorda GRAVEN 1938, p. 162a s., Logoz deplorava i capricci (*caprices*) delle giurie e nel 1935 sosteneva che dove era stata adottata una soluzione scabinale o ginevrina non si assisteva più a verdetti assurdi, incoerenti (*absurdes, incohérentes*) che la giuria emanava quando era lasciata a sé stessa.

²⁶⁸² DTF 78 IV 134, p. 142.

²⁶⁸³ CARONI 2018, p. 73, spiegando come viene maneggiato il testo nel diritto, afferma che "chi vede nel codice [civile] un messaggio, dà per scontati tutti quei cambiamenti provocati non da un'esplicita modifica legislativa, ma da una diversa lettura dell'intatto testo legale". Mi si permetta qua, che siamo nell'ambito dell'organizzazione penale e del dominio discorsivo dei giuristi sulla società, di rendere meno romantiche le sue parole: con le giurie non mi pare d'essere davanti ad "una diversa lettura dell'intatto testo legale", bensì ad un assalto coordinato...

²⁶⁸⁴ CLERC 1953, p. 96.

²⁶⁸⁵ CLERC 1953, p. 104 ss.

che la suddivisione tra fatti e diritto fosse più chiara nel verdetto...), ma di fatto l’istituto era diventato inutilizzabile, dato che i giudici avrebbero ora dovuto comporre delle liste improponibili di innumerevoli domande, anticipando il ragionamento sui fatti da parte della giuria. Pfenninger si mostrò perplesso, sottolineando che sarebbe stato compito del legislatore e non del TF condannare le giurie cantonali.²⁶⁸⁶ Probabilmente non a torto, dato che il TF imponeva indirettamente un sistema di funzionamento della giuria “alla francese”, così “odiato” dai Padri costituzionali, e per farlo ritirava fuori la differenza fra fatti e diritto.

Altri commentatori analizzarono la sentenza notando che il TF aveva compiuto un colpo di mano, il Gran Consigliere Ziegler parlò di “violenza diabolica” (*mit Teufelsgewalt zu erledigen*),²⁶⁸⁷ ma pochi giuristi in Svizzera ne rimasero delusi. Dalla metà del Novecento in poi mi sembra si possa affermare che la gran parte della comunità giuridica non stava più con le giurie. Al sospiro di sollievo iniziale si accostò il ricordo della consultazione della riforma della PPF 1934, in cui il TF non motivò chiaramente la sua opposizione alla riserva sulle giurie. Quello sì, che era un silenzio qualificato.

13.1.4.2 L’iniziativa cantonale di Zurigo del 1954 e la rassegnazione

Gli effetti della sentenza Schürch furono solo in parte devastanti. Concretamente i cantoni toccati dalla decisione erano solo quattro: **Zurigo**, **Argovia**, **Soletta** e **Turgovia**. Per creare un questionario adatto ai dettami del TF i presidenti delle corti avrebbero praticamente dovuto dire alle giurie cosa decidere oppure creare delle caotiche domande a cascata. Come altrimenti distinguere i fatti dal diritto nei verdetti in cui veniva stabilita la colpa?²⁶⁸⁸ Nei cantoni francofoni il problema non era vissuto male, anche perché stava arrivando l’abitudine di prevedere ricorsi in cassazione cantonale. A **Friburgo** nel 1949 c’era stata una correzionalizzazione così forte, che le giurie popolari classiche erano state “sospese”, un po’ come a livello federale.²⁶⁸⁹ A **Ginevra**, dove il giudice già sedeva in camera di consiglio, il problema non fu vissuto male e iniziò subito un processo di revisione dell’organizzazione giudiziaria, anche perché il procuratore generale Cornu aveva già iniziato a progettare una revisione sin dal 1950.²⁶⁹⁰

A **Zurigo** la sentenza Schürch fu invece un duro colpo, visto che le giurie popolari godevano di ampio consenso popolare. Come detto, inizialmente i giudici cominciarono a compilare complessi questionari, ma c’era la

²⁶⁸⁶ PFENNINGER 1952, p. 354.

²⁶⁸⁷ Cit. da FEHR 1975, p. 78.

²⁶⁸⁸ FEHR 1975, p. 76 ss.

²⁶⁸⁹ KOCHER 1965, p. 47; MÜLLER 1958, p. 43, comunque ancora lo considerava un cantone con la giuria classica.

²⁶⁹⁰ KOCHER 1965, p. 46.

consapevolezza che si trattava di una soluzione emergenziale.²⁶⁹¹ Intervenne quindi il parlamento cantonale, che nel 1954 propose quasi all'unanimità un'iniziativa legislativa alle camere federali per inserire una riserva di legge a favore delle giurie nell'articolo 277 PPF 1934.²⁶⁹² La motivazione fu che la sentenza Schürch era contro l'idea stessa del verdetto dato dalle giurie popolari classiche e sarebbe quindi stata necessaria una revisione della costituzione cantonale. A questo si sommava che il CF aveva approvato formalmente la legge cantonale zurighese di introduzione del nuovo CPS 1937, in cui le giurie popolari classiche erano contemplate.²⁶⁹³

Una commissione del CF composta da giuristi indicò di respingere l'iniziativa nel 1955. Il governo federale la seguì, rimarcando che le giurie esprimevano la volontà popolare (*bringt den Willen des Volkes zum Ausdruck*) e che in fondo anche la procedura penale federale ancora le prevedeva.²⁶⁹⁴ Ma affermò anche che la costituzione non prevedeva una riserva esplicita a favore delle giurie e che non era comprensibile come mai le sentenze per reati minori dovessero essere motivate, quelle per reati maggiori invece no, impedendo quindi un controllo dell'applicazione del diritto (*Rechtsanwendung*).²⁶⁹⁵ Il CF riconosceva sì che nel secolo precedente le giurie erano senza dubbio (*zweifellos*) una conquista democratica,²⁶⁹⁶ ma affermò che ora fosse necessario lasciar fare alla Corte di cassazione del TF il suo compito, ovvero applicare il diritto federale in modo unitario senza dare privilegi (*Privileg*) ad alcuni cantoni. Sostenne inoltre che la sua approvazione formale non condizionasse il TF dal controllare l'applicazione unitaria del diritto.²⁶⁹⁷

Pfenninger intanto remava a favore delle giurie, arrivando a sostenere che per un manipolo di giuristi l'odio per le giurie era ormai patologico.²⁶⁹⁸

²⁶⁹¹ V. PFENNINGER 1966 Schwurgericht, p. 287 s.

²⁶⁹² FEHR 1975, p. 78 s.; questo il testo dell'iniziativa del 26 aprile 1954: "*Artikel 277 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege sei durch einen zweiten Absatz folgenden Inhalts zu ergänzen: Die Rückweisung ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Mangel nur darauf beruht, dass nach kantonalem Recht die Geschworenen über bestimmte Fragen durch Wahrspruch entscheiden*", BBl 1956 I 805.

²⁶⁹³ Era il CF stesso a ricordarlo, BBl 1956 I 805, p. 807.

²⁶⁹⁴ BBl 1956 I 805, p. 806 s.; la commissione sentì dei rappresentanti della prassi. Il presidente delle Assise di Soletta spiegava che ormai le giurie intervenivano poco e che i casi penali diventavano sempre più difficili, in particolare quelli di furto qualificato, sui quali le domande nel verdetto confondevano i giurati, tanto da comportare infine una correzionalizzazione per via legislativa. Il giudice comunque ricordava che le giurie nel cantone non erano mai piaciute a nessuno, erano state adottate secondo un esempio straniero e comunque prima non c'erano certo né la *Kabinetjustiz*, né l'Inquisizione, ma un tribunale criminale rispettato. Il procuratore ginevrino Cornu sostenne per contro che tutto ruotava a come veniva redatto il foglio con le domande poste ai giurati, BBl 1956 I 805, p. 818.

²⁶⁹⁵ BBl 1956 I 805, p. 811.

²⁶⁹⁶ BBl 1956 I 805, p. 813.

²⁶⁹⁷ BBl 1956 I 805, pp. 814 s. e 818.

²⁶⁹⁸ PFENNINGER 1955, p. 203.

All’AssFed ci furono alcune discussioni. Nel CdSi il responsabile del rapporto fu l’ex presidente del tribunale cantonale di Svitto, lo storico Auf der Maur, al CN fu il giurista sangallese Furgler, che divenne poi presidente della Confederazione. Nella prima discussione al CdSi i toni furono moderati, ma **le giurie erano palesamente spacciate**. Anche Auf der Maur – in una tradizione di manipolazione storica ormai confermata nei decenni in Svizzera – sosteneva che le giurie provenivano da una reazione alla *Kabinetjustiz* e all’Inquisizione nell’ambito della democratizzazione della giustizia, portando con sé la pubblicità, l’oralità e l’immediatezza. Ormai avevano però perso terreno in tutti i cantoni che le avevano adottate. Sottolineò che con la revisione della OG del 1943, l’art. 277 PPF 1934 era stato leggermente modificato, da una formulazione potestativa si era passato a un programma condizionale definito: il TF ora doveva rinviare la causa al cantone qualora ci fossero stati i motivi per farlo. L’obiettivo era l’applicazione unitaria del diritto, per cui l’iniziativa doveva essere respinta.²⁶⁹⁹

Si espresse anche il presidente della Confederazione e capo del DFGP, l’avvocato Markus Feldmann, che anzitutto consigliò implicitamente ai cantoni di passare allo scabinato. Ricordò poi che il giudice federale Ziegler nel 1955 giudicava corretta la nuova prassi del TF del 1952 e che le giurie non erano parte di un bagaglio ideologico tradizionale elvetico (*nicht urtümliches schweizerisches Gedankengut*), quanto piuttosto di provenienza giuridica francese e anglosassone. Il Presidente si scagliò infine contro la procedura di ricusa della giuria, a suo dire tendenzialmente ostile ai giurati più qualificati, che rendeva peraltro diversi i giurati dai giudici non togati (*Laienrichter*). Questi ultimi giudicando vari casi potevano costruirsi un’esperienza di giudizio che li rendeva di pari valore ai loro colleghi giuristi.²⁷⁰⁰

La discussione fu diversa nel CN (in cui il numero di deputati del Canton Zurigo era notevolmente maggiore rispetto alla camera degli Stati). Qui l’iniziativa inizialmente venne appoggiata e le giurie quindi salvate. Il responsabile del rapporto di minoranza, Kistler,²⁷⁰¹ pose in pessima luce i membri della Cassazione del TF, affermando implicitamente che guardando la loro provenienza giuridica si poteva capire che la loro condanna alla giuria popolare classica seguiva una chiara linea di politica del diritto, con l’obiettivo di mettere i giurati sotto la tutela dei giuristi professionisti (*studierten Juristen*) trasformando le Assise zurighesi in uno scabinato.²⁷⁰²

²⁶⁹⁹ StenBul 1956 III 194, p. 195 ss.; si noti che nella sentenza Schürch il TF non aveva usato questa motivazione per discostarsi dalla sentenza Lebet.

²⁷⁰⁰ StenBul 1956 III 194, p. 201 s.

²⁷⁰¹ Avvocato bernese-lucernese socialista, figlio di un giudice federale, v. TRÜEB, MARKUS: “Max Kistler”, in: DSS, 13.08.2007 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/006411/2007-08-13/>.

²⁷⁰² StenBul 1957 I 1, p. 5.

Anche gli altri oratori attaccarono il massimo tribunale svizzero: si precisò che stava ai cantoni decidere se avere o meno un tribunale di esperti, Pfenninger venne citato più volte, fu sottolineato che il cambio di prassi del TF era stato inutile, si usò l'ironia (il TF ha sede sulla collina di "Mon Repos" a Losanna) per indicare che probabilmente il TF semplicemente non voleva chinarsi sugli atti della preistanza. Si sostenne che gli oppositori (anzitutto zurighesi) alla presenza "profana" (*laie*) nelle corti erano soprattutto i giudici professionisti e i giuristi professionisti.²⁷⁰³

La seconda discussione al CdSi fu più accesa e si espresse pure quel Bourgknecht che nel 1941 aveva attaccato frontalmente le giurie popolari classiche alla SSG. Sostenne che senza la garanzia dell'applicazione unitaria del diritto penale federale ci sarebbe stato un rischio di arbitrio da parte delle giurie.²⁷⁰⁴ Il CdSi mantenne così la sua posizione contro le giurie cantonali. Tornata la palla al CN, Furgler citò il cancelliere della corte d'Assise zurighese, Konrad, che aveva pubblicamente attaccato le giurie popolari sulla *NZZ*.²⁷⁰⁵ Kistler moderò i toni. Feldmann ricordò che il popolo aveva comunque diritto di partecipazione, dal momento che poteva votare nel momento legislativo e nell'elezione dei giudici. Alla fine, il CN si uniformò alla decisione del CdSi, la giuria classica era ormai spacciata.²⁷⁰⁶

13.2 La codificazione nazionale va considerata in contrapposizione alle giurie popolari?

Per tanti giuristi svizzeri, in diversi periodi della storia, la necessità di un'unificazione e la conseguente codificazione del diritto (privato e penale) era una "fede incrollabile".²⁷⁰⁷ Per molti comunque (p.e. per i germanisti di metà Ottocento, ma anche per Pfenninger a metà del Novecento) la giuria e l'unificazione giuridica nazionale non erano necessariamente in

²⁷⁰³ StenBul 1957 I 1, p. 10 ss.

²⁷⁰⁴ StenBul 1957 I 46, p. 50 s.

²⁷⁰⁵ StenBul 1957 II 275, p. 277.

²⁷⁰⁶ StenBul 1957 II 275, p. 282 s.

²⁷⁰⁷ p.e. così il credo nella codificazione civile elvetica di Gabuzzi, v. CARONI 1986, p. 15; d'altronde per l'unificazione del privato in ottica liberale "reale era l'industrializzazione ed anche il prezzo sociale che stava per imporre, reali gli spostamenti demografici e le interminabili guerre che occasionavano in questo paese [il Ticino, ndr] ancora ferocemente autarchico; reale (o comunque non facilmente oppugnabile) l'impressione che il diritto privato fosse in ritardo su questa evoluzione, ed abbisognasse ora di un vigoroso rinnovamento, reale (oltre che fondato) il sentimento che l'unificazione legislativa potesse facilitare l'avvento di quella società, della quale il mercato era il simbolo incontrastato; reale per finire la convinzione, che questa nuova società, cosmopolita e tentacolare, non lasciasse ormai più la libertà di isolarsi e di resistere: meglio dunque unificare ora, scegliendone o determinandone le modalità, che subire poi la legge straniera imposta dalla logica dei commerci, notoriamente poco rispettosa delle bizzarre barriere che gli uomini avevano talvolta drizzato fra paese e paese", CARONI 1986, p. 21 s. e la bibliografia *ivi* citata.

contraddizione. Lo furono però per i modernisti nazionalisti – e quindi per i legislatori.

Secondo Kroppenber/Linder c'è un legame fra le sorti della codificazione e quelle dell'impostazione statale nazionalista. Secondo loro bisogna storiograficamente concentrarsi sul Codice nella sua veste triplice di forma simbolica, matrice e luogo di memoria del Politico, spostando l'attenzione dalle forme “solide” delle istituzioni giuridiche verso un diritto “liquido”. Il diritto moderno andrebbe inteso come un mezzo per ricostruire daccapo “l'edificio sociale” e rendere effettivo il nuovo programma politico statale. I codici in questo senso costituiscono le nazioni, il loro significato culturale sta nella loro “formatività” più che nella loro normatività.²⁷⁰⁸ Inevitabile chiedersi qui se quella “formatività” non sia rintracciabile anche nella differenza giuristi/giurati.

Come ho già ripetutamente mostrato, il diritto e la politica sono due sistemi separati, ma accoppiati strutturalmente, ovvero recepiscono le reciproche irritazioni più chiaramente rispetto ad altri sistemi che fanno parte del loro ambiente. Penso che l'analisi di Kroppenber/Linder sia corretta, nella misura in cui fanno un'analisi della codificazione del diritto dal punto di vista della politica. Io però mi concentro in questo studio sull'analisi dal punto di vista del diritto. Come spiega Caroni (riguardo la codificazione civile), il Codice viene “risucchiato dalla conflittualità sociale”, di conseguenza la proposta politica di una forma giuridica ancora non significa che verrà compresa dal diritto come espressione giuridica.²⁷⁰⁹ Il concetto della voglia di “costruzione dell'edificio sociale” attraverso il diritto è quindi sensato, si tratta però di una discussione che riguarda il momento di emanazione del messaggio, non invece il momento di ricezione da parte del destinatario.²⁷¹⁰

Riducendo all'osso le conseguenze del discorso di Kroppenber/Linder, le codificazioni sono l'espressione di un'autodescrizione etnica (politica) attraverso il diritto, un “noi Svizzeri”, che necessariamente comporta la creazione di un “gli altri, gli stranieri”. Mi sembra abbiano ragione. La “forza” dello Stato liberale svizzero è stata trovare una contronarrativa causata dalla sua debolezza, ovvero dell'assenza del consenso di base. I liberali non piacevano, ma dominavano. In questo senso mi sembra che anche Gruner noti che la svolta nazionalista (e quindi codificatrice) della fine dell'Ottocento fosse segno di debolezza del progetto liberale, che non trovò di meglio da fare che tacciare l'internazionalismo socialdemocratico d'essere un tradimento della patria.²⁷¹¹

²⁷⁰⁸ KROPPENBERG/LINDER 2014, p. 78 ss. analizzano il diritto nella sua veste triplice di forma simbolica, matrice e luogo di memoria del Politico.

²⁷⁰⁹ CARONI 2018, p. 73.

²⁷¹⁰ CARONI 2018, p. 65.

²⁷¹¹ GRUNER 1977, p. 132; come spiega *ivi*, p. 86 ss., dal 1894 al 1911 la grande famiglia liberale visse il suo apice, compattandosi e riuscendo a imporre tutta una serie di riforme

Il ragionamento sulla formatività di Kroppenberg/Linder va quindi osservato più da vicino dall'ottica del diritto, nel senso che in realtà la formatività del Codice risponde al bisogno del diritto di disporre di una forma per sciogliere il suo paradosso, ammesso che esso sia accompagnato da determinate riforme procedurali. La creazione di nuove norme – e un nuovo tribunale che le accompagni – permette nuovi momenti di *crossing*, ovvero un aumento di incertezza. Per questo si può rinunciare alle giurie non appena ci sia un aumento normativo, ad esempio il codice, **siccome in genere quelle norme sono accompagnate da una nuova istanza di giudizio che le tutelerà.**²⁷¹² Così successe con le giurie popolari: il TF si stava preparando ad essere la nuova autorità di ricorso federale e fece di tutto per mettere i bastoni nelle ruote delle giurie. Nulla cambiava il fatto che esse erano state confermate in votazione popolare nei cantoni!

Di nuovo si nota che lo scontro del diritto liberale per imporre nuovi modi di scioglimento del paradosso è stato duplice: contro i non togati (*Laienrichter*) e contro il federalismo, che sciogliono il paradosso verso “il basso”, mentre il sistema tecnico per garantire il *crossing* vuole momenti di scioglimento del paradosso verso “l’alto”. Al netto dell’apparenza, il nuovo Codice quindi non stabilizza, ma rende il codice del diritto più instabile, dandogli uno scossone di varietà e mettendo in discussione i criteri di consistenza validi fino ad allora, a patto però che sia accompagnato da una rinnovata osservazione di secondo ordine che glielo permetta.²⁷¹³ In questo senso Eugen Huber è stato brillante: costruì il popolo come *ethnos* e riconobbe la figura del giudice non togato (*Laienrichter*), contemporaneamente fece imporre alcuni giudici-legislatori giuristi al controllo del codice come nuovi giudici federali.²⁷¹⁴ Stooss invece compì l’errore di concepire il popolo solo come *demos*,²⁷¹⁵ non era in grado di

spacciandosi per essere il partito più sostenuto dal popolo. In realtà non era vero, i meriti stavano al sistema elettorale che garantiva loro la vittoria di fronte alle inconciliabilità degli altri partiti. Ma l’autodescrizione liberale vedeva nello scopo stesso della Svizzera il superamento della frammentazione, proprio grazie al partito liberale stesso, in grado di compensare i conflitti interni, e grazie ad una fede statalista pressoché assoluta. La 1° guerra mondiale mostrò che quella narrazione non corrispondeva alla realtà, che il partito liberale non era più motore dell’integrazione.

²⁷¹² Sui giudici-legislatori v. sempre LUMINATI 2011, che si occupa lì di Codice civile.

²⁷¹³ Sullo sviluppo di una procedura civile “parallela” nazionale impostasi sulle procedure civili cantonali da parte del TF grazie alla sua giurisprudenza, nonostante la Confederazione non ne fosse costituzionalmente competente, v. BERTI 1989; oggi la forma di scioglimento del paradosso preferita è il ricorso alla Corte europea di Strasburgo. Qui però stanno sorgendo nuove evoluzioni problematiche di politicizzazione del diritto, per una critica alla logica unica dei diritti umani v. LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 574 ss.

²⁷¹⁴ V. LUMINATI 2011.

²⁷¹⁵ Segnando così (senza dimenticarsi dell’opposizione di fondo all’abolizione della pena di morte) il fallimento del progetto, mentre il progetto Huber per la codificazione civile, così fondato sull’accettazione di alcune particolarità locali e sostenuto dalla paura di dover recepire il codice tedesco, era funzionato brillantemente, KROPPEMBERG/LINDER 2014, p. 86 ss.; la dimensione dell’autodescrizione nella democrazia non va sottovalutata nella costruzione

mascherare la sua passione per il tecnicismo. Questa particolarità fu determinante per far naufragare la codificazione penale nazionale in Svizzera, già in pericolo a causa della volontà di molti cantoni di mantenere la pena di morte.²⁷¹⁶

Come ho mostrato, la differenza giuristi/giurati è stata spesso usata per far passare determinati messaggi giuridici. È stata usata da Stämpfli con Bassanesi considerandola inadeguata al giudizio, è stata usata dalla Corte criminale con Brousse per condannare l’anarchico al posto dei giudici, mentre da Furrer valse come ancora per assolvere i mazziniani. Fu connotata come elemento fastidiosamente straniero²⁷¹⁷ quando si trattò di appoggiare la nuova mitologia nazionale del Codice penale unificato. Ma l’unica realtà era che la giuria classica portava con sé un elemento di rischio nel processo: con lei l’oscillazione nel diritto non poteva essere apicale, come può essere la discussione su un singolo punto di una dogmatica molto consistente. Imponeva un’ampia oscillazione di fondo, dominando un lato della differenza.

Le Corti d’assise non sono state il motivo per cui il Codice penale unificato arrivò in Svizzera così tardi, ma di sicuro nel suo effetto proprio sulle giurie si possono individuare elementi culturali che permettano di disegnarne la sua storia sociale con precisione. Soprattutto in ottica processuale adottare il Codice nazionale permetteva di imporre un tribunale superiore che controllasse il discorso giuridico che gli si sarebbe creato attorno, le sue argomentazioni giuridiche. Significava cambiare le dinamiche d’oscillazione, in particolare dando per accertate determinate logiche di inclusione/esclusione nell’organizzazione giudiziaria.

Dal punto di vista della recezione del Codice da parte del diritto non rimane quindi che confermare che esso, come una legge,²⁷¹⁸ dipende dalla certificazione della proposta di eseguibilità della politica nei confronti delle decisioni giuridiche. Una politica che contemporaneamente elegge i giudici che si devono occupare di ascoltare le irritazioni di quella legge. Si trattava

dell’”edificio”. Nella scienza elvetica abbiamo delle “antenne” culturali molto sensibili sul tema, che p.e. non si trovano nello spazio italofono, v. p.e. il commento drastico contro la democrazia diretta di CIANFEROTTI 2008 e la sua critica a Kelsen, che invece sosteneva la democrazia perfino nella dimensione delle logiche giuridiche processuali, p. 21, in particolare npp. 30. Si noti che Kelsen, dopo le sue parole democratiche, fuggì a Ginevra, così odiato da Schmitt.

²⁷¹⁶ LUMINATI 2004 “rinviato”, p. 345.

²⁷¹⁷ OBERLI 1934, p. 11, nella sua tesi del 1934 la marchiava come un’importazione straniera (*fremde Importe*).

²⁷¹⁸ Rimane infatti aperta la questione del perché CARONI 2018, p. 58 npp. 4, abbia così bisogno di distinguere il codice dalla legge se in fondo il messaggio che viene colto dal diritto (per lui: “la società”) sia così libero: quel nome, “codice”, non distingue solo il colore della carta che avvolge il “pacco” il cui contenuto cambia a dipendenza di chi lo riceve? (sulla metafora del pacco v. *ivi*, p. 84).

di un gioco condiviso e corporativo di creazione di memoria/oblio nel diritto, che garantisse una sorta di “ripartenza” all’edificio nazionale.²⁷¹⁹

13.3 La giuria inutile: elogiare i Laienrichter per eliminare i giurati

13.3.1 Il tribunale criminale misto come panacea di tutti i mali

Non appena le giurie popolari furono aggredite frontalmente dal TF, i grandi nemici dei giuristi, ovvero i giudici non togati (*Laienrichter*), diventarono oggetto di una nuova contro – narrativa funzionale allo scopo. Furono usati come esempio positivo svizzero, da contrapporre alle giurie straniere – proprio grazie alla particolarità d’essere eletti in modo permanente nell’organizzazione giudiziaria.²⁷²⁰ Un primo²⁷²¹ ampio esempio di questo impiego dei giudici non togati (*Laienrichter*) lo dà Edgar Jacques Müller nella sua dissertazione zurighese del 1957/58. Rispetto ad altri studi di quegli anni, non metteva più un cantone al centro, ma approcciava il tema curando un discorso di carattere nazionale.²⁷²² Il lavoro rinunciava espressamente a ricomporre una genealogia storica che partisse dai franchi o dall’Inghilterra. Si restava in Svizzera insomma²⁷²³ e la Storia svizzera aveva i giudici non togati (*Laienrichter*) (e non: i giurati). Sosteneva che l’introduzione della giuria classica in Svizzera avesse avuto motivi solo politici, che fosse sempre conseguenza di una rivolta, come elemento democratico. Lo affermava anche per Zurigo, contestando la lettura di “dottrinalità” di Rothenberger. Sosteneva che Rüttimann consigliava caldamente la giuria per la Svizzera già nel 1837.²⁷²⁴ Era figlia della rivoluzione anche lì, venne proposta “nei soliti modi come bisogno del suo

²⁷¹⁹ Sull’oblio come momento naturale nel diritto v. sopra, cap. 9.3.5.2; le agitazioni di spirito che hanno portato Caroni a vedere il codice come messaggio esprimono alla fine la bellissima metafora “Le parole del codice sono come le rondini, viaggiare è la loro vocazione”, CARONI 2018, p. 106; per questo sostiene che “chiedere allora se un codice cambia qualcosa [...] è come chiedere se l’acqua è bagnata”, *ivi*, p. 99; la sua analisi teorica sul cambiamento è però di carattere linguistico, non sistemico.

²⁷²⁰ Anche HAUERT 1974, p. 131, nota che i giudici non togati (*Laienrichter*) furono usati allo scopo; si noti che, una volta finita l’operazione di eliminazione delle giurie, i giuristi svizzeri si schierarono anche contro i profani. V. su questo tema ora i primi accenni in LUMINATI/CONTARINI 2019.

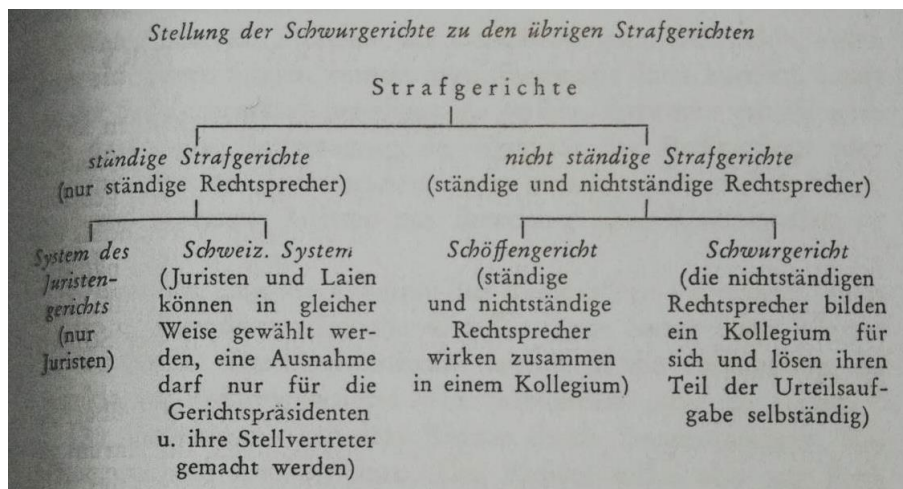
²⁷²¹ Ho comunque già mostrato sopra che Cavin, *en passant*, affermava di non disprezzare l’idea di sostituire le giurie con i non togati (*Laienrichter*), v. sopra, cap. 12.2.2.

²⁷²² Aveva comunque stilato una lista delle competenze giurisdizionali penali dei cantoni che ancora avevano la giuria popolare classica, ovvero Soletta, Argovia, Turgovia, Friburgo e Zurigo, secondo le varie fattispecie del CPS, v. MÜLLER 1958, p. 52 ss.

²⁷²³ MÜLLER 1958, nel Vorwort, p. III.

²⁷²⁴ Ho invece mostrato sopra (npp. 1206) che Rüttimann sull’ipotesi di adozione della giuria a Zurigo in realtà nel 1837 si asteneva dal giudizio.

tempo, come arma di difesa per i cittadini”,²⁷²⁵ ma la popolazione la accolse con poco slancio – come sottolineava Müller.²⁷²⁶



Collocazione delle giurie popolari classiche rispetto agli altri tribunali, in: MÜLLER 1958, p. 9

Müller spiegava che gli argomenti a favore della giuria nei decenni erano stati stereotipati²⁷²⁷ e ricordava che pian piano le giurie classiche erano state eliminate a livello militare e nei vari cantoni. Notava che in realtà le loro competenze residue erano ben poche, giudicavano poco, addirittura a Zurigo il 73% dei casi di competenza della Corte d’Assise veniva giudicata dall’*Obergericht*.²⁷²⁸ Infine Müller faceva un discorso di contenuto: dato che il diritto penale moderno era orientato al criminale, che era osservato in senso criminale e biologico per indagare se fosse necessaria una pena o una misura, e che la Corte poteva decidere un esame della personalità anche dopo il dibattimento con la giuria, essa era diventata solo una formalità. La giuria quindi a suo dire non aveva più senso, allungava solo i tempi, aumentava i costi e complicava il processo.²⁷²⁹

Migliorie? Müller proponeva lo scabinato, dato che la giuria non aveva più il compito di decidere sulla colpevolezza e quindi, anche in ottica educativa, “lo scopo dell’organizzazione della giuria popolare di assicurare una partecipazione “profana” (*laie*, di non giuristi) ampia al giudizio viene

²⁷²⁵ „in der üblichen Weise als Bedürfnis der Zeit, als Schutzwehr für den Bürger usw. gepriesen”, MÜLLER 1958, p. 20.

²⁷²⁶ MÜLLER 1958, p. 20.

²⁷²⁷ Gli argomenti si trovano in MÜLLER 1958, p. 23 ss.

²⁷²⁸ MÜLLER 1958, p. 74.

²⁷²⁹ MÜLLER 1958, p. 85.

ben adempiuta anche dallo scabinato”.²⁷³⁰ Comunque ribadiva che la giuria popolare poteva tranquillamente essere sostituita da un tribunale permanente misto, composto da giuristi e da non togati (*Laienrichter*) “di impronta svizzera” (*schweizerischer Prägung*), sebbene p.e. per Zurigo fosse meglio propendere per uno scabinato.²⁷³¹

Quella nuova passione per la giurisdizione mista (tribunale criminale) faceva addirittura dire a Kocher nel 1965 che nella mente dei legislatori di Argovia, Soletta e Turgovia si era ormai stabilito come scopo a cui tendere (*als ein Ziel der heutigen Entwicklung*) e che gli scabinati fossero solo un compromesso di fronte alla resistenza popolare ad accettare di eliminare in votazione le giurie.²⁷³² Notava inoltre che ormai i giurati sulla lista erano così pochi, che vigeva una sorta di situazione intermedia molto vicina a una corte mista, visto che spesso i giurati si ritrovavano a celebrare più processi nel loro periodo di nomina.²⁷³³

La presenza dei giudici non togati (*Laienrichter*) in Svizzera non va assolutamente banalizzata in quel periodo. Si consideri che ancora nel 1959 erano obbligatoriamente giuristi ad ogni livello solo i giudici di Ginevra e Ticino; erano obbligatoriamente giuristi i giudici supremi di Berna (con una norma al condizionale, ma interpretata restrittivamente) e Soletta; a Friburgo i presidenti delle preture; a Basilea campagna i presidenti dei tribunali supremo e penale. A Basilea-città e Sciaffusa invece era ancora richiesta solo esperienza giuridica. A Argovia era richiesta esperienza giuridica solo per l’accesso ai tribunali supremi, così anche a Obvaldo ma solo per il presidente del tribunale cantonale. I restanti cantoni – come pure a livello federale – non pretendevano esperienza giuridica come condizione formale di elezione a giudice.²⁷³⁴

Viste le decisioni del parlamento federale, gli altri cantoni si adeguarono. **Argovia** (1958) e **Soletta** (1960) passarono allo scabinato.²⁷³⁵ **Turgovia** (1962) passò invece a una giuria “impropria”, poiché vennero nominati quattro non togati (*Laienrichter*) per tutta la durata della legislatura (ricreando quindi un tribunale criminale, senza però chiamarlo così per chiari motivi di opportunità costituzionale).

Il Canton **Zurigo** fu più lento, le giurie continuarono a lavorare in modo precario, il governo impiegò anni e anni per stilare una proposta. Il Cantone

²⁷³⁰ “*Der eigentliche Zweck der Schwurgerichtsorganisation, eine möglichst weitgehende Laienbeteiligung zu sichern, wird heute durch das Schöffengericht ebensogut erreicht*”, MÜLLER 1958, p. 116.

²⁷³¹ MÜLLER 1958, p. 121 s.

²⁷³² KOCHER 1965, p. 79.

²⁷³³ KOCHER 1965, p. 137.

²⁷³⁴ BOSSHART 1961, p. 41 ss. (e p. XVII); per un abbozzo riguardante la storia dei giudici non togati (*Laienrichter*) in Svizzera v. ora LUMINATI/CONTARINI 2019.

²⁷³⁵ HAUERT 1974, p. 30, che ricorda che eliminare le giurie in votazione popolare sarebbe stato impossibile.

voleva capire se non fosse il caso di mettere mano a tutta la procedura e l’organizzazione giudiziaria penali, chiese quindi al Tribunale cantonale di prendere posizione. Questo ci mise la bellezza di sei anni per redigere un documento che proponeva infine lo scabinato.²⁷³⁶ Nel 1967 il governo fece sua la proposta di scabinato, il parlamento impose solo alcune modifiche puntuali, la popolazione accettò senza grandi discussioni la legge a grande maggioranza.²⁷³⁷

13.3.2 Le giurie degli anni ‘70: il problema *number 1*

La vera fine delle giurie popolari – nei cantoni che le conobbero – arrivò negli anni ‘70, quando in Svizzera venne infine messo sulla graticola anche lo scabinato. Era un momento di esplosione delle tecniche massmediali, anche l’autocomprensione dei giudici professionisti cambiò, provocando una certa personalizzazione e individualizzazione della vita pubblica.²⁷³⁸ Come mostra Hauert per il canton Soletta, in quegli anni la varietà sociale dei giurati era all’apice: erano rappresentati i lavori tecnici (57 giurati), commercianti (27), agricoltori (20), casalinghe (18), funzionari (10), docenti (6), accademici (5).²⁷³⁹ Va comunque notato che gli studi all’estero su questo tema non sono mai riusciti a dimostrare che l’appartenenza ad un certo cetto sociale determini una via giurisprudenziale in un tribunale, nemmeno ampliandoli allo stile di vita dei giudici, l’età, il sesso, l’origine cittadina, le preferenze partitiche, la confessione, la posizione gerarchica.²⁷⁴⁰

La scienza giuridica però proprio non ne poteva più. Nel 1970 Graven affermò, dalla sua posizione di autorevolezza assoluta nel diritto svizzero, che le giurie popolari erano *il problema* del diritto di procedura penale (“*le problème essentiel*”), nei cantoni che le avevano adottate.²⁷⁴¹ Il professore, presidente onorario dell’associazione internazionale di diritto penale e già giudice di cassazione ginevrino, riteneva che per applicare un diritto ormai (*désormais*) “sapienziale”, complesso e ricco di sfumature (“*savant*”, *complexe et nuancé*) non bastasse più il dilettantismo, opposto a ciò che significa una garanzia nel diritto. Il giudice era peraltro diventato colui che deve conoscere perfettamente l’uomo criminale (*homme criminel*), nonché il *milieu* del fatto antisociale, così da poter giudicare nel modo socialmente più utile, senza trattare gli imputati come un semplice dossier. Sebbene ribadisse

²⁷³⁶ FEHR 1975, p. 82.

²⁷³⁷ FEHR 1975, p. 91 s.

²⁷³⁸ AERSCHMANN 2014, p. 221.

²⁷³⁹ I dati si riferiscono al 1973. La partecipazione al voto per le elezioni dei giurati oscillava tra il 10% e il 20%, anche perché i candidati erano decisi inizialmente dai partiti (come in tutta la Svizzera) e quindi la votazione finiva praticamente con elezione unanime per ogni candidato/a, HAUERT 1974, p. 47 s.

²⁷⁴⁰ Le ricerche dimostrarono però, l’aumento della varianza fra i giudici grazie alle riforme scolastiche, rispecchiando sempre più la composizione sociale, cfr. HESSE 2004, p. 135.

²⁷⁴¹ GRAVEN 1970, p. 100.

che riteneva infinitamente (*infiniment*) meglio lo scabinato rispetto alla giuria classica, a suo dire anche gli scabini nell'epoca dei computer non avevano più spazio.²⁷⁴²

A **Berna** nel 1972 venne riformata la costituzione ed eliminata la competenza delle giurie scabinali sui delitti politici e sulla stampa. Il parlamento approvò nel 1975 un postulato che chiedeva di eliminarle, dato che si riteneva che i giurati non corrispondessero ai requisiti di competenza criminologica e psicologica del diritto contemporaneo. Erano considerati semplicemente come oberati (*überfordert*) dalla carica.²⁷⁴³ Un gruppo di lavoro istituito nel 1978 a questo *pro* rincarò la dose, indicando la criminalità economica come punto debole delle giurie.²⁷⁴⁴

Nel 1977 Hauser esercitò l'attacco frontale usando – nuovamente – la manipolazione storica come arma di (de)legittimazione. Spiegava che l'arrivo delle giurie di metà Ottocento corrispondeva a una fase di sviluppo capitalistico in un contesto piccolo-borghese segnato dalla tranquillità (*Geruhsamkeit*), dal candore (*Treuherzigkeit*) e da una certa limitatezza moralizzatrice (*moralisierende Beschränktheit*). Gli sviluppi industriali e con essi gli sviluppi della criminalità economica avevano portato a reati penali sempre più complessi (*komplex*)²⁷⁴⁵ e internazionali, difficili da giudicare. “L'uomo semplice, d'estrazione popolare, in qualità di giurato è disarmato di fronte a queste difficoltà” (*Der einfache Mann aus dem Volk steht als Geschworener dieser Schwierigkeiten praktisch hilflos gegenüber*). Si sommava a suo dire, che a cavallo dei secoli si stava passando a un diritto penale sempre più legato alla colpa invece che al fatto accaduto, non potendo quindi veramente più separare il giudizio sulla colpa da quello sulla pena.²⁷⁴⁶ Senza voler condannare le giurie con eccessiva durezza, poteva con assoluta tranquillità affermare che la giuria “all'inglese” era ormai morta (*tot*), che le giurie avevano perso la loro funzione di tutela contro il Potere e che l'istituto anche nella forma scabinale sarebbe scomparso in un futuro prossimo. Era invece da salutare una solida partecipazione popolare al giudizio nella forma di giudici non togati (*Laienrichter*).²⁷⁴⁷

Bisogna comunque relativizzare tutta quella benevolenza dei giuristi nei confronti dei giudici non togati (*Laienrichter*): dato che ogni cantone aveva

²⁷⁴² GRAVEN 1970, p. 108 ss.; c'erano comunque anche voci meno scettiche. HAUERT 1974, p. 131 s., spiegava che con il *reformiertes Schwurgericht*, ovvero lo scabinato locale, le cose andavano per il meglio (*keine wesentlichen Mängel aufweist*). Perorava comunque il mantenimento del principio di immediatezza.

²⁷⁴³ SOLLBERGER 1996, p. 135.

²⁷⁴⁴ GROSSENBACHER 1979, p. 274 s.

²⁷⁴⁵ È di sicuro interesse sottolineare che la stessa motivazione era utilizzata anche da PLANTA 1855, p. 42, riferendosi lì alla raffinatezza delle truffe.

²⁷⁴⁶ HAUSER 1977, p. 259 ss.

²⁷⁴⁷ HAUSER 1977, p. 279 ss., che ricordava che in Svizzera proprio la presenza dei giudici non togati (*Laienrichter*) aveva limitato l'arrivo delle giurie popolari e citava addirittura le opere di Mittermaier per legittimare la sua tesi.

modi diversi di integrarli nel processo, chi poteva dire a quale tipologia ci si stava riferendo? In particolare, era diverso parlare di giudici non togati (*Laienrichter*) monocratici, come erano presenti ad esempio fino a poco fa a Zurigo, o di giudici non togati (*Laienrichter*) obvaldesi dell’inizio degli anni ‘70 del Novecento, non molto dissimili dagli scabini, visto che giudicavano secondo un rigido principio di immediatezza, mentre il presidente della Corte conosceva gli atti. Questa situazione venne relativizzata dalla legge, dando la possibilità ai non *Laienrichter* di accedere agli atti prima del processo. A detta di Raselli, giudice federale a cavallo del millennio, il loro ruolo divenne infine quello di un meccanismo di controllo di plausibilità sull’azione del giudice presidente.²⁷⁴⁸

D’interesse notare che nemmeno le numerose voci critiche nei confronti dell’amministrazione della giustizia degli anni ‘70 vollero salvare i giurati.²⁷⁴⁹ Nemmeno il progetto di nuova Costituzione federale del 1977 prevedeva giurie popolari.²⁷⁵⁰ Ad **Argovia** nel 1977 le giurie caddero, lasciando il posto a un tribunale criminale con dei giudici non togati (*Laienrichter*) permanenti.²⁷⁵¹ A **Ginevra** la proposta del governo di passare allo scabinato arrivò nel 1977. Il parlamento si oppose, ma impose l’obbligo di motivare brevemente i verdetti, continuando quindi su un solco autonomo.²⁷⁵² **Friburgo** eliminò la sua giuria popolare, ormai caduta in disuso, nel 1980.²⁷⁵³

13.3.3 La rivoluzione giurassiana e il suo tribunale costituzionale

Interessante è la discussione pubblica avvenuta durante la Costituente nel Canton Giura del 1976. Ogni distretto, nucleo identitario di quella regione, decise a quale cantone appartenere. Pure nella giustizia questa pretesa identitaria ebbe la sua influenza, dato che valeva il principio per il quale ognuno doveva essere giudicato nel proprio distretto.²⁷⁵⁴ Fra le varie difficoltà di convivenza con Berna vi era anche quella delle corti penali. Se infatti i giurati popolari erano in genere della regione linguistica cui appartenevano, la corte poteva anche parlare un’altra lingua. In alcuni casi addirittura i giurati parlavano lingue diverse fra loro, poiché alcuni partiti (da

²⁷⁴⁸ RASELLI 2008, p. 98 s.

²⁷⁴⁹ NOLL 1977, p. 34, indicava che, dato che nel verdetto non si trova traccia della formazione della decisione (*Prozess der Urteilsbildung*), questa forma decisionale non può garantire legittimità allo Stato di diritto. Inoltre, indicava che i giudici svizzeri erano già “profani” (*laie*, non giuristi); si noti che BÄUMLIN 1978 non discute del giudiziario nel suo libro sulla democrazia, si tiene ben lontano da citare il diritto fra i subsistemi da democratizzare (p. 61 ss.) e quando affronta a p. 11 s. le teorie di Kaiser non nota la preferenza di questi anche per le giurie popolari.

²⁷⁵⁰ HAUSER/SCHWERI 1999, p. 79.

²⁷⁵¹ HAUSER/SCHWERI 1999, p. 81.

²⁷⁵² STRÄULI 2001, p. 330 s.

²⁷⁵³ HAUSER/SCHWERI 1999, p. 79.

²⁷⁵⁴ MORITZ 2000, p. 183 s.

cui erano nominati) basavano la loro pretesa politica proprio sull'appartenenza linguistica.²⁷⁵⁵

La Costituente, responsabile anche per l'emanazione della legge di organizzazione giudiziaria, fu chiara e nel penale anzitutto abolì le giurie bernesi,²⁷⁵⁶ sostituendo la Camera criminale con una Corte criminale cantonale composta da cinque giudici. Giudice era solo chi avesse il brevetto d'avvocato.²⁷⁵⁷ Il tribunale correzionale era composto invece da un presidente e quattro giudici.²⁷⁵⁸ Per questi non era previsto un titolo di studio. La giuria del Giura insomma non c'era, le giurie non servivano più nemmeno dove si creava una nuova Costituzione. C'era però un tribunale costituzionale nuovo fiammante, il primo in Svizzera.²⁷⁵⁹ E soprattutto c'erano, in chiara continuità con la storia elvetica, i membri non togati (*Laienrichter*) del tribunale correzionale, chiamati anche assessori o *assesseurs*. Vennero eliminati nel 2000 con la riforma dell'organizzazione giudiziaria cantonale.²⁷⁶⁰

13.3.4 Anni '80 e '90 del Novecento: la spinta sul professionismo e sul diritto di essere sentiti

La magistratura elvetica ha seguito un preciso percorso di professionalizzazione iniziato sin dalla fine degli anni '80, quando la Svizzera ha cominciato (dall'alto) a dare una nuova direzione alle sue autorità giudicanti, soprattutto in modo tale che potessero essere più recettive nei confronti del diritto internazionale.²⁷⁶¹ Abbiamo analizzato con Luminati, come in effetti si sia assistito a un turbinio di prese di posizione a favore di giudici in grado di corrispondere alle necessità dettate dai diritti umani e dai mercati economici internazionali. Cambia anche la narrativa interna di una parte dei giudici, che mette l'accento sulla capacità del momento giudiziale

²⁷⁵⁵ FROIDEVAUX 1977

²⁷⁵⁶ Che ancora entravano in funzione fino al voto della nuova struttura statale, v. p.e. *L'Express* del 13 luglio 1978, p. 7.

²⁷⁵⁷ Era per contro sottolineata l'istituzione del *Conseil de prud'hommes* e il *Tribunal des baux à loyer*, *Journal officiel de l'assemblée constituante de la république et canton du Jura* 46 (1979), séance du jeudi 5 octobre 1978, p. 24 e 27.

²⁷⁵⁸ *Journal officiel de l'assemblée constituante de la république et canton du Jura* 46 (1979), séance du jeudi 5 octobre 1978, p. 28 s.

²⁷⁵⁹ *L'Impartial* del 5 ottobre 1978, p. 13.

²⁷⁶⁰ ARN 2011, p. 336.

²⁷⁶¹ Penso qui in particolare all'attivismo di Heinrich Koller, allora direttore dell'Ufficio federale di giustizia (1988-2006), professore di diritto economico, già a lungo esperto fiscale di Ciba-Geigy (oggi Novartis) e co-fondatore il 12 febbraio 1992 della Fondazione svizzera per la formazione continua dei giudici, v. (<http://staehelin-olano.ch/?page=ubers-uns/advokaten/prof-heinrich-koller>). Pochi mesi dopo, il 20 maggio 1992, il CF depositò la richiesta di adesione allo spazio economico europeo. Il 6 dicembre 1992, sorprendendo tutta l'élite politica svizzera, il popolo si oppose all'adesione seguendo la voce dei partiti antieuropeisti di ultradestra.

di ascoltare le parti e trovare lì la sua legittimità. In particolare è emersa la decisa convinzione fra i giuristi, che le competenze giuridico-tecniche siano determinanti per garantire l'indipendenza dei magistrati.²⁷⁶²

A **Soletta** l'ora della fine arrivò nel 1986, quando le giurie popolari furono sostituite da un tribunale criminale con tre giudici non togati (*Laienrichter*).²⁷⁶³ A **Berna** nel 1991 il parlamento diede quasi all'unanimità incarico di studiare l'abolizione della giuria dalla propria Costituzione. La discussione virò in gran parte sui costi, ma a dire di Sollberger il motivo principale fu l'adozione di un'istanza di appello completa, che rendeva superflua la mitologia dell'infallibilità dell'impressione della giuria nel processo.²⁷⁶⁴ Il popolo approvò la modifica costituzionale nel 1993, lo scabinato di Berna capitolò alla fine del 1996.²⁷⁶⁵

Diverso ciò che successe a Ginevra: nel 1992 la legge aveva permesso ai giurati di motivare succintamente le loro decisioni, nel 1996 quella possibilità divenne un obbligo, accompagnato da un protocollo scritto dal cancelliere del tribunale che sedeva nella camera di consiglio con loro. In base a queste deliberazioni il giudice, che ancora non poteva votare assieme ai giurati, doveva occuparsi di redigere i considerandi della sentenza in fatto e in diritto seguendo le linee indicate dal verdetto. La giuria inoltre aveva il diritto di interrompere la deliberazione per chiedere eventuali domande complementari alle parti per analizzare la questione da un punto di vista giuridico diverso.²⁷⁶⁶

Il colpo più duro dato ai giurati arrivò dalla grande riforma della Cost. 1874, iniziata nel 1987, proposta in un Messaggio nel 1996 e votata da popolo e Cantoni nel 1999. La Svizzera, dopo 150 anni, riformò integralmente la struttura della sua Carta. Il CF nel suo Messaggio indicò che il testo andava riscritto in modo tale da creare chiarezza e iscrivere le evoluzioni costituzionali giurisprudenziali avvenute fino ad allora. Per il governo i contenuti andavano aggiornati nell'ambito dei “diritti popolari” e del “settore della giustizia”.²⁷⁶⁷ Mentre le riforme di questi due campi furono compiute gradualmente, in particolare la riforma della giustizia fu votata separatamente nel 2000 (senza peraltro prevedere un tribunale costituzionale),²⁷⁶⁸ le AF furono uno dei pochissimi istituti ad essere subito oggetto di riforma nel 1996. Nel Messaggio il CF affermava che nella procedura di consultazione per la revisione della Carta era stata richiesta da più voci l'abrogazione del riferimento costituzionale alle AF. La

²⁷⁶² V. ora più approfonditamente, in particolare nel discorso interno al corpo giudicante, LUMINATI/CONTARINI 2019.

²⁷⁶³ HAUSER/SCHWERI 1999, p. 81.

²⁷⁶⁴ SOLLBERGER 1996, p. 136 ss.

²⁷⁶⁵ SOLLBERGER 1996, p. 125 s. e 142.

²⁷⁶⁶ STRÄULI 2001, p. 331 s.

²⁷⁶⁷ FFit 1997 I 1, 16.

²⁷⁶⁸ V. FFit 1999 7454.

motivazione centrale fu che in fondo sarebbe stato sufficiente prevedere le giurie nella legge, non c'era bisogno della menzione costituzionale. Il CF affermava comunque, in tono sibillino, che non necessariamente era ancora giustificata la presenza delle giurie.²⁷⁶⁹ Le commissioni parlamentari stralciarono l'articolo (il 179).²⁷⁷⁰ Il CN seguì la scelta commissionale senza nemmeno discuterne.²⁷⁷¹ Il CS taciò la giuria d'essere obsoleta.²⁷⁷² Dallo stralcio costituzionale alla Legge federale concernente la soppressione delle Assise federali dell'8 ottobre 1999 il passo insomma fu brevissimo.

13.3.5 Il diritto d'essere sentito come nuova forma di *othering*

Tirando le somme, e volendo generalizzare, si può dire che tendenzialmente i giuristi hanno combattuto contro la logica della democrazia diretta.²⁷⁷³ Non è qui il luogo per giudicare se a torto o a ragione, fatto sta che la manipolazione costante è certificabile, operata dai giuristi svizzeri sulla loro Costituzione, finalizzata a imporre la logica del diritto sulle altre logiche. Mostra la volontà di identificarsi come parte dello schema dello Stato di diritto, di creare insomma una certa fiducia da parte della politica nel diritto. Di *questa* politica su *questo* diritto.

Fiducia che arrivava sì dal parlamento, ma non necessariamente dalle istanze popolari. Ecco quindi emergere la CEDU come nuovo strumento giuridico di tutela del popolo, e quindi come nuova metacostituzione svizzera. Essa scalzava la democrazia diretta, tacciata d'essere irresponsabile perché ormai in mano a miliardari populistici. Eppure a ben vedere anche in questo caso il TF aveva preparato il campo.

Con la nuova Cost. del 18 aprile 1999 era stato deciso di non far diventare il TF un tribunale costituzionale. per tutta risposta il TF il 26 luglio 1999 (quindi giusto 3 mesi dopo) decise che le leggi erano controllabili secondo i

²⁷⁶⁹ FFit 1997 I 1, p. 403.

²⁷⁷⁰ FFit 1998 I 251, p. 309.

²⁷⁷¹ Si notò però, che si trattava di un punto in cui non c'era corrispondenza fra la nuova e la vecchia Cost., V. StenBul 1998 Cost. CN, p. 50.

²⁷⁷² V. StenBul 1998 Cost. CS, p. 117 e p. 146.

²⁷⁷³ Il TF è attento a non essere troppo rumoroso nel suo appropriarsi del diritto svizzero e si rifiuta di sottoporre apertamente le leggi federali a un controllo costituzionale, rimandando al rispetto dell'art. 190 Cost. 1999. Quell'articolo in realtà, come già l'art. 113 Cost. 1874, rientrava nella discussione se avere un tribunale di cassazione o d'appello a livello federale, v. StenBul 1872 BV NR, p. 270 e 291, non aveva nulla a che fare con la sua funzione attuale. Ma soprattutto, proprio basandosi su quell'articolo, come mostro nei prossimi paragrafi, il TF ha poi imposto l'esame di costituzionalità delle leggi, usando come nuova Costituzione materiale svizzera la CEDU. Non mi lamento di questa evoluzione e anche io ho combattuto contro l'iniziativa "Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l'autodeterminazione)", (v. [questo link: https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/it/home/aktuell/abstimmungen/selbstbestimmungsinitiative.html](https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/it/home/aktuell/abstimmungen/selbstbestimmungsinitiative.html)), rimane però intellettualmente corretto dire le cose come stanno.

crismi del diritto internazionale, che ora prevaleva sul diritto nazionale contrario.²⁷⁷⁴ Il TF si basò sibillinamente sull’art. 190 Cost. 1999, la cui lettera invece non statuiva una preminenza del diritto internazionale²⁷⁷⁵ ed era anzi proprio l’ostacolo che impediva al TF di decidere come tribunale costituzionale sulle leggi federali! Di nuovo i giuristi si erano presi il diritto al di là di qualsiasi norma, di nuovo la politica li aveva schermati in quella scelta, come era già successo contro le giurie nella prima metà del Novecento. Quell’evoluzione a favore della CEDU non è in sé un errore,²⁷⁷⁶ dato che riesce anche a limitare il razzismo tipico della democrazia diretta elvetica. Leggendo la sentenza è però chiara la forzatura: la sentenza non citava particolare dottrina se non una stranissima “*gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989, VPB 53/1989 Nr. 54 Ziff. 15 S. 420 ff.*”. Questo documento,²⁷⁷⁷ visto con gli occhi di oggi, ha dell’incredibile: è una dettagliata e giuridicamente approfondita presa di posizione comune dell’Ufficio federale di giustizia e della Direzione per il diritto internazionale, che statuiva che ora il diritto internazionale prevaleva su quello nazionale contrario. Il documento era stato redatto probabilmente dal Vicedirettore dell’Ufficio federale della giustizia, che poi divenne giudice federale e nel 1999 stilò verosimilmente la sopracitata sentenza PKK.²⁷⁷⁸

Quel documento che **stravolgeva** la teoria delle fonti elvetiche non era stato controfirmato dal CF, sebbene materialmente avesse rilevanza costituzionale.²⁷⁷⁹ Leggendo il documento si percepisce il lavoro retrostante

²⁷⁷⁴ DTF 125 II 417 (PKK), c. 4. d), p. 424, confermata dalla DTF 129 II 193.

²⁷⁷⁵ Questo il tenore dell’allora art. 191 Cost. 1999 (ora 190 Cost. 1999): “Diritto determinante. Le leggi federali e il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell’applicazione del diritto”.

²⁷⁷⁶ V. ora il sito www.comitatodiberna.org.

²⁷⁷⁷ V. *Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht*, 26.4.1989, in: VPB 53 (1989), n. 54 (online: <http://www.vpb.admin.ch/deutsch/doc/53/53.54.html>).

²⁷⁷⁸ Qui sopra, npp. 2774; BuRiLex - Olivier Jacot-Guillarmod, che tra gli anni ‘80 e gli anni ‘90 del Novecento scrisse svariati contributi sulla preminenza del diritto internazionale sul diritto federale. Contemporaneamente rappresentava la Svizzera al Consiglio d’Europa. Era inoltre autore del rapporto alla SSG del 1993 a titolo “*Le juge suisse face au droit européen*” (cfr. GSCHWEND/INGBER/WEHRLE 2011, p. 179) e nel 1999 era membro proprio della I. camera di diritto pubblico del TF che emanò la DTF 125 II 417; v. anche VOLORIO PERRIARD, MYRIAM: “Olivier Jacot-Guillarmod”, in: DSS, 03.07.2007 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/043883/2007-07-03/>; la vecchia tradizione elvetica dei giudici-legislatori (v. sopra, npp. 1536), sebbene adeguata ai tempi che corrono, insomma continuava imperterrita.

²⁷⁷⁹ Va peraltro detto che in quei mesi il governo federale stava vivendo una delle fasi più difficili della sua storia recente: la Consigliera federale direttrice del DFGP si era appena dimessa e i dipartimenti erano stati rimescolati, ALTERMATT, URS: “Elisabeth Kopp”, in: DSS, 22.10.2018 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/004737/2018-10-22/>; contestualmente all’affaire Kopp era inoltre venuto a galla l’orrendo scandalo della schedatura di 900*000 persone per conto del Governo, v. KREIS, GEORG: “Protezione dello Stato”, in: DSS, 27.02.2012 (traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/017352/2012-02-27/>.

di apertura della Svizzera al mondo internazionale ed economico di quegli anni. Si sente il bisogno di farlo in silenzio. Diventa qui chiaro cosa intenda Luhmann quando parla di “*Verfassung als evolutionäre* [e non: *revolutionäre*, ndr] *Errungenschaft*”!²⁷⁸⁰

13.3.6 L’unificazione procedurale e l’ovvietà d’abolire le giurie

Assieme alla riforma della Costituzione fu portata avanti anche l’unificazione della procedura penale. I giuristi furono subito chiarissimi: la partecipazione delle giurie popolari al processo penale svolto a livello cantonale non era più gradita. Già nel 2002 Hauser aveva sostenuto che la giuria, anche nella sua forma scabinale, semplicemente non era più adatta alla giustizia del 21° secolo. La lotta al crimine era ormai troppo complessa (*komplex*) e i giurati troppo influenzabili nella società dell’informazione.²⁷⁸¹

Si comprende quindi perché il progetto commissionale “Da 29 all’unità – Piano per un codice di procedura penale federale” (*Aus 29 mach 1. Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung*) non sono mai citate (nelle varie lingue) le parole “giurati”, “scabini”, “giurie”, “partecipazione popolare”. Giusto due volte si trova la parola “*Jury*”, riferita ad una qualche procedura americana, ma mai accostandola a un’eventuale analogia svizzera. La parola “profano” (intendo i *Laienrichter*) si trova una volta sola.²⁷⁸² Il DFGP nel suo progetto pilota dovette invece citare le Corti d’Assise scabinali, che erano comunque vive e vegete ancora a Zurigo, Ginevra, Ticino, Vaud e Neuchâtel e non c’erano grandi lamenti contro di loro se non da parte della scienza giuridica.²⁷⁸³ Il Dipartimento dichiarò che ora esse non erano esplicitamente escluse dal nuovo processo penale, ma che “la creazione di un siffatto tribunale è di fatto preclusa” dato che non erano state previste delle norme procedurali esplicite per loro.²⁷⁸⁴

²⁷⁷; sull’influenza dell’affaire Kopp e lo scandalo delle schedature nella penalistica elvetica v. ora GARRÉ 2016; v. anche AERSCHMANN 2014, p. 163 ss.

²⁷⁸⁰ LUHMANN 1990 *Verfassung; Errungenschaft* significa conquista.

²⁷⁸¹ HAUSER 2002, p. 678; si noti che nell’epilogo del suo contributo Hauser volle ribadire che non stava certo attaccando i giudici non togati (*Laienrichter*) con quell’addio ai giurati, indicava però che il loro lavoro era apprezzabile soprattutto nei tribunali specialistici e che comunque andava elogiata la loro voglia di sottoporsi alla formazione giuridica nel diritto.

²⁷⁸² DFGP, Expertenkommission “*Vereinheitlichung des Strafprozessrechts*”, *Aus 29 mach 1. Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung*, Bern Dezember 1997, online: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/a29m1-d.pdf>, p. 24.

²⁷⁸³ Si pensi che nel 2015 il presidente del TF Mathys ricordava il suo periodo alla Corte d’Assise di Zurigo come il più bello della sua carriera, in particolare grazie al lavoro con i giurati, v. THOMAS HASLER, “*Das Ansehen der Justiz leidet*”, *Tages-Anzeiger* 8.1.2015, p. 17.

²⁷⁸⁴ Rapporto esplicativo del DFGP, Ufficio federale di giustizia, concernente il Codice di procedura penale svizzero, giugno 2001, online: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/vn-ber-1-i.pdf>, p. 42; alcune pagine dopo calcava la mano e parlava esplicitamente di “soppressione delle Corti d’Assise – ora anche a livello federale”, *ivi*, p. 44; si noti che il

Nella procedura di consultazione voci a favore delle giurie popolari si sentirono solo da parte del Partito socialista svizzero, da Ginevra e dal Ticino, ma furono relegate a una mezza nota a piè di pagina.²⁷⁸⁵ Insomma, come quasi sempre successe nella storia giudiziaria svizzera, il silenzio era l’arma migliore per escludere i giurati dal giudizio.

Eppure, osservando con attenzione gli articoli di quel progetto, ci si rende conto che il sistema di scabinato, ormai vincolante in tutta la Svizzera da 50 anni, non era veramente messo in pericolo dalle norme tutto sommato aperte della nuova procedura. In effetti l’unico ostacolo rilevante era l’abbandono del principio di immediatezza, codificato nell’art. 331 Disegno del 2005 per il futuro CPP 2007 (dCPP 2005),²⁷⁸⁶ che statuiva che nelle corti collegiali vi sarebbe stato l’obbligo di far circolare gli atti. Nel suo Messaggio il governo federale, nel sottolineare l’impossibilità di avere Corti d’assise nella procedura dibattimentale di primo grado, non citò l’art. 331 dCPP 2005 sulla circolazione degli atti, ma quelli successivi (art. 336 ss. dCPP 2005).²⁷⁸⁷ La volontà programmatica era comunque chiara, il governo voleva passare tutto a tribunali permanenti, anche con l’eventuale presenza di non togati (*Laienrichter*),²⁷⁸⁸ assecondando la scienza giuridica nel suo “attacco” finale alla partecipazione delle giurie popolari. Il parlamento non ebbe niente da dire, le Assise risuonarono solo una volta nelle aule parlamentari in tutta la procedura dibattimentale tra il 2006 e il 2009.²⁷⁸⁹

D’interesse notare che l’assenza del principio di immediatezza era proprio lo strumento che nella seconda metà del Novecento avevano usato i giuristi (p.e. Hauser) per condannare l’arretratezza dei processi dei piccoli cantoni svizzeri tedeschi. Questi ancora non si erano completamente allineati alle forme liberali.²⁷⁹⁰ Contemporaneamente però gli stessi giuristi (p.e. Hauser, nello stesso testo!) lo relativizzavano non appena si fossero ottenute altre garanzie procedurali per l’imputato, permettendo ai giudici del collegio di operare attraverso la circolazione degli atti scritti.²⁷⁹¹ Quella soluzione è

DFGP, rifacendosi a Schmid, citò le giurie americane per rafforzare la proposta di adottare giudici supplenti per i processi più lunghi, un’annotazione assurda dato che sarebbe bastato rifarsi alla storia delle giurie federali svizzere...

²⁷⁸⁵ Compendio del DFGP, Ufficio federale di giustizia, dei risultati della procedura di consultazione relativa agli avamprogetti di Codice di procedura penale svizzero e di legge federale sulla procedura penale minorile svizzera, Berna 2003, online: https://www.admin.ch/ch/i/gg/pc/documents/832/Ergebnisse_i.pdf, p. 22, npp. 94.

²⁷⁸⁶ Il disegno si trova in FFit 2006 1291.

²⁷⁸⁷ FFit 2006 989, 1045.

²⁷⁸⁸ FFit 2006 989, 1285.

²⁷⁸⁹ Ho cercato all’interno del sito del Bollettino ufficiale per l’oggetto 05.092 i codici “Geschw” e “assise”; “Geschw” non appare; la parola “assise” appare una sola volta nel voto Pagan (GE), che ricordava che nel disegno di legge non c’erano più norme per la procedura con le Assise, StenBul 2006-2008 CPP, 2007 N 935.

²⁷⁹⁰ V. p.e. HAUSER 1981, p. 171.

²⁷⁹¹ HAUSER 1981, p. 176.

proprio quella trovata dal legislatore federale, criticata infine con veemenza da più parti, in particolare da voci dell'università di Basilea.²⁷⁹²

La fine dello scabinato era insomma definitivamente segnata, o almeno così pensavano tutti gli esperti. Secondo Kuhn/Perrier, ribadendo le parole del governo, per il *jury* non c'era niente da fare, mentre c'era ancora spazio per i giudici non togati (*Laienrichter*).²⁷⁹³ Riedo/Fiolka/Niggli ad esempio ritenevano nel 2011 che non vi fosse più spazio per gli “*Schwurgerichte*” dato che non erano previste norme per loro.²⁷⁹⁴ Il principio di immediatezza del nuovo codice di procedura penale era stato descritto come ampio e compiuto. Le voci critiche erano poche, sostanzialmente malinconiche.²⁷⁹⁵ L'emanazione del CPP nel 2007 portò la fine di (quasi) tutte le giurie, provocando poche opposizioni. Nel canton Vaud la correzionalizzazione era stata tale che i giurati (che ormai subentravano solo per i reati con minaccia di pena dai 12 anni in su) erano diventati quasi decorativi,²⁷⁹⁶ non fu un problema rinunciarvi.²⁷⁹⁷ Nella costituzione del 2003 non vennero quindi più menzionati.²⁷⁹⁸ Con l'entrata in vigore del CPP 2007 **Neuchâtel** e **Zurigo** rinunciarono a denti stretti alle loro corti: fece presa l'argomento politico

²⁷⁹² ALBRECHT 2010, p. 189, che la definisce *Systemwidrig*; SCHUBARTH 2014, p. 122, che parla esplicitamente del rischio di una *Kabinetjustiz*; il presidente del TF Mathys criticò duramente nel 2015 le preture zurighesi che rinunciavano a riascoltare i testimoni, Thomas HASLER, “Das Ansehen der Justiz leidet”, *Tages-Anzeiger* 8.1.2015, p. 17.

²⁷⁹³ KUHN/PERRIER 2007, p. 258, che sottolineava che il governo si riferiva proprio alla fine degli scabinati anche se chiamati *Geschworenengerichte*; identico KUHN 2009, p. 154 s., come anche KIPFER 2011, N 3 ad art. 19 StPO.

²⁷⁹⁴ Si noti che i tre usano il concetto di *Schwurgerichte* come termine cappello per i *klassische Schwurgerichte* e per gli *Schöffengerichte*, RIEDO/FIOLKA/NIGGLI 2011, N 302 ss.

²⁷⁹⁵ p.e. il presidente della Corte d'Assise di Zurigo, v. HÜRLIMANN 2010; più tardi anche LANDMANN 2014.

²⁷⁹⁶ Si noti che sono però rimasti i giudici non togati (*Laienrichter*), ancora oggi attivi e spesso agli onori della cronaca in casi altamente mediatizzati, p.e. nel “caso Marie”, giudicato da un giurista con 4 non togati. Nel 2013 hanno condannato l'imputato a una pena privativa della libertà a vita e all'internamento a vita, Philippe REICHEN, “Höchststrafe für den Mörder von Marie wirft Fragen auf”, *Tages-Anzeiger* 26.3.2016, s. 4. Il tribunale d'appello, composto da giuristi, ha confermato l'internamento a vita, mentre il TF ha contestato che fosse a vita e ha cassato la sentenza su questo punto, decisione del TF 6B_35/2017 del 26 febbraio 2018. Anche in altri cantoni la musica è questa. Nel 2012 nel canton Uri nel “caso Walker” la NZZ titolò “Enormer Druck auf Laienrichter”. In effetti avrebbero giudicato l'assassinio “*ein pensionierter Lokomotivführer, eine Kindergärtnerin, ein Werkschullehrer sowie ein Personalberater*” assieme al presidente, un „*gelernter Jurist mit Anwaltspatent*”, MARCEL GYR, “Enormer Druck auf Laienrichter”, NZZ 16.10.2015, Nr. 240, p. 24; v. ora la decisione del TF 6B_824/2016, 6B_844/2016, 6B_946/2016, 6B_960/2016 del 10 aprile 2017. Nel 2017 un tribunale argoviese ha giudicato un imputato per una richiesta di pena privativa della libertà a vita e internamento ordinario nella composizione di due giuristi e tre non togati (“caso Ruppenswil”), Thomas HASLER, “Ein Fall für Lausanne”, *Tages-Anzeiger* 17.3.2018, s. 2. Si noti, per contestualizzare queste decisioni sull'internamento, che il popolo svizzero nel 2004 ha votato sull'adozione nella Cost. 1999 di una norma sull'internamento a vita, che ha provocato nel 2007 una modifica del CPS, v. FFit 2006 807.

²⁷⁹⁷ TAPPY 2011, p. 129.

²⁷⁹⁸ PELLET 2010, p. 218.

dell'incompatibilità con il diritto federale, i governi cantonali ebbero vita facile e in parlamento solo alcuni nostalgici provarono ad opporsi a questa lettura.²⁷⁹⁹

A Ginevra la “variante” inventata nel 1890 poneva effettivamente problemi organizzativi con il nuovo Codice, dato che i membri dei due gremi (corte e giuria) avevano competenze deliberative differenti e questo non era previsto dalle regole sulla procedura dibattimentale di primo grado. Dato che il CPP 2007 prevedeva la possibilità di avere tribunali collegiali, fu necessario imporre uno strano tribunale criminale misto ad una componente (non necessariamente) “profana” (non togati), comunque *semi-casuale*: sono ora eletti 20 “giurati” popolari,²⁸⁰⁰ di cui quattro estratti a sorte in ogni processo per i soli delitti la cui pena proposta dall'accusa è superiore ai 10 anni (un paio di casi all'anno).²⁸⁰¹ Paradossalmente oggi vengono nominati come “giurati” proprio dei giuristi²⁸⁰²

13.3.7 Ma quell'irriducibile villaggio cisalpino...

In Ticino, anche grazie all'ostinazione di Bernasconi e del sottoscritto, si rimase più affini al vecchio scabinato.²⁸⁰³ Il merito fu, dopo una nostra petizione (firmata solo da noi due), di una votazione costituzionale il 28 novembre 2010 in cui il popolo con solo il 51, 68% dei voti decise il mantenimento delle giurie ticinesi, le ultime in Svizzera.²⁸⁰⁴ Il Ticino fu l'unico cantone a far votare la popolazione esclusivamente su questo tema (ovvero: non all'interno di una riforma generale sul sistema giudiziario). Importante fu il ruolo del compianto Giovanni Cansani, docente delle scuole

²⁷⁹⁹ Per Zurigo: AUGUSTIN 2011; per Neuchâtel: HABIBI AMINI ET AL. 2011.

²⁸⁰⁰ Mentre i giudici del tribunale penale sono 23, come pure i giudici supplenti, art. 91 Loi sur l'organisation judiciaire del 2010 (Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ-GE)). La corte di giustizia (responsabile dell'appello) ha invece in totale 35 giudici, per la camera penale d'appello sono previsti 22 giurati, art. 117 LOJ-GE (di cui però 6 devono essere medici e altri 6 specialisti dell'educazione, che intervengono nei casi di procedure contro minori, art. 129 cpv. 3 LOJ-GE).

²⁸⁰¹ Al processo i giudici ordinari sono invece tre, art. 99 LOJ-GE. Questo vale anche per l'appello (art. 129 LOJ-GE); v. sull'evoluzione recente ginevrina PEDRAZZINI RIZZI 2014.

²⁸⁰² P.e. nel 2015 sono state elette due giuriste, Nussbaumer e McGregor, v. <http://ge.ch/grandconseil/memorial/seances/010210/64/4/> e <http://ge.ch/grandconseil/memorial/seances/010206/34/4/>.

²⁸⁰³ V. ora la pagina riassuntiva delle nostre prese di posizione su: <https://www.filippocontarini.ch/posizione-politica/partecipazione-dei-giurati-popolari-nel-penale/>.

²⁸⁰⁴ Per i risultati e il materiale informativo si veda il sito cantonale: <https://www4.ti.ch/index.php?id=86023&idVotazione=1633>. Si noti la quota sproporzionatamente alta di quasi il 10% di schede bianche, più del doppio delle altre votazioni “politiche” di quella domenica. Secondo la mia esperienza, non solo che l'elettorato non riusciva ad orientarsi completamente sulla questione in votazione, ma addirittura la stragrande maggioranza delle persone non aveva idea di come fosse composta una corte giudicante.

medie, municipale socialista di Lugano e giurato popolare, che godeva di un certo consenso popolare nel cantone. Si incontrò in televisione il 17 novembre 2010 con Jacques Ducry, radicale, giurista ed ex procuratore pubblico, ostile alle giurie.

Ciò che stupisce in tutta la faccenda cantonale fu l'approccio giuridico delle autorità. Bernasconi ed io decidemmo di adottare la strategia comunicativa contraria a quella dominante nella scienza giuridica elvetica. Se i professori di diritto vieppiù stavano mettendo in croce i giudici non togati (*Laienrichter*), considerando i giurati già morti, noi cercammo di salvare i giurati spiegando che in realtà non si poteva trovare una vera differenza operativa fra gli scabini e i *Laienrichter*. Dal momento che i *Laienrichter* non erano illegali agli occhi del CPP 2007, allora non potevano esserlo nemmeno gli scabini ticinesi.²⁸⁰⁵ In sostanza abbiamo eliminato una differenza, sostenendo che in fondo gli scabini fossero dei giudici e basta.

Il governo si oppose sempre a questa lettura e riteneva "convincente" la tesi secondo cui non ci fosse più posto per le Corti d'assise nei cantoni.²⁸⁰⁶ Quando però il deputato Ducry in aula del GC il 19.4.2010, durante la discussione introdotta dal leghista Boris Bignasca, sostenne che sarebbe stata necessaria una modifica costituzionale per eliminare i giurati dal sistema giudiziario ticinese, l'allora presidente del Governo ticinese Pedrazzini lo appoggiò. Ci sorprese dato che ancora il 12.4.2010, incontrandoci, Pedrazzini sostenne che le giurie erano in contrasto con il CPP 2007. Ma se sul serio fosse stato così (idea che contestavamo), allora in forza all'art. 49 Cost. 1999 non sarebbe stato necessario modificare la Costituzione ticinese, dato che la forza derogatoria del diritto federale sovrasta anche il diritto costituzionale cantonale anteriore contrario. Permettere quella revisione costituzionale significava, in sostanza, darci ragione sulla lettura giuridica della vicenda. Vinta la votazione costituzionale, la risposta organizzativa fu comunque una decisa correzionalizzazione delle competenze giurisdizionali delle Assise, una drastica riduzione dei giurati da 409 a 150 e la loro presenza nei processi d'appello qualora fossero stati attivi anche in prima istanza.²⁸⁰⁷

Il sistema di ricusa rimaneva però sostanzialmente intatto: per la prima istanza venivano estratti a sorte quattordici giurati, da cui ne venivano stralciati otto arbitrariamente dalle parti, quindi due erano casualmente

²⁸⁰⁵ V. Petizione del 9.2.2010 inviata da Ares Bernasconi e Filippo Contarini al Gran Consiglio per il mantenimento delle Corti d'assise nell'organizzazione giudiziaria in ambito penale (online: <https://www.filippocontarini.ch/wp-content/uploads/Petizione.pdf>), p. 3, che (invero surrettiziamente!) si rifaceva d'altronde alle parole di SCHMID 2009, p. 144.

²⁸⁰⁶ Messaggio 6353 del 27.4.2010 del CdSo del Canton Ticino - Abrogazione delle norme della Costituzione cantonale relative ai giurati cantonali (online: <http://www4.ti.ch/fileadmin/POTERI/GC/allegati/odg-mes/pdf/6353M.pdf>), p. 2.

²⁸⁰⁷ V. Messaggio 6474 del 16.3.2011 del CdS del Canton Ticino - Istituzione della figura di assessore-giurato del Tribunale penale cantonale e della Corte di appello e di revisione penale (online: <http://www4.ti.ch/fileadmin/POTERI/GC/allegati/odg-mes/pdf/6474M.pdf>), in particolare p. 4.

nominati supplenti, i restanti quattro costituivano gli assessori giurati del processo.²⁸⁰⁸ Certo c’era il grande ostacolo di praticabilità della circolazione degli atti dell’art. 330 cpv. 2 CPP 2007, ma ci appariva giuridicamente sostenibile che si potesse far leggere gli atti agli attuali assessori-giurati. Tutti erano consapevoli della macchinosità di una simile procedura, che era una vera frattura nei confronti del principio di immediatezza e una questione burocraticamente fastidiosa soprattutto per i processi voluminosi. Ma si sapeva che quel problema di praticabilità si sarebbe presentato anche con i giudici a latere, comunque oberati di lavoro, e con i giudici supplenti. La soluzione fu far preparare al presidente della Corte un rapporto attraverso il quale i giurati avrebbero potuto orientarsi fra gli atti.²⁸⁰⁹

Inchieste qualitative sulla posizione dei giurati nel processo cantonale ticinese mancano, sebbene raccogliere la loro voce sarebbe oggi importante. Il giurato Arigoni, socialista, poco dopo la riforma della LOG-TI 2006 mi spiegò ad esempio che la rinuncia al principio di immediatezza aveva sul serio cambiato le carte in tavola, richiedendo ora più attenzione e tempo da dedicare al caso, una situazione che mal si conciliava con lo spirito di milizia. Lui, che sosteneva la votazione popolare a favore delle giurie, si dimostrava quindi scettico sui risultati. Il giurato Bonomi, socialista, ha sempre sottolineato come i giudici professionisti ascoltino con molta attenzione in Camera di consiglio ciò che dicono i giurati. Sosteneva quindi la bontà della strada intrapresa. Di rilievo la posizione di un giurato leghista, che nel 2018 mi ha spiegato ora di sentirsi un giudice (non togato, nel senso di *Laienrichter*) a tutti gli effetti e non più un assessore giurato. Il motivo era la forma del giuramento: mentre la vecchia legge ticinese prevedeva (a suo dire: in modo folkloristico) che i giurati prestassero giuramento in aula all’inizio del processo, ora con quella nuova il giuramento viene prestato ufficialmente di fronte al Gran Consiglio all’inizio dei dieci anni di carica.²⁸¹⁰

²⁸⁰⁸ Art. 56 Legge sull’organizzazione giudiziaria del 10 maggio 2006 (LOG-TI 2006) c.d. art. 50 cpv. 3 LOG-TI 2006.

²⁸⁰⁹ V. ora ERMANI 2014, p. 129.

²⁸¹⁰ Il giurato Bernasconi, avvocato e di professione cancelliere al Tribunale federale, mi ha comunicato di aver partecipato il 27 febbraio 2019 a un processo d’appello assieme ad un altro giurato che di professione è avvocato. La sorte e la ricusa arbitraria delle parti hanno quindi comportato che per quel caso specifico la Corte fosse composta da 5 giuristi professionisti e due non togati (scabini). Di tutta la breve *Urliste* ticinese, comunque, gli unici giurati d’appello giuristi ticinesi sono loro due.

13.4 Elementi per chiedere ai giuristi come proseguire

*Nous autres universitaires [...] tous les jours,
nous est donné de rencontrer des gens du peuple qui, eux,
et bien que n'ayant pas fait d'études universitaires,
savent,
tout aussi bien que ceux qui en ont fait, et souvent même mieux encore,
gérer non seulement leurs propres affaires,
mais encore les affaires publiques et les intérêts du pays.*²⁸¹¹

13.4.1 La costruzione della leggenda sui giuristi – ieri come oggi?

Non c'è nulla di strano quando gli esperti sostengono di saper operare meglio rispetto agli altri: la differenza sostanziale tra gli “esperti” e gli “altri” consta anzitutto nel mostrare di possedere un sapere che non è ovvio, nel saper muoversi autonomamente e in modo competente, soprattutto nel sapersi presentare in quanto esperto, quindi farsi ascrivere competenza.²⁸¹² Se l'ambiente ignora quella differenza professionale, allora si è semplicemente di fronte ad un mestiere.²⁸¹³ Ancora oggi il mondo universitario garantisce ai giuristi che potranno conquistarsi quel prestigio professionale. Ancora oggi si parla degli esperti come persone dotate di esperienza, standard professionali, indipendenza e neutralità, responsabilità, persone ben pagate per queste qualità.²⁸¹⁴ Alcuni li vorrebbero addirittura psicologicamente diversi dai “profani” (inteso come non giuristi) grazie al loro uso affinato del tempo, delle metafore, dei modelli, delle teorie.²⁸¹⁵ Tutte mitologie, è evidente.²⁸¹⁶ Che però hanno una funzione nel sistema moderno:

²⁸¹¹ Parole di Jacques Dicker, avvocato socialista messo alla gogna dai filofascisti, DICKER 1933, p. 71.

²⁸¹² HITZLER 1994, p. 15 s.; anche HESSE 1998, p. 13.

²⁸¹³ Il mestiere permette comunque di giungere ad attributi altrimenti non raggiungibili dalla propria origine sociale. Si tratta di una novità rinascimentale, v. STICHWEH 2006 (1996) Professionen, p. 3.

²⁸¹⁴ THÜRER 2005, p. 47 s.; v. anche HITZLER 1994, p. 14 s.; sull'approccio del primo Luhmann sui giuristi v. sopra, cap. 6.3.2; diverso invece l'approccio radical-costruttivista, che ragiona sui livelli di osservazione e sulle relative costruzioni del proprio ambiente: „Das Substrat dieser Auseinandersetzung von Beobachterperspektiven liegt in der Systemdifferenzierung – vor allem in der Differenzierung von Anwaltspraxen, Gerichten, Rechtsabteilungen von Organisationen und Gesetzgebungsorganen mit je verschiedenen Aussengrenzen zur gesellschaftlichen Umwelt hin”, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 531.

²⁸¹⁵ V. i richiami in HITZLER 1994, p. 23.

²⁸¹⁶ KNORR CETINA 1992, p. 410, ricordava che Garfinkel cercò di dimostrare che la scienza fosse un operare con standard razionali esterni a quelli della quotidianità. La ricerca costruttivista ha però messo in discussione che l'assunto possa rispecchiare un **modo** di funzionare con razionalità differenti da funzione a funzione. Per una dura critica al sapere come luogo di razionalità v. ora GRUNDMANN/BEIERLE/KERN-ISBERNER/PFEIFER 2013; v. anche ENGEL/HALFMANN/SCHULTE 2002, Einführung, p. 10; sui deficit della scienza giuridica nell'elaborare l'incertezza v. SCHERZBERG 2002, p. 131 ss; notava argutamente H. Escher già

la professione nel diritto (come pure l’organizzazione giudiziaria, ma anche il processo in sé) agisce come un muro moderno di difesa contro l’influsso dello status sociale (p.e. la nobiltà) o delle relazioni personali sulla decisione processuale.

Un risultato dovuto a una volontà politica? È più complesso, si trattò piuttosto di un’evoluzione autonoma: il diritto ha legato la professione all’indipendenza personale del giudice nel processo, alla sua dipendenza dal testo giuridico e all’obbligo di decidere. Grazie al suo prestigio il giurista riesce a isolare da una fattispecie ciò che gli interessa per la sussunzione **senza incontrare opposizione sociale** e riesce a curare contatti formalmente pacifici. Tutto ciò non ha nulla a che fare con pretese razionalità, ma in questo modo la professione funge da zona cuscinetto (*Pufferzone*) in cui l’attività giudiziale può muoversi per continuare a fare il suo compito moderno, ovvero continuare a modificare il diritto.²⁸¹⁷

La struttura di difesa della professione si basa sull’**esclusione**. I giuristi tendono quindi a dire che gli altri non hanno la capacità di svolgere il loro compito di esperti e si definiscono tendenzialmente più competenti degli altri perfino negli ambiti semantici che non conoscono, non appena questi ambiti sfocino nel processo giudiziario.²⁸¹⁸ Ci spiega Hesse che il motivo principale per cui gli esperti moderni sono così potenti è che su di loro aleggiano leggende:²⁸¹⁹ storie quasi mitologiche (*sagenhafte Geschichte*), informazioni non autenticate e comunque improbabili.²⁸²⁰ A queste leggende positive ne corrispondono, invertite, di negative sui “profani” (*Laien*).²⁸²¹ Ad esempio ancora oggi uno dei motivi principali per cui non ci si fida dei giudici non togati (*Laienrichter*) è la loro presunta influenzabilità a causa della presenza mediatica – non provata scientificamente.²⁸²² I discriminati accettando le leggende, ridando vita a modelli e direttive, cadono nella routine.²⁸²³ L’esperto viene così considerato sovraordinato e rappresentante dell’unità,

nel 1838 che in realtà gli esperti non operano con standard molto diversi da quelli della quotidianità..., v. sopra, cap. 5.5.3.

²⁸¹⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 329 ss.

²⁸¹⁸ Questa tesi si ritrova regolarmente nelle prese di posizione in cui i giuristi si esprimono sul pubblico. p.e. in una discussione surreale fra un giudice giurista dottore in diritto (socialista, ahimè) e una giudicessa “profana” (*Laienrichterin* nazional-conservatrice). Alla suggestiva domanda dei giornalisti “*Der Profi ist auch nicht auf jedem Rechtsgebiet Fachmann*” il giurista rispose: “*Aber wir sind sehr viel schneller in der Lage, uns das Wissen zu beschaffen*”, Liliane MINOR und Thomas HASLER, „Dumme Laien, heilige Juristen?“, *Tages-Anzeiger* 19.05.2016, pp. 19 e 21.

²⁸¹⁹ HESSE 1998, p. 170, che purtroppo ascrive, incredibilmente non cogliendo la similitudine fra i loro messaggi, a LUHMANN il ruolo di creatore di leggende sugli esperti.

²⁸²⁰ HESSE 1998, p. 86.

²⁸²¹ HESSE 1998, p. 132.

²⁸²² RENNIG 1993, p. 232, che però in Svizzera non è stato recepito. V. sul tema dell’influenzabilità il paragrafo dedicato in LUMINATI/CONTARINI 2019.

²⁸²³ HESSE 1998, p. 87; in questo approccio apertamente weberiano è comunque inevitabile scorgere un parallelo nella distinzione tra codice e funzione di LUHMANN.

un'immagine guida.²⁸²⁴ Le motivazioni che la società ha usato per definire questa gerarchia sono svariate, p.e.:

- la divisione del lavoro come garanzia di qualità;
- la specializzazione come garanzia degli interessi collettivi;
- maggiore auto- ed eterocontrollo dell'esperto che permettono di evitare abusi;
- la differenza esperto/*Laie* non va a discapito del non esperto, ecc.²⁸²⁵

L'esperto, basandosi sul sapere, affronta il non-esperto con una promessa (ma mai una sicurezza) di successo.²⁸²⁶ Da qui deriva la subordinazione: né fondata sul consenso, né sul dialogo,²⁸²⁷ **il modello esperto/*Laie*, scelto da entrambi i lati, è piuttosto basato su una disuguaglianza.**²⁸²⁸

La specializzazione pretende di avere l'ultima parola anche di fronte ai propri dubbi, anche quando si tratta di un conflitto interno fra la propria specialità e i propri sentimenti "profani".²⁸²⁹ La leggenda copre una dura realtà: la competenza degli esperti riguarda solo una parte del loro lavoro. Per il resto gli esperti – anche se non lo ammettono – sono dilettanti²⁸³⁰ o addirittura *Laien*.²⁸³¹ La "profanità" (inesperienza) del giudice si mostra in particolare nella gestione delle conseguenze esterne al sistema. Non a caso Luhmann critica che le leggi oggi viepiù pretendano decisioni giudiziarie basate sulle conseguenze esterne della decisione (*Folgeorientierung*).²⁸³² La critica, NB, non è comunque di carattere normativo, ma di carattere teorico-

²⁸²⁴ HESSE 1998, p. 41.

²⁸²⁵ HESSE 1998, p. 44 s., che nota la messa in discussione oggi di queste leggende, in particolare sulla capacità di autocontrollo dell'esperto. I nuovi media elettronici (lo scriveva nel 1998!) permetterebbero inoltre a "profani" (*Laien*) e dilettanti di partecipare di più al sapere particolare degli esperti.

²⁸²⁶ KURTZ 2011, p. 41; non ho trattato in questa ricerca i contro-esperti (*Gegenexperte*) così come delineati nelle discussioni di inizio anni '90, spinti da Beck sulle questioni ecologiche e del rischio. Sappiamo comunque che con le devastazioni ambientali l'adagio secondo cui "più sai, meno paura hai" non è più sostenibile, v. BECK 2008.

²⁸²⁷ HESSE 1998, p. 47.

²⁸²⁸ Come tipicamente succede fra medico e paziente, HESSE 1998, p. 49 s.

²⁸²⁹ HESSE 1998, p. 73 s. si noti che nella formazione non si insegna a far fronte a questo conflitto né esterno né interno, nonostante sia un problema costante della prassi.

²⁸³⁰ I dilettanti sono sul confine tra esperti e "profani" (*Laien*), HESSE 1998, p. 35 s.

²⁸³¹ HESSE 1998, p. 12; in Svizzera la resistenza sociale contro i giuristi sta creando le condizioni per l'accesso di altri esperti nei tribunali, che diventeranno a mio modo di vedere sempre più delle nuove corti corporative. La critica di fondo parte dall'incapacità dei giuristi di capire le perizie scientifiche, v. su questa critica RÜEFLI 2017, N 240 s.

²⁸³² Tra i vari momenti in cui lo sostiene v. p.e. LUHMANN RdG p. 380 s.; Il passaggio alla decisione orientata alle conseguenze esterne al sistema è problematico, così come il riorientamento della decisione alla sola ponderazione degli interessi: anche qui siamo di fronte ad un'autoreferenza che richiama all'eteroreferenza, si tratta di riduzioni della complessità ambientali notevoli, riducendo così la capacità di elaborare una prassi costante che permetta poi l'apertura cognitiva, ovvero di distinguere fra retorica e necessità sociali, non riuscendo quindi alla fine a cogliere effettivamente gli interessi in gioco, cfr. LUHMANN 1990 Interesse, p. 10 ss.

descrittivo, ovvero: a fronte di questa evoluzione non si spera che il diritto moderno continui a funzionare come momento terapeutico e immunitario sempre nello stesso modo in cui ha operato finora.

13.4.2 Tra dogmatica e argomentazione: quale spazio per la varietà nel sistema?

Come spiega Hesse, la formazione giuridica ha la funzione di razionalizzare l’approccio “profano” (inesperto) del giurista di fronte ad una questione che, sostanzialmente, non conosce. L’argomentazione giuridica avrebbe lo scopo di affermare i vecchi miti della razionalità, della logica e della metodicità, peraltro issati anche dai *Laien* stessi a baluardo da sostenere spada tratta.²⁸³³ Sarebbe infatti banale pensare che il giurista non abbia un ruolo concreto nel diritto. Bisogna però isolare questo ruolo e, soprattutto, “ripulirlo” dalle teorie del diritto classiche che descrivono un sistema giuridico gerarchico in cui “sopra”, al “vertice” c’è la Costituzione o un sistema normativo morale (tipo Kelsen: all’apice sta la *Grundnorm*)²⁸³⁴ che dà validità alle altre norme, e sotto i giuristi che “applicano” la legge. La teoria dei sistemi sul diritto si propone qui come alternativa, come teoria temporale della validità.

La validità, per Luhmann, è un prodotto del sistema giuridico che viene elaborato costantemente a nuovo, da momento a momento, che garantisce la ridondanza con il minimo delle informazioni. Possiamo prendere p.e. tanti tribunali che decidono sempre secondo la stessa norma. Una decisione – giuridica – dopo l’altra. In questo modo il sistema si (auto)riproduce. Le operazioni del diritto intanto succedono contemporaneamente nei vari luoghi in cui qualcuno si chiede se una norma sia valida o no. La particolarità è che tutto ciò comporta che non si sappia cosa contemporaneamente stia succedendo altrove, non si sa cosa stanno giudicando gli altri tribunali.²⁸³⁵ Eppure funziona, dato che il senso d’averne più istanze di giudizio è proprio permettere la celebrazione di più processi parallelamente, dovendo poi controllarne solo alcuni.²⁸³⁶

Chiaramente di fronte alle tante operazioni contemporanee, **non potendo sapere cosa fanno gli altri** (siano essi tribunali, giuristi, giornalisti, ma anche semplici cittadini che si chiedono quale regola valga), si è legati a delle finzioni. Ma è proprio per questa capacità fisionale che si crea la validità

²⁸³³ Invero, nota comunque Hesse, la componente personale non domina nei casi di routine. Diverso con i casi “nuovi”, HESSE 2004, p. 139 ss.

²⁸³⁴ KELSEN 2008 (1934), p. 77 (66 s.); per una sua stessa (indiretta) relativizzazione di questo concetto e una decisa apertura a una concezione proceduralizzata del diritto v. KELSEN 1953.

²⁸³⁵ Eppure, non è un problema sconosciuto, il presente ha sempre un’incapacità (*Inkapazität*) congenita nel visualizzarsi, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 109, italico anche nel testo.

²⁸³⁶ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 184, che su questo punto nota che proprio le ricerche sull’influsso che ha l’origine partitica dei giudici dimostrano che essa in realtà conti poco – ma può contare!

normativa, essa stessa espressione della chiusura operativa: non si può affermare la validità senza controllare se essa sia tale. Per cui – paradossalmente – l’unico test di validità nel diritto autopoietico è il cambiamento costante dello stato della validità del sistema.²⁸³⁷ I “buoni” motivi, oggi così di moda fra i filosofi del diritto, sono nient’altro che una duplicazione della validità,²⁸³⁸ che permette di operare orientandosi alle conseguenze interne che una determinata decisione scaturisce rispetto a possibili decisioni future. La dogmatica permette qui di spostare la stabilizzazione del diritto al loro richiamarsi circolarmente al diritto (invece che, p.e., alla religione), per cui sistematizza. Il diritto moderno cambia, e cambia, e cambia, mentre la dogmatica fa sì che esso rimanga sempre diritto, individuando casi “simili” fra loro e cercando di risolverli in modo consistente.²⁸³⁹ Si occupa di sistematizzare i concetti e mantenere il sistema storicamente coerente, così da garantire che la **finzione** della contemporaneità del diritto continui a essere operativa. Dato che la dogmatica non è insensibile alla prassi, essa si può anche permettere di rigettare una decisione (come p.e. Hafter cassò la sentenza Bassanesi valutandola eterodiretta).²⁸⁴⁰ A detta di Luhmann, la dogmatica può persino causare un effetto “palla di neve”,²⁸⁴¹ o restare semplicemente un passato, un precedente. In questo senso i concetti giuridici sono strumenti di memorizzazione della storia del sistema giuridico.²⁸⁴²

Il vero fulcro della dogmatica risulta nello scontro fra opinioni dominanti e opinioni minoritarie: una posizione minoritaria è sempre a disposizione per diventare posizione maggioritaria, è uno strumento di contingenza. In questo senso è insostenibile pensare che il diritto accada solo nei tribunali. Il diritto accade anche nei tribunali, accade però anche ovunque se ne parli, ovunque si usi il codice! Anche per strada, anche nelle aziende, anche nelle aule universitarie! Ma i tribunali sono al centro del sistema, lì sta la differenza. La dogmatica è lo strumento che consente di saltare, come da un cavallo all’altro, da una norma all’altra avendo con sé tutto lo strumentario argomentativo già a disposizione.²⁸⁴³ Lì il diritto era insomma già diritto, sebbene non valesse (ancora) come tale.

L’argomentazione giuridica dei giuristi, anche in un processo, si rifà alla dogmatica: espone i cosiddetti “buoni” motivi, facendoli diventare

²⁸³⁷ Questo provoca anche un aumento di complessità del sistema, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 110.

²⁸³⁸ E rendono obsoleto il “super criterio giustizia”, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 373.

²⁸³⁹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 275, “simile” è virgolettato anche da lui; sulla consistenza v. sopra, npp. 617.

²⁸⁴⁰ V. sopra, npp. 480.

²⁸⁴¹ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 274.

²⁸⁴² LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 386, che ricorda l’estremismo della *Begriffjurisprudenz*, giurisprudenza storica che rafforzava la ridondanza a discapito della varietà; sulla memoria in relazione alla norma v. sopra, cap. 9.3.5.2.

²⁸⁴³ Così anche JOST 2011, p. 148.

un’istituzione e mostrandone la consistenza giuridica.²⁸⁴⁴ Luhmann è spesso accusato d’essere il massimo tecnico. Ma non è così. Ha piuttosto mostrato che in realtà **nel diritto l’argomentazione non basta**. Che le aspettative riposte p.e. sull’avvocato come la professionalità, l’eleganza, la concisione, l’evitare di far ridere, l’evitare di usare concetti che infastiscano il gusto giuridico, sono altrettanto performativi, visto che un buon motivo può sempre essere messo in discussione.²⁸⁴⁵ Proprio perché per alcuni problemi giuridici manca la costruibilità dogmatica di una decisione giudiziaria, l’occhiata esperta del giurista garantisce l’accettabilità della soluzione al caso.²⁸⁴⁶ La dogmatica permette quindi di notare i difetti (interni), mentre il famoso “senso giuridico”, la pancia del giurista, è l’elemento di irritazione del sistema.²⁸⁴⁷

Un sistema così legato all’impossibilità di auto-reggersi sulle argomentazioni dogmatiche non può affidarsi solo alla ridondanza, dato che non riuscirebbe a reagire alle irritazioni. Lo strumento che impedisce la rigidità del sistema viene chiamato “varietà”.²⁸⁴⁸ Luhmann spiega che la varietà è l’informazione che ancora manca, è “il numero e la diversità delle operazioni che un sistema riconosce come proprie e può eseguire”, e il suo correlato opposto è la ridondanza, ovvero l’informazione che già si ha.²⁸⁴⁹ La domanda è **come si possa garantire che il sistema cerchi varietà**, se i non giuristi – che a mio modo di vedere grazie al loro “rumore”²⁸⁵⁰ impongono che si pensi alla varietà – vengono esclusi dal diritto?

13.4.3 Dal “disturbo” dei non togati (*Laienrichter*) ai tribunali internazionali: autoelogio giuridico?

Il problema del rapporto fra “profani” (*Laien*, inesperti) e giuristi è da intendere da un profilo organizzativo. I *Laien* è come se “disturbino” nella logica gerarchica dell’organizzazione, ovvero impongono varietà al sistema. Disturbano in particolar modo laddove il diritto vive dinamiche ancora non-scritte. La reazione giuridica è la sovrapposizione di simboliche giudiziaria supplementari che permettano di performare strutture di dominio e di dipendenza psicologica. In questo senso un tribunale è una pura espressione del potere (già solo dal profilo architettonico²⁸⁵¹), un metacodice che si sovrappone a quello del diritto.²⁸⁵²

²⁸⁴⁴ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 372.

²⁸⁴⁵ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 367 s.

²⁸⁴⁶ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 276.

²⁸⁴⁷ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 276 s.

²⁸⁴⁸ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 374 s.

²⁸⁴⁹ “*die Anzahl und Verschiedenartigkeit der Operationen, die ein System als eigene erkennen und durchführen kann*”, LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 358.

²⁸⁵⁰ V. sopra, cap. 11.3.5.

²⁸⁵¹ V. p.e. GEPHART 1992, p. 416.

²⁸⁵² Cfr. ROTTER 1994, p. 241 ss.

Gli storici lo hanno già descritto: nel dibattimento processuale si assiste alla creazione di “clima emozionali e affettivi provocati dall’impossibilità di straniamento, nel discorso parlato, tra il locutore e ciò che è detto”. Nell’auditorio viene creato consenso non su ciò che è detto, ma per come viene detto.²⁸⁵³ La lingua del processo moderno, più che limite, è un luogo performativo delle differenze gerarchiche e sistemiche: si cerca una comunicazione che coinvolga il soggetto ascoltatore senza abbandonare la propria posizione giuridica, si descrive il campo semantico in cui si gioca.²⁸⁵⁴

Questa riflessione dovrebbe mettere molto in guardia tutte le teorie che elevano a valore supremo il cosiddetto “ascolto giuridico” (diritto di essere sentito) dei tribunali nei confronti dei soggetti di diritto: come aggirare i problemi dati dalla gerarchia e dalle necessarie tendenze all’*othering* compiute dagli esperti sugli altri? Ma soprattutto, come evitare che l’ascolto giuridico non diventi un mero processo di presa di posizione scritta, in cui l’ascolto significa solo garantire **spazi di parola** in cui i giuristi sappiano muoversi, giungere quindi alla giuridificazione ultima del soggetto giuridico nell’aula e lasciare che il solo avvocato giochi da “antenna” del sistema?

Se osservata “dal basso” nell’evoluzione del nostro diritto la ridondanza, il ripiegamento del diritto su sé stesso, ha vinto sulla varietà del sistema – o perlomeno ha rinunciato alla giuria come “antenna” delle irritazioni. Nel contempo il sistema giuridico svizzero è diventato particolarmente responsivo verso “l’alto”, ovvero nei confronti dell’aumento delle istanze di giudizio e dei tribunali. Si vede qui la mutazione della natura del sistema giuridico svizzero, che da un approccio “concreto”, di libertà del giudice sostenuto dalla politica, sta passando alla creazione di confusione garantita dalla riperformance continua e ripetitiva del codice, lasciando sempre aperta la possibilità che il codice oscilli da una o dall’altra parte – in prima, in seconda, in terza e perfino in quarta istanza, consumando tempo e tempo e tempo.

La Costituzione svizzera nel suo “mangiare il tempo” giuridico ha sempre vissuto momenti di resistenza “dal basso”. Sin dalla Rigenerazione, quando una Costituzione federale non c’era, ma la cultura politica aveva permesso di sviluppare interessanti sistemi di “veto legislativo”, in Svizzera si è infatti sviluppata una cultura referendaria (che poi portò con sé l’iniziativa popolare

²⁸⁵³ “*un climat émotionnel et affectif, provoqué par l’impossibilité de distanciation, dans le discours parlé, entre le locuteur et ce qui est dit*”, HESPANHA 1983, p. 13; Come sottolinea Luminati, si tratta di fenomeni orali tipicamente descritti dai linguisti: “vicinanza, familiarità, emozionalità, spontaneità, provvisorietà, integrazione in situazioni e azioni”, LUMINATI 2015, p. 69; si tratta di un’affermazione in linea con la psicologia giuridica: nella prassi giudiziaria rappresentarsi un costrutto è infatti più importante del vedere o dell’ascoltare, ROTTER 1994, p. 249.

²⁸⁵⁴ Non è però uno schema di oralizzazione del diritto come quello che starebbe avvicinandosi a noi nei nuovi modi di comunicare della società virtuale o delle prassi cittadine, LUMINATI 2015, p. 69 s., e la bibliografia *ivi* indicata.

e quindi i partiti politici di massa)²⁸⁵⁵ che ha ostacolato la codificazione costituzionale binaria (costituzionale/non-costituzionale) portata avanti dalla “Repubblica degli avvocati”. Quell’avanzata giuridica moderna aveva permesso di compiere scatti umanitari, in particolare eliminare l’epistemica della tortura e l’abbattimento della società nobiliare. Ma quella resistenza popolare e cantonale, che si riversava anche nelle logiche di inclusione dell’organizzazione giudiziaria, era un dettaglio fastidioso per la logica dei giuristi tecnicisti e la loro necessità di poter operare liberamente all’interno dell’accoppiamento strutturale del diritto con la politica.²⁸⁵⁶

Non bisogna però dimenticare che, sebbene la Costituzione sia spesso vista come un’intoccabile fonte di validità del sistema giuridico, è in fondo anche lei solo uno spostamento di paradossalità.²⁸⁵⁷ Il diritto moderno – spiega sempre Luhmann – fu all’inizio sorpreso dalla sua stessa modificabilità, non riusciva nemmeno a concepirla: doveva richiamarsi ad un’autorità statale o popolare superiore (la *volonté générale*). Come altrove anche in Svizzera si impose un nuovo testo costituzionale modificabile, anzi la modificabilità era chiave di quel testo costituzionale.²⁸⁵⁸ Su questo, ad esempio, si giocò proprio la guerra del *Sonderbund*, si voleva imporre la possibilità di rivedere il Patto federale. L’approccio repubblicano cooperativistico svizzero si dimostrò sempre arcigno, la resistenza a quella nuova modificabilità era organica, tanto che la modificabilità restò il valore di fondo della Costituzione svizzera proprio come baluardo del

²⁸⁵⁵ GRUNER 1977, pp. 15 e 26.

²⁸⁵⁶ Lo interpreto da LUHMANN 1990 Verfassung, p. 183, al contrario; v. sulla discussione dell’esame di costituzionalità v. la discussione nella RDS n.s. 129 (2010) II, fra Hertig Randall e Seiler.

²⁸⁵⁷ LUHMANN 1990 Verfassung, p. 184; è evidente che mi allontano dal concetto di *Grundnorm* sviluppato da Kelsen 2008 (1934), p. 77 (66 s.); Come spiega Luhmann, nel resto dell’Occidente scrivere la Costituzione aveva infatti permesso di darle una nuova diversità rispetto a altre fonti giuridiche, ora si cambiava solo lei. Da lì però fu tutto un turbinio di auto-affermazioni, a partire dalla sentenza della Corte suprema americana *Marbury vs. Madison* del 1803: la Costituzione si impose inaspettatamente come diritto superiore sulle altre fonti normative (rifacendosi a incerte recezioni gius-romanistiche). Ancora Jefferson p.e. nel 1787 comunque non lo aveva minimamente previsto, si trattò di un’evoluzione autonoma, LUHMANN 1990 Verfassung, p. 181 ss. e in particolare le npp. 21 s.; qualcosa di simile è accaduto in Svizzera con la sentenza PKK, quando i giuristi hanno (a torto o a ragione, non è qui il posto per parlarne) sovrainterpretato la Costituzione, v. sopra, cap. 13.3.5.

²⁸⁵⁸ Imponendo una nuova dialettica tautologica del testo che crea la Costituzione e la Costituzione che crea il testo, LUHMANN 1990 Verfassung, p. 186 ss.; il problema della ratificazione venne risolto con l’invenzione delle assemblee costituenti e quindi con l’idea strumentale rousseuidiana della violenza (*Gewalt*) originaria del popolo, *ivi*, p. 189; in Svizzera i liberali tarocarono i risultati referendari dell’accoglimento della prima Cost. 1848 (v. KLEY, ANDREAS: “Costituzione federale”, in: DSS, 03.05.2011(traduzione dal tedesco), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/009811/2011-05-03/>), il che mostra quanto effettivamente mancasse consenso a questa nuova logica cibernetica.

liberalismo.²⁸⁵⁹ Continuavano però l'opposizione all'abbandono delle giurie popolari e il rifiuto di eleggere giudici giuristi.

Tutto questo ora è cambiato. Come già nella codificazione penale, emerge nell'evoluzione giuridica svizzera la voglia autoreferenziale di "guardare verso l'alto" tipica dei giuristi, particolarmente affini alle organizzazioni gerarchiche (ovvero: verso tribunali sempre più supremi e verso la costruzione di nuove istanze composte da giuristi). Essa è espressione della necessità di mobilitazione tecnica del diritto, basata sul *crossing*. Guardare a Strasburgo risolve quella necessità, anche se la sentenza della Corte EDU *S.A.S. vs. France (Application no. 43835/11)* del 1.7.2014 mostra che le logiche razziste non vengono certo solleticate solo dalla democrazia diretta: anche i giuristi possono essere bravissimi a farlo. Sebbene alcuni sembrano pensarlo, studiare diritto non è un vaccino contro i pregiudizi.

Passata la buriana rivoluzionaria, il diritto mi sembra essere oggi lancia in resta tutto diretto verso il tecnicismo e il verticismo. Questo è il grande paradosso: Keller aprendo il diritto è riuscito a chiuderlo. Sta ora ai giuristi chiedersi se effettivamente chiudersi nel ridotto del diritto per il diritto sia lo strumento migliore per la società del futuro. Di fronte alla globalizzazione e alla digitalizzazione la resistenza di base sembra annichilita. La democrazia diretta appare obsoleta. I politici si sono professionalizzati. Le aspettative di eseguibilità fra politica e diritto si basano su nuove premesse digitali. Sarà interessante osservare come lo Stato di diritto svizzero continuerà ad evolvere. La curiosità rimane: alla fine i giuristi, pur di difendere l'autoreferenza proporranno l'istituzione di una quinta istanza di giudizio? O assisteremo all'eliminazione completa dell'opinione dei non giuristi dal mondo dell'organizzazione dei giuristi e del diritto scritto? Oppure i tribunali saranno invasi da nuovi esperti di altre materie, portando con sé una nuova micro-specializzazione per materia? O, infine, il sistema digitale semplicemente sostituirà i giuristi?

²⁸⁵⁹ Si noti che il punto di critica di KIESOW 2019 al metodo di Agamben sta proprio qui: secondo Kiesow bisogna lottare affinché il diritto rimanga cognitivamente aperto nonostante la sua chiusura operativa. Mentre i giuristi tendono a voler "richiudere" il diritto dopo che è stato "aperto" per ottenere le svolte sociali.

14 Sintesi: l'evoluzione storica delle Corti d'assise in Svizzera

14.1 L'opposizione culturale ai giuristi come punto di partenza per una storia della giustizia penale elvetica

In Europa la proposta di istituire le giurie popolari nel processo penale aveva una funzione strumentale rivoluzionaria, era un modo per scombinare i rapporti di forza nei tribunali e mobilitare la società. Legando la presenza dei giurati a un modo di fare il processo, in particolare rendendolo orale, pubblico e immediato, permettere il loro ingresso nel tribunale significava portare con sé tutta una serie di altre novità laterali: il dibattito tra avvocati, la decisione in base all'atto d'accusa, la procedura probatoria indiziale, la fine della tortura ecc. Istituire la giuria in Europa significava adottare un punto programmatico di un pacchetto di riforme: assieme ad essa comparivano la divisione dei poteri, l'arrivo del principio di legalità e la tutela dei diritti soggettivi. Ad essi si legava l'aspettativa che fossero i giuristi ad occuparsi di questo diritto. Giuristi che, avendo rapidamente capito l'antifona, si schierarono a favore di tutte le riforme, opponendosi però all'ingresso dei giurati nel processo. Ancora nel 1845 il maggiore studioso delle giurie popolari in Europa, Carl Joseph Anton Mittermaier, punto di riferimento delle rivoluzioni liberali di metà secolo, spiegava che dall'ottica liberale le giurie non erano necessarie. I giuristi bastavano e avanzavano per perseguire il progetto di mobilitazione della società attorno al nuovo diritto costituzionale.

Torniamo un attimo indietro. Feticcio in genere legato alla Rivoluzione francese, la corte d'assise alla fine del Settecento arrivò in molti dei territori occupati da Napoleone, assieme ai suoi codici, con l'eccezione proprio della Svizzera. Napoleone non era un ammiratore della giuria, gli svizzeri ancora meno. Così non si trova nell'Elvetica e nemmeno nelle Carte successive. Per cominciare a vedere le giurie popolari nei tribunali svizzeri bisogna aspettare la metà dell'Ottocento, quando le rivoluzioni radical-liberali riuscirono a imporla in vari cantoni (i più popolosi) e a livello federale. Più della metà dei cantoni, però non la volle. La domanda è d'obbligo: si trattò allora di un fenomeno svizzero oppure di un fenomeno straniero catapultato controvolgia in mezza Svizzera?

Il problema principale della resistenza culturale elvetica contro la modernizzazione stava nella diversità del suo diritto rispetto alle nazioni confinanti. L'illuminismo per alcuni cantoni era la via, fioccarono nuove carceri pronte ad accogliere le nuove concezioni del crimine, ma per molti era fumo negli occhi. Si preferiva che i tribunali fossero espressione delle logiche spontanee di potere e che si continuasse a giudicare e – brutalmente – a punire secondo gli usi sviluppati localmente. Che la Svizzera seguisse percorsi giuridici propri, non era certo una novità. Alla fine del 15° secolo i

cantoni avevano ottenuto, non pacificamente, l'esonazione dalla giurisdizione della Corte imperiale tedesca. A differenza di altre ampie parti d'Europa, come conseguenza nei cantoni confederati si era sviluppato un diritto non tecnico, di conseguenza non era necessario affidarsi ai giuristi per attivare le forme giurisdizionali. Le decisioni secondo equità erano qui la regola e i giudici erano espressione delle logiche di potere locale: sussisteva un forte legame fra giudici e comunità. Se non si trattava certo di democrazia, nemmeno si può parlare di burocrazia cortigiana.

Potentati locali, gilde commerciali, corporazioni, famiglie di riferimento: loro sì, dominavano, ma bisognava passare dalla certificazione del collettivo. Il periodo di elezione a giudice era limitato e si veniva eletti dalle assemblee (p.e. la *Landsgemeinde*) o dai parlamenti cantonali. Dal punto di vista procedurale, centrale era un certo paternalismo giudiziario, che impediva fra l'altro l'arrivo degli avvocati: il processo penale era segreto sia nell'inchiesta sia nella decisione, mancava il dibattimento e si basava su atti scritti. La Corte nominava un rappresentante processuale per l'imputato fra i notabili attivi in politica. Vigeva, fra gli altri strumenti formali, la tortura come elemento probatorio: per la condanna, la confessione era ancora un momento centrale dell'epistemica della verità. Su questo punto ben più di mezza Svizzera rimase "arretrata": le dinamiche di liberazione dell'individuo e di dominio panottico tipiche del liberalismo razionalista come ipotizzato da Bentham conobbero resistenza talvolta fino a Novecento inoltrato.

Dalla Rigenerazione i giuristi moderni, formati anzitutto in Germania, si misero all'arrembaggio. La reazione fu una generale resistenza locale e un sostanziale appello alla fedeltà della comunità. La resistenza fu a lungo efficace pure in posti impensabili, p.e. a Basilea, dove da secoli c'era un'università: la gilda commerciale era così potente, che solo pochi esterni riuscirono a diventare giudici, qualsiasi idea di radicalismo valeva come fumo negli occhi. Osservando la storia dei cantoni che non ebbero la giuria, emergono peraltro alcuni modelli comuni. A parte Friburgo (a causa della presa di potere dei rivoluzionari), nessun cantone che faceva parte del *Sonderbund* catto-conservatore conobbe le giurie, così come non le conobbero i cantoni che avevano una *Landesgemeinde*. Già solo dal punto di vista del nome la resistenza è comprensibile: nella storia di quel localismo i *Geschworenengerichte* spesso c'erano già stati – o c'erano ancora. Si trattava però di omonimia, visto che erano tribunali composti da notabili dei comuni locali che venivano inviati alla rappresentanza assembleare per il giudizio. L'idea della divisione dei poteri nell'amministrazione locale non era vista come una necessità.

Certo, in alcuni cantoni ci furono tentativi di modernizzare il sistema giuridico, proprio come quelli nei quali la giuria arrivò, ma furono strozzati. Ci provò con ineguagliabile vigore p.e. Kasimir Pfyffer von Altshofen a Lucerna, ma con risultati scarsi e osservabili solo sul lungo respiro. Spesso la modernizzazione riusciva solo "sulla carta", un codice veniva emanato, un

tribunale veniva rinominato. Non significava certo che nella prassi cambiasse qualcosa, soprattutto perché spesso il corpo giudicante rimaneva il medesimo, pronto a fare aperta opposizione a quel nuovo modo di intendere il diritto dei nuovi uomini di legge. Comunque, alla fine gli avvocati riuscirono nel loro intento e si presero la Svizzera con la guerra del *Sonderbund* nel 1848. La “colpa” l’avevano anche alcune *élites* economiche conservatrici, che a fronte dell’avanzata cercarono di cavalcare a proprio vantaggio quelle novità, rendendo gli avvocati dipendenti dai loro potentati. Ma così contribuirono a istituzionalizzarli dall’alto, creando un circolo di aspettative.

14.2 Il nuovo giudice autonomo portato dalla modernità, obbligato a decidere

Le città conoscevano un diritto decisamente più autonomo ed è là che si svilupparono alcuni messaggi modernisti sul diritto che poi prevalsero sul resto della Svizzera, fortemente influenzati dai discorsi accademici stranieri. Passata la Rivoluzione francese, i rampolli cominciarono infatti a studiare in Germania e a girare le università con i loro noti professori (conservatori e liberali, ma comunque figli dell’illuminismo): Hegel, Savigny, Thibaut, Zacchariae, Mittermaier. Era un’epoca di costituzionalizzazione degli Stati, il professore di giurisprudenza diventava eroico modello da emulare. Dal profilo teorico il passaggio alla modernità del diritto significava far decidere il diritto in base e in forza al diritto. Non più espressione religiosa, non più morale, ma operazione tecnica che si sostiene su ciò che il diritto già ha deciso, comparando e distinguendo regole e concetti. La teoria lo chiama “diritto autopoietico”, ovvero che si crea da sé. In questo sistema bisogna distinguere tra il centro del sistema, che ha l’obbligo di decidere ed è occupato dal tribunale, e la periferia, dove si può parlare di diritto senza però essere obbligati a decidere. Le leggi e i contratti stanno p.e. nella periferia del diritto, siccome impongono sì una forma giuridica, ma nessuno è stato giuridicamente obbligato a scrivere una legge o concludere un contratto. Il giudice moderno invece è obbligato a esprimere una sentenza, altrimenti sconfina nel diniego di giustizia. Questo è un punto di svolta nella modernità, è parte della Rivoluzione liberale sin dai tempi di Napoleone e (soprattutto) su questo si è costruita la mitologia del giudice-giurista nell’epoca della nazionalizzazione.

Dal profilo teorico, che la decisione giudiziaria sia una questione importante in un processo, non è certo una novità. Che il divieto di negar giustizia sia un elemento portante del diritto non è nemmeno un’affermazione particolarmente originale: chiunque sa quanto sia pesante confrontarsi con processi che durano anni e anni. Ci si sente *sospesi* quando un tribunale dovrebbe decidere, ma la sentenza tarda ad arrivare. Tutto cambia invece quando la teoria del diritto smette di osservare solo la

decisione e i metodi per prenderla e sposta lo sguardo, osservando l'obbligo di decidere come momento proprio e maggiormente problematico del sistema giuridico moderno. Il giudice potrebbe infatti sempre non-voler-decidere. La decisione nel diritto non è solo qualcosa che accade, ma è giuridificata essa stessa: dover-decidere significa che si può avere un'aspettativa normativa sul fatto che la decisione accadrà. Concretamente è l'inserimento di una ricorsività nel sistema giuridico, il diritto si chiude su sé stesso. Obbligare il giudice a decidere significa introdurre un momento rischioso nel giudizio, siccome il giudice potrebbe cadere in una situazione di incertezza e non-sapersi-decidere. Potenzialmente, quindi, ogni decisione potrebbe essere sbagliata, perché non doveva esserci, e, ancor peggio, non ci sono criteri migliori di altri che permettano di prendere la decisione. Che fare quando il giudice si blocca?

L'idea più semplice, oggi peraltro di moda nella teoria del diritto moralista, è designare un determinato argomento come migliore degli altri, posizionandolo su una bilancia che dovrebbe soppesare gli uni con gli altri. Non ci siamo però spostati di un centimetro: in base a quale argomento si sceglie il miglior argomento? Il diritto moderno, sebbene si presenti come una decisione sui migliori argomenti, in realtà non opera così. Non si pone il problema della validità del diritto in base a criteri sovraordinati, ma anzi trova la validità della norma al suo interno: con l'illuminismo e la funzionalizzazione, il diritto ha passato a sé stesso il compito di certificare se una decisione sia giuridica o meno, permettendo di continuare a parlarne e individuando nel simbolo di validità non l'origine apicale (non una *Grundnorm*), ma il continuo poter decidere che una determinata comunicazione appartenga o meno al sistema giuridico. In questo senso l'argomento migliore non c'è, c'è invece una sempre possibile oscillazione fra gli argomenti possibili. In questo modo il diritto può tornare sui suoi passi rispetto a una decisione presa in precedenza, e poi contraddirsi ancora. È il poter decidere in due modi differenti di fronte a una stessa situazione.

A fronte del potenziale di blocco del giudice di fronte ai terribili momenti della decisione, la scienza del diritto moderna si è sviluppata in funzione auto-terapeutica: mostra al giudice vie contro-paradossali. La via regina è stata la proceduralizzazione del diritto moderno: il dibattito pubblico e contraddittorio è lo strumento processuale che fa di tutto per creare una situazione di blocco al giudice, l'obiettivo è congelarlo nell'indecidibilità. Le parti sono portate a fornire sempre nuovi argomenti senza che uno sia migliore dell'altro, a concentrarsi su dettagli sempre più minuti, in modo tale che la società non riesca più a interessarsi del problema e che in sostanza le due pretese siano entrambe buone, che non avrebbe senso dare ragione a uno senza fare un torto all'altro. Certo non c'è solo la situazione di blocco interna, anche quella esterna può essere rilevante, il giudice ad esempio può aver paura che la parte perdente diventi violenta, quella situazione di blocco è però risolta dal sistema politico, che garantisce l'eseguibilità della decisione

giudiziaria. Finito il dibattito, il giudice deve decidere. Questo è il momento più paradossale: perché decidere, se si è fatto di tutto per non dare possibilità di decisione? Quale giustizia c'è in una decisione, che alla fine risuona arbitraria?

Qui si vive lo scioglimento del paradosso: il giudice *si fa* diritto, nel senso che scegliendo scioglie il paradosso. Si tratta di un momento di controparadosso: proprio perché non può decidere, il giudice decide. Il giudice deve decidersi a decidere e questo lo fa essere giudice, altrimenti non lo sarebbe, sarebbe una persona qualsiasi. Questa è la particolarità del diritto moderno: un sistema che si è ritorto su sé stesso e ha imposto sé stesso come riferimento della sua propria operazione. Non stupisce che la sociologia del diritto abbia trovato nel giudice un re e nella decisione giudiziaria un sinonimo del diritto. In realtà però il giudice non va osservato in quanto dominatore, ma come attore interno all'oscillazione giuridica, un sarto che cuce il velo dell'incertezza giudiziale. Ai giuristi che aiutano nel processo (avvocati, cancellieri...) sta il compito di gestione del doppio vincolo: di fronte all'obbligo di decidere liberamente, hanno il ruolo di proporre un controparadosso ai giudici, una norma (non necessariamente una legge) che di sé dice di regolare un futuro che certamente sarà incerto, sulla quale si possa poi scatenare un'operazione di oscillazione (*crossing*) attraverso il codice "diritto/non-diritto". Il giudice, infatti, deve sempre decidere se un'informazione è giuridica oppure no, se un'opinione è minoritaria o maggioritaria nella comunità dei giuristi.

Una volta composta la decisione, il giudice annichilisce gli argomenti perdenti e motiva la decisione come se fosse sempre stato chiaro che essa poteva essere una decisione sola sin dall'inizio. Il valore "non-diritto" viene dimenticato. La parte perdente viene connotata come se fosse stata perdente da subito, la decisione presentata come l'unica possibile, come quella conforme alla norma, sebbene essa non lo sia mai veramente stata, perché se così fosse stato non sarebbe stato necessario celebrare tutto un processo. Diventa evidente che l'obbligo di decidere è in sostanza una conseguenza dell'obbligo di decidere. Che tutto questo sia circolare è ben noto. Che il lavoro dei giuristi sia assurdo, è altrettanto noto – e per questo oggetto di ironia tanto nel mondo reale quanto in quello forense.

In tutto ciò le logiche politiche sono lasciate all'esterno dell'operazione del diritto, eventualmente trovano ascolto in periferia, nelle leggi emanate dalla politica, eventualmente vengono pre-messe in logiche discorsive (*re-entry*), ma non operative. Il diritto moderno si è infatti istituito all'interno dello schema dello Stato di diritto, ovvero nella promessa di eseguibilità e della pace garantite dalla politica al diritto. Uno schema che permette di osservare contemporaneamente la politica e il diritto. All'interno dell'accoppiamento strutturale fra politica e diritto, quest'ultimo può esercitare la sua autonomia. Il diritto in questo senso non è politica, ma senza

questa politica non sarebbe questo diritto.²⁸⁶⁰ L'organizzazione giudiziaria opera nel contesto di questo accoppiamento strutturale e può essere essa stessa parte dello schema attraverso le logiche di inclusione, che in Svizzera sono per l'appunto controllate dal sistema politico. È quindi molto delicato proporre innovazioni giudiziarie senza considerare il contesto politico in cui ciò dovrebbe accadere.

La storia delle giurie popolari mostra molto bene la fatica di molti riformatori nel cercare di imporre la loro logica giuridico-dogmatica come momento di autonomia del diritto. Quella ricerca di un riferimento normativo interno al sistema, funzionale allo scioglimento del paradosso dell'obbligo di decidere, poteva accadere solo laddove la politica avesse fornito le sue garanzie. E proprio qui si inserisce con prepotenza la storia della giuria popolare elvetica, che è in sostanza una storia della resistenza contro il dominio dei giuristi moderni sul diritto svizzero, una resistenza che infine ha dovuto soccombere.

14.3 L'assalto rigenerato alle logiche di antico regime

14.3.1 I giuristi svizzeri – formati dai tedeschi

Lo sviluppo della società liberale portò con sé molte nuove idee per mobilitare la società. C'era chi riammodernava l'idea di codificazione scritta dai parlamenti, e chi invece si buttava nello studio della storia per creare una bolla attorno ai giuristi e renderli autonomi. A inizio Ottocento, comunque, tutti cercavano nel nuovo concetto di popolo la loro giustificazione, la "coscienza del popolo", lo "spirito del popolo", i "tribunali del popolo". Si cercava di istituire la "fiducia", concetto cardine per descrivere che il diritto debba poter operare senza essere questionato dall'esterno. Come fare a fidarsi dei giuristi? Per Hegel la "coscienza popolare" portata dalle giurie era lo strumento più adatto: permetteva di liberare il giudice dalla necessità della confessione (e quindi della tortura), ma prevaleva in quella comunicazione una certa sfiducia sui giuristi. Più accorta era la scuola storica di Savigny, che ugualmente forniva gli strumenti per andare oltre il sistema della prova d'antico regime, aiutandosi con la dottrina dello "spirito popolare", rendendo possibile l'orientamento alla tradizione, ma lasciandola aperta agli influssi della scienza. Rispetto a Hegel, gli storicisti si fidavano ciecamente dei giudici-giuristi e li formavano per renderli autonomi nei loro ragionamenti. Sulla stessa lunghezza d'onda Mittermaier, che vedeva nella fiducia una metafora per descrivere la concezione della nuova autonomia del diritto sapienziale.

²⁸⁶⁰ LUHMANN 1995 (1993) RdG, p. 425, ricorda che è una differenza fra *medium* e forma: il diritto è così pronto a stabilire e cambiare *le forme* del diritto valido in base anche a impulsi politici, come ad esempio una legge, trasportandone il messaggio come *medium*.

Poi però Mittermaier cambiò idea. Il periodo storico aveva portato con sé una spaventosa deregolamentazione nelle aule dei tribunali e il giudice viveva un nuovo rapporto psicologico nei confronti delle prove. Si trattava di passare dalla teoria della prova legale, in cui le prove dovevano corrispondere a regole formali, alla teoria della prova indiziale e quindi al libero apprezzamento dei fatti da parte del giudice. Mittermaier era consapevole che lasciare da soli i giudici sarebbe stato come lasciare il dominio del tribunale in mano a persone che basano molto del loro giudizio sull'apparenza e sul prestigio della professionalità. Era un problema da legare alla contemporanea ascesa delle scienze: era consapevole che i giuristi fossero necessariamente “profani” (*laie*, inesperti) nei confronti degli altri esperti. L'ingenuo non era certo il giurato, anche perché i giurati inizialmente erano espressione censitaria. Quando il Potere capì il gioco e intercettò le possibilità date da quella deregolamentazione, ovvero la possibilità di far dire al diritto ciò che voleva il Potere, ne approfittò subito – proprio usando le corti d'assise: attraverso giudici fedeli e una procedura particolarmente impositiva, il re prussiano si appropriò della semantica liberale, imponendo la giuria come una clava contro i rivoluzionari. La risposta (che però alcuni dubitano fosse di carattere politico) di Mittermaier fu chiedere un tribunale più autonomo, meno politico possibile. La via: l'adozione di una versione tedesca liberale della giuria “all'inglese”, come risposta alla giuria popolare dispotica di espressione monarchica. Il problema del controllo del giudizio del giudice sulla giuria era imporre una giuria libera (ma non completamente slegata dalle regole) – e quindi possibilmente più disponibile a non condannare i rivoluzionari. Essa diventava in Germania lo strumento per salvare il progetto del diritto liberale dal rigurgito conservatore, la sua ancora di salvezza. Era il nuovo “Palladio delle libertà borghesi”, tecnico e puramente strumentale, con lo scopo di salvare i borghesi. Certamente non popolare.

14.3.2 La lotta radicale di Keller, l'opposizione liberal-conservatrice di H. Escher

Anche la Svizzera, che non chiuse le porte al liberalismo, fece fatica ad accettare le riforme giudiziarie. In particolare, il rapporto con i giuristi era un limite, qui erano proprio degli estranei. Bisogna osservare cosa successe durante la Rigenerazione zurighese per coglierlo appieno. Esisteva a tutti gli effetti un bisogno attuale di mobilitazione del diritto, espresso però solo da una parte della società, che cercava fra l'altro di integrare i giuristi nell'organizzazione processuale elvetica. Iconico in questa fase è Friedrich Ludwig Keller, fondatore dell'università di Zurigo negli anni '30, giurista romanista storicista, giudice e legislatore. Personaggio forte, che, recependo le teorie di Savigny e declinandole in senso liberal-radical, cercò di prendersi la politica e il diritto cantonali zurighesi. Per aiutarsi creò una

rivista-catalogo delle innovazioni giurisprudenziali. Istituiva insomma una nuova osservazione pubblica sul diritto e contemporaneamente forzava l'educazione di nuovi giuristi moderni, formandoli in Svizzera e poi mandandoli all'estero a completare la loro formazione.

Non era solo, come lui anche altri riformatori in altri cantoni, ma la storia di Keller improntò a fondo la storia del diritto svizzero della seconda metà dell'Ottocento, perché furono i suoi "giovani giuristi", a capo poi dei cosiddetti "Baroni federali" che negli anni '50 si presero politicamente e economicamente la Svizzera, a dare il contributo maggiore nelle forme giuridiche della nuova Confederazione. Strumenti maggiori dei romanisti elvetici erano l'imposizione del principio di legalità e l'utilizzo di una concettualistica basata sul diritto romano, le dissertazioni in latino fiocavano. L'insegnamento scientifico valeva anche a Zurigo come momento politico. Era una forma di tecnicizzazione del sistema giuridico: si separavano la politica e il diritto in due sistemi in grado di premettersi vicendevolmente in un cosiddetto accoppiamento strutturale. Era lo Stato di diritto. Quell'approccio scientifico-politico di Keller trovò però una chiara opposizione culturale perfino tra i suoi colleghi di partito. Certo fra i liberali, anche fra i giudici, c'era chi voleva l'arrivo dei ragionamenti tecnici e non solo corporativi. Ma la figura del giudice-giurista disturbava.

Mancava, in Svizzera, la necessità di questionare il pacchetto di senso "fiducia": perché condannare i giudici non togati (*Laienrichter*), espressione delle logiche cooperativistico-repubblicane, seppur autoritarie, che sicuramente non corrispondevano a logiche monarchiche come invece succedeva altrove? Keller correva, e infine si schiantò quando propose come giudice tecnico un conservatore, lo storicista Bluntschli, sebbene il posto fosse liberale. Fra gli autori dello *stop* c'era un altro professore, anch'egli formatosi in Germania, altrettanto istrionico e altrettanto presente nella prassi giudiziaria e politica tigurina, Heinrich Escher. Questi contestava il concettualismo romanista: sosteneva che quella "cosiddetta 'scientificità'" permettesse di comporre sentenze contraddittorie di fronte a due casi identici. Era un moderno che guardava però con circospezione a quella destabilizzazione del diritto tipica dell'arrivo del sistema autopoietico imposto con le nuove logiche tecnico-corporative ugualitarie liberali: i giuristi si autoelogiavano, mettendosi alla testa del sistema. H. Escher invece non capiva come qualcuno potesse sul serio pensare che il sapere e il saper-decidere fossero la stessa cosa!

Allergico all'autoelogio corporativo, H. Escher si mise in mezzo. Era sì un sostenitore della nazionalizzazione del diritto, financo della codificazione, ma perorava la causa dei tribunali popolari, eventualmente le giurie. Su quest'ultimo punto sfotteva Keller: questi aveva scritto dei resoconti giornalistici sulle giurie inglesi elogiandole, ma H. Escher capì subito l'antifona, dal momento che Keller non apprezzava di certo la "profanità" (inteso come mancanza di conoscenze in ambito giuridico

tecnico) dei giurati. L'unica cosa che stava a cuore al romanista era l'adozione di una giuria per potervi mettere a capo un giudice-giurista che ne condizionasse il verdetto. Erano interessanti perché avrebbero permesso ai giuristi l'accesso ai tribunali nel ruolo di presidenti della corte (ma anche di avvocati!), erano strumentali siccome la Svizzera quei giuristi proprio non li voleva. L'approccio zurighese alla giuria è quindi storicamente solo in parte legato, come invece altrove, al superamento della tortura. Il maggior allievo di Keller, Alfred Escher, poi uomo più potente della Svizzera, infatti si schierava contro le giurie, ma anche contro la tortura: i giuristi radicali a suo modo di vedere bastavano e avanzavano. Era strategicamente un errore.

Errore che invece non commise l'altro allievo principale di Keller, Johann Jakob Rüttimann. È in quella logica che va capito l'attivismo del giurista confederato che maggiormente si impegnò per dare una casa alle giurie "all'inglese" in Svizzera.

14.3.3 La critica alle logiche di antico regime grazie alla giuria

Le giurie di metà Ottocento, cosiddette "classiche", aiutavano a mettere in discussione le logiche paternaliste di antico regime, soprattutto quando queste non erano in grado di accogliere le evoluzioni scientifiche che si stavano facendo avanti nelle università di tutta Europa. L'ostilità di Beccaria nei confronti della tortura - in particolare - stava mettendo in crisi il processo e con esso un modo sociale di intendere la verità. L'adozione della semantica del processo con le giurie va quindi solo in parte legata a una logica di democrazia diretta con la presenza del "popolo" nel giudizio, così come non va eccessivamente esaltata la dimensione della creazione di un nuovo spazio pubblico garantito grazie alla pubblicità del processo. La Svizzera liberale, infatti, non è un progetto pubblico, ma privato, che trova nei partiti, sostanzialmente dei club che attivavano movimenti democratici di massa grazie al veto e poi al referendum, il suo punto di riferimento. Questi riuscivano ad azionare la base popolare "a comando". Rispetto al resto d'Europa, la costruzione di un popolo nazionale attraverso la narrativa a mezzo stampa dei processi era quindi in Svizzera un fenomeno minore rispetto ad altre logiche, fenomeno che non emergeva come bisogno urgente per creare quella dimensione pubblica in cui esercitare la modernità della continua osservazione di ciò che succede nello spazio pubblico come elemento di mobilitazione del presente. Certo, le primissime giurie, arrivate fra il 1845 e il 1847, erano ammantate di un afflato rivoluzionario che vedeva nella massa, nel radicalismo quasi socialista, una componente sociale giusta in sé. La giuria rappresentava, era, il popolo nel processo. Durò poco, la narrativa di spazio pubblico nel tribunale si sgonfiò presto. A Zurigo i rivoluzionari lo capirono e impostarono la giuria in un modo completamente diverso.

A detta di Gschwend “la creazione delle giurie popolari era dovuta anzitutto al patrimonio ideale democratico, borghese ed emancipato del governo liberale, che si orientava all’esempio angloamericano”.²⁸⁶¹ Questa posizione va precisata e spogliata dell’autoelogio giuridico modernista: l’emancipazione era in realtà una presa del potere di un club di rivoluzionari che poi non si fecero scrupoli a trattare quel popolo secondo logiche simil-schiaviste e ancora coloniali (come dimostra la costruzione del Gottardo), autonominate umaniste. Certo, c’è il non indifferente superamento della tortura, ma l’analisi non può fermarsi lì.

Nei miei studi, facendomi accompagnare dalle teorie di Luhmann e dalla questione di come funzionino le logiche di *othering*, ho cercato di sviluppare una tesi più equidistante nel giudizio tra il vecchio e il nuovo sistema. In particolare, ho cercato di sottolineare la paradossalità moderna di voler sostituire la disuguaglianza cetuale per il mezzo della disuguaglianza esperti/*Laien* nel diritto e delle relative resistenze sociali che hanno contraddistinto questo momento di passaggio. Osserviamo quindi la giuria di Rüttimann per quello che è: una presa di potere da parte dei giuristi tecnici, figlia però di un compromesso imposto dal *Maître de chambre*, il primo presidente della Confederazione Jonas Furrer. Fu lui a comprendere che per far vincere il loro progetto liberal-economico, bisognava imporre agli allievi di Keller un basso profilo sulle questioni giudiziarie: si faccia piano, si facciano respirare i cantoni di fronte alla rivoluzione. In particolare, Furrer impose che la tortura venisse permessa per altri decenni, così da non subire la reazione cantonale contro il progetto federale.

Rüttimann usò la strategia della “giuria inglese”, che ben conosceva, come modello verso cui dirigersi in un momento di piena anglofilia. Che la sua giuria alla fine dei conti poco avesse a che fare con quelle di Londra, è un problema tipico delle logiche di *transfer* e non deve stupire: c’era un chiaro scopo politico in quella novità processuale, non si voleva certo diventare inglesi! Era una lotta aperta fra scienza e rusticismo, fra liberalismo e antico regime, fra divisione dei poteri e controllo locale, fra i giuristi e il loro popolo. La giuria non era uno strumento per aumentare i diritti democratici, ma per aumentare l’accettazione delle logiche dei giuristi liberali all’interno del sistema svizzero, segnato da logiche patriarcali e paternaliste. Da sostituire con il nuovo paternalismo degli esperti sui dilettanti.

²⁸⁶¹ “Die Schaffung von Schwurgerichten war vor allem dem demokratischen, bürgerlich-emanzipierten Gedankengut der liberalen Regierung, die sich am angloamerikanischen Vorbild orientierte, zu verdanken”, GSCHWEND 2018, p. 150.

14.4 I giurati come nuovo player giudiziario in Svizzera

14.4.1 La via fu riconoscere un ruolo giudiziale ai giurati – senza chiederglielo

A differenza della giuria “alla francese” rivoluzionaria radicale, Rüttimann istituzionalizzò che la sua giuria si occupasse della colpevolezza, non solo dei fatti: ovvero che prendesse una decisione giuridica. Sostanzialmente – e paradossalmente – eliminò una differenza (quella tra fatti e diritto) per inserire una nuova differenza (quella tra giuristi e giurati), con lo scopo in futuro di vedere solo i suoi giuristi da una parte della differenza, ovvero quella tribunale/soggetti-di-diritto. Lo ricordò nel 1863 al convegno della SSG: l'unica via per togliere il diritto ai giudici non togati (*Laienrichter*) era anzitutto dare il diritto alla giuria. Fra le righe: riconoscerle un ruolo giudiziario completo permetteva di affermare indirettamente la posizione gerarchica apicale dei giuristi senza dire che decidevano in modo diverso dai *Laienrichter*. Se i giudici-giuristi facevano ciò che fanno i “profani” (*Laien*, non giuristi), potevano ora essere visti come parte del popolo ed essere accettati, non erano più degli estranei, ma degli amministratori. Era un concetto circolare: per riuscire a inserire il giurista come espressione diversa rispetto al popolo, anzitutto bisognava riconoscere che lui era parte del popolo. Si trattava di logiche di integrazione attraverso la separazione. Era una strategia di normalizzazione.

Su questo punto, d'altronde, la teoria del diritto metteva già a disposizione la differenza necessaria. Mittermaier, maestro di quei giuristi che si misero a capo del nuovo Stato federale svizzero, lo aveva già indicato: con la teoria del libero apprezzamento delle prove come indizi, i giudici diventavano ora come giurati. Insomma, che quella deregolamentazione (*deregulation*) sulla prova avesse completamente cambiato il ruolo del giudice nella società era chiaro a tutti. E permetteva di leggere i giudici-giuristi in un ruolo nuovo. L'arrivo della giuria all'inglese di Rüttimann non è espressione di una necessità tecnica di carattere trascendente, non è una giuria dottrinale liberale contrapposta a una giuria politica radicale. Si tratta piuttosto dell'adozione di un istituto nell'ambito di una strategia politico-giudiziaria di un gruppo di persone che si sono prese il compito di pensare il sistema dello Stato di diritto in Svizzera. Paradossalmente, al momento di scrivere la costituzione lo scetticismo nei confronti delle giurie, sostenute da Druet e dai suoi radicali rivoluzionari era frenato proprio dagli heidelberggeriani federalisti, dagli allievi di Mittermaier. Il motivo era presto detto: da un lato la giuria non era ben vista dai giuristi liberali, dall'altro conoscevano la Svizzera primitiva e i suoi *Geschworenengerichte* propriamente detti. Il tribunale era fondato sulla rappresentanza locale – ben sapevano cosa volesse dire ottenere un posto in quel contesto, dato che spesso erano giudici pure loro nonostante fossero

giuristi. Dotare i processi di una giuria era rischioso, poteva significare mettersi contro il popolo!

Da un lato fedeli all'approccio legalista, dall'altro consapevoli della resistenza culturale locale e sensibili alla ricerca di nuove strategie federaliste, i mittermaieriani erano comunque intrisi di un approccio pragmatico e pronti al compromesso. L'impeto di Druey, sempre pronto a chiamare la piazza, fu tenuto a freno dal rivale Furrer, che gli affiancò Rüttimann, in modo tale che completasse – ovvero stravolgesse – i progetti di legge di Druey. Questi giochi strategici devono esser sempre tenuti a mente quando si vuole comprendere la giuria popolare svizzera.

14.4.2 Il diritto moderno grazie alla Corte d'assise

La giuria rüttimanniana era una sostanziale risposta all'ostilità locale nei confronti dei giuristi, era la creazione di un popolo dei giuristi moderni, un nugolo di individui sapientemente guidati dai giuristi, da contrapporre al popolo dell'antico regime, figlio di un'impostazione patriarcale ma comunitaria. La nuova giuria "all'inglese" era quindi espressione di una cultura imposta dall'alto, tanto da essere infine persino un peso e un volano per l'arrivo della democrazia diretta come opposizione ai cosiddetti "Baroni federali" zurighesi, colpevoli tra l'altro di aver portato nei tribunali quelle mode straniere.

Rimane assurdo parlare solo della componente "dottrinale" riguardante la giuria "all'inglese", come spesso si legge nelle annotazioni degli storici del diritto, dal momento che quello che è avvenuto in Svizzera con l'arrivo della modernità è una vera e propria costituzionalizzazione: l'integrazione dei cittadini nel tribunale era vissuto da parte della politica anche come un simbolo dello schema dello Stato di diritto. Eletta dal popolo, sebbene il momento elettorale andasse spesso deserto, oppure dal parlamento (con l'unica eccezione di Vaud e Neuchâtel, che per alcuni anni ebbero il sorteggio fra tutti i cittadini cantonali), la giuria popolare era sempre estratta a sorte da una lista composta secondo logiche politiche, dove le parti ricusavano i giurati che meno preferivano. Questo non significava certo che i giurati fossero dello stesso colore del partito al potere, si può però intravedere un'aspettativa del sistema politico sul funzionamento del sistema giuridico: ovvero sulla garanzia di funzionamento del codice del diritto. Uno schema che non poteva promettere di funzionare: infatti nella metà dei cantoni non fece breccia, siccome l'espressione politica era già occupata nelle logiche dei tribunali, quelle dinamiche non volevano essere questionate.

Nel processo con la giuria prevalgono l'oralità e il principio dell'immediatezza, manca il tempo per sviluppare "buone" argomentazioni. Il tempo per ragionare con la dogmatica è poco e non tutte le informazioni sono trasmissibili. Ma è vero che il momento scritto fu bandito dal processo?

A ben vedere emerge proprio un momento di scrittura nella comunicazione centrale del processo, ovvero il foglio con le domande che il presidente poneva alla giuria. Se nelle giurie “alla francese” il giudice poteva ancora cercare di imporre i suoi criteri giuridici attraverso formulari astrusi, con la giuria “all’inglese” si cercò di esaltare il singolo articolo di legge, lasciando che fossero i giurati a porsi ricorsivamente la domanda “è-stato-violato/non-è-stato-violato?”. Era la tecnicizzazione del codice, siccome quella domanda era pubblica e oggetto di dibattito, ma era solo in parte ri-accessibile al ragionamento dei giuristi e dei loro “buoni” argomenti: la decisione di non-colpevolezza, infatti, non poteva essere messa in questione dalla Corte criminale. Non è grave: l'autopoiesi in realtà non ha bisogno dei giuristi, ma sì c'era un grave ostacolo nella costruzione di memoria nel sistema per scatenare i suoi test di consistenza.

L'unica speranza possibile per i giuristi è che i giurati riprendano gli argomenti ascoltati nel dibattito e operino con essi: un vero rischio. Per il processo non è grave, siccome l'incertezza procedurale dà legittimità. Se l'attività della giuria moderna appare in sostanziale controtendenza con il diritto moderno come fenomeno scritto (perfino linguisticamente il loro verdetto è triviale: sì/no), in realtà quindi non lo è, perché il momento della scrittura è sì centrale nello sviluppo di un ceto funzionalizzato di giuristi, ma non è centrale nell'operatività del codice del sistema giuridico. Ed infatti ogni volta che si osserva con cura l'operazione giuridica si nota che i giudici al momento della camera di consiglio passano al momento orale per decidere.

Non è un segreto che la giuria sia un attore giudiziario che non può interiorizzare una condensazione dogmatica. Inoltre, non essendo previsto un momento di motivazione del verdetto, né nei confronti della comunità giuridica, né nei confronti del pubblico, la loro decisione rimane oscura. Si tratta di un'operazione di disturbo. **L'errore è pensare che tutto ciò sia stato imposto da fuori e non invece voluto dagli stessi giuristi.** In realtà questa mobilitazione del diritto, questo passaggio al codice sì/no della giuria consentiva di ridiscutere il modo di intendere il diritto nella società. Diversamente che in altre parti d'Europa, le giurie liberali svizzere rappresentavano un primo passo d'integrazione dei giuristi nel diritto moderno. Le giurie presero il ruolo di strumenti provvisori funzionali a sostituzione dei giudici non togati (*Laienrichter*). Grazie agli sviluppi rivoluzionari particolarmente favorevoli allo Stato di diritto e alla logica degli avvocati, ora anche a Zurigo – e da là agli altri cantoni – erano arrivate le condizioni per mettere in discussione il loro predominio corporativo e il loro diritto segnato dalle logiche di vecchio regime e dalla tortura. L'idea era mobilitare la società verso il progetto (economico) liberale, ovvero riorientarsi al rischio come nuova semantica di gestione del futuro e dotare anche il processo di questa nuova dimensione dell'incertezza. Ecco, quindi, la giuria di Rüttimann nella Legge federale di organizzazione giudiziaria del 1849 (OG 1849), emanata dall'alto senza discussione parlamentare, imposta

in maniera sostanzialmente rivoluzionaria e quindi di rango materialmente costituzionale, poi completata dalla Procedura penale federale del 1851. Nel 1852 arrivò infine la sua giuria zurighese.

La giuria era sì parzialmente esterna al tribunale, ma in senso esclusivamente organizzativo. Era molto diversa dal pubblico, poiché evidentemente subordinata alla direzione del processo da parte del giudice presidente, che le imponeva le domande a cui rispondere attraverso il verdetto, per poi venire inclusa nuovamente nell'operazione, addirittura catapultata al centro del sistema, con la possibilità di imporre il suo giudizio sui giudici qualora si trattasse di assolvere l'imputato. Rüttimann in particolare, disconoscendo che la giuria dovesse giudicare solo sui fatti (particolarità su cui invece spingeva l'hegeliano Druey), elevò il ruolo dei giurati a veri e propri giudici, siccome dovevano deliberare sulla colpevolezza, riconoscendo di conseguenza nell'elemento "profano" (non strutturato nell'organizzazione e autocomprensione dei giuristi) un elemento degno di decidere giudizialmente. Siamo di fronte ad una forma piuttosto paradossale di esternità interna, di periferia al centro, di esclusione includente.

L'adozione della giuria popolare classica "all'inglese" in Svizzera corrisponde quindi ad un fenomeno di positivizzazione del diritto, ora nelle condizioni di svilupparsi come codice tecnico nonostante l'opposizione sociale. Come spiegava sempre Rüttimann, il passo seguente sarebbe stata l'elaborazione dei Codici penali moderni.

14.5 La giuria di metà Ottocento: tra rischi e paradossi

14.5.1 La neutralità svizzera e il problema della resistenza cantonale alle nuove logiche nazionali

La Svizzera della seconda metà dell'Ottocento era ancora una nazione fragile, figlia dell'unica rivoluzione liberale veramente riuscita in Europa. Poteva esistere solo grazie ai veti incrociati delle potenze che le stavano attorno, nel solco della garanzia di neutralità imposta sin dal Congresso di Vienna del 1815.

La neutralità è secondo me un concetto che permette al sistema politico di trovare un nemico negli stranieri senza dover contemporaneamente indicare se si abbiano anche amici. Permette di scegliersi a piacimento quale straniero sia più adeguato come nemico in un dato momento. Su questo tema in mezzo secolo di Storia si nota una certa costanza narrativa da parte del CF: il diritto d'asilo doveva sì, essere garantito come mito fondante della coesione svizzera, ma i rifugiati non dovevano abusare della posizione garantita dal sistema liberale elvetico. Non dovevano quindi provocare disordine interno o pericoli per gli Stati esteri che potessero mettere in difficoltà la Svizzera nei suoi rapporti internazionali.

La neutralità svizzera era sì imposta dalle potenze straniere, ma a ben vedere si trattava anche di una soluzione politica adeguata alle necessità di quell'élite liberale che si era presa lo sviluppo industriale nazionale, l'educazione nazionale, il diritto nazionale, le relazioni internazionali. La neutralità così come impostata dal CF descriveva infatti una formula di contingenza che rispondeva contemporaneamente:

- al punto di vista del governo svizzero
- al punto di vista del governo straniero, costruito però dal governo svizzero che anticipava quel punto di vista straniero senza che quest'ultimo avesse infine bisogno di esprimerlo.

Grazie alla neutralità il dominio interpretativo del Presente restava sempre nelle mani del governo svizzero, che quindi poteva sempre rappresentare l'opinione poi esplicita del governo straniero alternativamente come conferma della propria posizione oppure come atto ostile, senza mai dover cadere in errore. Il CF per giustificare le sue decisioni grazie a questa politica di neutralità aveva sempre la possibilità di richiamarsi al suo proprio punto di vista di politica interna oppure costruirne uno esterno, potendo simulare di stare anticipando l'eventuale critica straniera. Questa formula permetteva al CF di dominare il discorso interno richiamandosi ad un discorso esterno inesistente. In questo modo poteva ribaltare aspettative anche sul tribunale, che doveva poter capire quello che gli si stava dicendo.

Quel puro dominio discorsivo liberale centralista, che grazie alle relazioni internazionali poteva sempre dominare anche il discorso interno, era scardinabile solo attraverso una dura opposizione interna: che i cantoni fecero, rifiutando di accettare la centralizzazione e difendendo a spada tratta il federalismo. La sovranità condivisa Confederazione/cantoni, paradossale,²⁸⁶² funzionava quindi da evidente contraltare all'altrettanto paradossale (ma convenientissima, in ottica liberale) sovranità nazionale limitata.

Tutto ciò si ripercuoteva anche nella realtà giudiziaria federale. Nella fase iniziale di costruzione di statualità le persone responsabili dell'inchiesta (il giudice dell'istruzione), del perseguimento (il procuratore generale) e del giudizio (i giudici federali) erano tutti membri del parlamento federale e tutti liberali: si trattava a tutti gli effetti di veri e propri "giudici-legislatori" il cui compito era gettare le fondamenta strutturali su cui poi edificare un sistema affidabile, ovvero autonomo. Avevano inoltre il compito di visualizzare direttamente internamente al sistema la sua stessa eseguibilità: il fatto che fossero loro a decidere una sentenza garantiva una certa accettazione di quella scelta da parte del sistema politico. Si costituì un sistema giudiziario

²⁸⁶² Ancora oggi quando all'estero si spiega che i cantoni sono delle Repubbliche con una propria costituzione si percepisce un certo senso di incredulità. L'errore sta nel guardare la Svizzera solo al suo interno, invece che in un'ottica di strutturazione del sistema politico nella società segmentaria del Mondo.

interamente consapevole del potenziale dello schema dello Stato di diritto. Non stupisce individuare proprio nei cantoni il primo ostacolo contro la giurisdizione federale e quindi contro le giurie federali.

14.5.2 Il caso Clementi e il gioco del rischio

Osserviamo il caso Clementi/Cassola/Grilenzoni, che ebbe un ruolo non indifferente nello *ius puniendi* elvetico che si andava creando, poiché da un lato vedeva inquisiti rivoluzionari amici del governo, dall'altro vedeva come autorità di perseguimento e di giudizio le persone in assoluto più vicine a quel governo.

I tre mandavano fucili in Italia per attaccare al fianco gli austriaci, l'attacco doveva essere sferzato parallelamente a quello su Milano del 6 febbraio 1853 e partito dal Ticino, finito in una carneficina. Gli avvocati sostennero che Clementi era un commerciante di guanti e che le armi erano solo un commercio laterale, peccato però che nella sua camera d'albergo fosse pieno di lettere scritte dalla mano Mazzini e che tutti sapessero della vicinanza di Grilenzoni con i rivoluzionari liberali. La tensione tra leggi e obbligo di decisione è qui da osservare con più precisione, per cogliere il ruolo del diritto *in action* in questo diritto moderno. La novità pionieristica che contraddistingueva il processo federale era l'arrivo senza se e senza ma del libero apprezzamento delle prove indiziali. Il risultato: dare legittimazione giudiziale alla menzogna! Tutti erano consapevoli di quel rischio: il diritto ormai era diventato incerto, si poteva sostenere tutto e il contrario di tutto senza sapere quale sarebbe stata la decisione.²⁸⁶³ Il primo processo politico federale si giocò proprio sull'instabilità di questo nuovo modo di gestire le prove. Aveva ragione il PG Amiet: i rischi di un'assoluzione erano dietro l'angolo. Si pensi all'alternativa con la vecchia epistemica: con quanta facilità le autorità avrebbero potuto estorcere una confessione, garantendo la condanna? Ma proprio qui stava la novità: il processo penale moderno diventava ora un oggetto rischioso ed esposto all'opinione pubblica, ci si potevano disegnare sopra svariate strategie di gioco. Qua sta la natura del "rigido legalismo" di Furrer: chiedere un processo significava aprire all'insicurezza. A fermare il tempo per far parlare il tempo del processo senza conoscerne il futuro. L'assoluzione era stata presa in considerazione? Certamente: probabilmente era stata addirittura considerata la soluzione più idonea da parte del governo. Ma essendo la giuria un'evoluzione continentale, chi avrebbe potuto criticare quella decisione?

Il rischio maggiore del processo per giurati sta nell'assoluzione, che non era ribaltabile dalla Corte. Diverso il discorso nel caso di una condanna da

²⁸⁶³ Non si legga in queste parole un'apologia alla tortura, ma solo una proposta di discussione sulla "verità" che connoterebbe il processo moderno.

parte dei giurati: i giudici potevano subito esercitarsi nel *crossing*, addirittura decidere che in realtà l'imputato era da assolvere. In quel caso era quindi apertamente possibile il riutilizzo del codice diritto/non-diritto sul verdetto della giuria (art. 117 s. PPF 1851), affermando che in realtà il fatto non era punito dalla legge. Con l'assoluzione direttamente nel verdetto invece la giuria classica in sostanza espropriava i giuristi dal controllo di una parte dell'operazione giuridica. In tutto questo nulla cambia quale sia la legge in merito, il che dimostra quanto le norme in realtà siano importanti nell'operazione del diritto solo indirettamente (e dimostra quanto sia assurdo parlare del diritto come un insieme di leggi...). Altrettanto sbagliato è pensare che il diritto moderno, messo di fronte all'assoluzione, stia solo a guardare: in realtà può continuare l'operazione del diritto, senza che questa ulteriore osservazione sia vincolante, così da creare comunque un elemento mnemonico. Questa fu la via percorsa nel caso Clementi: anche senza poter influire al momento, il presidente della Corte commentò il verdetto sia alla fine del processo, sia sui giornali nei giorni seguenti. Ma Clementi aveva violato o no il diritto internazionale? Con l'assoluzione, peraltro comunicata dai giurati con una particella discorsiva quasi nulla, "no", i giuristi dovevano scalare una montagna per imporre una lettura giuridica diversa. Potevano farlo, l'unica differenza era che non avrebbero avuto un ascolto diretto da parte della politica, cosa della quale disponevano attraverso la sentenza.

È comunque importante cogliere questa dimensione dell'operazione giuridica moderna, che non si ferma certo ai banchi dell'aula processuale. L'operazione del diritto moderno è diffusa e continua, dove però – è chiaro – i tribunali sono luogo di osservazione apicale, il cosiddetto centro del sistema, caricato dell'obbligo di decidere. Essa può essere poi raddoppiata, triplicata. Anche due persone al bar che ne parlano continuano a performare il diritto. L'operazione consiste nell'andare e venire, nell'oscillazione in cui si chiede se una comunicazione sia giuridica o meno, se occorra andare da una o dall'altra parte della norma – questo non ha bisogno di avvenire operativamente dentro il tribunale. Qua si coglie la dimensione fondante dell'opinione pubblica come certificazione che il diritto accade. Qua si capisce come mai l'opinione pubblica sia così importante per la propagazione delle aspettative normative direttamente fuori dall'aula del tribunale: esse sono comunicate come *supplément* dell'operazione giuridica. Ovvero: i giuristi potevano continuare a sostenere che Clementi fosse colpevole, addirittura scrivendolo sul Foglio federale (cosa che peraltro il governo fece...), che veniva letto pure dagli austriaci, dando la colpa dell'errore operativo alla giuria, ovvero ai non-giuristi! Quell'operazione mnemonica poteva quindi essere registrata come un errore ed eventualmente modificata.

14.5.3 Il rigido legalismo di Furrer e la creazione di memoria nel sistema

Tutto ciò era particolarmente importante per lo *ius puniendi* federale che si andava creando. Il sistema giurisdizionale penale federale non era infatti in gran forma; aveva già dovuto rinunciare alla giurisdizione sul diritto penale amministrativo federale poiché il processo per giurati costava notevolmente più del moltiplo oggetto di reato. La Confederazione era andata a sbattere contro il muro del federalismo e non aveva potuto prevedere un processo federale penale correzionale snello, composto solo da giuristi. Bisognava insomma affidarsi al processo politico per creare una memoria del sistema penale: era possibile? E soprattutto: cosa sarebbe successo se i giurati avessero assolto gli imputati, per di più senza base legale? La difficoltà di creare una memoria del sistema all'esterno delle aule giudiziarie si vede bene nella gestione dei casi Marangoni e Contini: il CF rimase ben alla larga dalla giuria, preferendo esprimere *urbi et orbi* la sua lettura giuridica di quei casi, senza però affidarsi al tribunale.

Sono un'ottima controprova a questo pensiero: chi meglio di Furrer poteva sapere quale fosse il contenuto del CPF 1853, dal momento che lo aveva scritto lui? Di fronte a quanto successo, era chiaro che affidarsi alle AF avrebbe rappresentato un rischio troppo elevato. E così quel "rigido legalismo" si scioglieva come neve al sole. A osservarlo bene assumeva interessanti caratteristiche d'intermittenza, dipendenti dall'analisi del rischio di aprire le porte del processo.

Sebbene spesso si pensi che la giuria abbia lo scopo di decidere oltre la legge, in realtà essa era concepita proprio all'interno di un'evoluzione che esaltava l'applicazione della legge. Bisogna però fare attenzione a cosa significhi, nel diritto, "applicare la legge". In realtà dietro alla pretesa banalità di un'operazione sillogistica si nasconde una complessa relazione di andare e venire fra l'interprete e il diritto, non una relazione gerarchica, ma un'oscillazione su tre fasce: diritto/non-diritto, lecito/illecito, previsto/non-previsto. È un'espressione moderna che nel processo permetteva un'osservazione collettiva del principio di legalità, mettere in questione l'epistemica della prova.

Per questo capitolo ho approcciato il tema delle giurie popolari osservando da vicino il diritto d'asilo, le relazioni internazionali e i delitti politici dei rifugiati stranieri, così da potermi muovere nell'alveo giuridico con la consapevolezza di essere completamente avvolto da un reticolo politico ampio e con diverse aspettative sui processi giudiziari. Il diritto moderno è lo strumento che permette la presa di una decisione senza che qualcuno possa tacciarla di rispondere a logiche politiche: come poterlo osservare al meglio, se non quando le aspettative politiche sono chiare come il sole?

La decisione giuridica si presenta ed è diversa da quella politica: segue un processo narrativo che permette alle parti di esporre la propria idea su uno stesso oggetto sapendo che entrambi pretendono di dire la verità, divide la presa di coscienza dei fatti dall'applicazione della norma, lasciando che si discuta su quelli e su questa. Usa un conflitto come schermo contro la logica consenso/opposizione, navigando piuttosto sull'idea "previsto dalla legge/non previsto dalla legge". Risponde quindi alla domanda: l'atto del rivoluzionario nella logica del diritto è un reato oppure no? Ovvero: un atto comparabile ad un altro atto già giudicato, era già stato considerato reato? E sarà considerato un reato?

La domanda sorge spontanea: come può la politica avere un'aspettativa di condanna giuridica, se quel reato non era mai stato commesso prima o proprio non era previsto? Ho in queste pagine mostrato come il diritto possa fungere anche da momento creativo, ovvero come all'interno dell'accoppiamento strutturale fra la politica e il diritto in quella fase storica si riescano ad intravedere ammiccamenti e aspettative reciproche riposte fra i sistemi, in particolare un sistema politico che faceva fatica ad affidarsi al sistema giuridico. In questo senso va anche interpretato l'approccio di Furrer quando decideva di essere un "rigido legalista", affidando il caso al diritto. Il "rigido legalismo" preteso dal CF significava in realtà l'attivazione della logica del diritto moderno al posto delle altre logiche, ovvero: il dominio del codice del diritto, l'inizio dello scontro in una logica di andare-e-venire, la sovraesposizione mediatica del caso data dall'opinione pubblica basata sulla messinscena teatrale del processo, la sospensione del tempo, il re-inserimento del tempo nel tempo. Il diritto viene insomma chiamato a servizio della politica nella sua funzione di sistema immunitario.²⁸⁶⁴ Oltre a giocare strategicamente nell'alveo della politica estera, Furrer stava elaborando logiche evolutive, lasciava che i giuristi nazionali si integrassero nel sistema e ne creassero una memoria.

14.5.4 I contemporanei fastidi nei confronti della giuria nei cantoni svizzeri

Al netto del "successo" del funzionamento delle logiche giuridiche moderne sul fronte del processo Clementi, la giuria popolare in Svizzera convinceva solo a sprazzi. Il pacchetto di senso "giurie liberali" in Svizzera non ebbe molto successo, non riusciva a sfondare nel tessuto sociale reale, rimasto proceduralmente conservatore e ostile ad un'autodescrizione salvifica dei giuristi.

In particolare, anche nei cantoni più liberali non risolveva veramente la questione della tortura, perché le giurie non intervenivano qualora l'imputato

²⁸⁶⁴ Per la teoria dei sistemi nella sua versione autopoietica e policontesturale centrale è l'idea del diritto moderno come sistema immunitario della società. Per questo rimando nuovamente alla definizione scritta sopra, cap. 2.6.4.7.

confessasse e spesso l'imputato era portato a confessare nell'inchiesta... Qualsiasi mitologia sul tema è quindi malriposta, la narrativa della democraticità della giuria come portatrice di valori liberali non convince, dato che dà troppa rilevanza alle dinamiche del processo senza verificare le dinamiche precedenti il processo. Dà invece troppo poca attenzione alle dinamiche di costruzione dei confini del campo del diritto da parte dei giuristi moderni. Paradossalmente il sistema sociale in molti cantoni era già immunizzato contro l'idea del diritto moderno come nuovo sistema immunitario...: non si sentiva il bisogno di passare a un nuovo diritto autonomo e indipendente. Questa imperfezione nel *transfer* – una via particolare rispetto al contesto europeo – chiede di intendere la storia svizzera in un'ottica diversa rispetto alla costruzione delle mitologie nazionali europee.

Posso suddividere i fastidi nei confronti della giuria sostanzialmente in tre tipi. Da un lato poteva essere un tribunale molto costoso. Secondariamente non permetteva che i giuristi controllassero tutte le parti del processo. Terzo, questo esperimento da laboratorio si scontrava con l'impostazione della giustizia di antico regime, “profana” (composta non da giuristi) e legata al ruolo centrale della confessione (e quindi della tortura).

La questione puramente organizzativo-finanziaria, che si era palesata con le prime giurie popolari federali andava tenuta in considerazione. A norma della Costituzione federale rivoluzionaria, il penale amministrativo federale non poteva che essere amministrato nel processo per giurati, essendo la corte d'assise l'unica autorità competente nella giurisdizione penale federale. Il DFGP cercò subito di istituire per legge un tribunale penale correzionale, ma sarebbe stato come istituzionalizzare lo *ius puniendi* federale in un contesto di aperto scetticismo verso il centralismo – peraltro fuori dalla portata costituzionale. La proposta venne quindi bocciata. Il risultato fu rinunciare immediatamente al processo federale nell'amministrativo penale, i primi processi si erano infatti rivelati sproporzionatamente cari e dannatamente macchinosi nella loro organizzazione. Si pensi che i giudici del Tribunale federale si dovevano spostare per mezza Svizzera (parliamo di personalità attive nella politica cantonale e federale, nell'imprenditoria e spesso pure nella scienza) e i circondari per i giurati erano molto grandi, in un periodo in cui non c'erano ancora né le automobili, né i treni. I processi vennero quindi affidati alle corti cantonali, che dovevano in quei casi applicare la procedura federale. La Confederazione si tenne i processi politici, che discuto meglio nel prossimo capitolo.

La reazione dei giuristi istituzionali all'arrivo della giuria fu varia. Anzitutto ci furono svariate lamentele per l'atteggiamento teatrale nei processi. Il ruolo dato agli avvocati e il loro atteggiamento erano apertamente criticati dai giudici, si mettevano in discussione usi e costumi giudiziari.

Oggetto di aperto scontro era inoltre l'**inappellabilità dell'assoluzione** da parte della giuria, facendo diventare l'istituzione particolarmente irritante. Si trattava di un ostacolo ad una gestione completa dell'operazione nel diritto. Le giurie assolvevano e questo per molti era semplicemente inaccettabile. Ma perché? Il problema è evidente: avendo la possibilità di prosciogliere l'imputato senza dover nemmeno motivare la decisione, veniva a mancare ai giuristi (ma anche al governo!) la possibilità di controllare un lato della differenza del codice diritto/non-diritto. Era impossibile compiere il *crossing*. Altro succedeva dove ci fosse la possibilità per la giuria di riconoscere le attenuanti, allora le assoluzioni diminuivano e in quel caso la Corte dei giudici aveva più spazio per ragionare sulle loro condanne. Rimaneva il problema che i giurati erano giudici a tutti gli effetti, occupando il loro spazio di gioco, soprattutto laddove – come nel processo rüttimiano – si chiedeva al giudice di autolimitarsi e rimanere in disparte. Si capisce qui che l'elogio al "popolo", elemento sociale portato dai giuristi moderni su un palmo di mano attraverso la giuria come espressione maggiore di quello "spirito popolare", era tutta una costruzione strumentale. Attraverso di essa si riusciva a costruire la differenza giuristi/popolo, che vedeva i giuristi come il lato positivo della differenza. Bastò poco per condannarla: *ils pardonnet* – il popolo si rivelava la solita bestia buonista, l'assoluzione inoperabile diventava espressione di decisioni scriteriate nel diritto. Paradossalmente i giurati venivano condannati proprio per i motivi che li avevano chiamati a giudicare: dicevano la loro sul diritto. Ma essendo esterni all'organizzazione giudiziaria non potevano allinearsi alla memoria del sistema. Non dimenticavano ciò che andava dimenticato (p.e. che i liberali erano rivoluzionari violenti) e non necessariamente conoscevano il contesto normativo. La loro opinione inoltre non poteva essere riportata su una rivista: era segreta e comunque non rispondeva alle esigenze corporative.

Fra le critiche dei giuristi sulle giurie svizzere si può contare anche quella di Mittermaier, che però continuava a osservare la Svizzera dal suo occhio tedesco. Aveva evidenti problemi con il sistema di elezione dei giudici e dei giurati tipicamente svizzero. La selezione politica risuonava come una frattura nel progetto di autonomizzazione del diritto. Parlava dalla sua ottica, che vedeva i giudici come ceto riconosciuto da secoli in Germania. Eppure, la via elvetica appare sensata se si ragiona sulle strategie per riuscire ad imporre lo schema dello Stato di diritto: la creazione artata di un'opinione pubblica per il mezzo di dispositivi politico-giornalistici in Svizzera seguiva criteri propri. L'integrazione dei cittadini alla vita dello Stato passava in Svizzera attraverso la democrazia diretta. Difficile poter abbattere questa convinzione.

Infine, va segnalata l'opposizione culturale nei cantoni, che volevano continuare a vivere l'epistemica del processo di antico regime, contraddistinto in particolare dalla tortura e dalle sue pene succedanee. Non a caso in Svizzera era amata la soluzione di non far intervenire la giuria

laddove ci fosse il riconoscimento di colpevolezza dell'imputato, a fronte di un'inchiesta penale sempre segreta senza intervento di un avvocato. La prima reazione fu continuare a torturare e ridurre la giurisdizione delle giurie nel caso dell'*Autoverdict*. La storiografia giuridica ha interpretato quei casi come fenomeni di correzionalizzazione, ovvero di riconduzione del processo nella semplicità del giudizio senza giurati per motivi efficientisti. La strana "correzionalizzazione" a cui si assistette nei cantoni va però questionata come rigurgito dell'*ancien régime* più che come vittoria dei giuristi progressisti, questa la mia tesi. Prende forma il forte sospetto che si volesse tornare a dare i casi ai vecchi giudici non togati (*Laienrichter*).

14.6 Arrivano gli anarchici: il giurato come giudice e i suoi limiti

14.6.1 Gli anarchici stranieri e il problema del tribunale politico

Fatta la Confederazione e sviluppato un sistema statale, in un paio di decenni i liberali scoprirono di non avere gli strumenti per riuscire a rappresentare sul serio la società attraverso la loro narrativa unitaria egemonica. Se già la divisione interna con i democratici fu di rottura (e portò il diritto di referendum e a una nuova Costituzione), la narrativa riusciva comunque a concepirli ancora come espressione politica interna.

Molto cambiò con l'arrivo degli anarchici, un gruppo politico affine al liberalismo nella sua dimensione violenta rivoluzionaria e con la capacità di mostrare tutte le contraddizioni del sistema dominante. Mazziniani o anarchici che fossero, la giustificazione rivoluzionaria della violenza era la stessa – essa intorno alla metà Ottocento aveva dato lo spunto affinché diritto e politica si intendessero come autonomi e presupposti l'uno dell'altra: portò insomma la costituzionalizzazione a livello federale! Il problema giuridico di fondo non stava quindi negli anarchici, ma nel mito rivoluzionario liberale: ovvero nella costituzione che regge sé stessa, la rivoluzione liberale sempre presente, la negazione dell'atto violento (garantita dal monopolio statale del penale, lo *ius puniendi*) grazie ad un atto violento fondante.

Non appena esposta al reato politico, la Svizzera scoprì di avere un problema con il suo passato e con il suo stesso Tribunale federale: quale giudice politicamente più parziale poteva esserci, che non una corte di parlamentari nazionali, peraltro eletti col sistema maggioritario e autori di quella stessa legge che avrebbero applicato? In poche parole: i liberali se la cantavano e se la suonavano. Come colmare la lacuna di legittimità? Un processo agli anarchici per il solo "reato" di chiamare alla propaganda del fatto era ad alto rischio, perché se questi avessero motivato giuridicamente, probabilmente sarebbero stati assolti: il CPF 1853 era un codice penale liberale! Non aprire processi contro gli anarchici sarebbe stato problematico nell'ottica governativa, bisognava che il diritto creasse una nuova memoria,

mentre non far partire le inchieste avrebbe significato, indirettamente, proteggere gli anarchici. Il delitto politico transnazionale in questo contesto rompeva le uova nel paniere alla politica interna, perché obbligava lo Stato a schierarsi. La realtà era infatti che la sovranità svizzera era veramente incompleta, in quanto dipendeva dalle potenze straniere.

Si capisce immediatamente la comodità di disporre di una giuria popolare in un momento così delicato: l'adozione di elementi di casualità, perfino legati ad un diritto di ricusa arbitraria delle parti e quindi permettendo di "scegliersi" una parte dei giudici, permetteva di ovviare al problema che il tribunale perlomeno ai suoi inizi era necessariamente espressione del momento rivoluzionario. È la possibilità per l'opinione pubblica di parlare del processo in una chiave di incertezza altrimenti difficile. L'unico elemento che poteva scongiurare una condanna apertamente politica era infatti, oltre alla presenza della giuria, la camera di consiglio pubblica dei giudici ordinari, siccome impediva che motivassero apertamente secondo criteri politici. L'unica difficoltà era ora assicurarsi che la giuria condannasse gli anarchici.

14.6.2 I processi agli anarchici: fra nemico straniero e svizzeri "ingenui"

Il teatro giudiziale moderno sembrò subito uno strumento adeguato a rivestire l'anarchico-straniero con i panni del nemico, contemporaneamente indiretto (in quanto si diceva mettesse in pericolo la Svizzera, ma senza attaccarla) e legittimante (perché permetteva allo Stato di schierarsi senza questionare la propria storia rivoluzionaria). Con l'arrivo della propaganda del fatto, la politica liberale elvetica poté mostrare la sua nuova natura, ormai post-liberale. La politica voleva vedere gli anarchici condannati per abuso della libertà d'espressione a causa delle loro prese di posizione violente. In mezza Europa gli anarchici avevano cominciato ad attentare alla vita di regnanti e cancellieri, il 1878 segnò l'inizio della propaganda del fatto vissuta. A La-Chaux-de-Fonds il giornale della federazione anarchica, *L'Avant-Garde*, dava la notizia senza criticare gli atti, la penna era quella del francese Paul Brousse e dei suoi compagni, svizzeri e non.

Il liberalismo era ben consapevole che con un richiamo al regicidio in realtà gli anarchici null'altro avrebbero fatto che esprimere concetti fondativi liberali. Inizialmente, quindi, il governo non si mosse. Poi gli eventi accelerarono, i contatti diplomatici internazionali su questa questione si intensificarono. Senza sapere che legge avesse violato, il CF fece arrestare Paul Brousse. Il processo davanti alle AF assunse una dimensione catartica: l'interpretazione del diritto venne lasciata ai giurati, permettendo ai giudici-giuristi di non dover compiere l'operazione e quindi di non farsi addossare la paternità della palingenesi! Attraverso la sentenza Brousse lo Stato liberale passò apertamente a una nuova dimensione della censura della stampa, il

processo era stato il momento fondamentale di questa evoluzione. Essa non poteva infatti essere compiuta attraverso il momento legislativo: si pensi che il medico di Bakunin, Carl Vogt, era una voce portante del liberalismo europeo e che i radicali non erano così pregiudizialmente ostili agli anarchici!

Affidare il caso politico al momento giuridico era quindi una scelta. Il CF in realtà avrebbe potuto far scontare, attraverso il controllo del PG *ad hoc*, una lunga prigionia preventiva a Brousse, per poi espellerlo senza far continuare l'inchiesta. Poteva affermare una sua "giurisprudenza", come nel caso Contini. Poteva insomma fare come aveva sempre fatto. Un processo davanti ad un tribunale rispondeva invece a logiche "altre", era voluto. Era di nuovo un momento di "rigido legalismo". Il processo permetteva d'immobilizzare il tempo, creare un tempo processuale e mobilitare la comunicazione sociale su di esso. Era concepire il processo giudiziario nella sua funzione immunitaria: si trattava di incapsulare il caso nel tempo per poter spogliare gli attori del loro discorso sociale e "ricaricare" il tempo, dandogli una nuova direzione. Si pensi agli svizzeri del processo Brousse, estromessi dal processo: loro più degli altri vennero rivestiti, nel senso che vennero spogliati della loro politica e non furono ri-formati in quanto nemici. Era un modo per il liberalismo di reinventarsi inventando, utilizzando a questo scopo la semantica dello straniero. Il futuro della rivoluzione permanente liberale, che doveva ora essere riconosciuta anche nella struttura giuridica, non era quello voluto dagli anarchici, ma era quello voluto dai nuovi liberali e dalla loro costituzione nazionale etnicizzata nuova fiammante. Tutto ciò poteva infine essere memorizzato nella storia del sistema, cancellando la storia del liberalismo come la si conosceva fino ad allora.

In particolare, va notato che il CF decise di far celebrare il processo contro Brousse non tanto *a causa* della pressione internazionale, ma per *far parlare* del caso. Per attivare il sistema della comunicazione pubblica attraverso il processo penale, potendo usare la componente formativa del momento giudiziario per dare identità alla Nazione e ai suoi nemici. Sono infatti osservabili palesi strategie governative e giudiziarie, atte all'annichilimento del rischio insito nel processo per giurati: non sottoporre gli svizzeri al processo; omettere le basi legali su cui si voleva vedere Brousse condannato; omettere quale fosse il reato da condannare; modificare il numero di voti necessari per assolverlo; direzionare i resoconti giudiziari grazie alla stampa amica, facendo credere che gli anarchici volessero uscire dal quadro giuridico del processo; esprimere per bocca del Presidente della Corte un *résumé* politico.

La giuria in questo senso venne ricostruita dai giudici-giuristi come popolo nazionale e venne abbandonata la sua funzione di collettore di rischio, in particolare non potendo scegliere se condannare o assolvere Brousse: solo la condanna era un'opzione percorribile. Il richiamo alla semantica dello

straniero come logica di inclusione/esclusione in ottica di neutralità permetteva di far leva sugli obblighi internazionali e sulla messa in pericolo dell'indipendenza svizzera, imponendo una decisione in base alle sue conseguenze esterne. Era corruzione del codice del diritto da parte della politica. Si trattava di un discorso estero-su-estero senza che l'estero avesse veramente voce in capitolo, una dimensione di *re-entry*. Era la ricostruzione di un'alterità in cui ricadeva anche lo straniero Brousse, che diventava quindi un fattore di rischio a prescindere. Un rischio strutturale, che il CF affidava al diritto. Il processo però decideva impedendo l'adozione di logiche operative giuridiche, i lati della norma non erano entrambi praticabili, il *crossing* non era possibile. Fu una sostanziale politicizzazione del momento giudiziario. La catarsi.

Quello stesso gioco non fu né possibile, né cercato dieci anni dopo, nel processo Nicolet del 1889, quando alla sbarra c'erano gli svizzeri. La giuria federale non poteva più essere impiegata nell'ottica dell'esclusione/inclusione del popolo svizzero contro gli stranieri: la giuria federale tornava ad essere elemento della gestione del rischio, non più costruzione della sintesi nazionale. Quell'assoluzione non faceva però parte del programma della nuova creazione di statualità nazionale. La giuria popolare federale, assolvendo Nicolet sostanzialmente condannò sé stessa. Aveva mostrato tutti i limiti del vecchio processo liberale, di come il post-liberalismo si andasse a scontrare contro gli anarchici, liberali in sé.

Il PG Stockmar – voluto dal CF Ruchonnet nella piena consapevolezza di ciò che si stava facendo – si rivelò il vero elemento destabilizzante del processo, l'elemento che garantì il fattore sorpresa così importante nella legittimazione giudiziaria del diritto: Nicolet in un colpo di scena calibrato lesse prima della conclusione del processo una poesia giovanile del PG in cui sosteneva il regicidio, mostrandosi ben più a favore della violenza degli stessi anarchici. I giornali ne parlarono in modo fatalista: impossibile condannare a queste condizioni.

14.6.3 La norma assente come base operativa del diritto moderno

Ciò che sorprende leggendo i processi contro i rivoluzionari (e si leggerà in seguito nei processi Conradi e Nicole) è l'inconsistenza delle norme a cui si riferivano le autorità penali. La giuria viene costantemente criticata per essere incapace ad applicare la legge, ma di che legge si parla se essa manca?

In realtà questo è il grande punto di scontro fra la teoria dei sistemi (che ha sostanza empirica, come mostrato in questa mia ricerca) e le teorie del diritto classiche. Ripercorrere il codice del diritto non significa continuare a parlare di leggi, come si potrebbe pensare a prima vista. Certo, esse ci sono, sono oggetto di discussione, ma sono solo un *supplément* del codice, qualcosa di necessario per far funzionare il codice, ma invisibile nella sua sostanza. Ripercorrere il codice significa piuttosto permettere,

nell'osservazione di una comunicazione, un costante andirivieni fra la possibilità che essa sia giuridica oppure no. Ad esempio, stabilire se un dato atto sia illecito, come sostiene il procuratore, oppure lecito, come sostiene la difesa. Oppure che una data parcella sia congrua, oppure eccessiva, ecc. La norma è la piattaforma usata per andare e venire, ma i processi ben dimostrano che sostanzialmente una vale l'altra se si mette peso sulle logiche di inclusione/esclusione.

Il codice è in sostanza un ping-pong oscillatorio, in cui la norma è il tavolo di gioco su cui si può continuare a discutere, aggiungendo viepiù materiale discorsivo, norme, fatti, idee, proiezioni, *stop* discorsivi e via dicendo. Il *crossing* è lo strumento tecnico che permette di riapplicare il codice all'operazione già svolta secondo il codice. È quindi l'elemento centrale dell'operazione nel sistema autopoietico. Un sistema comunque asimmetrico: i giuristi, dominando la norma hanno il potenziale per affermare che ciò che dicono i "profani" (*Laien*, non giuristi) non assecondi la norma, sebbene non necessariamente la norma ci sia. I giuristi possono addirittura far decidere ai "profani" in base ad una norma, mettendo poi in discussione che effettivamente si stesse parlando di quella norma, come successe nel caso Brousse. Possono farlo perché è a loro che viene imputata la gestione della norma giuridica, in particolare attraverso l'elevazione delle strutture formative, ovvero l'università. Essa è statale e quindi a sua volta componente essenziale dello schema dello Stato di diritto.

È però sbagliato ridurre il senso della giuria popolare al solo essere strumento di legittimazione di un processo agli occhi dell'opinione pubblica. Significa non cogliere la natura rischiosa che la giuria porta con sé, la possibilità per gli avvocati (e per i giudici) di elaborare strategie con la consapevolezza, che la giuria non sia vincolata a una struttura organizzativa gerarchica, né che sia apertamente legata ad una carriera politica, consapevoli addirittura che un giurato scelto a caso possa essere arbitrariamente escluso, minimizzando quindi eventuali rischi di politicizzazione. La comunicazione fra giudici e giurati era però per definizione gerarchica, in cui alla fine i giuristi perdevano il controllo, perché la giuria sì, che decideva. Proprio su quel rapporto fra Presidente e giuria si sono giocate le battaglie politiche maggiori riguardanti il controllo politico del diritto: permettere uno stretto controllo giudiziale sulla decisione della giuria – comunque oscura, perché a porte chiuse – poteva essere decisivo.

14.7 La penetrazione delle logiche nazionali e il relativo bisogno di giudici tecnici

14.7.1 Le logiche di esclusione della Corte penale federale

Con il caso Nicolet (manifesto anarchico) si era palesata l'inutilità dei giurati come garanti dell'operatività del codice agli occhi della Nazione

liberale. Il sistema aveva inoltre cominciato a strutturarsi costruendo una memoria giudiziale, l'incertezza processuale poteva ora basarsi sull'instabilità dei testi e su altre dinamiche di inclusione/esclusione, lasciando che fossero i giuristi a occuparsene. Ora la politica voleva emanare nuove leggi il-liberali per tutelarsi contro gli anarchici. Ma era necessario un diritto decisamente più autonomo, più auto-controllabile, che interiorizzasse il credo dell'applicazione della legge. Da qui l'accelerazione: era già pronta la legislazione sulla Corte penale federale, assolutamente anticostituzionale, composta solo da giuristi che avrebbero deciso riuniti in Camera di consiglio segreta.

Essa era sin da subito pronta ad accogliere i “reati” compiuti dagli anarchici senza l'intervento delle giurie popolari. La sua creazione è avvenuta interpretando alla SSG il significato della Costituzione, attualizzandone il contenuto al di là della lettera e di ciò che era valso fino ad allora: sulla Carta era scritto che la giurisdizione penale federale era amministrata dalle AF, i giuristi ne derivarono che era possibile anche giudicare senza giurie. Si schierarono compatti con il progetto di legge, scritto da un loro membro, peraltro giudice federale, poi primo presidente del Tribunale federale riformato secondo la sua legge nel 1893. Come presidente della nuova Corte venne posto invece il più importante costituzionalista nazionale, che si era esposto a favore della costituzionalità della legge. I professori c'erano, i giudici c'erano, il governo anche. Chi mai dall'esterno di questa corporazione giuridica avrebbe potuto contestare quella lettura? Quella sì che era un'Assise decisionale!

Il codice del diritto mostrava la sua dimensione organizzativa intrinsecamente escludente nei confronti di chi non faceva parte della professione. Le logiche di inclusione/esclusione apposte politicamente sugli stranieri (anarchici) hanno corrisposto a parallele logiche di appartenenza giuridica che permettevano ai soli giuristi la lettura della norma costituzionale. Si tratta di gestire reciproche aspettative: all'uno della nazione corrispondeva ora l'uno dei giuristi, fidandosi reciprocamente delle promesse di giudizio autonomo e di eseguibilità. Appare qui con chiarezza che il concetto di “gruppo” e il concetto di “senso” si influenzano reciprocamente fino a fondersi. La domanda storica rimane sapere se in realtà – senza che le fonti lo dicano apertamente – la Corte penale federale sia nata proprio per contrastare il movimento anarchico come nemico straniero.

14.7.2 L'istituzione delle logiche nazionali sul codice del diritto

L'indurimento delle logiche nazionali provocò un cambiamento nel rapporto fra politica e diritto nello schema dello Stato di diritto. Da un lato la politica liberale non si identificava più nel tutto statale giuridico, ma nella differenza etnicità/alterità come risposta alla narrativa della società divisa in classi. Quella spinta nazionalizzatrice, coordinata a livello europeo,

permetteva inoltre di dare più garanzie di eseguibilità al diritto: non c'erano particolari rischi esterni e si poteva creare un apparato burocratico funzionante. A questa codifica, che permetteva di legare l'opposizione politica alla dimensione del nemico straniero, si sommava la spinta dei modernisti, che applicavano il loro codice società-sana/malattia, permettendo di vedere l'opposizione politica come un errore di programmazione, come ripercorro nel sottocapitolo seguente.

Aperto la porta ad una nuova dimensione nazionale della Confederazione, vennero contemporaneamente questionate – non a caso – sia la sovranità suddivisa con i cantoni, sia la giuria popolare. Sottolineo l'equipollenza di queste due forme nei confronti per il sistema giuridico liberale svizzero. Finché vigeva la vecchia idea di Stato liberale tollerante, quelle due forme valevano entrambe come fenomeno di scioglimento del paradosso: entrambe permettevano di bloccare che un tema entrasse nel radar della lettura giuridica centrale nazionale. La giuria bloccava assolvendo l'imputato, il diritto cantonale bloccava permettendo l'assorbimento di eventi criminali o politici delittuosi assegnandoli alla propria giurisdizione, marchiandoli ad esempio come semplici delitti comuni. D'altronde che la situazione fosse seria per il liberalismo e che si palesasse la necessità di intraprendere una stagione di riforma dello Stato era emerso con sconcertante chiarezza con il processo di Stabio, che causò impressionanti momenti di blocco a livello sia cantonale, sia federale.

I giuristi spinsero quindi sulla richiesta di una codificazione penale nazionale. Arrivava una nuova dimensione dello *ius puniendi*. Inizialmente Carl Stooss la concepì come un luogo razionale e tecnico, non storicista. Al contrario del padre del codice civile, Eugen Huber, che aveva pensato il popolo come *Ethnos*, Stooss costruì un codice basandosi sull'idea di popolo come *Demos*. Gli si dava il diritto. Si scontrò contro la conferma che se il codice fa la nazione, non sono necessariamente i giuristi a poterla fare. Costruirsi il proprio popolo a uso e consumo, come già sapevano i giovani giuristi zurighesi, in Svizzera doveva essere mascherato dietro ad un'evoluzione lenta, i pastori andavano esaltati, non rinnegati. Il risultato: il suo progetto si bloccò per decenni.

14.7.3 Tra psichiatria ed eroi, una nuova ondata di tecnicizzazione del diritto attraverso i suoi giudici

Parallelamente alla spinta nazionalizzatrice in politica ci fu la tecnicizzazione della funzione giudicante, ovvero: la scienza e la giurisprudenza come elementi autoprodotti dal diritto diventavano ancor più rilevanti per il diritto. La giurisprudenza divenne sempre più rilevante, mentre le leggi perdevano valore, sebbene nella narrativa era importante dire il contrario, in un gioco di comunicazione di aspettative reciproche fra il diritto e la politica. Nel Novecento in vari contributi scientifici si trova la

pedissequa citazione delle opere di Karl Binding sull'attività del giudice. Ci si richiamava al rigido legalismo come linea da seguire nell'attività giudiziale. Cosa si intendeva, in realtà? Si esaltava la logica della sussunzione, o meglio: si stava esaltando la formazione universitaria come unica porta d'accesso al tribunale, l'aver superato determinati scogli formativi come garanzia di partecipazione alla corporazione dei giuristi e con essa come garanzia di autonomia dal sistema politico. Non fu però Binding a trovare veramente gli strumenti di sfondamento contro le giurie. Bisognava cambiare la narrativa sul rapporto fra i giuristi e la società.

L'inizio del Novecento è sì il momento di svolta sulla comprensione del giudice-giurista. A livello federale il tribunale federale è diventato personalmente indipendente dalla politica nel 1874, ma è solo dal 1900 che si iniziò ad intravedere una nuova chiara autonomia, non essendo più l'elezione in parlamento una precondizione *de facto* per diventare giudice federale. Raccontando che si pretendeva dal giudice la rigida applicazione della legge, si poteva contemporaneamente operare sulla figura del giurista come direttiva nella differenza giuristi/popolo. Da giudice-politico, il giudice diventava giudice tecnico. Nel discorso però non ci si limita al rigido legalismo, ma anche al momento di svolta verso una comprensione psicologica del reo. I giuristi avevano ora il diritto di costruire tutto il mondo attorno a sé partendo dalla loro corporazione, anche le persone che li attorniavano! In questo senso la psichiatrizzazione del diritto penale, un fenomeno che visse il suo primo picco a cavallo dei secoli, aiutò paradossalmente i giudici a chiudersi su sé stessi: potendo osservare il sistema psichico come esterno all'operazione e potendo premetterlo, il giurista poteva ricreare internamente le persone come referenze esterne e quindi operativizzarle. Gli psichiatri furono utilissimi, perché le loro perizie potevano essere interiorizzate in un meccanismo di *re-entry* senza considerarle giuridiche. Riconoscere la persona nella sua problematicità, a prima vista sembra apertura – e invece era chiusura operativa, una nuova giuridificazione dell'individuo. Era già successo, lo ho mostrato, proprio chiedendo alle giurie di farne le veci della coscienza. Ma hegelianamente era ancora una coscienza popolare che parlava, gli psichiatri facevano invece parlare l'inconscio.

Il ruolo delle giurie popolari venne necessariamente questionato dalla psichiatrizzazione del diritto: loro, che avevano la funzione di sostituzione delle coscienze dei singoli criminali, con che criteri avrebbero costruito l'imputato psichiatrizzato? Con che criteri avrebbero accolto la perizia psichiatrica all'interno dei margini giuridici? È evidente che non c'era più spazio per quell'incertezza, mettevano in questione la possibilità per il diritto di costruire il tipo criminale. Le giurie andavano eliminate, sostituite dalla nuova pretesa scientifica di rendere giustizia all'individualità della persona nel processo. Un bisogno addirittura esaltato con l'invenzione del diritto penale a doppio binario a cavallo dei secoli, ovvero la distinzione tra

punizioni criminali e misure psichiatriche, siccome i “pazzi” non andavano puniti perché non imputabili, ma sì confinati in una sorta di applicazione delle logiche di inclusione/esclusione. In una società che nell’identificazione della coscienza individuale aveva sostituito i preti con gli avvocati, ora bisognava fare i conti pure con gli psicologi. Tutti e tre si dovevano occupare della coscienza della persona, separatamente.²⁸⁶⁵

E Binding? Le sue opere ricoprivano il ruolo del monito: il diritto si guardi internamente per trovarsi! Si dice sempre che giudicare è difficile, intendendo che è inevitabile pensare alle conseguenze che una decisione porta con sé, perché esse sono incerte, troppo difficile prevedere il futuro. È solo in questa logica che va inteso il richiamo ripetitivo a Binding. Si trattava di un mantra per ricordare al giurista di stare nell’operazione del diritto, ovvero evitare di far entrare nella sua decisione logiche diverse da quella giuridica ed evitare che da fuori si potessero costruire aspettative sul giudice diverse da quelle giuridiche. Questa cantilena (o una lagna?) del giudice che applica la legge ha il sapore evidentemente immunitario: affermare che il giudice applichi la legge e basta significa assegnare alla legge una funzione di antifulmine, di luogo in cui tutto ciò che potrebbe succedere è già stato previsto. Se nominalmente si tratta di una regressione a mitologie codiciste di fine-Settecento, in realtà ribadire la dipendenza dalla legge significava chiedere di rinunciare ad avere i politici nelle aule dei tribunali e al loro posto permettere di far entrare solo giuristi. Eliminare insomma la possibilità che qualcuno potesse pensare che la decisione l’aveva presa un politico, che la coprirebbe poi di giustificazioni giuridiche: bisognava mettere un marchio di qualità alla decisione.

In tutto ciò, le giurie classiche disturbavano, perché mettevano in discussione il controllo su tutta l’operazione del diritto da parte dell’organizzazione giudiziaria. Perdevano quindi lo spassionato sostegno nei loro confronti da parte di svariate istituzioni svizzere. Erano però ineliminabili politicamente, perché rientravano ancora agilmente nelle logiche di auto-rappresentazione politica popolare nei gangli dello Stato. Come fare per eliminarle? Che domande: creare un nemico!

Il nemico anarchico straniero fu utilizzato a ampie mani prima di tutto dai modernisti, che si prestarono per istituire la legislazione federale sugli anarchici e la Corte penale federale. La garanzia dell’operatività del codice per il tramite delle giurie non serviva più: nessuno aveva bisogno dell’assoluzione degli anarchici nel mondo liberale! In questo senso è chiarissimo il ruolo centrale dei giuristi nella nazionalizzazione dello *ius puniendi* elvetico e contemporaneamente l’affermazione del loro dominio sullo Stato di diritto dal *coté* giuridico-penale: si trattava di tecnici che garantivano che l’operazione sarebbe stata completa sui casi che gli fossero

²⁸⁶⁵ Ed infatti la procedura penale riconosce ancora oggi perlomeno a queste tre figure il diritto di mantenere il segreto.

arrivati, senza però immischiarsi per questionarli. Grazie a questo accorgimento nell'evoluzione del *nation building* elvetico, in particolare grazie all'invenzione del nemico anarchico straniero, poi evoluto in nemico straniero *tout-court*, i due avversari maggiori dei giuristi, ovvero la sovranità cantonale e i "profani" (*Laien*) riuniti nella giuria popolare, poterono essere messi duramente in discussione.

14.8 Il compromesso dello scabinato

14.8.1 Dalla correzionalizzazione allo scabinato: dialogo con i profani o controllo della corte?

Secondo la teoria dei sistemi, il processo, la professione e l'organizzazione giudiziaria sono funzionalmente equivalenti e hanno lo scopo di stabilizzare il codice del diritto. Si vede bene, che tutti e tre gli ambiti sono occupati dai giuristi, sebbene operino in modo diverso: l'organizzazione gestisce interazioni, si occupa di elaborare una memoria interna e depersonalizza i suoi membri in una logica gerarchica. Sua massima espressione è il sistema giudiziario, ovvero il TF, ma anche la SSG e la RDS. La professione distribuisce insegne e segna i criteri della formazione, la sua massima espressione sono gli avvocati. Il processo permette invece che il diritto accada, confrontandosi con il paradosso della decisione. I processi avvengono contemporaneamente senza che siano individualmente controllabili, servono a creare spazi sociali in cui l'operazione giuridica possa riferirsi a sé stessa. Vengono coordinati rimandando alla vincolatività delle decisioni prese dall'organizzazione al livello superiore. Le giurie popolari classiche sono senza dubbio esterne alla professione, solo leggermente coinvolte nell'organizzazione, sicuramente incluse nel processo, anzi addirittura dominatrici del processo, tanto da mettere in questione la stabilizzazione del codice potendo negare il controllo su uno dei due valori del codice.

La correzionalizzazione era la via maestra per mettere in questione le giurie: era un'operazione che toccava solo indirettamente l'autorità giudiziaria. Si cambiava la definizione del reato, non il suo tribunale. C'era quindi una spinta verso l'alto, ovvero limitare l'attività delle giurie popolari ai processi in cui la pena da comminare fosse di certo numero di anni di anni di prigione, o simile. Questa scelta mostra l'aspettativa politica della necessità di maggiore legittimazione (ovvero: incertezza) di determinati processi con un grande potenziale d'impatto mediatico, processi rappresentativi del condannato come nemico sociale. Ancora oggi per determinate decisioni il tribunale federale decide con una composizione allargata, funzionale ad aumentare il disordine nella discussione e quindi la legittimazione causata dalla sua incertezza.

Completamente diverso dalla correzionalizzazione fu il passaggio allo scabinato, ovvero a quella forma di tribunale in cui la giuria, scelta secondo i criteri classici e presente al processo secondo il principio di oralità e immediatezza, alla fine del dibattimento non si riuniva da sola per statuire sulla colpevolezza, ma entrava in Camera di consiglio assieme ai giudici, discutendo tutti assieme sui fatti, la colpevolezza e la pena. Si iniziò dal canton Ticino, che aveva già rinunciato anni prima alla giuria come espressione giudiziaria liberale. Ora il governo federale aveva imposto una nuova Costituzione cantonale ai due maggiori partiti locali, particolarmente violenti fra loro: dovevano stare al governo assieme e il giurista Gabuzzi individuò nelle giurie una seconda forma di simbolico luogo di concordanza. Lo scabinato ticinese diventava ora un'interessante espressione dello schema dello Stato di diritto, siccome l'organizzazione giudiziaria era una delle svariate forme organizzative dello Stato e serviva ora a riunire nel tribunale tutte le componenti sociali del cantone in ottica proporzionale. Era un compromesso, un ragionamento sui due lati dello schema, anche stavolta si ragionava nell'ottica dell'eseguibilità della decisione, che necessitava di una pace premissa, a sua volta in senso circolare certificata proprio per il mezzo della forma del tribunale.

L'operazione ticinese era un tentativo culturale che cercava di imporre il codice del diritto in ottica di ascolto. Non era molto dissimile (fatti tutti i distinguo) da quella individuata da Rüttimann/Furrer a Zurigo a metà secolo: la storia della Svizzera è anche una storia del compromesso, ovvero una storia in cui per farsi spazio nella modernità i giuristi hanno dovuto saper capire cosa dicesse la società attorno a loro, maldisposta a diventarne sottoposta. Federalismo, giudici profani (non togati, *Laienrichter*), giurie, democrazia diretta. Certo non significa che siano tutte strutture emancipatorie, né progressiste. Spesso razziste e antisemite, escluse ma a loro volta escludenti, hanno spesso mostrato una capacità di resistenza imprevista di fronte a strutture fondate sull'idea che sapere e saper decidere siano la stessa cosa. Ma raramente sono state espressione della voglia degli esperti di considerare tutti gli altri dei cretini a prescindere.

14.8.2 Ma la giuria classica era veramente così pericolosa?

Il momento più importante quando si osserva un processo per delitto politico come *case study* è l'importanza del presidente della Corte e il suo ruolo di *dominus* discorsivo nell'aula, la cosiddetta *Verfahrensherrschaft*. Il processo Nicole di Ginevra ne è un esempio luminoso nel suo essere grottesco. I margini discorsivi di tutto il dibattimento erano dettati chiaramente da Soldati, sebbene si trattasse di un processo che ancora operava con la PPF 1851 e quindi teoricamente prevedesse un certo dominio discorsivo delle parti, visto che c'era il dibattimento incrociato in mano agli avvocati. Al netto dei proclami pomposi sul ruolo del Presidente, sulla

procedura inquisitoria come momento di contenimento delle parti, ecc., anche in un processo come quello alle Assise federali il potenziale di intervento del presidente della Corte era enorme, anche laddove le parti lo richiamassero al rispetto della legge. Questo esempio è peraltro utilissimo per far cogliere quanto tutte le motivazioni che vennero accampate per evitare l'intervento della giuria classica nel processo Bassanesi erano effettivamente scuse, siccome comunque il presidente sarebbe stato Soldati. Il processo De Rosa in Belgio certifica peraltro questa idea: lì il processo al fascismo lo stava facendo il presidente della Corte ancor prima che le parti in causa.

L'opposizione all'eliminazione della giuria classica ha avuto sostanzialmente due campi di sostegno: da un lato coloro che temevano i giuristi, che ormai avevano ottenuto carta bianca dalla Confederazione per progettare i Codici unificati. Ecco, quindi, che divenne difficilissimo sbarazzarsi delle giurie. Quell'elemento che prima era vissuto come un tribunale non necessario divenne un baluardo di popolarità all'interno delle logiche giuridiche elitarie. Le giurie, da simbolo dell'arroganza dei giuristi diventarono – di nuovo, ma con cent'anni di ritardo – un baluardo di difesa contro il loro *legal reasoning*. Come ricordava Graven, politicamente erano intoccabili, c'era una sorta di identificazione democratica (ed infatti già Toqueville le considerava un piccolo parlamento). Dall'altro campo di opposizione arrivavano però voci antipodi: proprio i giuristi pratici contestavano l'eliminazione delle giurie, siccome questionavano il dominio del giudice e della sua routine sulla procedura.

Anche a causa di questa opposizione incrociata, la via per mettere in discussione le giurie fu possibile solo passando da una qualche scandalizzazione, fosse essa il caso della *Banque de Genève*, che permise di passare alla Corte penale federale, fosse essa il caso Conradi, che permise di istituire lo scabinato a Berna.

14.8.3 Lo scabinato innominato e la norma come forma

La prima differenza teorica fra lo scabinato e la giuria classica sta nella comunicazione fra giuristi e giurati. Se la giuria classica decideva secondo un codice "si/no", basandosi su una comunicazione frontale, diretta dal presidente della Corte e altamente comprensibile (ma che non permetteva libertà di esprimere nel verdetto i propri dubbi), lo scabinato "deregolamentava" il rapporto fra presidente e giuria. Se prima il giurista non poteva partecipare in nulla (fatta eccezione per la variante ginevrina) alla lingua della decisione della giuria, con lo scabinato i giudici e la giuria discutevano assieme la decisione giudiziaria, dopo che il presidente aveva condotto il dibattito. C'era una sincronizzazione linguistica. Si passava da una comunicazione binaria a una comunicazione dialogica complessa.

Pur strano che possa sembrare, per molti questa novità segnalava una sconfitta, perché il giudice avrebbe ora controllato i giurati. La critica è sicuramente appropriata, non mette però in conto quali vantaggi possano esserci per un sistema funzionale grazie a quel disturbo istituzionalizzato (*order from noise*) causato dalle logiche “profane” (non giuridiche).

Non bisogna comunque mitizzare storicamente la rilevanza dello scabinato, sebbene potesse (solo a prima vista) sembrare un aumento di competenze per i giurati! Certo: ipocritamente il professor Thormann nel 1928 usò proprio quell’argomento. Affermò che, insomma, visto che i giurati erano così bravi bisognava garantir loro la competenza decisionale completa. In realtà chiedere il passaggio allo scabinato era un modo dei giuristi (e dei ministri!) per accertare l’inutilità della giuria. Un passaggio che i giuristi alla fine si presero sguainando tutte le loro armi formali e retoriche, visto che il popolo regolarmente rigettava qualsiasi proposta di messa in questione delle giurie classiche in votazione popolare. Per ottenere l’autonomia i giuristi fecero allora quello che meglio sa fare: far dire alla norma quello che volevano loro. La vera “regola” che si riesce a intravedere nella storia costituzionale svizzera, laddove si tocchi la dimensione di autodescrizione da parte dei giuristi nel sistema giuridico, è che la norma costituzionale era sostanzialmente un contenitore vuoto, che si poteva riempire di parole a piacimento. Erano necessarie però due condizioni: la compattezza del mondo giuridico e la scandalizzazione di un determinato caso giudiziario. Così con la costruzione della Corte penale federale, così con l’imposizione dello scabinato a Berna e poi in altri cantoni.

Osserviamo più da vicino quella capacità dei giuristi moderni di manipolare la norma giuridica. Essa non è solo una regola, è ben di più: è una forma, che i giuristi possono usare per passare da un lato all’altro della differenza quando operano con il diritto. In quanto differenza, essa risponde a criteri operativi contestuali del sistema: sebbene più vincolata alle operazioni passate e future rispetto al medium del diritto, che continua imperterrito nella sua oscillazione, la norma in quanto forma è solo un *supplément* e quindi non serve in sé, serve però all’oscillazione. L’esempio concreto: nella costituzione bernese stava scritto che i processi penali sarebbero stati decisi con le giurie. Non indicava però espressamente che si trattasse di giurie classiche – perché mai avrebbe dovuto, dato che il nome “da sempre” significava proprio quelle. La norma per i giuristi era però questionabile. La domanda operativa che ci si pose era: il diritto costituzionale bernese prevede solo l’utilizzo di giurie classiche, o anche di giurie nella forma scabinale? La norma precedente indicava: le giurie classiche sono diritto, lo scabinato è non-diritto. Questo secondo lato della forma era un lato inizialmente oscuro, all’inizio nemmeno questionabile. Culturalmente (quello che Amstutz chiama “gli arcani del diritto”) arrivò però una destabilizzazione della simmetria della forma che permise di mettere in luce anche l’altro lato. Il caso Conradi permise il resto: sebbene le

giurie non avessero nessuna “colpa” diretta dell’esito del giudizio, il loro silenzio poteva essere colmato parlando dell’output del processo e non invece come si era arrivati al processo. Insomma: nessuno accusò i giuristi di aver deliberatamente portato il processo a quella conclusione. Ma nello schema dello Stato di diritto arrivava una narrativa molto chiara nei confronti del mondo del diritto: ci voleva un luogo di persone altamente integrate che sapesse cosa stava giudicando. Si faccia però attenzione: la novità all’esterno del mondo del diritto, la consapevolezza che si chiedeva, non era riferita all’ambiente internazionale: quello era sempre stato problematico. Quello che la politica chiedeva era consapevolezza delle dinamiche interne. Cosa di meglio ora che persone formate nelle università statali per maneggiare strumenti legislativi emanati dalla politica?

Annullarono così l’idea che la giuria classica fosse l’unica giuria possibile in quella forma. La giuria classica passò nella parte oscura della forma. Passò insomma dalla parte dove già stava lo scabinato, che era sempre stato un po’ bistrattato. Thormann approfittò dell’ombra per fonderle assieme, creando una giuria dai criteri più ampi. Ora la norma costituzionale chiedeva solo che i giurati fossero emanazione del popolo, numericamente superiori ai giudici professionisti al momento della decisione, che fossero ricusabili e che giurassero all’inizio dell’esercizio della loro funzione. Come già detto, nel diritto moderno ogni norma è questionabile in quanto forma, per cui addirittura la giuria in sé venne manipolata.

14.9 L’errore della difesa paternalista di Pfenninger

Nella storia delle giurie popolari ci sono due atteggiamenti di fondo nei confronti dei giurati e dei non giuristi (“profani”, *Laien*) in genere: i giuristi che ritenevano che anche i “profani” fossero in grado di prendere decisioni giuridiche e i giuristi che pensavano che fossero inabili, ma che potessero dare qualcosa per tutto ciò che non era diritto. Pur ipocrita che potesse essere, in nessun’arringa degli avvocati di fronte ai giurati ho trovato un accenno all’idea di aver di fronte degli idioti... anzi, di solito vengono comunicati rispetto e attenzione al ruolo ricoperto, indicando che i giurati sì sapevano cosa stavano facendo e proprio per quello dovevano decidere in quella o in questa direzione.

Pfenninger fu il più strenuo difensore delle giurie classiche nella prima metà del Novecento. Senza di lui è indubbio che i giuristi (e i ministri!) le avrebbero abbattute molto prima. Ma nella sua dimensione di autocomprensione accademica (e si noti che era comunque un pratico!) trattava i giurati da idioti. Li considerava, a differenza dei tecnici del diritto, incapaci nell’attività sussuntiva. In sostanza, era come se cercasse di difendere una vittima dai suoi carnefici, provenendo però dalla parte dei carnefici. Non si trattava di *agency*, non chiedeva al popolo di rialzarsi o qualcosa del genere. Anzi, ad un certo punto richiamò l’approccio nazista al

popolo come punto di riferimento, ben mostrando che di pensieri emancipatori nei suoi discorsi non ve n'era l'ombra. Voleva piuttosto preservare i giurati nella loro riserva indiana, mentre il sistema giuridico continuava a differenziarsi internamente.

Pfenninger non era quindi il paladino dei giudici non giuristi (*Laien*), come lo era stato invece H. Escher che metteva alla berlina i giuristi tecnici. Contemporaneamente si allontanava però dalla strategia di Rüttimann a favore delle giurie, siccome faceva risaltare una differenza giuristi/giurati che Rüttimann magari accoglieva, ma aveva cercato di insabbiare. Pur di difenderle, anche Pfenninger si invischiava nella questione di inizio Ottocento sulla differenza fra fatti e diritto e sottolineava che per esaminare i fatti non c'era certo bisogno di essere giuristi, mentre per la sussunzione sì. Ricreava da solo una differenza fra giuristi e popolo che era come veleno per i giurati.

Inconsapevolmente, cercando di salvare le giurie, Pfenninger ha scavato loro la fossa, dato che i giuristi si sono poi ripresi il controllo sui fatti, affermando che quella differenza all'interno della decisione non aveva più diritto di patria. Aveva un atteggiamento paternalista. Voleva difendere i giurati da chi diceva che fossero stupidi, contemporaneamente però sosteneva che erano influenzabili. Li confinava nella sola operazione percettiva, non in quella logica. Sostanzialmente li rendeva stupidi proprio affermando al posto loro che no, non erano stupidi. Invece di dar loro voce, li espose alle arguzie del mondo giuridico, che usò poi i suoi metodi raffinati per riprendersi il controllo sul sistema.

14.10 La fine silenziosa della giuria classica in Svizzera – a causa di un'assoluzione

L'unificazione nazionale (materiale e, più tardi, procedurale) ha sostanzialmente provocato l'espulsione dei "profani" dal processo penale in Svizzera: prima le giurie popolari classiche, poi gli scabinati, infine i giudici non togati (*Laienrichter*) *tout-court*. La nazionalizzazione ("il codice fa la nazione") fu possibile costruendo nemici etnici esterni (p.e. gli anarchici stranieri) ed interni (p.e. gli ebrei), nonché parallelamente medicalizzando la società e definendola come giusta a prescindere. Cantoni e giuria, ovvero l'altro lato della differenza diritto/non-diritto al cui apice stavano i giuristi e la loro logica sin da subito nazionale – ovvero funzionale, nel diritto perdevano il senso di esistere, perché il Codice veniva assegnato alle logiche ripercussive del codice, alla garanzia del crossing possibile dal diritto apicale, al TF come nuovo Tribunale supremo a sua garanzia. La giuria e i cantoni dovevano, così nell'idea, rimanere al massimo meri elementi irritanti.

Alla fine, un'assoluzione condannò la giuria popolare classica: il tribunale federale spiegò nella sentenza Schürch del 1952 che il verdetto

della giuria penale, che scatenava altre conseguenze giuridiche di diritto privato, non permetteva di esaminare i motivi di quelle conseguenze e rinviò il caso a Zurigo. Non stupisce: ho esposto ampiamente che il problema della giuria è *sempre* stato proprio nell'assoluzione. Certo, il TF non l'aveva abbattuta direttamente la giuria, ma creava un regresso di circa 150 anni: i giudici dovevano ora fare dei nuovi eterni formulari di domande in cui la giuria esprimesse per ogni punto sui fatti sì o no, dando quindi in mano al giudice un pesante elemento di controllo. Si tornava in sostanza al modello francese di inizio Ottocento...

Ciò che fa impressione leggendo la storia delle giurie popolari è notare che chi stava veramente al centro del sistema giuridico, prima di tutti il TF, è spesso riuscito a imporre la sua volontà sulle giurie sì attraverso una decisione, ma imponendo prima il silenzio p.e. facendo sì che il parlamento non cambiasse nessuna norma sulle giurie. Da questo silenzio poteva poi derivare quello che più gli piaceva. Nel caso Schürch si trattava di un articolo della Procedura penale federale, appena riformata, che subito si capì poteva mettere in pericolo le giurie a causa dei suoi silenzi. Ma il TF, proprio in fase legislativa, si mise in mezzo e si oppose a qualsiasi manovra di soccorso, "imponendo" il silenzio della legge su quel punto. Il TF si rileva così un *player* nella costruzione delle norme generali astratte nello Stato nazionale ben più alta di quello che viene sostenuto nell'opinione pubblica, ma è difficile scorgerlo. Questo riguarda anche e soprattutto l'impostazione dell'organizzazione giudiziaria.

L'ironia finale della reazione contro le giurie, peraltro sostenute dalla popolazione di Zurigo in votazione ancora nel 1941, stava nella motivazione del TF sulla differenza fra fatti e diritto. Ciò per cui una generazione di giuristi aveva lottato per decenni al fine di parlare di "colpevolezza" e non di "fatti", cadeva ora sotto i colpi della necessità di nuova differenziazione interna nel sistema giudiziario, che vedeva le giurie come un ostacolo alle strutture di controllo intermedie. La complessità sociale chiedeva ormai di più per garantire l'autopoiesi: più gerarchia, più istanze di giudizio, più controllo linguistico, più autoriproduzione. Chiede ancora oggi tribunali costituzionali e, non trovandoli, ha fatto sì che la CEDU diventasse il nostro tribunale costituzionale. La giuria era d'ostacolo a tutto questo creare e disfare istanze di giudizio: era un processo "pesante", che non permetteva quasi mai l'appello e che non conosceva la giurisprudenza del TF.

Nel 1952 nel caso Schürch il TF decise quindi di abbattere le giurie popolari cantonali sostenendo che il problema stava nel non poter capire nel verdetto quali decisioni fossero state prese su quale apprezzamento dei fatti e quali sul diritto. La differenza fatti/diritto diventava il punto di condanna della giuria, il TF imponeva sostanzialmente che venissero costruiti formulari infiniti di domande, una regressione ai tempi della giuria rivoluzionaria "alla francese"! Eppure, la genialità della giuria "all'inglese" di Rüttimann stava nell'aver dato i fatti e il diritto – insieme – nelle mani dei

giurati. Ma ancor più ironico è che il TF aveva sempre usato le giurie nella storia delle AF proprio per non dover occuparsi di questionare la sussunzione, esaltandole come superamento della distinzione fatti/diritto.

A mente dei modernizzatori liberali di metà Ottocento, la giuria doveva essere un sostegno all'imposizione del nuovo sistema giuridico in Svizzera, non certo un freno. E per questo, non appena la giuria venne sentita come un freno all'autonomia del diritto, con un atto di forza dei giuristi si stabilì che le parole che avevano sempre protetto le giurie ora le condannavano. Lo strumento per condannarle: la manipolazione del silenzio, chiamandolo "silenzio qualificato", dire che il legislatore "non poteva non volere". Sono strutture evidentemente paradossali, sostenibili grazie alla tecnica dei giuristi. Tutto questo ha un certo retrogusto di illogicità. Ma la modernità sta proprio nel garantire che il sistema giuridico sia nelle condizioni di interpretare la non-comunicazione come se fosse comunicazione. Questo sembra anzi essere addirittura il sistema preferito dei giuristi per "prendersi" parti della società ancora lasciate ad altri. In questo caso i giuristi si presero la giuria cantonale, anni prima si erano già presi (più subdolamente e non ufficialmente) quella federale. Bastava poco, una dimenticanza, una rinuncia ad una garanzia esplicita. Quel silenzio diventava norma, norma certa, norma voluta per il futuro! La lingua permetteva di fare il resto, il condizionale come modo permetteva di far parlare il lato oscuro della differenza: "sarebbe stato irragionevole non averci pensato". Questa è la storia di ciò che non è accaduto.

14.11 La reinvenzione dei giudici per abbattere anche lo scabinato

Rispetto all'Ottocento, ad inizio Novecento si assistette all'elaborazione di nuovi criteri di selezione per i giudici giuristi. Se prima per arrivare al TF era necessario compiere una carriera politica completa, oltre che giuridica, ora si chiedeva una solida carriera professionale di alto rilievo nel mondo del diritto. Per riuscire a identificare questa novità del giudice tecnico che scansò il giudice politico bisogna cogliere anche il discorso scientifico sociologico di inizio Novecento. L'attenzione agli effetti psicologici del diritto divenne determinante e nacque il mantra del giudice che doveva riuscire a capire le condizioni sociali dell'imputato. Si trattava di una richiesta di sviluppo interno, il diritto doveva farsi un'immagine dell'imputato, non era certo un'attenzione alla persona vera. Nessuno impose peraltro che all'università, officina della corporazione, qualcuno insegnasse psicologia agli studenti come materia obbligatoria. Ma il diritto sviluppava criteri per ascoltare dalle perizie degli psichiatri se il delinquente potesse effettivamente delinquere. Come nelle altre professioni, inoltre, i giudici cominciarono a riflettere viepiù su sé stessi in senso professionale e meno in senso politico, era una svolta sociale funzionalista generale, dove si cominciarono a sviluppare

nuovi codici deontologici. Se a metà Ottocento l'evoluzione benthamiana, raccolta esplicitamente da Rüttimann, voleva riconoscere la dimensione psicologica ed individuale del singolo giudice grazie alla mobilitazione della teoria della prova, ad inizio Novecento il giudice venne iconizzato, de-psicologizzato e funzionalizzato. Dalla “*deregulation*” che aveva portato i giudici politici, arrivò una “*ri-regulation*”, facendo in modo che il diritto potesse, chiudendosi ancor più operativamente, riuscire a percepire con i suoi strumenti la società sempre più complessa e atomizzata che gli stava attorno.

Quello sforzo di unità avrebbe poi portato a una nuova suddivisione funzionale interna (che ben si vede nella storia del TF con l'aumento di camere di giudizio specializzate). La chiusura tecnicista era insomma un modo di gestire le sempre più complesse logiche di contingenza, che necessitano una costruzione di sé e dell'alterità per orientarsi. Dove la nazione si rinforzava costruendo il nemico straniero e definiva la società a prescindere giusta, il diritto si rafforzava chiedendo di escludere il non togato dall'operazione, costi quel che costi. Parallelamente descriveva il giudice in un modo nuovo: nell'auto-narrativa giudiziaria prese piede l'idea che il giudice tecnico fosse un eroe, profondamente umano e in grado di capire gli altri. Che ciò fosse vero è tutta un'altra questione.

Bisogna essere chiari sul significato di questo problema: in questione non stava la possibilità che i “profani” (*Laien*) si chinassero sulla decisione. Il problema non era nemmeno che la decisione fosse secca, immotivata nel senso di irrazionale. Il Tribunale federale è irrazionale quotidianamente, lo è ad esempio ogni volta che applica la formula della cosiddetta causalità (“secondo il normale andamento delle cose e secondo la comune esperienza”, DTF 86 IV 153, regesto), una formula che non vuol dire assolutamente niente, ma che le corti di giudizio riescono a imporre come base teorica per far sembrare le loro decisioni razionali. Addirittura, il *tono* di voce con cui i giuristi esprimono la formula assume valenze grottesche, come si tratti ancora oggi di un esercizio sacrale.

Sono anch'essi degli *stop* di motivazione – ma sono motivati, nel senso che è sempre possibile parlare di altri contenuti della formula. Lo si può fare all'interno, ma anche all'esterno del sistema organizzativo, ad esempio ne possono parlare i giornali. Il verdetto di una giuria popolare è invece una rinuncia a prescindere all'argomentazione, in particolare nel caso di un'assoluzione, dove la Corte non può rifare oscillare il caso. Con la giuria popolare classica l'unico strumento di analisi di fronte a un'assoluzione è la storia di un dibattito (eventualmente proposto dai giornali). La giuria, silenziosa, si rivela lì per essere espressione di un fenomeno-ponte della modernità elvetica in cui si passò da un sistema giuridico non pubblico a un sistema giuridico in cui si doveva continuare a discutere su ciò che era stato deciso, messo nelle mani della memoria dell'organizzazione. Alla giuria invece manca il momento di rappresentazione della decisione che mostri la decisione come l'unica possibile, manca la costruzione di memoria. Era

insomma un elemento *altro*, costruito in quanto oscuro dai giuristi per certificare la posizione degli stessi giuristi. Un istituto utile alla deparadossizzazione, ma infine un evidente ostacolo di fronte a un diritto che nel frattempo aveva continuato a suddividere e specializzarsi, istituendo istanze interne di ricontrollo dell'applicazione del codice.²⁸⁶⁶

Gli anni '70 furono fatali. Di fronte a un mondo accademico che iniziava a democratizzarsi, i giuristi spinsero sull'acceleratore anche contro lo scabinato. Una via discorsiva maggiore fu (ed è) la denuncia di una progressiva complicazione del campo giuridico penale, in particolare quello economico. Le lamentele non erano mai accompagnate da studi empirici, sebbene la sociologia disponesse già degli strumenti necessari per verificarle. D'altronde già Planta nel 1855 sosteneva che le giurie erano meno preparate per giudicare i reati economici (lì: la truffa), si tratta insomma di un *paspartout* discorsivo che sposta il piano di riferimento, richiedendo un secondo tipo di esperienza e condannando quindi doppiamente la "profanità" (non giuridicità) – peraltro vendendo l'idea che i giuristi siano competenti in questioni economiche!

Le parole di Noll del 1977 inaugurarono infine ufficialmente i ragionamenti sull'incompatibilità fra la giuria popolare classica e lo Stato di diritto, che valgono ancora oggi per la messa in discussione dei giudici non togati (*Laienrichter*), come ho mostrato assieme a Luminati in un contributo del 2019 per la SSG.²⁸⁶⁷ Il discorso sulle giurie divenne paradigmatico per segnalare come il diritto possa prendere anche vie evolutive tutte sue. Probabilmente nessuno, a metà Ottocento, avrebbe mai pensato che la giuria, un'istituzione che portava con sé il processo pubblico e orale e condannava la tortura, ovvero le garanzie più alte di tutela dell'imputato, avrebbe potuto essere tacciato di delegittimare la costituzionalità dell'azione penale.

Si badi bene, la discussione che è iniziata negli anni '70 del Novecento non questionava i contenuti, era anche lei in linea con ciò che si era detto nei 150 anni prima. Il vero problema della giuria è infatti sempre stato chiaro a tutti: assolve gli imputati!

²⁸⁶⁶ Oggi l'idea di non avere la possibilità di ricorrere in appello appare addirittura assurda, v. p.e. FFit 2016 5587.

²⁸⁶⁷ LUMINATI/CONTARINI 2019.

15 Conclusioni sull'assenza delle giurie nel caso Bassanesi

È ovvio: di fronte alla realtà mortifera del fascismo qualsiasi condanna degli atti di resistenza antifascista è storicamente sbagliata. Così pure la condanna giuridica di Bassanesi è espressione dell'assenza di coraggio di un ordine politico che in nome dell'indipendenza è sceso a patti con i peggiori regimi della storia europea.

La questione di questa ricerca non è però se fosse giusto condannare o assolvere Bassanesi. La questione è come funzionino i meccanismi del diritto quando opera con (o esclude) le giurie popolari e quali aspettative vengano riposte in esse. Per questa analisi mi sono appoggiato alla teoria dei sistemi, che vede la professione giuridica, l'organizzazione giudiziaria e il processo come elementi di stabilizzazione del sistema giuridico. In questo approccio policontesturale emerge l'impossibilità di comprendere l'evoluzione del sistema osservando solo come il diritto veda sé stesso. Bisogna indagare le strategie di *othering*, ovvero come il diritto costruisca l'alterità dentro di sé.

La via per studiare quei meccanismi è stata proporre un *case study*, da cui ho elaborato una contestualizzazione storica. L'obiettivo dichiarato era accumulare informazioni per poter rispondere alle tre domande sull'assenza della giuria nel processo Bassanesi, poste nel **capitolo 4**. Ho quindi sviluppato una tecnica che mi permettesse, con gli strumenti dati dalla teoria dei sistemi, di osservare le Corti d'assise come *markers* dell'evoluzione dello schema dello Stato di diritto. Esse sono (state) espressione dell'accoppiamento strutturale fra la politica e il diritto, lo studio della loro forma e del modo in cui ci si è loro rapportati può fornire elementi di comprensione su come il diritto veda il suo funzionamento nella società.

15.1 Domanda 1

La giuria mancava al processo Bassanesi, ma tutti sapevano che avrebbe potuto partecipare per giudicare i rivoluzionari secondo l'art. 41 CPF 1853. L'assenza era stata indotta da una serie di connotazioni negative imposte dai giuristi sui giurati – sia nella segretezza del rapporto del PG, sia a mezzo stampa attraverso il comunicato del CF. A ben vedere però la si stava sfruttando come elemento giudiziario negativo per ottenere un'altra procedura giudiziaria ben precisa. Ma se i giurati erano così stupidi, come mai erano previsti – addirittura come autorità ordinaria – nel processo penale federale svizzero e che senso aveva non farli intervenire nel caso Bassanesi?

In grandi linee possiamo individuare nella storia svizzera tre tipi maggiori di giudici: i giudici non togati (*Laienrichter*), i giudici giuristi e i giurati popolari. Il tribunale tradizionale svizzero era composto da giudici non togati (*Laienrichter*), con alcune eccezioni, agendo secondo procedure

sostanzialmente segrete e scritte, affidandosi alla teoria della prova legale. Il tribunale moderno doveva invece essere composto da giuristi, agendo secondo il principio di pubblicità e oralità, affidandosi alla nuova prova indiziale. In mezzo sono state conosciute svariate costruzioni miste, fra cui la Corte d'assise, che era però intesa come fenomeno-ponte – voluto dai giuristi – per riuscire a ottenere il tribunale moderno.

Posso distinguerne sostanzialmente quattro tipi di assise: la giuria “alla francese”, figlia della Rivoluzione (con un ruolo molto forte del giudice-presidente sulla giuria); la giuria “all’inglese”, figlia dei giuristi tedeschi (con un ruolo molto forte delle parti e un giudice-presidente che si doveva auto-limitare); la giuria ginevrina di fine Ottocento (dove il giudice-presidente poteva sedere nella camera di consiglio con i giurati per essere consultato) ed infine lo scabinato, prima figlio di un compromesso, poi strappato in via legislativa escogitando tutti i modi per evitare il voto popolare (qui i giurati decidono la sentenza unitamente al giudice). Si noti che è comunque inadeguato definire una giuria popolare in base ad un’influenza geografica, in realtà le necessità locali dominano e gli istituti si mischiano talmente tanto che è quasi impossibile risalire a una radice comune. Si pensi già solo al fatto che ci sono (stati) tribunali misti composti da giuristi e non giuristi (*Laienrichter*) insieme che assomiglia(va)no a corti d’assise, come pure giurati popolari che di professione erano giuristi. Una suddivisione tassonomica e geografica è funzionale non tanto a trovare il “padre nobile”, ma a chiedersi in realtà cosa cambi rispetto alle giurie d’altrove. Ad esempio, è chiarissimo che la giuria “all’inglese” di Mittermaier non la stessa della giuria “all’inglese” di Rüttimann. Quest’ultima lasciava uno spazio di giudizio a giudici e giurati che altrove, anzitutto in Inghilterra, era impensabile.

Le giurie popolari svizzere sono sostanzialmente un’invenzione dei giuristi moderni per “prenderci” il diritto svizzero e ammodernarlo, sia nella composizione personale (permettendo l’entrata dei giuristi nel processo, sia come giudici, sia come avvocati), sia nella procedura, in particolare permettendo l’arrivo del dibattimento incrociato, della prova indiziale, del processo pubblico e del principio accusatorio. In tutto questo discorso i giurati in realtà non sono mai una parte discorsiva: né vengono consultati in via legislativa quando si decide che ruolo avranno, né ci si aspetta che diranno qualcosa nel processo. Certo, hanno il diritto di porre domande (di cui fanno raramente uso nello stupore generale). Su di loro non ci sono aspettative in quanto persone, ma in quanto casualità: **il non-conoscerli** è il loro valore determinante. Questo è uno degli aspetti principali delle tecniche di *othering*. L’essere un attore silenzioso ha sempre permesso che anche la politica potesse dirne quel che voleva. Creati come strumento dei giuristi, portarono con sé sempre anche la simbolicità di essere identità politica nelle istituzioni. Fu quindi difficilissimo sbarazzarsene.

Quando agiscono sottoforma di giurie classiche, l'unico attore giudiziale si rivela così essere il presidente del tribunale, mentre la giuria si esprime secondo un codice binario colpevole/non-colpevole oppure sì/no (se c'è un lungo foglio di domande sui fatti). Con l'arrivo dello scabinato alla fine i giurati sono stati "fusi" con la Corte, facendo quindi in modo che l'interazione con loro fosse sottoposta a un controllo giudiziario basato sulle motivazioni della sentenza. Ad ogni modo, la loro attività – considerata come una parte oscura nel diritto – è uno strumento di varietà del sistema. Per questo nella storia delle Corti d'assise troviamo sempre anche giuristi che lottarono per loro, nel senso che lottavano a garanzia di un processo incerto.

Osservate dal punto di vista dell'operazione giuridica, per il diritto la giuria non è mai stata una componente democratica *del* tribunale. Lo è stata eventualmente *sul* tribunale, ovvero come specchio delle aspettative politiche sulla forma delle istituzioni statali. La legittimazione che la giuria dà al processo non sta nella sua composizione *popolare*, ma nella sua composizione casuale. La costante fra tutte queste giurie è la selezione di ampie liste di persone che si mettono a disposizione per essere giurati (le *Urlisten*, in Svizzera di solito composte da membri dei partiti politici), da cui vengono selezionati a caso i giurati che potrebbero partecipare al processo, di cui una parte infine viene ricusata arbitrariamente dalle parti. L'evoluzione della composizione delle liste delle giurie può comunque essere un buon punto d'osservazione per cogliere il suo ruolo nello schema dello Stato di diritto, ovvero delle aspettative che la politica ripone nell'organizzazione della giustizia. A metà Ottocento Mittermaier indicava che i giurati erano sostanzialmente borghesi che tendevano a condannare la violazione della proprietà, mentre assolvevano più facilmente gli autori di violenze politiche. Non ho a disposizione analisi simili per la prima metà del Novecento, ma sappiamo che alla tecnicizzazione dei giudici avvenuta da inizio Novecento è corrisposta una "volgarizzazione" dei giurati e contemporaneamente una "correzionalizzazione" dei processi, lasciando alle giurie simbolicamente il giudizio per i momenti più violenti e con le pene più alte.

A cavallo tra l'Ottocento e il Novecento arrivarono gli scabinati. C'è una differenza maggiore fra le giurie classiche e lo scabinato, ovvero la possibilità della giuria classica di assolvere l'imputato senza poter essere sconfessata dalla Corte dei giudici: manca lì il momento della discorsività giuridica interna all'organizzazione giudiziaria. Il controllo dell'operazione può essere svolto solo in altri luoghi, come p.e. sulla stampa o sulle riviste giuridiche. La casualità della selezione raddoppia questa particolarità, impedendo che si possano riporre delle aspettative di carriera o comunque gerarchiche sulla decisione presa. L'unico elemento di irritazione possibile – oltre evidentemente al processo e agli influssi esterni – sono quindi le domande poste dal giudice *prima* della camera di consiglio dei giurati. Da qui l'importanza del presidente della Corte dei giudici.

D'interesse notare che laddove il verdetto penda dalla parte del diritto (ovvero un verdetto di colpevolezza) i giudici abbiano sempre potuto correggerlo (p.e. assolvendo un reo considerato colpevole dalla giuria). Là i giuristi hanno il dominio del codice nel suo lato "positivo". Diverso se la giuria classica prendeva la direzione del non-diritto (affermando l'assoluzione dell'imputato): il giudice è lì impotente, è impossibilitato a effettuare il *crossing* per controllare il senso dell'operazione riappoggiando il codice diritto/non-diritto su quella decisione. In quel caso la giuria è completamente competente sul codice. Si tratta di una decisione sì tecnica, che da un lato "azzoppa" il potenziale immunitario dell'autopoiesi, dall'altro si mostra a sua volta immune da eventuali dinamiche di inclusione/esclusione tipiche delle organizzazioni, ancor di più laddove i membri dell'organizzazione siano nominati dalla politica.

Certo, come dimostrano i processi a Clementi e a Nicolet, i giudici cercavano di sovrapporre a quell'assoluzione un significato giuridico, ad esempio commentando la sentenza o esprimendosi sulla stampa, ma l'inaccessibilità al codice era evidente. In questo senso è ben comprensibile come mai le parole di Stämpfli contro la giuria nel caso Bassanesi siano state sempre considerate non solo credibili, ma anche sensate: effettivamente se la giuria avesse assolto Bassanesi non ci sarebbe stata nessun'autorità che avrebbe potuto prendersi la paternità di quella decisione o questionarla efficacemente.

Tutto diverso con lo scabinato: il "disordine" linguistico portato dai "profani" (non togati, *Laien*) nel processo era ora ricondotto nei margini del pensiero giuridico. Si trattava di un'innovazione che non è stata osteggiata dai pratici del diritto, che hanno sempre spiegato la bontà di quella messa in discussione della loro routine. In gergo tecnico si chiama "*order from noise*", ovvero la capacità del sistema di riuscire a ordinarsi grazie all'inserimento di nuova casualità. I giuristi però non hanno mai apprezzato nemmeno questa irritazione, tutti concentrati a costruire un sistema organizzativo gerarchico in cui le logiche di inclusione fossero originate dalla provenienza prima professionale, poi accademica. L'obiettivo dei tecnici era e rimane la costruzione di un sistema che permetta momenti auto-terapeutici (non a caso a Zurigo si sta andando viepiù verso un sistema giudiziario pretoriale) che permetta l'immunizzazione della società, ovvero sia in grado di accogliere i nuovi rischi strutturali che essa crea. Questo provoca una ricerca di nuove istanze verso "l'alto" che permettano di mettere sempre in discussione l'operazione di *crossing*. Ma porta con sé anche il rischio di un'aggressione auto-immunitaria.

Nel caso Bassanesi sarebbe dovuta intervenire una giuria classica. Bisogna evitare di considerare la società ingenua: sono tutti ben consapevoli del rischio che un processo per giurati porta con sé, basti osservare i casi Clementi e Conradi, dove l'assoluzione non solo era sul piatto delle possibilità, ma veniva pure comodissima per altri scopi non giuridici. Anche

se come negativa, pure Stämpfli usò il rischio immanente, a proprio vantaggio. L'importante nel diritto moderno, infatti, non è la decisione, l'*output*, ma la possibilità che una decisione ci sia, ovvero: l'inserimento del rischio nel futuro. Non è esatto dire che il CF non voleva che le Assise federali intervenissero nel processo. Si tratta piuttosto di un gioco strategico: tener lontano i giurati era presentato come tentativo di ridurre i rischi per le relazioni internazionali. Dare il caso alla Corte penale federale era quindi presentato come proposta meno rischiosa, dove a tutti era chiaro di avere a che fare con giudici altamente integrati nella dimensione statale istituzionale.

Il problema della Corte d'assise era che con sé avrebbe portato l'art. 41 CPF 1853, ovvero un articolo scritto dai liberali a tutela della rivoluzione liberale. Difficilmente Bassanesi sarebbe stato condannato in quelle condizioni: significava sputare sulla Storia (ed infatti la *NZZ* si schierò sempre con Sforza e quindi con Bassanesi). A differenza del processo Brousse, dove si poteva contrapporre la giuria a un nemico della Nazione, qui si era quindi di fronte a una situazione comunicabile. Le Assise federali potevano usare solo il codice binario "si/no", come avrebbe potuto il TF spiegare ora che quell'affermazione di innocenza non comportava una perdita di controllo dei liberali sui liberali? Liberi tutti? Nello schema dello Stato di diritto c'era il rigoroso rischio che attraverso l'affermazione di innocenza si trasmettesse l'idea che le autorità avrebbero sostenuto quegli atti, (purtroppo) una falsità. Il rischio che portava con sé la giuria era quindi tutto politico e non era un rischio che il governo era disposto a prendersi (mentre se l'era preso nei casi Clementi, Nicolet, Conradi e infine pure Nicole).

Il rischio c'era ancora soprattutto perché mancava una codificazione nazionale post-liberale che facesse dimenticare che il liberalismo era stato un momento rivoluzionario. La giuria se lo poteva invece ancora ricordare. Ecco allora che quel rischio venne ribaltato e usato scientemente proprio come spauracchio dal PG e dal CF, dando infine il codice del diritto in mano ai giudici professionisti. Nulla di strano: nel sistema giuridico moderno il professionismo, l'organizzazione giudiziaria e il processo pubblico sono elementi di stabilizzazione del codice, ovvero: si occupano di mantenerlo bi-stabile. Questo il governo e la società lo sanno. Le giurie in tutto ciò erano solo un fenomeno di passaggio.

15.2 Domanda 2

La sinistra, di fronte a una condanna contro Bassanesi espressa da un giudice espressamente antisocialista, si mostrò talmente soddisfatta dal processo da sperticarsi in elogi al giurista:

Il documento che Agostino Soldati ha consegnato alla storia onora un Uomo, una Magistratura, un Paese intero. [...] Grida di Evviva Bassanesi, Evviva la Svizzera, Evviva Soldati si levano da tutte le parti della piazza.²⁸⁶⁸

Nell'austero volto del presidente Soldati si legge la soddisfazione dell'uomo che ha reso giustizia, serenamente, nella indipendenza del magistrato di un popolo libero che sa essere forte anche di fronte alla minaccia della violenza, perché egli rappresenta il diritto.²⁸⁶⁹

D'altro canto calò un velo sul ruolo dei complici socialisti, anche da parte dei giornali di destra. Com'è possibile che il processo giudiziario permetta di "spogliare" così i partecipanti della loro politicità?

Il processo è una "macchina da scrivere" storica che dà una prestazione alla società nella forma di un teatro e una sentenza, che non appena emanata diventa una fatalità inevitabile. Lo si può osservare quando la storia sociale parla di casi giudiziari, limitandosi a recepirne l'*output*. Per il processo sulla sparatoria di Ginevra, Jeanneret sul DSS è laconico:

Un processo davanti alla Corte d'assise fed. (maggio 1933) si concluse con la condanna alla detenzione per Léon Nicole.²⁸⁷⁰

Per Bassanesi qualche informazione in più da parte di Cerutti, ma insomma non ci si allontana molto:

Il Consiglio fed. decise di perseguire B. per violazione del decreto fed. sulla circolazione aerea. Il processo, che come il volo ebbe risonanza intern., si svolse a Lugano (17-19.11.1930), davanti alla Corte penale fed.: B. fu condannato a quattro mesi di carcere, gli altri imputati vennero assolti.²⁸⁷¹

La storia del diritto si interessa (e si deve interessare) di altro, ovvero della costruzione del momento giudiziario come possibilità di una o dell'altra

²⁸⁶⁸ *Libera Stampa* 23.11.1930, p. 1 s.

²⁸⁶⁹ GIUSTIZIA E LIBERTÀ 1931, p. 14; TARCHIANI 1961, p. 169, sostenne che "Soldati dette il colore che si doveva a tutto il processo". E pensare che a mente di Motta bisognava evitare che si svolgesse un processo al fascismo...

²⁸⁷⁰ JEANNERET, PIERRE: "Sparatoria di Ginevra", in: DSS, 11.07.2007 (traduzione dal francese), <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/017337/2007-07-11/>.

²⁸⁷¹ CERUTTI, MAURO: "Giovanni Bassanesi", in: DSS, 26.03.2002, <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/027935/2002-03-26/>.

decisione. Si tratta di interrogare la cancellazione della Storia attraverso la costruzione di memoria giudiziaria. Il momento penale in sé assurge a momento di costruzione del tempo: l'esistenza di una decisione palese e pubblica, motivata secondo crismi discorsivi riconosciuti da una comunità professionale di giuristi, basata su fatti palesi e pubblici, auto-legittima il futuro che si è autocreata. Un futuro che trova poi posto nei libri di storia.

Nel caso Bassanesi erano tutti consapevoli che il CF aveva deliberatamente provocato una discussione pubblica sull'indipendenza del TF. Quello che non ha colto la storia sociale è che quella provocazione era funzionale a creare un'aspettativa di "chiusura a riccio" del TF, era quindi strumentale all'immunizzazione del processo. Contemporaneamente si permetteva ai testimoni politici di prendere parola, permettendo che fossero completamente inseriti nel brodo discorsivo del diritto. Il risultato è presto detto: far vivere mediaticamente il processo di vita propria, accontentando l'una e l'altra parte, dando accesso all'antifascismo senza riconoscere la bontà del gesto dell'imputato perché messo sotto osservazione dall'operazione giuridica. Il risultato fu quello sperato, i fascisti si silenziarono, gli antifascisti si sperticarono in elogi nei confronti del giudice Soldati.

L'esempio più lampante di questa ri-rappresentazione dei ruoli nel processo Bassanesi è dato dal giudice di pace socialista **Martignoli**. Nel racconto dei pur sempre instabili fatti²⁸⁷² emerge che si era informato in giugno su quando il poliziotto locale se ne sarebbe andato in ferie;²⁸⁷³ aveva poi tagliato il campo, accolto l'auto e posteggiata in casa sua, messo a disposizione un telo per l'atterraggio, fatto caricare i pacchi a Cardis e fatto togliere e eliminare i resti al rientro, telefonato al direttore della Casa del popolo, allontanato il pubblico dall'aereo ecc.²⁸⁷⁴ La Storia non può che dare il suo responso: Martignoli ha fatto di tutto per appropriarsi di quei fatti! Ma il corsetto giuridico rese possibile depoliticizzare l'atto, apponendo una seconda lettura ricostruendo la realtà secondo i valori della norma. Improvvisamente Martignoli **non c'entrava più niente!** Voltagabbana? No: non rinnegava. Ma affermava di non sapere. È in gioco la dimensione di un futuro condiviso: il futuro del soggetto e il futuro della norma. Ma il futuro del soggetto, il puro pensiero, nella modernità giuridica è luogo sconosciuto. Lì il diritto può esplorare o rinunciare. Può costruire il soggetto e dire che dai fatti è evidente scorgere una volontà. Ma può pure dire il contrario: che la volontà è inaccessibile, che mancano le prove. Che mancano i fatti.

Non è sempre stato così: nell'antico regime la tortura aveva proprio la funzione di indurre l'accusato a confessare. L'accesso della menzogna nel

²⁸⁷² BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002 comunque indicano che questi "fatti" non sono certi, dato che ancora oggi non è chiaro chi mentisse su cosa.

²⁸⁷³ NZZ 18.11.1930, Abendausgabe, Nr. 2233, p. 1.

²⁸⁷⁴ ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli, p. 31 ss.

diritto era una novità celebrata già nel caso Clementi. Lì la giuria, qua solo giudici professionisti: è una caratteristica del diritto autonoma rispetto alle persone che compongono il tribunale. La non-verità nel diritto moderno può diventare verità – e va bene così.²⁸⁷⁵ Ma pretende che ci sia un sostegno collettivo, era necessario mettere in chiaro che non ci sarebbero state conseguenze politiche federali nello spogliare Martignoli del suo atto politico, nel ricostruire la realtà, anche se formalmente il PG doveva sì accusarlo per poter attivare quel sistema giuridico.

Per riuscire a far accettare a tutti, agli stessi giudici, quella giravolta storica di un Martignoli che veniva giuridicamente spogliato del suo sostegno politico agli atti di Bassanesi, il processo così come costruito dal CF metteva a disposizione la scena che avrebbe sostenuto la parte. Tutti sapevano, ma nessuno lo diceva, che sul banco degli imputati avrebbe dovuto esserci il ministro socialista Canevascini, la paternità politica era evidentemente sua. Ma era seduto nel pubblico, proprio davanti al Presidente Soldati. Contemporaneamente il governo federale aveva dato la possibilità ai più autorevoli oppositori italiani al regime fascista d'intervenire al processo come testimoni di un fatto a cui non avevano assistito. Quale comunicazione più chiara a tutela della Ragion di Stato? Certo, tutti dicevano che il volo era stato un delitto e c'era la complicità dei socialisti, che Martignoli meritava la prigione: il PG, il CF, la stessa CdA del TF, i giornali. E invece no: era contravvenzione, disse la Corte. Si schierava a favore degli svizzeri, ben capendo le logiche sussurrete dal governo.

La giuria in tutto ciò non giocò nessun ruolo, a dimostrazione della sua irrilevanza? Di fronte a questo dubbio, la capacità di “spogliare” le parti in gioco nel processo giuridico va osservata più a fondo. Ciò che contraddistingue un processo giudiziario moderno rispetto ad altri regimi sociali è la capacità di fermare il tempo e modellare un nuovo tempo al suo interno, un tempo di scena. Per questo il diritto moderno, proceduralizzato, è anzitutto un sistema che si occupa della gestione del tempo. Per farlo si serve delle decisioni. Esse sono un elemento paradossale nella logica del diritto: reinseriscono il tempo nel tempo. Nel tempo sospeso gli “attori” vengono dotati di nuovi costumi, le parti vengono ri-arrangiate. Lo scopo è permettere la tecnicizzazione del diritto, ovvero la possibilità di decidere sempre per l'una o l'altra parte senza che si sappia prima per quale parte si deciderà. La paradossalità della decisione indecidibile permette a chi decide di spostare l'attenzione sull'indecidibilità di una decisione: scegliere diventa infine sciogliere il paradosso. Lo strumento cardine per tutto ciò all'inizio fu proprio il compiere l'esercizio **alla luce del sole**, dove le giurie popolari erano inizialmente parte di questa strategia di mobilitazione. L'evoluzione ha poi permesso di fare a meno di loro, sostituendole con elementi di controllo giurisprudenziale interno all'organizzazione. Emerge con

²⁸⁷⁵ Non si tratta certo di scrivere qui un'apologia della tortura!

chiarezza che i liberali le avevano sempre intese nel sistema giuridico come se fossero un anello al dito, la cui funzione era attirare l'attenzione.²⁸⁷⁶ Mobilizzato il diritto attraverso la creazione di una memoria sistemica e la garanzia del *crossing* data dal discorso interno all'organizzazione, quel momento palesemente pubblico del processo agli occhi del sistema era improvvisamente meno urgente, diventava sostanzialmente un relitto del passato.

15.3 Domanda 3

La storiografia non ha fatto particolare attenzione all'assoluzione dei complici, come se essa fosse scontata, come se l'unica risultanza logica del processo potesse essere la condanna per contravvenzione, come narra di sé effettivamente la sentenza. Butti/Genasci/Rossi ad esempio non mettono in relazione le loro giuste annotazioni (ovvero: che la stampa italiana fosse rimasta in silenzio, che gli imputati e Soldati avessero dimostrato "grande serenità" e che non risultassero specifiche pressioni del governo per dare un esito diverso al processo) con la particolarità dell'assoluzione dei complici.²⁸⁷⁷ Bianchi dedica ai complici solo una nota a piè di pagina.²⁸⁷⁸ Per Rigonalli "*les complicités ne purent être établies*", e basta.²⁸⁷⁹ Cerutti definisce i complici semplicemente "imputati minori".²⁸⁸⁰ Anche nel 1930, dopo il processo, si parlò pochissimo dei complici e tantissimo di Bassanesi. Eppure a guardar bene, giuridicamente la posizione minore era proprio quella di Bassanesi, visto che la sua punibilità era palese, perlomeno per trasgressione del Decreto1920. Il problema del processo erano proprio i complici, per i quali fascisti e giornali di destra chiedevano la galera. Il TF per assolverli usò un'interpretazione del diritto svizzero che non trovava consenso nella comunità dei giuristi e un solo mese dopo, in un'altra causa, ribaltò quella giurisprudenza, ristabilendo l'ordine. A fronte dell'aver assegnato la direzione del processo a un giudice smaccatamente antisocialista ma elogiato iperbolicamente per la tecnicità della sua sentenza, come va incastonato teoricamente questo silenzio sulla loro assoluzione?

I processi trattati in questo studio mostrano con disarmante chiarezza quanto la base legale, al netto di tutti i proclami e le retoriche politiche, non sia il punto centrale di un processo (perlomeno politico), ma "solo" il suo

²⁸⁷⁶ Si noti che come gioiello, ma in senso politico, la descrivevano pure i borghesi renani che volevano tener lontani gli aristocratici prussiani: "*edelste und vorzüglichste Kleinod*", citazione in KOCH 2000, p. 170.

²⁸⁷⁷ BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 210.

²⁸⁷⁸ Infatti BIANCHI 2010, p. 196, li cita solo nella nota 3.

²⁸⁷⁹ RIGONALLI 1984, p. 105.

²⁸⁸⁰ CERUTTI 1986, p. 323.

supplément necessario, ciò di cui si deve poter parlare per poter far funzionare il sistema. Il processo Clementi si svolse senza avere a disposizione una legge federale da applicare; quello Brousse e quello Nicolet furono aperti senza che qualcuno sapesse che regola avessero violato gli anarchici; il processo Nicole doveva essere un processo cantonale; il processo Bassanesi si svolse sapendo che la norma contestata era implicita, ma innominabile. La norma nel diritto si rivela “solo” come elemento che permette al codice di continuare a oscillare in modo bi-stabile. La stabilità del codice non è quindi garantita dalla norma, essa vale come terza esclusa nell’oscillazione che ci si aspetta dal diritto.

In particolare, l’art. 41 CPF 1853 si è rivelato una norma pietrificata, stabile nella sua cangianza all’occorrenza. Sempre chiara, sebbene la norma sia rimasta identica non è mai stata la stessa. È però rimasto lo stesso diritto: non si tratta di continuità, ma di permettere la reinvenzione costante del passato e del futuro grazie alla paradossalità dell’obbligo di decidere. La chiusura operativa del sistema (ovvero il limitarsi a decidere secondo il codice diritto/non-diritto) e la contemporanea apertura cognitiva (per il mezzo di attori e strutture che irritino le aspettative sul diritto) gli permettono di percorrere le evoluzioni storiche e di adeguarsi, mantenendo la sua operatività. Tutto attorno tutto cambia, eppure Stämpfli poteva parlare del diritto di 50 anni prima come se gli fosse contemporaneo. Il caso Bassanesi lo mostra benissimo: il problema dell’art. 41 CPF 1853 stava nel non essere ancora stato “cancellato” dalle nuove codificazioni nazionaliste di fine Ottocento-inizio Novecento. Ma la norma, veicolo di aspettative, risultava funzionale al CF per capire come, in chiave politica!, strategicamente far attivare l’incertezza del codice del diritto. Il sistema è infatti “solo” diritto: ovvero un momento di proposta di rallentamento e ri-scrittura del tempo, un fornitore di una prestazione binaria (nel penale: colpevole/non-colpevole) alla società senza che questa possa dirgli come operare. La società può poi sempre ignorare quella prestazione (l’espulsione di Bassanesi ne è un esempio lampante: il CF semplicemente ignorò la decisione di non-espellerlo del TF).

Per il diritto la norma può contenere “qualsiasi” contenuto. Quello che la Arendt definiva come l’illogicità del diritto è in realtà la sua forza. D’altronde, come ricorda Garré, per il diritto svizzero quello usato da Soldati per la sentenza Bassanesi non era sul serio diritto italiano. Si trattava piuttosto di un modello giuridico conosciuto storicamente in alcuni cantoni, ad esempio in Ticino.²⁸⁸¹ Era quindi quello che definirei un “diritto a disposizione”, una “scorta” giuridica immagazzinata e minoritaria che ora tornava ad essere utilizzabile da parte del codice, a patto che il tribunale sentisse sostegno alla sua decisione *qualsiasi essa fosse*. Cosa che successe: la macchina legittimante del processo, ovvero la scandalizzazione del caso

²⁸⁸¹ GARRÉ 2017, p. 238.

da parte dell'opinione pubblica, permetteva al tribunale di rendere quella "scorta" ora il cuore del diritto elvetico, siccome incriticabile da ottica italiana e incriticabile da ottica svizzera. Nel processo Bassanesi si assistette alla condanna di un italiano composta interpretando il diritto italiano... e nulla era rimasto segreto! Ciò che deve far riflettere quindi non è quello che successe nell'aula del processo, ma quello che successe dopo, ovvero come i media e i giuristi svizzeri riuscirono a interiorizzare questo scostamento dalla dottrina del diritto svizzero. Di nuovo la legittimazione processuale, ovvero il rendere grazie al mix di spettacolarizzazione e tecnicizzazione il vincente incriticabile e il perdente insostenibile, aveva fatto il suo corso. Per qualche giorno era diritto svizzero, svizzerissimo! D'altronde erano pur sempre cinque giudici federali ad averlo considerato tale, le persone più incluse nel sistema. Lo rimase per un mesetto, poi tornò ad essere una scorta di magazzino.

Nel caso Bassanesi bisogna analizzare come e perché il governo abbia garantito il funzionamento del codice del diritto. La decisione di attivare il momento giudiziario permetteva al sistema politico di godere della prestazione del sistema giuridico, ovvero: il momento di arresto e riscrittura della memoria sociale. Il diritto fece poi la sua parte come sistema immunitario: si intervenne rapidamente contro Bassanesi bloccandolo, permettendo contemporaneamente un turbinio di comunicazione orientata esclusivamente su quel caso e l'ingresso della contingenza attraverso la procedura penale.

Il diritto *in sé* non è stato corrotto, ma ha anzi ha operato in tutta trasparenza. Se nel caso Brousse successe l'incredibile, qua successe l'ipotizzabile: chiedendo un processo solo per la fattispecie attivata dal CF, giuridicamente non poteva che esserci una condanna o un'assoluzione solo per quella fattispecie. Mentre nel processo Brousse bisognava fare di tutto per non far decidere la giuria nel modo sbagliato, qui bisognava fare in modo che il tribunale decidesse in assoluta libertà di fare gli interessi del CF, cosa che senza dubbio (anche se le fonti – a mio modo di vedere dissimulate – dicono il contrario) fece: condannò Bassanesi, assolse i ticinesi.

Osserviamo "l'imbeccata" del CF al TF: a mezzo stampa il governo indicò al tribunale quale avrebbe dovuto essere l'operazione giuridica da compiere. Una presa di posizione non solo irrituale, ma a prima vista pure assurda, visto che avrebbe sollevato un polverone. Cosa che puntualmente successe, e forse per quello bisognerebbe fare attenzione a pensare che i ministri fossero così degli ingenui. Qui gli storici sociali sono stati troppo ligi a ciò che dicono le fonti, in un atteggiamento "più papista del papa" e quindi succube alle mitologie giuridiche, pensando che sul serio il CF volesse dire al TF cosa fare. L'obiettivo politico invece era scatenare una reazione mediatica di rifiuto, ovvero di immunizzazione del processo! In quel modo il governo aumentava la legittimità della decisione giudiziaria,

siccome essa poteva godere di un preventivo “velo d’incertezza”, *dovendo ora* lasciare aperte entrambe le possibilità decisionali.

L’ingenuità è credere che la scandalizzazione di un caso tolga indipendenza al diritto. Anzi, come ricorda Luhmann la funzione legittimatrice del processo giuridico è data solo se il ruolo del perdente viene stabilizzato da processi sociali esterni al processo (si pensi ai riferimenti famigliari, ma anche ai mass media, oppure ai romanzi o la televisione), in particolare attraverso la perdita del proprio status sociale e connotando l’aspettativa residuale del perdente come socialmente inutile.²⁸⁸² L’opinione pubblica è quindi centrale nel processo giuridico moderno: serve a convincere – facendone un dramma – chi mancava al processo che è stato fatto tutto per la verità e il diritto, togliendo consenso a colui che ha perso. L’opinione pubblica crea legittimità perché fa sapere al cittadino che il diritto accade: il sensazionalismo non è certo un argomento contro la pubblicità processuale.²⁸⁸³ Scandalizzare permette il palesarsi del paradosso dell’indecidibilità, quindi contribuisce all’immunizzazione del diritto.²⁸⁸⁴

Tutto ciò lo sapevano vari attori in gioco. Lo sapeva il CF che aizzò la stampa, lo sapeva il TF, che si scontrava parallelamente con il paradosso del diritto moderno, ovvero il non poter decidere di non decidere. Si tratta di un punto focale dello schema dello Stato di diritto costituzionale. In altri processi nella Storia quell’obbligo è stato coperto con un “velo dell’incertezza” da parte della giuria, che si rivelò in questo senso un *player* centrale nello sviluppo della modernità liberale. Quella giuria però in una società internazionale europea segmentaria e sempre più autoritaria, portava con sé un tipo di prestazione immunitaria del diritto che poteva essere malinterpretata dalle nuove logiche di inclusione/esclusione sociali basate sulla semantica dello straniero come nemico. La giuria, infatti, permetteva di essere letta come “popolo” che esercita logiche di inclusione/esclusione sull’imputato attraverso la sua decisione di colpevolezza.

La professionalità e la logica organizzativa – ben rappresentate nella figura di primo piano di Soldati come giudice internazionale e degli altri giudici come esperti giuristi – intervenivano ora al posto della casualità. Addirittura, proprio la parzialità del giudice (tutti sapevano che Soldati era un antisocialista) in quel particolarissimo caso permetteva di aumentare l’imparzialità del tribunale, siccome Soldati era talmente integrato nella politica svizzera che era necessariamente distante dalle pretese italiane. La

²⁸⁸² LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 118; sull’attualità di LdV v. sopra, npp. 252; lascio qui aperta la questione se il sistema giuridico contemporaneo (e con esso quello politico) non sia da ripensare completamente.

²⁸⁸³ Così già LUHMANN 1983 (1969) LdV, p. 123 ss.

²⁸⁸⁴ Cfr. LUHMANN 1993 Gibt es..., p. 28 ss.; sull’uso creativo dei paradossi come strumento terapeutico nel diritto v. sopra, npp. 215; secondo FALK 1998, 140, comunque il bisogno evenemenziale e ricorsivo di attenzione espresso dallo scandalo è scaturito da bisogni sociali irrinunciabili.

giuria sarebbe sì stata imparziale, ma era *solo* svizzera, mentre Soldati era *anche* antisocialista. Nel gioco che definisco dell'influenzabilità negativa²⁸⁸⁵, portava con sé un fattore contingente in più, di immunizzazione del processo.

Come ho mostrato con le parole di Bertoni, vedere tutti soddisfatti della condanna di Bassanesi e dell'assoluzione dei socialisti ticinesi senza che dall'estero nessuno dicesse niente era possibile solo con una sentenza del TF, composto da persone altamente incluse nelle cerchie nazionali e internazionali. Altrimenti si sarebbe seguito il percorso normale: espellere Bassanesi, eventualmente facendo celebrare un processino in contumacia dal tribunale di valle, composto di giudici espressione dell'alleanza politica di cui faceva parte Martignoli? Che fare di fronte a una possibile assoluzione dei "complici", che non necessariamente sarebbe stata capita all'estero? Nessuno doveva poter dire che l'impunità era dovuta agli intrighi dei fuoriusciti o degli anti-italiani in Svizzera. Si trattava di apporre una logica di inclusione (politica) sul momento giuridico: nessuno poteva dire che Soldati, altamente integrato nelle logiche internazionali, fosse politicamente amico degli imputati.

Quello che successe dopo certifica che si era nel bel mezzo di una raffinata strategia politico-giudiziaria. È innegabile che il processo di Lugano e il seguente dibattito parlamentare a Berna si assomigliassero moltissimo. Ma le parti erano ora diverse: conservatori, radicali e socialisti confrontati al giudice antisocialista Soldati lì, i socialisti confrontati agli antisocialisti in parlamento, inclusi i radicali e i conservatori, qui. Due momenti dove sostanzialmente si discuteva dello stesso argomento, ma il codice era diverso: nel processo la norma giuridica, e quindi la sua lingua, vale come *supplément* che dà accesso al codice operativo diritto/non-diritto. Nell'aula parlamentare il programma propone la logica del "riuscire a dare priorità a valori e interessi", il sistema opera secondo il codice governo/opposizione.²⁸⁸⁶

Butti/Genasci/Rossi richiamano l'idea che con l'espulsione di Bassanesi il governo svizzero riperformò l'antico uso svizzero di "calare le brache" di fronte alle potenze straniere.²⁸⁸⁷ Dal punto di vista dei contenuti politici può essere vero, ma non ci esime dal chiederci come sia possibile che se un tribunale in un "processo politico" non emette una decisione di espulsione, il governo possa comunque deciderla e ottenere pure sostegno parlamentare. La risposta è da cercare nella strategia dei ministri, che a mio modo di vedere è sempre stata lineare: l'espulsione (ovvero la massima logica dell'esclusione) è sempre stata l'obiettivo ultimo dell'azione politica di

²⁸⁸⁵ Ovvero nella pretesa di tutte le parti di cercare di poter ugualmente influenzare il giudice.

²⁸⁸⁶ „Priorisierung von Werten und Interessen”, LUHMANN 2002, p. 100.

²⁸⁸⁷ BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 210.

Häberlin.²⁸⁸⁸ Il processo era un momento di *stop* e di riscrittura del tempo attraverso la ruolizzazione delle parti. Non stupisce che a nulla valsero le manifestazioni di piazza della sinistra, e nemmeno il corposo dibattito al CN su una mozione del capogruppo socialista Grimm per revocarla. D'altronde tenere Bassanesi imprigionato in condizioni al limite della tortura per 4 mesi²⁸⁸⁹ e poi espellerlo assieme a Rosselli e Tarchiani il 28 novembre 1930 era già stata un'affermazione di potere politico nudo, assolutamente in linea con la natura violenta dell'ideologia nazionalista liberale.²⁸⁹⁰

Il processo contro Bassanesi va quindi osservato in un'ottica diversa, strumentale alla politica governativa, a cui – ricordo – spettava la decisione se farlo iniziare oppure no. Decisione che venne presa il 14 agosto 1930, accampando scuse (come l'inadeguatezza del dibattimento incrociato, regolarmente smentita dal processo Nicole) ed elargendo insulti sui poveri giurati popolari, “vittime” inconsapevoli e necessariamente silenziose di una tipica *reductio ad stultum*. Parlare dell'assente sconosciuto era la via migliore per attivare un certo tipo di processo.

Di nuovo va ricordato cosa spiegò Bertoni: l'assoluzione dei ticinesi da parte del TF e la condanna di Bassanesi erano state il modo migliore per mettere a tacere i fascisti e addirittura far applaudire la Corte ai socialisti, altre vie non si vedevano. Si comprende che in realtà il CF non aveva “ansia di trattare Roma con lealtà” e Häberlin non era un sempliciotto che diceva, “a un baro abituale [ovvero ai fascisti, ndr]: ‘noi non bariamo mai’”²⁸⁹¹ Il Governo aveva invece deciso di far fermare il tempo e far parlare il diritto,

²⁸⁸⁸ Il CF cominciò a prendere in considerazione l'espulsione di Bassanesi subito, già il 22 novembre 1930, quando era in seduta per il Processo delle Zone, *NZZ* 24.11.1930, Morgenausgabe, Nr. 2272, p. 2.

²⁸⁸⁹ Bassanesi in carcere negava il suo coinvolgimento, cosa che non aiutava. Il 22 agosto 1930 disse al giudice istruttore di non aver ancora chiesto un avvocato, ma che i suoi amici a Parigi avevano incaricato Borella. Questi il 25 agosto inviò un'istanza di messa in libertà provvisoria, mentre *Libera Stampa* cominciò una campagna di sensibilizzazione per la prigionia, considerata illegittima. La prima volta che Borella poté vedere l'italiano, accompagnato dal giudice istruttore, fu il 4 settembre. Ma la dura burocrazia si metteva in mezzo: il PG si era arrogato il diritto di trattare personalmente le domande di scarcerazione e non lasciarle al giudice istruttore; la Camera d'accusa voleva una procura da parte di Bassanesi, dato che lui non aveva ancora ufficialmente scelto gli avvocati, ma Borella, come visto, non poté incontrare Bassanesi che dieci giorni dopo la domanda di libertà provvisoria. Il 23 settembre, infine, passato ormai un altro mese, il TF rifiutò l'istanza di Borella dato che non erano esclusi né il rischio di fuga, né di collusione, v. BUTTI/GENASCI/ROSSI 2002, p. 117 ss.

²⁸⁹⁰ Era molto peggio di una “calata di brache”: era una vera e propria posizione ideologica, ben conosciuta nella storia del nazional-liberalismo; come ricordava GILARDONI 1992, p. 340, Cerutti nel 1986 ha avuto il merito di smontare il mito di Motta come ministro al di sopra della mischia. La mia esposizione dell'*affaire* Bassanesi mostra però che in questo frangente il codice del diritto permette di guardare oltre quella lettura storica sociale, oltre la lettura del codice governo/opposizione.

²⁸⁹¹ CERUTTI 1986, p. 331.

facendogli riscrivere la Storia, quanto bastava per tornare ai posti di comando. Ora tornava a parlare la politica. Giù il sipario.

Indici delle fonti

Indice bibliografico²⁸⁹²

AERSCHMANN, STEPHAN, Der ideale Richter. Schweizer Bundesrichter in der medialen Öffentlichkeit (1875-2010), diss., Zürich 2014

AGAMBEN, GIORGIO, Che cos'è un dispositivo?, Roma 2006

AGAMBEN, GIORGIO, Che cos'è il contemporaneo?, Roma 2008

AGAMBEN, GIORGIO, Che cos'è reale? La scomparsa di Majorana, Vicenza 2016

AGAMBEN, GIORGIO, Creazione e anarchia. L'opera nell'età della religione capitalistica, Vicenza 2017

AGLIATI, MARIO, I giornali politici, in: Scuola Ticinese, n. 94, 10 (1981), pp. 33-36 (online: https://m4.ti.ch/fileadmin/DECS/DS/Rivista_scuola_ticinese/ST_n.94/ST_94_Agliati_giornali_politici.pdf)

AGLIATI, MARIO, Storia del "Corriere del Ticino", Muzzano 2003

ALBRECHT, PETER, Was bleibt von der Unmittelbarkeit?, in: RPS 128 (2010), pp. 180-196

ALIMENA, BERNARDINO, Principii di diritto penale, vol. 1, Napoli 1910

ALTERMATT, URS, Bundesrat und Bundesräte. Ein historischer Aufriss, in: Altermatt, Urs (ed.), Die Schweizer Bundesräte. Ein biographisches Lexikon, Zürich 1991, pp. 13-95

ALTERMATT, URS (CUR.), Das Bundesratslexikon, Zürich 2019

AMSTUTZ, MARC, Rechtsgenesis: Ursprungsparadox und *supplément*, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 29 (2008) 1, pp. 125-151

ANDOOR, GEORGE, Laien in der Strafrechtsprechung. Eine vergleichende Betrachtung der Laienbeteiligung an deutschen und englischen Strafgerichten, Berlin 2013

²⁸⁹² In questo indice si possono trovare i riferimenti bibliografici citati nel testo. Se l'opera è contenuta in una rivista, si possono trovare alcuni dati supplementari su di essa nell'Indice delle riviste e dei giornali (qui sotto); laddove sia indicato un secondo anno fra parentesi, ciò significa che l'opera era già stata redatta ed eventualmente già pubblicata prima del testo che ho utilizzato io. Come nota chi legge, non ho distinto le opere in letteratura primaria e secondaria. Considerare un'opera di Mittermaier del 1851 sulle giurie necessariamente letteratura primaria e un'opera del 2017 sul tema delle giurie popolari di metà Ottocento necessariamente letteratura secondaria è arbitrario, perché i giuristi spesso usano le giurie per auto-descriversi. Quella distinzione, utile in altri ambiti, qui diventerebbe ingannevole.

ANESA, PATRIZIA, *Jury Trials and the popularization of legal language*, diss. Verona, Bern 2012

ANGEHRN, EVELYNE/LUDEWIG-KEDMI, REVITAL, *Laienrichter im Spiegel der Zeit: Der "Common Sense" in der Rechtsprechung*, in: Thomas S. Eberle, Sabine Hoidn e Katarina Sikavica (cur.), Fokus Organisation. Sozialwissenschaftliche Perspektive und Analyse. Emil Walter-Busch zum 65. Geburtstag, Konstanz 2007, pp. 269–285.

ARENDR, HANNAH, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano 2014 (trad. dal tedesco del 1963)

ARN, RAPHAËL, *Canton du Jura*, in: ARN/SAURER/KUHN 2011, pp. 335-350

ARN, RAPHAËL/KUHN, ANDRÉ/SAURER, NICOLE, *Synthese. Inkrafttreten der StPO: Auf dem Weg zu einer Vereinheitlichung der Organisation der Strafbehörden?*, in: ARN/SAURER/KUHN 2011, pp. 39-76

ARN, RAPHAËL/SAURER, NICOLE/KUHN, ANDRÉ (CUR.), *Organisation der kantonalen und eidgenössischen Strafbehörden und strafrechtliche Ausführungsbestimmungen. Organisation des autorités pénales cantonales et fédérales et dispositions d'application en matière pénale. Organizzazione delle autorità penali cantonali e federali e disposizioni di applicazione in materia penale*, Basel 2011

ATLAN, HENRI, *Das Order from noise-Prinzip, das nicht-direktive Lernen und der Traum*, in: Morin, Edgar/Piattelli-Palmarini, Massimo (cur.), *L'unité de l'homme. Invariants biologiques et universaux culturels*, vol. 2, Paris 1974, pp. 207–213 (trad. dal francese)

AUGUSTIN, LUCRETIA, *Kanton Zürich*, in: ARN/SAURER/KUHN 2011, pp. 609-626

AYMARD, MAURICE, *Droit et histoire : un dialogue nécessaire*, in: LACCHÈ ET AL. 2007, pp. 445-452

BACHER MIKE/BECCHI PAOLO, *Der Kampf Hegels um ein liberales Strafrecht/Die Geschworenengerichte - ein erster Vergleich zwischen Vorlesung und den "Grundlinien"*, in: CONTARINI/BERNASCONI 2014, pp. 25-46

BAER, SUSANNE, *Komplizierte Effekte. Zur Wirkung von Recht*, in: MAHLMANN 2011, pp. 245-261

BALESTRIERI, PAOLA, *Mittermaier e l'Italia. Orientamenti politici e dottrine processualistiche in un carteggio di metà Ottocento*, in: *Ius commune*, vol. X (1983), pp. 97-140

BARALDI, CLAUDIO/CORSI, GIANCARLO/ESPOSITO, ELENA, Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali, Milano 1995

BATOU, JEAN, Quand l'esprit de Genève s'embrase. Au-delà de la fusillade du 9 novembre 1932, Lausanne 2012

BAUHOFFER, ARTHUR, Friedrich Ludwig Keller und das Schwurgericht, in: RDS n.s. 67 (1948), pp. 137-150

BAUHOFFER, ARTHUR, Friedrich Ludwig Keller und das Englische Schwurgericht, in: RDS n.s. 82 (1963) I, pp. 283-299

BÄUMLIN, RICHARD, Lebendige oder gebändigte Demokratie? Demokratisierung, Verfassung und Verfassungsrevision, Basel 1978

BECCHI, PAOLO, Die richterliche Begründungspflicht. Eine Errungenschaft der Aufklärung, in: Bommer, Felix/Berti, Stephen V. (cur.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 - 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich 2011, pp. 205-224

BECK, ALEXANDER, Friedrich Ludwig Keller, in: SCHULTHESS 1945, pp. 107-133

BECK, ULRICH, Risiko, in: Farzin, Sina/Jordan, Stephan (cur.), Reclam Lexikon Soziologie und Sozialtheorie, Hundert Grundbegriffe, Stuttgart 2008, p. 241 ss.

BERTI, STEPHEN, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, diss., Zürich 1989

BETTONE, GIANNINO, Mazzini e la Svizzera, Pisa 1995

BEUSCH, MICHAEL, Laienmitwirkung in der Verwaltungsrechtspflege. Eine Standortbestimmung am Beispiel der Steuerjustiz unter Einbezug der österreichischen Diskussion zur Reform der Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: "Justice - Justiz - Giustizia" 2008/3

BHAMBRA, GURMINDER K., Rethinking modernity. Postcolonialism and the sociological imagination, New York 2007

BIANCHI, ROBERTO, Il Ticino politico contemporaneo 1921-1975, 3a ed., Locarno 2010

BINAGHI, MAURIZIO, Ticino, un crocevia dell'anarchismo internazionale, in: Simone Soldini (cur.), Addio Lugano bella. Anarchia tra storia e arte. Da Bakunin al Monte Verità, da Courbet ai dada, catalogo della mostra, Mendrisio 2015, pp. 37-49

BINDING KARL, Die drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichts. Für Juristen und Nichtjuristen, Leipzig 1876 (reprint)

BLUM ROGER, Schweizer Medien im Lauf der Geschichte: ein „Bannwald der Demokratie“?, in: Michael Haller/Helmut Holzhey (cur.), Medien-Ethik. Beschreibungen, Analysen, Konzepte für den deutschsprachigen Journalismus, Opladen 1992, pp. 87-96

BLUMER, JOHANN JAKOB, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechtes, vol. 2, Schaffhausen 1864

BLUMER, JOHANN JAKOB/MOREL, JOSEF KARL PANKRAZ, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechtes, 2a ed., (auf Grundlage der Bundesverfassung von 1874 durchaus umgearbeitete Ausgabe nach dem Tode des Verfassers vollendet und hrsg. von J. Morel), vol. 2, Basel 1887

BOHN, CORNELIA, Inklusion und Exklusion: Theorien und Befunde. Von der Ausgrenzung aus der Gemeinschaft zur inkudierenden Exklusion, in: Soziale Systeme 14 (2008) 2, pp. 171-190

BOLLA, STEFANO, L'avvocato con gli stivali. L'immagine popolare dell'avvocato e la fiaba di Charles Perrault, Bellinzona 2008

BOLLE, PIERRE-HENRI, In memoriam. Jean Graven, in: Revue internationale de criminologie et de police technique 41 (1988) 1, p. 3

BOMMER, FELIX, Laienbeteiligung in der Strafrechtspflege, in: Schmid, Jörg/Seiler, Hansjörg (cur.), Recht des ländlichen Raums, Festgabe für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Zürich 2006, pp. 47-66.

BOREL, EUGENE, Les résultats de l'institution du jury ont-ils été tels qu'il y aura lieu d'apporter des réformes ? Rapport, in: Actes du congrès pénitentiaire international de Budapest. Septembre 1905. Rapports sur les questions du programme de la section de la législation pénale, vol. 2, Budapest/Bern 1906, pp. 345-354

BOSSHART, WALTER, Die Wählbarkeit zum Richter im Bund und in den Kantonen, diss., Winterthur 1961

BOURDIEU, PIERRE, Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective, in: Chazel, François/Commaille, Jacques (cur.), Normes juridiques et régulation sociale, Paris 1991, pp. 95-99

BRAND, ERNST, Eidgenössische Gerichtsbarkeit, II. Teil: Von der Gründung des Bundesstaates bis zur Gegenwart, Bern 1962

BUCKEL, SONJA/CHRISTENSEN, RALPH/FISCHER-LESCANO, ANDREAS (CUR.), Neue Theorien des Rechts, 2a ed., Stuttgart 2009

BURKHARD, DAVID, *La répression des anarchistes dans le canton de Neuchâtel au temps de la propagande par le fait (1878-1895)*, tesi di laurea, Neuchâtel 2010

BURKHARD, DAVID, *La surveillance policière des anarchistes dans le canton de Neuchâtel au temps de la propagande par le fait (1878-1895)*, in: RHN 2013, pp. 127-147

BEUTLER, VERA, “Keine Rechtfertigung mehr für Laienrichter”, in: plädoyer 3/2012, pp. 11-13

GIUSEPPE BUTTI/PASQUALE GENASCI/GABRIELE ROSSI, *L'aereo della libertà. Il caso Bassanesi e il Ticino*, Bellinzona 2002.

CALLIES, GRALF-PETER, *Systemtheorie*: Luhmann/Teubner, in: BUCKEL/CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO 2009, pp. 53-71

CALVINO, ITALO, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Milano 1993 (1985)

CALVINO, ITALO, *Il visconte dimezzato*, Milano 2016 (1952)

CALVO, CHARLES, *Le droit international théorique et pratique*, 2a ed., vol. I, Parigi 1870

CAMPBELL, NEIL A./REECE, JANE B., *Biologie*, 8a ed., München 2009 (trad. tedesca dall'inglese)

CAMUS, ALBERT, *Lo straniero*, Milano 1947 (trad. dal francese 1942)

CANEVASCINI, GUGLIELMO, *Autobiografia*, Lugano 1986

CANFORA, LUCIANO, *La lettera come oggetto privilegiato di falsificazione*, in: Ottani Cavina Anna/Natale Mauro (cur.), *Il falso specchio della realtà*, Torino 2017, pp. 37-48

CARONI, PIO, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, Quaderni fiorentini 9 (1980), pp. 69-112

CARONI, PIO, *Kathedersozialismus an der juristischen Fakultät (1870-1910)*, in: Kommission für bernische Hochschulgeschichte (cur.), *Hochschulgeschichte Berns 1528-1984. Zur 150-Jahr-Feier der Universität Bern 1984*, Bern 1984, pp. 203-237

CARONI, PIO, *L'unificazione giusprivatistica federale (1862-1898) nell'ottica (periferica) dei ticinesi*, in: Caroni, Pio et al., *Lombardia Elvetica*, Studi offerti a Virgilio Gilardoni, Bellinzona 1987, 11-32

CARONI, PIO, *Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert*, ZNR 16 (1994), pp. 243-271

- CARONI, PIO, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel 1996
- CARONI, PIO, Juristen als “Vergangenheitsmenschen”?, in: UNIPRESS 98 (Oktober 1998), pp. 34-36
- CARONI, PIO, “Privatrecht”: eine sozialhistorische Einführung, Basel 1999
- CARONI, PIO, La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull’inerenza di una disciplina altra, Milano 2009
- CARONI, PIO, Stefano Bolla, L’avvocato con gli stivali: due esercizi di lettura, con Raffaello Ceschi, AST 147, giugno 2010, pp. 139-146
- CARONI, PIO, *Ius romanum in Helvetia*: a che punto siamo?, in: Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini, Firenze 2011, pp. 55-79
- CARONI, PIO, Savigny nell’Ottocento svizzero, in: Lepsius, Susanne/Schulze, Reiner/Kannowski, Bern (cur.), Recht – Geschichte – Geschichtsschreibung. Rechts- und Verfassungsgeschichte im deutsch-italienischen Diskurs, Berlin 2014, pp. 215–227
- CARONI, PIO, Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche, Basel 2015
- CARONI, PIO, E se anche il codice fosse un messaggio?, in: Quaderni fiorentini 47 (2018), pp. 57-109
- CASTRO, SONIA, Guglielmo Canevascini, Egidio Reale. Al di sopra di ogni frontiera. Carteggio 1927-1957, Lugano 2016
- CAVIN, PIERRE, Du jury à l’échevinage, diss., Lausanne 1937
- CAVIN, PIERRE, Le jury dans le Canton de Vaud, Lausanne 1937
- CAVIN, PIERRE, Droit pénal fédéral et Procédure cantonale. Rapport, in : RDS n.s. 65 (1946), pp. 1a-59a
- CERUTTI, MAURO, Fra Roma e Berna. La Svizzera italiana nel ventennio fascista, diss. Genève, Milano 1986
- CESCHI, RAFFAELLO/MARCACCI, MARCO/MENA, FABRIZIO (ED.), Stefano Francini. Epistolario, Bellinzona 2007
- CESERANI, REMO, Raccontare il postmoderno, Torino 1997
- CHEVALLEY, LAURELINE, L’intervention fédérale du 9 novembre 1932 à Genève. Une étude historiographique, RMS 148 (2003) 6-7, pp. 35-39, e 8, pp. 40-46
- CHIESA, VIRGILIO, Dottor Agostino Soldati (1857-1938), in: Die Schweiz – La Suisse 10 (1939), pp. 244-252

CIANFEROTTI, GIULIO, Introduzione. Logica del processo, logica del giudizio ed opinione pubblica, in: COLAO/LACCHÈ/STORTI 2008, pp. 15-30

CIRIGLIANO, LUCA, Experimente mit dem Staatsvolk: das Aargauer Bürgerrecht 1798-1848. Ein Beitrag zur Geschichte des Bürgerrechts, diss., Zürich 2015

CLARK, MICHAEL, I paradossi dalla A alla Z, Milano 2004 (trad. dall'inglese 2002)

CLAVIEN, ALAIN, La modernisation du Valais, in: Papilloud, Jean-Henry/Arlettaz, Gerald et Silvia/Clavien, Alain, Histoire du Valais, vol. 3: Le creuset révolutionnaire. Les conflits de l'intégration. La modernisation du Valais. La nationalisation du Valais, Sion 2002

CLERC, FRANÇOIS, L'art 277 PPF implique-t-il de motiver la décision émanant du jury?, in: RPS 68 (1953) pp. 93-110

CLERIC, GEORG FRANZ VON, Schwurgericht und forensische Psychologie, in: SJZ 21 (1924/25) 6, pp. 69-75

CODIROLI, PIERRE, L'ombra del duce. Lineamenti di politica culturale del fascismo nel Cantone Ticino (1922-1943), Milano 1988

COLAO, FLORIANA/ LACCHÈ, LUIGI/ STORTI, CLAUDIA (CUR.), Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento, Bologna 2008

COLLIN, PETER, Der Kampf gegen die Schwurgerichte – Preußen 1849-1853/54, in: ZNR 23 (2001), pp. 195-219.

COLLIN, PETER, Populäre Justiz – jetzt auch in der Rechtsgeschichte!, in: Rg 23 (2015), pp. 337-340

COLLIN, PETER, Ehrengerichtliche Rechtsprechung im Kaiserreich und der Weimarer Republik. Multinormativität in einer mononormativen Rechtsordnung?, in: Rg 25 (2017), pp. 138-150

COMBA, AUGUSTO, Introduzione, in: GRANDI/COMBA 2011, pp. 31-71

CONTARINI, FILIPPO, Quale politica nel processo Bassanesi?, in: Il Cantonetto 64 (2017), 5-6, pp. 240-248

CONTARINI, FILIPPO, "Il y a ensuite des formes d'homicide que nous ne blâmons pas". Il processo all'anarchico Brousse per una nuova prassi del processo politico in Svizzera?, in: Mathis, Klaus/Langensand, Luca (cur.), Anarchie als herrschaftslose Ordnung?, Berlin 2019, pp. 201-232

CONTARINI, FILIPPO, Rischio processuale: decidere è pericoloso?, in: Haux, Dario Henri/Picocchi, Dario/Schreiber, Markus (cur.), Recht und Risiko. Junge Rechtswissenschaft Luzern, Zürich 2019, pp. 131-156

CONTARINI, FILIPPO/BERNASCONI, ARES (CUR.), Geschworenengerichte - der unbequeme Mythos. Zur Volksbeteiligung am Strafprozess. Giurie popolari - il mito scomodo. Sulla partecipazione popolare al processo penale. Jurys populaires - le mythe inconfortable. De la participation populaire au procès pénal, Basel 2014 (Bibliothek zur Zeitschrift für schweizerisches Recht. Beiheft 51)

CONTARINI, FILIPPO/LUMINATI, MICHELE, La giuria sgradita. Breve storia delle Assise federali, in: CONTARINI/BERNASCONI 2014, pp. 47-76

CORNU, CHARLES, Le pourvoi en nullité et l'institution du jury, in: RPS 59 (1945), pp. 397-427

CORSI, GIANCARLO, Diritto, in: BARALDI/CORSI/ESPOSITO 1995, pp. 96-99

CORSI, GIANCARLO, Organizzazione, in: BARALDI/CORSI/ESPOSITO 1995, pp. 168-170

COSTA, PIETRO, Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un "castello dei destini incrociati"?, in: Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, Quaderni fiorentini 40 (2011), vol. 1, pp. 1-17

DÄPP, WALTER, Kritik an der Wahl der Laienrichter, in: "Justice-Justiz-Giustizia" 1/2011

DEGEN, BERNARD, La répression militaires des grèves générales de 1918 et 1919, in: HEIMBERG/PREZIOSO/ENCKELL 2008, pp. 43-57

DEJUNG, EMANUEL/STÄHLI, ALFRED/GLANZ, WERNER, Jonas Furrer, von Winterthur, 1805 - 1861. Erster schweizerischer Bundespräsident, Winterthur 1948

DELFOSE, MARIANNE, Emilie Kempin-Spyri (1853-1901). Das Wirken der ersten Schweizer Juristin: unter bes. Berücks. ihres Einsatzes für die Rechte der Frau im schweizerischen und deutschen Privatrecht, diss., Zürich 1994

DESCHENAUX, HENRI, La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au tribunal fédéral, étude critique de la jurisprudence, Fribourg 1948

DEUTSCH, ANDREAS, Laienspiegel, in: Cordes, Albrecht et al. (cur.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. ed., Berlino 2008 ss., vol. 3, colonne 408-413

DICKER, JACQUES, Le procès Nicole. Plaidoirie de Me Jacques Dicker, Avocat au Barreau de Genève, Genève 1933

DOSI, DAVIDE, Il cattolicesimo ticinese e i fascismi. La chiesa e il partito conservatore ticinese nel periodo tra le due guerre mondiali, Fribourg 1999

DROSDECK, THOMAS, Konstitution des Rechtsfalles. Entwicklungstendenzen der Justizsoziologie, in: Scholz, Johannes-Michael (cur.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt a.M. 1992, pp. 137-160

DÜRRENMATT, FRIEDRICH, *Il giudice e il suo boia*, Milano 1992 (trad. dal tedesco, 1952)

DUVE, THOMAS, *European Legal History - Concepts, Methods, Challenges*. In Duvé, Thomas (cur.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt a.M. 2014, pp. 29-66

DUVE, THOMAS, Was ist ›Multinormativität‹? – Einführende Bemerkungen, in: *Rg 25* (2017), pp. 88-101

EBERT, INA/FIJAL, ANDREAS, Mittermaier, Karl Joseph Anton, in: *Neue Deutsche Biographie* 17 (1994), pp. 584-585 (<https://www.deutsche-biographie.de/pnd118844784.html#ndbcontent>)

ECO, UMBERTO ET AL., *Le ragioni della retorica. Atti del convegno "Retorica, verità, opinione e persuasione": il messaggio persuasivo*, Modena 1986, pp. 11-27

ECO, UMBERTO, *Trattato di semiotica generale*, Milano 2016

EGGENSCHWILER, ERNST, *Das solothurnische Schwurgericht. Vorschläge seiner Reform*, in: *RPS 62* (1947), pp. 426-476

EHRLER, ANDRÉ, *Préface*, in: *DICKER 1933* (pp. non numerate)

EICKER, ANDREAS, *Die Prozeduralisierung des Strafrechts. Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmenwechsels*, Bern 2010

ENGEL, CHRISTOPH/HALFMANN, JOST/SCHULTE, MARTIN (CUR.), *Wissen - Nichtwissen - unsicheres Wissen*, Baden-Baden 2002

EPINEY-COLOMBO, EMANUELA, *La conciliazione nel nuovo Codice di procedura civile federale*, in: *Bollettino OATi 40/2010*, pp. 30-39

EPPLE, RUEDI, *Die Revi-Bewegung*, in: Epple, Ruedi et al., *Nah dran, weit weg: Geschichte des Kantons Basel-Landschaft, vol. 5: Armut und Reichtum. 19. und 20. Jahrhundert*, Liestal 2001, pp. 215-226

ERMANI, MAURO, *La corte d'assise ticinese, esperienza pratica*, in: *Contarini/Bernasconi 2014*, pp. 123-130

ESCHER, HEINRICH, *Vier Abhandlungen über Gegenstände der Strafrechtswissenschaft. Veranlasst durch die Bearbeitung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für den Kanton Zürich*, Zürich 1822

ESCHER, HEINRICH, Versuch über die Zweckmässigkeit und Möglichkeit der Wiederherstellung der Volksgerichte in der Schweiz nach den Verhältnissen und Anforderungen unserer Zeit, Zürich 1838

ESCHER, HEINRICH, Die Schwur-Gerichte in Strafsachen und bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Geschichte derselben in England, Frankreich und Deutschland, Schaffhausen 1868

ESPOSITO, ELENA, Interpenetrazione, in: Baraldi, Claudio/Corsi, Giancarlo/Esposito, Elena, GLU. Glossario dei termini della teoria dei sistemi di niklas Luhmann, Urbino 1991, pp. 99-104

ESPOSITO, ELENA, Paradoxien als Unterscheidungen von Unterscheidungen, in: Gumbrecht, Hans Ulrich/ Pfeiffer, Karl Ludwig (cur.), Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche. Situationen offener Epistemologie, Frankfurt a.M. 1991, pp. 35-57

ESPOSITO, ELENA, Accoppiamento strutturale, in: BARALDI/CORSI/ESPOSITO 1995, pp. 31-33

ESPOSITO, ELENA, Codice, in: BARALDI/CORSI/ESPOSITO 1995, pp. 61-64

ESPOSITO, ELENA, La memoria sociale. Mezzi per comunicare e modi di dimenticare, Roma 2001

ESPOSITO, ELENA, Frauen, Männer und das ausgeschlossene Dritte, in: Pasero, Ursula/Weinbach, Christine (cur.), Frauen, Männer, gender trouble. Systemtheoretische Essays, Frankfurt a.M. 2003, pp. 63-79 (trad. dall'italiano 1992)

ESPOSITO, ELENA, Il futuro dei *utures*. Il tempo del denaro nella finanza e nella società, Pisa 2009

FALK, ULRICH, Das Fehlurteil in der deutschen Öffentlichkeit, in: Gouron, André et al. (cur.), Error iudicis. Juristische Wahrheit und justizieller Irrtum, Frankfurt am Main 1998, pp. 103-144

FAVEY, GEORGES, De la valeur de l'institution du jury en Suisse. Rapport, in : Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, Zürich 1881, pp. 39-55

FAVEY, GEORGES, Discours d'installation du professeur de droit pénal M. G. Favey, in: Discours et leçons prononcés à l'ouverture des cours du 1er semestre de l'Université de Lausanne, Octobre 1890, Lausanne 1891, pp. 15-33

FEDERICI, MARIA CATERINA/FEDERICI, RAFFAELE, Elementi sociologici della comunicazione nella società postmoderna, vol. 2, Perugia 2003

FEHR, MAX, Das zürcherische Geschworenengericht, diss., Zürich 1975

FEUSI WIDMER, ROSWITHA, Jonas Furrer 1805-1861, in: ALTERMATT 2019, pp. 31-37

FIOLKA, GERHARD, Das Rechtsgut. Strafgesetz versus Kriminalpolitik, dargestellt am Beispiel des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches, des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) und des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG), vol. 1, Basel 2006

FLÜE, NIKLAUS VON, Obwalden 1848-1888. Die Einordnung in den Bundesstaat, Sarnen 2004

FÖGEN, MARIE THERES, Rechtsverweigerungsverbot. Anmerkungen zu einer Selbstverständlichkeit, in: Vismann Cornelia/Weitin, Thomas (cur.), Urteilen/Entscheiden, München 2006, pp. 37-50

FOUCAULT, MICHEL, "What is an Author?" ("Qu'est-ce qu'un auteur?"), in Harari, Josué V. (cur.), Textual Strategies, Ithaca 1979, pp. 141-160 (conferenza del 1970)

FRITZSCHE, HANS, Richteramt und Persönlichkeit. Wahrheit und Lüge im Zivilprozess. Zwei akademische Antrittsreden, Zürich 1921

FRITZSCHE, HANS, Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich. Zur Erinnerung an die Regeneration von 1831 im Auftrag des Obergerichts, Zürich 1940

FRITZSCHE, HANS, Johann Caspar Bluntschli, in: SCHULTHESS 1945, pp. 134-167

FRITZSCHE, HANS, Johann Jakob Blumer, in: SCHULTHESS 1945, pp. 224-255

FROIDEVAUX, ANDRE, Révision constitutionnelle bernoise. Des Questions posées à la justice, in: Froidevaux, André (ed.), Dossier sur l'Assemblée constituante de la République et Canton du Jura. Recueil d'articles publiés dans le journal "La Suisse" de novembre 1975 à mai 1977, Porrentruy 1977, p. 31 (articolo del 1.3.1976)

GABUZZI, STEFANO, Die Schöffeneinrichtung im Kanton Tessin, in: MITTERMAIER/LIEPMANN 1908, pp. 668-673

GAGLIARDI ERNST, NABHOLZ HANS E STROHL JEAN, Die Universität Zürich 1833-1933 und ihre Vorläufer. Festschrift zur Jahrhundertfeier, Zürich 1938

GARRÉ, ROY, Fra diritto romano e giustizia popolare. Il ruolo dell'attività giudiziaria nella vita e nell'opera di Johann Jakob Bachofen (1815-1887), diss. Bern, Frankfurt a.M.1999

GARRÉ, ROY, Die Rezeption der Historischen Rechtsschule in der Schweiz und in Italien, in: Jusletter 15. September 2003

GARRÉ, ROY, Il paradigma statale dello *ius puniendi*: un profilo storico-filosofico, in: Capus, Nadja/Bacher, Jean-Luc (cur.), *Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit*, Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie (SAK) 28, Bern 2010, pp. 11-38.

GARRÉ, ROY, La diffusione di una cultura scientifica del diritto in Svizzera, commento critico in: GSCHWEND/INGBER/WEHRLE 2011, pp. 202–211

GARRÉ, ROY, Inquisizione, inquisiti, inquisitori: spigolature giusletterarie fra Fëdor Dostoevskij, Umberto Eco e Valerio Evangelisti, in: Heer, Marianne et al. (cur.), “Toujours agité - jamais abattu”. Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, pp. 539-558

GARRÉ, ROY, L'introduzione della giuria popolare in Ticino. Dal giuri degli anni del Pronunciamento agli assessori-giurati di Stefano Gabuzzi, in: CONTARINI/BERNASCONI 2014, pp. 77 – 98

GARRÉ, ROY, Il perché (non solo storico) di una giurisdizione federale su determinati reati, in: Garré, Roy et al., *Giurisdizione penale federale. Da dieci anni all'ombra dei castelli*, Basel 2016, pp. 3-32

GARRÉ, ROY, Tra delitto e contravvenzione. L'eco del caso Bassanesi nella dottrina giuridica svizzera, in: *Il Cantonetto* 64 (2017), 5–6, pp. 233-240

GASSER, CATHERINE ANTOINETTE, Philipp Lotmar 1850-1922. Professor der Universität Bern. Sein Engagement für das Schweizerische Arbeitsrecht, diss. Bern, Frankfurt a.M, 1996

GATTIKER, ANNETTA, L'affaire Conradi, diss. Zürich, Bern 1975

GAUTIER, ALFRED, Le Procès Lucheni, in: *RPS* 11 (1898), 5/6, pp. 333-359

GEPHART, WERNER, Versteinerte Rechtskultur. Zur kultursoziologischen Analyse von Gerichtsbauten, in: Mohnhaupt, Heinz/Simon, Dieter (cur.), *Vorträge zur Justizforschung*, vol. 1, Frankfurt a.M. 1992, pp. 401-431

GERMANN, URS PHILIPP, Psychiatrie und Strafjustiz. Entstehung, Praxis und Ausdifferenzierung der forensischen Psychiatrie in der deutschsprachigen Schweiz 1850-1950, diss., Bern 2002

GERMANN, URS, Das Rendez-vous der internationalen Dynamitbande: Die Anarchistengefahr im Visier von Justiz und politischer Polizei in der Schweiz (1885-1914), in: Härter, Karl/Graaf, Beatrice de (cur.), *Vom Majestätsverbrechen zum Terrorismus. Politische Kriminalität, Recht, Justiz und Polizei zwischen Früher Neuzeit und 20. Jahrhundert*, Frankfurt a.M. 2012, pp. 197-217

GERMANN, URS, Kampf dem Verbrechen. Kriminalpolitik und Strafrechtsreform in der Schweiz 1870-1950, Zürich 2015

GESSNER, VOLKMAR, Justiz und Sozialstruktur. Erneute Annäherung an ein altes Thema, in: Mohnhaupt, Heinz/Simon, Dieter (cur.), Vorträge zur Justizforschung, vol. 1, Frankfurt a.M. 1992, pp. 387-400

GHIRINGHELLI, ANDREA, Il Ticino nello Stato federale (1848-1890), in: Ceschi, Raffaello (cur.), Storia del Cantone Ticino, vol. 1: l'Ottocento, Bellinzona 1998, pp. 273-262

GILARDONI, SILVANO, [Recensione di:] Marzio Rigonalli, Le Tessin dans les relations entre la Suisse et l'Italie 1922-1940, Pedrazzini, Locarno, 1984. Sandra Rossi, Il Ticino durante la prima guerra mondiale. Neutralità, questione nazionale e questione economico-sociale, tesi di laurea Università di Zurigo, stampato in proprio, 1986. Mauro Cerutti, Fra Roma e Berna. La Svizzera italiana nel ventennio fascista, tradotto dal francese da Valerio Ferloni, Franco Angeli, Milano, 1986. Pierre Codiroli, L'ombra del duce. Lineamenti di politica culturale del fascismo nel Cantone Ticino (1922-1943), Franco Angeli, Milano, 1989, in: AST 112 (1992), pp. 338-340

GINZBURG, CARLO, Rapporti di forza. Storia, retorica, prova, Milano 2000

GINZBURG, CARLO, Ein Plädoyer für den Kasus, in: Süssmann, Johannes/Scholz, Susanne/Engel, Gisela (cur.), Fallstudien: Theorie - Geschichte - Methode, Berlin 2007, pp. 29-48

GINZBURG, CARLO, Appendice. Prove e Possibilità (Postfazione a Natalie Zemon Davis, Il ritorno di Martin Guerre. Un caso di doppia identità nella Francia del Cinquecento, 1984), capitolo di: Il filo e le tracce. Vero, falso, finto, Milano 2015 (1a ed. 2006), pp. 295-315

GIUSTIZIA E LIBERTÀ, Il processo di Lugano, G+L n. 22, Gennaio 1931

GOEBEL, JOACHIM, Die prozessuale Grundlagen der vor- und außergerichtlichen Streitbeilegung nach der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung, in: ZZPInt 12 (2007), pp. 255-282

GOZZER, GIOVANNI, Del Ticino e del suo "Corriere", introduzione, in: AGLIATI 2003, pp. 1-19

GRABER, ROLF, Demokratie und Revolten. Die Entstehung der direkten Demokratie in der Schweiz, Zürich 2017

GRANDI, TERENCE/COMBA, AUGUSTO (CUR.), Mazzini, Giuseppe. Scritti politici, 2a ed., Torino 2011

GRAVEN, JEAN, Le jury et les tribunaux d'échevins en Suisse. Rapport, in: RDS 75 (1938), pp. 1a-213a

GRAVEN, JEAN, Evolution, déclin et transformation du jury, in: *Le jury face au droit pénal moderne. Travaux de la troisième Journée d'études juridiques Jean Dabin*, (19-20 mai 1967), Bruxelles 1967, pp. 79-130

GRAVEN, JEAN, Le sens et l'évolution du jury, in: *Revue internationale de Criminologie et de Police technique* 24 (1970), pp. 97-129.

GROSSEN, GABY/STEFFEN, THERESE/WIEDMER, STEFAN/WYSS, STEFAN, Die politische Polizei in den ersten Jahrzehnten des Schweizerischen Bundesstaates. Gesetzlich-organisatorische Grundlagen und politisch-ideologische Feinbilder des Schweizerischen Staatschutzes 1848-1914, in: *Studi e Fonti* 18 (1992), pp. 111-158

GROSSENBACHER, PETER, Das bernische Geschwornengericht – einst und jetzt, in: *SJZ* 75 (1979), pp. 269-275

GROSSER, HERMANN/HANGARTNER, NORBERT, Appenzeller Geschichte, vol. 3: Appenzell Innerrhoden (von der Landteilung 1597 bis ins 20. Jahrhundert), Appenzell 1993

GROSSI, PAOLO, Conclusioni, in: LACCHÈ ET AL. 2007 *Sbriccoli*, pp. 453-459

GROSSI, PAOLO, Tra fatto e diritto (a proposito di Massimo Vogliotti, Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica, Torino, Giappichelli, 2007), in: *Quaderni fiorentini* 38 (2009), pp. 1899-1912

GROSSI, PAOLO, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, Napoli 2011

GRUBE, FRIEDERIKE CHARLOTTE, Richter ohne Robe. Laienrichter in Strafsachen im deutschen und anglo-amerikanischen Rechtskreis: eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Aspekte, diss. Trier, Frankfurt a.M. 2005

GRUNDMANN, THOMAS/BEIERLE, CHRISTOPH/KERN-ISBERNER, GABRIELE/PFEIFER, NIKI, Wissen, in: Stephan, Achim/Walter, Sven (cur.), *Handbuch Kognitionswissenschaften*, Stuttgart 2013, pp. 488-500.

GRUNER, ERICH, Die schweizerische Bundesversammlung 1848-1920. Vol. II: Soziologie und Statistik, Bern 1966

GRUNER, ERICH, Die Schweiz als Schauplatz internationaler Macht- und Prinzipienkämpfe in der Ersten Internationale, in: *Historische Zeitschrift* 204 (1967) 2, pp. 305-322

GRUNER, ERICH, *Die Parteien in der Schweiz*, 2a ed., Bern 1977

GRUNER, ERICH, Die Wahlen in den schweizerischen Nationalrat 1848–1919. Wahlrecht Wahlsystem, Wahlbeteiligung, Verhalten von Wählern und Parteien, Wahlthemen und Wahlkämpfe, vol. 1B, Bern 1978

GSCHWEND, LUKAS, Vom Geständniszwang zum rechtsstaatlichen Beweisverfahren zwischen 1750 und 1850, in: Opitz, Claudia (cur.), Kriminalisieren, Entkriminalisieren, Normalisieren, Zürich 2006, pp. 165-176.

GSCHWEND, LUKAS, Kommentierende Einleitung, in: Troxler, Ignaz Paul Vital, Philosophische Rechtslehre der Natur und des Gesetzes mit Rücksicht auf die Irrlehren der Liberalität und Legitimität, Zürich 1820 (ristampa ed. da Lukas Gschwend, Würzburg 2006), pp. 11–56

GSCHWEND, LUKAS, Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz vom Ancien Régime bis in die Gegenwart, in: “Justice - Justiz - Giustizia” 2013/3

GSCHWEND, LUKAS, Die Einführung der Geschworenengerichtbarkeit in der Schweiz bis 1850, in: Pérez Juan, José Antonio (cur.), Gerichtsverfassung und Verfahren im 19. Jahrhundert, Regensburg 2018, pp. 139-154

GSCHWEND, LUKAS/GOOD, CHRISTOPH/WINIGER, MARC, Prozessrechtsgeschichte der Schweiz im 19. Jahrhundert – Ein Überblick von der Helvetik bis zur Gründung des Bundesstaates (1798 – 1848), in: Czeguhn, Ignacio/Pérez Juan, José Antonio (cur.), Reflexiones sobre la Justicia en Europa sobre la primera mitad del s. XIX, Alicante 2010, pp. 49-71.

GSCHWEND, LUKAS/ INGBER, KARIN/WEHRLE, STEFAN, 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein (1861-2011), pubblicazione commemorativa della RDS, Basilea 2011

GUMBRECHT, HANS ULRICH, Unsere breite Gegenwart, Berlin 2010

GUNTHER, GOTTHARD, Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik, vol. 2: Wirklichkeit als Poly-Kontextualität. Reflexion, logische Paradoxie, mehrwertige Logik, Denken, Wollen, proemielle Relation, Kenogrammatik, Dialektik der natürlichen Zahl, dialektischer Materialismus, Hamburg 1979, Vorwort (online: https://www.vordenker.de/ggphilosophy/vorw_bd2.pdf)

HABERMANN, FRANK, Semiotik, in: Jahraus, Oliver et al. (cur.), Luhmann-Handbuch. Leben – Werk – Wirkung, Stuttgart 2012, pp. 313-316

HABERMAS, JÜRGEN, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1992

HABIBI AMINI, SHOKRANEH/ROD, ANNE-SYLVIE/DI MENNO, PAOLO/SPACIO, GEMMA, Canton de Neuchâtel, in: ARN/SAURER/KUHN 2011, pp. 369-386

HAFERKAMP, HANS-PETER, Die Historische Rechtsschule, Frankfurt a.M. 2018

HAFNER, HEINRICH, Entwurf eines Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, RPS 1 (1888), pp. 211-227

HAFNER, HEINRICH, Motive zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, RPS 1 (1888), pp. 228-260

HAFTER, ERNST, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, Berlin 1926

HAFTER, ERNST, Verbrechen, Vergehen und Übertretung. Bundesstrafgesetz und Nebenstrafgesetze. Zum Urteil des Bundesstrafgerichtes im Bassanesi-Fall, in: RPS 45 (1931) 2, pp. 149-162 (tradotto in italiano come: Crimine, delitto e contravvenzione. Codice penale federale e leggi accessorie. (*Circa la Sentenza della Corte Penale Federale nel caso Bassanesi*), in: RepGiurPat 64 (1931) 2, pp. 289-301)

HAFTER, ERNST, Wir Juristen. Erfahrungen und Gedanken, Zürich 1944

HAGEMANN, HANS-RUDOLF, Laiengericht und gelehrtes Recht am Beispiel des Basler Stadtgerichts, in: ZNR 27 (2005), pp. 1-27

HAMMERSTEIN, NOTKER, Juristenfakultäten, in: Cordes, Albrecht et al. (cur.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. ed., Berlino 2008 ss., vol. 3, colonne 1436 – 1440

HANS, VALERIE/VIDMAR, NEIL, Judging the jury, New York - London 1986

HARRIS, ANGELA, Heteropatriarchy Kills. Challenging Gender Violence in a Prison Nation, in: Washington University Journal of Law & Policy 37 (2011) Summer, pp. 13-53

HAUERT, RUDOLF PETER, Das solothurnische Schwurgericht, diss., Bern 1974

HAUSER, ROBERT, Am Ende von Schwur- und Geschworenengericht?, in: Walder, Hans/Trechsel, Stefan (cur.), Lebendiges Strafrecht. Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, RPS 94, Bern 1977, pp. 252-286

HAUSER, ROBERT, Zum Prinzip der Unmittelbarkeit, in: RPS 98 (1981), pp. 168-178

HAUSER, ROBERT, Skizzen aus Anlaß des 150jährigen Bestehens des Zürcher Schwur- bzw. Geschworenengerichts, in: Becker, Jürgen et al.

(cur.), *Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes. Festschrift für Manfred Rehbinder*, München/Bern 2002, pp. 671-679

HAUSER, ROBERT/SCHWERI, ERHARD, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 4a ed., Basel 1999

HEIMBERG, CHARLES, *Histoire et mémoire de la fusillade de Genève*, in: HEIMBERG/PREZIOSO/ENCKELL 2008, pp. 7-18

HEIMBERG, CHARLES/PREZIOSO, STEFANIE/ENCKELL, MARIANNE (CUR.), *Mourir en manifestant. Répressions en démocratie le 9 novembre 1932 en perspective. Actes du Colloque international organisé dans le cadre du 75e anniversaire de la fusillade du 9 novembre 1932 à Plainpalais (Genève)*, Lausanne 2008

HENTIG, HANS VON, *Das unechte "Geschworenengericht" im Entwurf einer Strafprozessordnung für den Kanton Bern vom August 1926*, in: RPS 40 (1927), pp. 203-204

HERZOG, FELIX, *Das Geschworenengericht als „Palladium der bürgerlichen Freiheit“*, in: Smid, Stefan/Fehl, Norbert (cur.), „...ob das alles so stimmt...“. *Recht und Pluralismus. Hans-Martin Pawlowski zum 65. Geburtstag*, Berlin 1997, pp. 343-358

HESPANHA, ANTONIO MANUEL, *Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique*, in: *Ius commune* 10 (1983), pp. 1-48

HESPANHA, ANTONIO MANUEL, *L'étude prosopographique des juristes: entre les "pratiques" et leurs "représentations"*, in: Scholz, Johannes-Michael (cur.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt a.M. 1992, pp. 93-101

HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna 2003 (trad. dal portoghese della seconda ed. del 1999)

HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL, *The everlasting return of orality*, paper online sul sito accademico www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mfg_ma_8647.doc, pubblicato anche in: Michaelsen, Dag (cur.), *Reading past legal texts*, Oslo 2006, pp. 25-56

HESPANHA, ANTONIO MANUEL, *À quel point est-il moderne le droit de la modernité?*, *Lucernaiuris Workingpaper series* 1/2011

HESSE, HANS ALBRECHT, *Experte, Laie, Dilettant. Über Nutzung und Grenzen von Fachwissen*, Opladen 1998

HESSE, HANS ALBRECHT, *Einführung in die Rechtssoziologie*, Wiesbaden 2004

HESSE, HANS ALBRECHT, Recht, in: Farzin, Sina/Jordan, Stephan (cur.), Reclam Lexikon Soziologie und Sozialtheorie, Hundert Grundbegriffe, Stuttgart 2008, pp. 235-238

HESS-MASAT, HELENA, Die Strafrechtspflege des Kantons Zug im 19. Jahrhundert, diss., Zürich 1988

HILLEBRAND, JULIUS HUBERT, Das Bundesgericht und die Bundesrechtspflege der Schweiz, in: Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes 23 (1851), pp. 339-353 (prima parte)

HILLEBRAND, JULIUS HUBERT, Das Bundesgericht und die Bundesrechtspflege der Schweiz, in: Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes 24 (1852), pp. 35-65 (seconda parte)

HITZ, FLORIAN, Die Bündner Gerichtsgemeinden – kleine Staatsgebilde für sich, in: Institut für Kulturforschung Graubünden/Verband Bündnerischer Kreispräsidentinnen und Kreispräsidenten (cur.), Kreise ade, Circuls adia, Circoli addio. Congedo da un'istituzione grigionese, Chur 2016, pp. 128-141

HITZLER, RONALD, Wissen und Wesen der Experten. Ein Annäherungsversuch – zur Einleitung, in: Hitzler, Ronald/Honer, Anne/Maeder, Christoph (cur.), Expertenwissen. Die institutionalisierte Kompetenz zur Konstruktion von Wirklichkeit, Opladen 1994, pp. 13-31

HOLENSTEIN, STEFAN, Emil Zürcher (1850-1926) – Leben und Werk eines bedeutenden Strafrechtlers. Unter besonderer Berücksichtigung seiner Verdienste um die Entwicklung des schweizerischen Strafgesetzbuches, diss., Zürich 1996

HOLENSTEIN, ROLF, Ochsenbein. Erfinder der modernen Schweiz, Basel 2009

HOLENSTEIN, ROLF, Stunde Null. Die Neuerfindung der Schweiz im Jahr 1848. Die Privatprotokolle und Geheimberichte der Erfinder, Basel 2018

HOLENSTEIN, ANDRÉ/KURY, PATRICK/SCHULZ KRISTINA, Schweizer Migrationsgeschichte. Von den Anfängen bis zur Gegenwart, Baden 2018

HOLMES, PABLO, Verfassungsevolution in der Weltgesellschaft. Differenzierungsprobleme des Rechts und der Politik im Zeitalter der Global Governance, diss. Flensburg, Baden-Baden 2013

HÖLSCHER, LUCIAN, Öffentlichkeit, in: Brunner, Otto/Conze, Werner/Koselleck, Reinhart (cur.), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, vol. 4, Stuttgart 1978, pp. 413-467

HOLTZENDORFF, FRANZ VON, Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung, erster Theil, Lipsia 1870

HUBER, MAX, Zur Geschichte des Luzerner Obergerichts, Bern 1991

HUBER, THOMAS, Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns, Baden-Baden 2007

HÜRLIMANN, BRIGITTE, “Ein Kriminalgericht hätte sich Zürich leisten können”, intervista, in: plädoyer 3/2010, pp. 14-15

HUSSERL, GERHART, Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto, Milano 1998 (trad. dal tedesco 1955)

JAGMETTI, RICCARDO, Johann Jakob Rüttimann (1813-1876). Mitgestalter der Schweiz im Aufbruch, Basel 2018

JELOWIK, LIESELOTTE (ED.), Briefe deutscher und Schweizer Germanisten an Karl Josef Anton Mittermaier, Frankfurt a.M. 2001

JESCHECK, HANS-HEINRICH, Das Laienrichtertum in der Strafrechtspflege der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz, in: Walder, Hans/Trechsel, Stefan (cur.), Lebendiges Strafrecht. Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, RPS 94, Bern 1977, pp. 229-251

JHERING, RUDOLPH VON, Der Zweck im Recht, vol. 1, Leipzig 1877

JOOS, EDUARD, Ein Stadtstaat erfindet Kantonsstrukturen. Schaffhauser Verfassungsgeschichte seit 1798, in: Verein Schaffhauser Juristinnen und Juristen (cur.), Schaffhauser Recht und Rechtsleben. Festschrift zum Jubiläum 500 Jahre Schaffhausen im Bund, Schaffhausen 2001, pp. 27-57

JORDAN, STEFAN, Rolle, in: Farzin, Sina/Jordan, Stephan (cur.), Reclam Lexikon Soziologie und Sozialtheorie, Hundert Grundbegriffe, Stuttgart 2008, p. 248 ss.

JORIO, MARCO, 2 x 200 Jahre Schweizer Neutralität, conferenza alla Diplomatiche Akademie Wien, 16.6.2015, manoscritto online, <http://www.marcojorio.ch/pdf.php?f=99e2a9f5a97adb93a79fc69b38d94f62.pdf>

JOST, HANS ULRICH, Le courant radical, in: Andreas Auer (cur.), Les origines de la démocratie directe en Suisse, Basel/Frankfurt a.M. 1996, pp. 119-130

JOST, HANS ULRICH, Pour une histoire européenne de la Suisse del 1994, in: Butikofer, Roland et al. (cur.), À tire d'ailes. Contributions de Hans Ulrich Jost à une histoire critique de la Suisse, Losanna 2005, pp. 511-536 (contributo del 1994)

JOST, HANS ULRICH, Introduzione al contributo “ Sur la notion d’*Öffentlichkeit* dans l’histoire du XIX siècle, in: Butikofer, Roland et al. (cur.), *À tire d’ailes. Contributions de Hans Ulrich Jost à une histoire critique de la Suisse*, Losanna 2005, pp. 145-166

JOST, FRITZ, *Die Mindermeinung*, in: MAHLMANN 2011, pp. 142-151

JUNG, JOSEPH, *Alfred Escher 1819-1882. Der Aufbruch zur modernen Schweiz*, 2a ed., Zürich 2006

JUNG, JOSEPH (ED.), *Alfred Eschers Briefwechsel (1848-1852). Aufbau des jungen Bundesstaates, politische Flüchtlinge und Neutralität*, Zürich 2012

JUNG, JOSEPH, *Alfred Escher 1819-1882. Aufstieg, Macht, Tragik*, 6a ed., Zürich 2017

KAFKA, FRANZ, *Der Prozess*, Berlin 1925 (1915)

KASTNER, FATIMA, *Transitional justice in der Weltgesellschaft*, abil. Bielefeld, Hamburg 2015

KELSEN, HANS, *Was ist Gerechtigkeit?* Wien 1953

KELSEN, HANS, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, Tübingen 2008

KERN, BERND-RÜDIGER, *Georg Beseler. Leben und Werk*, diss. Heidelberg, Berlin[-West] 1982

KIENER, REGINA, *Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, Bern 2001

KIESOW, RAINER MARIA, *Gesetze. Laws*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 29 (2008) 1, pp. 191-198

KIESOW, RAINER MARIA, *Zwischen Gesetz und Urteil gibt es keine Hermeneutik. Oder wie 1912 die traditionellen Auslegungsmethoden ihr Ende fanden*, in: *Merkur* 73 (2019), p. 19-30

KING, MICHAEL, *The Construction and Demolition of the Luhmann Heresy*, in: *Law and Critique* 12 (2001) 1, pp. 1–32

KIPFER, DANIEL, *Art. 19 StPO*, in: Niggli, Marcel Alexander/Heer, Marianne/Wiprächtiger, Hans (cur.), *Basler Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2011

KIRCHHOFER, EMIL, *Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht*, Basel 1930 (apparso anche in: *RDS* n.s. 49 (1930), pp. 1 ss.)

KIRCHHOFER, EMIL, *Probleme des Zollstrafrechtes*, in: *ZStrR* 48 (1934), pp. 151-174

KIRCHMANN, JULIUS VON, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 1848, Darmstadt 1956 (prima edizione Berlin 1848, si noti la leggera differenza della numerazione tra le pagine originali e questa versione)

KNORR CETINA, KARIN D., Zur Unterkomplexität der Differenzierungstheorie. Empirische Anfragen an die Systemtheorie, in: Zeitschrift für Soziologie 21 (1992) 6, pp. 406-419

KÖBLER, GERHARD, Juristenausbildung, in: Cordes, Albrecht et al. (cur.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. ed., Berlino 2008 ss., vol. 3, colonne 1430 – 1436

KOCH, ARND, Carl Joseph Anton Mittermaier und das Schwurgericht, in: ZNR 22 (2000) 2, pp. 167-187

KOCH, ARND, C.J.A. Mittermaier and the 19th century debate about juries and mixed courts, in: Revue internationale de droit pénal 72 (2001) 1, pp. 347-353.

KOCH, MAXIMILIAN, Führung durch Nichtführung am Beispiel der Schweiz. Zur Herrschaftsausübung in der Eidgenossenschaft, diss. München, Wiesbaden 2013

KOCHER, JEAN PAUL, Das Geschworenengericht nach der aargauischen Strafprozessordnung vom 11. November 1958, diss., Zürich 1965

KÖLZ, ALFRED, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Teil 1: Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992

KÖLZ, ALFRED, Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte, Teil 1: Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992

KÖLZ, ALFRED, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Teil 2: Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004

KRADOLFER, MATTHIAS, Justitias “Emancipation” – Zur Unabhängigkeit der Justiz in der schweizerischen Eidgenossenschaft 1798-1848. Unter besonderer Berücksichtigung der Justizgeschichte des Kantons St. Gallen, diss. St. Gallen, Zürich 2011

KRAMER, ERNST A., Judizieren “contra legem”, in: recht 35 (2017) 3, pp. 180-186

KROPFENBERG INGE/LINDER NIKOLAUS, Coding the Nation. Codification History from a (Post-)Global Perspective, in: Duve, Thomas (cur.), Entanglements in Legal History. Conceptual Approaches, Frankfurt a.M. 2014, pp. 67-100

KUHN, ANDRE, La procédure pénale suisse selon le CPP unifié, in: RDS 128 (2009), pp. 125-184

KUHN, ANDRE/PERRIER, CAMILLE, Le Projet de Code de procédure pénale unifiée et son incidence sur les organisations cantonales, in: RPS 125 (2007), pp. 250-261

KÜNZLER, ERWIN, Das Anwaltsrecht des Kantons Appenzell-Ausserrhoden, diss. Bern, St. Gallen 1976

KURTZ, THOMAS, Berufssoziologie, Bielefeld 2002

KURTZ, THOMAS, Der Professionsansatz von Niklas Luhmann, Soziale Systeme 17 (2011), 1, pp. 31-52

LACCHÈ, LUIGI, L'opinione pubblica saggiamente rappresentata. Giurie e corti d'assise nei processi celebri tra Otto e Novecento, in: Marchetti, Paolo (cur.), Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare, atti del convegno, Teramo, 4 maggio 2006, Napoli 2007, pp. 89-147

LACCHÈ, LUIGI, "Non giudicate". Antropologia della giustizia e figure dell'opinione pubblica tra Otto e Novecento, Napoli 2009

LACCHÈ, LUIGI, Il costituzionalismo liberale, in: Cappellini, Paolo et al. (cur.), Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti, Il contributo italiano alla storia del pensiero, ottava appendice. Diritto, Roma 2012, pp. 294-301

LACCHÈ, LUIGI, Il tempo e i tempi della Costituzione, in: Lacchè, Luigi, History & constitution. Developments in European constitutionalism. The comparative experience of Italy, France, Switzerland and Belgium (19th - 20th centuries), Frankfurt a.M. 2016, pp. 639-656 (già pubblicato nel 2013)

LACCHÈ, LUIGI ET AL. (CUR.), Penale giustizia potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli, Macerata 2007

LACCHÈ LUIGI/ STRONATI MONICA, La questione criminale, una questione italiana, in: Lacchè, Luigi/Stronati, Monica (cur.), Questione criminale e identità nazionale in Italia tra Otto e Novecento, Macerata 2014, pp. 7-16

LANDMANN, VALENTIN, Das Geschworenengericht aus Sicht der Strafverteidigung, in: CONTARINI/BERNASCONI 2014, pp. 147-164

LANGHARD, JOHANN, Die Anarchistischen Bewegung in der Schweiz, von ihren Anfängen bis zur Gegenwart und die internationalen Führer, Berlin 1903

LANGHARD, JOHANN, Die politische Polizei der schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 1909

LANZALAVI, DOMINIQUE, Vincent de Moro Giafferri. “Défendre l’homme, toujours”, Ajaccio 2011

LAUENER, MICHAEL, Jeremias Gotthelf. Prediger gegen den Rechtsstaat, Diss., Zürich 2011

LEIBNIZ, GOTTFRIED WILHELM, Essais de Théodicée. Œuvres philosophiques de Leibniz, Texte établi par Paul Janet, Félix Alcan, 1900 (1791) (wikisource)

LEMKE-KÜCH, HARALD, Der Laienrichter - überlebtes Symbol oder Garant der Wahrheitsfindung? Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung über das “moderne” Volksgericht in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts, Frankfurt a.M. 2014

LEMMENMEIER, MAX, Die Anfänge einer bürgerlich-industriellen Gesellschaft, in: Wissenschaftliche Kommission der Sankt-Galler Kantonsgeschichte, Sankt-Galler Geschichte 2003, vol. 5: Die Zeit des Kantons 1798-1861, St. Gallen 2003, pp. 11-98

LENZ, ADOLF, Der Anarchismus und das Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 16 (1896) 1, pp. 1-47

LERCH, EMIL, Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit im Verfahren vor den luzernischen Strafgerichten, in: RPS 69 (1954), pp. 355-365

LERCH, KENT D., Beobachter beobachten Beobachter. Eine andere Sicht auf das linguistische Monitoring der juristischen Experten-Laien-Kommunikation, in: Hermes 36 (2006), pp. 65-75

LETTO-VANAMO, PIA, Laien als Richter – warum und wozu? in: Eckert, Jörn/Letto-Vanamo, Pia/Modéer, Kjell Å. (cur.), Juristen im Ostseeraum. Dritter Rechtshistorikertag im Ostseeraum 20.-22. Mai 2004, Frankfurt a.M. 2007, pp. 97-105

LEUCH, GEORG, Die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts gegen Entscheidungen der Kantonalen Gerichte, in: RPS 57 (1943), pp. 1-27

MARTIN LEUENBERGER, 1830 bis 1833: Der neue Kanton, in: Epple, Ruedi et al., Nah dran, weit weg: Geschichte des Kantons Basel-Landschaft, vol. 5: Armut und Reichtum. 19. und 20. Jahrhundert, Liestal 2001, pp. 171-182

LIBRAIRIE VALOIS (ED.), Le Procès De Rosa. Dépositions, plaidoiries et jugement. Préface de Jean-Richard Bloch, Paris 1930

LIEBER, NORMAN, Schöffengericht und trial by jury, eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Entstehung, gegenwärtigen Praxis

und möglichen Zukunft der Laienbeteiligung an Strafverfahren in Europa, Berlin 2010

LIENHART, ERNST EUGEN, Der thurgauische Strafprozess, Kreuzlingen 1934

LINKENHEIL, BEATE, Laienbeteiligung an der Strafjustiz. Relikt des bürgerlichen Emanzipationsprozesses oder Legitimation einer Rechtsprechung "Im Namen des Volkes"?, Berlin 2003.

LÖHR, DIANA, Zur Mitwirkung der Laienrichter im Strafprozess, eine Untersuchung über die rechtsgeschichtliche und gegenwärtige Bedeutung der Laienbeteiligung im Strafverfahren, Hamburg 2008

LOMBROSO, CESARE, Le crime de Luccheni, in: *Revue des Revues* IX (1898) XXVII, pp. 240-248

LOMBROSO, CESARE, Gli anarchici. Psicopatologia criminale d'un ideale politico. Milano 1998 (1894-5)

LORENZELLI, ALFONSO, Il Giurì. Origini, organizzazione, funzionamento, diss. Fribourg, Roma 1911

LÜBBE, WEYMA, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? Rekonstruktion der Antwort Max Webers, in: *ARSP* 79 (1993) 1, pp. 80-90

LUHMANN, NIKLAS, Die Profession der Juristen. Kommentare zur Situation in der Bundesrepublik Deutschland in: Luhmann, Niklas, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 2a ed., Frankfurt a.M. 1999 (1975), pp. 173-190

LUHMANN, NIKLAS, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main 1983 (1969)

LUHMANN, NIKLAS, Frauen, Männer und George Spencer Brown, in: *Zeitschrift für Soziologie* 17 (1988) 1, pp. 47-71 (ora anche in: Pasero, Ursula/Weinbach, Christine (cur.), *Frauen, Männer, gender trouble. Systemtheoretische Essays*, Frankfurt a.M. 2003, pp. 15-62)

LUHMANN, NIKLAS, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna 1990 (trad. dal tedesco del 1984)

LUHMANN, NIKLAS, Interesse und Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: *ZNR* 12 (1990), pp. 1-13

LUHMANN, NIKLAS, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, in: *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), pp. 176-220

LUHMANN, NIKLAS, intervista di Hans Dieter Huber am 13.12.90 a Bielefeld, in: *Texte zur Kunst* 1 (Herbst 1991) 4, pp. 121-133

LUHMANN, NIKLAS, Sthenographie und Euryalistik, in: Gumbrecht, Hans Ulrich/Pfeiffer, K. Ludwig (cur.), Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche. Situationen offener Epistemologie, Frankfurt a.M. 1991, pp. 58-82

LUHMANN, NIKLAS, Die Beobachtung der Beobachter im politischen System: Zur Theorie der Öffentlichen Meinung, in: Wilke, Jürgen (cur.), Öffentliche Meinung. Theorie, Methoden, Befunde. Beiträge zu Ehren von Elisabeth Noelle-Neumann, Freiburg i.Br./München 1992, pp. 77-86

LUHMANN, NIKLAS, Temporalisierung von Komplexität. Zur Semantik neuzeitlicher Zeitbegriffe, in: Luhmann, Niklas, Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft. Band 1, Frankfurt a.M. 1993 (1980), pp. 235-299

LUHMANN, NIKLAS, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, Heidelberg 1993

LUHMANN, NIKLAS, The Code of the Moral, in: Cardozo Law Review 14 (1993) 4, pp. 995-1009

LUHMANN, NIKLAS, Die Paradoxie des Entscheidens, in: Balke, Friedrich/Schwering, Gregor/Stäheli, Urs (cur.), Paradoxien der Entscheidung. Wahl/Selektion in Kunst, Literatur und Medien, Bielefeld 2004 (1994), pp. 17-56

LUHMANN, NIKLAS, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995 (1993)

LUHMANN, NIKLAS, Zeit und Gedächtnis, in: Soziale Systeme 2 (1996) 2, pp. 307-330

LUHMANN, NIKLAS, Die Kunst der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1997 (1995)

LUHMANN, NIKLAS, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2002 (opera postuma)

LUHMANN, NIKLAS, Soziologie des Risikos, Berlin 2003 (1991)

LUHMANN, NIKLAS, Entscheidungen in der "Informationsgesellschaft", in: Corsi Giancarlo/Esposito Elena (cur.), Reform und Innovation in einer unstablen Gesellschaft, Stuttgart 2005 (1996), pp. 27-40

LUHMANN, NIKLAS, Rechtssoziologie, Wiesbaden 2008 (1972)

LUHMANN, NIKLAS, Organisation und Entscheidung, 3a ed., Wiesbaden 2011 (edizione postuma)

LUMINATI, MICHELE, Linguaggi e stili della magistratura italiana nel secondo dopoguerra, in: Varni, Angelo/Melis, Guido (cur.), L'impiegato allo specchio, Torino 2002, pp. 297-326

LUMINATI, MICHELE, Storia di un codice “rinviato”, ovvero: Gioie e pene della codificazione penale svizzera, in: De Biasio, Giorgio et al. (cur.), Un inquieto ricercare. Scritti offerti a Pio Caroni, Bellinzona 2004, pp. 327-348

LUMINATI, MICHELE, Justizgeschichte des Schweizer Bundesstaates - Ein Forschungsprojekt, in: Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 5 (2004), pp. 285-293

LUMINATI, MICHELE, Priester der Themis. Richterliches Selbstverständnis in Italien nach 1945, abil. Zürich, Frankfurt a.M. 2007

LUMINATI, MICHELE, Strafrechtsgeschichte(n) der Innerschweiz im 19.-20. Jahrhundert zwischen Rückständigkeit und Fortschritt, in: Signa Iuris 5 (2010), pp. 115-140

LUMINATI, MICHELE, Giudici legislatori – alla maniera elvetica, in: Quaderni fiorentini 40 (2011), pp. 303-329

LUMINATI, MICHELE, Oralità del diritto – reloaded. Alcune riflessioni, in: Bernardi, Claudia et al. (cur.), Fare Spazio, Pratiche del comune e diritto alla città, Milano-Udine 2015, pp. 73-86

LUMINATI, MICHELE, Die Entstehung der Staatsanwaltschaft in der Schweiz – ein rechtshistorischer Streifzug, in: Luminati, Michele/Oberholzer, Niklaus (cur.), Die Staatsanwaltschaft im Spannungsfeld von Unabhängigkeit, Aufsicht und Weisung, Sonderheft Forum poenale 11 (2018), pp. 340-348

LUMINATI, MICHELE/CONTARINI FILIPPO, Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand, in: ZSR 138 (2019) II, pp. 201-289

LUMINATI, MICHELE/LINDER, NIKOLAUS, Der Code Civil als Provokation: Der richterliche Umgang mit dem Code Civil im Berner Jura (1815-1912), in: Dölemeyer, Barbara/Mohnhaupt, Heinz/Somma, Alessandro (cur.), Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen ausserhalb Frankreichs, Frankfurt a.M. 2006, pp. 273-290

LÜTHI, WERNER, Die schweizerische Bundesanwaltschaft, mit einem Rückblick bis in die Helvetik, diss., Bern 1923

LÜTHI, WERNER, Ueber eidgenössische Strafrechtspflege, in: ZBJV 59 (1924), pp. 469-477 e 516-526

LÜTHI, WERNER, Abschied vom alten Bundesstrafprozess, in: RPS 49 (1935), pp. 31-51

LÜTHI, WERNER, Die Gesetzgebung der Helvetischen Republik über die Strafrechtspflege, Bern 1938

MACHURA, STEFAN, *Fairness und Legitimität*, abil. München/Neubiberg, Baden-Baden 2001

MACHURA, STEFAN, *Law and Cinema Movement*, in: Picart, Caroline Joan/Jacobsen, Michael Hviid/Greek, Cecil (cur.), *Framing Law and Crime. An Interdisciplinary Anthology*, Lanham (Maryland) 2016, pp. 25-58

MACHURA, STEFAN, *Legitimation*, in: Kopp, Johannes/Steinbach, Anja (cur.), *Grundbegriffe der Soziologie*, Wiesbaden 2016, pp. 200-206

MAHLMANN, MATTHIAS, *Katastrophen der Rechtsgeschichte und die autopoietische Evolution des Rechts*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 21 (2000) 1, pp. 247-277

MAHLMANN MATTHIAS (CUR.), *Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner*, Baden-Baden 2011

MAHLMANN, MATTHIAS, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 2a ed., Baden-Baden 2012

MAISSEN, THOMAS, *Geschichte der Schweiz*, Baden 2010

MAISSEN, THOMAS, *I miti svizzeri. Realtà e retroscena*, Locarno 2018 (trad. dal tedesco)

MARBACH, FRITZ, *Für das Schwurgericht*, in: *Rote Revue* 7 (1927-28), pp. 205-211

MARCHART, OLIVER, *Öffentlichkeit*, in: Farzin, Sina/Jordan, Stephan (cur.), *Reclam Lexikon Soziologie und Sozialtheorie, Hundert Grundbegriffe*, Stuttgart 2008, pp. 209-212

MARCHART, OLIVER, *Das unmögliche Objekt. Eine postfundamentalistische Theorie der Gesellschaft*, Berlin 2013

MARIANI ARCOBELLO, FRANCESCA, *Socialista di frontiera. L'avvocato Francesco Nino Borella (1883-1963)*, Bellinzona 2008

MARIANI ARCOBELLO, FRANCESCA, *Francesco Borella (1883-1963), avocat du mouvement ouvrier de la Suisse italienne*, in: *Cahiers AEHMO* 26 (2010), pp. 102-114

MARTIN, ALFRED, *Du projet de loi de M. le juge fédéral Hafner concernant l'organisation judiciaire fédérale, Rapport*, in: *RDS* 8 n.s. (1889), pp. 503-538

MARTINOLA, GIUSEPPE, *Un clamoroso caso di spionaggio nel Ticino nel 1853: l'affare Contini*, in: *BSSI* 76 (1964) 4, pp. 157-166 e 77 (1965) 2, pp. 51-118

MARTINOLA, GIUSEPPE, L'emigrazione politica ungherese nel Ticino dopo il 1848, in: BSSI 76 (1964), pp. 31-74,

MARTINOLA, GIUSEPPE, Gli esuli italiani nel Ticino, vol. 2: 1848-1870, Lugano 1994

MATTHEY-CLAUDET, WILLIAM, Les assises fédérales à Genève. Après les troubles du 9 novembre 1932. Le procès Nicole et consorts. Compte rendu complet des débats publié par " La tribune de Genève ", Genève 1933

MAZBOURI, MALIK/VALLOTTON, FRANÇOIS/NELLEN, STEFAN/ASMUSSEN, TINA, Editorial. Figuren und Akteure des Skandals in der Schweiz, 16.-20. Jahrhundert, in: Skandal!, traverse 22 (2015) 3, pp. 17-31

MECCARELLI, MASSIMO, La difesa internazionale contro il crimine e il diritto penale politico. Prime note sul dibattito negli anni Venti e Trenta del Novecento, in: Colao, Floriana/Lacchè, Luigi/Storti, Claudia (cur.), Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto, Milano 2015, pp. 135-154

MECCARELLI, MASSIMO/SOLLA SASTRE, MARÍA JULIA, An Introduction, in: Meccarelli, Massimo/Solla Sastre, María Julia (cur.), Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries, Frankfurt a.M. 2016, pp. 3-24

MEDER, STEPHAN, Rechtsgeschichte. Eine Einführung, 6a ed., Köln 2017

MESSMER, HEINZ, Der soziale Konflikt. Kommunikative Emergenz und systemische Reproduktion, Stuttgart 2003

MEUWLY, OLIVIER, Louis Ruchonnet, 1834-1893. Un homme d'Etat entre action et idéal, diss., Losanna 2006

MEYER, CARL, Die Stellung des Schwurgerichtsvorsitzenden, insbesondere nach schweizerischem Recht, diss., Zürich 1929

MEYER, ROBERT, Die Gerichtsorganisation im Kanton Appenzell-Ausserrhoden seit 1815, diss., Zürich 1945

MICHEL, KASPAR, Skizzen der Schwyzer Verfassungsgeschichte, Lachen 2008

MITTERMAIER, CARL JOSEPH ANTON, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen, dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmässigkeit, mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder, Stuttgart - Tübingen 1845

MITTERMAIER, CARL JOSEPH ANTON, Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni, Reggio - Modena 1851 (trad. con aggiunte dal tedesco del 1845)

MITTERMAIER, CARL JOSEPH ANTON, Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Europa und Amerika, über ihre Vorzüge, Mängel und Abhilfe, Erlangen 1865

MITTERMAIER, CARL JOSEPH ANTON, Das Volksgericht in Gestalt der Schwur- und Schöffengerichte, Berlin 1866

MITTERMAIER, WOLFGANG/LIEPMANN, MORITZ (CUR.), Schwurgerichte und Schöffengerichte. Beiträge zu ihrer Kenntnis und Beurteilung, vol. 1, Heidelberg 1908

MÖCKLI, SILVANO, Die schweizerischen Landsgemeinde-Demokratien, Bern 1987

MOHNHAUPT, HEINZ, Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem (18. bis 20. Jahrhundert), in: Quaderni fiorentini 40 (2011), pp. 19-52

MOOS, CARLO, La diplomazia di Giuseppe Motta tra le due guerre mondiali, in: Atti della giornata di studio, Giuseppe Motta (1871-1940). Uno statista ticinese fra democrazie e fascismi, svoltasi ad Airolo il 22 agosto 2010, BSSI 114 (2011) 2, pp. 195-208

MOREL, JOSEF KARL PANKRAZ, Die Voraussetzungen des "Gegenrechts" nach Art. 42 des Bundesstrafrechts. Entscheidungsbefugnis der Kriminalkammer, in: RPS 1 (1888), pp. 304-306

MORITZ, JEAN, La nouvelle organisation judiciaire du canton Jura, in: RJJ 2000, pp. 181-247

MUHEIM, GUSTAV, Uebersicht der Entwicklung des Strafrechtes und Gefängniswesens im Kanton Uri, Eröffnungsrede der Generalversammlung des Schweiz. Vereins für Straf- und Gefängniswesen, gehalten den 17. September 1889 in Altdorf, Altdorf 1889

MÜLLER, WALTER, Geschichte der Schaffhauser Kantonsverfassung 1834-1933, diss. Zürich, Schaffhausen 1934

MÜLLER, EDGAR JACQUES, Die heutige Bedeutung der Schwurgerichte in der Schweiz, diss. Zürich, Aarau 1958

MÜLLER, RETO PATRICK, Innere Sicherheit Schweiz. Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848, diss. Basel, Egg bei Einsiedeln 2009

NATALE, MAURO, I falsi e la storia dell'arte, in: Ottani Cavina, Anna/Natale, Mauro (cur.), *Il falso specchio della realtà*, Torino 2017

NEGRI, ANTONIO, Sovranità, oggi: vecchie frammentazioni, nuove eccedenze, in: Calliess, Graf-Peter et al. (cur.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30 April 2009*, Berlin 2009, pp. 97-111

NEVES, MARCELO, Komplexitätssteigerung unter mangelhafter funktionaler Differenzierung: Das Paradox der sozialen Entwicklung Lateinamerikas, in: Birle, Peter/Dewey, Matias/Mascareño, Aldo (cur.), *Durch Luhmanns Brille. Herausforderungen an Politik und Recht in Lateinamerika und in der Weltgesellschaft*, Wiesbaden 2012, pp. 17-27

NIDWALDEN, KANTON (CUR.), *Geschichte des Kantons Nidwalden*, Stans 2014 (1° vol: Von der Urzeit bis 1850; 2° vol.: Von 1850 bis in die Gegenwart)

NOLL, PETER, *Strafprozessrecht*, Zürich 1977

NUZZO, LUCIANO, Le anticamere del diritto e i paradossi dell'inclusione, in: Kiesow, Rainer Maria/Simon, Dieter (cur.), *Vorzimmer des Rechts*, Frankfurt a.M. 2006, pp. 155-174

NUZZO, LUIGI, The Birth of an Imperial Location: Comparative Perspectives on Western Colonialism in China, in: *Leiden Journal of International Law* 31 (2018), pp. 569-596

OBERHOLZER, NIKLAUS, Der Prozess als Rollenspiel oder die systemimmanenten Entlastungsstrategien der Rechtsordnung - ein Beitrag zur Vermeidung von Moraldilemmata, in: Niggli, Marcel Alexander/Hurtado Pozo, José/Queloz, Nicolas (cur.), *Festschrift für Franz Riklin. Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag*, Zürich 2007

OBERLI, ERICH, *Das bernische Geschwornengericht*, diss., Bern 1934

ODIFREDDI, PIERGIORGIO, *C'era una volta un paradosso. Storie di illusioni e verità rovesciate*, Torino 2001

OESTMANN, PETER, *Gelehrte_Richter*, in: Cordes, Albrecht et al. (cur.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. ed., Berlino 2008 ss., vol. 2, colonne 27 – 31

OESTMANN, PETER, *Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren*, Köln 2015

OGOREK, REGINA, *Aufklärung über Justiz*, vol. 1: *Abhandlungen und Rezensionen*, 2 voll., Frankfurt a.M. 2008

OGOREK, REGINA, Zum politischen Selbstverständnis der Rechtsprechung am Vorabend des bürgerlichen Zeitalters – eine Fallstudie, in: OGOREK 2008, pp. 39-65 (1983)

OGOREK, REGINA, Aufklärung über Justiz, vol. 2: Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, abil., Frankfurt a.M. 2008 (1986)

OGOREK, REGINA, Richter und Politik aus historischer Sicht, in: OGOREK 2008, pp. 139-155 (1992)

OGOREK, REGINA, Die erstaunliche Karriere des ‚Subsumtionsmodells‘ oder wozu braucht der Jurist Geschichte? in: OGOREK 2008, pp. 87-104 (2002)

OGRIS, WERNER, Kabinettsjustiz, in: Cordes, Albrecht et al. (cur.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. ed., Berlino 2008 ss., vol. 2, colonne 1487 – 1492

PALMA, PAOLO, Una bomba per il duce. La centrale antifascista di Pacciardi a Lugano (1927-1933), Soveria Mannelli 2003

PANZERA, FABRIZIO, Giuseppe Cattori dall' intransigenza al cattolicesimo democratico. (Per una biografia di Giuseppe Cattori), in: Atti del Convegno "A 70 anni dalla morte di Giuseppe Cattori. Il Ticino degli anni Venti" svoltosi a Muralto il 14 dicembre 2002, BSSI 107 (2004), pp. 109-126

PANZERA, FABRIZIO, Un processo contrastato, un Cantone diviso. Saggio introduttivo, in: SCARTAZZINI, 2013 (1880), pp. 7-44

PEDRAZZINI RIZZI, VERENA, La suppression du jury populaire à Genève : chronique d'une mort annoncée, in: CONTARINI/BERNASCONI 2014, pp. 131-146

PELLET, MARC, La disparition du jury: échec de la justice populaire?, in: Justice et criminalité. Vaud, XVe-XXIe siècles, Revue historique vaudoise 118 (2010), pp. 217- 221

PENSE, TILL, Das spanische Schwurgericht, Frankfurt a.M. 2006

PERRENOUD, MARC/BARRELET, JEAN-MARC (1991), Numa Droz 1844-1899, in: ALTERMATT 2019, pp. 163-168

PESSINA, ENRICO, Manuale del diritto penale italiano, 3a ed., parte prima, Napoli 1906

PETERS, KAROLINE, J.D.H. Temme und das preussische Strafverfahren in der Mitte des 19. Jahrhunderts, diss. FernUniv. Hagen, Berlin 2010

PFENNINGER, HEINRICH, Das Strafrecht der Schweiz, Berlin 1890

PFENNINGER, HEINRICH, Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Kanton Uri im Auftrage der Regierung, ausgearbeitet mit Motiven, Frauenfeld 1894

PFENNINGER, HANS FELIX, Die Reform der schweizerischen Bundesstrafrechtspflege, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 53 (1932), pp. 706-716

PFENNINGER, HANS FELIX, Schwur- und Schöffengerichte in der Schweiz. Bericht, in: RDS 57 (1938), pp. 697a-747a

PFENNINGER, HANS FELIX, Bundesgericht gegen Schwurgericht, in: SJZ 48 (1952), pp. 349-357

PFENNINGER, HANS FELIX, Eidgenössisches Strafrecht und kantonales Strafprozeßrecht, in: SJZ 51 (1955), pp. 197-208

PFENNINGER, HANS FELIX, Gedanken zum Schwurgerichtsproblem, in: Carl Stooss zum achtzigsten Geburtstage, 13. Oktober 1929, in herzlicher Verehrung dargebracht von Freunden und vom Verlag, Bern 1929, pp. 295 ss., ripubblicato in: PFENNINGER 1966 Probleme, pp. 251-268

PFENNINGER, HANS FELIX, Probleme des schweizerischen Strafprozessrechtes. Ausgewählte Aufsätze, Zürich 1966

PFENNINGER, HANS FELIX, Vom Schwurgericht zum Geschworenengericht im Kanton Zürich, in: PFENNINGER 1966 Probleme, pp. 287-295

PFYFFER VON ALTISHOFEN, KASIMIR, Kommissional-Bericht über das Zivilrechts-Verfahren an den hohen Grossen Rath des Kantons Luzern, Luzern 1849

PFYFFER VON ALTISHOFEN, KASIMIR, Das Strafrechts-Verfahren des Kantons Luzern vom Jahre 1865. Mit einer Einleitung und erläuternden Bemerkungen, mit einigen Formularen nebst zwei Abhandlungen, Luzern 1866

PFYFFER VON ALTISHOFEN, KASIMIR, Gedanken über die Bundesrevision, Luzern 1872

PIQUEREZ, GERARD, Procédure pénale suisse. Traité théorique et pratique, Zürich 2000

PIQUEREZ, GERARD, Traité de procédure pénale suisse, 2a ed., Genève 2006

PLANTA, PETER CONRADIN VON, Die Geschworenengerichte (gewürdigt für den Kanton Graubünden), in: ZSR v.s. 4 (1855), pp. 29-46

POMETTA, ELIGIO, Il processo Clementi-Grilenzoni-Cassola, in: ASSI 7 (1932) 3-4, pp. 159-196

PORTALIS, JEAN ÉTIENNE MARIE, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, Paris 1844 (1800), pubblicati da Frédéric Portalis

PORTINARO, PIER PAOLO, La spada sulla bilancia. Funzioni e paradossi della giustizia politica, in: I diritti dei nemici. Quaderni fiorentini 38 (2009), Tomo I, pp. 75-106

POUDRET, JEAN-FRANÇOIS, Echevins ou jurés? Considérations historiques au sujet du rôle des laïcs dans l'administration de la justice civile et pénale, in: RPS 98 (1981), pp. 69-85

PURTSCHERT, PATRICIA, Kolonialität und Geschlecht im 20. Jahrhundert. Eine Geschichte der weißen Schweiz, Bielefeld 2019

R., CH., Klassenjustiz, in: GewRund 5 (1913), pp. 153-156 (NB non dispongo di più informazioni sull'autore)

RAIS, ALBERT, La juridiction fédérale en matière pénale d'après les projets de Code pénal et de Code procédure pénale. Rapport, RDS 50 n.s. (1931), pp. 113a-135a

RAISER, THOMAS, Grundlagen der Rechtssoziologie. Das lebende Recht, 4 ed., Tübingen 2007

RAISER, THOMAS, Homo oeconomicus, homo sociologicus, homo juridicus. Leitbilder wissenschaftlicher Forschung?, in: MAHLMANN 2011, pp. 347-356

RASELLI, NICCOLÒ, Laien als Richter und Richterinnen, in: SJZ 104 (2008), pp. 96-99

RAUBER, ANDRÉ, La faute à Léon Nicole?, in: HEIMBERG/PREZIOSO/ENCKELL 2008, pp. 87-98

RAYNER, HERVE, De quoi les scandales sont-ils faits?, in: Skandal!, traverse 22 (2015) 3, pp. 33-45

REHBINDER, MANFRED, Rechtssoziologie, 7a ed., München 2009

REINHART, MARIANNE, Berner Romanistik im 19. Jahrhundert, in: Caroni, Pio (cur.), Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922). Colloquium zum 150. Geburtstag, Bern 15./16. Juni 2000, Frankfurt a.M. 2003, pp. 27-79

RENNIG, CHRISTOPH, Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht. Empirische, rechtsdogmatische und psychologisch-theoretische Untersuchungen zur Laienbeteiligung an der Strafgerichtsbarkeit, diss., Marburg 1993

RIEDO, CHRISTOF/FIOLKA, GERHARD/NIGGLI, MARCEL ALEXANDER, Schweizerisches Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011

RIEMER, LARS HENDRIK (ED.), Das Netzwerk der „Gefängnisfreunde“ (1830-1872). Karl Josef Anton Mittermaiers Briefwechsel mit europäischen Strafvollzugsexperten, tomo 1, Frankfurt a.M. 2005

RIGONALLI, MARZIO, Le Tessin dans les relations entre la Suisse et l'Italie 1922-1940, diss. Genève, Locarno 1984

ROSSI, GIULIO /POMETTA, ELIGIO, Storia del Cantone Ticino, 2a ed., Locarno 1980

ROTHENBERGER, CHRISTIAN, Geschichte und Kritik des Schwurgerichts-Verfahrens in der Schweiz, nach eidg. und kantonalem Staats- und Gerichtsverfassungsrechte und den Straf- u. Zivil Prozessordnungen der Kantone und des Bundes für die bürgerliche und militärische Rechtspflege. Ein Beitrag zur Vereinheitlichung des Schweizerischen Strafprozessrechtes, diss., Bern 1903

ROTT, EMIL, Der Neuenburger Anarchistenprozess, in: RPS 3 (1890), pp. 51-55

ROTTER, FRANK, Gerichtliche und therapeutische Diskurse. Vergleichende Perspektiven zwischen Diskursanalyse, Semiotik und Soziologie, in: Rotter, Frank (cur.), Psychiatrie, Psychotherapie und Recht. Diskurse und vergleichende Perspektiven, Frankfurt a.M. 1994, pp. 241-257

ROVELLI, CARLO, L'ordine del tempo, Milano 2017

ROVELLI, CARLO, 'There is no such thing as past or future': physicist Carlo Rovelli on changing how we think about time, intervista di Charlotte Higgins su *The Guardian* online il 14.4.2018, <https://www.theguardian.com/books/2018/apr/14/carlo-rovelli-exploding-commonsense-notions-order-of-time-interview>

RÜCKERT, JOACHIM, Freirechtsbewegung, in: Cordes, Albrecht et al. (cur.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. ed., Berlino 2008 ss., vol. 1, colonne 1772 – 1777

RÜEFLI, ANNA, Fachrichterbeteiligung im Lichte der Justiz- und Verfahrensgarantien. Unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Gerichte des Bundes und der Kantone Aargau, Basel-Stadt, Bern, Luzern, St. Gallen, Waadt und Zürich, diss., St. Gallen 2017

RÜPING HINRICH/JEROUSCHEK GÜNTER, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6a ed., München 2011

RÜTTIMANN, JOHANN JAKOB, Bericht über die englische Strafrechtspflege, Zürich 1837

RÜTTIMANN, JOHANN JAKOB, Die zürcherischen Gesetze betreffend die Organisation der Rechtspflege und das Strafverfahren (Schwurgerichte) mit Erläuterungen, Zürich 1853

RÜTTIMANN, JOHANN JAKOB, Zur Geschichte und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege. Akademischer Vortrag, gehalten am 25. Jänner 1855, Zürich 1855

RÜTTIMANN, JOHANN JAKOB, “Was sind die gesetzlichen Bestimmungen in denjenigen Kantonen, welche Geschwornengerichte haben, in betreff der an die Geschwornen zu richtenden Fragen? [...], Referat, Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, in: ZSR v.s. 12 (1864), pp. 42-106

RÜTTIMANN, JOHANN JAKOB, Dr. Jonas Furrer, in: J. J. Rüttimann, Kleine vermischte Schriften juristischen und biographischen Inhalts. Mit Biographie des Verfassers, Zürich 1876 (cur. dal Dr. A. Schneider), pp. 73-122

SADOGHI, ALICE, Thesen zur Geschworenengerichtsbarkeit - historische Aufarbeitung und Perspektiven, diss., Linz 2007

SAHLINS, MARSHALL, Un grosso sbaglio. L'idea occidentale di natura umana, Milano 2010 (2008, trad. dall'inglese)

SALIS, LUDWIG RUDOLF VON, Il diritto pubblico svizzero. Giurisprudenza di diritto pubblico e amministrativo del Consiglio federale e dell'Assemblea federale dal 29 maggio 1874 in avanti. Volta in italiano per incarico del Consiglio federale svizzero da Luigi Colombi, Bellinzona 1892-1894

SALIS, PIERRE VON, Die Kompetenzen des Bundesgerichtes in Strafsachen, diss., Bern 1927

SANCAR, ANNEMARIE, Migrationsverläufe im Spannungsfeld zwischen Diskriminierungen und Befreiung, in: Bannwart, Bettina et al. (cur.), Keine Zeit für Utopien? Perspektiven der Lebensformenpolitik im Recht, Zürich 2013, pp. 339-349

SANDERS, ANNE / VON DANWITZ, LUC, Zulässigkeit und Grenzen von Kritik an der Justiz, in: “Justice - Justiz - Giustizia” 2018/2

SANTSCHI KALLAY, MASCHA, Externe Kommunikation der Gerichte. Rechtliche und praktische Aspekte der aktiven und reaktiven Medienarbeit der Judikative, diss. Zürich, Bern 2018

SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON, Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung. Ausgearbeitet im Justizministerium für die Gesetzrevision, Frankfurt a.M. 2011 (reprint 1846)

SBRICCOLI, MARIO, Giustizia criminale, in: Fioravanti, Maurizio (cur.), Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto, Roma-Bari 2002, pp. 163-206

SCARTAZZINI, GIOVANNI ANDREA, Il processo di Stabio! Una disamina storica della vicenda, Lugano 2013 (trad. dal tedesco 1880)

SCHÄFER FRANK L., Carl Stooss (1849-1934) – Eine Geschichte der Strafrechtskodifikation in drei Staaten, in: Schäfer, Frank. L./Schmöckel, Mathias/Vormbaum, Thomas (cur.), Ad Fontes! Werner Schubert zum 75. Geburtstag, Berlin 2015, pp. 33-76

SCHERZBERG, ARNO, Rechtswissenschaften, in: ENGEL/HALFMANN/SCHULTE 2002, pp. 113-144

SCHLÄPFER, WALTER, Appenzell Ausserrhoden (von 1597 bis zur Gegenwart), Appenzeller Geschichte, Appenzell 1972

SCHLOSSER, HANS, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 10a ed., Heidelberg 2005

SCHLOSSER, HANS, Neuere Europäische Rechtsgeschichte. Privat- und Strafrecht vom Mittelalter bis zur Moderne, 3a ed., München 2017

SCHMID, ALEX, Graubünden – Land der Richter?, in: SJZ 85 (1989), pp. 309-312

SCHMID, NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009

SCHMIDT, REINHARD, Tradurre la complessità. Note bilingui sul lessico luhmanniano, in: Luhmann, Niklas, Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale, Bologna 1990 (sua trad. dal tedesco del 1984), Appendice, pp. 745-761

SCHMIDT, JOHANNES F.K., Luhmanns Zettelkasten und seine Publikationen, in: Jahraus, Oliver et al. (cur.), Luhmann-Handbuch. Leben — Werk — Wirkung, Stuttgart 2012, pp. 7-11

SCHNEIDER, ALBERT, Dr. J.J. Rüttimann, in: Johann Jakob Rüttimann, Kleine vermischte Schriften juristischen und biographischen Inhalts. Mit Biographie des Verfassers, Zürich 1876, pp. 3-33

SCHNEIDER, FRANZ, Presse, Pressefreiheit, Zensur, in: Brunner, Otto/Conze, Werner/Koselleck, Reinhart (cur.), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, vol. 4, Stuttgart 1978, pp. 899-921

SCHOOP ALBERT, Johann Konrad Kern. Jurist, Politiker, Staatsmann, Frauenfeld, Stuttgart 1968

SCHOTT, CLAUDIETER, Wir Eidgenossen fragen nicht nach Bartele und Baldele, in: Kroeschell, Karl (cur.), Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum fünfundsiebzigsten Geburtstag von Hans Thieme, Sigmaringen 1983, pp. 17-45

SCHOTT CLAUDIETER (ED.), Der Sachsenspiegel, Zürich 1984

SCHOTT, CLAUDIETER, "Fremde Richter - Fremde Gerichte": Mythos, Tradition oder Missverständnis?, manoscritto online 2013 in versione pdf su ZORA (<https://doi.org/10.5167/uzh-86637>) (già pubblicato su AJP 22 (2013) 9, pp. 1368-1373)

SCHUBARTH, MARTIN, Das Tessiner Geschworenengericht: unvereinbar mit der neuen schweizerischen Strafprozessordnung oder ein begrüßenswerter Beitrag zum Rechtsstaat Schweiz?, in: CONTARINI/BERNASCONI 2014, pp. 113-122

SCHUDEL, ROBERT JUL., Das Zürcherische Schwurgericht. Geschichte, Organisation und Verfahren, diss. Zürich, Männedorf 1914

SCHULTHESS, HANS (CUR.), Schweizer Juristen der letzten 100 Jahre, Zürich 1945

SCHWEIZER, RAINER, Keine Rechtsprechung ohne ausreichende Rechtskenntnisse, in: plädoyer 03/2017, pp. 44-48

SCHWENKEL, CHRISTOF, Der Einfluss kantonaler Justizsysteme auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichte, diss. Luzern, Bern 2016

SCIUMÈ, ALBERTO, Garanzie legali e misure arbitrarie nell'Italia *fin de siècle*: i processi agli anarchici, ovvero dell'errore impossibile, in: Gouron, André et al. (cur.), Error iudicis. Juristische Wahrheit und justizieller Irrtum, Frankfurt am Main 1998, pp. 233-256

SEFEROVIC, GORAN, Das Schweizerische Bundesgericht 1848-1874. Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat, diss., Zürich 2010

SEGESSER, ANTON PHILIPP VON, Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Lucern, Band 4: Das sechzehnte, siebzehnte und achtzehnte Jahrhundert, Abt. 2, Luzern 1858

SEIBERT, THOMAS-MICHAEL, Orte der Wahrheit. Zur Semantik der Räume von Hauptverhandlung und Psychoanalyse, in: Rotter, Frank (cur.), Psychiatrie, Psychotherapie und Recht. Diskurse und vergleichende Perspektiven, Frankfurt a.M. 1994, pp. 157-172

SELLERT, WOLFGANG, Geschworene, in: Cordes, Albrecht et al. (cur.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. ed., Berlino 2008 ss., vol. 2, colonne 281 – 282

SELLERT, WOLFGANG/RÜPING, HINRICH, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, vol. 2: Von der Aufklärung bis zur doppelten Staatsgründung, Aalen 1994

SELVINI PALAZZOLI, MARA/BOSCOLO, LUIGI/CECCHIN, GIANFRANCO/PRATA, GIULIANA, Paradosso e controparadosso, Milano 2003

SIEGRIST, HANNES, Advokat, Bürger und Staat, 2 voll., Frankfurt a.M. 1996

SNELL, LUDWIG, Leitende Gesichtspunkte für eine schweizerische Bundesrevision, Bern 1848

SOLAND, ROLF, Zwischen Proletariern und Potentaten. Bundesrat Heinrich Häberlin, 1868-1947, und seine Tagebücher, Zürich 1997

SOLAND, ROLF, Heinrich Häberlin 1868-1947, in: ALTERMATT 2019, pp. 319-324

SOLDATI, AGOSTINO, Per la chiarezza, [senza luogo] 1935

SOLLBERGER, JÜRIG, Die letzten Tagen des Bernischen Geschwornengerichtes, in: RPS 114 (1996), pp. 125-147

SPICHTIGER, AUGUSTE, Procès de “L’Avant-Garde”, La Chaux-de-Fonds 1879

SPONA, DAGMAR, Laienbeteiligung im Strafverfahren, eine rechtssoziologische Untersuchung zur Funktion der Laienbeteiligung im Strafprozess, diss. Bielefeld, Frankfurt a.M. 2000

STÄMPFLI, FRANZ, Zum Fall Justh, (Art. 42 und 43 des Bundesstrafrechts), in: SZJ 23 (1926/27) 17, pp. 257-263

STÄMPFLI, FRANZ, Verbrechen gegen fremde Staaten, in: RPS 41 (1928), pp. 313-334

STÄMPFLI, FRANZ, Das Bundesstrafverfahren nach dem Entwurf eines Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege, in: RPS 42 (1929), pp. 328-359

STÄMPFLI, FRANZ, Zum Fall Bassanesi, in: SJZ 1931 pp. 1-15

STÄMPFLI, FRANZ, Die Bundesstrafrechtspflege nach dem Strafgesetz und Strafprozessentwurf. Referat, in: RDS 50 n.s. (1931), pp. 1a-112a

STÄMPFLI, FRANZ, Rechtliches zum Fall Nicole, in: RPS 47 (1933), pp. 420-437

STÄMPFLI, FRANZ, Das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934. Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen und Registern, Bern 1935

STÄMPFLI, FRANZ, Das Unabhängigkeitsgesetz, in: RPS 51 (1937), pp. 15-27

STARYSTACH, SEBASTIAN, Die Soziale Praxis des Gerichtsverfahrens. Über die Juristische Fallbearbeitung in Straf- und Zivilverfahren, diss. Heidelberg, Wiesbaden 2018

STEWART, IAN, Le 17 equazioni che hanno cambiato il mondo, Torino 2018 (trad. dall'inglese, 2012)

STICHWEH, RUDOLF, Selbstorganisation und die Entstehung nationaler Rechtssysteme (17.-19. Jahrhundert), in: Rechtshistorisches Journal 9 (1990), pp. 254-272.

STICHWEH, RUDOLF, Motive und Begründungsstrategien für Wissenschaftlichkeit in der deutschen Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts, in: Rechtshistorisches Journal 11 (1992), pp. 330-351

STICHWEH, RUDOLF, Zur Subjektivierung der Entscheidungsfindung im deutschen Strafprozess des 19. Jahrhunderts, in: Gouron, André et al. (cur.), Subjektivierung des justiziellen Beweisverfahrens. Beiträge zum Zeugenbeweis in Europa und den USA (18.-20. Jahrhundert), IUS commune Sonderhefte 64, Frankfurt a.M. 1994, pp. 265-300.

STICHWEH, RUDOLF, Der Fremde. Zur Soziologie der Indifferenz, in: Münkler, Herfried (cur.), Furcht und Faszination. Facetten der Fremdheit. Berlin 1997, pp. 45-64

STICHWEH, RUDOLF, Inklusion/Exklusion, funktionale Differenzierung und die Theorie der Weltgesellschaft, 06/2002, https://www.fiw.uni-bonn.de/demokratieforschung/personen/stichweh/pdfs/17_36stichweh_6.pdf (versione ampliata di quella già pubblicata in: Soziale Systeme 3 (1997), pp. 123-136)

STICHWEH, RUDOLF, Die Soziologie der Professionen. Zur Zukunft einer Forschungstradition und einer Semantik der Selbstbeschreibung, 02/2005, https://www.fiw.uni-bonn.de/demokratieforschung/personen/stichweh/pdfs/38_die-soziologie-der-professionen-2_.pdf

STICHWEH, RUDOLF, 06/2006 - Professionen in einer funktional differenzierten Gesellschaft <https://www.fiw.uni-bonn.de/>

[demokratieforschung/personen/stichweh/pdfs/53_stw-prof.fd.pdf](#) (versione ampliata di quella già pubblicata in: Combe, Arno/Helsper, Werner (cur.), Pädagogische Professionalität. Untersuchungen zum Typus pädagogischen Handelns, Frankfurt a.M. 1996, pp. 49-69)

STICHWEH, RUDOLF, Transfer in Sozialsysteme: Theoretische Überlegungen, in: Duss, Vanessa/Linder, Nikolaus/Kastl, Katrin (cur.), Rechtstransfer in der Geschichte. Legal transfer in history, München 2006, pp. 1-13

STICHWEH, RUDOLF, Fremde, Inklusionen und Identitäten, in: Stichweh, Rudolf, Der Fremde, Berlin 2010, cap. 10 (2002), pp. 148-161

STICHWEH, RUDOLF, Raum, in: Wirth, Jan V./Kleve, Heiko (cur.), Lexikon des systemischen Arbeitens. Grundbegriffe der systemischen Praxis, Methodik und Theorie, Heidelberg 2012, pp. 324-327

STICHWEH, RUDOLF, Inklusion und Exklusion in der Weltgesellschaft – am Beispiel der Schule und des Erziehungssystems, 02/2013, https://www.fiw.uni-bonn.de/demokratieforschung/personen/stichweh/pdfs/97_stw_inklusion-und-exklusion-in-der-weltgesellschaft-schule-und-erziehungssystem.pdf (versione ampliata di quella già pubblicata in: Aderhold, Jens/Kranz, Olaf (cur.), Intention und Funktion: Probleme der Vermittlung sozialer und psychischer Systeme, Wiesbaden 2007, pp. 113-120)

STICHWEH, RUDOLF, Inklusion und Exklusion. Logik und Entwicklungsstand einer gesellschaftstheoretischen Unterscheidung, in: Stichweh, Rudolf, Inklusion und Exklusion. Studien zur Gesellschaftstheorie, 2a ed., Bielefeld 2016, pp. 219-235 (versione rivista di: “Inklusion und Exklusion” in: Gusy, Christoph/Haupt, Heinz-Gerhard (cur.), Inklusion und Partizipation. Politische Kommunikation im historischen Wandel, Frankfurt a.M. 2005, pp. 35-48)

STICHWEH, RUDOLF, Inklusion/Exklusion und die Soziologie des Fremden, in: Stichweh, Rudolf, Inklusion und Exklusion. Studien zur Gesellschaftstheorie, 2a ed., Bielefeld 2016, pp. 179-188 (già pubblicato in: Annali di Sociologia – Soziologisches Jahrbuch 16, 2002/3, pp. 47-66, apparso nel 2006)

STOLLEIS, MICHAEL, Juristenstand, in: Cordes, Albrecht et al. (cur.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. ed., Berlino 2008 ss., vol. 2, colonne 1440 – 1443

STOOS, CARL, Justizreform durch Verfassungsrevision?, in: ZBJV 19 (1883), pp. 415-445

STOOS, CARL, Die Novelle zum Bundesstrafrecht, RPS 3 (1890), pp. 160-173 (alle pp. 174-177 si trova il progetto commissionale)

STOOS, CARL, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrathes vergleichend dargestellt, 2 voll., Basel 1892-3

STOOS, CARL, Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, Basilea/Ginevra 1893

STOOS, CARL, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Motive zu dem Vorentwurf im Auftrage des schweizerischen Bundesrates, Bern 1894

STOOS CARL, Zum Vorentwurf einer Bundesstrafgerichtsordnung, RPS 35 (1922) pp. 217-240

STOOS, CARL, Die Zuständigkeit der eidgenössischen Strafgerichte, RPS 35 (1922), pp. 183-197

STOOS, CARL, Die Bundesgerichtsbarkeit für politische Vergehen in Interventionsfällen, in: RPS 36 (1923), pp. 46-69

STRÄULI, HANS, Das Schwurgericht vor dem zürcherischen Kantonsrat, in: RPS 18 (1905), pp. 130-134

STRÄULI, BERNHARD, Le jury genèvois, in: Revue internationale de droit pénal 72 (2001) 1, pp. 317-344

STREBEL, JACOB, Philipp Anton von Segesser, in: SCHULTHESS 1945, pp. 169-196

STYX, Parteispitzel und Provokateure in der Schweiz, in: Rote Revue 15 (1935-36), pp. 294-304

SUNSTEIN, CASS R., Choosing not to choose. Understanding the value of choice, New York 2017

SUTER, HANS, Das Schwurgericht im aargauischen Strafprozess, diss. Bern, Aarau 1940

SUTER, MEINRAD, Die Staatsgeschichte 1798-2008 im Überblick, in: Historischen Verein des Kantons Schwyz (cur.), Geschichte des Kantons Schwyz, vol. 4: Politik und Verfassung 1712-2010, Zürich 2012, pp. 67 ss.

TACKENBERG, MARCO/WISLER, DOMINIQUE, Die Massaker von 1932: Protest, Diskurs und Öffentlichkeit, in: RSSP 4 (1998), 2, pp. 51-79

TALAMONA, GIANMARCO, Agostino Soldati, in: Associazione Carlo Cattaneo (cur.), Il Ticino delle belle speranze. Stato e società, economia e cultura dal 1880 al 1918, Castagnola 2008, pp. 105-117

TAPPY, DENIS, La nouvelle organisation judiciaire vaudoise, in: Ramoni, Claude (cur.), Les nouveaux fors fédéraux et les nouvelles organisations judiciaires. Travaux de la journée d'étude organisée le 10 octobre 2000 à l'Université de Lausanne, Lausanne 2001, pp. 93-162

TARCHIANI, ALBERTO, Il volo Bassanesi su Milano e il processo di Lugano, in: Antonicelli, Franco (cur.), Trent'anni di storia italiana, 1915-1945. Dall'antifascismo alla Resistenza, lezioni con testimonianze, Torino 1961, pp. 167-170

TEMME, JODOCUS DONATUS HUBERTUS, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts nach den Strafgesetzbüchern der Schweiz, Aarau 1855

TERZAGHI, MATTEO, Il merito del linguaggio. Scrittura e conoscenza, Bellinzona 2006

TEUBNER, GUNTHER, Ist das Recht auf Konsens angewiesen? Zur sozialen Akzeptanz des modernen Richterrechts, in: Giegel, Hans-Joachim (cur.), Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften, Frankfurt a.M. 1992, pp. 197-211

TEUBNER, GUNTHER, Der Umgang mit den Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Joerges, Christian/Teubner, Gunther (cur.), Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 2003, pp. 25-46

TEUBNER, GUNTHER, Giustizia autosovversiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?, Napoli 2008 (trad. dal tedesco)

THIER ANDREAS, Time, Law, and Legal History – Some Observations and Considerations, in: Rg 25 (2017), pp. 20-44

THOMANN, CHARLES, Le mouvement anarchiste dans les montagnes neuchâtelaises et le Jura bernois, diss. Neuchâtel, La Chaux-de-Fonds 1947

THORMANN, PHILIPP, Die Revision des Strafverfahrens des Kantons Bern. Bericht, der Justizdirektion des Kantons Bern im Juni 1906 erstattet, in: RPS 20 (1907), pp. 63-99

THORMANN, PHILIPP, Erläuterungen zum Entwurf einer Strafprozessordnung für den Kanton Bern, 1926

THORMANN, PHILIPP, Der Richter im bernischen Recht. Rektoratsrede, gehalten an der 99. Stiftungsfeier der Universität Bern in der Heiliggeistkirche am 18. November 1933, Bern 1934

THÜRER, DANIEL, Der Experte: Eine "vierte Gewalt"? Seine Rolle im Gemeinwesen zwischen Sachverstand und demokratischer Legitimität, in:

Marauhn, Thilo (cur.), *Recht, Politik und Rechtspolitik in den internationalen Beziehungen*, Tübingen 2005, pp. 45-62

TONGENDORFF, MARIUS, *Schwyzerische Strafrechtspraxis, 1772-1851. Kantonale Rechtsprechung zwischen Mittelalter und Moderne, Tradition und Kodifikation, Rechtsgewohnheit und Gesetz*, diss. Luzern, Zürich 2015

TOSTI, ALFREDO, *Delle contravvenzioni*, vol. 1, Milano 1910

TRISCONI, MICHELA, *Giuseppe Motta e i suoi corrispondenti (1915-1939). Studio di una rete d'influenze*, Locarno, Lugano 1996

ULLMER, RUDOLF EDUARD, *Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden. Aus den Jahren 1848 – 1860*, vol. 1, Zürich 1862

VALSANGIACOMO, NELLY, *Giuseppe Cattori e Guglielmo Canevascini: dieci anni di intesa (1922-1932)*, in: *Atti del Convegno "A 70 anni dalla morte di Giuseppe Cattori. Il Ticino degli anni Venti"* svoltosi a Muralto il 14 dicembre 2002, BSSI 107 (2004), pp. 83-96

VARELA, FRANCISCO J., *Das Immunsystem und der Prozeß der Körper-Individuierung*, in: *Gumbrecht, Hans Ulrich/Pfeiffer, K. Ludwig (cur.), Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche. Situationen offener Epistemologie*, Frankfurt a.M. 1991, pp. 727- 743

VERNIORY, JEAN-MARC, *Les jurés et assesseurs laïcs, la démocratie et l'Etat de droit*, in: *Tschannen, Pierre (cur.), Démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse*, Genève Zürich Basel 2005, pp. 125-147

VESTING, THOMAS, *Rechtstheorie. Ein Studienbuch*, 2a ed., München 2015

VIROLI, MAURIZIO, *Prefazione alla seconda edizione (2005)*, in: *GRANDI/COMBA 2011*, pp. 9-20

VISMANN, CORNELIA, *"Rejouer les crimes" - Theater vs. Video*, in: *Cardozo Studies in Law and Literature* 11 (1999) 2, pp. 161-177 (NB questo contributo è stato ripubblicato, migliorato nell'inglese, in: *Cardozo Studies in Law and Literature* 13 (2001) 1, pp. 119-135)

VISMANN, CORNELIA, *Das Drama des Entscheidens*, in: *Vismann Cornelia/Weitlin, Thomas (cur.), Urteilen/Entscheiden*, München 2006, pp. 91-100

VISMANN, CORNELIA, *Medien der Rechtsprechung*, Frankfurt a.M. 2011 (opera postuma)

VOGT, GUSTAV, *Die Gerichtsbarkeit des eidgenössischen Bundes nach heutigem schweizerischem Staatsrecht*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 13 (1857), pp. 328-430 (prima parte)

VUILLEUMIER, MARC, Paul Brousse et son passage de l'anarchisme au socialisme, Cahiers Vilfredo Pareto 7-8 (1965), pp. 63-80

VUILLEUMIER, MARC, Flüchtlinge und Immigranten in der Schweiz. *Ein historischer Überblick*, Zürich 1992 (1987)

VUILLEUMIER, MARC, La police politique en Suisse 1889-1914. Aperçu historique, in: Jost, Hans Ulrich et al., Cent ans de police politique en Suisse (1889-1989), Lausanne 1992, pp. 31-62

VUILLEUMIER, MARC, La répression sociale en Suisse au XIXe siècle, in: HEIMBERG/PREZIOSO/ENCKELL 2008, pp. 23-41

WA BAILE, MOHAMED /DANKWA, SERENA O./NAGUIB, TAREK/PURTSCHERT, PATRICIA/SCHILLIGER, SARAH (CUR.), Racial Profiling. Struktureller Rassismus und antirassistischer Widerstand, Bielefeld 2019

WAGNER, JOHANN ROBERT, Zur Frage der Schwurgerichte, in: Rote Revue 6 (1926-27), pp. 267-272, 282-287 e 314-318

WAGNER, R. (JOHANN ROBERT), Zur Schwurgerichtsfrage, in: Rote Revue 7 (1927-28), pp. 82-90 e 103-111.

WALDER, HANS ULRICH, Hans Felix Pfenninger 1886-1969, in: Merz, Hans/Schindler, Dietrich/Walder, Hans Ulrich (cur.) Juristengenerationen und ihr Zeitgeist. Abhandlungen grosser Juristen aus zwei Jahrhunderten mit einführenden Worten. Zum 200jährigen Bestehen des Verlages Schulthess, Zürich 1991, pp. 403-405

WALTER, HANS PETER, Psychologie und Recht aus der Sicht eines Richters, in: Schmid, Jörg/Tercier, Pierre (cur.), Psychologie und Recht. Symposium vom 15. Oktober 1999 zum 60. Geburtstag von Peter Gauch, Zürich 2000, pp. 31-54

WALTER, HANS PETER, Der Richterkönig. Eine landläufig verkannte Rechtsfigur, in: Gauch, Peter/Pichonnaz, Pascal (cur.), Figures juridiques. Rechtsfiguren. Mélanges dissociés. K(l)eine Festschrift pour Pierre Tercier, Zürich 2003, pp. 15-22

WALTER, GIULIA/CONTARINI, FILIPPO, "A personal University". Corporative tendencies and a certain kind of fiction in the Swiss law educational system, in: Giddens, Thomas/Silquini-Cinelli, Luca (cur.), Biopolitics of Legal Education, Edward Elgar Publishing, London 2021, in pubblicazione

WALTER-BUSCH, EMIL, Gemeinsame Denkfiguren von Experten und Laien. Über Stufen der Verwissenschaftlichung und einfache Formen sozialwissenschaftlichen Wissens, in: Hitzler, Ronald/Honer, Anne/Maeder,

Christoph (cur.), *Expertenwissen. Die institutionalisierte Kompetenz zur Konstruktion von Wirklichkeit*, Opladen 1994, pp. 83–101

WATZLAWICK, PAUL/BEAVIN, JANET HELMICK/JACKSON DON D., *Pragmatica della comunicazione umana. Studio dei modelli interattivi, delle patologie e dei paradossi*, Roma 1971 (trad. dall'inglese 1967)

WEBER, LEO, *Betrachtungen über die Entwicklung der Bundesstrafgerichtsbarkeit*, RPS 1 (1888), pp. 361-389

WEIBEL, THOMAS, *Friedrich Ludwig Keller und das Obergericht des Kantons Zürich*, Zürich 2006

WIEACKER FRANZ, *Intervento, Su Federico Carlo di Savigny*, Quaderni fiorentini 9 (1980), pp. 303-306

WIEDERKEHR, SANDRA, *Institutionen, Strukturen, Prozesse*, in: Jung, Joseph/Wiederkehr, Sandra (ed.), *Alfred Eschers Briefwechsel (1848-1852). Aufbau des jungen Bundesstaates, politische Flüchtlinge und Neutralität*, Zürich 2012, pp. 18-45

ZBINDEN, KARL, *Kasimir Pfyffer von Luzern im Dienste des Strafrechts*, in: Elsener, Ferdinand/Ruoff, Wilhelm Heinrich (cur.), *Festschrift Karl Siegfried Bader. Rechtsgeschichte, Rechtssprache, Rechtsarchäologie, rechtliche Volkskunde*, Zürich 196, pp. 485-502

ZELLER, FRANZ, *Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik. Verfassungsrechtliche Aspekte von Medienberichten über hängige Gerichtsverfahren*, diss. Bern, Bern, Stuttgart, Wien 1998

ZENDRALLI, ARNOLDO MARCELLIANO, *Profughi italiani nei Grigioni (VII.)*, in: *Qgi* 19 (1949-1950) 1, pp. 21-28

ZEUSKE, MICHAEL, *Kaffee statt Zucker: Die globale commodity Kaffee und die Sklaverei auf Kuba (ca. 1790–1870)*, in: *Saeculum* 67 (2018) 2, pp. 275-304

ZIEGLER, MARTIN, *Laienrichterinnen und -richter*, in: Schindler, Benjamin/Sutter, Patrick (cur.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich 2007, pp. 65-76

ZIEGLER, ADOLF/TRIBUNALE FEDERALE SVIZZERO, *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege: 1. Vernehmlassung des Bundesgerichts zum Vorentwurf von Ziegler und Bericht Ziegler vom 1940, 2. Entwurf des Bundesgerichts vom 1941*, Lausanne 1941

ZÜRCHER, EMIL [Prof.], *Das Anarchistengesetz*, in: RPS 7 (1894), pp. 118-128

ZÜRCHER, EMIL [Prof.], *Revision des Bundesstrafrechts*, Zürich 1922

ZÜRCHER, EMIL [Dr.], Das Schwurgericht, in: RPS 38 (1925), pp. 109-111

*Indice delle riviste e dei giornali*²⁸⁹³

Titolo citato	Titolo completo	Luogo
“Justice - Justiz - Giustizia”	“Justice - Justiz - Giustizia” (https://richterzeitung.weblaw.ch)	(online)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie	Stuttgart
AST	Archivio storico ticinese	Bellinzona
Bollettino OATi	Bollettino dell’Ordine degli avvocati del Cantone Ticino	Chiasso
BSSI	Bollettino storico della Svizzera italiana	Bellinzona
Cahiers AEHMO	Cahiers d’histoire du mouvement ouvrier	
Cahiers Vilfredo Pareto	Cahiers Vilfredo Pareto	Genève
Cardozo <i>Law Review</i>	Cardozo <i>Law Review</i>	New York, NY
Cardozo Studies in Law and Literature	Cardozo Studies in Law and Literature	Abingdon
<i>CdT</i>	Corriere del Ticino	Lugano
<i>Der liberale Alpenbote</i>	Der liberale Alpenbote	Coira
Die Schweiz	Die Schweiz – La Suisse: Ein nationales Jahrbuch – Un annuaire national	Aarau
G+L	„Giustizia e Libertà”. Movimento rivoluzionario antifascista	Paris
<i>Gazette de Lausanne</i>	Gazette de Lausanne	Lausanne
<i>Gazzetta ticinese</i>	Gazzetta ticinese	Lugano
<i>GdP</i>	Giornale del Popolo	Lugano
German Law Journal	German Law Journal (https://germanlawjournal.com/)	(online)
GewRund	Gewerkschaftliche Rundschau für die Schweiz. Monatsschrift des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes	Bern
Hermes	Hermes – Journal of Language and Communication Studies (https://tidsskrift.dk/her)	(online, Aarhus)
Il Cantonetto	Il Cantonetto. Rassegna letteraria bimestrale	Lugano

²⁸⁹³ I titoli indicati in italico sono dei giornali (in genere quotidiani), gli altri delle riviste.

<i>Il Dovere</i>	Il Dovere	Bellinzona
<i>Il Grigione italiano</i>	Il Grigione italiano	Poschiavo
Ius commune	Ius commune, Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte	Frankfurt am Main
Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte	Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte	Berlin
<i>Journal de Genève</i>	Journal de Genève	Genève
Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes	Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes	Heidelberg
<i>L'Avant-Garde</i>	L'Avant-Garde	Bern/La-Chaux-de-Fonds
<i>L'Express</i>	L'Express	Neuchâtel
<i>L'Impartial</i>	L'Impartial	La Chaux-de-Fonds
<i>La Revue</i>	La Revue	Lausanne
Law and Critique	Law and Critique	Berlin
<i>Le Révolté</i>	Le Révolté	Genève
Leiden Journal of International Law	Leiden Journal of International Law	Cambridge
<i>Libera Stampa</i>	Libera Stampa	Lugano
Merkur	Merkur – Gegründet 1947 als Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken	Berlin
<i>Neue Zuger Zeitung</i>	Neue Zuger Zeitung	Zug
<i>Norddeutsche allgemeine Zeitung</i>	Norddeutsche allgemeine Zeitung	Berlin
<i>Nouvelliste</i>	Nouvelliste vaudois	Lausanne
<i>NZZ</i>	Neue Zürcher Zeitung	Zürich
plädoyer	plädoyer - das Magazin für Recht und Politik	Zürich
<i>Popolo e libertà</i>	Popolo e libertà	Bellinzona
Qgi	Quaderni grigionitaliani	Coira
Quaderni fiorentini	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno	Firenze
RDS	Rivista di diritto svizzero vecchia serie (v.s.) e nuova serie (n.s.) (prima del vol. 61 n.s. non aveva il titolo in italiano, si chiamava	Basel

	solo Zeitschrift für schweizerisches Recht/ZSR)	
recht	Recht. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis	Bern
Rechtshistorisches Journal	Rechtshistorisches Journal	Frankfurt am Main
RepGiurPat	Repertorio di Giurisprudenza Patria	Bellinzona
Revue des Revues	Revue des Revues et Revue d'Europe et d'Amerique	Paris
Revue historique vaudoise	Revue historique vaudoise	Lausanne
Revue internationale de criminologie et de police technique	Revue internationale de criminologie et de police technique	Genève
Revue internationale de droit pénal	Revue internationale de droit pénal	Toulouse
Rg	Rechtsgeschichte - Legal History. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte	Frankfurt am Main
RHN	Revue historique neuchâteloise	Neuchâtel
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence	Porrentruy
RMS	Revue militaire suisse	Lausanne
Rote Revue	Rote Revue. Sozialistische Monatsschrift	Zürich
RPS	Rivista Penale Svizzera (prima del vol. 100 non aveva il titolo in italiano, si chiamava solo Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht/ZStrR e Revue pénale suisse/RPS)	Bern
RSSP	Rivista Svizzera di Scienza Politica	Coira
Saeculum	Saeculum. Jahrbuch für Universalgeschichte	Wien Köln Weimar
Scuola Ticinese	Scuola Ticinese	Bellinzona
Signa Iuris	Signa Iuris. Beiträge zur Rechtsikonographie, Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde	Halle (Saale)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung	Zürich

Indici delle fonti

Soziale Systeme	Soziale Systeme. Zeitschrift für soziologische Theorie	Berlin
Studien und Quellen	Studien und Quellen. Publikation des Bundesarchivs	Bern
Texte zur Kunst	Texte zur Kunst	Berlin
<i>Tages-Anzeiger</i>	Tages-Anzeiger	Zürich
<i>Tribune de Genève</i>	Tribune de Genève	Genève
UNIPRESS	UNIPRESS. Forschung und Wissenschaft an der Universität Bern	Bern
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden	Bern
Washington University Journal of Law & Policy	Washington University Journal of Law & Policy	St. Louis, MO
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins	Bern
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft	Berlin
Zeitschrift für Rechtssoziologie	Zeitschrift für Rechtssoziologie. The German Journal of Law and Society	Berlin
Zeitschrift für Soziologie	Zeitschrift für Soziologie	Berlin
ZNR	Zeitschrift für <i>Neuere</i> Rechtsgeschichte	Wien
<i>Zuger Kantons-Blatt</i>	Zuger Kantons-Blatt	Zug
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International. Jahrbuch des internationalen Zivilprozessrechts	Köln

Indice “Arch...” – fonti archivistiche

<p>ArchFed - 1879 Brousse, tipografo</p>	<p>[dichiarazione firmata dal tipografo Courvoisier, del 21.7.1879] in: E21#1000/131#14461* - Avant-Garde, La-Chaux-de-Fonds- (anarchistische Zeitung), doc. 617 (contesto del fondo: E21#02.4.2)</p>
<p>ArchFed - 1879 Morel, Rapporto</p>	<p>Rapport [di Morel] au Conseil Fédéral [senza data, 1879], in: E21#1000/131#14461* - Avant-Garde, La-Chaux-de-Fonds- (anarchistische Zeitung) (contesto del fondo: E21#02.4.2)</p>
<p>ArchFed - 1930 Bassanesi, Rapporto Stämpfli</p>	<p>Geheimer Bericht der schweizerischen Bundesanwaltschaft an das eidgenössisches Justizdepartement vom 6. August 1930, in: E2001C#1000/1532#1130* - Antifaschistischer Propagandaflug über Mailand (contesto del fondo: E2001C#B.46.28)</p>
<p>ArchTF - 1853 Clementi, Accusa</p>	<p>Anlageacte des Generalprokurators der Schweizerischen Eidgenossenschaft [Amiet] gegen Ludwig Clementi [...]; Carl Casola [...]; Johann Grilenzoni [...] puncto Versuches einer völkerrechtswidrigen Handlung gegen einen benachbarten Staat, Bern, den 16. Juni 1853, in: Faldone TF C. 5, Strafuntersuchung gegen Clementi [...];Casola [...];Grilenzoni [...] puncto Anklage auf Stiftung eines Aufstandes im Nachbarlande, doc. n. 97</p>
<p>ArchTF - 1853 Clementi, Antrag</p>	<p>[Antrag des Generalprokurators der Schweizerischen Eidgenossenschaft Amiet an den Bundesrath, del 16.5.1853, in: Faldone TF C. 5, Strafuntersuchung gegen Clementi [...];Casola [...];Grilenzoni [...] puncto Anklage auf Stiftung eines Aufstandes im Nachbarlande, probabilmente doc. n. 86</p>
<p>ArchTF - 1853 Clementi, Camera d'accusa</p>	<p>Beschluss der Anklage-Kammer des Schweizer. Bundesgerichts [del 13.6.1853], in: Faldone TF C. 5, Strafuntersuchung gegen Clementi [...];Casola [...];Grilenzoni [...] puncto Anklage auf Stiftung eines Aufstandes im Nachbarlande, doc. 90</p>
<p>ArchTF - 1853 Clementi, giurati</p>	<p>Verzeichnis [del 18.7.1853], in: Faldone TF C. 5, Strafuntersuchung gegen Clementi [...];Casola [...];Grilenzoni [...] puncto Anklage auf Stiftung eines Aufstandes im Nachbarlande, doc. 114</p>

ArchTF - 1853 Clementi, resoconto	[Lettera da Amiet a Dubs, del 31.5.1853], in: Faldone TF C. 5, Strafuntersuchung gegen Clementi [...];Casola [...];Grilenzoni [...] puncto Anklage auf Stiftung eines Aufstandes im Nachbarlande, doc. 88
ArchTF - 1853 Clementi, Sentenza	Urtheil [del 29.8.1853], in: Faldone TF C. 5, Strafuntersuchung gegen Clementi [...];Casola [...];Grilenzoni [...] puncto Anklage auf Stiftung eines Aufstandes im Nachbarlande, doc. n. 1a
ArchTF - 1879 Brousse, arresto	[decisioni e scambi epistolari del CdS di Neuchâtel sull'arresto di Brousse, del 26.12.1878], in: Faldone TF C. Strafsachen No. 2 - Procés au journal l'Avant-Garde, 15-16 Avril 1879, docc. 16-18
ArchTF - 1879 Brousse, Atto d'accusa	Acte d'accusation [del 8.3.1879], in: Faldone TF C. Strafsachen No. 2 - Procés au journal l'Avant-Garde, 15-16 Avril 1879, doc. 90
ArchTF - 1879 Brousse, Camera d'accusa	[Decreto della camera d'accusa del 4.3.1879], in: Faldone TF C. Strafsachen No. 2 - Procés au journal l'Avant-Garde, 15-16 Avril 1879, doc. 89
ArchTF - 1879 Brousse, domande alla giuria	Questions posées au Jury [del 15.4.1879] , in: Faldone TF C. Strafsachen No. 2 - Procés au journal l'Avant-Garde, 15-16 Avril 1879, doc. 92
ArchTF - 1879 Brousse, estrazione giurati	[Protocollo dell'estrazione a sorte dei giurati, del 13.3.1879], in: Faldone TF C. Strafsachen No. 2 - Procés au journal l'Avant-Garde, 15-16 Avril 1879, doc. 12
ArchTF - 1879 Brousse, inchiesta agitatori	[Lettera del CdS di Neuchâtel al CF, del 16.12.1878], in: Faldone TF C. Strafsachen No. 2 - Procés au journal l'Avant-Garde, 15-16 Avril 1879, doc. 13
ArchTF - 1879 Brousse, maggioranze	[Scambio epistolare fra Roguin e il DFPG, tra il 10.3.1879 e il 22.3.1879], in: Faldone TF C. Strafsachen No. 2 - Procés au journal l'Avant-Garde, 15-16 Avril 1879, docc. 24-28
ArchTF - 1879 Brousse, Neuchâtel	[Lettera del CdS di Neuchâtel al CF, del 12.12.1878], in: Faldone TF C. Strafsachen No. 2 - Procés au journal l'Avant-Garde, 15-16 Avril 1879, doc. 8
ArchTF - 1879 Brousse, nomina Morel	[Documento di nomina del PG ad hoc, del 25.12.1878], in: Faldone TF C. Strafsachen No. 2 - Procés au journal l'Avant-Garde, 15-16 Avril 1879, doc. 3

<p>ArchTF - 1879 Brousse, PG alla camera d'accusa</p>	<p>Conclusions déposées par le Procureur Général del Confédération Suisse devant la Haute chambre fédérale d'accusation [del 1.3.1879], in: Faldone TF C. Strafsachen No. 2 - Procés au journal l'Avant-Garde, 15-16 Avril 1879, doc. 40</p>
<p>ArchTF - 1879 Brousse, selezione giurati</p>	<p>[Protocollo della selezione dei giurati, del 27.3.1879], in: Faldone TF C. Strafsachen No. 2 - Procés au journal l'Avant-Garde, 15-16 Avril 1879, doc. 29</p>
<p>ArchTF - 1879 Brousse, verbale processo</p>	<p>Procès-verbal des débats et jugement de la cause instruite contre Marie Louis Paul Brousse (Journal "L'Avant-Garde") pour actes contraires au droit des gens [del 15-16.4.1879], in: Faldone TF C. Strafsachen No. 2 - Procés au journal l'Avant-Garde, 15-16 Avril 1879, doc. 94</p>

Indice “BBl...” – “FFfr...” – “FFit...” – Foglio federale

BBl	1852 II 555	1.7.1852	Gesetzesentwurf für das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft
BBl	1852 II 581	1.7.1852	Botschaft des schweizerischen Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung zum Gesetzentwurf über das Bundesstrafrecht.
BBl	1853 I 461	4.3.1853	Aus den Verhandlungen des schweizerischen Bundesrates.
BBl	1853 I 591	21.3.1853	Note des schweiz. Bundesrates an die f. f. österreichische Gesandtschaft in Bern
BBl	1854 I 485	28.1.1854	Bericht und Gutachten des Bundesrates an die hohe schweizerische Bundesversammlung, betreffend das bernische Dekret bezüglich des Grütlivereins. (Schluss.)
BBl	1854 II 1	1.4.1854	Bericht des schweizerischen Bundesrates an die hohe Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahr 1853.
BBl	1854 II 49	8.4.1854	Bericht des schweizerischen Bundesrates an die hohe Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahr 1853. (Fortsetzung.)
BBl	1855 I 349	25.4.1855	Bericht des schweizerischen Bundesrates an die hohe Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahr 1854.
BBl	1855 I 397	28.4.1855	Bericht des schweizerischen Bundesrates an die hohe Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahr 1854. (Fortsetzung.)
BBl	1856 II 389	4.9.1856	Aus den Verhandlungen des schweizerischen Bundesrates.
BBl	1858 I 255	21.4.1858	Bericht des schweiz. Bundesrates an die h. Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahr 1857. (Fortsetzung.)
BBl	1873 II 1	12.4.1873	Bericht des schweizerischen Bundesrates an die h. Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahr 1872.
BBl	1873 II 374	5.5.1873	Bundesratsbeschluss betreffend die Internirung der Herzogin von Madrid

BB1	1879 II 569	10.5.1879	Bericht des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung, über seine Geschäftsführung im Jahr 1878.
BB1	1879 II 693	16.5.1879	Kreisschreiben des schweizerischen Militärdepartements an die Justizoffiziere
BB1	1879 II 747	22.5.1879	Bericht der Kommission des Ständerates für die Prüfung des Geschäftsberichtes des Bundesrates und des Bundesgerichtes über das Jahr 1878.
BB1	1880 II 581	17.4.1880	Bericht des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung, betreffend seine Geschäftsführung im Jahre 1879.
BB1	1884 II 815	29.3.1884	Bericht des schweizerischen Bundesgerichtes an die Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahre 1883
BB1	1885 III 537	16.7.1885	Bericht des eidgenössischen General-Anwaltes Über die anarchistischen Umtriebe in der Schweiz (Mai und Juni 1885)
BB1	1888 I 586	12.3.1888	Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend das Gesuch um einen Nachtragskredit zum Zwecke einer bessern Organisation der politischen Polizei.
BB1	1889 II 437	30.4.1889	Bekanntmachungen von Departementen und andern Verwaltungsstellen des Bundes.
BB1	1889 III 627	15.6. 1889	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Bundesanwaltschaft.
BB1	1889 III 825	25.6.1889	Bericht der Kommission des Nationalrates betreffend das Amt eines eidgenössischen Generalanwaltes
BB1	1890 II 127	23.4.1890	Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahr 1889.
BB1	1890 III 316	9.6.1890	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf des Bundesgesetzes betreffend die Auslieferung gegenüber dem Ausland [il progetto di legge si trova in allegato nel

			BBl, la relativa legge è stata emanata il 22.1.1892]
BBl	1892 II 273	5.4.1892	Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem neuen Bundesgesetze über die Organisation der Bundesrechtspflege.
BBl	1893 V 761	18.12.1893	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Entwurf zu einem Bundesgesetze betreffend Verbrechen gegen die öffentliche Sicherheit im Gebiete der Eidgenossenschaft.
BBl	1893 V 761	18.12.1893	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Entwurf zu einem Bundesgesetze betreffend Verbrechen gegen die öffentliche Sicherheit im Gebiete der Eidgenossenschaft [il progetto di legge si trova in allegato, la relativa legge è stata emanata nel 12.4.1894, v. RO XIV n.s. 335]
BBl	1894 I 1001	12.3.1894	Bericht des schweizerischen Bundesgerichtes an die Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahre 1893
BBl	1918 II 1	10.4.1918	Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahre 1917.
BBl	1920 I 256	9.2.1920	Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Bundesratsbeschluss vom 27. Januar 1920 betreffend die Ordnung des Luftverkehrs in der Schweiz
BBl	1923 III 386	3.12.1923	Bundesversammlung.
BBl	1929 II 575	10.9.1929	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege
BBl	1943 I 97	9.2.1943	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege

BBl	1944 I	6.1.1944	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege
BBl	2006 1085	21.12.2005	Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts
FFfr	1849 I 451	26.4.1849	Message du conseil fédéral à l'assemblée fédérale, accompagnant le projet de loi sur l'organisation judiciaire fédérale
FFfr	1849 I 571	7.5.1849	Message du conseil fédéral suisse à l'assemblée fédérale, accompagnant le projet de loi sur la poursuite des contraventions aux lois fiscales et de police de la Confédération
FFfr	1849 II 342	31.7.1849	Extrait des délibérations du Conseil fédéral suisse.
FFfr	1852 II 565	1.7.1852	Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale, concernant le projet de Code pénal fédéral
FFfr	1853 I 1	18.12.1852	Rapport de la Commission du Conseil national sur le projet de code pénal pour la Confédération suisse,
FFfr	1854 II 497	1.7.1854	Rapport de la Commission du Conseil des Etats sur la gestion du Conseil fédéral en 1853 (suite),
FFfr	1856 II 394	4.9.1856	Extrait des délibérations du Conseil fédéral
FFfr	1856 II 723	22.12.1856	Citation édictale
FFfr	1857 I 25	13.1.1857	Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale, concernant la question neuchâteloise
FFfr	1864 II 757	30.9.1864	Extrait des délibérations du Conseil fédéral
FFfr	1864 III 119	21.11.1864	Extrait des délibérations du Conseil fédéral.
FFfr	1867 I 877	24.4.1867	Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale touchant la modification du Code pénal fédéral, du 4 Février 1853
FFfr	1870 II 777	17.6.1870	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale touchant la révision de la Constitution fédérale

FFfr	1870 II 817	17.6.1870	Loi fédérale concernant la révision de la Constitution fédérale. (Proposition du Conseil fédéral)
FFfr	1873 II 909	4.7.1873	Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant la révision de la Constitution fédérale
FFfr	1879 II 177	3.5.1879	Assises fédérales du Ier arrondissement siégeant à Neuchâtel dès le 15 avril 1879.
FFfr	1880 II 488	20.3.1880	Rapport du Tribunal fédéral à la haute Assemblée fédérale sur sa gestion en 1879
FFfr	1882 I 109	13.2.1882	Message du conseil fédéral à l'assemblée fédérale concernant l'adjonction d'un article au code pénal fédéral du février 1853, dans le sens d'une extension de la compétence des assises fédérales.
FFfr	1884 I 122	19.12.1883	Loi fédérale concernant l'adjonction d'un article au code pénal fédéral du 4 février 1853
FFfr	1884 III 162	9.6.1884	Rapport du conseil fédéral à l'assemblée fédérale concernant la votation populaire du 11 mai 1884
FFfr	1886 I 673	29.4.1886	Rapport présenté à l'assemblée fédérale par le conseil fédéral sur sa gestion en 1885.
FFfr	1887 II 1	14.5.1887	Rapport présenté à l'assemblée fédérale par le conseil fédéral sur sa gestion en 1886
FFfr	1892 II 95	5.4.1892	Message du conseil fédéral à l'assemblée fédérale concernant le projet d'une nouvelle loi fédérale sur l'organisation judiciaire fédérale
FFfr	1893 IV 432	17.10.1893	Circulaire du tribunal fédéral aux tribunaux cantonaux de la Confédération suisse concernant l'application de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire fédérale (procédure civile et procédure pénale)
FFfr	1893 V 769	18.12.1893	Message du conseil fédéral à l'assemblée fédérale concernant un projet de loi fédérale sur les délits contre la sûreté publique dans le territoire de la Confédération suisse

FFfr	1919 I 437	24.2.1919	Rapport de Tribunal fédéral suisse à l'Assemblée fédérale sur sa gestion pendant l'année 1918
FFfr	1920 I 262	9.2.1920	Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur l'arrêté du 27 janvier 1920, concernant la circulation aérienne en Suisse
FFfr	1922 I 145	31.1.1922	Loi fédérale du modifiant le code pénal fédéral du 4 février 1853 en ce qui concerne les crimes et les délits contre l'ordre constitutionnel et la sûreté intérieure, et introduisant le sursis à l'exécution de la peine
FFfr	1929 II 607	10.9.1929	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur la procédure pénale fédérale
FFfr	2006 1057	21.12.2005	Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale
FFit	1918 II 1	23.7.1918	Messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale sopra un progetto di Codice penale svizzero
FFit	1929 I 767	21.8.1929	Circolare del Consiglio Federale a tutti i Governi dei Cantoni concernente l'elezione periodica dei giurati federali
FFit	1949 I 613	20.6.1949	Messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale a sostegno di un disegno di legge per la revisione parziale del Codice penale svizzero,
FFit	1997 I 1	20.11.1996	Messaggio concernente la revisione della Costituzione federale
FFit	1998 I 251	17.2.1998	Riforma della Costituzione federale Progetti delle Commissioni costituzionali delle Camere federali
FFit	1999 7454	8.10.1999	Decreto federale sulla riforma giudiziaria dell'8 ottobre 1999
FFit	2006 1291	21.12.2005	Codice di diritto processuale penale svizzero (Codice di procedura penale, CPP) – Disegno
FFit	2006 807	23.11.2005	Messaggio concernente la modifica del Codice penale svizzero nella sua versione del 13 dicembre 2002. (Attuazione dell'art. 123a della Costituzione federale

			relativo all'internamento a vita di criminali estremamente pericolosi)
FFit	2006 989	21.12.2005	Messaggio concernente l'unificazione del diritto processuale penale
FFit	2016 5587	17.6.2016	Messaggio aggiuntivo concernente la modifica della legge sul Tribunale federale (Istituzione di una corte d'appello in seno al Tribunale penale federale)

Indice “StenBul ...” – dibattiti parlamentari e commissionali

StenBul 1847 Dieta	Recès de la Diète fédérale ordinaire de l’année 1847, dès sa réconvocation qui a eu lieu le 11 Mai jusqu’à sa dissolution le 25 Juin 1848, Berna 1847
StenBul 1872 BV NR	Bulletin der Verhandlungen der schweizerischen Bundesversammlung über die Revision der Bundesverfassung, Berna 1872, Nationalrath
StenBul 1872 BV SR	Bulletin der Verhandlungen der schweizerischen Bundesversammlung über die Revision der Bundesverfassung, Berna 1872, Staenderath
StenBul 1891 Mozione Wirz/Muheim/ Raisin	Mozione Wirz, Muheim e Raisin del 29 luglio 1891, in: StenBul 1891 II, p. 454 ss.
StenBul 1928- 1937 CPS	Schweizerisches Strafgesetzbuch, Sonderausgabe, Stenographische Verhandlungsberichte des National- und Ständerates, von der Frühjahrssession 1928 bis Wintersession 1937, Bern 1928-1937
StenBul 1930 Grimm	StenBul 1930 IV 828 ss. e 846 ss., 3.12.1930, Nachmittagssitzung NR, oggetto 2635: Motion Grimm. Ausweisung Bassanesi
StenBul 1956 III 194	StenBul 1956 III 194 ss., 19.9.1956, Vormittagssitzung SR, oggetto 6638: Geschworenengerichte. Initiative des Kantons Zürich
StenBul 1957 I 1	StenBul 1957 I 1 ss., 5.3.1957, Vormittagssitzung NR, oggetto 6638: Geschworenengerichte. Initiative des Kantons Zürich
StenBul 1957 I 46	StenBul 1957 I 46 ss., 19.3.1957, Nachmittagssitzung NR, oggetto 6638: Geschworenengerichte. Initiative des Kantons Zürich
StenBul 1957 II 275	StenBul 1957 II 275 ss., 4.6.1957, Vormittagssitzung NR, oggetto 6638: Geschworenengerichte. Initiative des Kantons Zürich
StenBul 1998 Cost. CN	BU 1998, ristampa a parte, Riforma della Costituzione federale, Consiglio degli Stati

StenBul 1998 Cost. CS	BU 1998, ristampa a parte, Riforma della Costituzione federale, Consiglio nazionale
StenBul 2006- 2008 CPP	BU 2006-2008, oggetto 05.092: Strafprozessrecht. Vereinheitlichung
StenBul 2014 CN	BU 2014, CN, Sessione autunnale, Quindicesima seduta 25.09.14, 08h00, 13.100, Obligationenrecht. Verjährungsrecht
StenBul Komm 1847 D	Protokoll über die Verhandlungen der am 16. August 1847 durch die hohe eidgenössische Tagsatzung mit der Revision des Bundesvertrages vom 7. August 1815 beauftragten Kommission, verfasst durch den Sekretär der Kommission Herrn Schiess, Bern 1848
StenBul Komm 1847 F	Protocole des délibérations de la commission chargée le 16 août 1847 par la Haute diète fédérale de la révision du pacte fédéral du 7 août 1815, réd. par le Secrétaire de la Commission Monsieur Schiess, Bern 1848
StenBul Komm 1871	Protokoll über die Verhandlungen der im Juli 1870 mit Vorberathung der Revision der Bundesverfassung vom 12. September 1848 beauftragten Kommission des schweizerischen Nationalraths, Bern 1871

Indice “SSG ...” – protocolli delle assemblee annuali della Società svizzera dei giuristi

SSG 1889 - Protokoll	Protokoll der 27. Jahresversammlung des schweizer. Juristenvereins. Luzern den 9. Und 10. September 1889, in: RDS 8 n.s. (1889), pp. 640-691 (la parte riguardante le discussioni sul rapporto di Martin)
SSG 1931 - Protokoll	Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1931. Protokoll vom 1. September, in: RDS 50 n.s. (1931), pp. 320a-354a (la parte riguardante la discussione sul rapporto di Stämpfli)
SSG 1938 - Protokoll	Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1938. Protokoll vom 6. September, in: RDS 57 n.s. (1938), pp. 816a-873a (la parte riguardante la discussione sui giurati popolari)
SSG 1941 - Protokoll	Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1941. Protokoll vom 15. September, in: RDS 60 n.s. (1941), pp. 4266a-473a (la parte riguardante la discussione sul rapporto di Bourgknecht)
SSG 1946 - Protokoll	Protokoll der 80. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins abgehalten am 7.-9. September 1946 in Neuenburg, in: RDS 65 n.s. (1946), pp. 311a-417a

Indice “Verbale CF” – verbali del Consiglio federale

Verbale CF - 1853 2318	30.5.1853	2318	Bericht über die Prozeduren gegen Clementi u. Cazzola etc. u. gegen Mosker u. Consorten
Verbale CF - 1854 4198	16.10.1854	4198	1. Flüchtl. Thurg. Verf[ahrens?]-kosten 2. Prinzipielle Zustimmung über die Bezahlung von Prozesskosten
Verbale CF - 1878 5392	11.10.1878	5392	Berlin Geschäftsträger Politische Berichte
Verbale CF - 1878 6456	10.12.1878	6456	Avant-Garde. Prot. Auszug wie es ans [?] mitgeteilt wurde
Verbale CF - 1878 6540	14.12.1878	6540	Neuenburg Statsrat Journal Avantgarde Bericht
Verbale CF - 1878 6615	17.12.1878	6615	Interpellation im Nat. Rat
Verbale CF - 1878 6708	23.12.1878	6708	Avant-Garde
Verbale CF - 1879 948	21.2.1879	948	Strafeinleitung wider Brousse
Verbale CF - 1885 5123	10.11.1885	5123	Banque de Genève, Verfahren gegen die Schuldigen Beamten dieser Bank
Verbale CF - 1889 3562	30.8.1889	3562	Manifest der Schweiz. Anarchisten
Verbale CF - 1889 4252	22.10.1889	4252	Anarchistenmanifest
Verbale CF - 1930 1395	14.8.1930	1395	Affare Bassanesi
Verbale CF - 1932 1797	10.11.1932	1797	Strassenunruhen in Genf
Verbale CF - 1932 1866	18.11.1932	1866	Troubles de Genève. Ouverture de l’instruction pénale
Verbale CF - 1933 332	3.3.1933	332	Prozess Nicole. Ernennung eines a.o. Bundesanwaltes