

Diritto, diritti, venalità e moralizzazione: alcune riflessioni sui reati di corruzione nell'Ancien Régime¹

Sílvia Alves

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Abstract: Law, Rights, Venality and Moralization: some Reflections on the Subject Corruption Crimes in the Ancien Régime

The phenomenon of corruption has revealed a challenging historical permanence. The fight against *arbitrium* and the gradual construction of the modern State, with its bureaucratic and impersonal machine, have failed to prevent the perverse and refined development of corruption, which puts democracy at risk and threatens to turn human rights into a mere proclamation. Legal history – e.g. the gradual definition of crimes (*crimen corruptionis*) and the venality of offices – can be a powerful instrument for analyzing its deepest roots.

Keywords: Corruption, Legal History, Venality, Democracy, Human Rights.

Sommario: 1. Storia e storia giuridica: (ri)costruire il passato. – 2. *Primo minuto di riflessione.* Diritto e diritti. – 3. *Secondo minuto.* Sulla differenziazione (e sulla separazione) fra pubblico e privato: un portato (e una costruzione) di civiltà. – 4. *Terzo minuto.* La visione della carica pubblica e la venalità degli uffici. – 5. *Quarto minuto.* Il significato e la portata semantica della corruzione: un *continuum*... – 6. *Quinto (e ultimo) minuto.* Le categorie criminali della corruzione nell'Ancien Régime: *un gioco tra gatto e topo*...

1. Storia e storia giuridica: (ri)costruire il passato

* Traduzione di Maria Novella Campagnoli.

¹ Il saggio ripropone gli interventi tenuti nell'ambito del Seminario Internazionale su "Corruzione e Diritti Umani" (Gruppo di Ricerca su Corruzione e Diritti Umani – Università di Salamanca, 20 maggio 2019) e del Seminario su "Sistema penale internazionale, corruzione e diritti umani" (Minas Gerais School of Law – Pontificia Università Cattolica del Minas Gerais, 24-25 ottobre 2019).

Si sa, la storia non è semplicemente *lo studio del passato*, né si riduce solamente in questo. Il passato, infatti, non può essere propriamente “catturato”, meno che mai nella sua interezza. In primo luogo, perché un’impresa del genere è oggettivamente impossibile. In secondo luogo, perché studiare il passato presuppone pur sempre la messa in atto di *scelte selettive*, scelte che, cioè, implicano: la *selezione dei fatti* e la *selezione dei temi*.

Altrimenti detto: studiamo il passato che *possiamo* studiare e che *scegliamo* di studiare. Perché abbiamo deciso di soffermarci ad indagare su un preciso momento storico? Perché abbiamo deciso di porre (e di porci) determinate domande? Perché siamo interessati alle vicende che hanno coinvolto certe persone o alcuni specifici gruppi di persone?

In quest’ottica, la storia si rivela, in realtà, più che altro uno studio del presente. Essa, infatti, non documenta soltanto il passato, ma ci dice qualcosa di molto significativo anche sul momento stesso in cui lo studio storico viene condotto. Lo storico non si limita a ricostruire il passato, ma, in una qualche misura, concorre a costruirlo. La storia del diritto – e, ovviamente, con essa, anche la storia del diritto penale – non sfugge certo a questo singolare (e comune) destino!

Basti pensare che, se, per un verso, la scuola della storia giuridica è prevalentemente medievalista; per un altro verso, un determinato positivismo giuridico che si accontenta del diritto ufficiale (una storia “a lettere nere”, per la quale il diritto sarebbe sic et simpliciter quanto è contenuto nei libri).

Diversamente, una lettura e una comprensione del diritto e delle leggi che non si chiuda su se stessa, ma che ammetta la sua intrinseca “porosità” e la sua inevitabile adesione alla “storia sociale”, dal “basso”, dischiude gli orizzonti della storia giuridica, arricchendoli di una vera e propria esplosione di documenti. Documenti che travalicano e che vanno ben al di là rispetto alle semplici fonti formali, abbracciando anche testi di statistica, opere letterarie, giornali e, persino, raffigurazioni iconografiche...

Ma ecco che all’improvviso, in questo modo, tutto si complica, per via di una convergenza (e una sovrapposizione) di stili e di prospettive metodologiche, che però – a ben vedere – è tipica delle scienze sociali. Le letture e le analisi qualitative si congiungono a quelle quantitative. Le disamine più “scientifiche” vengono inframezzate, talvolta, da ricostruzioni estremamente ermetiche, talaltra, da riformulazioni di tipo letterario, oppure, più in generale, da riproposizioni in chiave artistica².

² Relativamente all’odierna ricostruzione della storia del crimine, si vedano: X. Rousseaux, “Les futurs de l’histoire criminelle en Europe: transnationalisme, globalisation, européanisation”, in *Crime, Histoire & Sociétés/Crime, History & Societies*, 21, (2) 2017, pp. 219-240; Id. “Historiographie du crime et de la justice criminelle dans l’espace français (1990-2005)”, in *Crime, Histoire & Sociétés/Crime, History & Societies*, 10, (1) 2006, pp.123-158; P. Knepper, A. Johansen

E se lo storico si lascia affascinare – e condizionare – da una visione ideologica (o politica) è evidente che la narrazione (e in senso proprio la riscrittura) della storia può facilmente degenerare e trasfigurarsi. Lo storico fa, così, a meno del “linguaggio giuridico” – cioè di quel linguaggio autoreferenziale e destinato ad essere condiviso solamente in “ambito giuridico” (quel linguaggio, cioè, al quale alludeva Pierre Bourdieu) – per adottare uno stile più accessibile, capace di raggiungere un pubblico diverso e ben più vasto.

Ora, la corruzione è unanimemente riconosciuta come un “flagello” planetario e come un “flagello comune” a tutti i tempi. Per questo motivo, chiamare in causa la storia – e, in maniera particolare, la storia del diritto – è pressoché inevitabile. Non solo perché la corruzione rappresenta, per così dire, un “dramma storico”, ma anche perché – esattamente come un paziente affetto da depressione che si interroga disteso sul divano del proprio psichiatra – possiamo (e dobbiamo) chiederci: cosa ci dice del nostro passato questa apparente inevitabilità della corruzione?

Nel momento in cui ho intrapreso l’indagine storico-giuridica sui reati di corruzione (*crimen corruptionis*) – soprattutto con riferimento all’Ancien Régime – sono scaturite, quasi irrefrenabili, alcune riflessioni. Riflessioni, che desidero avviare richiamando le parole di Gustav Radbruch, che, nel 1945, indirizzò una lettera ai suoi studenti di Heidelberg. Una lettera, i cui contenuti riecheggiano ancora nelle scuole di diritto di tutto il mondo. In quella missiva, Radbruch chiedeva di riservare *cinque minuti alla filosofia del diritto (Fünf Minuten Rechtsphilosophie)*. Egli, infatti, era stato folgorato da una sorta di vertigine: aveva vissuto uno dei momenti più corrotti della storia dell’umanità e, in proprio quel frangente, intraprese il suo cammino “sulla via per Damasco”.

A distanza di diversi anni e in tutt’altro contesto storico, oggi chiedo anche io ai miei pazienti lettori *cinque minuti (di attenzione e di pazienza) per parlare di corruzione*.

2. Primo minuto di riflessione. Diritto e diritti

(eds.), *The Oxford Handbook of the History of Crime and Criminal Justice*, New York, Oxford University Press, 2016; P. Lawrence, “History, criminology and the ‘use’ of the past”, *Theoretical Criminology*, 16, 3 (2012), pp. 313-328; H. Reinke, “Crime and criminal justice history in Germany. A report on recent trends”, in *Crime, Histoire & Sociétés/Crime, History & Societies*, 13, 1 (2009), pp. 117-137; M. Sbriccoli, “Histoire sociale, dimension juridique: l’historiographie italienne récente du crime et de la justice criminelle”, in *Crime, Histoire & Sociétés/Crime, History & Societies*, Vol. 11, (2) 2007, pp. 139-148; C. Emsley e Louis A. Knafla, *Crime History and Histories of Crime*, London, Greenwood Press, 1996.

Traiamo le mosse richiamando le ricostruzioni di un altro celebre filosofo, che è un testimone e un esempio della capacità di rivedere e di reindirizzare il proprio pensiero e del coraggio di cambiare idea: Rudolf von Jhering. Una figura, quella di Jhering, che di certo non si lasciava corrompere dalla paura della contraddizione e che, per questo – come ha scritto Michel Villey – è stato un intellettuale decisamente onesto³. *La lotta per il diritto (Der Kampf ums Recht)* – opera che, per i giuristi, rappresenta una sorta di “catechismo” e che, nonostante sia (fortunatamente) onnipresente nelle biblioteche, purtroppo è troppo poco letta – reca al suo interno un monito (e una lezione) decisamente potente. Un monito di stampo eminentemente sociologico: *i fatti diventano legge e il diritto diventa fatti*.

I fatti (le lotte incessanti) si tramutano in legge. “Il fine della legge è la pace, il mezzo per raggiungere la lotta”, non a caso, tutte le grandi conquiste nella storia del diritto sono state raggiunte attraverso lotte intense e perenni. Basti pensare, ad esempio, all’abolizione della schiavitù e a quella della servitù della gleba, ma anche all’affermazione della libertà di coscienza... E ovviamente non è tutto! Potremmo continuare, citando l’affermazione della democrazia, dello Stato di diritto, dell’uguaglianza... E nel frattempo che ripensiamo a questi concetti e a queste fondamentali conquiste, viene spontaneo domandarsi: *la lotta per il diritto potrà mai dirsi sopita? Ci permetterà mai un momento di riposo?*

Certamente una delle più importanti (e più amare) lezioni della storia del diritto è che non v’è superiorità *del/nel* presente. Il presente, infatti, è in sé un tempo “miserabile”, un tempo destinato a scadere ora e ad essere (giustamente) criticato domani.

Ma se i fatti diventano leggi, da par loro, anche le leggi (il diritto soggettivo del “piccolo”) diventano fatti. Il rispetto effettivo dei diritti (soggettivi) rafforza, in primo luogo, il diritto (oggettivo). Al contrario, la mancanza di rispetto per i diritti indebolisce la legge (il sistema legale nel suo insieme) e gli Stati stessi. Indebolisce gli Stati, indebolisce e spezza le comunità. Invero, è

nel sentimento di sana e vigorosa giustizia di ogni individuo che lo Stato trova la fonte più importante e abbondante della propria energia, la più sicura garanzia della sua esistenza sia all’esterno che all’interno

e quando

il sentimento di giustizia dell’individuo è ottuso, codardo, apatico nei rapporti di diritto privato [...] quando ci si abitua a tollerare l’ingiustizia e a vedere in

³ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Quadrigue/PUF, 2006, p. 165.

essa un male inevitabile – ogni volta che queste condizioni prevalgono, difficilmente ci sarà qualcuno che creda che questo sentimento di giustizia soggiogata, rachitica, apatica possa diventare improvvisamente virile attraverso un'intensa sensibilità e un'azione energica di fronte a una lesione della legge che non colpisce solamente l'individuo, ma [con lui] l'intera nazione⁴.

Quel tempo di transizione, e al contempo di angoscia, che è stato individuato con l'espressione poco illuminante – e in sé alquanto difficile da caratterizzare – di “postmodernità” e di “post-positivismo” è conciso con una sorta di costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici. Ed in tal senso, probabilmente, le belle parole di Jhering possono servire a ricordare (in maniera particolare, a noi giuristi!) l'indifferibile necessità di “recuperare” e di “riabilitare” la dignità politica del diritto privato. Non foss'altro perché “il seme seminato nel diritto privato porta frutti nel diritto pubblico e nel diritto internazionale”.

Ed in tal senso, è importante sottolineare subito che il fenomeno della corruzione trasforma (e svilisce) l'“età dei diritti” – della quale parlava Norberto Bobbio – in un mero e vuoto proclama. Altrimenti detto, la corruzione rende i diritti – di fatto – irrealizzabili, perché “nulli” o, meglio, del tutto “vuoti” e privi di senso. La corruzione, in pratica, non solo mina e indebolisce il diritto, ma, con esso, indebolisce anche gli Stati, le depaupera di senso le democrazie e compromette le società.

La ragione è presto detta: la corruzione e i diritti umani sono, infatti, indissolubilmente connessi e – quel che più conta – fra loro sono collegati da una relazione inversamente proporzionale, tale per cui, alla diffusione e all'accrescersi della prima (vale a dire della corruzione), corrisponde sempre (ed inevitabilmente) una riduzione e una compromissione dei secondi (ossia dei diritti umani).

3. Secondo minuto. Sulla differenziazione (e sulla separazione) fra pubblico e privato: un portato (e una costruzione) di civiltà

Si badi: uno degli aspetti fondamentali della corruzione è che si tratta di una prassi che è caratterizzata dalla diluizione – o addirittura dalla totale distruzione – dei confini tra la dimensione pubblica e quella privata. I corruttori, difatti, trattano la *res pubblica* come se fosse loro. La storia che spiega questa indebita confusione? Va da sé, che non si rintraccia una sola spiegazione.

La corruzione – quale pratica estremamente controversa e complessa – richiede uno studio multidisciplinare. Eppure, non v'è dubbio che il fatto di

⁴ *Ivi*, pp.67 e 68 (passaggi dei quali, qui, si riporta la traduzione italiana).

guardare alla storia – e, in modo particolare, alla storia del diritto e delle idee – può aiutarci a far luce sull'intrinseca oscurità di questa prassi.

Bisognerà iniziare sottolineando che la distinzione tra la sfera pubblica e quella privata è quasi sempre un mero anacronismo.

I) Lo Stato è, tutto sommato, una costruzione e una figura giovane, molto recente. Solo nell'Età Moderna esplose questo “detentore” di un potere illimitato, che nel frontespizio del *Leviatano* viene descritto come un mostro, un uomo gigante composto da tanti piccoli uomini: “Non c'è nessuno sulla terra che sia come lui, perché è stato fatto per non aver paura” (*Libro di Giobbe*, 41, 25). Ora, la vigilia dell'emergere della figura del Leviatano è, però, già trascorsa: era ieri. Potremmo dunque chiederci quando noi giuristi abbiamo iniziato a fondare una scienza del diritto antico? Ma, al contempo, ci troviamo anche costretti ad ammettere che questo giovane (che è il mostro, il Leviatano... lo Stato) rischia di invecchiare presto perché la “post-modernità” è anche – ed è già – un “post-Stato”⁵, esattamente come ha scritto António Manuel Hespanha.

L'avvento dello Stato – del nostro amato (e/o temuto) mostro – è preceduto da una concezione patrimoniale ancestrale del potere. Il regno era, infatti, considerato una *res* propria del monarca. Un bene concretamente quantificabile, ambito e che si potrebbe avere. Così, nel corso delle epoche – e in maniera particolare durante il Medioevo – si ritrovano diverse parole che, in una qualche misura, fungono da antecedenti della nozione di Stato. Si pensi a termini, quali: la repubblica, il regno, la corona. Nozioni, che incarnano delle particolari idee (e che sono dotate di astrazione) e che suppongono una certa continuità dei beni materiali stessi (il re muore, la corona rimane).

L'istituzionalizzazione del potere – da questo punto di vista – è accompagnata anche da alcune sottili dissociazioni. C'è, infatti, una differenziazione tra la persona del re e la sua posizione o la sua funzione (*officium*). E c'è pure una differenziazione tra l'eredità del sovrano e quella, invece, della corona (*introvabile*). Non a caso, i pubblicisti – per tentare di spiegare il peculiare rapporto tra il re e la corona – si avvalgono del rinvio all'idea del matrimonio mistico, dal quale traggono poi importanti conseguenze sotto il profilo legale⁶.

Si tratta di una singolare ambiguità (un'ambiguità, che presuppone sia la distinzione che l'unione), che ha a che vedere con la natura stessa del potere reale. Un'ambiguità che – in una certa misura – potremmo riportare al legame potere-

⁵ A.M. Hespanha, *Pluralismo jurídico e direito democrático. Prospetivas do direito no século XXI*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 23-31; Id., “Terão os juizes voltado ao centro do direito?”, in *Scientia Iuridica*, Libro LXII, 332 (2013), p. 235: “Era pluralista, che potremmo chiamare post-statalista” (traduzione italiana).

⁶ Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Lisboa, Pedro Ferreira, 2004, pp. 502, 505, 507 e 512.

dovere o al particolare concetto di potere-funzionale. Un po' come la responsabilità patriarcale – o secondo nell'espressione oggi decisamente preferibile – come la responsabilità genitoriale.

In pratica, il pensiero politico determina una dissociazione tra la *proprietà del potere* (che appartiene al re) e *quella di coloro i quali beneficiano del suo stesso esercizio* (il popolo). Ed è anche per questo motivo che *il fine (lo scopo) del potere reale è il bene comune* e non già l'interesse del monarca. Ancorché questi sia visto come un *Vicario di Dio*, ovvero sia come un rappresentante di Dio sulla terra – secondo la bella ed efficacissima formula di Tolomeo de Luca – *Il regno non esiste per il monarca, ma è il monarca a esistere per il regno (Regnum non est propter regem, sed rex propter regnum)*⁷.

II) La nozione stessa di proprietà, poi, non è affatto estranea alla dissoluzione dei confini tra pubblico e privato. Il diritto di proprietà è, infatti, il più assoluto di tutti i diritti. Un diritto che – via via che si affermano le grandi codificazioni – si fa assoluto, esclusivo e perpetuo. Nel periodo medievale, invece, era diverso. Difatti, la proprietà si contraddistingueva per taluni aspetti che, in epoche successive, sarebbero stati ritenuti di diritto pubblico. Basti pensare che un gentiluomo (che era un proprietario), in forza di questo suo dominio poteva imporre tasse, amministrare la giustizia, emanare leggi... il tutto, attraverso la concessione di lettere di privilegio (come le c.d. carte portoghesi). In pratica, per un verso, vi era una “patrimonializzazione” del potere, per l'altro, una “pubblicizzazione” della proprietà.

Orbene, se questo è quanto accadeva un tempo (e soprattutto prima delle codificazioni e in epoca Medioevale), possiamo dire che la corruzione si manifesta come una sorta di perversa (e forse inevitabile) tendenza della natura umana a ritornare all'indebita confusione tra sfera pubblica e sfera privata. Una tendenza decisamente pericolosa perché – nelle more di questo “ritorno” – si perdono (e si annullano) alcune importanti dimensioni della società civile e dello Stato, non solo la nozione di Stato di diritto, ma anche quella – importantissima – di democrazia.

4. Terzo minuto. La visione della carica pubblica e la venalità degli uffici

Il modo in cui durante l'Ancien Régime era concepito e percepito l'ufficio pubblico è legato alla cosiddetta venalità degli uffici⁸. Una prospettiva che appare

⁷ In linea con il *Doctor Angelicus*, Tolomeo da Lucca, *De Regimine principum seu De Regno ad Regem Cypri*, Libro II, Capo XI.

⁸ Vd. R. Stumpf, N. Chaturvedula, *Cargos e ofícios nas monarquias ibéricas: provimento, controlo e venalidade (séculos XVII e XVIII)*, Centro de História de Além-Mar, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas/Universidade Nova de Lisboa e Universidade dos Açores, 2012.

incomprensibile – o addirittura assurda – per il cittadino contemporaneo. Eppure, non possiamo esimerci dal domandarci cosa caratterizzi questo genere di approccio, un approccio che, comunque sia, si è protratto per parecchi secoli.

La venalità degli uffici (ivi compreso l'ufficio di giudice) stava ad indicare che gli uffici pubblici erano dotati di un valore patrimoniale. Altrimenti detto, erano suscettibili di una valutazione economica. Come tali, erano trasmissibili, cedibili e – in una parola – erano beni “di e sul” mercato.

Significativo il fatto che il Codice di Diritto Pubblico del Portogallo del 1844 – un interessante progetto di riforma predisposto da Pascoal de Mello Freire (l'equivalente portoghese di Cesare Beccaria) che però non entrò mai in vigore – considerava ancora i mestieri (*della giustizia, della fattoria, dei militari*) alla stregua di “beni della Corona”, ancorché in Régime differenziato⁹.

Non a caso, nel momento in cui il re, per una qualsiasi ragione, avesse dichiarato estinta una carica, l'ufficiale pubblico ad essa preposta avrebbe potuto chiedere di ricevere il pagamento della somma equivalente, semplicemente allegando la relativa “lettera di proprietà” dell'ufficio pubblico stesso¹⁰. In pratica, la funzione pubblica era ritenuta proprietà del funzionario reale. Cosa che, fra le altre cose, poneva anche il delicato problema della trasmissione degli uffici.

Nonostante il fatto che la venalità fosse un tratto comune ad ogni carica pubblica del vecchio Régime, tuttavia la sua specifica configurazione subiva delle variazioni nel passaggio da regno a regno. In Francia, ad esempio, la venalità assunse dei tratti decisamente paradigmatici, oltre che particolarmente significativi. Basti rammentare che Montesquieu ricevette l'incarico di giudice da suo zio, che era *President à mortier del Parlement de Bordeaux*. E proprio sulla venalità, impossibile non ricordare che Charles Loyseau, nel primo decennio del XVII secolo, pubblicò un'opera (per allora alquanto innovativa) intitolata *I cinque libri sul diritto dei mestieri* (*Les cinq livre du droit des office*, 1610). Nel testo, che parla ampiamente della venalità dei mestieri, si sottolinea con disapprovazione e sgoamento come la decadenza – cioè l'abuso di autorità – abbia indotto alla privazione della vacanza dei mestieri:

non c'è niente, nei nostri usi, più contrario alla ragione del commercio e della venalità dei commerci, che preferisce il denaro alla virtù, nella cosa di questo mondo in cui la virtù deve essere ricercata di più e il denaro rifiutato¹¹.

⁹ P.J. de Mello Freire dos Reis, *O Novo Código do Direito Público de Portugal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, Titololo 40, §11, p. 130.

¹⁰ *Ivi*, §5.

¹¹ C. Loyseau, *Les Cinq Livres du Droit des Offices*, Paris, Abel d'Angelier, 1610, *Avant-propos*, p. 1 (ovviamente, qui, si riporta la traduzione in italiano).

L'avversione di Loyseau per la venalità lo porta persino a prospettare l'espressione: *archomanie*, una sorta di follia o di desiderio smodato degli uffici (il c.d. *fureur des office*¹²). Una brama così forte e sfrenata da non poter esser resa con la semplice ambizione.

L'idea di venalità – idea che oggi sembra così strana – viene abbandonata solo con la fine dell'Ancien Régime. A partire da questo momento, la venalità non diviene solamente oggetto di una critica serrata, ma viene associata alla corruzione, ragion per cui, quando i penalisti parlano di corruzione – di fatto – finiscono per riferirsi al reato di venalità.

Si badi, però, anche quando il vecchio ordine crollò e si aprì l'era contemporanea, la venalità non restò del tutto sprovvista di difese. Si comprese, ad esempio, che proprio grazie alla venalità era stata consentita una certa mobilità delle dinamiche di ascensione sociale e un certo rinnovamento della classe dirigente. In pratica, si capì che – grazie alla venalità – il popolo (insomma, la borghesia...) era riuscito, in una certa misura, a salire al potere. Ad esempio, tramite l'acquisto di una piccola imbarcazione dal re, poi rivenduta in secondo momento per comprarne un'altra più prestigiosa. Allo stesso modo, fu acquisita anche la nobiltà della toga. E fu così (attraverso la venalità) che la monarchia riuscì a dotarsi di un'ampia e solida base di appoggio in tutta la nazione.

Forse sarebbe preferibile lasciarsi andare alla facile tentazione di un'analisi criminologica meramente funzionalistica e scevra da valutazioni di ordine morale, ma – lo confesso – a volte, guardando al fenomeno della corruzione nei partiti e nello Stato, penso che, in una certa prospettiva, si stia assistendo a un fenomeno di ascensione sociale del tutto indesiderabile, spudorato – corrotto e corruttore – in tutte le accezioni e in tutti i sensi. In ogni caso: quella della corruzione non è semplicemente una questione nei confronti della quale è necessario puntare il dito. Bisogna, infatti, anche metterci una mano al petto, nel momento in cui costruiamo una società priva di mobilità sociale o non procediamo ad una scelta coscienziosa dei criteri di ascensione sociale.

Tornando al passato – che, per quanto incerto, è comunque sia più semplice da considerare e da valutare – non si può certo fare a meno di ricordare che il barone de Montesquieu riteneva che la venalità degli uffici rappresentasse una prassi “buona” per le monarchie, anche se cita Platone, invece, che la disapprova (basti pensare alla repubblica fondata, per l'appunto, sulla virtù).

Nell'ambiente monarchico, infatti, l'ufficio (*officium*) costituiva una “vocazione familiare”. Cosa, questa, che in una certa misura, rendeva più stabili e maggiormente permanenti “gli ordini dello Stato”. Inoltre, il fatto di “progredire

¹² *Ivi*, Libro II, Capitolo I, 10, p. 290.

attraverso la ricchezza” (raggiunta attraverso il merito) sembrava essere un elemento, tutto sommato, positivo.

Ma il “nostro barone” esprime un’affermazione che – per usare una metafora – rappresenta una vera e propria pietra scagliata verso la nostra fronte: *il caso offre soggetti migliori (e spesso anche più competenti) rispetto a quelli che, invece, vengono scelti in maniera del tutto arbitraria del principe*¹³!

Davvero il caso, dunque, individuerrebbe dei soggetti migliori e preferibili rispetto alla scelta del principe?! Opportunità? Certo, non si può dire che Montesquieu – in questo passaggio – mostri una grande fiducia nelle capacità decisionali del sovrano, ma, dopotutto, chi può biasimarlo? Forse dovremmo leggere queste parole come uno stravagante suggerimento, tale per cui, quando i sistemi politici e le rappresentanze mostrano segni di degrado (o di corruzione), noi dovremmo adottare meccanismi correttivi e cambiare le regole del gioco? Perché non pensare di affidarsi al caso, per ridisegnare tutto?

Nell’Ottocento – entro un contesto di distacco dalla venalità – si segnalano le *Lezioni di diritto pubblico costituzionale* (1840) del penalista Basílio da Sousa Pinto, nelle quali, riportando anche i pareri e le impressioni favorevoli di Montesquieu – Bentham e Benjamin Constant si interrogano: la venalità, come previsto, ha fornito una magistratura indipendente?

In Portogallo, sicuramente, la situazione non era paragonabile a quella che si viveva in Francia. Qui, infatti solo la Corona (e non già anche i privati) poteva ricorrere alla venalità, vendendo uffici. Inoltre, anche in caso di particolari necessità pubbliche, ai titolari degli uffici era vietato vendere ad altri (o rinunciare) alle loro mansioni in assenza di una licenza reale¹⁴.

Al di là dei peculiari e differenti tratti assunti di volta in volta dalla pratica della venalità in ogni paese, è tuttavia indubbio che la prassi diffusa nel vecchio Régime era quella di un’economia basata su favori e venalità.

Per concludere questo nostro (lungo) primo “minuto” di riflessione sulla corruzione, proviamo a tornare alla prospettiva umanitaria – o, se non necessariamente umanitaria, certamente libertaria – adottata nell’approccio ai temi del diritto penale. Manuel de Lardizabal y Uribe, che, a suo modo, collega il continente americano e quello europeo, nel suo *Discorso sulle pene* da applicare a coloro che accettano e/o elargiscono tangenti sostiene l’adeguatezza del ricorso alle sanzioni pecuniarie: “sarebbe molto in linea con l’equità e giustizia che queste pene

¹³ Montesquieu, *De l’Esprit des Lois*, Genève, Barrillot & Fils, 1748, Libro V, Capitolo XIX, pp. 111 e 112.

¹⁴ *Ordenações Filipinas*, Libro I, Titolo 96, proemio.

siano state tutte investite per il pubblico beneficio delle persone che hanno subito estorsioni”¹⁵.

Lardizabal, da par suo, si serve della riflessione tipicamente riformista sulle qualità e sulla funzione delle pene, riflessione in base alla quale tra punizione e crimine deve esserci un legame e una sorta di analogia, o, per meglio dire, una sorta di adattamento alla natura stessa del crimine commesso.

Del resto, come scriveva anche Beccaria, l’analogia “agevola efficacemente il contrasto tra l’incoraggiamento al crimine e le conseguenze previste dalla pena”; in pratica, la minaccia stessa della pena contrasta la tentazione e l’“idea seducente”¹⁶ dell’azione criminosa.

In pratica, i riformatori dell’umanitarismo qui considerati hanno proceduto ad un’analisi economica del diritto *avant la lettre*. L’efficacia preventiva della lotta ai reati di corruzione, oggi, non richiede meccanismi che determinino la (inesorabile) perdita dei vantaggi economici prodotta a favore dei delinquenti?

5. Quarto minuto. Il significato e la portata semantica della corruzione: un continuum...

Il significato del termine corruzione è a tutti noto e non lascia nessuno indifferente. La questione della corruzione chiama, ovviamente, in causa in prima battuta i giuristi, soprattutto affinché la legge non si chiuda in quel suo tipico ermetismo che può impedire alla gente comune di comprendere appieno i termini della questione e cosa sia effettivamente in gioco quando si parla di reati di corruzione. Del resto, la parola è “un signore molto potente!”¹⁷.

La corruzione rappresenta come un fenomeno trasversale e potenzialmente eterogeneo, che può influenzare sia il mondo inorganico, sia quello organico e sia quello super-organico. Tutto può esser corrotto (e tutto corruttibile): le cose, gli esseri (l’uomo), la società (lo Stato).

Va detto subito che esiste una sorta di *continuum* tra il senso lessicale e comune della parola corruzione (intesa come adulterazione, degenerazione, decomposizione); il senso morale (si è sempre parlato di corruzione o disordine dei costumi); il senso politico (senso al quale alludono, ad esempio, Machiavelli, Hobbes o Montesquieu); e il senso giuridico (il crimine di corruzione, non a caso, è stato secolarmente anche inteso come peccato... e anche oggi questa peculiare

¹⁵ M. de Lardizabal y Uribe, *Discurso sobre las penas*, Madrid, Joachin Ibarra, 1782, pp. 232 e 233 (di cui qui si propone la traduzione italiana).

¹⁶ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano, Armando editore, 1998, XIX, p. 104.

¹⁷ A.C. Amato Mangiameli, *Filosofia do direito penal*, Belo Horizonte/São Paulo, D’Plácido, 2019, p.26.

condotta continua ad essere associata ad una serie di considerazioni negative di ordine morale).

Talvolta, però, tutti questi portati si condensano e si uniscono. Ed è per questo che il dizionario legale di Caetano Pereira e Sousa, ad esempio, definisce la corruzione come “tutto ciò che va a corrompere la giustizia, la virtù, la verità, oppure la buona fede di qualcuno”¹⁸.

Da un certo punto di vista, proprio a partire dalla negatività intrinseca della corruzione è possibile, in una qualche misura, bipartire ogni cosa: la generazione si oppone alla degenerazione; l'onore (e ciò che è in sé incorruttibile) si contrappone all'indegnità; quel che è puro si oppone a ciò che, invece è impuro; il pulito contrasta lo sporco (celebre in tal senso – e con particolare riguardo alle vicende politiche italiane – l'operazione “mani pulite”); quel che è sano si oppone al patologico; e, non da ultimo, il diritto (e la norma) contrasta la perversione e la depravazione.

Vien da sé che, in quest'ottica, il lessico della corruzione veicola anche un perenne richiamo alla connessione (se non sempre assiologica e concettuale, quanto meno empirica e storica) tra il diritto e la morale¹⁹ e alle possibili conseguenze che la corruzione stessa determina in ambedue le dimensioni (quella giuridica e quella morale).

In generale, la nozione di corruzione è associata alla contaminazione. Così, con una metafora che sempreverde che percorre trasversalmente i secoli, il crimine della corruzione è prospettato come un male, un flagello, una malattia, un cancro, che infetta e contamina tutto e tutti... Esattamente come affermavano le Ordinanze del Regno portoghese, che, nel descrivere questa grave forma di delinquenza politica, parlavano di “lebbra”, di una “malattia” capace di diffondersi e di contaminare “tutto il corpo”²⁰.

Le prassi corruttive (e i reati che hanno a che vedere con la corruzione) dissipano risorse, distruggono le economie, compromettono il potere (e la sovranità) degli Stati, che ne risultano – in una certa misura – dissanguati. Gli Stati rischiano, infatti, di vedersi depauperati della loro capacità di individuare e di definire liberamente (e in maniera sovrana) le loro politiche e, non da ultimo, anche della loro capacità di incarnare e di garantire l'esistenza della democrazia stessa.

¹⁸ J.J. Caetano Pereira e Sousa, *Esboço de hum Diccionario Juridico*, Lisboa, Typographia Rollandiana, 1827, Libri II, *Peita*. In particolare, Caetano Pereira e Sousa definisce corrotto: “ciò che è alterato rispetto al suo stato naturale e, in senso morale, ciò che è alterato da costumi perversi” (Libro I) (rinvii, di cui, in questa sede, si procede alla traduzione in italiano).

¹⁹ M. Génaux, “Les mots de la corruption: la déviance publique dans les dictionnaires d'Ancien Régime”, *Histoire, économie et société*, 21, 4 (2002), pp. 513-530.

²⁰ *Ordenações Filipinas*, Libro I, Titolo VI, proemio: “è un crimine così grave e abominevole [...] che gli antichi paragonarono alla lebbra; perché, esattamente come questa malattia, la corruzione pervade tutto il corpo senza che sia possibile guarire [...] [e] contamina [tutta] la discendenza di chi ne è affetto” (traduzione italiana).

Per questo motivo, accettare una sconfitta nella lotta alla corruzione (sia per mera incapacità e/o inefficienza, oppure, peggio ancora, persino per compiacenza) significa pagare un prezzo che le società civili e le nazioni non possono permettersi di sostenere. Abituare i cittadini all'impotenza e all'ingiustizia finisce per pervertire la moralità sociale. Se è vero che il mondo gira, è altrettanto vero che, solamente il giorno in cui "calpesteremo il cielo", la corruzione potrà essere ritenuta accettabile e considerata come la regola...

La corruzione è estremamente negativa, può essere responsabile della povertà dei popoli, eppure, non c'è miseria peggiore a cui la corruzione porta di quella morale.

Certo, può accadere che, in un certo periodo storico, i cittadini di alcuni paesi abbiano (più di altri) ragioni per sentirsi più sicuri nei confronti dei propri funzionari e responsabili politici (rispetto al dilagare della piaga della corruzione), tuttavia, la lotta alla corruzione deve sempre essere globale. Deve essere una lotta senza tregua e senza sconti e senza errori: perché se, per un verso, gli alti tassi di criminalità denotano la corruzione "esistente", da un altro lato, essi mostrano anche il coraggio e la caparbia nella lotta a questa prassi infestante e dannosa.

6. *Il quinto (e ultimo) minuto. Le categorie criminali della corruzione nell'Ancien Régime: un gioco tra gatto e topo...*

I) Il *Rapporto di sintesi sui crimini di corruzione e reati connessi* pubblicato dal Procuratore generale della Repubblica portoghese include informazioni sui crimini di corruzione; abuso di potere; appropriazione indebita; bancarotta; partecipazione economica negli affari; turbamento d'asta; ricettazione; concussione; e amministrazione dannosa. Non sorprende che il Rapporto ritenga che

una progressione aritmetica nell'aumento dei reati di corruzione corrisponde, in progressione geometrica, a una diminuzione della qualità della democrazia, dell'uguaglianza tra cittadini e dello sviluppo economico²¹.

²¹ Il testo del Rapporto in lingua originale (che qui è riportato in italiano) può essere consultato online accedendo al seguente indirizzo: http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio_corrupcao_2017_2018.pdf.

In breve, la corruzione non esiste in quanto crimine²² in quanto crime, ma in quanto fenomeno sociologico. Esistono, infatti, diverse tipologie di crimini di corruzione (*crimen corruptionis*). Lo stesso dicasi con riferimento alla storia del diritto.

Non a caso, stando alle *Istituzioni di diritto penale* di Mello Freire, Classi Pereira e Sousa Crimes, nel vecchio Régime comprendeva sotto l’egida della corruzione ricadevano: l’appropriazione indebita; la corruzione, chiamata anche *crimine repetundarum* o *peita* (secondo le Ordinazioni del Regno); la concussione; e l’accaparramento (o l’acquisto di voti)²³.

La pluralità dei reati di corruzione è una conseguenza della tendenza – tipicamente storica – verso la progressiva estensione e espansione dei comportamenti incriminati: viene, così, incriminata la corruzione passiva e, con essa, anche quella attiva; viene incriminato il comportamento dei pubblici ufficiali e, con esso, anche quelle di altre persone; viene incriminata la commissione di tutta una serie di atti illeciti e quindi anche chi li pratica; e, non da ultimo, vengono incriminati i doni ricevuti e/o offerti e, con essi, anche le persone che, queste stesse dazioni, le hanno accettate²⁴...

Ai crimini di corruzione, sotto l’Ancien Régime, corrisponde, dunque, un quadro assai complesso. La tecnica legislativa è comprensibilmente diversa e procede ad una composizione progressiva e graduale delle fattispecie, in base alle esigenze del caso specifico e alla discrezionalità dei giudici. Le enunciazioni delle fattispecie sono parecchio estese, riportano una descrizione dettagliata, caso per caso, dei differenti comportamenti, a partire dalla condotta dell’agente (cioè di colui che accetta oppure che richiede il comportamento corruttivo) e il comportamento agito. La designazione (il sostantivo in sé), o il *nomen iuris*, non ha, quindi, il medesimo significato che assume attualmente oppure la stessa valenza della definizione corrente. I confini tra le differenti tipologie criminose sono decisamente più labili e fluidi, proprio a causa di una maggiore discrezionalità e di una

²² Associando la corruzione alla concussione, J.J. Caetano Pereira e Sousa, nota che “[...] [si tratta di crimini di cui] sono colpevoli tutti coloro che hanno autorità nel momento in cui soccombono alla seduzione [della corruzione]. E che è anche il crimine di coloro che cercano di corrompere [coloro i quali svolgono una funzione pubblica]”. (*Esboço de hum Dicionario Juridico*, Lisboa, Typographia Rollandiana, 1825, Libro I).

²³ P.J. de Mello Freire dos Reis, “Instituições e Direito Criminal Português” in *Boletim do Ministério da Justiça*, 155 (1966), pp.45-202; e 156 (1966), pp.69-168 (tradução de *Institutionum Juris Criminalis Lusitani*, Olisipone, 1794, Typographia Regalis Academiae Scientiarum Olisiponensis): suborno ou crime *repetundarum*, 155, pp.136-139; peculato e crime *de residuis*, pp.153 e 154. J.J. Caetano e Sousa, *Classes dos Crimes*, Lisboa, Regia Officina Typografica, 1803: peculato (pp.100-105); concussione (pp.105-108); corruzione (pp.109-115); e acquisto di voti (pp.115-117).

²⁴ Per un’interessante digressione storico-giuridica sulla corruzione vd. A.M. de Almeida Costa, “Sobre o crime de corrupção”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1984, Vol. I, pp. 55-193 e, in maniera particolare, pp. 56-71.

“moltiplicazione” delle valenze e delle possibili casistiche. Cosa, questa, che si manifesta (e che produce) in una confusione e un’instabilità terminologica, che, tuttavia, in questa sede, non sarà oggetto di approfondimento. In questo contesto, il distinguo fra concussione e corruzione assume un carattere residuale²⁵. Si assiste, così, ad una tendenza ad estendere l’incriminazione, sia con riferimento alle condotte (ad esempio, è proibito il matrimonio con donne del collegio elettorale del dipendente), sia con riguardo alle persone (ad esempio, nel caso di soggetti privati che esercitino funzioni pubbliche). Al di là di ciò, nell’Ancien Régime, il paradigma della corruzione è individuato dalla corruzione dei magistrati, che è considerata come la più grave in assoluto.

Semplicemente a titolo d’esempio, possono ricordarsi le ordinanze filippine (del 1603), che punivano il funzionario (o l’ufficiale) che accettava, per sé, per i suoi figli o per le persone che erano sotto il suo “potere e governo”, promesse o doni, anche se colui che li offriva “non recava con sé nessuna particolare richiesta²⁶. L’accettazione della promessa di una dazione – ancorché poi non ricevuta – veniva comunque punita e, anticipando la corruzione attiva, veniva punito anche l’individuo che aveva offerto o promesso un dono²⁷. Ai funzionari era dunque vietato stipulare qualunque tipo di contratto di compravendita con chiunque avesse contestato o richiesto un comportamento²⁸.

Questa estensione delle condotte incriminate corrisponde alle esigenze sociali e rappresenta una sorta di gioco tra gatto e topo. In pratica, il progressivo raffinamento dell’immaginario criminale (in ordine alla corruzione) viene accompagnato da un progressivo raffinamento della risposta sociale alla corruzione stessa.

Il processo storico di burocratizzazione²⁹, l’organizzazione amministrativa e l’amministrazione della giustizia hanno determinato una “macchina razionalizzante” e una propensione alla scelta di dipendenti più stabili, formati e specializzati. Tuttavia, la naturale alleanza tra burocrazia e diritto – che ha permesso di contrastare l’arbitrio e che ha fatto sì che nel modello economico venisse introdotta l’indispensabile prevedibilità, ovvero sia la regolamentazione *ex ante* delle attività – ma non è bastata ad eliminare la corruzione.

II) La storia del diritto penale è, nei suoi aspetti scientificamente più significativi, la storia di uno *jus poenale comune*. La continuità storica e le somiglianze tra le varie leggi nazionali sono, infatti, il frutto di una sorta di

²⁵ *Ivi*, pp.62 e 69.

²⁶ *Ordenações Filipinas*, Libro V, Titolo 71, proemio.

²⁷ *Ivi*, § 5.

²⁸ *Ivi*, § 9.

²⁹ M. Weber, “Bureaucracy”, in H.H. Gerth e C. Wright Mills (eds.), *From Max Weber: Essays in Sociology*, New York, Oxford University Press, 1958, pp.196-244.

“proiezione nel tempo” del diritto romano e del diritto canonico: veri capisaldi (sino alla Rivoluzione francese), che sono stati rafforzati dal lavoro secolare della dottrina, fonte più feconda e produttiva del diritto (in generale) e del diritto penale (in particolare) fino alla codificazione. Questa continuità si è riverberata in un certo “allineamento” tra i vari codici penali. Si tratta di una continuità che, da un certo punto di vista, dovrebbe continuare anche in futuro, non foss’altro poiché la corruzione rappresenta un fenomeno globale, la cui lotta efficace non è compatibile con misure puramente settoriali.

Il riferimento al diritto romano, inoltre, rende inevitabile un richiamo ad un aneddoto (e ad una curiosità). In tal senso, infatti, è interessante ricordare che le prime forme di lotta alla corruzione si ritrovano nei tribunali eccezionali creati per perseguire i governatori ispanici. E, si badi, furono talmente tanti e così frequenti i processi (*repetundae*) volti alla “ripetizione” degli arricchimenti illegittimi che la natura “eccezionale” di questi stessi processi i qualche misura venne meno³⁰...

III) Soprascedendo sulle diverse specificità delle fattispecie criminali (e, dunque, nel tentativo di semplificare), rintracciamo nella storia giuridica dei riferimenti preziosi che rispecchiano l’immagine e l’essenza stessa dei crimini di corruzione e che ci permettono di approfondire un tema assai complesso: quello dell’identificazione del bene giuridico in gioco (se vogliamo accettare l’anacronismo).

Alcune fonti ci dicono che la corruzione colpisce la dignità, il prestigio, la forza e la capacità di agire dello Stato. Il conservatore Muyart de Vouglans, ad esempio, con riguardo all’appropriazione indebita, ha scritto che non vi sarebbe crimine più dannoso per lo Stato (proprio perché la sua forza dipende dal denaro)³¹.

Altre fonti, invece, presentano i crimini di corruzione come delle violazioni della fiducia della società (dei soggetti e dei cittadini) nei confronti dello Stato e come una specie di tradimento nei confronti dello stesso potere statale. È significativo, in tal senso, il fatto che la legge dell’Ancien Régime – proprio a causa dell’innegabile influenza romanistica – arrivò a includere la corruzione tra i crimini di lesa maestà³² (di “seconda testa”³³). In particolare, la corruzione rappresenterebbe la falsificazione o l’adulterazione della volontà dello Stato. Per questo motivo, Pascoal de Melo Freire afferma che la corruzione (*crime*

³⁰ A.M. de Almeida Costa, “Sobre o crime de corrupção”, cit., p.58.

³¹ M. de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, Paris, Chez Le Breton, 1757, p.473.

³² T. Grammaticus, *Consilia et vota, seu iuris responsa*, Lugduni, Simphorianum Beraud et Stephanum Michaëlum, 1584, *Consilium XXXV*, 2, pp.80 e 82: “*corruptelae crimen in pluribus assimilatur crimini laesae maiestatis*”; P. Caballi, *Resolutionum criminalium*, Francoforti, Collegio Musarum Paltheniano, 1613, Centuria II, *Casus CLXVI*, 2, p. 301: “*crimen corrupteleae reputatur inter magnas e capitales causas e in multis delicto laesae maiestatis assimiletur*”.

³³ M. de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, cit., p. 472.

repetundarum) è molto simile al crimine di falsità, “sempre estremamente detestato dai nostri anziani”³⁴.

I commenti che il suo successore Basílio de Sousa Pinto fa sul peculato e sull'appropriazione indebita, commistione di concussione o corruzione, si rifanno alle antiche argomentazioni legali. La corruzione rifletterebbe i costumi perversi; sarebbe un male causato alla società; provocherebbe un grande e generale stato di allarme. Il criminale (colui che ricorre alla corruzione) tradirebbe la fiducia del governo e la fiducia che la società ha riposto in lui. E ancora: la corruzione disturberebbe l'ordine pubblico e la tranquillità; provocherebbe grandi sconvolgimenti nella società, chiamata a assicurare il rispetto della legge e a garantire la giustizia³⁵...

IV) Mario Sbriccoli ha magistralmente sottolineato che la metodologia giuridica dell'ancien régime ha contribuito alla formazione di una “cultura della corruzione”. In pratica, essa ha concorso ad una configurazione specifica delle fonti del diritto penale (assenza di un sistema, norme e lacune ambigue) e ha risposto alla necessità di un'interpretazione creativa grazie alla quale si è ampliato (*ampliaciones*) o limitato (*limitaciones*) la norma (*regolamentazione*).

Fu così che il modo di operare dei giuristi costituì il terreno fertile su cui si fondarono il nuovo “stile di potere” e una fruttuosa trilogia: il *probabilismo* (nel dubbio, l'opinione); *casualismo* (primato del caso) e *lassismo* (un'abile casistica consentiva di proteggere il prevaricatore).

La specificità del caso superava il principio o la norma e, sebbene le opinioni (fra loro contraddittorie) non fossero necessariamente indulgenti, il giudice era comunque autorizzato ad applicare le opinioni più favorevoli, purché fossero probabili (*opiniones probabiles e probabiliores*). La casistica ha così messo in luce un debole per la permissività, rafforzando paradossalmente la corruzione: moralizzazione incolpata, menzogna nascosta e casistica riabilitata³⁶. La controfaccia del tempo storico del legalismo e della “legecrazia”³⁷ sembra essere, in effetti, la “cultura della corruzione”.

I nostri *cinque minuti di riflessione* sono lunghi e rischiamo di corrompere la misura del tempo... Terminiamo tornando alla *Lotta per il diritto*. Per quanto perniciosa possa essere il crimine di corruzione, la forza disintegrante e distruttiva delle “cattive istituzioni giuridiche”, che la consentono, non è certamente da meno:

³⁴ P.J. de Mello Freire dos Reis, “Instituições e Direito Criminal Português, cit., p.136.

³⁵ B.A. de Sousa Pinto, *Lições de Direito Criminal Português*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1861, pp.322 e 334.

³⁶ M. Sbriccoli, “La cultura della corruzione. Profili storico-giuridici di una forma di potere”, in *Storia del Diritto Penale e della Giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 321-341, soprattutto, pp.323 e 324 e pp.329-334.

³⁷ P. Grossi, *L'Europa del Diritto*, Bari, Laterza, 2011, p.104.

opera sotterra, in quelle oscure regioni, che alcuni dilettanti politici non tengono degne della loro considerazione. Essi non si preoccupano che della cima, mentre del veleno, che, dalle radici vien su e si diffonde per tutta la pianta, non hanno sentore alcuno. Ma il dispotismo sa benissimo dove occorre mirare e cogliere, perché l'albero caschi³⁸.

³⁸ R. von Jhering, *La lotta per il diritto*, cit., p.71.