

Luigi Lacchè

Il dubbio e la giustizia penale: tra molti dubbi e qualche verità

1. *Le ragioni del dubbio*

Il secondo Quaderno¹ del Laboratorio di storia del penale e della giustizia² raccoglie sia le relazioni di apertura³ presentate in occasione del Seminario che si è svolto nel maggio 2019⁴ sia i contributi elaborati, a seguito della discussione, da alcuni dei partecipanti⁵.

Il Laboratorio di storia del 2019 è stato dedicato al tema de “Il dubbio”. Siamo partiti da un assunto generale, ovvero che la nostra epoca sembra segnata contraddittoriamente da due caratteri distintivi.

Da un lato riscontriamo l’affermazione o il consolidamento di vecchi e nuovi dogmatismi che tendono a voler proporre e in taluni casi “imporre” verità “forti”, “assolute” (in campo religioso, politico, economico...) col rischio di costruire “fortini ideologici” che irrigidiscono il dibattito pubblico e limitano, se non eliminano, gli spazi per un dialogo e confronto autentici. Co-

¹ Tutti i numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono pubblicati in *open access* e scaricabili dal sito <riviste.unimc.it/index.php/qspg>.

² Il Laboratorio è nato nel 2018 da una pluralità di esperienze di studio e di insegnamento legate alla storia del diritto e della giustizia penale nel solco della riflessione condotta da Mario Sbriccoli (1941-2005), a lungo docente nell’Università di Macerata. È promosso da Luigi Lacchè, Massimo Meccarelli, Paolo Marchetti, Monica Stronati, Ninfa Contigiani e vuole offrire un nuovo “spazio” di elaborazione, ricerca e discussione a cadenza annuale.

³ Presentate da Maurizio Migliori, Michel Porret, Massimo Vogliotti, Fiorella Giusberti.

⁴ Il Seminario «Il dubbio. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su certezza, giustizia, *mass media* e diritto di punire», si è svolto il 17-18 maggio 2019, Badia San Pietro, antica abbazia camaldolese del XII sec., annessa all’Hotel Monteconero, nella splendida cornice del parco naturale del promontorio del Conero (Sirolo, An).

⁵ Al Seminario, oltre agli organizzatori, hanno partecipato anche Roberto Acquaroli (Università di Macerata), Lina Caraceni (Università di Macerata), Giovanni Chiodi (Università di Milano Bicocca), Roberto Cornelli (Università di Milano Bicocca), Arno Dal Rì jr. (Universidade Federal de Santa Catarina), Marta Lorente Sariñena (Universidad Autónoma de Madrid), Emilia Musumeci (Università di Teramo), Carlo Piergallini (Università di Macerata), Claudia Storti (Università Statale di Milano), Andrea Tassi (Università di Macerata), Andrea Tripodi (Università di Macerata).

me ha osservato Nuccio Ordine⁶, gli “spacciatori di certezze” pretendono di possedere la “verità”. «La visione dogmatica solleva i fragili destinatari dalla difficoltà della scelta: nel caos del molteplice si evita il naufragio aggrappandosi al salvagente della verità».

Dall'altro, è ormai strutturale lo sviluppo abnorme dei mezzi di comunicazione istituzionali e soprattutto “sociali”: esso ha reso ogni “verità” (tale o presunta) friabile, fragile, disputata e controversa, sino ad arrivare all'universo delle *fake news* e della “postverità” che fanno perno su dolose strumentalizzazioni ma anche su fattori di emotività e convinzioni condivise da settori dell'opinione pubblica prescindendo dalla conformità con il mondo reale.

È dunque all'interno di questo così ampio e complesso contesto di riflessione e di critica che abbiamo pensato di dedicare il seminario annuale al tema polimorfico e sfuggente del “dubbio” visto sia come recupero di una “virtù” civile⁷ sia, ai nostri fini più immediati, quale spazio concreto di analisi della giustizia penale nella prospettiva storica e contemporanea. Si tratta quindi di recuperare da un lato le potenzialità euristiche del “dubbio” che attengono non solo alla dimensione strettamente teorico-filosofica ma portano a riflettere su temi cruciali per la vita della democrazia e la tenuta dello Stato costituzionale di diritto (pluralismo, libertà di pensiero, pari opportunità, cultura delle regole, rispetto della dignità della persona ecc.). Dall'altro, abbiamo voluto segnalare la valenza del dubbio come “compagno” ineliminabile della “verità”, garante della conoscenza e qualità essenziale della ragione nell'età dell'incertezza.

L'obiettivo era quindi far emergere – in senso largo come è nello spirito del Laboratorio – riflessioni e proposte che analizzassero il tema del *dubbio* avendo di fronte, in particolare, due campi tematici.

2. *Campi tematici*

Il primo è quello più legato alla declinazione del tema attorno al sintagma “certezza del diritto” e al suo “perturbante” contrario, l'incertezza⁸. Legata a doppio filo all'architettura moderna del principio di legalità⁹, la certezza (ha) evoca(to) sicurezza, stabilità, prevedibilità, garanzia, o – e ciò tocca alla base

⁶ <https://www.corriere.it/cultura/18_giugno_29/nuccio-ordine-milanesiana-elisabetta-sgarbi-testo-96ea849e-7bb4-11e8-ab49-1b15619f3f8e.shtml>.

⁷ G. Zagrebelski, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, Laterza, 2008; Id., *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2008.

⁸ G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006.

⁹ Per una prospettiva storica sul diritto penale si vedano in particolare i saggi raccolti in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36, 2007, *Il principio di legalità e il diritto penale* e in C. Storti (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, Giappichelli, 2016.

il problema penale¹⁰ – non è piuttosto un mito¹¹, un’utopia, un grande “progetto”, una narrazione che si infrange contro gli scogli del cambiamento, della inevitabile creatività del giudice, della complessità del reale, della forza della vita? Non è invece – più che la contrapposizione – la coesistenza/ibridazione di due poli, di certezza e incertezza, verità e dubbio, a rappresentare la realtà e la sfida del nostro presente?

Il secondo macro-tema ci porta direttamente al cuore di una delle “applicazioni” più antiche e importanti del *dubbio*, ovvero al campo della giustizia, del processo e del giudizio.

Lo spazio della giustizia è uno straordinario contesto teorico e pratico di analisi e di esercizio (o non esercizio) del *dubbio*. Il tema può essere letto – come è stato fatto per lungo tempo – sia in chiave di contrapposizione tra sistemi e modelli di giustizia pervenendo a dicotomie fondative (basti pensare a inquisitorio vs. accusatorio; inquisitorio + accusatorio = processo misto; verità sostanziale/materiale vs. verità relativa/giudiziaria; presunzione di colpevolezza vs. presunzione di innocenza...), sia, come è ormai pratica dominante tra gli storici del diritto penale, seguendo interpretazioni che privilegiano, più che i “modelli” astratti, i contesti specifici, le forme di ibridazione, le mentalità e le concrete applicazioni.

In dubio pro reo è il principio di civiltà che attraversa la storia delle forme del processo penale e indica la rilevanza del *dubbio* come parametro di riferimento da adottare o, al contrario, da esorcizzare. Il *Quaderno 2020* contiene alcuni importanti approfondimenti storico-giuridici sul tema, ma obiettivo iniziale del Seminario è quello di stimolare una riflessione critica sul valore e sul senso del *dubbio* nelle dimensioni storiche e negli odierni sistemi penali.

Il principio della possibile declaratoria di colpevolezza «al di là di ogni ragionevole dubbio», formalmente introdotto nel nostro ordinamento dalla legge n. 46 del 2006, deve “fare i conti” con almeno tre fenomeni che coesistono e rendono pertanto estremamente complesso lo spazio odierno della giustizia penale.

¹⁰ Per es. F.C. Palazzo, *Certezza del diritto e codificazione penale*, «Politica del diritto», XXIV, 1993, pp. 365-390; C. Sotis, *Le regole dell'incoerenza: pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, Aracne, 2012; O. Di Giovine, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Dykinson, 2014; M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, 2015, pp. 131-181.

¹¹ Da varie prospettive N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1, 1951, pp. 146-152; P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007; C. Luzzati, *Ancora sulla certezza*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica», 23, 2017, <https://www.statoechiese.it/images/uploads/articoli_pdf/Luzzati.M_Ancora.pdf>; G. Perlingieri, *Portalis e i “miti” della certezza del diritto e la c.d. “crisi” della fattispecie*, Napoli, Esi, 2018.

3. *Oltre ogni ragionevole dubbio*

Il primo fenomeno, “esogeno” rispetto al processo e al giudizio, chiama in causa l’intera parabola di modernità del rapporto tra giustizia, opinione pubblica e media¹². Malgrado la piena costituzionalizzazione dei principi del “giusto processo” e la portata della regola del ragionevole dubbio, la “pressione” mediatica, locale o nazionale¹³, travalica il linguaggio e la sintassi garantistica della procedura. I rituali riferimenti alla presunzione di innocenza vengono spesso smentiti da una idea ambigua, tipica dell’“inconscio inquisitorio”¹⁴, centrata su una “Verità” pre-giudiziale che indebolisce la massima beccariana secondo cui «un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice». Il lessico giornalistico-mediatico della “colpevolezza” si fa strada più rapidamente e traduce strumenti pensati per garantire l’imputato (e di conseguenza la stessa integrità del processo) in strumenti di pre-giudizio.

Il secondo fenomeno chiama in causa direttamente la portata della regola dell’oltre il ragionevole dubbio che, stringente e severa per l’accusa, esigerebbe, nella sede vera del giudizio, un vaglio rigoroso della prova del rapporto causale allontanandosi freddamente dall’incandescenza del fatto e dalla carnalità dei protagonisti. I regimi e i canoni probatori, la critica della nozione di causalità probabilistica, la figura, proposta da Federico Stella, del giudice “corpuscolariano”¹⁵ secondo il modello della fisica classica newtoniana, le nuove forme di “causalità” legate all’enorme progresso tecnologico-scientifico mettono in discussione il tema cruciale della razionalità scientifica e giuridica e il significato stesso di *dubbio*.

Le scienze cognitive e le neuroscienze hanno aperto un terzo fronte. La razionalità esercitata *nel* processo e *nel* giudizio è un grande patrimonio di conoscenza e di esperienza ma non sembra immune, secondo le ricerche della

¹² Per la dimensione storica P. Marchetti (a cura di), *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, Napoli, Esi, 2007; F. Colao, L. Lacchè, C. Storti (a cura di), *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, Bologna, il Mulino, 2008; L. Lacchè, *La giustizia penale e l’opinione pubblica: figure del «pre-giudizio» in età contemporanea tra Italia e Francia*, in B. Durand et al., *Juger et préjugés*, Actes du Colloque international, 2-3 octobre 2014, Montpellier, Faculté de droit et de science politique, 2016, pp. 209-246.

¹³ F. Gianaria, A. Mittone, *Giudici e telecamere. Il processo come spettacolo*, Torino, Einaudi, 1994; G. Giostra (a cura di), *Processo penale e informazione. Proposte di riforma e materiali di studio*, Macerata, Università degli studi di Macerata, 2001; L. Garlati, G.E. Vigevani (a cura di), *Processo e informazione*, Milano, Giuffrè, 2012; E. Amodio, *L’estetica della giustizia. Prassi, media, fiction*, Milano, Giuffrè, 2016; C. Conti (a cura di), *Processo mediatico e processo penale: per un’analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, Milano, Giuffrè, 2016.

¹⁴ L. Garlati (a cura di), *L’inconscio inquisitorio. L’eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano, Giuffrè, 2010.

¹⁵ F. Stella, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, Giuffrè, 2005; Id., *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime* (2003), Milano, Giuffrè, 2015.

psicologia cognitiva¹⁶, da emozioni, da procedure intuitive, da errori di ragionamento e da trappole mentali che possono riguardare l'intero percorso del processo, dalla formazione della prova fino alla decisione finale. L'ombra del dubbio e dell'incertezza è dura da accettare ma dà senso ad una concezione del limite (del potere di giudicare) identificandosi con uno sforzo (gradi di giudizio, revisione...) per ricostruire i fatti nel modo più coerente e ragionevole, con il minore margine d'errore possibile¹⁷, cercando di tenere in equilibrio – compito certo arduo – la tutela dell'imputato con le ragioni della collettività e delle vittime.

Appare quindi utile e stimolante una riflessione plurale e approfondita sul *dubbio* – considerato nel suo complesso universo culturale – per rileggere la formazione e il funzionamento dei sistemi penali sino al nostro presente incerto e contraddittorio.

4. *Passaggi e itinerari*

Nello spirito del Laboratorio, i contributi inseriti nella sezione “Passaggi” hanno l'obiettivo di “aprire” il volume a quattro dimensioni “costitutive”.

Maurizio Migliori affronta in apertura il problema filosofico del rapporto tra verità e dubbio. Se la modernità, almeno da Cartesio in poi, ha messo al centro il dubbio come «nemico da battere», la contemporaneità sembra aver rovesciato questo approccio scorgendo nel dubbio la prospettiva per criticare ogni etica (assoluta) della verità. Ma che significato dare alla verità? «Il cuore del problema, a questo punto, appare non tanto la necessità del dubbio, quanto piuttosto l'assunzione del limite, il rifiuto di ogni posizione che pretenda di essere “assoluta”, l'accettazione di verità declinate in situazione. Le verità via via proposte non esauriscono la verità; questa è ad un tempo presente e continuamente trascesa. Dunque è possibile dire il vero, a condizione che si sottolinei il limite del dire stesso, che è relazionale, che si riconosca la continua presenza del relativo»¹⁸. Se non c'è verità non può esserci dubbio e pertanto – osserva Migliori – la messa in crisi radicale dell'una comporta anche conseguenze per il secondo. «Bisogna dunque accettare la complessità senza rimanerne vittima, bisogna rinunciare all'assoluto della modernità scienziata senza cadere nell'assoluta incertezza. Ciò richiede che la riflessione e il dibattito raggiungano il livello che i temi meritano, cioè che si torni a riflettere per

¹⁶ A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, il Mulino, 2017.

¹⁷ F. Giusberti, L. Bensi, R. Nori, *Oltre ogni ragionevole dubbio: decidere in tribunale*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

¹⁸ Migliori, p. 33 (tutte le citazioni senza altro riferimento sono in questo volume). Sulla relatività di ogni discorso sul dubbio v. Luzzati, p. 101.

strutture, sistemi, paradigmi, sapendo che all'inizio ci si scontrerà con un muro, frutto di decenni di faciloneria e trascuratezza teorica»¹⁹. L'esercizio del dubbio – tanto lodato da Bertold Brecht – diventa dunque una “virtù” se si “relaziona” alla ricerca della verità intesa come ricerca di valori sapendo che ogni “conquista” è provvisoria e “incompiuta”. Tra il dogmatismo della verità assoluta e il pensare che non ci sia alcuna verità, il pensiero dubitante ci allena in definitiva al senso del limite e della complessità della nostra esperienza.

Quando il dubbio ha iniziato a penetrare, nel corso del XVIII secolo, nella macchina della giustizia della “verità” materiale estorta con la tortura giudiziaria e la confessione, nella sacralizzazione della violenza patibolare, nella pedagogia del diritto di punire, secoli di dottrine e di pratiche consolidate cominciarono a vacillare.

Il “momento Beccaria” – ha scritto Michel Porret – ben rappresenta l'affermazione di «un dubbio umanista o utilitario tra i riformatori»²⁰. «Erede dell’“immortale Presidente di Montesquieu” per il quale la “moderazione” rappresenta il vigore sostanziale del diritto di punire, seppellitore della pena di morte, Beccaria si impegna a decostruire il modello penale basato sul patibolo, apparato universale per l'applicazione della legge criminale nell'Europa del suo tempo...»²¹. Così il dubbio beccariano esprime una verità acuta e universale per l'antropologia politica del liberalismo emergente e per la civilizzazione del sistema penale.

Ma la “giustizia dei moderni” stenta ad abbandonare, o meglio, a controbilanciare le ragioni dell'autorità e delle sue “verità”. In quel frangente il problema stava anzitutto nell'arbitrario degli uomini – essenzialmente i giudici – e si pensò di superarlo grazie all'architrave della legalità, che è garanzia ma anche potenza. La legge divenne la nuova Divinità, appunto sovrana, e proprio per questo rischiava a sua volta, di non avere limiti. «Una lacrima nell'occhio della legge» – ci ricorda Massimo Vogliotti – è per l'ispettore Javert ne *Les Misérables* di Victor Hugo – straordinaria metafora letteraria²² – solo una nuvola passeggera, che fa balenare per un momento l'idea che possa esistere una giustizia diversa da quella della legge e del codice. Ma, appunto, è una lacrima che si asciuga subito, senza lasciare traccia, un tormento inaccettabile che deve subito lasciare il posto alle certezze del legalismo e della linea retta.

¹⁹ Migliori, p. 34.

²⁰ Porret, p. 43.

²¹ Ivi, p. 45.

²² Sull'immagine v. M. Stolleis, *L'occhio della legge. Storia di una metafora*, ed. it. a cura di A. Somma, Roma, Carocci, 2007.

«La parabola esistenziale del poliziotto dei *Miserabili* assomiglia molto a quella del giurista moderno dell'Europa continentale»²³. Questi abbandona le risorse tradizionali del metodo dubitativo e controversiale, antico e medievale, per adottare il metodo veritativo delle scienze naturali e il dogma della certezza. Se il dubbio non è compatibile con i regimi processuali dominati dalla logica dell'inquisitorio, il modello accusatorio dovrebbe essere «in gran parte concepito per alimentare il dubbio del giudice»²⁴. «Attribuendo all'accusa il compito di provare la colpevolezza dell'imputato *oltre ogni ragionevole dubbio*, il principio etico e gnoseologico della presunzione d'innocenza pone, fin da subito, tutto il procedimento sotto il segno del dubbio. In particolare, quella regola di giudizio se, da un lato, esprime l'esigenza che la prova della colpevolezza sia particolarmente solida e convincente per poter condannare, dall'altro – con la sua rinuncia a ogni pretesa di certezza – riconosce, allo stesso tempo, l'impossibilità di annientare completamente il dubbio sul piano conoscitivo»²⁵.

In un'epoca nella quale sempre più si riflette sulle potenzialità della giustizia predittiva e sulle possibilità offerte dall'intelligenza artificiale²⁶, le ricerche teoriche e empiriche sull'impegno cognitivo del giudice mostrano quanto grande sia ormai la distanza reale dal modello sillogistico. Fiorella Giusberti osserva come «La macchina per sillogismi assume una sembianza non più automatica, in cui il meccanismo deduttivo di concatenazione di sillogismi dimostrativi si trasforma in un processo decisionale sottoposto, come tutti i processi decisionali, alla probabilità, e dunque al dubbio, all'incertezza»²⁷.

Più che solo dalla certezza logica delle conclusioni deduttive, il ragionamento giuridico appare segnato dalla qualità induttiva e abduttiva, «connotata in modo prioritario e predominante dalla nozione di probabilità, costitutivamente legata a quella di dubbio...»²⁸. I vari modelli di analisi del funzionamento del ragionamento giuridico – a cominciare da quello basato sulla narrazione, sullo *story-telling* – assegnano al giudice «un ruolo di pro-

²³ Vogliotti, p. 63.

²⁴ Ivi, p. 71.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Cfr. per un'analisi recente si rinvia al volume a cura di E. Calzolaio, *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, Wolters Kluwer, Cedam, 2020.

²⁷ Giusberti, p. 79. «Tutti i dogmi di una volta – osserva Claudio Luzzati in questo volume –, in particolare la convinzione di una chiusura logica del sistema, sono caduti in modo miserando. Ormai la tesi che il giudizio si risolve in una catena di sillogismi e la coeva teoria dichiarativa dell'interpretazione sono tramontate per sempre. Non solo è stato riconosciuto un margine di discrezionalità infranormativa nei casi marginali, ma vengono anche create di continuo norme del tutto nuove servendosi di principi, il più delle volte impliciti, quindi non precostituiti, che fungono da generatori o da "matrici" di norme. A questo punto che vi sia una conoscenza *avalutativa* del diritto, come riteneva la vulgata *vetero-positivistica*, è arduo credere. Il diritto nasce e prospera in un quadro valoriale» (p. 108).

²⁸ Giusberti, p. 81.

tagonista attivo, inquadrandolo come un decisore che tenta di attribuire un senso e un significato al dispiegarsi degli eventi che compongono una vicenda processuale: più la storia è plausibile, coerente ed esaustiva (nel senso che meglio riesce a collegare logicamente e ragionevolmente le prove e gli elementi processuali emersi), maggiore sarà la probabilità che vada a costituire, nella mente del giudice, la migliore rappresentazione dei fatti»²⁹.

Ma non sempre ciò che è probabile e verosimile è anche vero. Dal punto di vista della ricerca cognitiva il problema del “ragionevole dubbio” è una guida importante per comprendere il “problema del giudice”³⁰ che «non è quello di cercare una certezza impossibile, ma di aumentare il grado di probabilità e ridurre il margine di errore ad una soglia razionalmente e socialmente accettabile»³¹.

5. *Storie del diritto penale*

Il dubbio è dunque una dimensione ineludibile a livello epistemologico e in alcuni casi ha carattere “costitutivo” dello stesso fenomeno giuridico. Nell’ambito del penale – che è quello che qui interessa di più – esso riveste un ruolo molto rilevante, si potrebbe dire “costituzionale”, sia che venga negato alla radice, sia che diventi congegno cruciale nel procedimento e nel giudizio oltreché nella costruzione delle fattispecie.

L’analisi storica offre certamente un contributo significativo per situare e contestualizzare la complessa fenomenologia del dubbio negli sviluppi del diritto penale. Un *consilium iudiciale* dato nel 1487 da Giason del Maino – giurista di grande fama e tra i più importanti del XV secolo – al podestà di Treviso, il patrizio veneziano Perazzo Malipiero, rivela quanto il dubbio – in un caso di penale “alto” che ha per protagonisti due nobili della turbolenta nobiltà cittadina – contribuisca a promuovere una riflessione che ha una valenza ben più ampia. Trattandosi di un caso di omicidio, la *quaestio*, appunto il *dubium*, è – come ricostruisce Ettore Dezza – se la norma statutaria che prevede l’impunità per chi uccida un bandito sia applicabile anche quando – come accade nell’*inquisitio* contro l’uccisore – la vittima al momento dell’evento, pur essendo nelle condizioni di subire il bando e la condanna, non ne sia stato ancora colpito formalmente.

²⁹ Ivi, p. 85.

³⁰ «Che la mente umana – scrive Paola Nicolini nel suo contributo – giochi un ruolo attivo, da protagonista, da co-costruttore, nella conoscenza di sé, degli altri e del mondo, è una posizione condivisa dalla gran parte degli approcci teorici che formano il complesso arcipelago della psicologia scientifica. Se questo è un assunto di base, c’è da chiedersi: quali processi sono in atto anche nella mente di un giudice che, prima di essere tale, è comunque un essere umano?» (p. 91)

³¹ Giusberti, p. 86.

Ricorrendo al ragionamento logico-dialettico volto ad esaminare e confrontare i vari argomenti *pro* e *contra*, l'autore esamina i *fundamenta* che dovrebbero aiutare a risolvere il caso. Giason del Maino valorizza due principi di matrice romanistica, già circolanti nelle opere della criminalistica medievale, ovvero che «in delictis [...] mitiores esse debemus et promptiores ad absolvendum quam ad condemnandum» e che «sanctius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare». Si tratta di affermazioni che prefigurano la formula dell'*in dubio pro reo*, condivise tra Quattro e Cinquecento nell'ambito di numerose opere di diritto canonico e di *ius civile*. «Sarebbe ovviamente anacronistico – nota giustamente Dezza – interpretare tutti questi riferimenti pensando a una sorta di garantismo *ante litteram* (a meno che non si voglia parlare di 'preistoria' del garantismo penale). Nondimeno, non si può negare come anche nella produzione consiliare di Giasone si manifesti quella stessa tendenza alla fissazione, da parte della dottrina, di standard formali minimi nell'amministrazione della giustizia penale [...]»³². Come è noto i polemisti dell'illuminismo penale – e tra loro certamente Beccaria – non andarono troppo per il sottile nel condannare *in toto* l'esperienza di una criminalistica che, nel pieno dell'affermazione delle logiche inquisitoriali, cominciò ad enucleare, specie con alcuni autori, linee di pensiero e sensibilità “dubitanti”. Il formalismo delle regole (basti pensare al sistema probatorio) fu il contesto nel quale si cominciò a infiltrare il dubbio come “limite” al potere punitivo “assoluto” del sovrano e del giudice dentro una macchina processuale che aveva come obiettivo quello di far proferire al reo i *verba veritatis*. Può sembrare un paradosso ma storicamente non lo è: il brocardo latino assunse quel significato proprio in relazione all'*indagatio veritatis*³³.

La sequenza «dubbio-certezza-verità» attraversa – come ricostruisce Floriana Colao – secoli di esperienze e di pratiche di giudizio e di decisione. Prima che l'età della certezza cercasse di ricondurre il caso dubbio allo spazio “chiuso” del legislatore e del diritto positivo, il «disputare per dubbi» fu parte integrante – anche nel penale, almeno in alcune circostanze (come per esempio nel caso riportato da Ettore Dezza) – del modo stesso di concepire il diritto e la giustizia. Ancora nei primi decenni del leopardiano «secolo sì legislativo»³⁴ Francesco V. Barbacovi dirà che tra il nero del *non liquet* e il bianco del giudizio “certo” c'è una sorta di area grigia, che è quella del dubbio, ovvero della possibilità, secondo il giurista trentino, di rendere giustizia diversamente, pro-

³² Dezza, p. 144.

³³ Rinvio qui all'«ipotesi paradossale» di Mario Sbriccoli: “*Tormentum idest torquere mentem*”. *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale* (1991), ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, t. 1, pp. 126 ss.

³⁴ Cfr. R. Ferrante, *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2015.

ponendo «[...] che i giudici non fossero obbligati a dar ragione “ad uno solo dei contendenti”, piuttosto, a seconda della “probabilità, grave o leggera”, ad aggiudicare “porzioni o parti più o meno uguali della cosa in questione”, col dividere a metà o in frazioni “fortune e beni dei cittadini”»³⁵. Il dilemma del caso dubbio divenne paradigmatico del rapporto tra legge e applicazione del giudice. Il sillogismo giudiziale ha mostrato nel corso del XX secolo tutti i suoi limiti ma non è stato certo agevole ‘reintrodurre’ il dubbio, come problema di metodo e di visione, negli ordinamenti giuridici nati dalle macerie del secondo dopoguerra e da difficili esami di coscienza.

«Uno dei campi del diritto penale e processuale su cui l’albero del dubbio ha esteso la sua (benefica) ombra»³⁶ – nota Giacomo Pace Gravina – è stato da sempre quello della imputabilità minorile. Tra teorie del discernimento morale e del discernimento legale il tema dell’età per essere considerati o meno imputabili ha attraversato gli ultimi secoli. Ma il problema non è del tutto risolto se «La fine del Novecento ha visto ancora efferati delitti che hanno scosso l’opinione pubblica e riportato alla ribalta l’eterno dubbio: come stabilire se un minore è imputabile? Quale la proposta dell’ordinamento, nell’altalena tra risposta punitiva e *favor* nei confronti del minore?»³⁷.

Se il dubbio è per Francesco Carnelutti «il germe del processo penale», la vasta fenomenologia della formula dubitativa che chiude una delle fasi del processo, senza assoluzione o condanna piena, rappresenta uno straordinario osservatorio storico-giuridico (e non solo) per comprendere il problema dei limiti della giustizia umana. Marco Miletto ne esamina, con precisione chirurgica, il percorso tra i due “infelici” codici di procedura penale dell’Italia liberale, tra il 1865 e il 1913. In particolare gli insufficienti indizi di reità lasciavano aperto uno “spazio” necessariamente ambiguo che cercava di tutelare l’imputato ma anche l’attività di istruzione potenzialmente riattivabile. È proprio nel contesto di questo dibattito sull’insufficienza di prove che la scuola positiva, e in particolare Enrico Ferri (ma anche giuristi di altro orientamento come Erio Sala), proposero di estendere il meccanismo anche alla vituperata giuria, consentendo, «come negli ordinamenti anglosassoni, la dichiarazione di *non consta* in caso di dubbio sulla colpevolezza: la pronuncia avrebbe lasciato impregiudicata la riapertura del processo qualora si fossero ripresentati “nuovi e gravi indizi”»³⁸.

Qui la messa in discussione dell’*in dubio pro reo* era un modo per mostrare che la società aveva diritto ad assolvere l’accusato solo se l’innocenza fosse stata provata. Il giovane Arturo Rocco difendeva però all’inizio del Nove-

³⁵ Colao, p. 154.

³⁶ Pace Gravina, p. 167.

³⁷ Ivi, p. 175.

³⁸ Miletto, p. 186.

cento la posizione garantistica. Rimproverava a Ferri di aver inquadrato «in termini storiograficamente non corretti i tratti distintivi del *non consta*, della *absolutio ab instantia* e del *non liquet* romano, ma aveva anche inesattamente negato, sul piano dogmatico, che il *non consta* entrasse in collisione con alcun “precetto fondamentale di diritto”»³⁹. Per il libero docente non esisteva alternativa alle coppie concettuali colpevolezza / non colpevolezza, condanna / assoluzione. «La nostra legge», concludeva Rocco, «abolendo questo istituto pieno d’infami ricordi, ha dunque obbedito non solo alla logica dei principî giuridici, ma altresì [...] di necessità sociale e di politica opportunità. Restaurarlo sarebbe oggi un assurdo teorico e pratico, diametralmente contrario al progresso delle istituzioni giuridiche»⁴⁰.

L’istituzione nel 1865 del casellario giudiziario e la sua evoluzione operativa divennero nel corso dei decenni occasione per discutere sui limiti, o meno, della trascrizione delle varie tipologie di ordinanze e di sentenze con formula dubitativa. Malgrado le critiche mosse da una parte della dottrina, nel 1886 una circolare del ministro guardasigilli Tajani «chiuse esplicitamente ogni spiraglio alla possibilità che le sentenze (dibattimentali) di assoluzione per insufficienza di prove sfuggissero alla trascrizione. Il ministro ricordò che il *fine* del casellario consisteva nel “conservare e render pronta notizia degli *antecedenti penali*” e che, se vi andavano pacificamente registrate le *ordinanze* dubitative, “a maggior ragione” dovevano annotarvisi le *sentenze* dubitative. “Qualunque dubbio”, concludeva drastico il guardasigilli, andava risolto “nel senso d’ammetter notizia delle sentenze nel Casellario, anziché d’escluderle”»⁴¹. Solo la legge 30 gennaio 1902 n. 87 stabilì che il casellario giudiziale conservasse “tutte le decisioni definitive” (art. 1); e che tanto nei certificati estratti dall’autorità giudiziaria “per ragioni di giustizia penale” quanto in quelli richiesti da altra pubblica amministrazione o da privati non dovesse farsi menzione delle sentenze o ordinanze di assoluzione o di non luogo pronunciate “per qualunque titolo”» (art. 3, n. 1 e art. 4, n. 1). Era una riforma che mirava a «non far pesare sulla riputazione, sul credito e sull’avvenire dei cittadini minimi falli, trascorsi giovanili, sentenze di non luogo per insufficienza di indizi o anche condanne di qualche entità, seguite da ravvedimento” comprovato»⁴².

Sembrava che tale riforma potesse preludere alla soppressione della formula di assoluzione per insufficienza d’indizi. La Relazione al progetto di codice Finocchiaro-Aprile recepiva nel 1905 questo orientamento liberale intendendo introdurre la locuzione unica «non farsi luogo a procedimento». Ma nel dibattito successivo prevalse un diverso indirizzo, volto a mantenere la for-

³⁹ Ivi, p. 188.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Ivi, p. 196.

⁴² Ivi, p. 200.

mula, sostenuto da ragioni tecniche, e infine recepito dallo stesso ministro. «Ma certo la blindatura dell'*insufficienza di prove* in un codice pensato da e per *liberali* lanciava al paese un messaggio in controtendenza»⁴³.

Bisognerà attendere gli anni '60 del Novecento per vedere la formula dubitativa perdere slancio non senza trovare in Girolamo Bellavista «un'appassionata difesa d'uno strumento che a suo parere consentiva al giudice, “come allo storico, di restare incerto”. All'umile “concezione del processo come dubbio” il penalista siciliano contrapponeva il presuntuoso “dogmatismo giudiziario” che, per “carrierismo”, “sollecitazioni di stampa”, vanità politiche, finiva “col cercare *un* colpevole piuttosto che *il* colpevole”: “i frutti tossici di questa frettevolezza giudiziaria travasa[va]no” nell'errore giudiziario e nella “bancarotta della giustizia penale”»⁴⁴.

6. *Lessico e politica del diritto penale*

Il tema, così strutturalmente ambiguo e polimorfico del dubbio, rappresenta quindi per il penalista, di ogni epoca, uno stimolo importante⁴⁵ per riflettere criticamente su principi e categorie che, nella cultura giuridica liberale, sono stati associati con quello che Domenico Pulitanò chiama il «paradigma penalistico della certezza»⁴⁶. «[...] il diritto penale – scrive Roberto Bartoli – sembra reclamare certezza, una certezza assoluta che non lascia spazio al dubbio: dove c'è dubbio non si può punire»⁴⁷. «Rispetto a un sistema giuridico – sottolinea Grazia Mannozi – che assume la certezza come *valore fondante* e perciò come *obiettivo* da perseguire *in primis* attraverso la certezza delle fonti di produzione, il dubbio costituisce un fattore destabilizzante. E non potrebbe essere altrimenti: inevitabile è, infatti, la sussistenza di uno *scarto*, di una divaricazione più o meno ampia tra l'esigenza di certezza del diritto – perseguita per garantire la libertà dell'individuo e l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge – e l'applicazione pratica delle norme, da interpretare e da attuare attraverso il processo»⁴⁸.

⁴³ Ivi, p. 206.

⁴⁴ Ivi, p. 208.

⁴⁵ Grazia Mannozi osserva come «Le principali situazioni normativizzate nelle quali il dubbio assume rilevanza, sia pure sotto forme e con ruoli diversi, possono essere identificate come segue: a) la scelta criminale, questione che ha però un taglio prevalentemente criminologico; b) la conoscenza della legge penale; c) la compatibilità del dubbio con l'elemento soggettivo del dolo; d) la riconoscibilità e individuabilità della regola cautelare che contrassegna la tipicità delle condotte colpose; e) la collaborazione processuale; f) vi è infine un dubbio di cui l'autore del reato è non già «soggetto» attivo quanto, piuttosto, «oggetto»: si tratta del dubbio implicito nella formula assolutoria di cui all'art. 530 c.p.p. – cioè per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova» (p. 258).

⁴⁶ Pulitanò, p. 211.

⁴⁷ Bartoli, p. 228.

⁴⁸ Mannozi, p. 254.

Il punto di “incontro” e di tensione tra “certezza”, “verità”, e “dubbio” si può individuare in quello snodo fondamentale del garantismo che, attraverso le regole, la razionalità, la logica e l’argomentazione, la prevedibilità, rende possibile ricostruire una “verità” come risultato di un processo critico e motivato di verifica o falsificazione. Verità/certezza e dubbio non solo non sono in conflitto ma proprio attraverso il setaccio del dubbio – come ricerca e vaglio della verità – è possibile dare valore e credito alla “verità” contestuale e “relativa” della giustizia. «Ragionare sul dubbio ermeneutico significa mettere alla prova la tenuta della certezza del diritto. Per il giurista e il giudice imparziale, è in gioco la loro professione intellettuale. Per un soggetto agente, chiunque esso sia, è in gioco il rapporto con l’ordinamento giuridico»⁴⁹. In questo ambito «*Oltre il ragionevole dubbio*, – ha scritto Pulitanò – è il criterio epistemologico ed etico dell’affermazione di responsabilità. Non è un principio meramente processuale, bensì il risvolto processuale del principio sostanziale di legalità. Accontentarsi di un accertamento ‘probabilistico’ significherebbe aprire la strada all’affermazione di responsabilità in casi in cui sia possibile “*non esservi stato delitto nessuno*” o l’imputato possa essere innocente. L’etica del dubbio, sottesa al paradigma cognitivo del garantismo, non è contro l’etica della verità: ne è la dimensione critica»⁵⁰.

Questa etica del dubbio tuttavia non raggiunge nella stessa “misura” tutti i “territori” del «paradigma cognitivo»⁵¹. Laddove prevalgono le logiche securitarie del sospetto e della prevenzione e il sistema penale getta solo uno «sguardo fugace» – come notava icasticamente Francesco Carrara⁵² –, il dubbio perde il suo ruolo di sentinella. «Recuperare, anche in quest’ambito, il *valore etico del dubbio (e del principio dell’oltre il ragionevole dubbio come questione di giustizia, non sacrificabile a bene o male intese esigenze di sicurezza)* è un compito di spiccata attualità e rilevanza per una cultura giuridica liberale»⁵³.

La formula BARD (*Beyond Any Reasonable Doubt*) è apparsa nella seconda metà del XVIII secolo come monito (e canone etico) rivolto dal giudice ai giurati. Lo studio delle sue remote e profonde radici teologiche, nell’evoluzione delle pratiche di giustizia (dal mondo ordalico a quello delle prove

⁴⁹ Pulitanò, p. 220.

⁵⁰ Pulitanò, p. 212.

⁵¹ Pulitanò, p. 211.

⁵² Cfr. L. Lacchè, “*Uno sguardo fugace*”. *Le misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», fasc. 2, 2017, pp. 413-438.

⁵³ Pulitanò, p. 226 e Bartoli, p. 251: «Punto dolente sono i giudizi di pericolosità. Ritengo che sia la grande frontiera della garanzia. Qui occorre che il dubbio operi soprattutto all’interno della scienza giuridica affinché possa vedere in termini critici il sistema delle misure di sicurezza e soprattutto quello delle misure di prevenzione, avanzando dubbi di legittimità costituzionale basati sui vincoli di realtà e che evidenziano eccessi di normativismo».

razionali e della giuria), serve per comprendere quanto grande sia il potere di chi giudica e quanto grande sia la sua responsabilità (dapprima davanti a Dio, poi allo Stato e alla società)⁵⁴. Alla base c'è ancora il monito cristiano del “Non giudicate”⁵⁵. La secolarizzazione ha finito per “svuotare” di senso questa formula vista soprattutto come criterio epistemologico di accertamento della verità mentre essa ha funzionato soprattutto in termini di *moral comfort* verso i giudici e i giurati. Potrà sembrare paradossale che un “fossile vivente” sia stato “trapiantato” dal mondo di *common law*, americano in particolare, in quello continentale, e italiano nel nostro caso con la legge del 2006 che ha novellato l'art. 533 del c.p. Non era sufficiente la regola antichissima dell'*in dubio pro reo*? Probabilmente BARD non aggiunge nulla a questo principio dal punto di vista giuridico. Ma – e ritorniamo alle radici – sono l'etica professionale e la responsabilità del giudice ad essere chiamate in causa. Nei casi più delicati e complessi di condanna il giudice dovrà rafforzare la propria motivazione superando la soglia del dubbio. Una cautela essenzialmente morale per «[...] coloro che tremando – direbbe Beccaria⁵⁶ – dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini»? «Singolare destino di un principio che, smarritosi nell'ambiente di *common law* dove è nato, riacquista almeno parte del suo senso originario nei sistemi di *civil law* dove è stato trapiantato»⁵⁷.

«Se non c'è verità non può esserci il dubbio» è stata la ‘formula’ che ha aperto il Seminario e che appare un *fil rouge* dell'intero Quaderno. Mai come oggi – specie dopo il dramma collettivo del COVID-19 e dei suoi effetti totalizzanti – appare necessario attingere alle virtù del dubbio per smontare “verità” false e senza fondamento e contrastare la sicumera degli “spacciatori di certezze”. Ma non è il dubbio paralizzante di Javert ciò di cui abbiamo bisogno. È il dubbio “dinamico”, “costruttore”, che attiva un dialogo/confronto inesauribile con quel bisogno di verità di cui la democrazia e la sua giustizia non possono fare a meno. E questa è una ricerca senza fine, un moto perpetuo contro la fissità del dogmatismo e la paralisi dello scetticismo. Se c'è *questo* dubbio allora ci sarà forse un po' più di verità.

⁵⁴ J. Whitman, *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*, New Haven, Yale University press, 2008.

⁵⁵ L. Lacchè, «Non giudicate». *Antropologia della giustizia e figure dell'opinione pubblica tra Otto e Novecento*, Napoli, Satura Editrice, 2009.

⁵⁶ Come è noto nel celebre proemio *A chi legge* nell'edizione di Livorno 1766 del *Dei delitti e delle pene*.

⁵⁷ R. Orlandi, Recensione a J. Whitman, *The origins of reasonable doubt*, cit., «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 39, 2010, p. 750.