

Floriana Colao

Dubbio, certezza, decisione, verità. La coscienza del giudice e l'interpretazione del giurista nella giustizia civile dall'età moderna all'«età dell'incertezza»

1. Introduzione. Dubbi e casi dubbi tra diritto comune e codificazione

Queste pagine seguono alcuni percorsi della dottrina giuridica intorno alle sequenze dubbio-certezza e decisione-verità, immerse nella storia della giustizia civile, che ha dato loro senso. Si è preso spunto da un passo dell'*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, ove Calamandrei indicava «parentele storiche» tra processo e rito «religioso» a proposito della «coscienza» del giudice, «che non dorme la notte per i dubbi che lo assalgono»; da quella «angoscia», dal «timore dell'errore», il magistrato sarebbe uscito grazie al contraddittorio tra le parti, presupposto della «certezza del diritto» e «verità»¹. Il giurista fiorentino è parso cogliere la 'lunga durata' della 'logica' del processo canonico, entro un 'ordinamento', ove – come ricordava Pio Fedele, discutendo l'opera di Flavio Lopez de Oñate – «non esiste il principio della certezza del diritto»². A lungo la dottrina giuridica sembrerà ancorata alle radici teologiche³ del giudizio, tra dubbio, rischio dell'errore, probabilità, certezza, verità, dal *De rebus dubiis*⁴, alla *res dubia* e *lis incerta*⁵. Muratori cercava rimedi alle «dubietà»

¹ P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, Le Monnier, 1954, p. 382.

² P. Fedele, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico* (1943), in F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, a cura di G. Astuti, Milano, Giuffrè, 1968, p. 222.

³ J.Q. Withman, *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*, Yale, Yale University press, 2008, recensito, con osservazioni dell'autore, dal A. Del Rio, R. Orlandi, M. Pifferi, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2010, pp. 726 ss; cfr. inoltre C. Fantappiè, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Bologna, il Mulino, 2011, p. 208.

⁴ R. Signorini, D. 34,5. De rebus dubiis. *Profili sistematici e rassegna casistica*, Milano, Giuffrè, 2014.

⁵ Indicazioni in S. Parrini Vincenti, *La res dubia nella transizione dal diritto comune ai codici: un problema aperto*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di A. Cavanna*, III, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1745-1793.

entro il diritto comune, osservando «cause dubbie, che può restar sospeso il giudizio anche dei più barbuti professori di giurisprudenza»⁶.

In un altro orizzonte l'art. 4 del *code civil* costruiva in modo ambiguo il 'mito della completezza', nell'ammettere l'oscurità della legge, ed al tempo stesso impedire al giudice di non giudicare, accampano il «prétexte»⁷. Si svolgeva entro queste coordinate la riflessione della dottrina sull'ultima indicazione dell'art. 3 delle disposizioni preliminari del codice civile italiano del 1865, a proposito dell'interpretazione della norma, ove «il caso rimanga tuttavia dubbio». La previsione era un 'crocevia costituzionale' – tra lo Statuto, il codice civile, l'assetto dell'ordinamento giudiziario, la procedura civile – strumentale alla certezza del diritto, per i giuristi pensabile entro quel Calamandrei definiva il «sistema costituzionale della formulazione legislativa»⁸. L'articolo 3 era inoltre tra i «precedenti storici» dell'art. 12 delle *Preleggi*⁹, che è parso esprimere «non stati di indecisione, ma piuttosto ordine di criteri per la decisione»¹⁰. Dal giusnaturalismo al giuspositivismo, nel campo di tensione tra diritti individuali e sovranità dello Stato¹¹ il dubbio era un 'archetipo', strumentale ad accertare la verità nel processo civile¹²; nella 'lunga durata' di istituti antichi, gli si riconosceva un ruolo nevralgico nella formazione del materiale di cognizione. Nel primo dopoguerra il *Progetto* di Chiovenda – poggiante sui principi di oralità, concentrazione ed immediatezza – 'pubblicizzava' l'impianto 'individuale' del rito del 1865 nel segno di un ruolo più attivo del giudice, invitato a chiedere alle parti di «chiarire i dubbi»¹³. Vent'anni

⁶ L.A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, a cura di G. Barni, Milano, Rizzoli, 1958, pp. 149-150.

⁷ P. Amserek, *Le doute sur le droit ou la teneur incertaine du droit*, en *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 57; J.F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, Paris, Panthéon-Assas, 2003, p. 154.

⁸ P. Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* (1920), in Id., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, Morano, 1966, p. 39. Sulla legalità in Calamandrei cfr. L. Lacchè, «Alzate l'architrave, carpentieri». *I livelli della legalità penale e le «crisi» tra Otto Novecento*, in C. Storti (a cura di), *La legalità e le crisi della legalità*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 202.

⁹ Cfr. ancora G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile*, in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 443 ss.; con riferimenti alla cultura giuridica cfr. A. Sciumè, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, Giappichelli, 2013.

¹⁰ N. Irti, *Dubbio e decisione*, in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 120.

¹¹ K.W. Norr, *Verso il processo civile moderno. Dal diritto naturale al Novecento*, pagine introduttive di M. Ascheri e N. Picardi, Roma, Aracne, 2013, p. 110. Con particolare riferimento all'Italia cfr. M. Meccarelli, *La giustizia civile*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Enciclopedia italiana, 2012, pp. 451-458.

¹² M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 195; N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 211; N. Irti, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Laterza, 2011; M. La Torre, *La verità del diritto senza verità*, «Sociologia del diritto», 2013, pp. 189-201. Anche per la «disputa in Italia» cfr. M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 465 ss.

¹³ *La riforma della procedura civile proposta dalla Commissione per il dopoguerra. Relazione e testo annotato*, Napoli, Jovene, 1920, p. 30.

dopo la *Relazione* di ‘Calamandrei-Grandi’ al codice, forte della lezione degli «aforismi dell’antica sapienza», ribadiva che i più «estesi poteri del giudice» erano intesi a «chiarire la verità (art. 253)»¹⁴.

2. «Disputare per dubbi». Da un «istituto antichissimo» alle Ruote dell’età moderna

Nella ‘genealogia’ del principio di oralità, «sulla scorta di vecchi testi», risalta un istituto «antichissimo», l’interrogatorio delle parti «*ad clarificandum*», non inteso tanto all’acquisizione della prova, quanto a chiarire *dubium o dubia*, anche in una funzione equitativa ed assistenziale per la parte sfornita di difesa¹⁵. In virtù di un ruolo attivo del giudice, l’ordinamento processuale è parso ‘pubblicizzarsi’; la chiarificazione orale fissarsi nelle Allegazioni scritte. *Ordines iudicarii*, volti ad osservare il processo dal punto di vista degli indizi «indubitati»¹⁶, prevedevano il *non liquet*; descrivevano procedure applicate nelle giurisdizioni di diritto canonico¹⁷, poi ‘passate’ nei tribunali civili, esemplare la *dubitatio in iure*, approvata dal giudice nel *consilium sapientis*¹⁸. Nel processo canonico i principi *ne procedat iudex ex officio, ne eat ultra petita partium* non esimevano il giudice dal decidere *secundum conscientiam*, nella tensione per *nonnulla dubia*¹⁹. Il *Codice di diritto canonico* – «esito naturale di tre secoli di iurisprudencia»²⁰ – disponeva che, nelle cause più difficili, il giudice convocasse le parti per concordare il dubbio o i dubbi, cui rispondere nella sentenza, fino alla recente «formula del dubbio»²¹. Il valore della

¹⁴ Come è noto, era dalla penna di Calamandrei che usciva, con qualche aggiunta ‘di mano fascista’, la *Relazione di Dino Grandi sul nuovo codice di procedura civile e la bozza manoscritta di Piero Calamandrei*, ora in C. Donzelli, *Criteri dell’edizione*, in G. Alpa, S. Calamandrei, F. Marvullo di Condojanni (a cura di), *Piero Calamandrei e il nuovo codice di procedura civile (1940)*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 102-103.

¹⁵ Indicazioni in A. Nicotra, *Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico*, Roma, Università gregoriana editrice, 1977, p. 174; M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano, Giuffrè, 1962.

¹⁶ Indicazioni in D. Edigati, *Prima della Leopoldina. La giustizia criminale toscana tra prassi e riforme legislative nel XVIII secolo*, Napoli, Jovene, 2011, p. 20.

¹⁷ Cfr. J. Gaudemet, *Storia del diritto canonico. Chiesa e civitas*, Milano, San Paolo, 1998, p. 59; M. Ascheri, *Il processo civile tra diritto comune e diritto locale: da questioni preliminari al caso della giustizia estense*, «Quaderni storici», 1999, pp. 355-387.

¹⁸ M. Ascheri, *Le fonti e la flessibilità del diritto comune: il paradosso del consilium sapientis*, in M. Ascheri, I. Baumgartner, J. Kirschner (eds.), *Legal in civil law tradition*, Berkeley, University of California, 1999, pp. 11 ss.

¹⁹ M. Ascheri, *Spunti sulla certezza del diritto nel medioevo*, «Historia et ius», 3, 2013, <<http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/ascheri.pdf>>.

²⁰ P. Grossi, *Storia della canonistica e storia della codificazione moderna*, in Id., *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappiè, Milano, Giuffrè, 2013, p. 180.

²¹ Fonti in G. Maragnoli, *La formula del dubbio, artt. 135-137*, in P.A. Bonnet, C. Gullo (a cura di),

sequenza dubbio-certezza-verità aveva una autorevole conferma nell'Ottobre 1944, quando Pio XII raccomandava alla Sacra Rota la «certezza morale oggettiva, quando sia escluso ogni ragionevole dubbio circa la verità»²².

I *dubia* avevano un ruolo anche nella prassi processuale d'età moderna²³; a conferma della continuità del diritto e istituzioni della Chiesa, De Luca spiegava che l'*auditor ponens* presentava alle parti una *decisio* 'progetto di sentenza', con l'implicita risposta motivata ai punti controversi, compendiate in appositi *dubia*. Testimoniava che, rispetto ai dubbi su ciascuno dei punti di una causa, lo «stile moderno» vedeva un «dubbio solo generale, il quale abbraccia tutti i punti», e che, nelle «due Ruote di Firenze e Siena», si dava ai dubbi «titolo di motivi, che vuol dire l'istesso». *Il Dottor Volgare* metteva in scena il giudice, che ricorreva a importanti «notizie ed informazioni stragiudiciali»,

che gioveranno molto ne' casi dubbj, per la buona interpretazione, ovvero applicazione, o regola del suo arbitrio [...] operazione necessaria, da regolarsi da quello che dispongono le leggi.

Il giudice aveva un ruolo nevralgico di motore dell'*iter* processuale proprio nelle cause «dubbie», prive di una «regola precisa»; De Luca legava la prassi del «disputare per dubbi» al non dover «diuagare nelle superfluità»²⁴, raccomandando anche alle scritture dei «consulenti». Non pareva

degno di lode lo stile di premettere gli oggetti e le ragioni del dubitare, e di comprovarle copiosamente [...] atteso che in tal modo si forma le prime idee e le impressioni cattive nella mente del giudice, che non così facilmente si tolgono con le ragioni proprie apportate di poi²⁵.

Nel 1800 Lorenzo Cantini commentava la *Provvisione sopra la Rota fiorentina del 26 Agosto 1541*, ricordando l'«obbligo al giudice di esporre sem-

Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione 'Dignitas Connubii'. Parte Terza. La parte dinamica del processo, Città del Vaticano, Lev, 2008, pp. 121-130; con riferimento al recente *Mitis iudex* cfr. P. Moneta, *L'appello nel nuovo processo matrimoniale*, «Stato, Chiesa e pluralismo confessionale», 2017, <https://www.statoechiese.it/images/uploads/articoli_pdf/Moneta.M_Lappello.pdf?pdf=lappello-nel-nuovo-processo-matrimoniale>.

²² *Discorso di Sua Santità Pio XII al Tribunale della Sacra romana rota*, 1 Ottobre 1944, <http://www.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1942/documents/hf_p-xii_spe_19421001_roman-rota.html>.

²³ Sul punto O. Cavallar, *Il tiranno, i dubia del giudice, e i consilia dei giuristi*, «Archivio storico italiano», 1997, p. 275. Sui reports, ricordi processuali degli uditori su punti di diritto chiariti in Rota, e sui dibattiti che alimentarono i dubbi dei giudici cfr. Ascheri, *I grandi tribunali*, in *Il contributo italiano*, cit., pp. 121 ss.

²⁴ *La Relazione della Curia romana forense*, in G.B. De Luca, *Il dottor volgare, ovvero il Compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale, e municipale delle cose più ricevute in pratica*, IV, Firenze, 1V. Batelli, 1843, p. 565. Sulla *Relazione* cfr. A. Dani, *La figura e le prerogative del giudice nell'opera di Giovanni Battista De Luca*, in M.R. Di Simone (a cura di), *La giustizia dello Stato pontificio in età moderna. Ricerche e progetti in corso*, Roma, Carocci, 2011, pp. 125-148.

²⁵ G.B. De Luca, *Dello stile legale*, in Id., *Il dottor volgare*, cit., p. 661.

pre in suoi dubbi in scritto alle richieste dei litiganti»; argomentava che «nei famosi tribunali» la «risoluzione in Jure» poggiava sulla facoltà dei giudici di «studiare il processo» e «dare li dubbj». Nell'«illustrare» lo «spirito» della *Provvisione* il dottore ne tematizzava l'«oggetto pubblico», «abbreviare il corso delle liti che tanto dispendia e affligge i cittadini». Auspicava l'introduzione di un «confronto» con le parti e i «difensori», pena rendere «più occulto il voto del giudice», ed incoraggiarne la «prevenzione sempre nociva alla giustizia»²⁶. Legato al processo di diritto comune, il *Regolamento di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana* del 1814 prevedeva la figura del giudice relatore, che comunicava a voce o per scritto i dubbi, ai quali non era permessa replica in udienza, o ne disponeva il deposito in cancelleria. Nel successivo mese decisorio i procuratori erano tenuti ad illustrare le loro repliche; seguiva la comunicazione della pronunzia della sentenza. Nelle cause sommarie non erano previsti «dubbi in carta»²⁷.

3. *La «decisione delle cause dubbie nei giudizi civili». Un confronto tra Barbacovi, Bosellini, Romagnosi*

Tra gli «italiani illustri» nel 1840 Barbacovi era annoverato per il «codice giudiziario, che fece stupire i meglio addottrinati giureconsulti», e per un «trovato da molti combattuto» – la verità processuale ‘divisibile’ – seppur «saggio di una mente perspicacissima»²⁸. Il *Codice giudiziario nelle cause civili pel Principato di Trento* disponeva dunque che il giudice, sentite le parti, redigesse «la sentenza», con una indicazione particolare riguardo la «lite assi dubbia»,

allorchè, fatto lo studio del processo egli ritrovi la lite assai dubbia, spetterà alla sua ragione, ed amore della giustizia, il proporre, in iscritto ad una, o ad ambe le parti, in forma di dubbj quelle ragioni sì di diritto, che di fatto, dalle quali si sentirà mosso in contrario, acciocchè sentite le buone ragioni e lumi, che verranno apportati, possa maturatamente passare a quella decisione che giudichi più conforme alla verità e alle regole della giustizia²⁹.

La norma era corente con l'apprezzamento di Barbacovi per i «giudici saggi e probi», soliti «invitare le parti a trattare innanzi ad esso un amichevole

²⁶ *Legislazione toscana raccolta e illustrata dal dottore Lorenzo Cantini*, I, Firenze, Stamperia granducale, 1800, pp. 202 ss.

²⁷ *Regolamento di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana*, 1814, Milano, Giuffrè, 2004.

²⁸ E. De Tipaldo, *Biografia degli italiani illustri*, VII, Venezia, Alvisopoli, 1840, p. 464.

²⁹ *Codice giudiziario nelle cause civili pel Principato di Trento*, Trento, Monauni, 1788, p. 86. Sulle radici del Codice nel diritto canonico e nell'istituto della comunicazione dei dubbi, praticata nel Granducato di Toscana e nello Stato della Chiesa cfr. F. Menestrina, *Il codice giudiziario barbacoviano*, in Id., *Scritti giuridici vari*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 139.

accomodamento», come «si costumava pure non di rado presso il Supremo Consiglio aulico dell'Impero germanico sedente a Vienna»³⁰. Quanto all'interpretazione, in caso di «fondato dubbio sul vero senso della disposizione», il *Codice* prevedeva il «rapporto» al Principe vescovo e al «nostro Consiglio aulico»; i giudici erano chiamati a «rendere in nome nostro la giustizia a' popoli», nella sottolineatura «dovranno rammentare d'essere unicamente ministri ed esecutori delle leggi»³¹.

Un opuscolo di Barbacovi asseriva che il problema dei voti divergenti negli organi collegiali aveva un rilievo particolare nelle cause dubbie³², per cui, in caso di «discordia», si decideva a maggioranza, assegnando «tutto il potere alla parte maggiore e nulla alla minore», «o vince l'uno, o vince l'altro», anche quando appariva «incertissimo» quali delle due parti avesse «realmente la verità e ragione dal suo canto». Barbacovi equiparava al «gettare i dadi» il «decidere in favore d'una parte» nelle «cause dubbie come la notte»; proponeva pertanto 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». Non pareva «giusto» che «una parte ottenga tutta intera la cosa e l'altra nulla», una sia «ingiustamente arricchita o impoverita»; Barbacovi ancorava le sue proposte al «diritto naturale», nella consapevolezza di non poter contare su un «codice di leggi civili», ma su quello «eterno della natura e della ragione [...] comune del genere umano». Che il «progetto di una nuova legge» fosse dirompente era chiaro allo stesso autore, che si impegnava in una preventiva «Risposta alle obiezioni»³³.

In un Discorso pubblico di «dotti» Bosellini confutava, «per amor di verità», le proposte del «filosofo giureconsulto, tra i più celebrati» per il «suo codice giudiziario», degno di «onore»; al tempo stesso accusava Barbacovi di «sparger dubbi sopra i santi principi della giustizia», con proposte «infette di incongruenze», «attentatorie ai diritti di proprietà», soggette a «massimi imbarazzi di esecuzione», «disordini nell'amministrazione della giustizia». Il «fatal pirronismo» sulla verità processuale appariva dannoso ai «provvidi istituti sociali», in primo luogo la proprietà individuale, passibile di frazionamenti a danno della parte che, nella lite pur incerta, aveva comunque ragione. In nome della certezza del diritto il giurista modenese criticava sia il sistema del rigido computo riservato al giudice, che lo scollamento della sua

³⁰ F.V. Barbacovi, *Della decisione delle cause dubbie nei giudizi civili*, in Id., *Opuscoli spettanti alla scienza della legislazione*, V, Milano, Stella, 1817, p. 21.

³¹ *Codice*, cit., p. 192.

³² F.V. Barbacovi, *Della pluralità dei suffragi ne' giudizi civili e criminali*, Trento, Battisti, 1814.

³³ Barbacovi, *Della decisione*, cit., pp. 48, 73.

decisione dalla «legge»; asseriva che il «potere giudiziario» derivava da quello «sovrano», e che i «ministri di Temi» erano «sottoposti soltanto alle leggi». Forte, come Barbacovi, della lezione giusnaturalista, apprezzava la soluzione scelta dai legislatori, che trattavano la «dubbietà» con il ricorso ai «principi di ragione», all'«equità». E soprattutto Bosellini non intendeva la verità processuale come «gioco», «distribuzione e proporzione della vittoria», nell'impensabilità di una «giustizia dubbia e incerta»³⁴.

Barbacovi bollava le *Osservazioni critiche* come «vaniloqui»; ascriveva Bosellini al novero dei giuristi «avvezzi ad eseguire le leggi già fatte», piuttosto che a «giudicare della bontà o utilità di una nuova legge». Al proposito citava quanto osservato da «Il Saggiatore» di Firenze, a proposito di «nuove dottrine che hanno sempre trovato scogli», per «impugnare leggi consacrate dall'autorità dei secoli». Sosteneva di non aver mai messo in dubbio i principi della giustizia civile, «*alterum non laedere et suumque unicuique tribuere*», «sempre giusti e retti»; ma sottolineava la particolarità delle «cause dubbie», per cui parevano «uguali i diritti di entrambi» o si verificava la «discordia» dei magistrati. Barbacovi ripeteva che dividere i beni in proporzione al «numero dei suffragi» non si sarebbe risolto in un «gioco, onde distribuire a proporzione la vittoria», piuttosto in uno strumento «favorevole alla parte che sostiene una buona causa», e che almeno otteneva qualcosa, meglio del rischio di «perdere tutto». Barbacovi dichiarava di condividere con Bosellini l'idea della giustizia «scudo e salvagente del povero e del debole contro il ricco e potente», strumento di riduzione delle «disuguaglianze tra i cittadini». Proprio forte di questi argomenti, sosteneva che, di fronte ad una «verità che non può in alcuna guisa conoscersi [...] agli occhi umani», il «popolo» avrebbe voluto «la cosa in questione divisa tra i due contendenti equamente»³⁵.

Romagnosi rifletteva sulla proposta di Barbacovi, definito «giureconsulto» inteso a «pigliare il posto di legislatore» in caso di «causa oscura e dubia», al punto da non conoscersi «da qual parte stia la verità o il buon diritto». In un orizzonte compiutamente giuspositivista distingueva tra «giustizia morale» e «politica», quest'ultima demandata all'«autorità», cui competeva «accertare la verità del fatto nell'esercizio dell'amministrazione pubblica e della giustizia», poggiante sui principi *iuxta allegata et probata ed actore non probante reus absolvitur*, pena «rovesciare i fondamenti del regime sociale». La «giustizia politica», la sola praticabile negli «affari umani», pareva racchiudere «il massimo dei beni col minimo dei mali», garantire il «mantenimento dei possessi e della libertà individuale», rispondere alla «necessità di reprimere gli er-

³⁴ C. Bosellini, *Sopra di due discorsi del consigliere Barbacovi, l'uno della pluralità nei giudizi civili, l'altro della decisione nelle cause dubbie. Osservazioni critiche*, Bologna, Nobili, 1818.

³⁵ *Lettera seconda di un professore di diritto in cui si confutano le osservazioni critiche del dottor Bosellini*, Milano, Società tipografica dei classici italiani, 1820, pp. 9, 42, 45.

rori e le passioni dei giudici e delle parti». La proposta del Barbacovi, «illustre autore», era accusata di «autorizzare una particolare ingiustizia certa, senza esercitare un atto di pubblica giustizia sociale»; Romagnosi argomentava che la giustizia «riposava» sulla «certezza estrinseca», e che, tra due contendenti in tribunale, uno aveva «certamente ragione, l'altro certamente torto». «Dato il supposto dubio», il giudice era tenuto a «pronunciare a stretto diritto», dal momento che avrebbe commesso una «ingiustizia, aggiudicando la metà». Romagnosi aggiungeva che «certezza o dubio» non dipendevano «totalmente dal fondo dell'affare», quanto dalla «vista più o meno acuta di chi deve giudicare»; concludeva che «dividere la cosa egualmente tra le parti» minava il senso della «decisione», ricompresa nella «coscienza politica del giudice», ed ancorata alla certezza del diritto, pena

una fluttuazione e arbitrio mille volte peggiori di quello di una decisione assoluta, nella quale in un caso complesso possa esser stato leso un privato³⁶.

4. «Valore e funzione nella giurisprudenza» del «dubbio giuridico»

Il «caso tuttavia dubbio», previsto dall'art. 3 delle disposizioni preliminari del codice civile, anche sulla scorta dei lavori preparatori era letto dalla dottrina nei termini della massima estensione del diritto positivo, in una concezione legalista, che comprendeva anche l'equità, fin dalle note pagine di Vittorio Scialoja³⁷. Anche il grande dibattito sulle lacune si svolgeva entro i binari 'rassicuranti' di Donati, che definiva «ordinamento giuridico e legislazione perfettamente corrispondenti»³⁸. Nei primi anni Venti la crisi del modello statualistico 'monista', amplificata dalla Grande guerra, suscitava il ripensamento del rapporto 'tradizionale' tra legislatore e giudice³⁹. In particolare la *Prolusione* romana di Giorgio Del Vecchio complicava il quadro fino ad allora consolidato, nella sottolineatura della «inevitabile incompiutezza di ogni diritto positivo», cui suppliva il diritto naturale. Il filosofo osservava che il divieto per il magistrato di negare il giudizio per «qualsiasi pretesto, anche di silenzio oscurità o insufficienza della legge» – sanzionato dall'art. 783 del codice di procedura civile e art. 187 del codice penale – costringeva il «caso

³⁶ G.D. Romagnosi, *Della decisione delle cause dubbie del conte Francesco Vigilio Barbacovi* (1817), ora in Id., *Opere*, a cura di A. De Giorgi, VIII, Milano, Perelli e Mariani, 1845, pp. 3-6.

³⁷ V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità* (1879), ora «Annali della Università di Camerino», 2012, pp. 1880 ss.

³⁸ D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, Società editrice libraria, 1910, p. 31.

³⁹ C. Nitsch, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura italiana del primo Novecento*, Milano, Giuffrè 2012, pp. 205 ss.

dubbio» nella sfera del diritto positivo; l'interpretazione pareva però irriducibile a mera «attività esecutiva», senza che si «presentassero dubbi»⁴⁰. Un 'giovannissimo' Ascarelli criticava la prospettiva di Del Vecchio sulla coincidenza dei principi generali col diritto naturale; negava allo Stato l'identità di «unica fonte del diritto», ma asseriva che la 'modernità' dell'«ordinamento giuridico completo», di «prevalenza statuale», rendeva impensabili «fonti fuori di esso». Dell'interpretazione – sede del rapporto tra legislatore e giudice nel segno della separazione dei poteri – coglieva l'«indole politica e costituzionale»⁴¹.

Nella *Prolusione* modenese di Giovanni Brunetti il dubbio acquisiva un «valore immenso», scollegato, sulla scorta della lezione di Mortara, dalla «cosiddetta analogia di legge» e dalla «cosiddetta analogia di diritto», e ritenuto «più ampio del concetto di lacuna». Il civilista premetteva che la «grande battaglia per la codificazione» si era combattuta «sotto la bandiera del diritto certo»; entro queste coordinate sembravano convivere la «soluzione data dal legislatore» ed il «caso dubbio», strumento giudiziale per «cercare la soluzione», dalla dimensione 'costituzionale' di «altissima dignità di limite tra i campi di azione di due grandi organi dello Stato». Brunetti ammetteva che la libertà del giudice di ispirarsi alle «fonti del dubbio» trovava un «limite nelle leggi penali», che «restringono il libero esercizio dei diritti»; ricordava il «principio di libertà nella legalità [...] proclamato dagli articoli 4 e 5 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 Agosto 1789». Sottolineava la differenza della giustizia civile, distinguendo tra il dubbio logico, legato alla valutazione, e quello giuridico, connesso con la giustizia «reale, cioè *a parte rei*».

Brunetti prendeva poi le distanze dalla «cosiddetta *scuola del diritto libero*», con la confusione di giustizia e politica; di quell'indirizzo metteva in luce un'altra criticità, il giudice avrebbe anche potuto rigettare la domanda dell'attore, nell'incapacità a dichiararla «fondata su un preciso testo di legge», «terribile conseguenza per la giustizia». Quell'indirizzo pareva cozzare con il principio di legalità, nel

rischio, che non sarà mai temuto abbastanza, d'intorbidare colla politica l'opera serena ed obbiettiva del giureconsulto e particolarmente del giudice.

In questo orizzonte la *Prolusione* «disapprovava» l'art. 1 del codice civile svizzero del 1907, per cui, alla «lacuna della legge come caso patologico», il

⁴⁰ G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, ora in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 2012, pp. 15 ss.

⁴¹ T. Ascarelli, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disposizioni preliminari codice civile (1865) nel diritto privato* (1925), in Id., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 209 ss. Sul ripensamento del maestro israelita, con particolare riferimento ad *Antigone e Porzia* cfr. T. Gazzolo, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Pisa, ETS, 2018.

giudice era chiamato a decidere come se fosse stato legislatore. Il «concetto del caso dubbio» meglio pareva dar senso ai «principi generali di diritto [...] che allargano i polmoni dell'interprete», «allo scopo di attuare la giustizia». «Ecco perché» – asseriva Brunetti – «sulla soglia del massimo tra i codici [...] espressione della *certezza* del diritto troviamo il *dubbio*».

La *Prolusione* marcava inoltre la distanza tra il «giurista», «che non può essere arrestato dal dubbio, perché il diritto [...] è necessità di azione», e gli «altri scienziati», «che possono fermarsi al dubbio, all'ipotesi, alla più probabile ipotesi». Per il primo il dubbio si originava dall'«attrito dei giudizi contraddittorii»; gli «avvocati, sostenitori delle tesi che si contraddicono», sembravano aiutare la «coscienza del giudice», far scaturire la «scintilla della vera giustizia», con quella «legale corrispondente alla giustizia sostanziale, alla giustizia vera». Brunetti concludeva che, «nel campo della giurisprudenza», non aveva senso «il dubbio mortifero degli scettici antichi e moderni», ma quello «vivificatore», di «Socrate, S. Agostino, Cartesio», quello di Dante, «che nasce a guisa di rampollo al piè del vero»⁴².

5. I «dubbi dell'inesperto», la «logica del giudice», il «prezzo della certezza del diritto»

A proposito del «problema delle lacune» Ascarelli, come Brunetti, marcava la differenza di «premesse, principi e metodi della «giurisprudenza», rivendicata nella sua autonomia, da quelli della «storia e filosofia»⁴³. Era un 'luogo' della giuristica, che, discutendo Croce, ridisegnava un rapporto tra giudice e legge irriducibile al sillogismo giudiziale, ma anche alle correnti tedesche del diritto libero ed al realismo nord-americano. In particolare le pagine del filosofo Guido Calogero erano interessanti per trovare al dubbio uno spazio entro la «logica» del giudice – che «soffre le angosce della vita» – più complessa di quella «formale», della «classica configurazione processulistica». Da qui la critica del sillogismo,

la vera e grande opera del giudice non sta nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse, se tutto fosse sillogismo le cause potrebbero decidersi per le strade e non ci sarebbe bisogno nè di magistrati nè di avvocati, ma solo di uscieri e carabinieri.

⁴² G. Brunetti, *Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza*, «Giurisprudenza italiana», IV, 1923, col. 1-16. Sul civilista cfr. P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1960)*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 82 ss. Sulla *Prolusione* cfr. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 119-120.

⁴³ Ascarelli, *Il problema delle lacune*, cit., p. 242.

Era ricompreso in questo orizzonte anche il senso dell'art. 3; Calogero asseriva che il calcolo liberava «l'inesperto dai dubbi [...] due più due fa quattro», ma che il giudice non poteva permettersi la «tranquillità di una macchina calcolatrice». Il filosofo non sminuiva il comando imperativo, pena ridurre il magistrato a «privato giureconsulto»; metteva in scena un protagonista della ricostruzione storica del fatto, che, ad un dato punto della ricerca, decideva, «libero nel foro della coscienza», il momento in cui «l'incertezza cedeva alla certezza», e, «per ordine della legge», metteva a tacere «determinate sorgenti del dubbio»⁴⁴.

Nel 1939 Calamandrei 'difendeva' il volume di Calogero dalle critiche di Bobbio, Croce, Antoni, puntualizzando le differenze tra lo storico e il giudice. Distingueva dunque tra la «irrequieta curiosità» del primo, e la posizione del secondo, di fronte a domande poste da altri, che non poteva giudicare *extra petita*, «garanzia di imparzialità». Il giurista toscano indicava lo scopo del processo nella «ricerca della verità, semplice e unica, senza aggiunte e senza qualifiche»; asseriva che il «dubbio dello storico [...] farà maggiormente apprezzare la sua serietà di studioso», mentre il giudice non poteva «cavarsi d'impaccio con un *non liquet*», «mancare al suo dovere», «rimanere in sospeso tra il sì e il no», senza «emettere su fatti controversi giudizio di certezza, positivo o negativo». Al tempo stesso Calamandrei era consapevole di un 'ontologico' «pelago dei dubbi»; affermava che nel processo penale se ne usciva grazie al principio *in dubio pro reo*, in quello civile con la ripartizione dell'onere della prova ed il giuramento suppletorio, che «scarica sul conto del giurante il peso della sua [del giudice] coscienza tormentata dal dubbio», cui venivano anche in soccorso le prove, «procedimenti logici [...] fissati in anticipo dalla legge».

Di contro alle derive del diritto libero nella Russia sovietica e nella Germania nazista Calamandrei sosteneva che la messa in scena della «giurisdizione come attività volitiva», «giusta per i filosofi», conteneva in sé «l'idea del giudice politicante»; il che recava «turbamento» al liberalismo giuridico del professore e avvocato toscano, che si autorappresentava come un «pratico», «abituato per lunga tradizione a considerare giustizia e politica come termini antitetici»⁴⁵. Se la nota pagina del *Diario* del 27 Gennaio 1940 poneva un dubbio – «ma siamo poi nel vero a difender la legalità»⁴⁶ – il Calamandrei

⁴⁴ G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, Cedam, 1937, pp. 55 ss., 127, 131. Sul filosofo, laureato in giurisprudenza a Siena per fare l'avvocato, se il regime lo avesse privato della cattedra cfr. G. Cianferotti, *L'opera giovanile di Norberto Bobbio e l'inizio del suo insegnamento (1934-1940)*, in *Tra storia e diritto, Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalla Università di Siena e di Sassari*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2008, pp. 510 ss.

⁴⁵ P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, «Rivista di diritto processuale», 1939, pp. 105-128.

⁴⁶ In esergo in S. Calamandrei (a cura di), *Fede nel diritto*, Saggi di G. Alpa, P. Rescigno, G. Zagrebelski, Roma-Bari, Laterza, 2008.

‘legislatore’ si faceva carico della ‘missione’. Nel processo civile il rapporto tra «il giudice e la legge» era dunque incardinato su «norme generali e astratte, che il giudice è chiamato ad applicare ai casi concreti». Il contraddittorio era la chiave di volta del codice di procedura civile; una delle «disposizioni più importanti» per Calamandrei – l’art. 115 – prevedeva un interrogatorio libero, per consentire alle parti di spiegare meglio le loro ragioni, nei termini tensivi della «provvida opera chiarificatrice del giudice»⁴⁷; in più occasioni il giurista toscano sottolineava che «dall’urto delle libere opinioni può scaturire [...] la scintilla della verità»⁴⁸.

Nella recensione al libro di Flavio Lopez de Oñate – interprete della «crisi della nostra epoca» – Calamandrei identificava nel processo «l’anelito del diritto al certo»; ribadiva che, abdicando alla certezza, «il diritto è perpetuamente in pericolo»; l’«opera chiarificatrice del giurista» assumeva il senso di «lotta contro l’arbitrio»⁴⁹. Carnelutti – che dal 1930 criticava l’ipertrofia della legislazione nei termini dell’«inquietudine legislativa»⁵⁰ – sollevava «dubbi» sul quadro di Calamandrei, annoverato tra i «candidi adoratori della legge, ossia della certezza del diritto», oltretutto vanificata dall’«inflazione legislativa». Il giurista friulano incrinava un’altra rappresentazione ‘tranquillizzante’, nell’osservare il «giudice [che] è insieme, più o meno consapevole, giudice delle parti e giudice del legislatore»; da qui il giurista «pensoso», davanti alla «lotta per la supremazia». A proposito della «insidenza della giustizia nella certezza» – posta da Lopez de Oñate – Carnelutti coglieva l’esito di quella che preferiva definire «immanenza», la «infallibilità del legislatore». Nel 1943 pareva alto il costo di quel profilo della «certezza della legge»; il giurista friulano chiedeva chi fosse disposto a pagarne il «prezzo»⁵¹.

6. «Perchè ora, proprio ora, nascono tutti i dubbi»

Nel 1945, nel cuore della «catastrofe», Giuseppe Capograssi avanzava «dubbi sulla Costituzione», di cui l’Italia liberata iniziava a parlare. Il titolo dell’intervento sul «Meridiano» pareva alludere alla certezza del filosofo del diritto su un testo vocato al «rispetto della vita in tutte le sue forme concrete», irriducibile al pur nobile costituzionalismo delle «regole del gioco», piuttosto

⁴⁷ *Relazione di Dino Grandi*, cit., pp. 41, 102.

⁴⁸ P. Calamandrei, *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile*, Firenze, Le Monnier, 1941, p. 51.

⁴⁹ P. Calamandrei, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 190.

⁵⁰ F. Carnelutti, *La crisi della legge* (1930), in Id., *Discorsi sul diritto*, I, Padova, Cedam, 1937, p. 180.

⁵¹ F. Carnelutti, *La certezza del diritto* (1943), in Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., pp. 191 ss.

strumento in grado di esprimere una «persuasione comune», «porre le basi della infinita mobilità della vita storica di un popolo»⁵². In questo orizzonte nel 1946 Carnelutti scriveva di «crisi del diritto», declinata come crisi dello statalismo legalistico, del «positivismo giuridico»; «recuperava» il «diritto naturale»⁵³, quattro anni dopo evocato da un volume dei giuristi cattolici come «vigente»⁵⁴. Al tempo dell'entrata in vigore della Costituzione *Torniamo al giudizio* tematizzava l'urgenza di una 'nuova' «rappresentazione scientifica», in grado di «ricomporre la fisionomia del «processo», 'sfigurata' dall'eccesso di formalismo. In quel che pareva un «ritorno alla vita» assumeva centralità la «funzione del dubbio rispetto alla certezza»; «anziché un male» il primo pareva «un rimedio, che quando non esiste deve essere provocato»⁵⁵. Riprendendo nel 1949 un titolo del 1934, *Arte del diritto*⁵⁶, Carnelutti dedicava dense considerazioni al dubbio, cardine del «giudizio», «che cerca la verità»,

Dubium ha radice in *duo*, come *duellum*. Il duello delle parti, personificando il dubbio, mostra il nascere del giudizio. Non logicamente, ma praticamente il giudizio si genera dal dubbio. Più dubbio, miglior giudizio.

Le «parti» erano vocate a «coltivare il dubbio, anzi esasperarlo», «per convincere il giudice», che «ascolta prima di giudicare». Carnelutti legava il dubbio ad un istituto centrale del processo, «se può, a stretto rigore, formarsi un giudizio senza dubbio, non si forma senza prova»; entro il sistema della legalità asseriva inoltre che il «giudice, almeno attualmente, non può giudicare come crede», e che «il legislatore ha le insegne della sovranità, ma il giudice ne possiede le chiavi»⁵⁷.

Nel novero delle nuove domande 'di senso', tra il giugno 1944 e l'Aprile 1945 Salvatore Satta pareva accomunare nel *De profundis* l'«uomo tradizionale» ed il giurista alle prese con le «grandi fondazioni», libertà e proprietà, «spirito della legge»⁵⁸. *Il mistero del processo* dedicava pagine penetranti al dubbio di Pilato, alla domanda «*quid est veritas*», che si risolveva nel «*quid*

⁵² G. Capograssi, *Dubbi sulla Costituzione*, in Id., *Opere*, VI, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 106-108, su cui P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 15.

⁵³ *La crisi del diritto*, «Giurisprudenza italiana», 1946, coll. 66 ss. Anche a proposito di *La Crisi del diritto*, Padova, Cedam, 1951, e dell'intervento di Ripert «sul diritto giunto a dubitare di se stesso. E l'uomo, il profano, a dubitare del diritto» cfr. J. Carbonnier, *Flessibile diritto*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 156.

⁵⁴ *Diritto naturale vigente*, Quaderni di «Iustitia», 1950.

⁵⁵ F. Carnelutti, *Torniamo al giudizio*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, IV, Bologna, Zanichelli, p. 154.

⁵⁶ F. Carnelutti, *Arte del diritto. In memoria di Vittorio Scialoja*, «Rivista di diritto processuale», 1934, pp. 3 ss.

⁵⁷ F. Carnelutti, *Arte del diritto*, Padova, Cedam, 1949, pp. 55, 69-70, 80. Sull'opera Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 120; A. Aversano, *Arte del diritto in Carnelutti*, in L. Del Santo (a cura di), *Il diritto nel tempo, il tempo nel diritto*, Padova, Cedam, 2016, pp. 307-325.

⁵⁸ S. Satta, *De profundis*, Milano, Adelphi, 1980, p. 36.

est processus»⁵⁹. Nel 1950 Satta interveniva inoltre al Convegno internazionale di diritto processuale civile a Firenze con una vivida (auto)rappresentazione della «scienza che dubita di sé»,

non procede con la gioiosa certezza del suo cammino, ma dubita di sé, non crede più in sé, e in dubbio e in una fede perduta sembra annullare l'orgoglioso bilancio di cinquanta e più anni di indagini e conquiste.

La «crisi del giudizio» appariva un «aspetto della grande crisi spirituale rilevabile in ogni campo»; d'altro canto la distanza dalla 'fede cieca' nel codice, «solenne documento di formalismo legislativo», non faceva perdere di vista il senso del «giudizio [...] reso da un terzo», vocato alla «tutela del diritto»⁶⁰.

Nel 1951 Bobbio chiedeva se la certezza del diritto fosse un «mito», per rispondere che era essenziale ad una «coesistenza ordinata»⁶¹. Carnelutti tracciava un diverso «bilancio del giuspositivismo», per cui 'la storia di ieri' aveva mostrato che la «legge misura della giustizia» aveva partorito la «legge ingiusta»⁶². L'immagine era ripresa da Pio XII, critico del «cosiddetto positivismo giuridico»⁶³. Calamandrei (auto)rappresentava il «giurista titubante» davanti «Allocuzione» del Pontefice, dal momento che il «dovere del giudice di rifiutare l'applicazione della legge moralmente ingiusta» pareva un'affermazione «eversiva di tutto il sistema della legalità»⁶⁴. Di lì a poco la calamandreiana 'campana tutta d'un pezzo' si scindeva in «legalità decrepita» e «nuova, promessa dalla Costituzione»⁶⁵; Calamandrei rivedeva anche quanto sostenuto in *Il giudice e lo storico*, a proposito di una verità «senza aggettivi»; metteva in scena un «giudicante», che «doveva accontentarsi di un surrogato di verità che è la verosimiglianza», una «verità formale»⁶⁶, non lontano dalla rappresentazione di Carnelutti sulla verità come «fissazione formale dei fatti»⁶⁷.

«Dopo la catastrofe»⁶⁸ Capograssi rifletteva sulle pagine di Satta, Carnelutti, Calamandrei; osservava che i «dubbi» sul processo riguardavano anche «altre realtà dell'esperienza giuridica». Si chiedeva «perché ora, proprio ora,

⁵⁹ S. Satta, *Il mistero del processo* (1949), Milano, Adelphi, 1994, pp. 28-29.

⁶⁰ S. Satta, *La tutela del diritto nel processo*, ivi, pp. 61-80.

⁶¹ N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1951, p. 151.

⁶² F. Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1951, p. 294.

⁶³ Pio XII, *Discorso ai giuristi cattolici*, in *Diritto naturale vigente*, cit., pp. 151 ss.

⁶⁴ P. Calamandrei, *Processo e giustizia*, in Id., *Opere giuridiche*, cit., p. 753.

⁶⁵ Così la nota difesa in D. Dolci, *Processo all'art. 4*, con post-fazione di P. Beneduce, Palermo, Sellerio, 2011, p. 308.

⁶⁶ P. Calamandrei, *La verità e la verosimiglianza nel processo civile*, «Rivista di diritto processuale civile», 1955, p. 166.

⁶⁷ F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, Cedam, 1934, p. 40.

⁶⁸ G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, «Ius», 1950, pp. 177 ss.

nascono tutti i dubbi», e ricordava che, «nel mondo che possiamo veramente dire con Zweig mondo di ieri», la «pura forma» aveva dato il senso dell'esperienza giuridica, «non valeva parlare della vita che la riempiva». Da qui la «crisi»; per Capograssi la tragedia recente aveva mostrato il costo della fede cieca nelle «vuote forme, capaci di essere riempite di ogni contenuto», servite a «mettere in croce la vita (e a mettere nei forni i viventi)». Il «presente momento della scienza del diritto, almeno in Italia», pareva risiedere nella tensione a «risalire alle cose supreme, ritrovare il significato di vita delle istituzioni e degli istituti del diritto». Se la «scienza moderna» aveva concepito il processo come «rapporto giuridico autonomo», ora Capograssi richiamava il magistero della «vecchia scienza» sul «giudicare», entro un *ordo* pensato per «vincere il dubbio, procurare alla coscienza del giudice la certezza», con «vincoli e limiti», fin dalla «regola fondamentale *iuxta alligata et probata*», delle parti a «proporre a determinare a segnare i termini del contrasto», del «giudice giustiziere dell'evento». Era questa la cifra del «decidere, che è veramente la fine del dubbio»; la «verità legale», «che si trova seguendo la scia dell'obiettività umana», non pareva «finta e presunta per necessità pratica». La «scienza» era vocata ad «aiutare la barca dell'umanità insidiata e negata da tante parti», a «riabituarsi alla vita», a «credere alla verità» – affidata alla responsabilità individuale di giuristi e giudici – nella «fede» che «il processo suppone la verità», posta da Capograssi fuori della «forza e della frode»⁶⁹.

Quarant'anni dopo *La genesi logica della sentenza civile* Calamandrei parlava di «esame di coscienza», a proposito della distanza dalle «eleganze logiche», ma anche dallo scetticismo, iscritto nell'«*habent sua sidera lites*», consolatorio per il solo soccombente in giudizio. Alla luce della Costituzione anche il processo civile appariva banco di prova della «razionalizzazione del potere», nella coincidenza «dialettica del processo e dialettica della democrazia parlamentare». Nella critica del «sillogismo» Calamandrei metteva in scena «giudici con l'anima», non indifferenti burocrati, piuttosto «*engagés*, che sappiano portare con vigile impegno umano il grande peso di questa immane responsabilità che è il render giustizia». *Processo e democrazia* indicava ancora nel contraddittorio lo strumento per questa operazione; ma non mancava la presa d'atto delle difficoltà del giudice istruttore – figura chiave del nuovo codice di procedura civile – a mettere in chiaro i punti essenziali delle cause, «affogate» nelle scritte; Calamandrei parlava di «fallimento dell'oralità»⁷⁰.

Quanto alla certezza del diritto, il giurista toscano si chiedeva se il «risultato prevedibile» fosse «verità o illusione»⁷¹. Pur nei termini tensivi del

⁶⁹ G. Capograssi, *Giudizio processo scienza verità*, «Rivista di diritto processuale», 1950, pp. 1-22.

⁷⁰ P. Calamandrei, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in Id., *Processo e democrazia. Le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, Pisa, Pacini, 2019, p. 59.

⁷¹ P. Calamandrei, *Dialetticità del processo*, ivi, p. 136.

ridurre al minimo il divario tra verità storica e giudiziale, distingueva tra processo penale – che destava nella società «non soltanto morbosa curiosità, ma religiosa angoscia» – e civile, «più gioco che dramma»⁷². Anche in risposta a Calamandrei, alla fine degli anni Sessanta il processualpenalista Girolamo Bellavista intendeva ancorare il processo penale alla Costituzione nel segno dell'accusatorio, con l'immagine del «processo come dubbio»⁷³. Entro la teoria del garantismo Luigi Ferrajoli ha tematizzato la dimensione costituzionale della verità, a proposito di «nessuna maggioranza [che] può render vero ciò che è falso e render falso ciò che è vero»⁷⁴.

7. «La certezza del diritto nell'età dell'incertezza»⁷⁵

Anche allontanandosi la stagione del «risalire alle cose supreme», il 'giuspositivista' Bobbio ritagliava per l'uomo di cultura il compito di «seminare dubbi, non raccogliere certezze»⁷⁶. Per i giuristi la 'riduzione' del diritto a forma era complicata soprattutto dal nuovo ordine giuridico della Costituzione, 'preso sul serio' tra la metà degli anni Sessanta e i Settanta⁷⁷. Nel 1991 *Elogio dell'incertezza* era il titolo scelto da Alpa come cifra del «rinnovamento della *scientia iuris*», di studi intesi a cercare non «verità ma dubbi», per la «creazione di un diritto privato meno astretto dal sistema e più attento agli interessi, ai valori»⁷⁸. Dal canto suo Irti sottolineava l'impraticabilità dell'abbandono dell'idea di Max Weber sulla 'calcolabilità' come tratto individuante del diritto occidentale, «che si possa calcolare in modo simile a una macchina»⁷⁹.

⁷² P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, «Rivista di diritto processuale», 1950, pp. 23 ss.

⁷³ G. Bellavista, *Il processo come dubbio*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1967, pp. 763 ss. L'immagine è stata riproposta in due interventi alla Milaneseiana, G. Canzio, *Il processo penale tra verità e dubbio*, «Diritto penale contemporaneo», 2020; Id., *Il dubbio e la legge*, ivi, 2018, <<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/182-il-processo-penale-fra-veritae-dubbio>>; G.M. Flick, *Il dubbio è tensione verso la verità*, «Corriere della sera», 19 Luglio 2018.

⁷⁴ L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 214.

⁷⁵ Anche per la storicizzazione della formula G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, Esi, 2006.

⁷⁶ N. Bobbio, *Il dubbio e la scelta. Intellettuali e potere nella società contemporanea*, Roma, Nuova Italia scientifica, 1993. Sull'etica del dubbio rispetto a tutte le verità dogmatiche cfr. G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007; G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

⁷⁷ Indicazioni in P. Costa, *L'alternativa presa sul serio: manifesti giuridici degli anni Settanta*, «Democrazia e diritto», 2010, pp. 242-278.

⁷⁸ G. Alpa, *Introduzione*, in Id., *Elogio dell'incertezza. Aspetti della letteratura civilistica*, Napoli, Esi, 1991, p. 5.

⁷⁹ Sulle esigenze del capitalismo M. Weber, *Storia economica, Linee di una storia universale dell'economia e della società*, Roma, Donzelli, 1993, p. 298; sulla riflessione di Weber sul diritto cfr. N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, I, Milano, Giuffrè 2017, p. 231.

L'«odierna 'incertezza' del diritto»⁸⁰ ha posto 'nuovi' temi-problemi; Paolo Grossi ha distinto «certezza» e «prevedibilità», alle prese con la «fattualità», la «storicità»⁸¹. Irti ha posto la sequenza dubbio, «statico», decisione, «dinamica»; sia entro la «razionalità sussuntiva», che nella «intuizione dei valori», ha affidato al giudice la «terribile necessità di uscire dal dubbio», con la messa in scena di «naufraghi non contemplati dal diritto», così come una «società senza decisione», «immersa nel dubbio [...] lieta della propria problematicità e del perenne disputare», è parsa un «mito estetizzante»⁸². Davanti agli scenari della giustizia digitale e predittiva – discussi, tra gli altri da Garapon⁸³ – Giovanni Perlingieri ha trovato un'indicazione nella storia, richiamando le pagine di Portalis, per ammonire di «rifuggire sia dai giuristi *naufraghi del dubbio* e *naufraghi delle categorie*, che dai giuristi *senza dubbio*»⁸⁴.

⁸⁰ P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, pp 51 ss.

⁸¹ P. Grossi, *Storicità versus prevedibilità*, «Questione giustizia», 4, 2018, <https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/storicit-versus-prevedibilita-sui-caratteri-di-un-diritto-pos-moderno_573.php>.

⁸² N. Irti, *La crisi del circolo (a mò di prefazione)*, in Id., *Un diritto incalcolabile*, cit., p. VII.

⁸³ <<https://www.questionegiustizia.it/rivista/2018-4.php>>; cfr. inoltre A. Garapon, S. Lassègue, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, Puf, 2018; il discusso *Code is Law*, <<http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>>.

⁸⁴ G. Perlingieri, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d «crisi» della fattispecie*, Napoli, Esi, 2018, p. 63.